

APROXIMACIONES CONCEPTUALES A LA REINCIDENCIA PENITENCIARIA*

MARÍA FERNANDA OSSA LÓPEZ**

Recibido: enero 24 de 2012 • Aprobado: abril 18 de 2012

Resumen

El tema de la reincidencia es el que inspira la elaboración del presente artículo, pues si bien desde el punto de vista meramente semántico, la Real Academia de la Lengua (2012) define el término como la reiteración de la misma culpa o defecto, así como la circunstancia agravante de la responsabilidad criminal que consiste en haber sido el reo condenado antes por un delito análogo al que se le imputa; el significado cobra un sentido diferente de acuerdo con el espacio geográfico en el que se circunscriba, el momento histórico, la condición social, las características poblacionales y demás elementos que son decisivos en el acometimiento y desarrollo de la reincidencia.

Palabras clave: reincidencia, delito, pena, criminología.

* Artículo resultado de avance del trabajo de investigación “La reincidencia de las mujeres del centro penitenciario y carcelario El Pedregal de la ciudad de Medellín” adelantado en la Maestría en Derecho de la Universidad de Medellín. El asesor temático es el doctor César Alejandro Osorio, y la autora interviene como investigadora principal.

** Abogada y especialista en Derecho Penal y Criminalística de la Universidad de Medellín. Egresada Maestría en Derecho de la Universidad de Medellín. Docente de tiempo completo de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma Latinoamericana. maria.ossa@unaula.edu.co

CONCEPTUAL APPROACHES TO PRISON RECIDIVISM

Abstract

The issue of recidivism is what inspired the writing of this article, then if although From a point of view merely semantic, The Royal Academy of the Spanish Language, (2012) defines the term as reiteration of the same fault or defect and also the aggravating circumstance of the criminal liability consisting in the defendant being convicted of an analogous crime-relapsing- before the one with which he is being charged the meaning takes on a different connotation according to the geographic space, the historical time, social conditions, the population characteristics and the additional elements, decisive in the overtaking and the development of the recidivism.

Key words: Recidivism, relapsing, crime, punishment, Criminology.

APPROCHES CONCEPTUELLES DE LA RÉCIDIVE PRISON

Résumé

La question de la récidive est celle qui a inspiré la rédaction de cet article, car même si du point de vue purement sémantique, l'Académie royale de langue (2012) définit le terme comme la réitération de la même faute ou d'un défaut, tout comme la circonstance aggravante de la responsabilité pénale qui consiste pour l'inculpé à avoir été condamné avant pour une infraction analogue, le terme prend un sens différent en fonction de l'espace géographique auquel il se circonscrit, le moment historique, les conditions sociales, les caractéristiques de la population et d'autres éléments qui sont cruciaux dans le développement de la récidive.

Mots-clés: la récidive, la criminalité, la peine, la criminologie.

INTRODUCCIÓN

Más allá de ser una problemática de la cual se debe ocupar el Derecho penal, de ser parte del análisis del comportamiento del delincuente y hacer referencia a los estudios del delito y la criminología en general, la reincidencia como fenómeno criminológico es un elemento que juega dentro de la interacción social un papel muy importante, pero que a la vez el Estado y la sociedad le da la espalda por ser una amenaza latente para algunos, sin pensar que para otros es ya una conducta inevitable. Por ello, para los diferentes autores es un tema que reviste gran relevancia, entre otras razones, por su presencia en la literatura, legislación y normatividad penal; pero sobre todo, por su presencia constante dentro del proceso de criminalización y resocialización del delincuente.

Desde la concepción más simple, la reincidencia se refiere a la repetición de un acto delictivo por parte del delincuente. Este concepto puede inferirse desde la simple observación y la reunión de algunos conocimientos básicos, pues sin hacer uso de herramientas idiomáticas es posible aclarar dicho significado. Para trabajar el concepto de manera profunda, el artículo presenta elementos históricos a partir del origen de la reincidencia, muestra el concepto desde el Derecho comparado, su aplicación y relación con otros términos. Posteriormente, se evidencia la problemática en el entorno jurídico, pero sobre todo en la realidad actual, por eso se hace necesario finalmente que se plantee una propuesta al respecto.

ORIGEN

El conocimiento de los antecedentes legislativos de una institución jurídica facilita la comprensión de su contexto actual, por ello se considera necesario comenzar con la aproximación histórica de la reincidencia a grandes rasgos, la cual se genera a partir de la presentación de un panorama general de la agravante a través de los tiempos.

Como lo dijo Martínez (1971, p. 15), en este recorrido histórico se identifica la tendencia a incrementar la pena como expresión de rechazo frente a la recaída en el delito. Sin embargo, en las culturas más antiguas, el reincidente no era objeto de los castigos más severos dada la gran cantidad de delitos que se castigaban con la pena de muerte y la dificultad para identificar a los autores que ya habían sido previamente condenados.

Este último obstáculo fue superado al comenzar la práctica de marcar corporalmente a los condenados (Agudo, 2005, p. 11), con el propósito de reconocer a aquellos que por su conducta iban en contra de la Ley, se utilizaban marcas en la piel realizadas con hierros candentes, también dando latigazos en la espalda y las piernas para marcar al esclavo que había intentado huir o al ladrón; la flor de Liz, en la que tatuaban con un hierro candente la frente, el pecho o la espalda a los condenados según el delito, pero estas prácticas no solo eran inhumanas; no garantizaban conocer la identidad real del supuesto delincuente y mucho menos del reincidente.

Resuelto el problema de reseñar al reincidente con dichas prácticas, a éste le aplicaban un castigo con mayor rigor punitivo que el anterior, situación que tiene origen en los mismos albores de la civilización. De acuerdo con Martínez (1971, p. 17), los datos conocidos al respecto, como los presentes en el Manava Dharma Sastra, permiten llegar a dicha conclusión. Este escrito brahmánico del año 500 a. C., indicaba que “el Rey castiga primero con la simple amonestación, después con severos reproches, la tercera vez con multa y finalmente con la pena corporal”.

Asimismo, la antigua civilización China para el año 2285 a. C., tenía definido en su código penal el castigo de la muerte para los delitos premeditados y para los reincidentes. Por otra parte, en el Derecho hebreo, S. XIII a. de C., el delito se castigaba con azotes y la reincidencia con una cadena perpetua que constituía finalmente en la pena de muerte de manera indirecta. Según Armengol (2002, p. 141), griegos y persas igualmente convenían en castigar con mayor severidad a aquel que recayera en el delito. En el Levítico se describe la inmensa cólera que recaerá sobre quienes desobedezcan de manera continuada los preceptos divinos (Agudo, 2005, p. 16).

El Derecho romano reaccionó a la recaída en el delito, particularmente en la reincidencia específica, donde se tenía en cuenta la repetición en determinadas faltas (González, 1988, p. 8). El Derecho canónico se acogía también a este tipo de reincidencia, donde se castigaba con pena agravante en los casos de herejía y concubinato (Agudo, 2005, p. 11).

En Francia, desde el siglo XIII se hallan datos de recaída en el delito como causa de agravación de la pena, y en Italia desde el año 1236, donde era especialmente castigada en los casos de delitos patrimoniales. En la España medieval, también hay referencias de la pluralidad delictiva presente

en textos como el Fuero Juzgo, del siglo XIII y el Ordenamiento de Alcalá, del siglo XIV (Martínez, 1971, p. 19).

Asua (1982, p. 8) indica que en el siglo XVII, Farinacio presenta la expresión conocida como “*consuetudo delinquendi poenam delicti auget regulariter*”, haciendo referencia al aumento de pena para la costumbre de delinquir. En el siglo XVIII comienza la unificación de los diversos códigos existentes en Europa, con lo que se reconstruye la reacción frente a la recaída en el delito (Agudo, 2005, p. 13).

Según el citado autor, pese a toda la configuración histórica de la reincidencia, no es hasta el siglo XIX que realmente se da una estructura de reacción frente a la recaída en el delito, luego de que el movimiento codificador europeo dotara esta institución jurídica de perfiles definidos, garantías jurídicas y de aplicación (Agudo, 2005, p. 14).

Según lo anterior, se puede afirmar que el concepto de reincidencia tal y como se conoce hoy en día es, en general, el mismo que se configura desde el siglo XIX, aunque su aplicación está sujeta al contexto en el que se desarrolle.

CONCEPTOS EN EL DERECHO COMPARADO

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 re-quete. 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. (Diccionario de la Lengua Española. Disponible en: <http://buscon.rae.es/>).

Por otra parte, el concepto legal de reincidencia está asociado a la normatividad penal de cada país. En España por ejemplo, el concepto de reincidencia está contenido en su Código Penal indicando:

La reincidencia es una circunstancia agravante genérica de la responsabilidad criminal, que opera dentro de los límites de tiempo legalmente determinados, a partir de la recaída en el delito por parte de un sujeto precedente y ejecutoriamente condenado por otro delito

comprendido en el mismo título y de la misma naturaleza del que es objeto de la actual condena (Agudo, 2005, p. 383)

En Suiza, la principal regulación de la reincidencia en crímenes y delitos hace referencia a la agravación obligatoria de la pena a imponer al autor. Se indica allí que en caso de que el autor del delito haya cumplido parcial o totalmente una pena en los últimos cinco años anteriores a la comisión del delito por el cual es nuevamente juzgado, el juez aumentará la condena si exceder los límites máximos legales para imponerla (Agudo, 2005, p. 100).

En Francia la regulación positiva de la reincidencia se aplica a personas morales y físicas; para estas últimas se regula una reincidencia genérica sin distinguir entre delitos de igual o diferente naturaleza y se perpetúa en la medida que tiene en cuenta el tiempo transcurrido entre el primer delito y el segundo. Así, si la infracción inicial tiene una pena señalada de determinado tiempo, la segunda reclusión será del doble –si fuere el caso– de la pena por reincidencia, elevándose el límite de reclusión por el segundo delito hasta la perpetuidad (Agudo, 2005, p. 111).

En Latinoamérica se evalúa el caso de Argentina y Venezuela. En el país gaucho (Zabala, 2005), el principal efecto de la reincidencia es elevar la pena impuesta al autor y las penas divisibles se aplicaran de acuerdo con las circunstancias atenuantes del hecho; se tendrá en cuenta, también, las reincidencias en las que ha incurrido, así como otros antecedentes y condiciones personales del autor. Al igual que en otras estructuras penales, en el código argentino se requiere la preexistencia de otras penas impuestas con anterioridad.

Las disposiciones al respecto indican que la condena sufrida en el extranjero también será tenida en cuenta en la reincidencia, siempre y cuando este tipificado el delito en la legislación argentina. En cuanto a los delitos políticos, los contenidos en el Código de Justicia Militar y los cometidos por menores de dieciocho años no serán tenidos en cuenta (Agudo, 2005, p. 115).

En Venezuela la principal consecuencia de la apreciación de la reincidencia en su código penal es la agravación de la pena a imponer al reo; común denominador en la codificación penal del Derecho comparado. No se exige –contrario a otras instancias penales mundiales– la existencia pre-

vía de una pena, ni su cumplimiento total o parcial para que constituya reincidencia (Agudo, 2005, p. 118).

RELACIÓN CON OTROS TÉRMINOS

Como se menciona con anterioridad, dada la raíz etimológica del concepto de reincidencia, esta podría ser aplicada a cualquier fenómeno de repetición delictiva, sin embargo de acuerdo con los hechos que medien entre el acometimiento de un delito y otro, se estará haciendo referencia a reincidencia o a otras figuras relacionadas.

Lo anterior indica que es necesario distinguir entre la multiplicidad de delitos cometidos por el mismo autor y la recaída en el delito, pese a la imposición de una condena previa. Como afirma Goyena (1997, p. 167), no siempre que se comete otro delito existe reincidencia, sino que se precisa en cualquier caso de una condena previa al nuevo acto delictivo. De esta manera existen otros términos relacionados con la reincidencia en el sentido de que aluden también a la pluralidad delictiva, tales como la habitualidad y la profesionalidad.

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 (Rodríguez, 2007, p. 356).

De acuerdo con Jiménez (1995), la habitualidad no es más ni menos que la reincidencia; mas, porque no es suficiente con repetir infracciones, sino que requiere que el autor delinca a manera de costumbre, incorporándose así al modo de ser u obrar del mismo; menos porque no es necesario que medie una condena ejecutoria, sino que pueda demostrarse un conjunto de infracciones que constituyen el concurso real de delitos (p. 363).

Considera el autor anteriormente citado, que la habitualidad tiende a desplazar el concepto de reincidencia, pues la repetición de delitos no es tan importante como el indicio de peligrosidad y la tendencia al crimen, lo cual puede ser identificado incluso, desde el primer acto delictivo; visto así, el concepto jurídico de reincidencia se ve remplazado por el concepto antro-po-sociológico de habitualidad, pues el habitual es incapaz para la pena

y se encuentra en un estado peligroso sobre el cual hay que tomar medidas especiales (Jiménez, 1995, p. 363).

El Derecho comparado ofrece elementos conceptuales y penales al respecto de la habitualidad. En Alemania, los textos legales no tienen preceptos generales al respecto de la reincidencia y únicamente contempla la habitualidad en el actuar delictivo como agravante de la pena; lo decisivo allí no es la tendencia como tal, sino la inclinación del autor al respectivo delito, demostrando no solo una recaída ante el delito, sino una predisposición de la conciencia a cometer el hecho punible (Agudo, 2005, p. 450)

Por su parte, el código penal suizo tiene regulación para la reincidencia y para la habitualidad; en cuanto a esta última, se imponen medidas de seguridad al delincuente habitual, siempre y cuando estos demuestren tendencia a la delincuencia. En Italia, igualmente se imponen medidas de seguridad junto con la pena para el delincuente habitual (Agudo, 2005, p. 450).

En cuanto al delincuente habitual, existe una modalidad en la cual la costumbre va unida al lucro y se convierte en una forma de vida del sujeto, haciendo de la delincuencia su oficio. Esta categoría se conoce como profesionalidad y está definida por la esperanza de percibir ingresos por cada actuación delictiva. De esta forma, la profesionalidad delictiva es una forma criminal de vida social, donde, en palabras de Welzel (1956, p. 134), “es la existencia parásita sin que ésta arraigue en una tara natural o haya llevado a una degeneración caracterológica duradera”.

Lo anterior implica entonces, que la 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.

Visto así, la verdadera peligrosidad del delincuente profesional radica en la elevación del crimen al rango de oficio o labor, donde, como en cualquier otra profesión, existen niveles de especialización que hacen más diestro al profesional en una actividad específica, y por consiguiente, éste conserva la aspiración de tener una mejor posición laboral que se traduce en mayores ingresos. Cabe aclarar que las organizaciones criminales son el escenario donde generalmente concurren los delincuentes profesionales, cuyo contexto es similar al de una empresa, lo cual incluye jerarquías de poder, entrenamiento y niveles salariales (Agudo, 2005, p. 458).

APLICACIÓN EN COLOMBIA

La aplicación de la reincidencia en Colombia dedica especial atención a la reincidencia penitenciaria y hace referencia a aquellos individuos que, habiendo sido condenados, han vuelto a ser privados de la libertad o se les ha impuesto una pena en establecimientos penitenciarios (Támara, M. 2008, p. 6).

Actualmente, gracias a las técnicas de identificación de personas que ofrece la criminalística, es posible desarrollar una identificación plena y fehaciente del supuesto criminal reincidente, a diferencia de lo que sucedía en las épocas antiguas que, como se mencionó, acudían al sistema de marcación corporal del individuo (Sierra, 2005, p. 10). Con elementos como la simple personalidad jurídica (nombres y apellidos) no bastan para establecer la identidad (personalidad física) de un individuo debido a la posibilidad de que se encuentren homónimos, seudónimos (nombres y apellidos distintos, pero registrados legalmente de personajes reconocidos) y alias (nombres y apellidos ficticios con fines de ocultamiento fraudulento).

Posteriormente (Plata, 2007, pp. 18-19) la antropología ofrece desarrollos de suma importancia a la criminalística ya que aporta un método que, de manera general, toma medidas de las partes del cuerpo humano como objeto de identificación. No obstante, estas medidas corresponden más a características de tipo fenotípicas que son compartidas por muchos sujetos.

Pero es en Inglaterra donde se da la observación casual y curiosa de las crestas y surcos epidérmicos existentes en la piel de fricción de las manos y los dedos, y así mismo se realiza el estudio de los poros alineados en la cima de dichas crestas (Sierra, 2005, p. 11), iniciándose el estudio formal de lo que actualmente conocemos como dactiloscopia y que, hoy por hoy, es uno de los tres métodos internacionalmente aceptados para la identificación fehaciente de seres humanos. Los otros dos son la carta dental y la huella genética. Con la aplicación de estas técnicas criminalísticas para la identificación humana se ha logrado reconocer de manera indiscutible a los individuos que reinciden en la comisión de delitos, y es desde allí que se puede aportar evidencia física que confirme este tipo de comportamiento, aportes científicos de los que se ha valido el Estado colombiano para identificar a los reincidentes en nuestro país.

En el texto de Támara (2008, p. 4) se indica que la reincidencia penitenciaria es del 24% para nuestro país, lo cual no es un dato alentador si se tiene en cuenta que quedan al margen los delitos que no llegan a ser judicializados, que no se reportan, que no se visualizan; por ello, no hay datos específicos para definir un indicador preciso al respecto. En Colombia, según la Corte Constitucional en su sentencia C-077 de 2006:

La reincidencia es una especie de las circunstancias modificativas agravantes de responsabilidad, prevista en algunos ordenamientos penales y, más ampliamente, en algunos ordenamientos sancionatorios, en virtud de la cual se agrava la sanción impuesta al infractor cuando ha sido sancionado anteriormente por la comisión de otras infracciones.

En nuestra legislación actual, y para concretar de qué manera opera el instituto de la reincidencia en nuestro país, el artículo 55 del Código Penal consagra las *Circunstancias de menor punibilidad*, y en el numeral primero se encuentra taxativamente *la carencia de antecedentes penales*, circunstancia que se tiene en cuenta para que el juez escoja el cuarto dentro del cual deberá moverse para imponer la correspondiente pena según lo manda el artículo 61 del mismo estatuto, al consagrar los fundamentos para la *Individualización de la pena*, quiere decir esto que si el acusado posee antecedentes penales, el juez va a estar impedido a la hora de realizar la ejecución penal para ubicarse en el cuarto mínimo de movilidad, vislumbrándose concretamente dicho instituto como una causal de agravación de la pena, aunque no este tipificado de dicha forma como en el caso de las agravantes específicas del tipo penal, así muchos sectores en el campo del derecho sigan insistiendo que al reincidente la pena no se le agrava porque no es una causal de agravación.

Con respecto a lo que considera la ley y que previamente definimos como causal de menor punibilidad, todo lo contrario expuso la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, el 18 de mayo de 2008, en la sentencia con radicación número 26149 cuando anotó:

El hecho de poseer antecedentes penales no es factor constitutivo de circunstancia de mayor punibilidad. Basta leer el artículo 58 del Código Penal para arribar a tal conclusión. Y no pueden ser utilizados

como reseña de una personalidad proclive al delito, porque la personalidad ya no es uno de los parámetros que permitan fijar la pena (artículo 61.3 Código Penal); **y tampoco es posible inferir contra reo que si la carencia de antecedentes es causal de menor punibilidad (artículo 55 Código Penal), su presencia lo sea de mayor punibilidad.** (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Siguiendo con la aplicación de la reincidencia en nuestra legislación, esta figura se tiene en cuenta a la hora de conceder los beneficios sustitutivos de la pena privativa de la libertad, como lo son la suspensión condicional de la ejecución de la pena (Ley 599, 2000, artículo 63), y la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión (ley 599, 2000, artículo 38).

Por otra parte, el Código de Procedimiento Penal o Ley 906 de 2004, en su artículo 314 modificado por el artículo 39 de la ley 1474 de 2011, consagra la “sustitución de la detención preventiva” y establece: la detención preventiva en establecimiento carcelario podrá sustituirse por la del lugar de residencia siempre y cuando se cumplan con unos requisitos, pero en la modificación se instituyen unas limitantes a la concesión de dicho beneficio, y es que los imputados registren sentencias condenatorias vigentes por los mismos delitos. Sobre este tópico se pronunció la misma Corporación en sentencia del 15 de julio de 2008, con radicación 28362, al manifestar:

En relación con la existencia de antecedentes penales, la Sala, en pretérita decisión, señaló que tal factor no puede ser utilizado para demostrar la realización del injusto, ni mucho menos para individualizar la pena en detrimento de los intereses del procesado, en la medida en que, entre otras razones, constituyen manifestaciones indebidas del derecho penal de autor [...]

Lo anterior, sin perjuicio de que la existencia de antecedentes penales sea jurídicamente relevante a la hora de predicar otras consecuencias que trasciendan el propósito de demostrar los hechos materia de acusación o de dosificar la sanción aplicable, como imponer la detención preventiva con fundamento en el peligro para la comunidad que representa el imputado, **o establecer la improcedencia de los mecanismos sustitutivos de la ejecución de la pena privativa de la libertad (suspensión condicional y prisión domiciliaria), cuyo análisis, por supuesto, debe estimarse a la luz de los fines**

de la misma y siempre con posterioridad a la verificación de la conducta punible y a la individualización de la pena. (Negrillas y subrayado fuera de texto)

Advirtamos cómo claramente se vislumbra que desde la individualización de la pena hasta la concesión de beneficios penales, el hecho de ser un reincidente estigmatiza a la persona como no apta para recibir este tipo de prebendas, aun teniendo la jurisprudencia de las altas cortes como referencia para acabar con este referente tan desfavorecedor, como si no hubiésemos desterrado el llamado peligrosismo como forma de responsabilidad objetiva que operó vehementemente en la época moderna con el positivismo, donde solo se perseguía a un autor que era catalogado como delincuente peligroso sin mirar en realidad su acción y las circunstancias que lo llevaron a cometer ese hecho, juicios emitidos por prejuicios clasistas y racistas propios del código de 1936. ¿Será entonces que no hemos evolucionado, y lo que en realidad predicamos son meras ilusiones para no aceptar nuestra propia realidad?

Tenemos que hacer hincapié en lo dicho por el magistrado Alfredo Beltrán Sierra, en sentencia T-673 de 2004, cuando expone:

En el marco de un Estado constitucional y democrático es esencial el respecto a la dignidad y a la libertad humana. Por tal razón, el Derecho Penal debe ser interpretado conforme a la Constitución y a los tratados sobre derechos humanos suscritos por Colombia, los cuales son de obligatoria aplicación conforme a lo dispuesto por el artículo 93 de la Carta Política. Por ello, no puede quedar restringido única y exclusivamente a que se entienda, se interprete y se aplique como *jus puniendi*, sino que a él se incorporan y en su hermenéutica tienen trascendencia principios que persiguen la humanización de esa importante rama del Derecho, cual sucede por ejemplo, con la presunción de inocencia, el *indubio pro reo*, el *favor rei* y la interpretación *pro libertatis*, lo que excluye la analogía para perjudicar o hacer más gravosa la situación del procesado, así como incluye la prohibición de la *reformatio in pejus* para el apelante único. Tales principios, desde luego, para su realización requieren el juzgamiento por el juez natural, la garantía plena del derecho de defensa y la rigurosa observancia del principio de legalidad para que no se lesione en

manera alguna el derecho al debido proceso que establece el artículo 29 de la Carta Política.

Es claro que el derecho subjetivo o punitivo tienen unos fundamentos materiales y otros formales que sirven como limitantes a la actividad punitiva del Estado, en este caso es preciso resaltar el principio del *favor rei*, fundamento material de carácter general e universal que apunta a la aplicación de la ley mas favorable, sea de vigencia anterior o ulterior.

Pero si se debe aplicar la pena más favorable por ultra-actividad cuando no se ha condenado al acusado, entonces ¿porqué, con base en este mismo principio, no se aplica la ley a un hecho nuevo sin tener en cuenta sentencias ejecutoriadas, sea para agravar la pena o para conceder subrogados? Y si con base en ese principio se le puede revocar la sentencia condenatoria ya ejecutoriada a una persona por retro-actividad, para que se le modifique su pena y se le readecúe con base en la pena que trae aparejada la ley nueva y que supone ser más favorable, ¿por qué existe tanta rigurosidad al castigar a los reincidentes?

No vemos en realidad la justificación que tiene el legislador al incluir la figura de la reincidencia como un obstáculo para tratar a la luz del principio de igualdad a los reincidentes, contradiciéndose él mismo al permitir la aplicación de la ley más favorable sin distinción de delitos con base en el mismo principio y sin tener en cuenta si alguna vez ha delinquirido o no, vislumbrándose una carencia de armonización entre los principios de hermenéutica empleados por los juristas de nuestro país.

Continuando con el mismo análisis, el principio del *favor libertatis* que protege y garantiza la libertad en cuanto a la aplicación restrictiva de las normas que limitan la misma, debería operar en el momento de realizar la individualización de la pena, máxime si nos encontramos es un Estado que pregona ser garantista, puesto que se supone se han superado todas las consideraciones dogmáticas acerca de lo que es el derecho penal de autor, donde el individuo respondía penalmente por sus condiciones morfológicas, biológicas o antropológicas y psicosomáticas, última donde podemos encuadrar la personalidad, lo que hacia de este sujeto alguien totalmente peligroso para la comunidad quedando etiquetado o estigmatizado como criminal por su gran tendencia a la criminalidad.

Por considerar dichas doctrinas injustas, desproporcionadas e ilógicas, se empezó a analizar que el individuo debe responder por lo que hace

y no por lo que es o lo que ha hecho y ya fue criminalizado, surgiendo así el llamado derecho penal de acto, donde se juzgan las conductas realizadas con conciencia y voluntad que previamente están prescritas en la ley, aspectos que constituyen el elemento subjetivo del principio de culpabilidad, que suprimió el principio de responsabilidad objetiva que operó en las épocas primitivas y que tuvo su auge en la época moderna con el positivismo. Todos estos presupuestos demarcados en un Estado social y democrático de Derecho que se fundamenta en el principio universal de la dignidad humana.

Así lo ha vislumbrado la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, el 20 de febrero de 2008, cuyo magistrado ponente fue el doctor Julio Enrique Socha Salamanca, al considerar:

[...] si de acuerdo con el principio de culpabilidad ésta se constituye como la medida de la pena, y si la misma se ha definido como el reproche que se le debe efectuar a quien realiza el injusto, resulta claro que, en un objeto de connotación orientado exclusivamente al delito que se cometió, cualquier estimación relacionada con la personalidad del agente tiene que ajustarse de manera directa a las circunstancias que rodearon la conducta punible, y no a consideraciones más cercanas al derecho penal de autor que a otra cosa, como sustentar una mayor afectación al bien jurídico por el hecho de que el autor ostenta una “personalidad proclive al delito” o, en otras palabras, porque se trata de un delincuente [...]

Y es que aunque existan circunstancias que modifiquen la responsabilidad, estas son situaciones que se desarrollan y tienen incidencia directamente al rededor del hecho en particular que envuelven a su autor, determinando así modificaciones en la aplicación de la pena, pero que atañen única y exclusivamente a ese hecho en particular. Por lo tanto, a la hora de realizar la individualización de la sanción penal, no tienen nada que ver las anteriores conductas realizadas por ese sujeto, estén o no ejecutoriadas, pues éstas en nada afectan el hecho que esta siendo judicializado.

Se aprecia cómo, a manera de desventaja, el concepto de reincidencia se presenta como una violación al principio *Non bis in ídem*, de acuerdo con el cual no es posible juzgar ni sancionar a un individuo dos veces por el mismo hecho. En Colombia, por ejemplo, la Constitución Política

establece el derecho a la debida defensa en su artículo 29, y aunque aplica explícitamente para violaciones al régimen penal, jurisprudencialmente la Corte Constitucional ha probado la extensión a lo administrativo, haciéndolo evidente en otros regímenes diferentes al penal, tales como el fiscal, financiero, entre otros.

Con la reincidencia, además, se revierte el efecto del objetivo reintegrador que espera cumplir la pena, porque se le está recordando constantemente al autor que ha cometido un delito, del cual por cierto, ya ha recibido una sanción.

Asimismo se presenta como desventajoso el instituto al afectar la cosa juzgada, ya que una sentencia que ha sido confinada a los archivos, serviría para condenar un hecho que sucede en la actualidad. También se presenta una situación de violación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual indica que nadie puede ser sancionado ni juzgado por delito por el cual haya sido condenado o absuelto por sentencia firme (Olavarría, 2008, p. 11).

Peor aún, simplemente presumir que un individuo que ha cometido una vez un delito es potencial reincidente, acaba con todo principio de presunción de inocencia al que tiene derecho cada persona indistintamente del país o sociedad en que se encuentre; esto requiere entonces, consentir el hecho de juzgar a alguien previo acometimiento del delito, agravado por el hecho de que por lo que puede ser hoy condenado, en el futuro puede no ser objeto de condena, o tener una penalización diferente.

Esto terminaría desestimando el derecho penal de acto como decíamos anteriormente, para pasar de juzgar el hecho cometido a juzgar al autor del delito; esto es subjetivo, carece de solidez y como afirma Zaffaroni (1992, p. 117) es un modelo de derecho penal de autor visto en los sistemas penales soviéticos, nazis y fascistas “enemigo del pueblo” stalinista, “enemigo del estado” fascista, del “enemigo de la nación” nazista.

Es necesario reiterar que la reincidencia debe ser abordada más allá de la sistematización de su concepto, debe ser objeto de análisis de acuerdo con el contexto y debe conceptualizarse conforme a las condiciones del autor y de la sociedad actual, la cual finalmente define las características específicas de cada población.

PROBLEMÁTICA EN EL ACTUAL ENTORNO JURÍDICO AL RESPECTO DE LA REINCIDENCIA

En nuestro actual entorno jurídico, la problemática al respecto de la reincidencia tiene dos vertientes. La primera es relativa a las *causas* de la reincidencia, donde se le da un análisis especial al efecto que tiene la prisión sobre la conducta de los post penados, y la segunda referente a las *consecuencias* de considerar la reincidencia como agravante de la pena.

Se torna evidente que la deficiencia en el trato en el interior de las penitenciarías, cárceles y demás constituye una de las causas de la reincidencia, así como el hacinamiento o la superpoblación carcelaria.

El objetivo del tratamiento penitenciario, según el Código penitenciario y carcelario colombiano (Ley 65, 1993, artículo 9) en lo relativo a las “funciones y finalidades de la pena”, son para preparar al condenado mediante su resocialización para la vida en libertad –la pena que implica privar a un sujeto de su libertad, debe estar orientada a la reducación y procurar la reinscripción social del autor del hecho punible–.

Así planteada, la función penitenciaria no es otra que la de poner al servicio del condenado soluciones a las situaciones personales deficientes, así como los escenarios que han motivado su tendencia criminal o imposibilidad de adaptarse socialmente. Es decir, se debe buscar una oferta para el interno, con la cual el mismo pueda identificar un proyecto de vida, un futuro posible diferente a la delincuencia, de manera que sepa cómo actuar al quedar en libertad, pues aún no lo conoce.

Es necesario identificar la correlación existente entre la estancia en prisión del autor del delito con su conducta posterior; esto en aras de realizar los análisis de la reincidencia. De hecho, Pérez y Redondo (1991, p. 5) argumentan que en las investigaciones adelantadas en el siglo XX, para la época de los años cincuenta se definía tajantemente una relación totalmente directa entre prisión y reincidencia.

Actualmente, a esa relación, aunque muy acertada, se le añadió un nuevo análisis por razones obvias. La criminalización no solo se ve afectada circunstancialmente por la estancia en prisión si no que hay elementos personales, conductuales, psicológicos, sociales, del escenario familiar, entre otros que complementan las circunstancias de acometimiento reiterado del crimen por parte del autor del mismo.

De acuerdo con Molina (1988), la teoría del etiquetamiento explica cómo la estigmatización del autor del delito influye en su comportamiento criminal, indicando que la criminalidad es el resultado de la interacción entre el individuo y la sociedad, en la cual se genera una atribución de roles donde el delincuente es categorizado como desviado o criminal, formándose una imagen de sí mismo que lo lleva a adoptar el rol que le fue asignado.

Reyes (2003) por su parte, presenta una gran cantidad de variables que determinan la conducta criminal, entre ellas, están los aspectos individuales o también llamados endógenos donde la herencia, el genotipo, el fenotipo, la edad y las alteraciones psicosomáticas son determinantes al momento de inferir las causas del comportamiento delictivo. Destaca la importancia de los aspectos ecológicos, enfatizando en el clima, el ambiente urbano y rural, las áreas delincuenciales y la diurnidad y nocturnidad. Asimismo, el autor precisa que para explicar la criminalidad también hay que tener en cuenta la raza, el sexo, los fenómenos familiares y culturales, así como los aspectos económicos y políticos.

En la reincidencia juegan un papel importante los elementos propios del recluso, como sus características individuales y su conducta habitual propia de un sistema psicológico, que independiente de los factores externos, está de una u otra manera condicionado para delinquir.

Pero también participa el escenario en el cual habitualmente se desarrolla como persona una vez vuelve a la libertad, donde se identifica la presencia de una sociedad inconsciente y poco sensibilizada para aceptar la inclusión a la vida social de alguien que ha delinquido; esto hace que se obstaculicen los procesos emocionales, de relaciones interpersonales, en general, y sobre todo académicos y laborales, dirigiendo en algunos casos la conducta del individuo hacia la reincidencia.

Por consiguiente esta demostrado a lo largo de la evolución de la dogmática jurídico penal que la criminalidad no es un fenómeno hereditario, si no que existen múltiples patologías que pueden incidir en esta, como las enfermedades mentales, la embriaguez y la farmacodependencia, lo que hace que la persona nazca con una alta predisposición a este tipo de adicciones y le sea mucho mas fácil cometer conductas antisociales.

Dichas alteraciones psico-somáticas como lo define la doctrina, son manifestaciones que se hacen presente en la conciencia del individuo, y por lo que nos concierne, no son revelaciones de bondad, si no todo lo contra-

rio, son indicaciones distorsionadas, y que posteriormente repercuten en el cuerpo exteriorizándose, lo que nos lleva a detectar fenómenos de una criminalidad particular, pero que no son los únicos que tienen ocurrencia en las conductas delictivas. Los factores externos o exógenos demarcan mucho las conductas desviadas, tienen una total incidencia en la personalidad del individuo, y de una u otra forma, lo conllevan con mas vehemencia a caer en la delincuencia, sobre todo si tenemos en cuenta el tipo de sociedad y modelo de Estado que tenemos en la actualidad, y que estamos condenados a vivir incondicionalmente, pues todas las carencias de una sociedad oprimida por la violencia y la pobreza no son tenidas en cuenta para prevenir los altos índices de criminalidad, y por el contrario, dichas deficiencias son cada vez mas marcadas, impidiendo encontrar una solución a este circulo vicioso que es el crimen.

Si a eso le sumamos la estigmatización a la que estos individuos se ven sometidos, el solo hecho de ser un “ex convicto” cierra todas las puertas, sobre todo en una sociedad tan moralista como la nuestra, que se jacta de ser íntegra, sin mirar las condiciones reales de las que muchos de nuestros compatriotas no se pueden salvar porque simplemente no tienen otra alternativa.

No se trata de justificar en ningún momento la delincuencia, pero solo echando un vistazo a las zonas periféricas de nuestra ciudad, donde los adolescentes y jóvenes adultos viven una situación de conflicto tal que muchos son obligados a pertenecer a grupos al margen de la ley sin ser su voluntad; ¿Qué opción les queda? Pues la cárcel, que es el fin de una carrera criminal. Al dejar la cárcel, ¿qué les espera? Nada, porque llegan a una sociedad que los rechaza, viendo truncadas todas las posibilidades a las que aspiran para salir de la delincuencia como única opción de vida.

Para otros autores, la base es el modelo de aprendizaje social en el cual no necesariamente se aduce al hecho de que un contacto continuado de modelos criminales que serían llevados a cabo en prisión, ha de conducir a una incremento en la conducta criminal de los individuos que experimentan la vida en la cárcel, pues se ha encontrado que de acuerdo con las características de modelos, observadores, e interacción entre ambos, este proceso puede funcionar en dirección inversa (Pérez y Redondo, 1991, p. 5).

El modelo de aprendizaje social mencionado se apoya en la teoría de la asociación diferencial, a partir de la cual se afirma que la conduc-

ta criminal es parte de un proceso de aprendizaje que es consecuencia de la experiencia y no proviene directamente de un componente patológico; siendo así, la interacción o contacto con modelos delictivos (abundantes en los centros de reclusión), proveen al individuo los conocimientos, técnicas, orientaciones, actitudes y motivos para adoptar una conducta delictiva, reforzar la existente (Molina, 1988, p. 165) o bien, como afirman Pérez y Redondo (1991), invertir el comportamiento criminal.

Adicionalmente, se requiere consideración de los efectos ventajosos que sobre la disminución de la reincidencia pueden tener las experiencias de los individuos en el seguimiento de programas de rehabilitación dentro de las propias prisiones, en el caso de que estos programas realmente existan en los institutos penitenciarios y carcelarios, y otros factores penitenciarios como el empleo del tiempo libre, el número de sanciones disciplinarias aplicadas, por mencionar algunos.

Por eso es necesario ubicar dentro de la temática el impacto que tiene la prisión sobre la conducta posterior del post penado, aunque muchos aseveren que la relación del reo con la represión no es una causa de reincidencia. Al respecto, Molina (1988) indica que hay una relación existente entre la estancia en prisión y el comportamiento posterior del encarcelado, donde el sistema penal interviene a través de la imposición de penas que privan de la libertad, las cuales, en lugar de reducir al delincuente, consolidan su identidad como tal, y en la mayoría de los casos incentiva el ingreso a una verdadera carrera criminal.

Así podría inferirse entonces, la relación existente entre la previa estancia en prisión y la reincidencia posterior, donde la primera de las variables es tan incidente en la segunda como lo son los elementos psicológicos, del ambiente del post penado, la personalidad, la representación de ingresos que tiene el acometimiento del crimen, la intensidad de la carrera delictiva, entre otros (Martínez, 2005, p. 238).

Para esto es preciso aclarar que se deben tener en cuenta todas las indicaciones que al respecto presenta la legislación colombiana; esto es, se trata tanto el concepto de la reincidencia específica, como el de la reincidencia genérica. Esto sucede al considerar la circunstancia en su conjunto como un elemento importante visto desde cualquiera de sus acepciones, pues en el evento de la reincidencia específica es posible identificar que quienes caen en ella, revelan una tendencia marcada a recaer en la misma

clase de delitos, y por su parte quienes obran en reincidencia genérica demuestran una mayor aptitud para delinquir, sea cual sea el tipo de delito.

Uno de los problemas que más aquejan las instituciones en nuestra ciudad, y porqué no, en nuestro país, es la inapropiada gestión administrativa; se destinan recursos para aumentar el personal de guardia, para construir cárceles de máxima seguridad sin tener en cuenta los altos índices de población reclusa que hay en el momento, llegando al punto de no contribuir con la descongestión de los demás penales, y como estos mucho son los elementos de represión que implementan; pero para la resocialización, los programas encaminados a apoyar la situación del autor de los hechos delictivos y demás compendios que aporten a la educación y concientización de la antijuridicidad del delito cometido, no hay igual proporción y dedicación.

Así lo demuestran los estudios realizados por la Personería de Medellín desde el 2001, en su informe sobre centros de reclusión, elaborado por Gómez (2000) sobre Bellavista, el llevado a cabo por Orrego (2001) sobre el drama humano que se vive en las cárceles y según los datos presentados por la Defensoría del Pueblo (2005, p. 10), en su informe de salud de cárceles (p. 10). Dicha situación es confirmada actualmente por la misma Personería al arrojar las estadísticas sobre el hacinamiento en la cárcel Bellavista, revalidando que dicho penal es apto para 2.424 internos, y actualmente hay 7.245 personas allí reclusas, lo que demuestra una superpoblación de 4.821 internos, dando como porcentaje de hacinamiento del 199%.

Seguidamente, en los diarios colombianos como el portal el Universal (2012), su portavoz Juan Pablo Gómez Orozco confirma que el hacinamiento en las cárceles de acuerdo con las cifras del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), entregadas en diciembre pasado, ya alcanza el 33%, así mismo cuenta que la cárcel de Bellavista, en Medellín, tiene capacidad para 2.424 internos, pero actualmente cuenta con unas 7.398 personas, lo que equivale al 196% o 5.174 personas más.

Si a esto le agregamos que la infraestructura de dicho penal no cumple con los estándares de sismo-resistencia y, que como consecuencia de lo anterior, sufre varios problemas estructurales, tal y como lo han manifestado los entes de control de la capital antioqueña, se vislumbra la situación crítica que vive actualmente dicho penal, de manera que los programas, el personal y la infraestructura carcelaria son deficientes, impidiendo el acce-

so de los internos a un adecuado plan de reducción para la vida en sociedad, entro otras carencias.

Se calcula, según dichas cifras, que la guardia no da abasto para ejercer las funciones de seguridad, lo que además les imposibilita tener el control sobre la venta y consumo de estupefacientes y el porte de armas, situación que da pie para que se presenten irregularidades como la corrupción, pues por múltiples denuncias es sabido, particularmente dentro de este penal, que la guardia es la que favorece dichas anomalías, como permitir el porte de elementos de comunicación o como vender los cupos para que los internos puedan acceder al trabajo o estudio al que tienen derecho para redimir su pena, incluso colaboran con la entrada de elementos prohibidos por el reglamento interno.

Adicionalmente, legitiman grupos que tienen el poder y ejercen el control dentro de los patios, denominados “caciques”, esto coincide con lo que afirma el comunicador, cuando relata que a un interno le cobran grandes cantidades de dinero para poder tener una celda, y como estas miles de monstruosidades que tienen deteriorado el tratamiento penitenciario.

De otro lado, el mismo diario, el 16 de agosto, afirmó que en lo que va del año 2011, 970 internos de la cárcel Bellavista de Medellín fueron trasladados hacia otros centros penitenciarios de todo el país con el fin de disminuir los elevados niveles de sobrepoblación que ostenta ese penal, uno de los más grandes en todo Colombia.

Sin embargo, el problema no se ha solucionado y, por el contrario, aumenta cada día más, pues para nadie es un secreto que los índices de criminalidad en nuestra ciudad son alarmantes, muestra de ello es lo que confirma dicha revista al señalar que entre enero y agosto del año que antecede, 2.914 personas han salido en libertad y 3.683 reclusos han ingresado al penal, según informó el INPEC. Por ende, toda esta problemática aporta a que las políticas de prevención tengan como único fin el fracaso.

Los estudios mencionados son la muestra de que las posibilidades de reducción y resocialización en la cárcel son prácticamente nulas, pues los focos de prostitución, analfabetismo, consumo de drogas, creación de organizaciones delictivas adentro del penal y demás, son herramientas que atentan contra el buen vivir, o más bien contra la dignidad humana de los internos, que aunque privados de la libertad, no tienen restringidos el resto de sus derechos humanos. Por tanto, si no se da una óptima planeación

organizada con miras a mejorar los recursos e incidir en la conducta del interno, nunca se lograran los verdaderos fines de la pena en Colombia, que como lo trata la doctrina al hablar de la prevención especial, no es más que buscar la resocialización del reo para así hacer posible que éste no reincida en futuros delitos.

El Estado es quien tiene injerencia directa en este sentido, pues el apoyo desde su presupuesto, normatividad, exigencias, planeación y control de programas de intervención para la prevención o el mejoramiento de conductas delictivas juega un papel vital en la reincidencia como hecho visible, no abstracto y propio del simple concepto jurídico, pero por otro lado, hay una institución que tiene en sus manos, a más del éxito de las políticas criminales de ese Estado, el genuino y real alcance de las normas que versan sobre la materia, y es el Instituto Penitenciario y Carcelario INPEC, pues ¿qué gana el Estado dando todo lo que está al alcance de sus manos si el órgano directamente encargado de ejecutar dichas políticas y leyes se queda corto en sus funciones?

Es especialmente el Sistema Penitenciario quien tiene una influencia muy significativa en la persona reincidente, pues una vez le acogió en algún centro de reclusión y le intentó reducir para la vida en sociedad, se convierte en el proveedor de las herramientas para entender cuán indebido es cometer un delito y cómo debe abrirse paso socialmente al quedar en libertad.

Si bien el recluso ha estado involucrado de una u otra forma con un acto delictivo, aún debe ser tratado como persona. Una primera razón es el simple cumplimiento de los derechos humanos inherentes a cada individuo. Pero en el presente estudio, aunque no se pretende principalmente revelar las deficiencias del sistema penitenciario y su incidencia sobre los derechos del recluso, sí es competencia del mismo las insuficiencias que pueda presentar el mencionado sistema en la medida en que redunden en la reincidencia de la población objeto de estudio.

Como afirma Reyes (2003), la represión penitenciaria debe contribuir a la resocialización del delincuente, a la prevención de futuros delitos, la protección social y la retribución por el daño causado; de esta manera, la pena privativa de la libertad debe orientarse a la aplicación de un conjunto de actividades educativas, laborales, recreativas, de relaciones de familia, entre otras, que permitan al recluso seguir siendo un individuo, a la vez que

cumple con su parte en el proceso penal que recae sobre su participación en la comisión del delito.

Lo anterior, se supone, contribuirá a que el interno tenga en su conocimiento la posibilidad de tener un nuevo proyecto de vida, que goza de un futuro, que tiene opciones. Así, una vez puesto en libertad, no volverá a delinquir y retomará un camino dentro de la sociedad a la que una vez le falló, cumpliéndose la finalidad de las penas, lograr la prevención de la reincidencia mediante la resocialización, que son los verdaderos fines de la pena en Colombia tal y como lo manda el artículo 4° de la ley 599 de 2000.

Para que la cárcel pueda ser ese espacio de reducción donde se generen los elementos para impedir la reincidencia de los internos, debe contar con recursos materiales, de personal, de espacio, entre otros, sin los cuales el proceso no podría llevarse a cabo de manera íntegra. Por consiguiente, el verdadero sentido y fin de las penas está tanto es su función teórica como en su función práctica, y es que es apenas lógico, pues ¿de qué sirve tener claramente estipulado en las codificaciones las funciones de la pena, si no tenemos en la realidad los mecanismos idóneos para llevar a cabo dichas funciones?

Hablar solamente de la pena en términos de la reincidencia, como una condena que no ha tenido suficiente efecto, sería esgrimir un argumento muy pobre, estaría considerando que el sistema penal actual no tiene efecto, y por ello simplemente no cumple con la función resocializadora que promete. Se requiere contextualizar la reincidencia para definir el marco en el que se delimita la misma, el escenario en el que juega y las condiciones que mantienen viva la necesidad, deseo, u otra condición que permee la conducta del autor reincidente.

Por ello, la reincidencia debe ser abordada más allá de la sistematización de su concepto, debe ser objeto de análisis de acuerdo con el contexto y debe conceptualizarse de acuerdo con las condiciones del autor y de la sociedad, la cual finalmente define las características específicas de cada población. La dificultad en coordinar el concepto de reincidencia radica en la existencia de diversas posturas, criterios dispersos, límites difusos, similitud con otras figuras, entre otros elementos que ponen a la reincidencia como un punto de discusión.

PROPUESTA FINAL

Se considera necesaria la existencia de un nuevo enfoque para tratar e investigar la recaída en el delito, especialmente cuando ya ha sido sancionado penalmente, pues si la condena previa no ha servido para cambiar el comportamiento delictivo del sujeto, la solución no reside simplemente en un agravamiento de la pena, sino que es preciso revisar otras posibilidades.

Se requiere de una propuesta en la cual inicialmente se realice un estudio riguroso en nuestro medio que permita determinar las causas de la reincidencia, los tipos de delito en los cuales se reincide más frecuentemente y las características de los reincidentes en Medellín, para posteriormente trabajar en el fenómeno de recaída en el delito, de manera que se evite la violación del principio *non bis in idem*, exista concordancia con la legislación nacional e internacional suscrita, prevalezca la uniformidad de conceptos y sobretodo, que sea viable a la hora de ser puesta en práctica.

De acuerdo con lo anterior, la Sala Segunda del Tribunal Supremo de España se manifiesta al respecto de la recaída en el delito con previa condena como una razón para agravar la pena, diciendo que “es un medio político criminal inidóneo para resolver los problemas que plantea la peligrosidad del autor, **por lo que es necesario introducir en el Código Penal, para estos casos, medidas de terapia social que permitan lograr aquellos resultados para los que la pena privativa de la libertad se ha mostrado ineficaz por las especiales características del autor**” (Negritillas y subrayado fuera de texto) (Agudo, 2005, p. 614). En nuestro caso se propone añadir medidas de terapia psico-social, ya que éstas serían más adecuadas y complementarias.

De hecho, existen códigos penales cuyas reformas han traído consigo la supresión de la reincidencia como agravante de la pena; ejemplo de ello es el código alemán, donde mediante la reforma sufrida por éste en el año 1986, queda abolido el parágrafo 48 que hacía referencia a la agravación de la pena por motivo de reincidencia delictiva, debido a la poca efectividad que tenían estas medidas en la práctica. Después de esto, en Alemania la recaída en el delito solo es un elemento a tener en cuenta en el momento de individualizar la pena, o un elemento a valorar en el momento de definir la necesidad de medidas de seguridad (Jescheck, 1993, p. 812).

La propuesta alemana en realidad no va orientada a olvidar las anteriores condenas impuestas al mismo autor del crimen, sino a tenerlas en cuenta al momento de individualizar la pena como un elemento personal del autor, que si bien requiere de análisis con el fin de identificar patrones de conducta que redunden en detrimento de la sociedad, no debe constituir una herramienta para definir sanciones penales mayores, pues los delitos previamente cometidos ya han sido sancionados. Esto indica que la existencia de condenas previas no debe ser un argumento para presumir una mayor culpabilidad del autor del delito, sino que, de constatarse una tendencia a delinquir, se deben considerar las respectivas medidas de prevención al momento de fijar la pena.

Visto de ésta manera, si se tomarían en cuenta los antecedentes del autor del delito al momento de individualizar judicialmente la pena, pero no entraría a ser una circunstancia que tienda a desmejorar de la responsabilidad criminal conservando así los límites de la responsabilidad por el hecho como tal; por eso, si el autor revela un comportamiento cuyos descriptores muestran peligrosidad criminal, deberá ser posible acudir a las medidas de seguridad pertinentes como complemento a la pena que se haya fijado.

CONCLUSIONES

El rechazo frente a la recaída en el delito ha sido una constante histórica; desde los orígenes de la civilización se ha identificado la tendencia a imponer mayores castigos a quienes cometen reiteradamente actos punibles; la configuración del agravamiento de pena por reincidencia, solía ir más allá de la privación de la libertad, pues para algunas sociedades como la china o la conformada por los brahmánicos, el castigo corporal era más efectivo. Solo hasta el siglo XIX surge una estructura jurídica similar a la que hoy se conoce para reaccionar frente a la recaída en el delito.

El concepto de reincidencia es difícil de articular en términos generales, pues su sola descripción etimológica y semántica no basta para abarcar correctamente el mismo; de hecho, se requiere conocer el entorno jurídico particular en el cual se hará uso del instituto para llegar a una interpretación de éste, lo cual se logra recurriendo al Derecho Comparado. Actualmente no existen estudios que permitan identificar claramente en nuestro medio cuáles son las causas de la reincidencia, los tipos de delito en los que se

reincide con mayor frecuencia y las características del reincidente en la ciudad de Medellín.

El sistema penal frecuentemente erra, especialmente en lo que a los institutos penitenciarios y carcelarios se refiere; esto, sumado a los problemas conductuales que ya tiene el reo, contribuyendo a la promoción de eventos de reincidencia y otros de pluralidad delictiva.

Para que se constituya reincidencia, es preciso que medie entre el anterior delito y el actual una condena ejecutoria previa; por su parte, la habitualidad hace referencia al acometimiento continuado de delitos dentro de un periodo de tiempo especificado, sin ser necesaria una previa condena. Cuando el autor de los delitos recibe ingresos por los mismos, se habla de profesionalidad.

Ahora bien, una vez que sucede un caso de reincidencia, se considera igualmente problemático el hecho de considerarla como un “agravante” de la pena, pero esto no se compadece de la situación real que se presenta durante el encierro y la falta de políticas criminales serias y aplicables que faciliten la resocialización del criminalizado, que es quien se ve afectado en su integridad bio-psico-social por todas las situaciones crimino-impelentes descritas.

La reincidencia como tal es una causante de agravación de la pena, así muchos sostengan que no lo es; esta característica se considera rebatible, en la medida en que el autor de un delito no es más culpable del mismo por el hecho de haberlo cometido antes, sino que su responsabilidad debe definirse de acuerdo a los argumentos actuales, sin decir con esto que se deban obviar los hechos anteriormente cometidos; por el contrario, estos deben utilizarse para evidenciar comportamientos criminales que indiquen peligrosidad –pero no con relación al concepto de peligrosismo ya superado y abordado en el presente escrito–, y tomar así las respectivas medidas.

Surge entonces, la conclusión que es necesario desvirtuar la reincidencia como agravante en el sentido de considerar al Derecho Penal como liberal, como proveedor de garantías para las personas sin recaer en la materialización del hombre.

BIBLIOGRAFÍA

- Agudo, E. (2005). *Principio de culpabilidad y reincidencia*. Granada, España: Universidad de Granada.
- Armengol, P. (2002). *La reincidencia*. Pamplona, España: Analecta.
- Asua, A. (1982). *La reincidencia. Su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los códigos penales españoles del S. XIX*. Bilbao, España: Universidad de Deusto.
- Corte Constitucional de Colombia. (2006). Sentencia C-007. M.P.: Jaime Araujo Rentería.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2008). Sentencia 26149. M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca.
- Corte Constitucional de Colombia. (2004). Sentencia T-673. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2008). Sentencia 28362. M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2009). Sentencia 27932. M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca.
- Constitución Política de Colombia, (1991).
- En internet: <http://buscon.rae.es/draeI/> recuperado el 16 de abril de 2012.
- En internet: <http://buscon.rae.es/draeI/> recuperado el 16 de abril de 2012.
- En internet: www.defensoria.org.co/pdf/informes/informe_120.pdf Defensoría del Pueblo (2005). Informe sobre prestación de servicios de salud en centros penitenciarios y carcelarios de Colombia, recuperado el 16 de abril de 2012.
- En internet: <http://aquiestamos.net/2011/09/26/aumentan-denuncias-por-desplazamiento-y-desapariciones-en-medellin/>. Personería de Medellín. (2011). El último informe sobre derechos humanos. Medellín, recuperado el 16 de abril de 2012.
- En internet: <http://es.scribd.com/doc/2895597/Linea1-Medellin-ciudad-solidaria-y-equitativa>, Personería de Medellín. (2001). Informe sobre centros de reclusión el Buen Pastor y Bellavista 1999-2000. Medellín: Autor, recuperado el 16 de abril de 2012.
- González, C. (1988). *Teoría General de las circunstancias modificativas de responsabilidad criminal*. Valencia, España: Universidad de Valencia.
- Goyena, J. (1997). *Las circunstancias agravantes en el Código Penal de 1995*. Pamplona, España: Aranzandi.

- Gómez, R. (2000). *Bellavista: ¿Mito o Realidad?* Medellín: Librería Interuniversitaria.
- Jiménez, L. (1995). *Lecciones de Derecho Penal: reincidencia y habitualidad*. México, México: Pedagógica Iberoamericana.
- Jescheck, H. (1993). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Granada: Comares.
- Ley 599 (2000) por medio del cual se expide el Código Penal.
- Ley 906 (2004) por medio del cual se expide el Cdigo de Procedimiento Penal.
- Martínez de Zamora, A. (1971). *La reincidencia*. Murcia, España: Publicaciones de la Universidad de Murcia.
- Molina, A. (1988). *Introducción a la Criminología*. Medellín: Biblioteca Jurídica.
- Orrego, J. (2001). *El drama humano en las cárceles*. Medellín: Nuevo Milenio.
- Olavarría, M. (2008). *La Reincidencia*. En internet recuperado el 20 de mayo de 2010 en <http://cireps.blogspot.com/2008/07/ventajas-y-desventajas-de-la.html>.
- Plata, A. (2007). *Criminología, criminalística y victimología*. Oxford, Inglaterra: Oxford University Press.
- Pérez, E., Redondo, S. (1991). *Efectos psicológicos de la estancia en prisión*. Madrid, España: Dirección General de Servicios Penitenciarios y Centro de Estudios Jurídicos.
- Rodríguez, R. (2007). *Código Penal comentado y con jurisprudencia*. Madrid, España: La Ley.
- Reyes, A. (2003). *Criminología*. Bogotá: Temis.
- Sierra, G. (2005). *La identificación lofoscópica en un sistema acusatorio*. Bogotá: Editorial Leyer.
- Támara, M. (2008). *Direccionamiento del tratamiento penitenciario en Colombia: investigación científica como fundamento*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- Welzel, H. (1956). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: De Palma.
- Zabala, M. (2005). *La reincidencia como circunstancia agravante de la punibilidad y su relación con el principio de culpabilidad y con las garantías que de él derivan*. Buenos Aires: USAL.
- Zaffaroni, E. (1992). *Hacia un realismo jurídico penal marginal*. Caracas: Monte Ávila Editores.