

LA REINCIDENCIA CRIMINAL COMO UN TRASPLANTE JURÍDICO RESILIENTE EN EL ORDENAMIENTO LEGAL DE COLOMBIA Y MÉXICO

*Juan Sebastián Palacios Parra**

Resumen

La reincidencia criminal como figura jurídica es regulada por el ordenamiento legal de Colombia y México en respuesta a los actos de ignominia social y violencia sistémica. Sin embargo, su origen figurativo y etimológico parte de una fuente oscurantista, peligrosa, incompatible con los derechos humanos. Por ello, se debe verificar de qué manera la reincidencia criminal se constituye como un trasplante jurídico dentro de los sistemas comparados y, en ese sentido, cuáles son las posibilidades procedentes para su expulsión o permanencia condicionada en el andamiaje político criminal y constitucional de ambas naciones.

Abstract

Criminal recidivism as a legal entity has been adopted by the legal system of Colombia and México in response to acts of social ignominy and systematic violence. However, its figurative and etymological origin, stemming from criminal itinerancy, starts from obscurantist, dangerous roots incompatible with human rights. Therefore, it is necessary to verify how criminal recidivism is constituted in a legal transplant within the comparative systems and what are the possibilities for its expulsion or conditioned stay in the criminal political system of both nations.

* Estudiante investigador de la Universidad Cooperativa de Colombia sede-Pasto; realizó estancia en investigación con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Cursó diplomado en justicia con la Universidad de Harvard-X, en Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos con la Universidad de Nariño y en investigación con la Red Colombiana de Semilleros de Investigación. Concursante en la Red-Mundial de investigación (MILSET). Correo electrónico: jpalaciosparra@gmail.com, Nacionalidad: colombiana. Artículo de investigación realizado en el marco de la cátedra de derecho comparado [Doctor: Efrén Chávez Hernández], Universidad Nacional Autónoma de México [UNAM].

I. Introducción	204
II. Reincidencia criminal y sus generalidades.....	206
III. Expansionismo penal.....	216
IV. Reincidencia criminal en el marco comparativo	218
V. La reincidencia criminal como un trasplante jurídico.....	242
VI. Conclusiones y Recomendaciones	255

I. Introducción

Los parámetros modernos de política criminal en los países de América Latina, destinados a la reducción de la criminalidad e impacto punitivo, se han caracterizado por pregonar injustificadamente preceptos negativos para materializar los fines estatales en escenarios criminales. Entre ellos se encuentran las funciones de la pena investidas de elementos etiológicos de exclusión y venganza. En particular, la retribución “justa” ha sido considerada como la base fundamental del encuadre normativo de figuras peligrosistas –sin análisis profundo de constitucionalidad–.¹ Asimismo, se incentiva en el quehacer legislativo, entre diversas formas de reacción estatal, la adopción de estudios de derecho comparado enfocados en la positivización de presupuestos jurídicos restrictivos a los derechos humanos que se supone gocen quienes delinquen. Un ejemplo de ello lo instituye la reincidencia criminal como un límite a beneficios o subrogados penales y un agravante de las sanciones penales. Este tipo de regulación, populista y poco reflexiva, omite pasos metodológicos que invisten al resultado de creación legislativa de errores de imprecisión, falta de fiabilidad y legitimidad constitucional que, sin otra secuela, fragua la multiplicidad de vulneraciones masivas a los derechos fundamentales.

En ese sentido, cuando la técnica jurídica sufre errores en los procesos metodológicos que afectan la consolidación de los instrumentos legales en la política criminal,² no se incurre únicamente en fallas de investigación legislativa.

¹ Véase PEDRO JUAN ALZATE GIRALDO, ESTADO-ENEMIGO: EL DERECHO PENAL DE LA EXCLUSIÓN (2013). El peligrosismo penal es un movimiento político criminal derivado de la escuela positivista italiana, o también llamada criminología positiva, que pretende excluir, aislar, segregar, exterminar y reducir el parámetro de derechos humanos a ciertas personas determinadas o etiquetadas como futuros delincuentes, ya sea desde una perspectiva fisiológica –teoría clásica–, o sociológica –teoría moderna–.

² Véase HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, METODOLOGÍA, DOCENCIA E INVESTIGACIÓN JURÍDICAS 33 (16ta. ed. Porrúa, 2016). Se parte de errores metodológicos cuando el investigador soslaya variables dependientes, intervinientes –espurias– o independientes que provengan de escenarios como: la historia, sociología, antropología, etnología y constitucionalismo en la observancia comparada, que de haberse estudiado diligentemente el resultado de investigación depararía múltiples respuestas a la hipótesis de investigación.

Se menoscaba, además, la idoneidad y efectividad de las figuras jurídicas acoplantes al interior del sistema normativo, una de ellas la reincidencia criminal. Como resultado, se provocan de manera inversa efectos que sobresaltan el sistema carcelario y penitenciario de los países, a la par con el sistema de protección de derechos humanos. Se confiere así la categorización de trasplantes jurídicos a esta clase de regulación legislativa, puesto que desconoce la cultura jurídica, la tradición legal y los principios constitucionales del Estado receptor.³ Bajo ese contexto, en el presente escrito se pretende realizar un estudio de derecho comparado, en atención al marco jurídico-penal de la legislación de Colombia y México. El enfoque va dirigido a examinar si la actividad creadora del derecho en periodos parlamentarios omitió etapas metódicas que afectan el buen desarrollo de la política criminal, al partir de una hipótesis delimitada en la determinación de la reincidencia criminal como un trasplante jurídico. Esto, puesto que su regulación legal desconoce la cultura jurídica, la tradición legal y los principios constitucionales de los Estado receptores,⁴ a tenor de las siguientes etapas: (i) electiva: se examina el objeto de estudio –reincidencia criminal– ante su historia, definición, división y función; (ii) descriptiva: se establece un parangón entre la regulación político criminal de la reincidencia criminal en la legislación de Colombia y México; (iii) identificativa: se confrontan los elementos prohijados entre una y otra normativa; (iv) explicativa: se infiere razonablemente que la itinerancia criminal es parte del grupo de figuras trasplantadas por los estados comparados. Por ello, se propone subvertir el paradigma peligrósista en que se circunscribe el objeto de estudio, frente a una nueva perspectiva en su contenido ontológico y etimológico. Como resultado, se incentivaría la implementación normativa de figuras afines con las protecciones mínimas constitucionales, la dignidad humana y la implementación de recepciones jurídicas.⁵

³ *Id.* en la pág. 34.

⁴ Cuando se haga referencia a estados comparados, naciones comparadas, legislaciones comparadas, ordenamientos jurídicos comparados o países receptores o acoplantes, se referirá como regla general a Colombia y México; su excepción será determinada en el interior del texto.

⁵ Véase PETER DE CRUZ, *COMPARATIVE LAW IN A CHANGING WORLD* (2da ed. 1999). Debe entenderse un trasplante jurídico –negativo– como aquella actividad parlamentaria o judicial, por medio de la cual el conoedor del derecho decide adoptar, para la legislación de su país, una figura jurídica regulada por el derecho comparado sin la debida observancia de la cultura jurídica, la tradición legal y los principios constitucionales de su Estado. Por otro lado, la recepción jurídica –positivo– es aquella actividad parlamentaria o judicial, por medio de la cual el conoedor del derecho decide adoptar, para la legislación de su país, una figura jurídica regulada por el derecho comparado, modificando en ella parámetros estructurales según la cultura jurídica, la tradición legal y los principios constitucionales de su Estado.

II. Reincidencia criminal y sus generalidades

“La justicia es la venganza del ser social,
como la venganza es la justicia del ser salvaje”.
Epicuro de Samos⁶

Desde tiempos anacrónicos, el sentir humano de la venganza ha trastocado hasta los rincones más inhóspitos del conocimiento humano, entre ellos, el derecho. Sin lugar a dudas, la historia conserva en el baúl de los recuerdos, multifacéticos papiros ensangrentados, silbadores de ejecuciones y masacres gubernamentales. Los gobiernos y las naciones han sido testigos de cómo los líderes estatales han utilizado las diversas herramientas que presta el derecho, bajo regímenes totalitarios, autoritarios y muchas veces democracias de papel, con el objetivo de cumplir fines egoístas, individuales y antropocéntricos. Sin vacilar, aquellos *leviatanes* se inmiscuyeron en el pensar del jurista, el engaño y el esclavismo cognitivo propio de legislaciones en donde la venganza vence sobre la ciencia del saber.⁷

La historia bosqueja las consecuencias sociales que conllevó la prevalencia de legislaciones totalitarias y, con ello, los elementos utilizados para obtener ese grado de desmitificación de los principios superiores de la humanidad, que en palabras de Ferrajoli se resumiría en el uso indiscriminado del derecho penal.⁸ La ciencia criminal fue desde un inicio la fórmula secreta de los estados para justificar su actuar malversado al margen de los derechos humanos.⁹ Basta indagar en las monarquías absolutistas del siglo dieciocho en los Estados autoritarios que en América Latina se asentaron –como ejemplo las dictaduras de: Chile 1973-1990, Argentina 1976-1983 y Perú, 1990-2000– y en uno de los sucesos más recordados por la humanidad en ocasión de su carácter global, sistemático y deshumanizado: las acciones militares de la Alemania Nazi. Ingo Müller, en su tesis, *Los Juristas del Horror*, realiza un recuento histórico, político y legal sobre cómo el Estado comandado por el conocido *führer* de la Alemania nazi utilizó el derecho penal para justificar la construcción, sedimentación y ejecución de los campos de concentración, de exterminio y experimentación.¹⁰ Esto, en consonancia con las diversas sentencias que los jueces de la república caída de Weimar redactaron en contra de principios *ius-naturales*.¹¹

⁶ DIÓGENES LAERCIO, VIDA DE EPICURO: LIBRO X DE LAS “VIDAS DE LOS FILÓSOFOS ILUSTRES” (1981).

⁷ INGO MÜLLER, LOS JURISTAS DEL HORROR, LA “JUSTICIA” DE HITLER: EL PASADO QUE ALEMANIA NO PUEDE DEJAR ATRÁS 112-20 (2014).

⁸ LUIGI FERRAJOLI, DERECHO Y RAZÓN: TEORÍA DEL GARANTISMO PENAL 213 (1995).

⁹ Omítase a este respecto la discusión sobre la diferencia entre ciencia penal y derecho penal, o entre derecho penal y ley penal. Para una comprensión metodológica del lector, todas se enfocarán en el estudio general que posee el derecho penal en sus diversas ramas de especialización.

¹⁰ INGO MÜLLER, *supra* nota 7.

¹¹ *Id.*

Todo esto se expone a manera de admonición, puesto que pese a las grandes consecuencias que genera el triunfo de la venganza sobre el derecho, los legisladores, jueces, juristas, tratadistas y servidores del Estado abogan por la prevalencia de figuras o instituciones jurídicas que se enmarcan en escenarios subjetivos y peligrosistas. Estas, en ocasiones, atentan contra los derechos humanos y el ingente *ius-cogens* mediante el imprescriptible y legitimador derecho penal: respuesta del inicio y fin como así lo invisten los “Juristas del Horror”.¹²

Bajo ese criterio operan ciertos ordenamientos jurídicos, como el de Colombia y México, como naciones que propugnan por la supremacía de la venganza colectiva sobre la racionalidad práctica, al arraigar en los instrumentos legales una continua vulneración en ámbitos de derechos humanos sobre las personas privadas de su libertad. De esta manera, incentivan la exclusión, el aislamiento y la disminución del parámetro de garantías penales a grupos socialmente indiferentes a los mandatos de prohibición y permisión.¹³ Un modo de aislamiento se infunde en la regulación de agravantes punitivos, endurecimiento de penas y abrogación de beneficios o subrogados penales, en cuanto a la reincidencia criminal. De aquí que, Colombia y México constituyan escenarios-modelo en el estudio del encuadre jurídico y sociológico de la reincidencia como un factor determinante en la exclusión, desocupación carcelaria y aflicción de los derechos humanos en el interior de los centros carcelarios y penitenciarios.¹⁴

No obstante, se deben descifrar las siguientes interrogantes: ¿Por qué razón los ordenamientos legales de Colombia y México instauran la reincidencia criminal como un descendiente del derecho penal de enemigos, de exclusión o de excepción? ¿Acaso poseen una fuente de exhortación común? De ser así, ¿su regulación normativa es acorde al andamiaje constitucional y convencional provisto por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos? ¿Las regulaciones pueden imputarse como trasplantes jurídicos? Para todo lo antes expuesto, es necesario acudir a la metodología comparada —esbozada por el profesor Peter de Cruz—, eje de verificación puntual sobre la implementación de trasplantes jurídicos en las legislaciones estudiadas. El propósito es comprobar si el órgano parlamentario soslayó el estudio constitucional, histórico, conceptual y etiológico de la regulación

¹² Véase EDUARDO SUÁREZ, CONVENCION DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS 325 (Sesión 52. A/CONF 49/11, 2011). Se entiende por *ius-cogens*: “[a]quellos principios que la conciencia jurídica de la humanidad, revelada por sus manifestaciones objetivas, considerándolas como absolutamente indispensables para la coexistencia y la solidaridad de la comunidad internacional en un momento determinado de su desarrollo orgánico”. Se adopta el calificativo “Juristas del Horror” a los abogados que incentivan la prevalencia de un populismo punitivo en los diferentes instrumentos jurídicos de un Estado.

¹³ GÜNTHER JAKOBS, DERECHO PENAL —PARTE GENERAL— FUNDAMENTOS Y TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN (2da. ed. 1997).

¹⁴ *Id.*

normativa de la reincidencia criminal, previo a su incorporación legal, toda vez que omitirlo infiere un desconocimiento de la técnica legislativa en el proceso metodológico. Para lograr ese fin, debemos en primera instancia delimitar el objeto de investigación.¹⁵

A. Definición

La reincidencia criminal como figura jurídica, adquiere una multiplicidad de definiciones inherentes al desarrollo jurisprudencial y doctrinal de los países. Si nos remitimos al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, este la conceptúa como la: “[r]eiteración de una misma culpa o defecto. . .” o una “[c]ircunstancia agravante de la responsabilidad criminal, que consiste en haber sido el reo condenado antes por un delito análogo al que se le imputa”.¹⁶ De forma paralela, la jurista Ossa manifiesta frente a la etimología de la palabra lo siguiente:

La revisión etimológica del término sugiere para componerlo la utilización de dos palabras: re- prefijo en latín que significa repetición, movimiento hacia atrás, intensificación; y el verbo incidir- del latín incidere que se utiliza para significar el caer o incurrir en una falta o error extremo, hacer hincapié en algo y acompañado con adjetivos permite reforzar el valor o intensificación como por ejemplo re-te o requete. Según esto, la significación de la palabra expresa que la re-incidencia, en el campo de lo criminológico, representa la repetición del delito, la intensificación del error.¹⁷

Como se puede observar, en ambas definiciones únicamente se pretende delimitar el concepto de reincidencia criminal de forma tangencial, omitiendo consentidamente la especificación sobre características, elementos, etapas o subdivisiones que la focalizarían de mejor manera. En este sentido, según el profesor Zaffaroni, la no concertación de una definición completamente estructurada resultaría algo lógico, y precisa que la reincidencia criminal no puede tener una definición única y concreta. La razón primordial para lo antes mencionado es que los países poseen diversas circunstancias sociales, económicas, políticas, culturales y criminológicas que deslindan en favor de las determinaciones lingüísticas con resonancia a su política criminal.¹⁸ Por ello, se analizan desde Asia hasta América los diversos significados

¹⁵ DE CRUZ, *supra* nota 5.

¹⁶ *Reincidencia*, DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, <http://dle.rae.es/?id=VmYRE5t> (última visita noviembre 17 de 2018).

¹⁷ María Fernanda Ossa López, *Aproximaciones Conceptuales a La Reincidencia Penitenciara*, 7 REV. RATIO JURIS (UNAUULA) Núm. 14, en la pág. 112 (2012).

¹⁸ Véase Eugenio Raúl Zaffaroni, *Reincidencia*, Relatoría de Eugenio Raúl Zaffaroni, La Habana, Cuba, en la pág. 1 (10 de agosto de 1990) (*disponible en*: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/>

de reincidencia que han regulado los gobiernos de turno, cada uno de forma adversa en sus instrumentos jurídicos.

No obstante, afirmar la presencia de indeterminación conceptual estribada del multivariable comportamiento criminal en los sistemas sociales, afecta el desarrollo metódico efectuado por los estudiosos del derecho comparado. Estos cavilan en la imposibilidad pragmática-teórica de plantear estudios comparados objeto de la reincidencia criminal, en la medida que su formulación incurriría en errores metodológicos. En palabras de Peter de Cruz, se menoscaba: (i) el objeto de estudio, en el entendido de que las figuras en observancia –al tener en cuenta los ordenamientos jurídicos comparables– no guardarían algún nivel o grado de similitud, tanto en su aplicación como en el escenario social y político de surgimiento; y (ii) la funcionabilidad, a los efectos de que los procesos investigativos no conllevarían un resultado útil para los estados, puesto que la reincidencia criminal solo tendría consecuencias positivas si los ordenamientos legales comparables guardan circunstancias criminológicas parecidas. Esta es una premisa que en el pensar de los criminólogos fundamentaría una realidad imprevista de verdad.¹⁹

En este punto tan crucial se deberá acudir a una vieja técnica –pero idónea para el caso concreto– de investigación jurídica, denominada la delimitación fenomenológica. Es este el puente conceptual divisorio entre la reincidencia criminal avasallada por los fenómenos sociales y la reincidencia criminal fruto de una construcción estructuralmente científica.²⁰ En síntesis, ya no se intentará observar la reincidencia criminal como un fenómeno criminológico, sino como una figura jurídica. Esta es, precisamente, una discusión eludida por los “Juristas del Horror”, en favor de un ocultamiento concededor del garantismo penal. Profundicemos en esta discusión.

En los textos jurídicos, el estudio sobre la reincidencia criminal se ha centrado a partir de una perspectiva en ámbitos de la fenomenología criminológica,

files/articulos/a_20160808_03.pdf) (última visita noviembre 21 de 2018). Mediante conferencia dictada en la Universidad de la Habana-Cuba, el profesor Eugenio Raúl Zaffaroni relató que:

Esta dificultad obedece a varias razones: a) Conspira contra una definición pacíficamente aceptada la disparidad de presupuestos exigidos en la legislación comparada, que da lugar a la clasificación más corriente entre genérica o específica y ficta o real, b) Esa misma disparidad y la incorporación legislativa de conceptos que implican a la reincidencia o que le son próximos (como la multireincidencia, la habitualidad, la profesionalidad o la tendencia), hacen inevitable la parcial superposición con éstos, c) Ocasionalmente, estos conceptos próximos y parcialmente superpuestos admiten hipótesis de reiteración, lo que confunde más las cosas al desdibujar los límites entre esta y la reincidencia, d) Por último, los intereses científicos de los juristas y de los criminólogos no suelen coincidir en esta materia, por lo cual los objetos que focalizan son diferentes y, por ello, las delimitaciones conceptuales resultan dispares.

¹⁹ DE CRUZ, *supra* nota 5, en la pág. 213.

²⁰ Véase GUILLERMO HOYOS VÁSQUEZ, INVESTIGACIONES FENOMENOLÓGICAS (2012). Debe tenerse en cuenta que el concepto *delimitación fenomenológica* es enmarcado e instituido por el autor del presente artículo científico, más no en su contenido metodológico, toda vez que su desarrollo técnico ha sido proyectado por conocedores de la filosofía y ciencia de los fenómenos.

confabulando análisis unívocos o cerrados. Desde esa perspectiva, las ciencias penales han oscurecido diversas formas alternativas de los ámbitos fenomenológicos, igual de idóneos en la formación de soluciones a problemas criminales –enaltecidos por el normativismo penal–, entre ellos: la estructuración legal o jurisprudencial en favor de la concepción figurativa de fenómenos delictivos. No se puede contradecir, en lo absoluto, que la reincidencia delictiva parte de una fuente fenomenológica. Esto es así, toda vez que se percibe como esa exteriorización conductual de un individuo, bajo la comisión reiterada y contraria de una expectativa normativa de conducta, que conlleva de forma paralela la afectación de la estabilidad colectiva o la imputación social.²¹ Su foco es en la criminología y la penología, la búsqueda de variables sociales, ambientales, familiares, entre otras, que afectan de manera directamente proporcional la conducta del reincidente.

Sin embargo, instruir el proceso de investigación comparada, en consonancia con la reincidencia simplemente como un fenómeno, conllevaría errores jurídicos vistos desde el punto de vista de la funcionabilidad.²² En esta medida, extrapolar la funcionabilidad en el marco regulatorio de una legislación a otra, suscitaría la inmersión en fallas sustanciales o materiales que no solventaría las necesidades sociales, puesto que desconocería la cultura jurídica, y los problemas criminales del Estado que responde. Además, no se hablaría ya de derecho comparado, sino de sociología comparada.

Es posible entablar derecho penal comparado a partir de un segundo enfoque, ya no en el plano de variables fenomenológicas, sino mediante elementos objetivos e instrumentos normativos convergentes en figuras jurídicas. Para el objeto de análisis guiaría el diagnóstico, la comprensión y el mejoramiento legal de la reincidencia criminal a los distintos ordenamientos jurídicos propios de estados –sociales– de derecho. Ello, independientemente del contexto social y criminológico de las naciones comparadas, en consideración a un eje de investigación inmutable y poco cambiante a las fronteras de regulación legislativa. Para dar mayor claridad a esta postura, se debe comprender en primer lugar: ¿qué debe entenderse por *figura jurídica*? Según la Real Academia de la Lengua Española esta se define como un: “[c]oncepto contemplado en las leyes. . .”; un: “[e]spacio cerrado por líneas o superficies. . .” o, en el ámbito judicial, se considera la: “[f]orma o modo de proceder”.²³ Así las cosas, la *figura jurídica* se determina como esa contextualización normativa, jurisprudencial o administrativa, realizada por el legislador, juez o ente público, con el fin de estructurar un determinado concepto, delimitándolo en tiempo, espacio, aplicación y ejecución.

²¹ NÓDIER AGUDELO BETANCUR, CURSO DE DERECHO PENAL: ESQUEMAS DEL DELITO 29 (3ra ed. 2002).

²² DE CRUZ, *supra* nota 5, en la pág. 193.

²³ *Figura jurídica*, DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, <http://dle.rae.es/?id=HsesZOK> (2018) (última visita noviembre 15 de 2018).

En construcción silogística, desde un aspecto legal y judicial, es posible encuadrar la reincidencia delictiva con las exigencias estructurales de las figuras jurídicas, toda vez que su desarrollo jurídico-normativo yuxtapone tres elementos trascendentales en la definición y delimitación del tiempo, espacio, aplicación y ejecución. Ellos son: (i) sentencia previa ejecutada: para incurrir en la reincidencia criminal se requiere sentencia precedente al proceso penal existente por un determinado delito; (ii) reiteración: el cometido antijurídico no debe ser paralelo, sino sucesivo. Dicho de otro modo, no debe predicarse en un concurso de delitos, sino en momentos procesales diferentes y periódicos; y (iii) temporalidad: se especifica un tiempo por el cual la observancia de una sentencia previa fundamentaría la agravación penal por reincidencia.

Si observamos detenidamente los ordenamientos jurídicos de Colombia y México —a ojos de la técnica comparada—²⁴ evaluaremos positivamente la congregación de los tres elementos descritos anteriormente, bajo un margen de alteración normativa-contextual.²⁵ Se infiere así, razonablemente, la objetividad que posee la figura jurídica de la reincidencia delictiva como un concepto vertebralmente inamovible, incluso en los diversos sistemas comparados. Se cumple a cabalidad con la delimitación conceptual, especificación temporal, espacial, de aplicación y ejecución, desarrollada en instrumentos jurídicos y sentencias judiciales.²⁶ Pero, además, se cumple con ello debido al despliegue doctrinal universal del que goza la reincidencia criminal, específicamente, en la conformación del contenido esencial que cada legislación debe respetar a la hora de legislar correctamente sus consecuencias normativas.²⁷

Entender la reincidencia desde un ámbito figurativo, facilitará el trabajo de quien realiza el estudio comparativo y resultaría en estudios minuciosos sobre aquellas regulaciones legislativas o judiciales, semejantes o disímiles, adoptadas por los agentes estatales en respuesta a ella como fenómeno criminológico. Su propósito principal es observar los errores que padecen las legislaciones penales de cada país al acoger trasplantes jurídicos sin estudios previos de impacto constitucional o convencional. Para un mayor entendimiento, se presenta el siguiente esquema interpretativo:

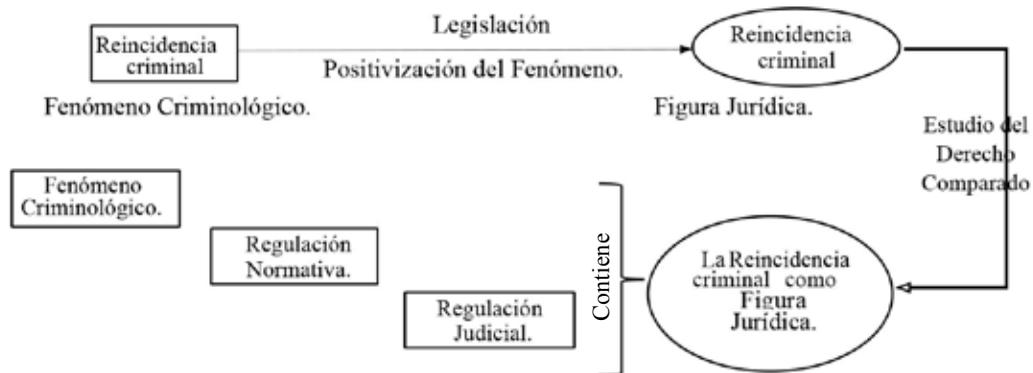
²⁴ DE CRUZ, *supra* nota 5, en la pág. 205.

²⁵ Véase ANTONIO MARTÍNEZ DE ZAMORA, LA REINCIDENCIA 66-70 (1971). Tomamos como ejemplo el requisito de temporalidad, al especificar normativamente el intervalo de tiempo que el juez tendrá en cuenta una sentencia previa respecto a la nueva conducta delictiva para fundamentar el surgimiento de la reincidencia criminal. Este está determinado en 5 o 10 años a partir de la sentencia previa en el nuevo proceso penal para la legislación colombiana y por el término de prescripción de la pena para el ordenamiento legal mexicano. Otros ejemplos de intervalos de tiempo o perpetuidad penal se regulan en la legislación española.

²⁶ En el transcurso del texto se especificarán otros ejemplos en los que se puede verificar la ocurrencia universal de estos tres elementos, en aras de reconstruir el núcleo esencial de la reincidencia criminal como una figura jurídica.

²⁷ OSSA LÓPEZ, *supra* nota 17, en la pág. 118.

FIGURA 1. DIFERENCIACIÓN ENTRE REINCIDENCIA COMO UN FENÓMENO CRIMINOLÓGICO VERSUS REINCIDENCIA COMO UNA FIGURA JURÍDICA, REALIZADA POR EL AUTOR DEL TEXTO.



B. División

Al seguir el proceso de determinación y estructuración conceptual del objeto de estudio, la reincidencia criminal,²⁸ es necesario atender al análisis jurídico penal encargado de crear diversas formas de concebir su desarrollo normativo y jurisprudencial. Esto se logra según fuentes clasificatorias entre características o elementos que inviste cada legislación de legalidad y comprensión meridiana.²⁹ Para propósitos de este escrito, las ciencias jurídicas han ofrendado dos divisiones relevantes a la hora de elaborar estudios de derecho comparado, estas son: (i) según se fenomenología; y (ii) según los delitos.

1. Según su fenomenología

En esta categoría apreciamos tres figuras que pueden interpretarse lingüísticamente similares a la reincidencia criminal, con un desarrollo dogmático disímil, creador de estructuras legales opuestas. Aplicar un estudio indiscriminado sin diferenciar una de la otra, resultará en ambigüedades y confusiones conceptuales, afectando así la confiabilidad de los procesos investigativos. Nos referimos a: (i) la habitualidad, definida como la repetición de actos delictivos de una misma especie o de diferente naturaleza que un delincuente por habitualidad comete. Estos se

²⁸ Desde ahora en adelante, entiéndase que, al hablar de reincidencia criminal, el autor se refiere al concepto como una figura jurídica. Únicamente cuando se haga referencia a la reincidencia como un fenómeno, se subrayará, en especial esa calificación, así: reincidencia criminal –fenómeno criminológico–.

²⁹ OSSA LÓPEZ, *supra* nota 17, en la pág. 128.

judicializan en un proceso penal, ya sea por concurso de delitos o por delitos masa o permanentes, sin la existencia anterior de una condena previa por iguales o distintos delitos, exigiendo en algunas circunstancias la comisión de tres actos delictivos dentro de un periodo de tiempo determinado; (ii) la profesionalidad: entendida por la repetición de actos delictivos de una misma especie o de diferente naturaleza que un delincuente por profesionalidad comete. Se judicializarían en un proceso penal, ya sea por concurso de delitos o por delitos masa o permanentes, con el propósito de percibir un ingreso monetario, sin la existencia anterior de una condena previa por iguales o distintos delitos;³⁰ y (iii) la tendencia: considerada como una actitud individual que pueden desarrollar las personas, por condiciones ambientales, sociales, psicológicas y familiares, a la propensa comisión de conductas delictivas, sin constatar la comisión previa de un hecho punible.³¹ Para mayor ilustración se pueden apreciar los siguientes ejemplos.

En la figura de la habitualidad: una persona X al asesinar el día 01 a X1 y el día 02 a X2, mientras que el día 03 hurta el local Y1, y es capturado el día 04, será considerado un criminal habitual si en un juicio posterior es condenado por la comisión de las tres conductas en un mismo proceso o providencia judicial, o en procesos paralelos y simultáneos. Por otra parte, un paradigma del profesionalismo es la persona X, parte de una organización criminal, que decide que el día 01 secuestra a X1, con el fin de cobrar su rescate; el día 02 secuestra a X2, con el fin de cobrar su rescate, mientras que el día 03 hurta el local Y1, y es capturado el día 04. Como resultado, este será considerado un profesional criminal si en un juicio posterior es condenado por la comisión de las tres conductas en un mismo proceso o providencia judicial, o en procesos paralelos y simultáneos.³² En la teoría de la tendencia se observa a una persona X que convive en un entorno social, donde sus padres –sean hombres o mujeres–, familiares, amigos o residentes se dedicarán a la comisión de

³⁰ *Id.* en las págs. 119-20. La Jurista Ossa, manifiesta frente a las dos primeras que:

La habitualidad consiste en la repetición de actos de la misma especie producto del hábito o la costumbre y no es considerado un concepto jurídicamente definido como la reincidencia, sino una cuestión de hecho que de acuerdo con la doctrina y a la jurisprudencia requiere de tres actos delictivos dentro de un periodo de tiempo especificado para que se configure como tal.

Además: “[l]a profesionalidad dista de la reincidencia y la habitualidad, en la medida en que el delincuente profesional reitera el hecho punible con el propósito de continuar percibiendo un ingreso, y su categorización no requiere condena ejecutoria previa, ni su conducta está asociada específicamente a un elemento patológico criminal”.

³¹ ZAFFARONI, *supra* nota 18.

³² Debe tenerse en cuenta que la profesionalidad criminal, aparte de exigir una ganancia monetaria, en ciertos casos, requiere una organización periódica, jerárquica o empresarial, tal como sucede con las organizaciones criminales de sicariatos, lavado de dinero o porte, tráfico y venta de sustancias estupefacientes.

conductas punibles como el hurto, homicidio o tráfico y porte de estupefacientes. Bajo estas circunstancias, será más propenso a la comisión de estos delitos en relación con la disfuncionalidad familiar y social.³³

Por último, bajo las condiciones de la reincidencia criminal, una persona X al asesinar el día 01 a X1, capturado el día 02, y condenado el día 03; asesinando con posterioridad el día 20 a X2, capturado el día 25, y condenado el día 70, será considerado reincidente por una nueva exteriorización de conductas prohibidas por la ley, previa penalización judicial.

A ojos del lector, las tres teorías podrían converger en el desarrollo paradigmático de la reincidencia criminal. No obstante, en ocasión a la función de legislador, juez y jurista, a nivel global, resulta significativo trazar una línea diferenciadora, puesto que de ello dependerá la realización y efectividad de las políticas públicas e instrumentos jurídicos asertivos en la disminución de la criminalidad. Bajo ese entendido, en el presente estudio, nos desligaremos momentáneamente de términos como habitualidad, profesionalismo o tendencia, en aras de focalizar de manera prioritaria, el estudio comparado de la reincidencia criminal propiamente dicha.³⁴

2. Según los delitos

En el mismo sentir, la aquiescencia doctrinal y jurisprudencial ha establecido un terreno libre de guerras ideológicas en ámbitos tipológicos, pues existe consenso de los ilustres juristas en dividir la reincidencia criminal en dos grupos metodológicamente estructurados.³⁵ En primer lugar, encontraremos la *reincidencia genérica*. Esta se entiende como la conducta itinerante y delictual, que acoge un individuo previamente penado por un delito diferente al que es procesado al mo-

³³ Véase Jaime Samudio Díaz, *El Comportamiento Criminal en Colombia*, 33 REV. LATINOAMERICANA DE PSICOLOGÍA (UNIVERSIDAD DE LOS LIBERTADORES) Núm. 01 (2001) (Colom.). La tendencia delictual es un movimiento criminal situado en la intersección transversal del derecho penal, en la medida que son otras áreas y no el derecho, las que ofrecen respuestas a sus interrogantes.

³⁴ Queda claro que confundir los conceptos de habitualidad, profesionalismo y tendencia puede perjudicar el análisis de derecho comparado cuando la reincidencia criminal es el objeto de estudio, toda vez que, se establece dubitación sobre la clase de reacción estatal más benigna posible en el ámbito de los derechos fundamentales. No obstante, es de vital importancia analizar tangencialmente, si los ordenamientos jurídicos por errores interpretativos, en función legislativa y judicial, causados a la hora de regular fenómenos criminológicos de reincidencia delictual, adoptaron equivocadamente una figura jurídica híbrida o anfibológica entre las tres primeras y la reincidencia criminal, y así, la invención de nuevos fenómenos criminales regulados bajo una inextricable política criminal.

³⁵ Véase I CLAUS ROXIN, DERECHO PENAL, PARTE GENERAL, TOMO I FUNDAMENTOS. LA ESTRUCTURA DE LA TEORÍA DEL DELITO (1997).

mento de imputar el calificativo de reincidente. Por ejemplo, la persona Y asesina a X1, es capturada y penalizada por este hecho, sin embargo, posteriormente secuestra a X2, es capturado y puesto a disposición de la autoridad judicial. Por otro lado, apreciamos la *reincidencia específica*. Esta es definida como la conducta itinerante y delictual que acoge un individuo previamente penado por un delito igual al que es procesado al momento de adoptarle el calificativo de reincidente. Esta última forma delictual se comete con frecuencia en las personas sentenciadas que poseen tendencia criminal. Un ejemplo de ello es la persona Y que asesina a X1, es capturada y penalizada por ese hecho, sin embargo, posteriormente asesina a X2, y es capturada y puesta a disposición de la autoridad judicial.³⁶

C. A manera de síntesis

El expansionismo penal, el populismo punitivo y la sed de venganza abanderados por los grupos sociales –entre ellos los medios de comunicación– son premisas mediante las cuales se utiliza el derecho penal como un medio para alcanzar una irreal paz social. En consecuencia, y como producto del incontrolable sistema penal, emerge la reincidencia criminal: forma adecuada de excluir a aquellos indiferentes de la vigencia normativa de una sociedad sistémicamente armoniosa.³⁷

A pesar de ello, es momento de asumir responsabilidad académica y social con todo lo referente a la protección de los derechos humanos, al examinar hermenéuticamente la forma de incorporación legal de ciertas figuras peligrosistas, tal como lo instituye la reincidencia criminal; en tanto que, todos los planteamientos incompatibles con el régimen constitucional y convencional deban ser replanteados o eliminados de las jurisdicciones domésticas. Una forma de identificación descriptiva de estos preceptos exclusionistas se logra a través del derecho comparado, al racionalizar y transitar científicamente la etiología de un presupuesto legal calificado como trasplante jurídico –negativo– por una recepción jurídica –positivo–. Debe tenerse en cuenta que este proceso metódico se realizará a partir de la reincidencia criminal como figura jurídica, al diferenciar y soslayar terminologías como la habitualidad, la profesionalidad y la tendencia, sin afectación de divisiones como la reincidencia genérica o específica.

³⁶ Véase EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, ALEJANDRO ALAGIA Y ALEJANDRO SLOKAR, *MANUAL DE DERECHO PENAL: PARTE GENERAL* (2006). Para la claridad del lector, la dogmática jurídico penal considera que los delincuentes que incurran en la realización de delitos masas y/o delitos permanentes, por condiciones prácticas no se consideran reincidentes criminales. Se exceptúan aquellos que previo a la realización del nuevo delito, fueron sentenciados por un delito con precitada categoría.

³⁷ GÜNTHER JAKOBS, *DERECHO PENAL DEL ENEMIGO* (2003).

III. Expansionismo penal

El derecho penal del siglo veintiuno, a diferencia de otras épocas, marcha al compás de la evolución social.³⁸ El desarrollo dogmático, procesal y metodológico está puesto a las necesidades sociales, los avances tecnológicos y las mutaciones criminológicas. Sin embargo, en el segundo decenio del presente siglo, la ciencia penal latinoamericana ha trascendido más allá de toda legitimación jurídica, accionando una invasión irrazonable en fronteras constitucionales y convencionales que contagia al expansionismo penal de facetas negativas ajenas al derecho penal garantista. Sin titubear, la inmersión de movimientos filosóficos y dogmáticos como el derecho penal del enemigo, el derecho penal de autor, y la inverosímil aplicación de figuras peligrosistas como es la reincidencia criminal, dimanen de un fracaso del régimen constitucional del Estado, la decadencia de la política criminal y la insostenible armonía social. Establece, además, efectos inversos a los fines gubernamentales reglamentados en las constituciones.³⁹

El expansionismo penal se debe, entre varios factores, al juego político de los estados.⁴⁰ Muchas veces utilizados como banderas oficiales, los candidatos parlamentarios o presidenciales se sirven de predicados: “¡Agravaré las penas! ¡Terminaré con la delincuencia! ¡Incentivaré la pena de muerte para violadores! ¡Predicaré la castración para los violadores de niños!”, entre otros. De esta forma, incitan el populismo punitivo y la seguridad sobre un cúmulo de población electoral.⁴¹ Saciarse fines patrimoniales e individuales son sus objetivos, pero omiten el trasfondo jurídico, social y constitucional que aquellas decisiones pueden acarrear. Entre tantas propuestas, la reincidencia criminal fue y será –o así se predice por el momento– un lema de los gobiernos para la reducción de la criminalidad, eufemismo ideológico de límites a la libertad y garantías fundamentales.⁴²

³⁸ *Dogmática Penal Latinoamericana, Derecho Penal*, DERECHO A LA CARTA (29 de octubre de 2013) Universidad Externado de Colombia, https://www.spreaker.com/show/derecho_a_la_carta (última visita enero 7 de 2019).

³⁹ JAKOBS, *supra* nota 37, en la pág. 35.

⁴⁰ *Id.* Los distintos factores que pueden abogar por el expansionismo penal pueden ser consultados en diversas referencias sobre el derecho penal del siglo veintiuno, derecho penal del enemigo o criminología.

⁴¹ Véase, e.g. Plan de Gobierno 2018-2022 (Iván Duque Márquez, ex candidato presidencial- actual Presidente de la República de Colombia, Estados Unidos de México, año electoral 2017-2018) <https://www.ivanduque.com/propuestas>. Véase, además, Ricardo Anaya, Plan de Gobierno 2018-2024 (ex candidato presidencial) <https://www.ricardoanaya.com.mx/>. Estos ejemplos se toman de las múltiples campañas políticas propuestas por candidatos a la cámara de representantes, senado y presidencia (última visita enero 7 de 2019).

⁴² JÜRGEN HABERMAS, *TEORÍA DE LA ACCIÓN COMUNICATIVA*, I, COLECCIÓN ESTRUCTURAS Y PROCESOS: SERIE FILOSOFÍA 69 (1981).

Pero he de cuestionar: ¿acaso en los estados sociales y democráticos de derecho puede existir un expansionismo penal de índole negativa?⁴³ Al día de hoy, gracias a las constituciones o enmiendas correspondientes, las Naciones Latinoamericanas se estiman como estados sociales y democráticos de derecho, enfocados en el respeto de pilares democráticos, en favor de la libertad y el conglomerado de derechos humanos que orbitan sobre el principio, derecho y fin de la dignidad humana. Entre ese grupo privilegiado se encuentran Colombia y México.⁴⁴ Estos son gobiernos que, sin lugar a dudas, priman —ya sea formalmente— por el respeto de los derechos humanos en todas sus formas de interpretación constitucional. Ambos países son parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ratificaron la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y son miembros activos de la Organización de las Naciones Unidas. Además, poseen un ente dedicado a la verificación del cumplimiento y respeto de la Constitución, que para Colombia funge con tales honores la Corte Constitucional, y en el caso de México, lo es la Suprema Corte de Justicia. Como consecuencia, se crea un marco jurídico enmarcado en el respeto de los derechos humanos y la interdicción de la arbitrariedad de los gobernantes sobre los gobernados. Develan, así, una seguridad jurídica y un máximo vital humano.

A este respecto, puede presumirse primigeniamente que la legislación de elementos exclusionistas, degradantes o peligrosistas en los estados comparados, sitúan en riesgo al sistema regulatorio de derechos humanos, sus garantías y procedimientos constitucionales. Sin embargo, los ordenamientos jurídicos comparados disfrazan la aplicación de la reincidencia criminal como una forma incuestionable de protección de los derechos de las víctimas de conductas delictivas y de la socie-

⁴³ Véase I EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, DERECHO PENAL Y SOCIEDAD, ESTUDIOS SOBRE LAS OBRAS DE GÜNTHER JAKOBS Y CLAUS ROXIN, Y SOBRE LAS ESTRUCTURAS MODERNAS DE LA IMPUTACIÓN (2007). Debe entenderse por *expansionismo penal de índole negativo*, aquel procedimiento legislativo y judicial que en lugar de pretender regular las violaciones más graves que atentan contra bienes jurídicos e intereses vitales, se inclina por excluir a un grupo determinado de personas indiferentes a la vigencia normativa, inmiscuyéndose en áreas que atentan contra el principio de subsidiariedad o fragmentariedad en materia penal.

⁴⁴ Debe aclararse que la Constitución de Colombia de 1991, en su artículo primero, identifica a la Nación como un Estado Social de Derecho, mientras que México omite tal calificativo en el inmerso lingüístico de la Constitución de 1917 —se hace hincapié en la reforma constitucional de 2011—. Sin embargo, gracias a su acogida de principios convencionales y constitucionales, se ha de referir como una nación garante de las estructuras fundamentales de los estados sociales de Derecho. Véase Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, [CPM], Art. 1, Diario Oficial de la Federación [DOF], 5 de febrero de 1917, (Mex.). Véase, además, Constitución Política de Colombia de 1991, [CPC], Art. 1, Gaceta Constitucional [G.C.] No. 116, 20 de julio de 1991, (Colom.).

dad. Mientras tanto, cubren con velos de ignorancia la lamentable situación carcelaria y, así, la contradicción del entramado constitucional y convencional de cada país, producto de este tipo de regulación jurídica.

Ante esta problemática, establecer un estudio metodológico comparado atribuye relevancia constitucional, en la medida que, posterior a la determinación del objeto de estudio –en el acápite anterior–, se identifica la clase de regulación normativa o jurisprudencial que cada estado comparado la ha adscrito a la reincidencia criminal. Esto se realiza mediante un ejercicio de semejanzas y diferencias entre el compendio normativo adoptado, en aras de verificar si su contenido material es compatible con la cultura jurídica, la tradición legal y los principios constitucionales del Estado receptor. De no ser compatibles, se fijaría el origen figurativo, su etiológica y el entorno jurídico en que la reincidencia criminal pudiera ser viable y efectiva, al enraizar el expansionismo penal bajo los límites del constitucionalismo y el respeto a los derechos fundamentales.

IV. Reincidencia criminal en el marco comparativo

A. Referencia de factores históricos, sociales y legales

Los movimientos políticos, sociales y culturales son por antonomasia la fuente cristalizadora del continuo andamiaje del derecho penal. Explicar las diversas variables que afectan el marco normativo de los estados comparados, implicaría, a su vez, dar claridad sobre el porqué de la configuración de ciertas figuras o instituciones jurídicas presentes en órbitas de las ciencias penales. Sin obrar a manera de excepción, el estudio sobre la reincidencia criminal debe analizarse primordialmente a partir de escenarios históricos, culturales, sociológicos y antropológicos, que brinden una explicación posible sobre su incorporación legal en el ordenamiento jurídico colombiano y mexicano.⁴⁵ Esta actividad analítica proporcionaría información sobre las razones de procreación del objeto de estudio, que de no emprender su desarrollo dogmático en las legislaciones comparadas, se constata al menos si la regulación normativa de la reincidencia criminal ofrece respuesta a los movimientos sociales, históricos o filosóficos que incentivaron su aceptación en el estado receptor.⁴⁶ En el caso de ser disímiles entre sí, es imprescindible determinar los cambios u omisiones que el órgano parlamentario debió ejecutar en su estructura legal para

⁴⁵ De los escenarios históricos, culturales, sociológicos y antropológicos estriban variables que, al no inmiscuirse directamente en temas jurídicos o criminológicos, son llamadas *variables interdisciplinarias* con igual importancia que sus contrarias: las variables disciplinarias o jurídicas, puesto que alteran la comprensión del problema de investigación.

⁴⁶ KONRAD ZWEIGERT, HEIN KÖTZ, AN INTRODUCTION TO COMPARATIVE LAW (2da ed. 1992) (traducción suplida).

reaccionar positivamente frente a esas variables interdisciplinarias específicas en su respectivo ordenamiento jurídico.⁴⁷

1. Colombia

Invito al lector a retroceder en el plano tiempo-espacio y ubicarnos en Santa fe de Bogotá de los años veinte –siglo veinte–, momento enaltecido por las gacetas noticiarias. Jorge Eliecer Gaitán, fue aceptado como militante del partido liberal.⁴⁸ Fue abogado de la Universidad Nacional de Colombia, orador y defensor de las causas populares.⁴⁹ Era “hijo de la patria”, o así lo calificaban los ciudadanos.⁵⁰ Jurista de dones inapelables, de quien la nación estaba orgullosa ser representada.⁵¹ En el año 1926 tuvo la oportunidad de profundizar sus estudios en Roma, bajo la tutoría de su maestro Enrico Ferri.⁵² Retornó a sus tierras en 1928 y desde ese año apoteósico para el derecho penal, ocupó, entre otros, los cargos públicos de diputado, representante, senador, alcalde de Bogotá y ministro.⁵³ Sus ideas permeaban los instrumentos legislativos, entre ellos la Ley 36 de 1936.⁵⁴

La legitimidad académica y popular que adquirió el caudillo Jorge Eliecer Gaitán disimuló el discurso macabro que empuñaba. Uno de los mayores discípulos del profesor Ferri –padre del positivismo criminológico italiano– abogaba por las prácticas peligrosistas, subdivididas en políticas de etiquetamiento y peligrosismo social.⁵⁵ Sin tener conciencia de su influencia académica, se fue inmiscuyendo en

⁴⁷ En los estudios de derecho comparado es de vital importancia implementar un análisis primigenio sobre elementos históricos, sociológicos, culturales, antropológicos, entre otros, que influya en la implementación de la figura jurídica, institución normativa u ordenamiento jurídico comparado, ya sea en el marco de la técnica: macrocomparativa, microcomparativa, histórica-etnológica y puramente jurídica. Véase GIUSEPPE DE VERGOTTINI, DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO TRADUCCIÓN DE CLAUDIA HERRERA 1-53 (2004). Véase, además, MARIO SARFATTI, INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO COMPARADO, TRADUCCIÓN DEL INSTITUTO DE DERECHO COMPARADO DE LA ESCUELA NACIONAL DE JURISPRUDENCIA (1945).

⁴⁸ Eduardo Posada Carbo, *Jorge Eliecer Gaitán 1898–1948. Oportunidad Frustrada*, EL TIEMPO (4 de abril de 1999), <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-887425> (última visita noviembre 20 de 2018).

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ *Id.*

⁵¹ *Id.*

⁵² *Id.*

⁵³ *Id.*

⁵⁴ La Ley 36 de 1936 fue derogada por el Decreto 100 de 1980; L. 36/36, 24 de abril de 1936, Diario Oficial [D.O.] (Colom.).

⁵⁵ En el presente texto se entenderán las políticas de etiquetamiento y el determinismo como una forma de aplicación del peligrosismo jurídico, entendida la primera como la capacidad que tiene un grupo social para etiquetar a un sujeto a la tendencia causal de un hecho punible. El determinismo, por su parte, comprende la capacidad del legislador, juez o ente público para designar una tendencia causal de un delito especializado a un grupo de personas. Véase STANLEY COHEN, DEMONIOS POPULARES

la legislación colombiana la criminología positiva y médica, movimientos jurídicos desacreditados por parte de la criminología crítica y el constitucionalismo.⁵⁶

Aislándose de las discusiones perpetuas de la criminología contemporánea, el acoplamiento del positivismo criminológico anunció el desgarrador inicio de una legislación atrayente de figuras jurídicas violatorias de cualquier principio inmanente al *ius-cogens*. Sin lugar a dudas, este fue un comienzo para la redacción legal de la reincidencia criminal, como un elemento teleológicamente guiado a la eliminación y expulsión del delito, y con ello, del delincuente incapaz de reinsertarse a una sociedad armoniosa.⁵⁷

Sin avanzar en grandes pasos, el conflicto armado de Colombia emergió aproximadamente en los años cincuenta del siglo veinte. Los pueblos y las ciudades se consumían en el miedo más primitivo de la raza humana, y los actos más barbaros e idílicos en el pensar del ser humano se materializaban con facilidad. En muchas ocasiones, el entendimiento humano no otorgaba razones válidas para la ocurrencia de esos actos ignominiosos; hablaban por sí solas las lágrimas emergentes a borbotones de un país lleno de sangre en su territorio.⁵⁸ Estas circunstancias obligaron a los gobiernos de turno a legislar para abolir el terror, el mal y los enemigos sociales. Es por esto que la agravación punitiva, la limitación a beneficios penales, y hasta la pérdida absoluta de ciertos derechos, constituían opciones viables para los gobiernos en respuesta a la delincuencia organizada. De esa forma, la reincidencia criminal emprende el camino del odio social. La sed de venganza colectiva suscitó que la violencia estatal fuese legitimada vía procesos parlamentarios, tal como el apoyo incondicional del Estado ante los grupos paramilitares y las bandas civiles armadas.⁵⁹ El terrorismo y la violencia ya no se lideraban por un solo actor, es decir, los grupos subversivos, sino que, además, el poder estatal fungía como autor de múltiples violaciones sistemáticas a los derechos humanos.⁶⁰

Pese a estos actos violentos, en la segunda mitad del siglo veinte se abre una luz para el garantismo penal y el respeto por los derechos humanos. La adhesión de Colombia al Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, al Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, –y los demás tratados

Y PÁNICOS MORALES, DESVIACIÓN Y REACCIÓN ENTRE MEDIOS, POLÍTICA E INSTITUCIONES, TRADUCCIÓN DE VICTORIA DE LOS ÁNGELES BOSCHIROLI (2002).

⁵⁶ ALESSANDRO BARATTA, CRIMINOLOGÍA CRÍTICA Y CRÍTICA DEL DERECHO PENAL: INTRODUCCIÓN A LA SOCIOLOGÍA JURÍDICO PENAL 135 (2004).

⁵⁷ ALZATE, *supra* nota 1, en las págs. 117-37.

⁵⁸ Grupo de Memoria Histórica (GMH), *¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad, Informe General Grupo de Memoria Histórica*, en la pág. 331 (2013) <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2013/bastaYa/basta-ya-colombia-memorias-de-guerra-y-dignidad-2016.pdf>, (Colom.) (última visita noviembre 21 de 2018).

⁵⁹ ALZATE, *supra* nota 1, en la pág. 153.

⁶⁰ *Id.*

y declaraciones que hacen parte de estos sistemas—, la ratificación de competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, obligaron de forma directa a la nación a cumplir con un régimen máximo de reconocimiento de derechos humanos.⁶¹ Este tipo de exhortación incentivó el cambio de la legislación penal y se expidió el Decreto 100 de 1980, entre otras modificaciones legislativas.⁶² Este instrumento jurídico, entre otras alteraciones metalingüísticas, abrogó la reincidencia criminal del sistema penal. El resultado observado era consecuente con el discurso del garantismo penal y hasta el mismo Zaffaroni mencionó el cambio paradigmático que a este respecto se generaba en América Latina:

La desaparición de la reincidencia, al menos en América Latina, parece perfilarse como viable, teniendo en cuenta que en 1980 la eliminó el código colombiano, que en 1984 redujo sus efectos y eliminó las «medidas» post-delictuales el código brasileño, que en 1985 desaparecieron también las «medidas» del código uruguayo y que en 1984 se había reducido el efecto de la reincidencia en el argentino.⁶³

A pesar de la optimización de los derechos humanos y el apacible efecto del conflicto armado, la humanidad sucumbió nuevamente en la desesperación y el miedo. Los atentados terroristas que se presentaban en el medio oriente y en Estados Unidos, obligaron a la mayoría de las Naciones Latinoamericanas a adoptar medidas extremistas para la segregación, la retribución y el castigo de terroristas, reincidentes y peligrosos sociales. El fatídico 11 de septiembre de 2001 marcaría para siempre la historia colombiana y, sin duda alguna para otras legislaciones, el apogeo del derecho penal de enemigos y las políticas criminales con un enfoque pe-

⁶¹ De igual manera, se resalta el papel idílico que cumplieron las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en favor de la protección de los derechos humanos de los colombianos. Entre ellas: 19 Comerciantes v. Colombia, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte Inter-Am. D.H. (ser. C) Núm. 109 (5 de julio de 2004); Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) v. Colombia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte Inter-Am. D.H. (ser. C) Núm. 287 (14 de noviembre de 2014); Masacre de Santo Domingo v. Colombia, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Corte Inter-Am. D.H. (ser. C) Núm. 259 (30 de noviembre de 2012); Escué Zapata v. Colombia, Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, Corte Inter-Am. D.H. (ser. C) Núm. 165 (4 de mayo de 2008); “Masacre de Mapiripán” v. Colombia, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte Inter-Am. D.H. (ser. C) Núm. 134 (15 de septiembre de 2005); Gutiérrez Soler v. Colombia, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte Inter-Am. D.H. (ser. C) Núm. 132 (12 de septiembre de 2005); Las Palmeras v. Colombia, Reparaciones y Costas, Excepciones Preliminares, Corte Inter-Am. D.H. (ser. C) Núm. 67 (4 de febrero de 2000).

⁶² L. 100/80, febrero 20, 1980, DIARIO OFICIAL [D.O.] (Colom.). Debe tenerse en cuenta que el Decreto 100 de 23 de enero 1980 fue derogado por el actual Código Penal colombiano (derogado 2000), Véase, además, Ley 599/00, 24 de julio de 2000, DIARIO OFICIAL [D.O.] (Colom.).

⁶³ ZAFFARONI, *supra* nota 18.

ligrosista.⁶⁴ Desde esta fecha inmemorable para el derecho penal, Colombia registraría la creación de una legislación procesal y sustantiva en materia penal, teñida por presupuestos exclusionistas y, con ello, la incorporación de la reincidencia criminal como aquel elemento retributivo inherente de una política criminal reactiva, populista, poco reflexiva, inconsciente y volátil. Como consecuencia, se establece el acoplamiento de esta clase de normativización, vía control de constitucionalidad de las leyes por parte de la Corte Constitucional de Colombia.⁶⁵

En la actualidad, Colombia no cursa por un conflicto interno, no obstante, las figuras peligrosistas se encuentran disfrazadas en el entramado normativo, de forma que emulan programas de solución y tratamiento de la criminalidad. Asimismo, los medios de comunicación muestran un mundo de crimen y transgresión amarillista, que más allá de un fin informativo, buscan promover el odio y el sentimiento de venganza social. Esto va de la mano, incentivado en la potestad de reacción estatal y el manejo de instrumentos legales de clase retributiva, en muchos casos, fraguados en la vulneración sistemática de los derechos humanos. Una realidad parecida acontece en los escenarios electorales. Los políticos, en aras de proporcionar una campaña con mitín y dividendos electorales, incentivan a la multitud al odio y el desprecio de aquellos delincuentes que generan daño social. De esta forma pueden promover campañas en contra de la delincuencia, y a favor del endurecimiento de penas e intervención estatal. Esto prospera en el perfeccionamiento de una falsa utopía, al dejar de lado estudios sociológicos, legales y culturales que certifiquen la viabilidad de dichas propuestas.⁶⁶ En otras palabras, se guían por el manejo de un populismo punitivo descontrolado.

Así las cosas, la unión de todos los factores históricamente analizados evidencian que el ordenamiento jurídico penal colombiano posee una profunda estimación por figuras jurídicas peligrosistas, tal como la reincidencia criminal, conectado a una política criminal reactiva y poco reflexiva.

2. México

La historia jurídica mexicana ha reflejado un *continuum* de regulación normativa atrayente de figuras jurídicas peligrosistas vinculante a políticas de etiquetamiento

⁶⁴ Véase KAI AMBOS, DERECHO PENAL DEL ENEMIGO (2007).

⁶⁵ Corte Constitucional [C.C.], 13 de abril de 2016, Sentencia C-181/16, Gaceta de la Corte Constitucional [G.C.C.] (exp. D-10946) (Colom.). Muchos juristas, conscientes de la incompatibilidad constitucional de la reincidencia criminal en el marco normativo colombiano, presentaron demandas de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional. Sin embargo, el alto tribunal, por medio de argumentos poco profundos y apartada del análisis del principio de proporcionalidad y de la técnica constitucional, avaló la reincidencia criminal como un resultado compatible con el régimen democrático, fundamentada en el principio de libertad legislativa.

⁶⁶ HABERMAS, *supra* nota 42, en la pág. 74.

social, con una atávica regulación legal, adquirida con mayor grado de antigüedad a la colombiana —o así lo datan los historiadores criminológicos—.⁶⁷ En el año 1810, México registró la independencia colonialista por mandato del Virrey Juan Ruiz Apocada; sin embargo, el periodo de transición gubernamental exigió en la estructura del derecho, el mantenimiento del yugo jurídico dimanante de la comunidad española. Con gran exactitud, en 1820 el virrey ordenó al pueblo mexicano la publicación y observancia de la Constitución de Cádiz de 1812,⁶⁸ respecto a la regulación penal, mercantil y laboral de la nueva organización estatal.⁶⁹

Construir este énfasis de subordinación legal, explica en primer lugar el arraigo inicial que posee la venganza y la peligrosidad en el sistema penal mexicano. Esto se debe a que los principios legales que optimizaba el ordenamiento de la Antigua España, se acogían respecto a los movimientos de la dogmática clásica europea, bajo pequeños cimientos del positivismo italiano, fundamentos que a su vez predominaron en los procesos colonialistas latinoamericanos.⁷⁰ Esta clase de emulación legal conlleva que la legislación penal, presidida por una constitución peligrosista, consienta la aquiescencia social y legal en el desconocimiento del margen de la protección de derechos humanos, deparando potestades exorbitantes a la libertad de la potestad legislativa.⁷¹

Ya en el año 1827 el Estado de México concretiza su primera Constitución e incentiva la concepción de la tridivisión del poder, el respeto por un margen reducido de protección de derechos humanos y la regulación limitada de asuntos penales con otros estados de la República.⁷² Frente a las cuestiones penales, el pacto social hacía referencia a ciertas normas que legitimaban la suspensión y limitación de derechos, frente a sujetos que concurrían en acciones antijurídicas graves para el

⁶⁷ MARTÍN GABRIEL BARRÓN CRUZ, CINCO ORDENAMIENTOS PENALES DEL SIGLO XIX (2010).

⁶⁸ *Id.* en la pág. 34.

⁶⁹ *Id.*

⁷⁰ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, LA CUESTIÓN CRIMINAL 14 (2013). Debe tenerse en cuenta que la escuela positivista italiana surge a finales del siglo diecinueve con sus mayores exponentes: Enrico Ferri y Cesar Lombroso. Sin embargo, ciertos presupuestos por ellos endilgados se desarrollaron previamente por movimientos políticos y religiosos.

⁷¹ Reprochar la intromisión de los derechos humanos en una época en que los movimientos constitucionales y la concepción de los estados sociales de Derecho aún no se desarrollaban, puede imputarse como un error en la metodología investigativa. No obstante, se toman estos referentes metódicos desde un enfoque histórico en el que los intérpretes observan la concepción de ciertas figuras inhumanas y no elocuentes a un futurista discurso de derechos humanos. Es así como se formula un estudio diacrónico de las figuras peligrosistas, en tanto que se conocerá si el Estado posterior al desarrollo de los movimientos constitucionales y la concepción de los estados sociales de Derecho, decide continuar regulando instituciones legales atávicas al interior del discurso de los derechos humanos. Este análisis proporcionaría al investigador el eje tiempo-espacio en el que la idea normativa ingresa al ordenamiento jurídico y se mantiene petrificada en el tiempo, a través de una omisión legislativa de modernidad jurídica.

⁷² BARRÓN, *supra* nota 67.

conglomerado social e identificaban términos como *gravedad de la conducta* y *peligrosismo*, en asuntos de relevancia constitucional.⁷³ En ese sentido, la legislación penal con tintes peligrosistas se esparcía por toda la república y en la mayor parte de estamentos penales y criminológicos, mientras legitimaba mediante instrumentos jurídicos la violencia a propia mano.⁷⁴ Todo este primer avance es una pieza clave para entender el afecto jurídico que México ha desarrollado en su política criminal, por parámetros legales que incentivan la restricción de la personalidad jurídica de los delincuentes.

Por otro lado, el surgimiento de la escuela positivista italiana de finales del siglo diecinueve, al igual que en el ordenamiento colombiano, emprendió la intervención estructuralmente dogmática en el entramado legal y jurisprudencial mexicano.⁷⁵ A partir de este preámbulo, los juristas de la época recrearon un ideal normativo en favor de la aplicación de figuras jurídicas propias de la exclusión legal y la segregación funcional. Los estudios focalizados por la medicina, la biología y la fisiología, relacionados con el objetivo de reducir la criminalidad, incrementaron exponencialmente y personificaron sus medios de investigación a través de las políticas públicas. Desde este punto, la colectividad humana asoció la segregación, exclusión, discriminación y exterminio de delincuentes con aquella forma legal de respetar los derechos humanos de la sociedad.⁷⁶

Sin apartarse de esa discusión, la academia argumentó lógicamente la necesidad de aplicar políticas populistas en el estado mexicano, en la medida que la acumulación de delitos y depravaciones sociales estimulaba en el actuar del ciudadano la vulneración sistemática del conjunto de reglas provistas por la constitución y las leyes de la época. Asegurar el castigo severo al delincuente pauperizaba la comisión de hechos punibles y, a su vez, perfeccionaba la capacidad cognitiva de los ciudadanos para respetar los mínimos parámetros de legalidad.⁷⁷ Asimismo, el progreso del positivismo italiano en la legislación mexicana, facilitó el acoplamiento de ciertas figuras jurídico-penales propias del ordenamiento jurídico de los Estados Unidos.⁷⁸ Basta verificar las condiciones geográficas fronterizas entre ambos países, como una influencia directa de la ensambladura legal de diversas formas de regulación

⁷³ *Id.* en la pág. 35. El profesor Barrón manifestó al respecto: “Así la Constitución del 14 de febrero de 1827 alude a tal tipo de normas penales que suspenden los derechos de ciudadano a los procesados penalmente y a los vagos; de igual modo, perdía tales prerrogativas quien por sentencia ejecutoriada fuese condenado a presidio, cárcel u obras públicas por más de dos años. . .”.

⁷⁴ *Id.* en la pág. 40.

⁷⁵ José Ramón Narváez, *Bajo El Signo De Caín: La Criminología Positiva En México*, 17 ANU. MEX. HIST. DERECHO (2005), en la pág. 314, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-mexicano-historia-der/article/view/29685/26808> (última visita noviembre 21 de 2018).

⁷⁶ *Id.* en la pág. 315.

⁷⁷ *Id.* en la pág. 318.

⁷⁸ MARCEL STORME, CIPRIANO GÓMEZ LARA, DOUGLAS CASSEL, XII CONGRESO MUNDIAL DE DERECHO PROCESAL, VOL. IV: SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO PENAL Y SUS ÓRGANOS DE ACUSACIÓN 349 (2005).

político-criminal, al obtener legislaciones análogas, para sociedades social y culturalmente dispares.⁷⁹

De igual manera, el sistema político mexicano sufrió las consecuencias morales del acontecimiento del 11 de septiembre de 2001 en los Estados Unidos, y tanto el poder judicial como el legislativo se vieron obligados a implementar políticas enfocadas en la agravación de las penas, la limitación a beneficios penales y la privación del ejercicio de ciertos derechos fundamentales frente a sujetos peligrosos, terroristas, reincidentes y criminales políticos.⁸⁰ Un ejemplo de ello es la implementación del Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de julio de 2011, que modifica el art. 19 constitucional y establece que: “El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley. . .”.⁸¹ Es así como restringe derechos fundamentales relativos a la presunción de inocencia y el debido proceso cuando el sujeto imputado se encuadra en políticas de determinismo penal; en este caso, por la gravedad de la conducta o la conformación de organizaciones criminales.⁸² Adicional a ello, se soslayan los modelos de interpretación constitucional y los límites a la potestad legislativa determinados en el marco del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.⁸³

Sin duda alguna, la aplicación privilegiada de los derechos fundamentales para un sector que fideliza el acatamiento a la vigencia normativa de un estado contrae el respaldo legítimo y constitucional del derecho penal de enemigos al interior de la regulación criminológica, procesal y sustantiva. Es así como, en la academia mexicana, se habla sobre una aprobación constitucional del derecho penal de la excepción, en tanto que las instituciones y figuras jurídicas peligrosistas son bienvenidas en el entorno penal, siempre y cuando cumplan con el mantenimiento de la armonía social, sin importar el costo en derechos humanos que de ello pueda resultar.⁸⁴ Este

⁷⁹ *Id.*

⁸⁰ ALZATE, *supra* nota 1, en la pág. 42.

⁸¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [CPEUM], art. 19, Diario Oficial de la Federación [DOF], 05-02-17, últimas reformas DOF 27-08-2018 (Mex.).

⁸² *Id.* en el art. 16. Otras disposiciones constitucionales que desconocen parámetros de derechos humanos, y criterios materiales y estructurales de resolución de conflictos entre derechos fundamentales, es el art. 16 que establece que: “Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal”.

⁸³ Véase Corte Interamericana de los Derechos Humanos, (Corte Inter-Am. D.H.), *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 7*, <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf> (última visita 7 de enero de 2019).

⁸⁴ LIZBETH XÓCHITL PADILLA SANABRIA, *CRIMINALIZACIÓN-CONTROL DEL ENEMIGO EN EL MÉXICO NEOLIBERAL: LA LEY ANTILAVADO* (2014).

tipo de regulaciones legales se extrapolan del garantismo penal para ser acogidas en una política criminal volátil, no reflexiva y, ante todo, populista.

El estado mexicano, al igual que Colombia, utiliza el derecho penal de enemigos, aprobado por presuntos parámetros constitucionales, en aras de enfrentar la delincuencia organizada, la comisión de conductas graves y la reincidencia criminal. Asimismo, los medios de comunicación buscan promover la reacción estatal retributiva, de exclusión y de sometimiento de clases; en muchos casos, fraguados en la vulneración sistemática de los derechos humanos. De igual forma, el sector electoral partidista incentiva en la multitud el odio y el desprecio por aquellos delincuentes que generan daño social, para así promover campañas en contra de la criminalidad, el endurecimiento de las penas y la intervención estatal ajena al principio de prohibición de protección deficiente, es decir, el manejo de un populismo punitivo descontrolado.⁸⁵

En conclusión, los antecedentes históricos analizados evidencian que el ordenamiento jurídico penal mexicano posee una profunda estimación por el derecho penal de enemigos y por figuras jurídicas peligrosistas, tal como la reincidencia criminal, vinculado –como en el caso de Colombia– a una política criminal populista y poco reflexiva.

B. Definición, características y elementos

Ya trazado el panorama histórico, social y cultural de los ordenamientos jurídicos estudiados, se planteará de forma paralela, un análisis sobre los instrumentos legales de Colombia y México, respectivamente, que regulan parámetros conceptuales, estructurales y tipológicos en el desarrollo de la aplicación normativa y judicial de la reincidencia criminal.

1. Definición

En el ordenamiento jurídico colombiano, la regulación de las figuras, instituciones y conceptos en materia criminal se rige por: (i) el código penal;⁸⁶ y (ii) el código de procedimiento penal.⁸⁷ Estos son instrumentos normativos llamados a delimitar el alcance, la aplicación y la ejecución de las actuaciones punitivas a favor del respeto a la dignidad humana y la legalidad. Sin embargo, la definición de reincidencia criminal no se considera en el entramado legal y se percibe la existencia de una omisión legislativa respecto a este eje jurídico.

La consecuencia de la indeterminación y falta de regulación conceptual por parte

⁸⁵ HABERMAS, *supra* nota 42.

⁸⁶ Código Penal Colombiano [CP], Ley 599/00, 24 de julio de 2000, DIARIO OFICIAL [D.O.] (Colom.).

⁸⁷ Código de Procedimiento Penal Colombiano [CPP], Ley 906/04, 31 de agosto de 2004, DIARIO OFICIAL [D.O.] (Colom.).

de órganos legislativos, obliga de manera directa a que las altas cortes sean quienes reglamenten de forma especial, técnica y científica la figura como tal, bajo el parámetro de fuente auxiliar de interpretación normativa. En el caso de Colombia, la Corte Constitucional ha expresado reiteradamente el rol que juega su jurisprudencia en los límites y la complementación a la potestad legislativa, sin desconocer las funciones concedidas por la Constitución a manos del órgano parlamentario. Con ello, se puede recaer, además, en la vulneración al principio de división de poderes, democracia y usurpación de funciones.⁸⁸

Bajo ese contexto, la Corte Constitucional ha sido enfática en que: “[e]l legislador colombiano juzgó oportuno darle relieve a la reincidencia, como una forma más eficaz de desestimular conductas socialmente censurables, cuya reiteración hace inepto, a quien en ellas incurre”.⁸⁹ Por lo tanto, cuando el órgano parlamentario elige su programa político criminal, será deber de las altas cortes complementar el ejercicio de determinación legislativa, respetando el espíritu de creación inicial a través de los diversos métodos de interpretación legal. También ha manifestado que: “[l]a reincidencia es una recaída en el delito, por parte de quien ya había sido condenado penalmente con anterioridad, lo cual genera una reacción social y jurídica en términos punitivos, pues agrava la pena del nuevo delito”.⁹⁰

Como punto de partida, delimitó el concepto de reincidencia criminal a partir de dos funciones en los ordenamientos jurídicos que yuxtaponen las funciones de prevención y retribución justa en el plan político de reducción criminal. En esta primera instancia, se observa: “[l]a reincidencia como una especie de las circunstancias modificativas agravantes de responsabilidad, prevista en algunos ordenamientos penales, en virtud de la cual se agrava la sanción impuesta al infractor cuando ha sido sancionado anteriormente por la comisión de otras infracciones”,⁹¹ sin necesidad de incurrir a la vulneración del principio *non bis*

⁸⁸ Véase, e.g. DIEGO EDUARDO LÓPEZ MEDINA, *EL DERECHO DE LOS JUECES* (2da ed. 2006).

⁸⁹ Corte Constitucional [C.C.], 17 de febrero de 1994, Sentencia C-060/94, Gaceta de la Corte Constitucional [G.C.C.] en las págs. 13-14. (Colom.).

⁹⁰ El presente fallo es una de las providencias más reconocidas en materia de reincidencia criminal, puesto que constitucionaliza su configuración legal como una forma de agravación punitiva —específicamente la multa como pena principal—. Al respecto, se menciona en el mismo texto que:

La reincidencia reviste especial importancia para el derecho penal, pues comporta una reacción social ante la insistencia en el delito de quien ha sido previamente condenado por otro u otras conductas punibles, que se materializa en el incremento de la pena. Es decir, se trata de una situación fáctica con la entidad suficiente para generar la agravación de la pena impuesta a quien retorna a los actos reprochables no obstante haber sido juzgado y condenado previamente por la comisión de otros delitos.

⁹¹ Corte Constitucional [C.C.], 8 de febrero de 2006, Sentencia C-077/06, Gaceta de la Corte Constitucional [G.C.C.] en la pág. 9 (Colom.).

in idem.⁹² La reincidencia ha sido considerada como un límite a los beneficios y subrogados penales, bajo el supuesto de que si el delincuente desconoce en mayor medida los deberes legales y la vigencia de la norma, debe entonces el sistema procesal y sustantivo penal brindar menores garantías al reincidente en el proceso de resocialización y prevención general. Es así como se crea una relación inversamente proporcional entre las variables de reiteración de la conducta delictual y derecho a beneficios y subrogados penales.⁹³

Por otra parte, el ordenamiento jurídico mexicano reglamenta las figuras, instituciones y conceptos en materia criminal a través del Código Penal Federal y el Código Penal para el Distrito Federal, hoy conocida como la Ciudad de México. Si se examina el extenso articulado de esta dupla normativa sobre el objeto de estudio, se concluirá que el único instrumento preponderante por construir un régimen conceptual de la reincidencia criminal recae en la Ley Penal Federal de 1931.⁹⁴ En esta se afirma que, si el delincuente condenado anteriormente por sentencia ejecutada decide cometer un nuevo delito en un término igual al de la prescripción de la pena, será considerado reincidente criminal.⁹⁵

México, al no poseer una jurisdicción constitucional especial dedicada a la protección de los derechos humanos, y no conservar una tendencia por movimientos como el *stare decisis* –precedente judicial– en relación con el activismo judicial, limita las aportaciones judiciales que los jueces de la república federada pueden forjar frente a figuras jurídicas en manos del legislador. Se reconoce, de esta manera, la función de la Suprema Corte de Justicia de la nación, respecto a su limitada capacidad judicial sobre la complementación o creación dogmática de figuras jurídico-penales, cercenando la jurisprudencia y sus tesis relevantes ante

⁹² Corte Constitucional [C.C.], 13 de febrero de 2002, Sentencia C-088/02, Gaceta de la Corte Constitucional [G.C.C.] en la pág. 7 (Colom.). Se expresa: “Esta prohibición del doble enjuiciamiento, o principio del non bis in ídem, busca evitar que las personas estén sujetas a investigaciones permanentes por un mismo acto”. Este principio no se restringe al ámbito penal, sino que

[s]e hace extensivo a todo el universo del derecho sancionatorio del cual forman parte las categorías del derecho penal delictivo, el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional, el derecho de punición por indignidad política (*impeachment*) y el régimen jurídico especial ético - disciplinario aplicable a ciertos servidores públicos (pérdida de investidura de los Congresistas). Sin embargo, la prohibición del doble enjuiciamiento no excluye que un mismo comportamiento pueda dar lugar a diversas investigaciones y sanciones, siempre y cuando éstas [sic] tengan distintos fundamentos normativos y diversas finalidades.

⁹³ ALZATE, *supra* nota 1, en la pág. 134. La relación consiste en: entre mayor grado de reincidencia –delitos cometidos– menor serán los beneficios y subrogados penales susceptibles de aplicarse en su favor.

⁹⁴ Código Penal Federal [CPF], Diario Oficial de la Federación [DOF], 14-08-1931, últimas reformas DOF 20-08-2009 (Mex.).

⁹⁵ *Id.* en el art. 20.

discusiones sobre la usurpación de funciones entre ramas del poder público y el activismo judicial.

Por consiguiente, la reincidencia criminal goza de una estructura conceptual en los países antes comparados, en la medida que el ordenamiento jurídico colombiano, a través del activismo judicial, procura definir su alcance normativo. Esto último, mediante escenarios limitativos tanto de beneficios como de agravantes de las sanciones penales. Por otro lado, en el ordenamiento jurídico mexicano se ha construido la reincidencia criminal a base de una itinerancia en la conducta penal, sin la necesidad de aclarar un enfoque de aplicación legal.

2. Características

El ordenamiento jurídico colombiano, a partir de la actividad judicial, agrupa las características de la reincidencia criminal en cinco pilares estructurales a través de procesos de interpretación simbióticos. En primer lugar, se encuentra la *generalidad*. Esta no distingue la naturaleza de las conductas punibles para la configuración de la reincidencia criminal, opera únicamente por la repetición de una conducta encuadrada al margen de un delito, sin relevancia de los parámetros de semejanza con el hecho penalizado en una sentencia previa. En otras palabras, el derecho penal colombiano regula tipológicamente la reincidencia genérica.⁹⁶ En segundo lugar, es *obligatoria*. Este es un límite a la capacidad discrecional del juez en un proceso penal, toda vez que, al constatar los requisitos de constitución figurativa, el operador judicial deberá aplicar las consecuencias que la ley señaló para el reincidente criminal.⁹⁷ Por otro lado, se basa en *criterios objetivos*: aplicar la reincidencia criminal debe partir de elementos descriptivos, normativos y objetivos, desligándose de cualquier forma de imputación subjetiva propia del autor y del arbitrio judicial. Esto es, se necesita basar la decisión en la existencia de una sentencia condenatoria previa, la verificación de la comisión de otro delito bajo una inferencia razonable de autoría o participación y la confirmación del periodo de tiempo en que el juez, sin prescindir el principio de *non bis in idem*, decide tener en cuenta un hecho ya penalizado como un agravante punitivo en el nuevo proceso penal.⁹⁸ Está sometida a *límites temporales*. El ordenamiento jurídico debe señalar: “[u]n plazo a partir de los cuales dejan de surtir efectos las condenas anteriores. . .”.⁹⁹ Por último, es una circunstancia de *agravación de la pena*. Como ya se ha mencionado, la reincidencia

⁹⁶ Corte Constitucional [C.C.], 8 de febrero de 2006, Sentencia C-077/06, Gaceta de la Corte Constitucional [G.C.C.] (Colom.).

⁹⁷ *Id.*

⁹⁸ *Id.*

⁹⁹ *Id.*

criminal amplifica los efectos de las penas principales y accesorias de una conducta punible.¹⁰⁰

En el mismo sentido, el código penal colombiano regula de forma taxativa las características de la reincidencia criminal bajo dos enfoques restrictivos de derechos fundamentales. Por un lado, el artículo 39 establece que: “[l]a unidad multa se duplicará en aquellos casos en que la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los diez (10) años anteriores. . .”.¹⁰¹ De otra parte, se clasifica la carencia de antecedentes penales como una circunstancia de menor punibilidad y se agrava tácitamente la situación jurídica del delincuente que repite un hecho delictivo, previa condena ejecutada.¹⁰² En el mismo código se sistematiza la falta de antecedentes penales como un requisito de consideración judicial para la suspensión de la ejecución de la pena. Se fundamenta bajo la excepción legal de que: “[e]l juez podrá conceder la medida cuando los antecedentes personales,

¹⁰⁰ *Id.* La Corte Constitucional al respecto mencionó:

Conforme a lo expuesto, las principales características de la reincidencia penal son las siguientes: i) Generalidad: pues se aplica a cualquier comportamiento punible, salvo que en determinados casos se encuentre excluida; ii) es obligatoria, esta característica obliga a todos los jueces a aplicarla, siempre que se encuentren acreditados los requisitos exigidos por la ley; iii) se basa en criterios objetivos: no obstante ser una circunstancia personal, descansa sobre criterios objetivos, pues exige la existencia de una sentencia previa en firme y la comisión de otro delito, es decir, se trata de la objetivación de una condición personal actual, a partir de la acreditación de requisitos formales y objetivos, que escapan al juicio de culpabilidad realizado por el operador judicial; iv) está sometida a límites temporales: existe la previsión legal de unos plazos a partir de los cuales dejan de surtir efectos las condenas anteriores; y v) es una circunstancia de agravación de la pena: su operancia genera el aumento de la pena para el sujeto activo del nuevo delito.

¹⁰¹ Código Penal Colombiano [CP], art. 39, Ley 599/00, 24 de julio de 2000, DIARIO OFICIAL [D.O.] (Colom.).

¹⁰² *Id.* en el art. 55. Véase, además, Corte Suprema de Justicia [C.S.J.], Sala de Casación Penal, diciembre 11, 2013, Ref., Expediente 248092, Gaceta de la Rama Judicial [G.R.J.] en las págs. 16-30 (Colom.). Esta forma de agravación punitiva es una discusión que carece de fundamento jurídico según la Corte Suprema de Justicia. A través de su reiterada jurisprudencia, ha manifestado que la ausencia de antecedentes penales no debe ser considerada una forma tácita de agravación punitiva. Por el contrario, funge como un premio legal otorgado por la política criminal a delincuentes primarios, en tanto que los reincidentes penales al inscribir en sus antecedentes penales registros de la comisión de delitos, pierden la capacidad de reclamo punitivo en su beneficio. Su fundamento se basa en el siguiente silogismo lógico: A) las circunstancias de menor punibilidad son beneficios punitivos y no agravantes penales; B) los agravantes punitivos empeoran la situación jurídica del indiciado; C) conclusión: las circunstancias de menor punibilidad no empeoran su situación jurídica. Pese a este discernimiento judicial, considero que esta clase de beneficios punitivos parte de una discriminación entre delincuente de primer y segundo grado, sin justificación del principio de proporcionalidad como método de resolución de conflictos de principios fundamentales; por lo que impedir su aplicación agrava el derecho fundamental a la igualdad y dignidad humana y, de paso, la situación o personalidad jurídica del indiciado.

sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena”.¹⁰³

En cuanto al segundo eje, se clasifica la reincidencia criminal como aquella figura restrictiva de beneficios, subrogados y derechos fundamentales inherentes a los contenidos en los procesos penales. El artículo 68 del Código Penal de Colombia restringe la reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave, si: “[e]n el momento de la comisión de la conducta tuviese ya otra pena suspendida por el mismo motivo”.¹⁰⁴ Lo anterior continúa vigente, aún si por disposición del derecho internacional humanitario o el sistema de protección de derechos humanos fuese incompatible la privación de la libertad con los derechos fundamentales del delincuente.¹⁰⁵ De igual manera, se dispone para restringir taxativamente los beneficios y subrogados penales de: “[s]uspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión. . .” u “[o]tro beneficio, judicial o administrativo”.¹⁰⁶ Es igualmente aplicable: “[c]uando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores”.¹⁰⁷

Entre tanto, en el ordenamiento jurídico mexicano existe una regulación normativa sobre las características de la reincidencia criminal,¹⁰⁸ clasificados en cinco grupos: (i) generalidad conductual: los artículos 22 y 23 del Código Penal Federal,¹⁰⁹ preceptúan una reincidencia criminal genérica, incondicional a la naturaleza del hecho punible, ya sea en la modalidad de dolo o preterintención, o bajo dispositivos amplificadores del tipo penal como la tentativa o la autoría y participación. Sumado a ello, se enarbola una cláusula de restricción en el encuadre de la reincidencia criminal y se prohíbe su empleo cuando el delito previamente sentenciado u objeto

¹⁰³ Código Penal Colombiano [CP], art. 63, Ley 599/00, 24 de julio de 2000, DIARIO OFICIAL [D.O.] (Colom.).

¹⁰⁴ Código Penal Colombiano [CP], art. 68, Ley 599/00, 24 de julio de 2000, DIARIO OFICIAL [D.O.] (Colom.).

¹⁰⁵ Corte Constitucional [C.C.], 26 de abril de 1998, Sentencia T-153/98, Gaceta de la Corte Constitucional [G.C.C.] en las págs. 10-15 (Colom.). Ante esta disposición, a simple vista violatoria de los derechos humanos, en la práctica jurídica los jueces colombianos aplican la *excepción de inconstitucionalidad* del control difuso de constitucionalidad. Ante su consideración, bajo un estricto estudio del principio de proporcionalidad, deben prevalecer los derechos fundamentales a la personalidad jurídica, vida, dignidad humana, integridad personal, intimidad y el libre desarrollo de la personalidad, por encima del interés social o colectivo.

¹⁰⁶ Código Penal Colombiano [CP], art. 68(A), Ley 599/00, 24 de julio de 2000, DIARIO OFICIAL [D.O.] (Colom.).

¹⁰⁷ *Id.*

¹⁰⁸ Véase Corte Constitucional [C.C.], 13 de abril de 2016, Sentencia C-181/16. Gaceta de la Corte Constitucional [G.C.C.] (Colom.). Para una mejor comprensión, se tomarán como base los ítems de categorización adoptados por la H. Corte Constitucional Colombiana, en esta sentencia.

¹⁰⁹ Código Penal Federal [CPF], arts. 22 y 23, Diario Oficial de la Federación [DOF], 14-08-1931, últimas reformas DOF 20-08-2009 (Mex.).

de investigación penal inviste una naturaleza especial, identificada para los delitos políticos o cuando el agente haya sido indultado por ser inocente; (ii) la obligatoriedad judicial: según el artículo 65 del Código Penal Federal, si el juez competente acredita los elementos jurídicos de la reincidencia criminal, se impone así mismo la obligación legal de aplicarla en el momento procesal y sustantivo establecido por la legalidad, los límites y amplitud que exige el proceso penal en ámbito de derechos humanos;¹¹⁰ (iii) se basa en criterios objetivos: se establece el derecho penal del autor en el proceso de concreción racional y fundamentación práctica de la reincidencia criminal con enfoque restrictivo o de agravación punitiva; (iv) sometida a límites temporales: igualmente, el artículo 20 establece: “[u]n término igual al de la prescripción de la pena. . .” a partir de los cuales dejan de surtir efectos las condenas anteriores;¹¹¹ (v) funge como un agravante punitivo, o un límite a beneficios penales: la reincidencia criminal puede focalizarse en dos grandes escenarios: en primera instancia, el artículo 172 del Código Penal Federal concibe, a través de la limitación a beneficios penales, desestimar conductas ensordecedoras a los mandatos de permisión o prohibición, y con ellas, establecer la vigencia normativa.¹¹²

En el segundo escenario, la reincidencia criminal asimila la función de la agravación punitiva al contenido del procedimiento penal. Para ello, el artículo 159 del Código Penal Federal compele duplicar la multa y adjudicar prisión de uno a seis años, en ciertos casos. Un ejemplo de ello lo es: “[e]l reo suspenso en su profesión u oficio, o inhabilitado para ejercerlos, que quebrante su condena”.¹¹³ Del mismo modo, de consideran paradigmas en este segundo enfoque, la imposición de sanciones cuando el testigo no declara en la audiencia de juicio, considerada una sanción agravada si el declarante reitera el delito.¹¹⁴ Desde una perspectiva más amplia, el artículo 65 del Código Penal Federal concilia ambos enfoques clasificatorios bajo el concepto del establecimiento de la vigencia de la norma, agravando y limitando derechos fundamentales del delincuente que ponen en peligro el sistema deóntico y axiológico del ordenamiento jurídico.¹¹⁵

3. Elementos

Al enunciar características y elementos figurativos de la reincidencia criminal, no se pretende construir una teoría jurídico-penal inextricable. Contrario a ello, se busca escalonar las exigencias jurídicas para los órganos constituidos en temas de

¹¹⁰ *Id.* en el art. 65.

¹¹¹ *Id.* en el art. 20.

¹¹² *Id.* en el art. 172.

¹¹³ *Id.* en el art. 159.

¹¹⁴ *Id.* en el art. 182.

¹¹⁵ *Id.* en el art. 65.

regulación criminal. Esto resulta fundamental, al tomar en cuenta que las características legitiman la libre potestad del órgano legislativo para focalizar la reincidencia criminal como un plan de contrataque frente al crimen y el delito. Los elementos son aquellos requisitos que el juez, durante el proceso penal, evalúa y acredita mediante el conjunto de compendios probatorios, en aras de legitimar la imposición de agravantes punitivos o límites a beneficios o subrogados penales, en razón de una sentencia condenatoria previa. Bajo otros términos, las *características* –también llamadas *elementos* en sentido amplio– son los presupuestos que se definen en la etapa de creación normativa, plasmados en el programa político criminal, mientras que los *elementos* –también llamados *elementos* en sentido estricto– son los requisitos exigidos por los instrumentos normativos, con el fin de que el juez competente acredite el calificativo de reincidente criminal a una persona procesada. Puede que algunas características se transmuten en elementos jurídicos, sin embargo, las primeras se resuelven en ámbitos de la criminalización primaria, y los segundos en esferas de la criminalización secundaria.

En ese orden de ideas, el ordenamiento jurídico colombiano, haciendo uso del activismo judicial y el entramado legislativo,¹¹⁶ reguló los elementos de la reincidencia criminal en siete pilares estructurales.

(i) Una condena previa: se refleja en la necesaria comprobación de la existencia previa de una condena penal por un delito. Para cumplir este fin, se implementan sistemas operativos y tecnológicos que ayuden al trámite de identificación y el determinismo penal sin irrumpir esferas de derechos fundamentales. A causa de esto, en la Ley 599 del 2000 se exige como requisito procesal, en algunos casos, que la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional.¹¹⁷ De esta forma, se otorga una sanción mayor al fracaso del cumplimiento al fin preventivo y resocializador de la pena.¹¹⁸

(ii) Sentencia firme o ejecutada: la sentencia previa con sentido condenatorio tuvo que surtir todas las instancias que el procedimiento concibe en cada legislación y así quedar ejecutada. Su fundamento está enraizado en que, hasta no resolver los recursos o los efectos suspensivos de las providencias o instancias judiciales, no podrá utilizarse esa condena previa, en la conformación de la reincidencia criminal en el nuevo proceso penal.¹¹⁹

¹¹⁶ Corte Constitucional [C.C.], 13 de abril de 2016, Sentencia C-181/16. Gaceta de la Corte Constitucional [G.C.C.] en la pág. 34 (Colom.).

¹¹⁷ Véase, e.g. Código Penal Colombiano [CP], Ley 599/00, 24 de julio de 2000, DIARIO OFICIAL [D.O.] (Colom.).

¹¹⁸ Corte Constitucional [C.C.], 13 de abril de 2016, Sentencia C-181/16. Gaceta de la Corte Constitucional en la pág. 34 [G.C.C.] (Colom.).

¹¹⁹ *Id.*

(iii) Ausencia de exigibilidad de condena cumplida: este elemento contempla como suficiente la existencia de una condena ejecutada, sin la ocurrencia de exigir el cumplimiento de la pena en la sentencia anterior al nuevo delito.¹²⁰

(iv) Eficacia temporal de la condena previa: el tiempo en el que se podrá analizar la condena de un delito en futuros procesos penales no es perpetuo, dado que restringiría la presunción de resocialización penal al contenido del programa criminal instaurado en los estados sociales y democráticos de derecho. Igualmente, se infringiría el principio de *non bis in ídem*, la igualdad y dignidad humana. Bajo esa tesitura, el artículo 39 del Código Penal colombiano señala un término de diez (10) años, contados a partir de una sentencia previa hasta el procedimiento judicial penal, objeto de delitos que señalen en su sanción.¹²¹ Frente a la suspensión de la ejecución de la pena, el artículo 63 señala un plazo de cinco (5) años anteriores al nuevo procedimiento penal,¹²² y, en contraste, el artículo 68(A) refiere, frente a la exclusión de beneficios o subrogados penales, un tiempo de cinco (5) años anteriores al nuevo procedimiento penal.¹²³

(v) Delito actual: que se constate la comisión de una nueva conducta punible.¹²⁴

(vi) Sujeto reincidente: está sujeta a que se acompañe una certificación documental o magnética de la existencia de una condena previa respecto al nuevo proceso penal.¹²⁵

(vii) Prueba de la reincidencia: el nuevo delito debe gozar de una base probatoria que certifique primigeniamente la inferencia razonable de autoría o participación del supuesto reincidente criminal.¹²⁶

Del mismo modo, el ordenamiento jurídico mexicano expresa normativamente elementos que el operador judicial ha de tener en cuenta a la hora de agravar o limitar beneficios o subrogados penales, en razón de la reincidencia criminal. Para ello, el artículo 20 del Código Penal Federal, esbozó los siguientes elementos: (i)

¹²⁰ *Id.*

¹²¹ Código Penal Colombiano [CP], art. 39, Ley 599/00, 24 de julio de 2000, DIARIO OFICIAL [D.O.] (Colom.).

¹²² *Id.* en el art. 63.

¹²³ *Id.* en el art. 68(A).

¹²⁴ Corte Constitucional [C.C.], 13 de abril de 2016, Sentencia C-181/16. Gaceta de la Corte Constitucional en la pág. 34 [G.C.C.] en la pág. 34 (Colom.).

¹²⁵ *Id.*

¹²⁶ *Id.*

Condena previa y sentencia en firme o ejecutoriada: cuando el texto normativo manifiesta que: “[h]ay reincidencia: siempre que el condenado por sentencia ejecutoria dictada por cualquier tribunal de la República o del extranjero, cometa un nuevo delito. . .”,¹²⁷ infiere en el ejercicio de configuración penal la existencia de una providencia anterior, dictada por un juez competente y agotada en ámbitos de recursos e instancias procesales. (ii) La ausencia de exigibilidad de condena cumplida: a este respecto el legislador solo manifiesta la exigencia judicial de condena ejecutoria, más no del cumplimiento de las penas principales o accesorias en la sentencia judicial previa. (iii) La eficacia temporal de la condena previa: la previsión legal de plazos, a partir de los cuales dejan de surtir efectos las condenas es: “[i]gual al de la prescripción de la pena, salvo las excepciones fijadas en la ley”.¹²⁸

En conclusión, ambos ordenamientos jurídicos –colombiano y mexicano–, a partir de su evolución legal y jurisprudencial, han podido constatar la creación del régimen de características en el parámetro del programa político criminal. Es aplicable, asimismo, respecto al régimen de elementos esenciales de la reincidencia criminal en el plan judicial de procedimientos penales. Así, se rescatan de manera universal y única, tres *ítems* que forman parte de la intersección de ambos conceptos: (a) sentencia previa (b) reiteración y (c) temporalidad.¹²⁹

C. Confrontación comparada

Agotar la etapa electiva y descriptiva en la metodología comparada, sostiene la comprensión sobre el trasfondo normativo que cada ordenamiento jurídico estudiado brinda en la construcción legal y jurisprudencial de la reincidencia criminal.¹³⁰ No obstante, delimitar el proceso investigativo hasta estas fases metódicas resulta en errores de interpretación y de creación lógica y científica en el derecho comparado. La razón principal es que se omite la confrontación de una legislación con otra y, así, la presentación de conclusiones en respuesta a la hipótesis o el problema de investigación. En este caso, lo es la acreditación de la reincidencia criminal como un trasplante jurídico en la legislación de Colombia y México. De manera que, en los siguientes acápites se intentará explicar el apego significativo que tienen los estados comparados frente a figuras jurídicas peligrosistas, entre ellas la reincidencia criminal. De encuadrarse un trasplante jurídico, el rol será emprender un cambio etiológico, deóntico y axiológico de esta regulación normativa. En última instancia,

¹²⁷ Código Penal Federal [CPF], art. 20, Diario Oficial de la Federación [DOF], 14-08-1931, últimas reformas DOF 20-08-2009 (Mex.).

¹²⁸ *Id.*

¹²⁹ Estos tres presupuestos se desarrollan en ámbitos de las características o elementos de la reincidencia criminal. El carácter de universalidad obliga a acatar su estructura tanto en el programa político criminal como en el procedimiento penal por parte del juez competente.

¹³⁰ DE CRUZ, *supra* nota 5.

el propósito será la expulsión de aquellos preceptos incompatibles con la cultura jurídica, la tradición legal y los principios constitucionales del estado receptor.¹³¹

1. Historia y condiciones sociales

El derecho del antiguo continente influyó en las regulaciones sociopolíticas de los países latinoamericanos a través de los procesos de colonización. Fue así como deparó en las decisiones jurídicas de los gobernantes, la sobreposición de las figuras e instituciones normativas del ordenamiento jurídico conquistador sin perjuicio de las necesidades sociales, culturales y jurídicas del país conquistado.¹³² Una de aquellas formas de acoplamiento normativo se cristalizó en la violencia estatal legitimada por móviles vengativos y represivos. A su vez, se desconocía la escasa protección de derechos humanos vigente en aquellos tiempos —la escolástica como movimiento filosófico de aprovisionamiento legal y humano—. ¹³³ Sin lugar a duda, sus formas de castigar aparejaban una intención de exclusión, exterminio o supresión de personas desconocedoras de los mínimos parámetros legales, entre ellas las reincidentes criminales.

A finales del siglo diecinueve e inicios del siglo veinte, los juristas latinoamericanos revalidaron la columna vertebral del derecho penal sobre los presupuestos positivistas italianos.¹³⁴ Sin presumir demasiado, los procesos de investigación criminal enfocaron las categorías fisionómicas de los individuos como premonitorios de una tendencia delictiva, que por su naturaleza deseaban la comisión del delito y

¹³¹ *Id.* En consideración del lector, puede realizarse un proceso conjunto entre la descripción de la regulación normativa de los ordenamientos comparados, referente al estudio de la reincidencia criminal, y el proceso identificativo de semejanzas y diferencias entre regulaciones jurídicas. Puede, como regla general, considerarse más útil y comprensivo. Desde el Instituto de Investigaciones Jurídicas [IIJ] de la Universidad Nacional Autónoma de México [UNAM], y las cátedras de derecho comparado impartidas por el doctor Efrén Chávez Hernández, pretendemos remplazar términos de *utilidad* por *comprensión metódica crítica*, en el entendido de que el deber del comparatista parte del señalamiento de la determinación lingüística del objeto de estudio [fase electiva] y la descripción jurídica que cada legislación ha materializado normativamente al interior del objeto de estudio [fase descriptiva]. De esta forma, se separa con posterioridad la confrontación entre regulaciones de los Estados Comparados y las explicaciones o conclusiones que de esa actividad analítica deriven [fase identificativa y conclusiva]. Y es que no puede mezclarse argumentación objetiva-descriptiva estribada de los instrumentos de las legislaciones comparadas, con argumentación subjetiva que el comparatista señala en interpretación a los elementos objetivos. Aunque respete parámetros de la lógica y de racionalidad teórica y práctica, son aserciones construidas por un pensamiento particular o individual. Asimismo, al seguir los requisitos del método científico, incitaría a la comunidad académica a realizar sus conclusiones a partir de los elementos objetivos sin alteración meta-contextual señalados en las dos primeras fases metodológicas, con el fin de establecer discusión dogmática y académica.

¹³² BARRÓN, *supra* nota 67.

¹³³ Véase CARLOS PATIÑO GUTIÉRREZ, LA VALIDEZ DEL DERECHO EN LA ESCOLÁSTICA, DESOBEDIENCIA, IUSNATURALISMO Y LIBRE ALBEDRÍO EN FRANCISCO SUÁREZ, SERIE DOCTRINA JURÍDICA (2017).

¹³⁴ ALZATE, *supra* nota 1.

las infracciones al deber.¹³⁵ De ahí que, entonces, se promulgaba la exclusión social y, en muchos casos, la eliminación de grupos humanos que desatendían las disposiciones normativas. Con ello advenía el incremento de torturas, tratos crueles, inhumanos y degradantes y su intento de desmitificar la personalidad jurídica y el sistema de protección de derechos humanos. Este pensamiento ideológico fue liderado, en principio, en cada legislación comparada por juristas renombrados, tales como Jorge Eliecer Gaitán, de Colombia, y Martínez Baca, de México.¹³⁶

Ya en los años cincuenta del siglo veinte, en Colombia se diseminaban los primeros efectos del conflicto armado interno, precursor de instrumentos jurídicos mediados por la sed de venganza.¹³⁷ El tiempo de conflagración sembró en la sociedad colombiana un deseo avasallado por la violencia y la retribución taliónica ante el delincuente, reforzando así las políticas de peligrosidad, miedo y terror colectivo.¹³⁸

En cuanto a la existencia de escenarios contextuales violentos en México, el impacto de lucha entre carteles del narcotráfico, la corrupción del sector público y privado, el alarmante ascenso de homicidios, como el *caso mujeres de Juárez*, y la intimidación de las organizaciones criminales, contribuyeron a la inmersión del derecho penal de enemigos en la regulación penal, disciplinaria y administrativa del sistema jurídico.¹³⁹ La peligrosidad penal como fuente del utilitarismo legal se articuló con las disposiciones de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos. De esta manera, se legitimaron medios violentos, segregacionistas, sosegados por la venganza penal y la exclusión de personas indiferentes a la vigencia normativa.¹⁴⁰

Sin más que auscultar, la venganza, el derecho penal de enemigos y los procesos de exclusión se adscribieron al funcionamiento del sistema carcelario y penitenciario de Colombia y México. Fue así como proporcionaron figuras jurídicas que maximizaron el mantenimiento de la vigencia de la norma negada por la acción delictiva.¹⁴¹ En este escenario, la reincidencia criminal cobra vida útil a través del incremento de las penas, la agravación punitiva y el límite a beneficios y subrogados penales. Efectivamente, se soslayó de ambos ordenamientos normativos el garantismo penal para dar cabida al derecho penal de excepción.¹⁴²

¹³⁵ CÉSAR LOMBROSO, LOS CRIMINALES (1916) (*disponible en* <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/1568-los-criminales>) (última visita 3 de diciembre de 2018).

¹³⁶ POSADA CARBO, *supra* nota 48. Véase, también, Narváez, *supra* nota 75.

¹³⁷ Grupo de Memoria Histórica (GMH), *¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad, Informe General Grupo de Memoria Histórica*, en la pág. 331 (2013), <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2013/bastaYa/basta-ya-colombia-memorias-de-guerra-y-dignidad-2016.pdf> (Colom.) (última visita noviembre 21 de 2018).

¹³⁸ ALZATE, *supra* nota 1.

¹³⁹ PADILLA, *supra* nota 84.

¹⁴⁰ *Id.*

¹⁴¹ JAKOBS, *supra* nota 37.

¹⁴² PADILLA, *supra* nota 84.

Por esto, se trae nuevamente a discusión el atentado terrorista del 11 de septiembre del 2001 y lo que produjo al régimen sustantivo y procesal penal de Colombia y México. Desde esta fecha se enmarca el inicio de la confrontación de terroristas, reincidentes y miembros de organizaciones criminales, señalados como enemigos del Estado por alterar la armonía cultural y social de sus habitantes.¹⁴³ Los países comparados, influenciados por las peticiones diplomáticas de Estados Unidos, implementaron un normativismo justificado a la luz de las teorías anunciadas por el profesor Günther Jakobs. Mediante este, la política criminal tenía que enraizar fundamentos teóricos y prácticos en el derecho penal de enemigos.¹⁴⁴ Sin vacilar, fue este el comienzo para que el jurista mexicano y colombiano, subviertiera principios constitucionales y convencionales en favor de la eliminación de ciertos grupos inestables en la armonía sistémica. Esto conllevó la acción de justificar la clasificación de ciudadanos de primera y segunda categoría en un sistema penal de segregación y peligrosidad –un apartheid–.¹⁴⁵

Cabe destacar la intervención de los medios de comunicación y el panorama electoral en la creación legal de figuras peligrosistas, y el *modus operandi* de la reincidencia criminal en los ordenamientos comparados. Los primeros, recreando una sociedad de violencia, crimen e intimidación que estimulaba en el reclamo social, la reacción retributiva del Estado.¹⁴⁶ Mientras tanto, las campañas partidistas en periodos electorales, valiéndose del proceso de intimidación mediática, formulan al entorno de sus planes de gobierno: instrumentos jurídicos regulatorios de figuras e instituciones que agravan penas y limitan beneficios y subrogados penales. Convierten la privación de la libertad en un medio idóneo para retribuir un mal cometido por el delincuente en un mal mayor de privación, tortura y afrenta social –una venganza estatal–.¹⁴⁷

En conclusión, los ordenamientos jurídicos de Colombia y México, asimilan una historia legal de superposición de órdenes normativas colonialistas, en la que la venganza colectiva se legitimaba en el interior regulatorio de las constituciones.¹⁴⁸ De igual modo, no se restringió el ingreso jurídico de la escuela positivista italiana, por lo que la segregación, la prevención especial negativa y la discriminación social fueron presupuestos progenitores del sistema penal y la política criminal.¹⁴⁹ Asimismo, el conflicto armado interno –en el caso de Colombia– o el incremento masivo de delincuencia organizada –en el caso de México– llevaron al estado de

¹⁴³ ALZATE, *supra* nota 1, en la pág. 104.

¹⁴⁴ JAKOBS, *supra* nota 37, en la pág. 54.

¹⁴⁵ ALZATE, *supra* nota 1.

¹⁴⁶ ZAFFARONI, *supra* nota 70, en la pág. 223.

¹⁴⁷ PADILLA, *supra* nota 84.

¹⁴⁸ BARRÓN, *supra* nota 67.

¹⁴⁹ Narváez, *supra* nota 75, en la pág. 316.

derecho en cada país a prescindir de regímenes garantistas para aquellas personas que desconocían la vigencia normativa, por un derecho penal de enemigos o de excepción. Esto se fortificó con los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 en los Estados Unidos.¹⁵⁰ Por último, ambos ordenamientos padecen de los efectos negativos de la criminología mediática,¹⁵¹ eje de impulsión populista en escenarios electorales.¹⁵²

El panorama es desolador. La empatía desarrollada por los ordenamientos jurídicos de Colombia y México, en el acoplamiento de figuras peligrosistas propias del derecho penal de enemigos, establece un escenario viable para el cultivo legal de cualquier instrumento que tenga como objetivo la regulación de la reincidencia criminal en respuesta al alto índice de actos delictivos. No obstante, la intervención injustificada de derechos fundamentales, en el marco de un estado social y democrático de Derecho,¹⁵³ desemboca en un desconocimiento del entramado constitucional, convencional y de principios iusfundamentales de cada país. De esta forma, magnifica las crisis carcelarias y penitenciarias, y la implementación de una política criminal reactiva, populista, poco reflexiva y subordinada a la política de seguridad, inestable, inconsciente y volátil.¹⁵⁴

En ese sentido, es indispensable cuestionarse: ¿La historia de exclusión y segregación que han desarrollado los estados comparados facilita la incorporación de la reincidencia criminal como una figura compatible con la tradición y la cultura legal? ¿Acaso existe un conflicto entre el sistema jurídico y constitucional *versus* los antecedentes históricos, sociológicos y etnológicos de los Estados? De ser así, ¿debe realizarse un juicio de prevalencia del sistema histórico sobre el sistema jurídico para valorar aquellas incorporaciones legales en trasplantes o recepciones jurídicas?¹⁵⁵

2. Definición, características y elementos

Como se ha descrito con anterioridad, los ordenamientos jurídicos aquí expuestos conceptúan la reincidencia criminal como aquella figura jurídica que reglamenta la comisión reiterada de un delito por un sujeto condenado en una sentencia previa ejecutoriada en calidad de autor o partícipe. Esto, a su vez, en etapa de creación

¹⁵⁰ ALZATE, *supra* nota 1, en la pág. 41.

¹⁵¹ ZAFFARONI, *supra* nota 70, en las págs. 209-22.

¹⁵² HABERMAS, *supra* nota 42.

¹⁵³ En este acápite se observa la organización política y jurídica de Colombia y México a través de la instauración de un estado social de derecho.

¹⁵⁴ Véase Corte Constitucional [C.C.], 13 de abril de 2016, Sentencia C-181/16. Gaceta de la Corte Constitucional [G.C.C.] (Colom.).

¹⁵⁵ DE CRUZ, *supra* nota 5. Debe tenerse en cuenta la definición de trasplante jurídico y recepción jurídica realizada en la nota 5.

legislativa, exige de los funcionarios parlamentarios una normativización de presupuestos que respeten el régimen de protección de derechos humanos, sometida a un tiempo de imputación, fundada en elementos objetivos –con ausencia del derecho penal de autor–.¹⁵⁶ Es importante destacar que esta debe ser de cumplimiento obligatorio en los procesos judiciales para delitos generalizados –no se clasifica según la naturaleza delictual–,¹⁵⁷ y debe fungir como dispositivo de agravación punitiva o limitación a beneficios o subrogados penales. Asimismo, en etapas procesales para poder aplicar los efectos de la figura, el juez competente deberá constatar una condena previa en sentencia ejecutoria, por un tiempo legalmente estipulado, así como la ocurrencia de un delito actual con una base probatoria que infiera razonablemente autoría o participación del delincuente reincidente.¹⁵⁸

De este encuadre conceptual, los estados comparados ratifican la hipótesis sobre la existencia de un conjunto de elementos universales o de intersección entre la potestad legislativa –previo– y judicial –posterior– en escenarios deónticos de la reincidencia criminal como figura jurídica. Estos son: (i) sentencia previa: con el fin de sancionar la puesta en peligro reiterada; (ii) reiteración: la existencia de un nuevo delito con cimientos probatorio; (iii) temporalidad: el límite a la perpetuidad de la peligrosidad.¹⁵⁹

Estos tres elementos, aparte de requerirse desde la creación legislativa hasta su aplicación procesal, sugieren su preeminencia en todas las legislaciones del mundo sin importar la tradición jurídica del estado. Desconocer este núcleo esencial, sugiere la desnaturalización del eje temático de la reincidencia criminal en los instrumentos legales que la perciben como un objeto normativo. Esta forma de comprensión conceptual convierte todo este contenido material en una estructura normativa, siempre inseparable del encuadre de la teoría de los conceptos jurídicos regulados por la ley y la jurisprudencia.

Por otro lado, se aclara que el ordenamiento mexicano, mediante el Código Penal Federal en su artículo 21,¹⁶⁰ confunde los términos de *habitualidad* con *reincidencia criminal*, entreviendo la creación de una figura jurídica híbrida.¹⁶¹ En

¹⁵⁶ ALZATE, *supra* nota 1.

¹⁵⁷ Véase Corte Constitucional [C.C.], 13 de abril de 2016, Sentencia C-181/16. Gaceta de la Corte Constitucional [G.C.C.] (Colom.).

¹⁵⁸ *Id.*

¹⁵⁹ *Id.*

¹⁶⁰ Código Penal Federal [CPF], art. 21, Diario Oficial de la Federación [DOF], 14-08-1931, últimas reformas DOF 20-08-2009 (Mex.).

¹⁶¹ *Id.* El error del cual parte el artículo es meramente etimológico. En lugar de la palabra *reincidente* tuvo que haber expresado: “Artículo 21.- Si el delincuente en el mismo género de infracciones comete un nuevo delito procedente de la misma pasión o inclinación viciosa, será considerado habitual, siempre que las tres infracciones se hayan cometido en un periodo que no exceda de diez años”. El artículo original expresa: “Artículo 21.- Si el reincidente en el mismo género de infracciones comete un nuevo delito procedente de la misma pasión o inclinación viciosa, será considerado como

consonancia, y para no afectar la veracidad y confiabilidad del resultado investigativo, se soslaya la interpretación de su contenido normativo por constituir un error lingüístico en el marco de la creación legislativa.¹⁶²

Así las cosas, se infiere de la legislación colombiana y mexicana la existencia de un régimen análogo frente a elementos y características del contenido material de la reincidencia criminal. En un sentido lógico, se promueven figuras jurídicas propias de políticas peligrosistas e incomprensibles en el desarrollo sobre derechos humanos, constitucionalismo y principios de proporcionalidad como un método científico.¹⁶³

D. A manera de síntesis

Desde una perspectiva histórica, social y jurídica, el contenido material de la reincidencia criminal se califica como análoga en las legislaciones comparadas. La venganza y el deseo de establecer una paz social para ciudadanos de primer grado instituyen el motor regulatorio de los instrumentos jurídicos en el sistema penal y, a su vez, influye en la construcción de una política criminal reactiva y populista. Es esta la causa de los antecedentes históricos peligrosistas, segregacionistas y con prelación al derecho penal de enemigos. Esta clase de transfiguración jurídica, converge, sin lugar a dudas, con una crisis carcelaria y penitenciaria en Colombia y México, y enfrenta un desconocimiento profundo del sistema de protección de derechos humanos, jurídicamente incorregible a simple vista.¹⁶⁴ Presenta, además, una relación inversamente proporcional entre *peligrosismo* y *derechos humanos*, en tanto que, entre mayor la normativización peligrosista en contra de la disminución de altas tasas de criminalidad, menor el rango de protección del régimen de principios iusfundamentales. Por otro lado, los efectos preventivos de la reincidencia criminal fracasan circunstancialmente en ambos países al registrarse un mayor índice de delincuencia organizada y reincidentes en los últimos años de regulación peligrosista. Por esta razón, se infiere la existencia de una relación directamente proporcional entre esos dos conceptos, puesto que, entre mayor regulación peligró-

delincuente habitual, siempre que las tres infracciones se hayan cometido en un periodo que no exceda de diez años”.

¹⁶² *Id.*

¹⁶³ CARLOS BERNAL PULIDO, EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO CRITERIO PARA DETERMINAR EL CONTENIDO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES VINCULANTE PARA EL LEGISLADOR 102 (2013).

¹⁶⁴ Véase *Informe Especial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos sobre los Centros de Reclusión de Baja Capacidad Instalada en la República Mexicana*, Comisión Nacional de Derechos Humanos [CNDH], 27 de febrero de 2018, en las págs. 9-24 (Méx.) <http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/CENTROS-BAJA-CAPACIDAD.pdf> (última visita 26 de noviembre de 2018).

sista de la reincidencia criminal, mayor el número de reincidencia criminal –como un fenómeno criminológico–.¹⁶⁵

Ello resulta en preguntas vitales: ¿por qué razón la figura jurídica de la reincidencia criminal carece de efectividad según lo establece la etiología normativa? ¿Acaso se omite el desarrollo constitucional de las naciones estudiadas para dar prevalencia a una historia de segregación y exclusión? ¿Puede apreciarse a la reincidencia criminal como un trasplante jurídico propio de otras legislaciones, ajeno a las condiciones sociales y jurídicas de las naciones comparadas?

V. La reincidencia criminal como un trasplante jurídico

Los trasplantes jurídicos emanan del ejercicio incorrecto del derecho o una metodología comparada, efectuada por el investigador o intérprete cuando analiza un objeto de estudio de índole normativo. Además de ello, elude estudios sociales, económicos, políticos y culturales de su procedencia, y observa en su aplicación una solución correcta, idónea y eficaz frente a problemáticas análogas del ordenamiento jurídico estudiado. De esta manera, destina indiscriminadamente la regulación jurídica investigada a la normativización de su país.¹⁶⁶ Esta conducta legislativa, judicial, administrativa, y muchas veces investigativa, converge en errores ontológicos: causa principal de la ineficiencia e invalidez normativa.¹⁶⁷ Un ejemplo ilustre de ello es la figura de la reincidencia criminal en los ordenamientos jurídicos de Colombia y México, en consideración a: (i) la falta de estudios profundos y analíticos de compatibilidad de esta figura frente a la cultura jurídica, la tradición legal

¹⁶⁵ Como se ha presentado hasta aquí, la regulación peligrosista de la reincidencia criminal, propia de un derecho penal de enemigos, ha incrementado exponencialmente en los últimos años y con ella el alto índice de procesados y capturados reincidentes. Para el caso colombiano, según el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, la población reincidente aumento entre los años 2012 y 2017, en 7 puntos porcentuales, por cuanto, del 100% de la población condenada para 2012, la población reincidente correspondía al 11.5%, para el 2013 al 12.5%, en 2014 al 13.6%, en 2015 al 14.9%, en 2016 al 16.7% y en 2017 al 17.1% con tendencia al crecimiento del 1,12% para el año 2018. Véase Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario [INPEC], julio 17, 2017, *Informe estadístico junio 2017*, No. 6, p. 53-55, gráfica No. 14, población reclusa vs reincidencia, 2012-2017 (Colom.). Por otro lado, México registra la tasa de reincidencia así: para el año de 2014 correspondiente al 15%, para el 2015 de 17%, para el 2016 del 13 % y para el 2017 del 15% con tendencia al crecimiento diferencial del 0.2 puntos porcentuales para el año 2018. Véase, además, Instituto Nacional de Estadística y Geografía [INEG], octubre-diciembre 2017, *informe estadístico sobre el sistema penitenciario estatal en México*, Vol. 1, No. 11, gráfica No. 8, delitos del fuero común cometidos por las personas a los centros penitenciarios estatales, por año según tipo de ingreso 2010 a 2016. (Méx.). La relación entre incremento normativo de la reincidencia criminal e incremento de la población reincidente en los centros penitenciarios, arroja como premisa conclusiva la ineficacia de la regulación normativa del peligrosismo jurídico en respuesta a la reincidencia criminal –fenómeno criminológico– en el proceso de prevención de ocurrencia de hechos delictivos.

¹⁶⁶ DE CRUZ, *supra* nota 5.

¹⁶⁷ *Id.*

y los principios constitucionales –específicamente en cuanto a las problemáticas sociales y de reducción criminal–. Así, se dejan sin resolver por parte del órgano parlamentario preguntas como: ¿Cuál es el origen de esta figura? ¿Cómo aplicarla correctamente en el país receptor? ¿Es compatible con nuestro régimen constitucional? De no ser así, ¿cuáles cambios normativos beneficiarían la efectividad del objeto de estudio en el sistema penal?;¹⁶⁸ (ii) la falta de eficacia en la implementación de la reincidencia criminal como un agravante punitivo o limitación a beneficios y subrogados penales. Esto, en atención a los altos índices de itinerancia delictiva que demuestran, pese a la implementación de la peligrosidad, la conservación de una actitud hostil por parte del delincuente reincidente ante los mandatos de prohibición o permisión;¹⁶⁹ y (iii) se incorpora la reincidencia criminal, junto a su origen oscuro y peligrosista incompatible con el régimen constitucional adoptado por Colombia y México en sus respectivas constituciones.

Estos tres ejes argumentativos bastan para demostrar que la reincidencia criminal en los estados comparados es el resultado de una legislación deliberada, populista, poco reflexiva y arbitraria en su sentido teleológico.¹⁷⁰ Por ello, se constituye un trasplante jurídico formador de múltiples vulneraciones al sistema de protección de derechos humanos. El primer y segundo punto, como ya se ha mencionado

¹⁶⁸ En la exposición de motivos que justifica la creación de los códigos penales de los países comparados, no se realizó ningún análisis de origen, favorabilidad, viabilidad, compatibilidad constitucional o modificación de adhesión de la reincidencia criminal. Se justifica únicamente su permanencia en el sistema penal con el enfoque de agravación punitiva y limitación de beneficios y subrogados penales, a través de la posible reducción en el margen de delincuencia en cada país, encubriendo la incorporación parlamentaria, en una necesidad estatal de cara al cumplimiento de los mínimos constitucionales asegurables de la ciudadanía. Véase Proyecto de Ley 040 de 1998 [Senado] o 238 de 1999 [Cámara de representantes] [PL], Ley 599 del 2000, Gaceta del Congreso [GC] No. 126 del 14 de diciembre de 1999, <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/proyectos-ley/periodo-legislativo-1998-2002/1998-1999/articulo/40-por-la-cual-se-expide-el-codigo-penal> (última visita 26 de noviembre de 2018).

^{En} el caso de México, nos remitimos a la exposición de motivos del Código Penal Federal hasta su última reforma publicada DOF 05-11-2018. Véase Código Penal Federal [CPF] Diario Oficial de la Federación [DOF] 14-08-31, últimas reformas DOF 05-11-2018, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpf.htm> (última visita 26 de noviembre de 2018).

¹⁶⁹ Véase Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario [INPEC], 17 de julio de 2017, *Informe estadístico junio 2017, 2012–2017*. (Colom.); Instituto Nacional de Estadística y Geografía [INEG], octubre-diciembre 2017, *Informe estadístico sobre el sistema penitenciario estatal en México*, Vol. 1, No. 11, Delitos del fuero común cometidos por las personas a los centros penitenciarios estatales por año según tipo de ingreso 2010 a 2016. (Méx.).

¹⁷⁰ PULIDO, *supra* nota 163, en la pág. 875. El principio de *arbitrariedad* obliga al agente estatal a consagrar medidas con fines legítimos. Asimismo, cuando hablamos de *arbitrariedad teleológica*, hacemos referencia a que ciertos medios se realizan con un fin determinado, que en el uso del derecho comparado puede ser modificado por las legislaciones receptoras. No obstante, en un estudio de proporcionalidad, legitimidad o constitucionalidad, en perspectiva de la *arbitrariedad teleológica*, no debe analizarse a partir del fin otorgado por el Estado Receptor, sino por el fin adscrito a la medida creada por el estado progenitor.

previamente, induce la actividad legislativa el conformismo legal al omitir estudios profundos de impacto y viabilidad que en el proceso de creación parlamentaria tenían que considerarse con el fin de no instaurar efectos secundarios. Estos últimos se perfilan en el segundo eje temático, puesto que el fin adscrito a la figura de la reincidencia criminal se percibe como ineficaz, al registrar mayor crecimiento de la población condenada reincidente en los centros carcelarios y penitenciarios de los países estudiados.¹⁷¹ Ello se garantiza únicamente con su regulación, la exclusión y segregación penal, fin inmediato proscrito por el régimen constitucional de Colombia y México.¹⁷² Estas aserciones, sin embargo dependen del desarrollo general del tercer eje: el origen de la reincidencia criminal en las diversas tradiciones jurídicas.

A. Un origen común

En el siglo dieciocho, se instauraron en el mundo los primeros escenarios bélicos liderados por la academia y la política en relación con la pugna entre el bien y el mal.¹⁷³ Grandes pensadores de la época acusaron a Dios por promover la creación de todos los males posibles.¹⁷⁴ El “justo sufriente”, fue el nombre otorgado al individuo que, pese a sus actos de bondad, amor y misericordia, resistía la ira del creador, las enfermedades y cualquier hecho endémico del fracaso de la omnipotencia de Dios. La maldad social llevó a que muchos intelectuales replantearan el axioma tripartito de la religión: Dios ya no sería omnipotente, omnipresente y omnisciente, pues no ostenta su voluntad poderosa de las acciones de contener e irrumpir el mal circundante en las sociedades. Se preguntaban: ¿Acaso Dios desea el mal en el mundo? ¿Ha dejado de ser aquel ser supremo todo poderoso?¹⁷⁵

La duda e impaciencia, razón de la búsqueda incansable de aquel culpable de todos los males posibles, trajo consigo la instauración de uno de los más grandes tribunales de la historia: la Teodicea. Fue liderada en aquel tiempo por el profesor Gottfried Leibnitz, quien encabezaba la defensa de Dios.¹⁷⁶ De ese modo, las acusaciones yacían en la ocurrencia de hechos protervos y vengativos, entre ellos:

¹⁷¹ Véase Corte Constitucional [C.C.], 22 de febrero de 2018, Auto 121/18, Gaceta de la Corte Constitucional [G.C.C.] (Seguimiento unificado a las sentencias T-388 de 2013 y T-762 de 2015, en la pág. 46) (Colom.). El fin idealizado de la reincidencia criminal como figura jurídica, se encuadra con el aumento de la sanción de internación o privación carcelaria, en proporción al tiempo que requiera la ejecución de un proceso de reintegración social sobre el delincuente.

¹⁷² *Id.*

¹⁷³ RÜDIGER SAFRANSKI, EL MAL O EL DRAMA DE LA LIBERTAD 31 (2016).

¹⁷⁴ *Id.* en la pág. 17.

¹⁷⁵ *Id.* en la pág. 153.

¹⁷⁶ GODOFREDO G. LEIBNITZ, TEODICEA: ENSAYOS SOBRE LA BONDAD DE DIOS, LA LIBERTAD DEL HOMBRE Y EL ORIGEN DEL MAL 110-32 (2014). La representación del ente acusador se la otorga al filósofo francés Pierre Bayle, apoyado en las tesis del filósofo Epicuro de Samos.

la peste negra que arrasó con gran parte de la población del viejo continente, y el terremoto de Lisboa de 1755, al cobrar la vida de creyentes, bondadosos y caritativos.¹⁷⁷ Al supremo creador se le imputaba ya no ser un salvador de almas sino, por el contrario, un vengador de pecados.

En contra de todo pronóstico, el tribunal de la Teodicea nunca sentenció a Dios como el autor causal del mal en el mundo. Leibnitz supo revertir el impacto social y político de la decisión, por medio del mejor idilio de los mundos posibles.¹⁷⁸ Prefirió argüir que el mal de la humanidad recae en el uso indebido de la libertad otorgada por Dios. Desde ese momento, los individuos abandonaban el apelativo *criaturas de Dios* no pensando en sus decisiones, para convertirse en personas con capacidad de decisión producto de su libertad.¹⁷⁹ Empero, la subversión de la libertad como fundamento social —o libre albedrío—, no afectó únicamente el desarrollo filosófico y teológico de la época, sino que alteró impávidamente la política criminal de los estados.¹⁸⁰

La nueva lógica jurídica, confirmada por el siguiente silogismo, predicaba: (i) Premisa mayor: otorgar la libertad al ser humano conlleva que todas las personas, en la medida de lo posible, sean responsables de la maldad en el mundo; (ii) Premisa menor: el Estado tiene como fin lograr la utopía colectiva eliminando el mal del mundo; (iii) Conclusión: el Estado debe eliminar todas las personas que, en la medida de lo posible, sean responsables de la maldad en el mundo.

El resultado reflexivo de las premisas antes enunciadas fue considerado por las naciones de la época, quienes en su momento la objetaron por su aplicación errante, resultante en una imposibilidad jurídico-política.¹⁸¹ Operaba ante el entendido de

¹⁷⁷ SAFRANSKI, *supra* nota 173, en la pág. 207.

¹⁷⁸ *Id.* en la pág. 254. Safranski mencionaba frente a la atribución de Leibnitz:

Leibnitz, reproduciendo conceptualmente las conexiones, al final declara: este mundo es el mejor de todos los mundos posibles. . . Lo dicho implica que el mundo, aun cuando no sea bueno en su entera totalidad, ostenta, sin embargo, una proporción óptima entre las cosas buenas y malas. Leibnitz se imagina a Dios como un programador. No produce todos los detalles particulares del mundo, sino que forma en su espíritu posible programas y entre ellos escoge al mejor. Todo programa posible tiene una lógica, una distribución necesaria en cada caso de luz y sombras, bienes y males, acciones y padecimientos. Los elementos particulares del programa pueden cambiar, pero se mantienen constantes las reglas de enlace. Dios hubiese podido crear también un mundo en el que Bruto no asesinase a César, pero entonces la constelación anterior y posterior habría sido distinta. En su entendimiento infinito, Dios examina todos los programas y escoge al mejor. . . El hecho de que Dios lo prevea todo, sin que de forma previa quiera determinarlo todo, se muestra según Leibnitz, precisamente en el problema de la libertad humana.

¹⁷⁹ Conferencia sobre el Bien y el Mal, realizada en la Universidad Cooperativa de Colombia, Sede-Pasto, San Juan de Pasto, Colombia (4 de abril de 2016) (archivo original con el autor). Véase, además, LEIBNITZ, *supra* nota 176.

¹⁸⁰ LEIBNITZ, *supra* nota 176, en las págs. 251-301.

¹⁸¹ SAFRANSKI, *supra* nota 173, en la pág. 267.

que el Estado, garante de la protección de los derechos de los ciudadanos, dirigiría las políticas públicas para mitigar, excluir y eliminar a todo el conglomerado social. De esta forma se anulaban los individuos como elemento básico de las teorías contractuales.¹⁸² Si bien la adjudicación de la libertad al ser humano resultó en la red del mal a la raza humana, el Estado no está legitimado para abolir a las personas que conformaban las colectividades. Así incurrían en paradojas y tautologías funcionales.¹⁸³

No es sino hasta la conformación del idealismo radical alemán o el racionalismo ilustrado que se esclarecieron las discusiones sobre el creador del bien y el mal.¹⁸⁴ A inicios del siglo veinte, los precursores de esta escuela se inclinaron por atribuir el mal a un grupo específico de la sociedad, lo que legitimaría la potestad de las naciones, enarbolada en la obtención efectiva de una utopía sistémica.¹⁸⁵ A su vez, los procesos reduccionistas también conocidos como políticas amigo-enemigo, utilizadas por Carl Schmitt en el marco del partido Nacional Socialista –la Alemania Nazi–, encaminaron la potestad estatal. Lo anterior siempre fue en dirección a acciones de segregación, exclusión y retribución sobre ciertos sujetos determinados por los diversos instrumentos jurídicos.¹⁸⁶ Una agrupación de ellas se instituyó en la reincidencia criminal. Los delincuentes itinerantes jugaban el rol de *anomias* causantes de quiebres en las relaciones armoniosas de los sistemas sociales, razón suficiente de represión civil o supresión estatal.¹⁸⁷

Todo esto confirma el origen oscurantista inherente al nacimiento de la reincidencia criminal, en épocas donde su etiología consistía en la producción de la muerte, la tortura, segregación y demás vulneraciones a los derechos humanos. Establece así su contenido material únicamente en el marco de un Estado totalitario o autoritario, más no en un estado con reconocimiento progresivo de los derechos humanos –un estado constitucional democrático–. Prevalece este marco regulatorio, aún si los antecedentes históricos en el orden político presentan empatía con figuras peligrosas propias del derecho penal de enemigos, en tanto que un trasplante jurídico se analiza a partir del régimen constitucional, tradición legal y cultura jurídica, más no de antecedentes históricos o sociológicos.¹⁸⁸

¹⁸² Véase JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *EL CONTRATO SOCIAL* (ed. 2017).

¹⁸³ SAFRANSKI, *supra* nota 173, en las págs. 202-31.

¹⁸⁴ Conferencia sobre el Bien y el Mal, realizada en la Universidad Cooperativa de Colombia, Sede-Pasto, San Juan de Pasto, Colombia (4 de abril de 2016) (archivo original con el autor).

¹⁸⁵ SAFRANSKI, *supra* nota 173, en la pág. 154.

¹⁸⁶ INGO MÜLLER, *supra* nota 7, en las págs. 134-50.

¹⁸⁷ Véase JAKOBS *supra* nota 37.

¹⁸⁸ Véase, DE CRUZ, *supra* nota 5. Según el profesor Peter de Cruz, verificar los antecedentes históricos y sociológicos en el marco de la metodología comparada, ayuda a contextualizar la razón del objeto de estudio en un determinado ordenamiento jurídico. Sin embargo, cuando se analiza la existencia de un trasplante jurídico, se efectúa el contraste a través del sistema legal de cada ordenamiento jurídico y no respecto a sus antecedentes históricos.

B. Incompatibilidad con las constituciones

La adopción legal de la reincidencia criminal conlleva consecuencias graves para el sistema de protección de derechos humanos, siempre y cuando un estado receptor no modifique el fin punitivo de la constitución inicial por uno que respete los fines de la pena consagrados en la constitución. Esto es, ya sea por la falta de estudios de impacto, compatibilidad y viabilidad o por disminuir las tasas de reincidencia criminal –como fenómeno criminológico– a través de la aplicación consciente del derecho penal de enemigos y el peligrosismo jurídico.¹⁸⁹

En el parámetro político criminal, Colombia y México adoptan ambas alternativas populistas, puesto que la apreciación normativa de la reincidencia criminal se inicia sin partir de estudios legislativos previos. A ello se le suma el hecho de que se realiza mediante un derecho penal de excepción segregacionista, oponiéndose al programa político criminal inmerso en el articulado constitucional.¹⁹⁰ De esta forma, las consecuencias secundarias instituidas por la reincidencia criminal se bosquejan en el aporte englobado del índice de hacinamiento carcelario para los diferentes centros penitenciarios de los países comparados. Invariablemente, se le limita al reincidente la participación política, laboral, social, cultural y muchas veces de esparcimiento ambiental, que impiden el cabal cumplimiento de los fines de la pena, en relación con su reintegración social. El bajo interés por los procesos de resocialización incentiva en la dura realidad del delincuente su probabilidad de recaer en el actuar antijurídico las veces que sean necesarias, en aras de satisfacer un vicio o mantener la supervivencia humana.

Actualmente, la lógica central de la política criminal se enfoca en el afán de cubrir mayores cupos carcelarios, disminuyendo si para ello se requiere, los programas educativos, de trabajo o técnicos que demandan una amplia infraestructura y sectores presupuestarios.¹⁹¹ Esta preferencia en el manejo de la población carcelaria se enmarca en errores o contradicciones tautológicas. Basta observar para ello la imposibilidad del delincuente en aplicar a programas de rehabilitación y resocialización. Es así como se ausulta un futuro de desocupación y exclusión, apartado de cualquier forma de readaptación social y se garantiza como último resultado: (i) el perfeccionamiento de la comisión de hechos delictivos, el incremento proporcional de la población carcelaria reincidente;¹⁹² (ii) la institución de un sistema económico

¹⁸⁹ JAKOBS, *supra* nota 37.

¹⁹⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [CPEUM], Diario Oficial de la Federación [DOF], 05-02-17, últimas reformas DOF 27-08-2018 (Mex.); Constitución Política de Colombia de 1991, [CPC], Art. 1, Gaceta Constitucional [G.C.] No. 116, 20 de julio de 1991, (Colom.).

¹⁹¹ Véase Comisión Nacional de Derechos Humanos [CNDH], *supra* nota 164.

¹⁹² Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario [INPEC], *supra* nota 165. Véase, además, Instituto Nacional de Estadística y Geografía [INEG], *supra* nota 165.

de las prisiones, la rentabilidad de los medios de comunicación y el éxito de los programas de campaña electorales.¹⁹³

Este tipo de política criminal padece de incompatibilidad con la Constitución de México, posterior a la reforma DOF 10-06-2011,¹⁹⁴ y con la extensión del ámbito de protección de los derechos humanos desde el constitucionalismo multinivel en relación al cumplimiento internacional del control difuso de convencionalidad. Lo anterior es una consecuencia lógica, por cuanto estipula procesos derogatorios sobre disposiciones que, en lugar de incentivar la resocialización del condenado, pretenden la exclusión y maximización de tratos crueles e inhumanos.¹⁹⁵

Sin embargo, la academia mexicana ha señalado la legítima incorporación del derecho penal de enemigos a través de los artículos 1, 16 y 19 de su Constitución.¹⁹⁶ El artículo primero aprueba la restricción de los derechos humanos que la constitución así consagre, y los artículos 16 y 19 legitiman la aplicación del derecho penal de enemigos para delincuentes peligrosos y vinculados a organizaciones criminales.¹⁹⁷

Estas aserciones cimientan tres postulados susceptibles de discusión: (i) Las regulaciones de los artículos 16 y 19 que incorporan el derecho penal de enemigos, se consideran preceptos formalmente constitucionales según el artículo 1, carentes de toda materialidad constitucional.¹⁹⁸ Su finalidad peligrosista de exclusión y segregación incumple las obligaciones señaladas en los tratados internacionales, específicamente las de exigir la resocialización como el único fin convencionalmente

¹⁹³ LUIGI FERRAJOLI, *supra* nota 8, en las págs. 321-45.

¹⁹⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [CPEUM], Diario Oficial de la Federación [DOF], 05-02-17, últimas reformas DOF 27-08-2018 (Mex.).

¹⁹⁵ *Id.* Véase, además, Organización de los Estados Americanos [OEA], Convención Americana de los Derechos Humanos [CADH] Art. 5, Asamblea General [AG], 7 a 22 de noviembre de 1969. (La Convención Americana de los Derechos Humanos, en el artículo 5 [integridad personal], adscribe la disposición 6: “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados” como una forma de optimizar el derecho fundamental a la integridad personal). Organización de Naciones Unidas [ONU], Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [PIDCP], Art. 10, Asamblea General [AG], resolución 2200 A (XXI), dic. 16, 1966. (el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 10 [libertad personal] adscribe la disposición 3: “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica” como una forma de optimizar el derecho fundamental a la libertad personal. Por lo tanto, en ambos instrumentos internacionales, se señala a la resocialización y readaptación del delincuente, como el único fin esencial a ser cumplido convencionalmente por la pena, soslayando cualquier forma legal que interrumpa dicho proceso).

¹⁹⁶ *Id.* en los arts. 1, 6 y 19.

¹⁹⁷ Véase JIMÉNEZ SOLARES ELBA, DELIO DANTE LÓPEZ Y LIZBETH XÓCHITL PADILLA SANABRIA, POLÍTICA CRIMINAL DEL LAVADO DE DINERO Y DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA EN MÉXICO (2017).

¹⁹⁸ Véase FERDINAND LASSALLE, ¿QUÉ ES UNA CONSTITUCIÓN? (2012).

reconocido.¹⁹⁹ (ii) El derecho penal del enemigo sería aprobado —con gran reproche— únicamente para delincuentes sancionados por conductas graves y vinculados a organizaciones criminales. Se aislaría de este grupo a los reincidentes criminales, los cuales no podrían ser susceptibles de esta clase de restricciones a derechos fundamentales. (iii) Esta forma de interpretación constitucional se enfrenta al sistema de derechos humanos sobre la teoría interna de los derechos fundamentales: presupuestos que impiden la intervención mutua entre principios iusfundamentales por la existencia de un contenido adscrito en ellos, de carácter definitivo y prescriptivo en las Constituciones. Por ello, se deja de lado el principio de proporcionalidad como criterio estructural en la determinación del contenido vinculante para el legislador.²⁰⁰ Este es un principio regulado por los tratados internacionales, y la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.²⁰¹ Esta última afirmación presenta una contradicción entre la justificación del derecho penal del enemigo por medio de la teoría interna de los derechos fundamentales y la regulación jurisprudencial de las altas cortes que aplican el principio de proporcionalidad, métodos naturalmente antagónicos entre sí.²⁰²

Pese a la regulación en derechos humanos, la aplicación de un control difuso de convencionalidad y la falta de legitimidad constitucional en las restricciones peligrasistas a derechos fundamentales de los reincidentes criminales, la legislación penal mexicana consagra la reincidencia como un agravante penal, una garantía de exclusión y una perpetuidad de la peligrosidad. De igual manera, la situación carcelaria y penitenciaria del país, al instituir un escenario de incubación de violaciones de derechos fundamentales —incluyendo la dignidad humana y otras garantías constitucionales sobre la población privada de libertad—,²⁰³ permite inducir que por el solo hecho de su internamiento, cualquier dispositivo legal que tenga como objeto la exclusión y la perpetuidad de la peligrosidad desconoce: (i) el principio de resocialización como una función de la pena de índole convencional; y (ii) el conjunto de derechos humanos afectados por la falta de infraestructura y el hacinamiento carcelario.

En cuanto al régimen constitucional de Colombia, existe un sistema de protección de derechos fundamentales regido por la Constitución de 1991, bajo el respeto del bloque de constitucionalidad y la potestad supervisora de las acciones estatales

¹⁹⁹ Convención Americana de los Derechos Humanos [OEA], *supra* nota 195. Véase, además, Organización de Naciones Unidas [ONU], *supra* nota 195.

²⁰⁰ PULIDO, *supra* nota 163, en las págs. 564-620.

²⁰¹ Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación [TEPJF], 11 de junio de 2002, Tesis S3ELJ 62/2002, Justicia Electoral, Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación [RTEPJF] (Suplemento 6) en la pág. 51 (Méx.).

²⁰² PULIDO, *supra* nota 163.

²⁰³ Comisión Nacional de Derechos Humanos, *supra* nota 164.

por parte de la Corte Constitucional.²⁰⁴ Bajo esa tesis, el alto Tribunal en las sentencias T-153 de 1998, T-388 del 2013, y T-762 del 2015, declaró el Estado de Cosas Inconstitucional en materia carcelaria. En estas advirtió a las ramas del poder público y a los diversos órganos con función interventora en la política criminal, las inexorables afecciones que el sistema carcelario genera en escenarios donde están envueltos los derechos fundamentales de quienes delinquen.²⁰⁵

No obstante, pese a advertir los efectos negativos que contrae una política criminal volátil, populista y poco reflexiva, el ordenamiento jurídico penal colombiano, a través de los procedimientos legislativos, adopta la reincidencia criminal como una forma de agravación punitiva y limitativa a beneficios y subrogados penales. Conviene subrayar que establecer las decisiones de la rama legislativa –positivizar la reincidencia criminal– y judicial –declarar el Estado de Cosas Inconstitucional en materia carcelaria– permite deducir que: (i) premisa mayor: el internar a los delincuentes en las cárceles de Colombia enfrenta una vulneración masiva de las garantías constitucionales mínimas, entre ellas: resocialización, infraestructura, alimentación, salud, servicios públicos, acceso a la administración de justicia, integridad y vida digna;²⁰⁶ (ii) premisa menor: la reincidencia criminal como figura jurídica traza el fin inmediato de perpetuar, dilatar o prolongar la estancia de internamiento del delincuente en las cárceles de Colombia; (iii) conclusión: la reincidencia criminal al prolongar la estancia de internamiento del delincuente en las cárceles vulnera masivamente esas mismas garantías constitucionales mínimas.²⁰⁷

Así las cosas, en el marco del Estado de Cosas Inconstitucional, cualquier regulación peligrosista que agrave la situación carcelaria del reincidente es, a todas luces, incompatible con la Constitución Política y el régimen de protección de los derechos humanos. Sobreponer el principio de libre potestad legislativa sobre la protección del sistema de derechos fundamentales, así como los legisladores de Colombia y México materializaron en su normativización de la reincidencia criminal, supone desconocer nuevamente procedimientos metodológicos interpretativos de los sistemas constitucionales. Es de conocimiento constitucional, que el principio de proporcionalidad corresponde a un criterio estructural de los derechos fundamentales y que este define el contenido vinculante para el legislador en el marco de una actividad estatal restrictiva de los derechos humanos. Es decir, cuando exista un

²⁰⁴ Constitución Política de Colombia de 1991, [CPC], Gaceta Constitucional [G.C.] No. 116, 20 de julio de 1991, (Colom.).

²⁰⁵ Corte Constitucional [C.C.], 28 de abril de 1998, Sentencia T-153/98, Gaceta de la Corte Constitucional [G.C.C.] (Exp. 137001 y otros) (Colom.); Corte Constitucional [C.C.], 28 de junio de 2013, Sentencia T-388/13, Gaceta de la Corte Constitucional [G.C.C.] (Ref. (Expedientes acumulados) en las págs. 21-624 (Colom.); Corte Constitucional [C.C.], 16 de diciembre de 2015, Sentencia T-762/15, Gaceta de la Corte Constitucional [G.C.C.] (Exp. 3927909 y otros) (Colom.).

²⁰⁶ *Id.*

²⁰⁷ *Id.*

conflicto entre principios iusfundamentales, el principio de proporcionalidad establecerá los procesos de racionalidad teórica y práctica en la construcción de una relación de precedencia condicionada entre los principios confrontados. Es así como se crea un contenido relativo de cada derecho, vinculante y no susceptible de restricción hasta la recepción de un caso sobreveniente de constitucionalidad que ponga en duda la relación de precedencia creada.²⁰⁸ Bajo ese panorama, si conflagan el principio de libertad legislativa *versus* los mínimos constitucionales asegurables en los centros penitenciarios, es de sentido común aplicar el principio de proporcionalidad con el fin de elegir de entre todas las medidas legislativas aquella que, siendo idónea para alcanzar el fin, restrinja de la forma más benigna posible los derechos fundamentales. Como consecuencia, obtiene mayor relevancia la realización del fin que la intervención iusfundamental o viceversa, según sea el caso.²⁰⁹

Por el contrario, los legisladores de los estados comparados, al regular la reincidencia criminal en el marco de una declaración de Estados de Cosas Inconstitucional –caso colombiano– o en la crisis de hacinamiento carcelario –caso mexicano–, omiten la aplicación del principio de proporcionalidad en el escenario de confrontación entre derechos fundamentales.²¹⁰ Crean, entonces, una relación de precedencia condicionada donde la libertad legislativa [P1] prevalece sobre los mínimos constitucionales asegurables en centros carcelarios [P2], sin una base racional práctica o teórica, sumiéndose en toda clase de irracionalidad, arbitrariedad y subjetividad.²¹¹

En conclusión, se puede deducir que la reincidencia criminal, tal y como se regula en los ordenamientos de Colombia y México, es parte de un trasplante jurídico incompatible con la cultura jurídica, la tradición legal y los principios constitucionales del estado receptor. Esto es al amparo de ciertos factores que permiten nos acerquemos a este argumento: 1) el soslayar estudios de compatibilidad y viabilidad de figuras o instituciones jurídicas receptoras; 2) el diagnóstico de ineficacia o falta de idoneidad del objeto de estudio extranjero; 3) el determinar que el fin de la reincidencia criminal solo es compatible con estados totalitarios; 4) el desconocimiento sobre el fin resocializador de la pena como la única función convencional; 5) el sesgo sobre el régimen constitucional de los estados comparados; 6) la no aplicación

²⁰⁸ PULIDO, *supra* nota 163, en las págs. 990-1021.

²⁰⁹ PULIDO, *supra* nota 163, en las págs. 727-55.

²¹⁰ Véase Proyecto de Ley 040 de 1998 [Senado] o 238 de 1999 [Cámara de representantes] [PL], Ley 599 del 2000, Gaceta del Congreso [GC] No. 126 del 14 de diciembre de 1999, <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/proyectos-ley/periodo-legislativo-1998-2002/1998-1999/article/40-por-la-cual-se-expide-el-codigo-penal> (última visita 26 de noviembre de 2018).

²¹¹ ROBERT ALEXY, *TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES* 239 (2da ed. 2012). (El profesor Robert Alexy, mediante esta obra recrea la Ley del Peso y la teoría de la argumentación referente al proceso de creación de la relación de precedencia condicionada insertada bajo la fórmula: (P1 p P2) C1, en donde las incógnitas P1=principio ponderado, p= variable de prevalencia, P2=principio ponderado, y C1=la condición de prevalencia, expresan de forma global que “[e]l principio P1 prevalece sobre el principio P2 en determinadas condiciones C1).

del principio de proporcionalidad en países donde se aprueba su rotunda aplicación en escenarios de conflagración de principios iusfundamentales. Las preguntas que ahora deben formularse son: ¿Debemos eliminar de sus raíces la reincidencia criminal en el ordenamiento jurídico de los Estados Comparados? Por el contrario, ¿pueden realizarse modificaciones en el contenido de la figura jurídica, a tal punto que su aplicación concorra con el derecho constitucional de los países receptores?

C. Cambio de paradigma

Indudablemente, la reincidencia criminal como figura jurídica debe procurar un cambio racional práctico y teórico en estados sociales y democráticos de derecho. Estos deben gestionar su recepción mediante el respeto al régimen de derechos humanos y el bloque de constitucionalidad. Esta clase de cambios pueden estribar de dos escuelas antagónicas entre sí. La primera es la *escuela abolicionista*. Esta consiste en abrogar cualquier elemento normativo que enfatice regulaciones peligrosas, de segregación o propias del derecho penal del enemigo, sustituyéndola por otra figura jurídica que responda a las exigencias sociales y a los fines constitucionales de protección social y reducción de la criminalidad.²¹² Esta escuela se encabeza por autores como Muñoz Conde, Kai Ambos, Manuel Meliá, y Eugenio Zaffaroni.²¹³ Para este grupo de pensadores, las prácticas de exclusión, determinismo y peligrosidad menoscaban el desarrollo constitucional de los estados y perjudican el parámetro mínimo de protección de los derechos fundamentales. Para ellos, el desarrollo normativo de figuras permeadas por el derecho penal de autor, derecho penal de la exclusión y derecho penal del enemigo,²¹⁴ es válido únicamente en estados totalitarios o autoritarios. Mientras tanto, en un estado social de derecho las configuraciones de este tipo deben ser eliminadas, ya sea por los tribunales constitucionales o por los poderes constituyentes derivados.²¹⁵

La expulsión de la reincidencia criminal de los ordenamientos jurídicos estudiados no extirparía únicamente los efectos negativos de exclusión y reducción del parámetro de derechos humanos, sino también aquellos términos positivos que se

²¹² ALZATE, *supra* nota 1.

²¹³ *Id.* en la pág. 70.

²¹⁴ Véase FERRAJOLI, *supra* nota 8. Se debe tener en cuenta que, el *derecho penal de autor* sanciona al delincuente a partir de la personalidad jurídica y los antecedentes sociales, familiares y culturales que ha desarrollado en su vida; el *derecho penal del enemigo*, configura un régimen de exclusión y división de trato y procedimiento penal, con especialidad para amigos y enemigos [delincuente especial]; y el *derecho penal de la exclusión*, pretende aislar, total o parcialmente, al delincuente de la sociedad, estableciéndose en aquellas fases de la ciencia penal y criminológica que incentiva la imposición y ejecución de las sanciones penales. Si bien estas tres divisiones del derecho penal son disímiles en su contenido material, pueden concurrir simbióticamente en el *derecho penal de la excepción*, como un ataque jurídico al garantismo penal.

²¹⁵ ALZATE, *supra* nota 1.

desarrollan con el fin de optimizar la reintegración social, los principios constitucionales de las víctimas y la sociedad. Extraería, a su vez, el reproche judicial en desconocer repetidamente los mandatos de prohibición o permisión.

En consideración a que la primera postura no supera el examen de necesidad ni desarrolla grandes rasgos de efectividad, se propone una segunda teoría: *la escuela minimalista*.²¹⁶ Esta puntualiza la creación de un proceso de transformación de la configuración legal de una figura jurídica incompatible con el régimen constitucional del estado receptor. Esta transformación estaría guiada por un contenido alusivo al programa de derechos fundamentales y necesidades sociales y culturales –recepción jurídica–. Lo antes mencionado es aplicable, siempre y cuando no se desnaturalicen los presupuestos esenciales de la misma.²¹⁷ Esta escuela se encabeza por autores como Juan Damián Moreno y Percy García.²¹⁸ Para este grupo de pensadores, la aplicación de figuras jurídicas emergentes de políticas peligrosistas o de exclusión pueden ser adoptadas condicionalmente al desarrollo constitucional y de optimización de los derechos humanos de cada país receptor. Se demanda para ello, el distanciamiento de aquellos elementos propios del derecho penal de autor, derecho penal de la exclusión y derecho penal de enemigos de su desarrollo dogmático y estructural. En otras palabras, se insta a los juristas a abogar por un cambio ontológico sobre aquellas figuras jurídicas preponderantes de exclusión y desocupación, tal como la reincidencia criminal.²¹⁹

Ceñir el desarrollo dogmático de la reincidencia criminal a partir de la escuela minimalista, consagra una solución salomónica sobre el problema de incompatibilidad constitucional. Esta busca alternativas legales que permiten la estancia condicionada de la figura jurídica adoptada en los estados comparados. De esta manera, conserva los efectos positivos para un cambio trascendental de los efectos negativos en ámbitos del principio de necesidad. Estos cambios parciales deben pertenecer a esferas como: (i) estudios previos; (ii) en su etiología; (iii) por sus efectos normativos; (iv) por la responsabilidad estatal; y (v) el esquema del delito.

En el ámbito de *estudios previos*, a través de los procesos de creación legislativa, el órgano parlamentario deberá analizar los antecedentes históricos, sociológicos y culturales de los presupuestos normativos a ser recibidos. Con posterioridad deberá indagar su compatibilidad constitucional y convencional a través de los diversos métodos de interpretación constitucional. Entre estos últimos se encuentra el principio de proporcionalidad como un criterio estructural de los derechos fun-

²¹⁶ PULIDO, *supra* nota 163, en la pág. 126. (Carlos Bernal Pulido entiende al subprincipio de necesidad como aquel examen que se realiza sobre los medios elegidos por el Estado, verificando aquel que restrinja en un grado de idoneidad, [bajo el control de evidencias] de forma más benigna posible los derechos fundamentales).

²¹⁷ ALZATE, *supra* nota 1, en la pág. 70.

²¹⁸ *Id.* en la pág. 100.

²¹⁹ *Id.*

damentales.²²⁰ Así evita la incorporación de trasplantes jurídicos.²²¹ En la esfera de la *etiología*, el fin primitivo de la reincidencia criminal debe ser sustituido por aquellos procesos de resocialización y reintegración social del delincuente. La exclusión y segregación conllevan la vulneración masiva de los derechos fundamentales de las personas privadas de su libertad, el hacinamiento carcelario y la vulneración a la prohibición de protección deficiente.²²² En cambio, la reintegración social efectiva corta el hilo causal delictivo, reinserta al delincuente a una sociedad conflictiva y ataca una política criminal populista, poco reflexiva y legitimante de la venganza. Soslaya, primordialmente, la vulneración masiva a los derechos fundamentales del reincidente criminal.

Bajo el ámbito de lo que pudiesen ser sus *efectos normativos*, la reincidencia criminal solo fungirá como un agravante punitivo o una limitación a beneficios penales en el marco de un estado social y democrático de derecho que se inclina por una justicia restaurativa. Esto resulta vital cuando el fundamento de la prolongación del tiempo se deba a una mayor implementación en los programas de rehabilitación y reintegración –necesarios en el proceso de readaptación del delincuente–. Solo se podrá mantener el fin de exclusión y segregación de la reincidencia criminal en el marco de un estado totalitario. Es así como se infiere que de ser deseable la incorporación del derecho penal de enemigos, se deberá realizar una transición de formas de Estado.

Mediante una *responsabilidad estatal*, las organizaciones políticas deberán mitigar los problemas transversales del derecho que influyan en la comisión reiterada de delitos por parte de la población condenada. Debe realizarse a través de estudios profundos que consideren variables y baterías de indicadores intervinientes y multidisciplinarias. Entre ellas se encuentran los índices de alfabetización, pobreza, hambruna, ambiente social y familiar disfuncional y la falta de oportunidades laborales y profesionales en relación con la comisión de hechos punibles. Esta clase de análisis conduciría a una política criminal preventiva que atacaría las fuentes principales de la delincuencia y, a su vez, resp etaría los derechos humanos.

Por último, bajo el *esquema del delito*, la reincidencia criminal no debe tenerse en cuenta en la fase de la culpabilidad penal como fruto de la antijuridicidad. Lo anterior es igualmente aplicable ante la exigencia de un juicio de reprochabilidad, toda vez que implicaría desconocer los principios de razonabilidad, proporcionalidad, necesidad, idoneidad y del principio *non bis in ídem*.²²³ En cambio, su apreciación a partir de la punibilidad como una fase del esquema del delito construye el proceso de medición y justificación del valor y plazo punitivo. Esto es con el fin de brindar-

²²⁰ Véase PULIDO, *supra* nota 163.

²²¹ Véase DE CRUZ, *supra* nota 5.

²²² Véase PULIDO, *supra* nota 163.

²²³ Non Bis In Ídem, *definición*, *supra* nota 92.

le eficacia al tratamiento en la reintegración social del delincuente, respetando su personalidad jurídica y el principio de no retroactividad.

De no subvertir el fin primitivo y paradigmático de la reincidencia criminal, los gobiernos estatales inmortalizarán las fallas de una política criminal populista, reactiva y poco reflexiva. Como corolario, se abandonaría el sistema de protección de derechos humanos y los parámetros de proporcionalidad de las penas y prohibición de exceso, distinguidos desde los manuscritos del marqués de Beccaria.²²⁴ De no subvertir el paradigma con el que hasta el día de hoy se dogmatiza a la reincidencia criminal, la venganza será la justicia del ser salvaje, por cuanto depondrá con lamento de patria una administración apremiante de su alcance en los derechos fundamentales.²²⁵

V. Conclusiones y Recomendaciones

A través de una metodología comparada y un análisis transversal de los antecedentes históricos, legales y figurativos se confirma la monopolización de la reincidencia criminal bajo la comprensión teórica y normativa del derecho penal de enemigos, en función de su incorporación en los ordenamientos jurídicos de Colombia y México como un trasplante jurídico, en razón de la omisión de fases metodológicas en la técnica legislativa.²²⁶ La exclusión, segregación y vulneración del régimen de derechos fundamentales son algunos fines inmediatos adscritos a la aplicación de la reincidencia criminal en los procedimientos penales y en la fase de criminalización primaria.²²⁷ Sin embargo, esta clase de contenido material contraviene la cultura jurídica, la tradición legal y los principios constitucionales de los estados receptores, al considerarse organizaciones que garantizan un sistema de protección de los derechos fundamentales y del principio de proporcionalidad. En ese sentido, a lo largo del escrito se han perfilado alternativas jurídicas mediante un enfoque minimalista para afrontar esta crisis del constitucionalismo latinoamericano.²²⁸ Estas medidas oscilan desde incentivar, en la función legislativa, el análisis minucioso sobre figuras jurídicas con origen oscurantista bajo una perspectiva del respeto de derechos fundamentales, hasta mitigar ciertas variables interdisciplinarias que incentivan, en la vida del delincuente, la comisión reiterada de conductas delictivas.

Se puntualiza el hecho de que para que la red de medidas y acciones sea efectiva, se requiere en primera instancia la cooperación social y estatal. Esto se logra superando las faltas del bloqueo institucional mediante la colaboración entre entidades

²²⁴ CESARE BECCARIA, *DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS* (4ta ed. 2013).

²²⁵ Véase LAERCIO, *supra* nota 6.

²²⁶ Véase DE CRUZ, *Supra* nota 5.

²²⁷ *Id.*

²²⁸ ALZATE, *supra* nota 1.

públicas y organizaciones civiles en favor de la estructura carcelaria y penitenciaria de estos respectivos países. A lo anterior se suma el conglomerado de derechos humanos inherentes a los reincidentes penales. Cultivar la paz social por medio de la ciencia penal requiere desarraigar discursos revanchistas, de odio y exclusión insertos en la colectividad y el Estado. Resulta indispensable la reflexión individual de aquellos efectos perjudiciales que la sociedad sufre, en razón del aborrecimiento y el apaciguamiento de la sed de venganza.

Sin duda alguna, este escrito no marca la solución final del peligrosismo jurídico en los instrumentos penales de los países aquí comparados. Por el contrario, traza los primeros pasos en la subversión de una política criminal populista, reactiva y poco reflexiva. El camino que nos espera a aquellos que guardamos esperanza en el constitucionalismo como limitación al derecho penal de enemigos, se bosqueja en las luchas burocráticas y estamentales. El fin es que las alternativas jurídicas produzcan efectos, políticamente, y así transformar la libre potestad legislativa en aquella regulación ponderante por el estudio comparado de la calificación académica y el saber jurídico. Esto último, considerándolo inmerso en el marco del principio de proporcionalidad y los derechos humanos.

Para finalizar, es grato cultivar en la academia puertorriqueña aquellas dudas que sedimentaron la investigación en los ordenamientos jurídicos de Colombia y México. El peligrosismo jurídico y el derecho penal del enemigo poseen una gran empatía en el ordenamiento legal de los Estados Unidos y del antiguo régimen de colonización española. Por ello, Puerto Rico adquiere, igualmente, antecedentes peligrosistas en un ordenamiento jurídico que debe considerarse parte del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y equivalente a un estado democrático de derecho. Este tipo de regulación constitucional incentiva en la duda del investigador el deseo de verificar si las figuras legales restrictivas de derechos fundamentales pueden ser compatibles con la Constitución y los tratados internacionales que se incorporan a través de las reglas metodológicas del derecho comparado. Esta actividad metódica contribuiría a superar en gran medida las crisis carcelarias y penitenciarias de los países latinoamericanos. Esto estaría atado al respeto por la evolución y el desarrollo de los derechos fundamentales.

