

La Reincidencia *

POR

ANTONIO MARTINEZ DE ZAMORA

*Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia
Profesor Adjunto int. de la Universidad de Murcia*

SUMARIO

INTRODUCCION.

- I. La pluralidad de hechos criminales realizados por el mismo sujeto:
 - 1) Hipótesis, distinción formal y diversidad de tratamientos.
 - 2) Significado para la reincidencia de su inclusión en este género.
 - 3) La sentencia de condena como elemento diferenciador.

- II El fenómeno de la reincidencia: validez histórica y espacial. Historia de la reincidencia en España.

- III. Importancia de este fenómeno:
 - 1) En la teoría penal.
 - 2) En el terreno práctico.

* Este trabajo, realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia, se ha beneficiado de una Beca de Iniciación en la Investigación de la Comisaría de Protección Escolar y Asistencia Social del Ministerio de Educación y Ciencia.

I

CONSIDERACION DOCTRINAL

CAPITULO I: *Las diversas teorías sobre la reincidencia*

- I. Criterios de clasificación.
- II. Teorías que hacen gravitar la reincidencia sobre el primer delito cometido por el reincidente:
 - 1) La doctrina abolicionista.
 - 2) Teoría de la insuficiencia relativa de la pena impuesta al primer delito.
- III. Teorías que justifican la reincidencia en razón del sujeto:
 - 1) Teoría de la menor responsabilidad del reincidente.
 - 2) Teoría que considera la reincidencia como índice de mayor peligrosidad.
 - 3) Teoría de la aumentada imputabilidad del reincidente.
 - 4) Teoría de la mayor capacidad delictiva del reincidente.
 - 5) El neo-abolicionismo.
- IV. Teorías que justifican la reincidencia sobre el segundo delito del reincidente:
 - 1) Teoría de la mayor alarma social.
 - 2) Teoría de la lesión de un bien diverso o de la lesión más profunda del mismo bien jurídico.
 - 3) Teorías que fundamentan la reincidencia en la culpabilidad:
 - a) Teoría de la culpabilidad típica, especial.
 - b) Teoría de la culpabilidad aumentada.
- V. Conclusión crítica.

II

CONSIDERACION DOGMATICA

CAPITULO II

- I. Concepto de la reincidencia en nuestro Código Penal.
- II. Fundamento.

III. Caracteres:

- 1) Generalidad.
- 2) Obligatoriedad.
- 3) Objetividad.
- 4) Perpetuidad.
- 5) Gravosidad.

CAPITULO III.

IV. Elementos:

- 1) El estado de reidad:
 - A) El sujeto.
 - B) La sentencia penal de condena:
 - a.—Acogimiento de la reincidencia «ficta».
 - b.—Firmeza.
 - c.—Sentencias de los Tribunales militares y extranjeros.
 - C) La reidad:
 - a.—Concepto superior comprensivo de sujeto y sentencia.
 - b.—Efecto de la sentencia. Influencia de las causas de extinción del delito y de la pena.
 - c.—Situación del sujeto. Los antecedentes penales y la rehabilitación.
 - d.—Elemento constitutivo de la figura legal que prevé la reincidencia.
- 2) El nuevo delito:
 - A) Tiempo de la comisión.
 - B) Su naturaleza y colocación legal.
 - C) Hipótesis en que la reincidencia es elemento constitutivo del nuevo delito.
 - D) Delitos de hábito.
 - E) Supuestos en los que la reincidencia es circunstancia específica del nuevo delito.

CAPITULO IV

V. Clases de reincidencia: reiteración y reincidencia:

- 1) El criterio de distinción.
- 2) Problemática de cada una de ellas:
 - A) Reiteración: Concepto, extensión y límites.
 - B) Reincidencia:
 - a.—Concepto, extensión y límites de la reincidencia específica.
 - b.—La plurirreincidencia: Concepto y requisitos. Compensabilidad con otras circunstancias.
- 3)Cuál es más grave.

- 4) Reiteración y reincidencia como hipótesis normativas de una misma agravante o como agravantes independientes. Examen de las posibles concurrencias de condenas.

CAPITULO V

VI. Efectos:

- 1) Condiciones para la eficacia.
- 2) Efectos de los antecedentes penales y efectos de la reincidencia.
- 3) Efectos de la reincidencia en sentido amplio: agravación de la pena y exclusión (no concesión o revocación) de ciertos beneficios penales.
- 4) Efectos de la reincidencia específica.
- 5) Efectos de la plurirreincidencia.
- 6) Límites de eficacia.

III

FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURIDICA

CAPITULO VI (*Consideración naturalística*)

I. La razón de ser del instituto:

- 1) Repetición criminal y reincidencia.
- 2) La sentencia de condena en su aspecto sustancial.
- 3) La reidad.
- 4) La entidad psicológica del segundo delito. Su significación de recaída. Relaciones entre sujeto y acto.
- 5) Causas secundarias de justificación.
- 6) Los diversos tipos de reincidencia.
- 7) Reincidencia y habitualidad.
- 8) El aumento de pena para el reincidente.

CAPITULO VII (*Consideración normativa*)

II. Funcionamiento normativo de la reincidencia:

- 1) Naturaleza y función de la reidad:
 - A) Capacidad y cualificación jurídica subjetiva.
 - B) La categoría jurídica subjetiva de la reidad. La situación del ya reo.
- 2) El intrínseco disvalor del segundo delito.
- 3) La teoría del mandato normativo concreto. La norma que prevée la reincidencia como norma abstracta pero concretizante en sentido subjetivo.

CAPITULO VIII (*Consideración sistemática*)

III. Encuadramiento sistemático de la reincidencia:

- 1) En la teoría del sujeto: la reincidencia como cualificación personal.
- 2) En la teoría de la pena.
- 3) En la teoría del delito:
 - A) La reincidencia como circunstancia agravante del delito derivada del reconocimiento de una mayor culpabilidad.
 - B) Crítica de las teorías que, aun atribuyendo la reincidencia a la culpabilidad, le niegan, sin embargo, el carácter de circunstancia.

INTRODUCCION

SUMARIO:

I. La pluralidad de hechos criminales realizados por el mismo sujeto: 1) Hipótesis, distinción formal y diversidad de tratamientos; 2) Significado para la reincidencia de su inclusión en este género; 3) La sentencia de condena como elemento diferenciador. II. El fenómeno de la reincidencia: 1) Validez histórica y espacial. 2) Historia de la reincidencia en España. III. Importancia de este fenómeno: 1) en la teoría penal; 2) en el terreno práctico.

I

LA PLURALIDAD DE HECHOS CRIMINALES REALIZADOS POR EL MISMO SUJETO

Dentro del amplísimo campo de las actividades humanas, ya desde los comienzos de la historia, se distinguen de modo nítido las acciones dañosas, perjudiciales o peligrosas para la sociedad o los individuos que la componen, de aquellas otras que, en el sentir colectivo, son necesarias, beneficiosas o simplemente indiferentes. Algunas de las primeras en concreto las que resultan insoportables al grupo según la escala de valores establecida por el grupo mismo, quedan terminantemente prohibidas, previniéndose las correlativas sanciones para quienes las realicen pudiendo evitarlo.

De este modo sencillo e inconsciente se crea el derecho penal, se vive el derecho penal, que, sin embargo, sólo alcanza carácter científico en época bien próxima a nosotros. Tan pronto aparece el hecho, la sociedad lo valora conforme a principios éticos o utilitarios: lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto, lo beneficioso y lo perjudicial. Así aparece el delito, que en sentido material no es más que un comportamiento dañoso o peligroso para aquellos bienes o intereses merecedores o espe-

cialmente necesitados de la más enérgica protección (1); así nace el tipo, la prohibición y el deber, e igualmente la pena. Porque el derecho penal representa el reconocimiento, la valoración y ordenación de los actos humanos de relación mediante cuadros de conducta, imperativos de conducta y sustitutivos de conducta. El deber ser nace del ser para después ordenarlo; el derecho presupone el hecho; el concepto jurídico se crea sobre el dato social.

Un fenómeno social tan antiguo como el hombre y tan extendido como el mundo es el de la pluralidad de estos hechos especialmente nocivos o peligrosos realizados por un mismo sujeto. Con independencia del número y gravedad de dichos delitos, el fenómeno, como tal, de la repetición criminal, ha sido revestido por el derecho de relevancia jurídica y, como institución, designado bajo el nombre genérico de "reiteración criminal".

La importancia del instituto radica, a nuestro modo de ver, en las trascendentales consecuencias que derivan de su correcta interpretación, ya que impulsa a centrar la atención sobre el significado penal de la repetición misma y, a través de ella, en el sujeto (2). En efecto, la "reiteración criminal" está compuesta de dos elementos: uno unitario, el sujeto, y otro plúrimo, las infracciones. Aparte del valor sintomático que la reincidencia pueda tener para determinar la peligrosidad, no sería erróneo pensar, al menos sobre la base de la correspondiente sanción especial, que la repetición influye sobre la gravedad de los delitos cometidos por el reitador y, más exactamente, que la conducta anterior del delincuente, en apariencia desligada por completo del actual tipo penal realizado, tiene virtualidad, sin embargo, sobre la penalidad del mismo.

1.—Hipótesis, distinción formal y diversidad de tratamientos:

Relativamente al estudio de la reincidencia, el valor del concepto en examen es aún mayor. Sabido es que por su extensión conceptual posee capacidad para incluir gran variedad de hipótesis de muy distinto significado; entre otras:

—El concurso de delitos, o simple realización por un mismo sujeto de varios delitos, bien con una sola conducta jurídica (concurso ideal),

(1) V. Ranieri, *Manuale di Diritto Penale*, Padova, 1956, p. 93 s.

(2) «Los varios delitos no deben considerarse como elementos desordenados y episódicos de una realidad múltiple, sino que son delitos que concurren, que confluyen en el mismo sujeto» y que poseen, por tanto, «una cierta íntima coherencia en razón de la unidad, tanto de la fuente de que emanan, como de la esfera jurídica a la que se refieren sus efectos punibles»: Moro, «Unità e pluralità di reati», Padova, 1951, p. 27.

o bien, y este es el caso que más nos interesa, mediante varias conductas autónomas, esto es, no resumibles jurídicamente en un comportamiento unitario (concurso material), por los cuales debe aún ser juzgado. En especial, delitos conexos: uno como medio para cometer otro, para ocultarlo o eludir la pena, etc.

—El delito continuado, que se caracteriza, además de por la unidad del sujeto y la pluralidad de hechos delictivos, porque éstos corresponden a un mismo diseño criminal y violan una misma disposición legal, en cuya razón vienen considerándose doctrinalmente como un delito único (3).

—La reincidencia, cuya peculiaridad radica en la existencia de una o varias sentencias penales de condena interpuestas entre los varios delitos.

—La habitualidad, que une a la base formal de la pluralidad delictiva, la prognosis de una especial peligrosidad —habitual— en el sujeto.

A cada una de las figuras señaladas corresponde un tratamiento penal no sólo diverso sino incluso contrapuesto. Mientras en el delito continuado las distintas infracciones se consideran a efectos legales como un solo delito, con la consiguiente atenuación condenatoria, y el concurso de delitos recibe en las legislaciones una penalidad disminuida —sistemas llamados de la “absorción”, de la “acumulación jurídica”, y en cierto modo en el de la “acumulación material atemperada”—, o al menos no perjudicial para el reo —sistema de la acumulación material—, la reincidencia determina normalmente un especial rigor en el castigo, y la habitualidad es base, además, para la imposición de medidas de seguridad. Esta disparidad de consecuencias jurídicas debe corresponder, supuesta la coherencia lógica del sistema, a una efectiva divergencia sustancial, cuya determinación, que presupone el conocimiento de sus esencias respectivas, se estudiará más adelante.

2.—Significado para la reincidencia de su inclusión en este género.

La semejanza externa de estas hipótesis no debe, por tanto, llevarnos a una asimilación de caracteres que pueda perjudicar el estudio del fundamento de la reincidencia, cosa que, como denuncia Latagliata (4), ocurrió en la doctrina precedente, deslumbrada con el método biológico de clasificación en clases, géneros y especies, e influenciada por la historia en la que muchas veces no se distingue entre mera repetición delictiva y reincidencia; derivando generalmente, de tal semejanza externa, una inconsciente identificación sustancial, en la que luego se destacaban los

(3) Ranieri, «Manuale», cit. p. 410 ss.

(4) Latagliata, «Contributo allo studio della recidiva». Cap. I, Nápoles, 1958.

elementos específicos de cada institución (5), todo ello pese a la clarísima indicación que representan sus distintos tratamientos penales. El concepto de reiteración criminal al que estamos aludiendo no debe servir como punto de referencia común para la solución de los problemas planteados en cada una de las hipótesis incluidas en él, sino, más bien, como fuente de interrogantes científicas.

A nuestro modo de ver, el estudio de la reincidencia no puede apoyarse en el de la repetición delictiva entendida al modo tradicional, ya que, desde un principio, hay que distinguir entre la simple multiplicidad de delitos cometidos por un mismo sujeto y la recaída en el delito pese a la condena, es decir, ha de trasladarse el juego de la sentencia penal de condena desde su posición de elemento diferenciador de la reincidencia dentro del amplio concepto de reiteración, hasta hacerla funcionar como carácter específico de una especial reiteración: la repetición delictiva tras la condena, colocada junto a la pura reiteración, pero independiente de ella. La diferencia normativa radicaría en la existencia o no de una más fuerte prohibición de delinquir.

No obstante, una vez soslayado el peligro recién aludido, será útil partir del fenómeno de la pluralidad de hechos criminales realizados por un único sujeto, porque ello permite abordar el tema de la reincidencia de una manera natural y realizar también un primer intento de planteamiento general de las principales dificultades que dicha institución presenta al jurista. Así por ejemplo, la cuestión del fundamento de la reincidencia, que igualmente puede estudiarse sin acudir al concepto general indicado, es más fácilmente apreciable en su problemática cuando no sólo se pregunta el motivo del aumento de sanción derivado de la agravante, sino también por qué en otros casos de repetición delictiva no ocurre tal cosa e incluso la penalidad es menos severa que la que correspondería sumando las penas asignadas legalmente a las distintas infracciones. La respuesta no es sencilla, sobre todo si pensamos que, al menos en apariencia, el delito del reincidente no difiere objetivamente del cometido por un delincuente primario.

5) Así operan buen número de autores. V. por ej. Puglia, «Della recidiva», en Enciclopedia Dir. Pen. Ital. de Pessina, V, 1.904, p. 679; Battaglini, «Diritto Penale Italiano», 1949, p. 469; Silvela, «El Derecho penal estudiado en sus principios y en la legislación vigente en España», 2.ª parte, Madrid, 1903, p. 187; Maggiore «Diritto penale», I, p. general, 1949, p. 637; Saltelli y Romano di Falco, «Nuevo Codice penal: commentato», II, 1940, p. 69, etc., etc.

3.—*La sentencia de condena como elemento diferenciador.*

De lo expuesto se deduce, pues, la inconveniencia de integrar el instituto en examen dentro del amplio concepto de reiteración entendida al modo tradicional, no sólo por la peculiaridad que confiere a la reincidencia la específica prohibición de recaída que se infiere de su mayor penalidad, sino también, desde un punto de vista concreto, porque la justificación de esta agravante no debe buscarse en la simple repetición criminal, ya que, según vimos, el aumento de sanción no es consecuencia común a todas las hipótesis que en ella se incluyen.

Igualmente deriva la necesidad de destacar el elemento específico de la reincidencia, esto es, la sentencia penal firme de condena interpuesta entre los varios delitos. De esta suerte, tres son los elementos que componen conceptualmente la reincidencia: el sujeto único, la pluralidad de delitos y la sentencia penal de condena intermedia. El examen del sujeto nos impondrá la determinación de hasta qué punto es la reincidencia una cualidad o condición del individuo; si éste es un tipo de autor; y, en definitiva, servirá de ayuda para explicar el fundamento natural de la reincidencia sobre el presupuesto de la posición psicológica del delincuente antes de la recaída. De la pluralidad de delitos y de la comparación entre ellos se deducirán los diversos tipos de reincidencia y también los límites de su relevancia en nuestro ordenamiento positivo. La sentencia de condena, distintivo formal del instituto, deberá ser revestida de valor sustancial y, como tal, servirá de base para el estudio de la esencia y fundamento de la reincidencia.

II. EL FENOMENO DE LA REINCIDENCIA

La reiteración o repetición criminal reclama la atención sobre el sujeto y se refleja directamente, en variadas formas, sobre la sanción que al mismo corresponde. Concretamente, la reincidencia supone, frente a otras de estas hipótesis, un rigor penal mayor. El derecho penal no es sólo instrumento de defensa social contra determinadas acciones sino que debe tender, ante todo, a una retribución justa, para lo cual es imprescindible considerar tanto la gravedad del delito cuanto la personalidad de su autor. El hecho será más o menos reprovable según las condiciones personales del infractor al momento de realizarlo. Pero ya dentro del marco sancionatorio aún deberá el juez decidir en concreto la cantidad y calidad de la pena para adaptarla al máximo a la personalidad criminal al momento de imponerle el castigo. Si así no fuera, existiría una injusticia —por exceso

o por defecto— insoportable para el delincuente y para el cuerpo social, posiblemente provocadora de un aumento en la criminalidad (6).

El fenómeno de la reincidencia, casi siempre regulado por las legislaciones penales, no ha recibido todavía una explicación doctrinal clara y completamente satisfactoria. Aun hoy se duda si el aumento de pena que determina está o no justificado, pese a la exigencia de caminar en esta materia —que compromete toda la justicia, utilidad e incluso coherencia lógica del sistema— con pie firme.

En su más alta acepción el término “reincidencia” (de *recidire*: recaer, volver a incidir) reclama la idea de algo que se repite (7) y comprende genéricamente cualquier especie de recaída. Pero, según el concepto técnico acogido por el legislador, se trata de la recaída en el delito por parte de un sujeto precedentemente condenado por otro u otros delitos con sentencia penal irrevocable. El fenómeno del retorno al crimen tras la condena se encuentra en la realidad social de todos los tiempos y países y casi siempre el derecho penal lo ha tenido en cuenta como motivo para una más rigurosa reacción punitiva.

Tal universalidad indica por sí sola la justicia de la agravación que la conciencia popular, el sentido ético que habita en todo hombre, encuentra justa. Con acierto se ha dicho que “la razón del agravamiento de la pena por el nuevo delito es intuitiva” (8) y ello, precisamos, por un doble motivo: 1.º, porque el hombre que “siente” lo justo y lo injusto, lo bueno y lo malo, así lo ha establecido, prescindiendo de toda explicación lógica; 2.º, porque sólo esa intuición de justicia ha estado sirviendo de base, incluso en las legislaciones modernas, a la consideración de la reincidencia como agravante, sin que la doctrina científica haya encontrado aún una justificación indiscutible del instituto ni resuelto muchos de los problemas específicos que la reincidencia plantea.

La reincidencia, o mejor, el aumento sancionatorio que acarrea, es de justicia sentida pero no de justicia demostrada. Al investigador —y no sólo al penalista— corresponde emprender la búsqueda del fundamento de la reincidencia, el por qué de ella.

Validez histórica y espacial. Historia de la reincidencia en España.

Para demostrar la universalidad del fenómeno es suficiente una somera alusión a la historia del instituto y la constatación de su reconocimiento,

(6) V. Alexander y Staub, «El delincuente y sus jueces desde el punto de vista psicoanalítico», Trad. esp., Madrid, 1935, p. 16 ss.

(7) Nicolini, «Le questioni di diritto», II, 1870, p. 601.

(8) De Marsico, «Diritto penale», Nápoles, 1935, p. 221.

como regla general, por los Códigos penales modernos, de cuyo estudio prescindimos por obvias razones de espacio. Sin entrar en detalles, innecesarios para la finalidad de este trabajo, bástanos señalar la generalidad actual, ya aludida, de la reincidencia, y la existencia, muy natural, de variantes, a menudo profundas, en las distintas regulaciones positivas de nuestra institución; variantes nacidas de la particular historia que precede a cada ordenamiento, de las diferentes realidades sociales, políticas, económicas, etc. y, sobre todo, del grado de desarrollo de las respectivas ciencias penales. Así, por ejemplo, unos aceptan, y otros no, la llamada prescriptibilidad de la reincidencia; algunos admiten sólo la reincidencia específica, incluso limitada a ciertos delitos, otros también la reincidencia genérica; a veces se considera especialmente el tiempo transcurrido entre la condena y el posterior delito o el cumplimiento efectivo de la pena como "agravantes" de la reincidencia, etc. (8 bis).

Una breve referencia histórica (9) viene impuesta, sin embargo, por la peculiaridad del fenómeno. Tal como existe un criterio concorde en las legislaciones actuales acerca de la mayor punibilidad del reincidente, así también hay una constante histórica similar que revela el sentir popular permanente respecto al relativo aumento de pena (10).

Los pueblos más antiguos o menos civilizados desconocían a menudo la reincidencia, no sólo porque la pena de muerte era normalmente aplicada, sino también por la casi imposibilidad de reconocer, cuando no se castigaba con dicha pena, a los sujetos precedentemente sancionados. Esta última dificultad fue soslayada en muchos pueblos mediante marcas o mutilaciones corporales realizadas sobre el delincuente. Hoy, como sabemos, tal medio de identificación y reconocimiento de criminales viene perfectamente sustituido por los llamados "Registros penales".

No obstante, desde casi los comienzos de la historia la reincidencia ha sido prevista y sancionada en sentido muy semejante al actual. Conocidí-

(8 bis) Una somera reseña de estas diferencias entre los distintos Códigos en Cuello Calon, «Derecho Penal», T. I., Barcelona, 1964, p. 575 ss.

(9) Para no cansar al lector con continuas citas históricas remitimos, como complemento de nuestro breve resumen, a las siguientes obras: Alimena, «I limiti e i modificatori dell'imputabilità», Torino, 1899, v. III, p. 589 ss.; Puglia, «Della recidiva», en «Enciclopedia di Diritto penale Italiano», diretta del Pessina, Milán, 1904, v. V., p. 787; Id. «Della recidiva», en «Studi critici di diritto criminale», Nápoles, 1885, p. 7 ss.; Garofalo y Carelli, «Dei recidivi e della recidiva», en en Cogliolo, *Completo trattato di diritto penale*, Vol. I, parte III, p. 781 ss.; Gianniti, «I reati della stessa indole», Milán, 1959, p. 4 ss. (para reincidencia específica). Y sobre todo, Manzini «La recidiva nella sociologia, nella legislazione e nella scienza del diritto penale», Florencia, 1899, pp. 125 a 153 y bibliografía citada por este autor.

(10) «Palpable demostración de la justicia sobre la que se apoya la reincidencia como agravante, es el hecho de su admisión desde las más antiguas legislaciones»: Ferrer Sama, *Comentarios al Código Penal*, T. I., Murcia, 1946, p. 414.

sima es la disposición de Manú en el Manava Dharma Sastra indio: "El rey castiga primero con la simple amonestación, después con severos reproches, la tercera vez con multa, finalmente con la pena corporal" (VIII-129), y continúa: "Cuando tampoco con castigos corporales el rey consiga frenar a los culpables, les aplicará las cuatro penas de una vez" (VIII-130). Especialmente para el hurto se decretaba el corte de dos dedos la primera vez, la amputación de un pie y de una mano la segunda, la tercera vez la muerte (Leyes de Manú IX-277).

También en China, una vez mitigada la primitiva severidad penal que hacía imposible físicamente la repetición delictiva, se conoció la reincidencia. Manzini (11) nos dice que, según la obra Tu-soe-tun'tien escrita por Tu-ieu hacia el 755 d. C., el emperador Sciun (2285 a. de C.) conminaba la pena de muerte para los delitos premeditados y para los cometidos en reincidencia, aunque después ésta sólo tuvo virtualidad respecto a los delitos contra la propiedad. También Confucio enseñaba que es vicioso aquel que no se corrige (Confucio, Le Lum yu, XV, 29).

Igualmente los persas, según Herodoto (*Historiorum libri*, I, 13, II, 194), tenían en cuenta los antecedentes penales del reo para la graduación de la pena.

En el derecho hebreo los delitos punibles con azotes se castigaban, en caso de reincidencia, con una especie de cadena perpetua tan dura que era en realidad una muerte indirecta.

El Capítulo XXVI del Levítico describe la cólera divina, amenazando con castigos cada vez peores la persistencia en el mal. Resulta muy interesante este pasaje de la Biblia por las siguientes características: 1. Recoge la reincidencia después de la expiación (la llamada por Carrara "reincidencia vera"): "Si después de esto (el castigo) no me obedecéis todavía..."; 2. Las penas aumentan enormemente después de cada recaída en el mal; 3. Sanciona la reincidencia y la plurirreincidencia; 4. El fundamento de la agravación de pena por reincidencia se centra en la oposición y persistente desobediencia a los preceptos de la Divinidad y, por tanto, a la Divinidad misma: "Si todavía no me obedecéis y seguís oponiéndos a mí...". En el Nuevo Testamento encontramos interesantes admoniciones contra la recaída: "Después de esto le encontró Jesús en el templo, y le dijo: Mira que has sido curado; no vuelvas a pecar, no te suceda algo peor" (S. Juan, 5-14); y a la mujer adúltera, tras perdonarla, le advierte Jesús: "Vete y no peques más" (S. Juan, 8-11).

Entre los griegos, tanto Platón (*De legibus*, V, X, XII t. IX) como Aristóteles (*Retórica*, I, 14, 4) poseen una noción bastante clara de la rein-

(11) Manzini, La recidiva..., cit., p. 127.

cidencia como causa de agravación de la pena. El Fethá Neghest, escrito en el año 325 d. C. por varios sabios elegidos entre los Obispos reunidos en Nicea para combatir la herejía de Arrio, según la bibliografía recogida por Manzini (12), conoció de la reincidencia específica en determinados delitos, como el hurto y el falso testimonio. También fue sancionada la reincidencia, aun limitadamente, en el antiguo derecho musulmán y en el Corán (IV-22).

La regulación de la reincidencia en el derecho romano puede resumirse, señalando sus notas características más importantes, del siguiente modo: 1. En Roma se tenía en cuenta, sobre todo, la reincidencia específica, especialmente limitada a la hipótesis de identidad de delitos; 2. La reincidencia genérica era, como máximo y sólo para los delitos en los que ello fuera posible, un criterio de agravación atribuido al arbitrio del Juez. Además incapacitaba normalmente para el perdón; 3. No existía una exacta distinción entre reincidencia, reiteración y concurso de delitos; 4. No había, por tanto, un principio general sobre la reincidencia como circunstancia agravante, ni una norma fija de agravación; 5. Según Puglia, se justificaba el aumento de pena para el reincidente en la insuficiencia de la pena anterior y la mayor perversidad del culpable; 6. La existencia de condena anterior a cargo del culpable se reconocía mediante señales marcadas en la cara (hasta Constantino), brazos y piernas.

El derecho canónico, si bien no poseía un concepto general de reincidencia ni un término técnico para expresarlo, y aparte de la confusión entre pecado y delito y entre reincidencia y simple repetición criminal, considera esta agravante en determinados delitos, como la herejía y el concubinato. El Concilio Tridentino llegó a distinguir, para ciertas infracciones, entre mera repetición y reincidencia (específica) y entre reincidencia tras la condena y reincidencia tras la expiación. Se ha discutido si en este Concilio se recogió el criterio de la incorregibilidad del reincidente. El vigente Código de Derecho Canónico disciplina tanto la reincidencia genérica como la específica (Canon 2.208).

En el derecho germánico era prácticamente desconocida la reincidencia; sólo las Leyes de Liutprando y las Capitulares de Carlo Magno sancionan la específica, limitadamente respecto al hurto. También la Carolina de Carlos V castigaba el tercer hurto con la pena de muerte, aunque no hay una separación clara entre reincidencia, repetición criminal y habitualidad.

Parece ser que también en Francia (13) fue conocida la reincidencia

(12) Manzini, *La recidiva...*, cit., p. 129 ss.

(13) Véase en general, Manzini: *La recidiva*, cit., p. 138 ss. y bibl. ib. cit.

desde antiguo, aunque sólo a partir del s. XIII se encuentran documentos sobre ella, algunos de los cuales distinguen ya entre reincidentes y reiterantes. En términos generales la reincidencia agravaba las penas (en algunos casos se dejaba la fijación de esta agravación al arbitrio del juez), haciendo doble la cantidad objeto de multa en las pecuniarias, y más severas las corporales, y, para buen número de delitos, implicaba la aplicación de la pena de muerte. Se conocía el aumento progresivo de sanción por repetidas reincidencias y solía excluirse a los reincidentes de la gracia. Hasta la ley de 25 de septiembre de 1791 sólo se recoge normalmente la reincidencia específica; a partir de esta ley —que establece, salvo excepciones, la deportación del reincidente tras la expiación de la pena— se admite la reincidencia genérica. Con ello se llega al Código penal francés de 1810, en el que se inspiraran posteriormente casi todos los Códigos penales del s. XIX, que admite la reincidencia como circunstancia agravante de carácter general, es decir, aplicable, salvo disposición contraria, a toda clase de delitos.

La aportación italiana a la teoría jurídica de la reincidencia ha sido ciertamente notable y lo sigue siendo hasta nuestros días. Aparte el hecho de que la institución en examen fue regulada, sobre todo respecto a los delitos patrimoniales, en numerosos estatutos medievales de aquel país (Estatuto de Padova de 1236, Estatuto de Concordia, Estatuto Florentino, la “Promissione del Maleficio” —1232— del Dogo Iacopolo Tiepolo, etc.), correspondió a los Glosadores Prácticos italianos el honor de elaborar por primera vez una verdadera teoría científica de la reincidencia. Se admite la máxima, referida a Gotofredo, “*Consuetudine delinquendi est circumstantia agravandi delictum et delinquentem acrius*”, y ello era sí porque “*in punitione delictorum habenda est ratio antea vitae*” y resultaba necesario tener en cuenta la vida precedente del reo puesto que “*qualem quisque vitam antea assecutus est, talem etiam cum essa de praesenti suspicamus*”. La doctrina de Farinacio, sin duda la más completa en esta materia, puede resumirse así:

1.—Toma en consideración principalmente la reincidencia específica (“*Consuetudinis delinquendi praesumptio tantum in eodem general vel simili; secus in diverso*”).

2.—Era requisito de la reincidencia la condena y la punición precedentes.

3.—Para algunos delitos se excluía la reincidencia una vez pasados tres años.

4.—Distinguía entre “*consuetudo delinquendis*”, circunstancia agravante, y aquella que no podía considerarse como tal.

Concretamente en España también la reincidencia posee una antigua tradición (14). De modo expreso viene regulada en muchas leyes medievales, de las que citaremos sólo las más interesantes. Algunas disposiciones, que se transcriben, son verdaderamente significativas respecto a la importancia atribuida a la reincidencia o a un tipo de ella, delitos en los que suele tener virtualidad, cuantía o clase del aumento de pena que provoca, etc.

En el Fuero Juzgo, mientras se recomienda misericordia para los arrepentidos (pelo opuesto en cierto modo a los reincidentes): si el príncipe halla algunos "omnes que se quierant emendar que aya mercet dellos" (Tit. I, Lib. XII), castiga la recaída en determinados delitos: "Si alguna muier libre es puta en la cibdad publicamente... devela prender el señor de la cibdad e mandel dar CCC azotes delante el pueblo, é despues dexenla por tal pleyto, que nunca mas la fallen en tales cosas. E si despues la conocieren que hy torna, denle CCC azotes é denla por sierva a algun mesquino, é nunca mas entre en aquella cibdad" (L. XVII, T. V. Libro III). "E porque estos atales agoradores son aborridos de Dios, por ende establecemos en esta Ley especialmiente que todo ombre que es agorador o que se guia por agoros o adivinancias reciba C azotes. E si despues tornare en ello, pierda toda buena testimonia e reciba otros C azotes" (L. III. II Libro IV). Para reconocer a ciertos malhechores dispone: "...e sea sennalado laydamiente por desondra desi por todos tiempos" (Ley V. T. IV, lib. VI).

En el Fuero Real de España se lee: "...e si no hubiere de que lo pechar, pierda lo que hubiere y cortenle las orejas; y esto sea por el primer furto; e si furta otra vez muera por ello (Libro IV, T. V, Ley VI).

En el ordenamiento de Tafurerías se castiga a los que descreen (blasfeman) con penas cada vez más graves según se trate de la primera, segunda o tercera vez que descreen (Ley I), e igualmente con penas aumentadas según el número de recaídas, se sanciona a los que juegan con dados de engaño (Ley II).

El Ordenamiento de Alcalá penaliza la usura con la pérdida de todo lo que se diere a préstamo más otro tanto igual a la cuantía del préstamo "et si después que alguno fuere condepnado en esta pena, fuere fallado que dio otra vez a logro, que pierda la meytad de sus vienes que oviere... et si después que fuere condepnado en esta segunda pena, fuere

(14) V. Códigos antiguos de España (desde el Fuero Juzgo hasta la Novísima Recopilación) de Martínez Alcubilla, Madrid, 1885. Breves notas históricas de la reincidencia en España se hallan en Puig Peña, Derecho penal, p. general, T. II., Barcelona, 1959, p. 175; Ferrer Sama, Comentarios..., cit. T. I., p. 414 ss.; Jiménez de Asua y Antón Oneca, Derecho penal, Madrid, 1929, p. 410 ss.

fallado que dió otra vez a logro, que pierda todos sus bienes" (Tit. XXIII, L. I. Esta misma disposición se recoge después en la Novísima Recopilación, L. XII, T. XXII, L. II).

El Fuero de Navarra hace especial referencia a los "Fures famosos" (ladrones que cometían el tercer hurto).

Las Partidas afirman que "por razon del furto no deben los juzgadores matar ni cortar miembro alguno". Sólo en ciertos casos, como cuando se trate de "ladron conocido que manifestamente tubiesse caminos", debe aplicarse la pena de muerte (L. XVIII, T. XIV, Partida 7.^a); y respecto a los que furtan bestias o ganados "...si fuere ome que lo aya usado de facer deve morir por ende. Mas si no lo avia usado de facer... no lo deven matar" (L. XIX, T. XIV, Partida 7.^a).

La Novísima Recopilación contiene abundantes disposiciones, alguna de ellas ya transcrita, sobre la reincidencia. Especialmente se castiga ésta en los delitos siguientes:

—Descreos o despechos de Dios o de la Virgen (blasfemias): disposición de Don Fernando y Doña Isabel "so pena la primera vez que sea preso y esté en prisiones un mes, y la segunda que sea desterrado del lugar donde viviere por seis meses, y más que pague mil maravedis ...y por la tercera vez que lo enclaven la lengua, salvo si fuese escudero u persona de mayor condición, que la pena sea destierros y de dineros doblada que por la segunda (Lib. XII, T. V., Ley IV). Disposición de Felipe II, que establece para la tercera reincidencia en este delito, además de la dicha pena de enclavar la lengua, la de seis años de galeras (lib. XII, T. V., Ley VII).

—Juramento del Santo Nombre de Dios en vano: disposición de Felipe IV: "por la primera vez incurra en la pena de diez días de carcel y veinte mil maravedis, y por la segunda treinta días de cárcel y cuarenta mil maravedis, y por la tercera, además de dichas penas, cuatro años de destierro de la ciudad, villa o lugar donde viviere y cinco leguas..." (lib. XII, T. V., L. VIII).

—Incumplimiento de la condena a la pena de destierro en determinados delitos: "y si aquel o aquellos que fueren desterrados, en cualquier manera de las que dichas son, entraren en nuestro señorío antes del dicho tiempo sin nuestro mandato, que les sea doblado el destierro, y si porfiare la tercera vez que le maten por ello" (Lib. XII, T. X, l. V, que recoge la Ley XIV, T. XX del Ordenamiento de Alcalá).

—Concurrencia a parcialidades y bandos de la ciudad por parte de los doctores y estudiantes de Salamanca, si fuere persona asalariada: disposición de Enrique IV, "por la primera vez que sea suspenso por ese mismo hecho por un año, y por la segunda vez sea suspenso por tres

años, y por la tercera vez que sea perpetuamente privado del salario” (Lib. XII, T. XII, L. IV).

—Hurtos: disposición de Don Carlos I y Doña Juana: “que los traigan a la vergüenza y que sirvan cuatro años en nuestras galeras por la primera vez... y por la segunda le den cien azotes y sirva perpetuamente en las dichas galeras; y si fuere el hurto en nuestra Corte, por la primera vez le sean dados cien azotes y sirvan ocho años en las dichas nuestras galeras;... y por la segunda vez le sean dados doscientos azotes y sirva perpetuamente en las dichas galeras” (Lib. XII, T. XIV, L. I). Disposición de Felipe II que agrava las penas anteriores y las extiende a encubridores, receptadores y partícipes (Lib. XII, T. XIV, L. II). Disposición de Felipe II ordenando que al reo de hurto, además de la pena correspondiente, le marque “el verdugo las espaldas con un hierro ardiendo, hecho en la figura de una L, para que, si después volviese a incurrir en igual detestable delito, tuviese hecha ya la prueba de haberle cometido antecedentemente”; y que “las penas de los hurtos simples sean arbitrarias, según y como la Sala regularé la cualidad del hurto, teniendo presente para ello la repetición o reincidencia, el valor de lo que se regularé del robo, la cualidad de la persona a quien se robó y la del delincuente...” (Lib. XII, T. XIV, L. VI). Disposición de Carlos III: “que el hurto de ganados, aun siendo el primero y sin violencia, tenga la pena de doscientos azotes y seis años de arsenales, aumentándose en la reincidencia hasta la ordinaria de horca por la tercera vez” (Lib. XII, T. XV, L. XI).

—Disposición de Don Fernando y Doña Isabel ordenando a los egipcianos que vaguen sus reinos que tomen oficio conocido o salgan de ellos dentro de los sesenta días, pasados los cuales si fueran hallados sin oficio o sin señores “que den a cada uno cien azotes por la primera vez, y los destierren perpetuamente destos Reynos; y por la segunda vez que le corten las orejas y estén sesenta días en la cadena, y los tornen a desterrar; y por la tercera vez, que sean captivos de los que los tomaren por toda su vida” (Lib. XII, T. XVI, L. I; véase también Ley V).

—Disposición de Carlos III sancionando a los receptadores y auxiliares de delinquentes, además de las penas que les correspondan, a las multas de doscientos ducados la primera vez, doble por la segunda y hasta mil por la tercera, con las sustitutivas, si no pudieran pagar las multas, de tres, seis, seis y diez años de presidio respectivamente (Lib. XII, T. XVIII, L. VIII).

—Disposiciones de Felipe II, Felipe IV, Fernando VI y Carlos III, castigando la reincidencia en el uso de ciertas armas prohibidas (Lib. XII, T. XIX, Ls. III, VII, XVII y XIX).

—Prohibición de la usura y castigo para la reincidencia recogida del Ordenamiento de Alcalá, ya transcrita.

—Pena para los jugadores de juegos prohibidos: disposición de Juan I: por la primera vez seiscientos maravedis, por la segunda mil doscientos, por la tercera mil ochocientos, y de ahí en adelante por cada vez tres mil maravedis (Lib. XII, T. XXIII, L. I); penas aumentadas por Felipe II (Ley XII) y por Carlos III en caso de reincidencia (Ley XV). En la Ley XVIII (Carlos III) se castiga la reincidencia para los que establecen loterías extranjeras en España.

—Disposición de Carlos IV: a los que profieran palabras obscenas y torpes en sitios públicos o ejecuten acciones de la misma clase “se les destinará por la primera vez a los trabajos de las obras públicas por un mes, siendo hombres, y por igual tiempo a San Fernando, siendo mujeres; doble pena por la segunda; y si por tercera vez reincidieren, se agravarán hasta imponerles la de vergüenza pública (Lib. XII, T. XXV, L. X).

—Disposición de Enrique IV castigando a los rufianes la primera vez con cien azotes, la segunda con destierro perpetuo y la tercera con pena de muerte. Disposición de Don Carlos, Doña Juana y Don Felipe aumentando las penas. Disposición de Felipe II, castigando la reincidencia de los maridos que consintiesen o indujesen la prostitución de su mujer (Lib. XII, T. XVII, Leyes I, II y III).

—Disposiciones de D. Carlos I y D.^a Juana desterrando a los vagabundos por un año la primera vez y perpetuamente la segunda. Penas aumentadas la primera vez a cuatro años de galeras y vergüenza pública, la segunda 8 años de galeras y cien azotes, y la tercera cien azotes y servicio perpetuo en galeras (Lib. XII, T. XXXI, Leyes III y IV).

—Disposiciones de Carlos IV castigando a los desertores de segunda vez indultados de la primera deserción con la pena de volver a servir en su propio regimiento todo el tiempo de su primer empeño, con dos años más de recargo; y a los desertores de tercera vez, indultados de la primera y segunda con diez años a presidio “por considerarse incorregible, ser gravoso a la Real Hacienda, e indigno de continuar en la honrosa carrera de las Armas que tantas veces ha abandonado (Suplemento de la Nov. Rec. Lib. XII, T. IX, L. II).

Los Códigos Penales españoles regulan, en general, la reincidencia. Para no prolongar excesivamente el resumen histórico, nos limitaremos a referir sus aspectos más importantes en relación al Código Penal actualmente en vigor al estudiar, a partir del capítulo segundo de esta obra, la regulación española positiva de la reincidencia.

III. IMPORTANCIA DE ESTE FENOMENO

Uno de los problemas más importantes entre los que la ciencia penal tiene planteados es el de la reincidencia. Es importante desde cualquier ángulo de visión: por su significado, por sus consecuencias, por la dificultad de su justificación y encuadramiento y, en una palabra, porque en tal institución se halla comprometido todo el saber penal (15). Concretamente en España, la cuestión presenta gran interés habida cuenta de la casi absoluta ausencia de trabajos dedicados al tema (16).

1.—En la teoría penal:

Entre Derecho penal y reincidencia existe una implicación mutua. Al construir un sistema penal verdaderamente científico no debe olvidarse en ningún momento el instituto que consideramos, pues de otro modo se arriesga la estabilidad del edificio penal tan fatigosamente montado. Es bien conocido el hecho de que la doctrina no ha conseguido aún fijar de modo concorde e indiscutible la naturaleza y posición sistemática de las instituciones fundamentales de nuestra disciplina; otro tanto ocurre, pero de modo acentuado, con la reincidencia. De tal suerte, a la intrínseca dificultad que el estudio de esta agravante representa (síntoma de la cual es ejemplo el gran número de teorías acerca de su esencia y fundamento), se une la arriesgada pero insoslayable necesidad de conocer y adoptar posición sobre todavía debatidos problemas referentes, entre otras cosas, a la culpabilidad, pena y medida de seguridad, sujeto activo, relaciones entre

(15) El estudio de la reincidencia «nos descubre dos vertientes: una teórica; otra práctica. La primera entraña, claro está, las dificultades propias de toda noción jurídico-penal, esto es, su modelación específica en cuanto a los elementos que la configuran. La segunda nos revela la escasa eficiencia de una política criminal, puesto que el reincidente proclama a los cuatro vientos la ineficacia, en la mayoría de los casos, de un vivo sistema de penas y medidas de seguridad»: Del Rosal, «Sobre reincidencia», en Comentarios a la doctrina penal del Tribunal Supremo, Valladolid, 1952, Cap. V, n.º 4.

(16) Aparte de la obligada referencia a esta agravante que se halla en todos los Tratados y Manuales, sólo conocemos en España la obra de Del Rosal que acabamos de citar en la nota anterior, comentario a la S. T. S. 19-XII-1947, en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1948, p. 159 a 182 y recogida después en esos Comentarios del año 1952. De este mismo autor, una ponencia para el I Congreso Hispano-Luso-Americano y Filipino penal y penitenciario sobre «El auxilio judicial y policial en el ambiente hispánico y especialmente la reincidencia internacional». La antigua obra de Armengol: «La reincidencia», Barcelona, 1873. Y, por anuncio de su publicación en Jiménez de Asua y Antón Oneca, Derecho penal, Madrid, 1929, p. 410 (nota), la obra de Mariano Benítez de Lugo «Ensayo sobre la reincidencia».

sujeto y acción, etc. En conclusión, la reincidencia, una vez conceptualada ontológica y teleológicamente, debe colocarse, encajarse más bien, en el lugar que le corresponde dentro de un sistema penal correcto, o corregido para dar armónica cabida a la circunstancia que estamos examinando. Y es que el estudio de la reincidencia casi podría traducirse por estudio de la parte general del Derecho penal.

La labor del jurista en esta materia no se agota, pues, con el examen, aclaración y ordenación de las normas positivas nacionales —que, sin duda, representarán la base y el límite de la investigación, ya que el intérprete puede, sí, criticar la regulación legal, pero no sustituirla por su propio convencimiento—, ni tampoco termina su tarea uniendo a ese trabajo exegético la debida indagación, a veces mediante criterios puramente lógicos, sobre la razón de ser de la institución y la correspondencia de esa razón de ser con los supremos valores de justicia, seguridad, utilidad, etc., sino que, además, por lo menos en lo que respecta a la reincidencia, se impone el examen del funcionamiento normativo y del encuadramiento sistemático de la misma dentro del Derecho penal.

Desde un plano más concreto, la mutua implicación aludida entre sistema penal y reincidencia se manifiesta:

a) En que toda elaboración penal de carácter general influye, y sus defectos y cualidades se reflejan claramente, en la configuración de la reincidencia. A este propósito dice Dell'Andro (17): “Debemos aquí recordar que las tentativas de construcción sistemática del instituto de la reincidencia se resienten un poco todas ellas de las imperfecciones de la ciencia penal del tiempo en el cual fueron propuestas”. Dígase en muestra de ello, que una ciencia penal que conceptúa la pena como retribución de un hecho objetivamente considerado, es decir, completamente desligado de su autor, para ser consecuente consigo misma ha de negar toda eficacia agravatoria a la reincidencia (véase más adelante la llamada “doctrina abolicionista”). Es evidente, pues, la directa influencia de la concepción penal profesada en la elaboración o definición de la reincidencia, y la necesidad de compatibilizar ésta con los principios penales aceptados. Pensemos, por ejemplo, en la “crítica posición de Manzini entre una ciencia penalística toda orientada en sentido netamente objetivo y la exigencia de estudiar a fondo el instituto de la reincidencia” (18).

b) De manera inversa, el estudio de la reincidencia puede motivar, y de hecho así ha ocurrido, notables cambios, novedades y progresos en

(17) Dell'Andro, «La recidiva nella teoria della norma penale», Palermo, 1950, p. 35.

(18) Dell'Andro, op. cit., p. 54. Sobre la posición de Manzini véanse sus obras «La recidiva...», cit., Trattato di diritto penale italiano, Vol. II, p. 692 ss. Torino, 1961.

las convicciones penales de autores y escuelas y, en definitiva, de la ciencia penal en su conjunto. Si bien es cierto, como expresa agudamente Del Rosal, que "en el dintel de nuestro tiempo se ha pretendido nada menos que tender un puente de enlace entre el delito y el delincuente sin perder ambos su distinta configuración metódica y sistemática" y que "de aquí que cada día gane más terreno el estudio del delincuente dentro del sistema penal" (19), no debe olvidarse que ha sido precisamente el problema de la reincidencia, junto al de los menores y al de los semienfermos de mente, el que indujo a los seguidores de la primitiva escuela clásica a abandonar sus tradicionales esquemas objetivos y a emprender, finalmente, el estudio de la personalidad del reo (20). Prueba de ello son las palabras de un autor tan lejano al positivismo como es Bettiol: "Se debe indudablemente reconocer que los primeros estudios sobre la personalidad del delincuente han emprendido camino del examen de los problemas que la reincidencia presentaba al estudioso, al juez, al legislador y al político, los cuales, en un determinado momento, tuvieron que conocer una serie de cuestiones que tardaban en venir a la superficie, si bien emergían como otros tantos periscopios en el gran mar de la indagación penal" (21).

La reincidencia, en fin, es un centro vital de la ciencia penalística que refleja y en la que se reflejan las oscilaciones y vaivenes de las ideas penales básicas y, como tales, informadoras de todo el sistema. Considérese, sin ir más lejos, el papel de la reincidencia en el flujo y reflujo de la ciencia penal entre los dos extremos representados por el hecho punible y el delincuente.

2.—En el terreno práctico:

También en el terreno práctico tiene la reincidencia enorme importancia, y no ya sólo por la frecuencia con que aparece (22) en todas par-

(19) Del Rosal, *Comentarios...*, cit., p. 104.

(20) Gianniti, «I reati...», cit., p. 47.

(21) Bettiol, «Colpa morale e personalità», en *Scuola Positiva*, 1955, p. 279.

(22) Decia Matteotti, «La recidiva», Torino, 1910, p. 60, 61: «Una mitad o casi de los delitos que se cometen son de reincidentes». Para comprobar la vigencia de esta afirmación actualmente en nuestro país, basta echar una ojeada a las Memorias de la Dirección General de Prisiones de los años 1964 y 1966, pp. 20 y 17, respectivamente. Los porcentajes allí reflejados, por este orden, son los siguientes: Año 1963: Hombres: 6.104) primarios= 33'44 %; reincidentes= 30'14 %; reiterantes= 10'14 %; multirreincidentes= 26'28 %; mujeres: (343): 55'98 %; 20'72 %; 5'25 %; 18'05 %. Año 1964: Hombres (5.335): 30'04 %; 32'13 %; 9'45 %; 24'38 %; mujeres (281): 61'21 %; 23'49 %; 3'20 %; 12'10 %. Año 1965: hombres (4.723): 33'73 %; 30'93 %; 9'63 %; 25'71 %; mujeres (236): 63'14 %; 20'76 %; 1'69 %; 14'41 %. Año 1966: hombres (5.147): 36'57 %; 31'30 %; 9'17 %; 22'96 %; mujeres (260): 62'31 %; 24'62 %; 2'69 %; 10'38 %.

tes (23), sino también por las trascendentales consecuencias que derivan de ella, por un lado, para el reincidente mismo, que ve agravada su sanción y pierde la posibilidad de acogerse a ciertos beneficios penales, y por otro, por su ínsita significación de fracaso de la ciencia penal y de la pena —si ésta, aun concebida como retribución; ha de cumplir funciones de carácter preventivo—; aparte de que la reincidencia es la base formal, en algunos ordenamientos, la habitualidad y profesionalidad delictivas.

Si la ciencia penal, en su más amplio sentido, tiene como finalidad no sólo la terapéutica sino también la profilaxis criminal, y si las normas penales tienden, entre otras cosas, a impedir, mediante la amenaza de la pena, la comisión de determinados hechos ilícitos, y mediante la inflicción y aplicación de la pena, la repetición de tales hechos (24), frente al fenómeno de la reincidencia hay que reconocer que dichas normas han fracasado en ese aspecto (25).

El reincidente, como se viene diciendo desde hace tiempo, muestra con su conducta el desprecio hacia la Ley y hacia el Magistrado, lo que, en algún caso concreto, bien puede significar una disposición congénita o adquirida hacia el crimen. Pero ni aun aceptando como principio general esa apreciación, cabe desvirtuar el hecho de que la reincidencia manifiesta, además, el fracaso parcial del sistema penitenciario y la insuficiencia o inadecuación del tratamiento penal anteriormente impuesto.

La lucha contra la reincidencia contiene una amplia gama de problemas cuya solución no siempre compete al jurista. Antes al contrario, el Derecho penal, para poder alcanzar sus propios fines, a menudo tiene que ir a remolque de otras ciencias, sobre todo criminológicas, cuyos resulta-

De estas cifras claramente se deduce que de los reclusos españoles un tercio aproximadamente son delincuentes primarios, otro tercio, reincidentes, y del tercio restante la mayoría está constituida por multirreincidentes y la minoría por los reiterantes.

(23) Por ejemplo, en Italia, Alimena (op. cit. p. 567), afirmaba: «La reincidencia es sin duda uno de los más grandes y terroríficos fenómenos que cotidianamente se desarrollan ante nuestros ojos». En Francia, Bouzat denuncia: «Su aumento constituye un problema angustioso para criminalistas y legisladores desde la segunda mitad del s. XIX». Bouzat-Pinatel, *Traité de Droit penal et de criminología*, T. I. (Bouzat), París, 1963, p. 527. Véase también Cannat: «Nos frères les recidives» París (sin fecha). En España, Cuello Calón (*Derecho penal*, Barcelona, 1964, T. I., p. 573 ss.), dice: «Su valoración y tratamiento es hoy uno de los problemas más graves entre los planteados en el derecho penal moderno. El continuo aumento de la reincidencia y de la criminalidad profesional que se indica en todas partes, dan cada día mayor interés a tal cuestión».

(24) Véase epígrafe 2.º del Cap. VIII de esta obra. Añadimos: Vassalli, en el aspecto teórico, asigna a la pena las siguientes funciones: 1: Reafirmación del derecho objetivo violado; 2: Prevención general; 3: Prevención especial («Funzioni e insufficienze della pena», en *Rivista di diritto e procedura penale*, 1961, p. 297 ss.).

(25) Sobre el argumento, véase Pisapia, «Riflessioni in tema di recidiva», en *Rivista italiana de diritto e procedura penale*, 1961, p. 969, aunque en términos generales no compartimos la opinión de este autor.

dos, muchas veces imperfectos, le sirven de base y presupuesto para la creación, aplicación y eficacia de sus normas (26). En este amplio epígrafe de "lucha contra la reincidencia" no sólo se comprende el examen de sus causas (27) individuales y sociales, ambientales y psicológicas, cuyo estudio pertenece preferentemente a la criminología, sino, además, al de su tratamiento adecuado, aspecto político-criminal del tema (28). Dicho tratamiento o elección de los medios adecuados para evitar o reprimir la reincidencia y, en su caso, la multirreincidencia, habrá de apoyarse en uno u otro de los instrumentos con que el Derecho penal cuenta: pena y medida de seguridad —aparte de su respectivo escogimiento y aplicación correcta—, esto es, tratamiento represivo, preventivo o mixto. La importancia de tal elección es indudable, puesto que el empleo inadecuado de medios de lucha contra la reincidencia significará probables recaídas futuras del sujeto, y el peligro, por tanto, de que éste se convierta en delincuente habitual o profesional, con los efectos subsiguientes que puedan derivarse para la sociedad misma.

Así pues, el aumento y multiplicación de la reincidencia, dejando a un lado las causas sociales y psicológicas, tendenciales u ocasionales, cuya importancia no desconocemos, está en íntima relación y pronunciada dependencia del inadecuado tratamiento penal aplicado al delincuente primario y al reincidente. Mientras que, a su vez, dicho tratamiento no es más que el efecto o consecuencia, salvo derivaciones ilógicas, de la esencia, fundamento y naturaleza que a la reincidencia se atribuyan.

También en el apasionante problema de la reincidencia, piedra de toque de todo el derecho penal, los estudios teóricos y las consecuencias prácticas vienen indisolublemente unidos.

(26) V., entre otros, Ranieri, «Manuale...», cit., p. 14; Id. «Il diritto penale e le altre scienze giuridiche e criminologiche», en Scuola Positiva, 1947, p. 362.

(27) Los penalistas más antiguos prestaban gran interés a esta cuestión, que hoy debe entenderse como objeto de disciplinas distintas al derecho penal. En España, Armengol (op. cit., p. 33 ss.), señala como tales: el estado de nuestros presidios, la frecuencia en la concesión de gracias, indultos, etc., la ignorancia, la repulsa social hacia el salido de la cárcel y la influencia en ésta de los más perversos. Manzini dedica casi cien páginas de su voluminosa obra sobre la reincidencia al estudio de sus causas (examina: edad, sexo, instrucción, herencia, anormalidad, profesión, estado civil, pertenencia a la población agrícola o urbana, factores económicos, tratamiento penal, cárceles, gracias e indultos, etc.). La atribución al ambiente social de las causas de la reincidencia ha sido incluso argumento para luchar contra su eficacia agravatoria porque —se dice— la sociedad, al castigar al reincidente, no hace más que castigar en él sus propias culpas: v. Orano: «La recidiva nei reati», Roma, 1883.

(28) Véase sobre el tema el epígr. 8, Cap. VI de esta obra.

CAPITULO I

SUMARIO:

I: Criterios de clasificación. — II: Teorías que hacen gravitar la reincidencia sobre el primer delito cometido por el reincidente: 1. La doctrina abolicionista; 2. Teoría de la insuficiencia relativa de la pena impuesta al primer delito. — III: Teorías que justifican la reincidencia en razón del sujeto: 1. Teoría de la menor responsabilidad del reincidente; 2. Teoría que considera la reincidencia como índice de mayor peligrosidad; 3. Teoría de la aumentada imputabilidad del reincidente; 4. Teoría de la mayor capacidad delictiva del reincidente; 5. El Neoabolicismo. — IV: Teorías que justifican la reincidencia sobre el segundo delito del reincidente: 1. Teoría de la mayor alarma social; 2. Teoría de la lesión de un bien diverso o de la lesión más profunda del mismo bien jurídico; 3. Teorías que fundamentan la reincidencia en la culpabilidad: a) Teoría de la culpabilidad típica especial. b) Teoría de la culpabilidad aumentada. — V: Conclusión crítica.

Según vimos, el “hecho” de la reincidencia ha sido general y constantemente considerado por el Derecho como un acontecimiento en sí mismo capaz de fundamentar una consecuencia jurídica: el aumento de pena para el reincidente. Sin duda este particular tratamiento reservado a dichos delincuentes en todas las legislaciones nace, y perdura aun hoy, como reflejo de una necesidad de justicia intuitivamente sentida por los pueblos y, en especial, por sus legisladores. Pero no basta constatar que el aumento de pena que ocasiona, por disposición legal, la reincidencia, se *siente* justo, sino que se precisa una ulterior penetración para encontrar su auténtico fundamento lógico-jurídico: por qué es justo. La respuesta no resulta, ni mucho menos, fácil o carente de importancia, como nos demuestra el interés permanente de la doctrina, la multiplicidad de soluciones propuestas y la subsistencia hasta nuestros días de controversia científica al respecto. Tan es así, que el número de teorías sobre el tema obliga, por una parte a reducir nuestro examen a las especialmente significadas, en cada una de las cuales podrían encajarse, con más o menos facilidad, infinidad de pos-

turas particulares de autores concretos; y por otra, pese a ello, establecer criterios clasificatorios adecuados.

Aunque el estudio de la razón de ser de este instituto y de su eficacia agravatoria no corresponde únicamente, ni siquiera primariamente, al Derecho Penal, el cual debería partir para su regulación de la base segura que sobre ello le proporcionarán otras ciencias relativas al hombre como ser individual y social, la realidad es que son los investigadores de esta disciplina quienes con mayor atención han considerado el problema, que puede formularse, en términos generales, con la siguiente pregunta: ¿Por qué la reincidencia produce una agravación sancionatoria cuando otras figuras que presentan con ella gran afinidad, por consistir también en hipótesis de pluralidad de delitos cometidos por un mismo sujeto, reciben tratamiento penal favorable al reo? Se trata, en definitiva, de precisar la justificación, si la hay, de su existencia jurídica y las raíces —justicia, seguridad, utilidad, etc.— en las que descansa dicha existencia. Ello aportará después valiosísimos criterios para determinar el lugar sistemático, el funcionamiento normativo y la misma eficacia práctica que debe poseer la reincidencia.

I. CRITERIOS DE CLASIFICACION

Como hemos indicado, el problema que se analiza ha recibido numerosas soluciones, las cuales normalmente derivan de la posición dogmática de sus creadores respectivos y son imagen fiel de las ideas penales imperantes en el momento histórico en que se propusieron. Su mismo número impone realizar una clasificación que las comprenda, de modo ordenado y lógico, a todas ellas. De principio rechazamos la postura tradicional que distinguía los criterios en objetivo (mayor intensidad de culpabilidad) y subjetivo (particular cualificación de la persona autora del delito), postura incompleta y quizá confusa; y la que más recientemente sostiene Dell'Andro, quien habla de un criterio personal (cualificación de la personalidad), un criterio subjetivo (mayor culpabilidad) y un criterio objetivo (agravio del momento objetivo del delito) (1), de mayor exactitud pero susceptible de inducir a equívocos precisamente por su similitud con la tradicional; y utilizamos, en cambio, dos criterios que nos permitimos proponer y que, conjuntamente, facilitarán una clara y completa exposición de la materia.

(1) Dell'Andro, «La recidiva nella teoria della norma penale», Palermo, 1950. p. 42.

El primero de ellos se basa en una consideración de la eficacia que, según cada doctrina, debe concederse a la reincidencia. En tal sentido puede distinguirse entre:

—Teorías negativas. Este grupo comprende todas aquellas posturas que rechazan la virtualidad agravatoria del instituto y aquellas otras que lo consideran como causa atenuante o eximente de la responsabilidad.

—Teorías relativas. La relatividad consiste en asignar a la reincidencia un juego limitado, ya sea porque sólo se le reconoce valor respecto a determinadas figuras delictivas o sólo cuando los varios delitos cometidos por el reincidente resulten de una misma índole, bien sea porque se deja a la libre discrecionalidad del juez la apreciación o no de la agravante (1 bis). No siendo en realidad auténticas teorías sobre el fundamento de la reincidencia, serán estudiadas más atrás. Al exponer las teorías se emplea el término "relativo" en otro sentido: así, la teoría de Carrara es relativa porque da validez a la reincidencia, pero a condición de modificar su concepto; las teorías de la menor responsabilidad del reincidente son relativas porque no niegan eficacia a la reincidencia, sino que se la conceden en sentido atenuatorio.

—Teorías positivas. Son mayoría los penalistas que ven en la reincidencia una causa agravatoria de la pena, pudiendo realizarse aquí ulteriores distinciones.

Naturalmente este punto de vista toma en cuenta, más que el fundamento de la reincidencia, la consecuencia práctica que se deduce de ella, por lo que resultaría insuficiente, sobre todo para estudiar las teorías positivas, que son numerosas y variadas, si no se completara con el otro criterio aludido, el cual, de un modo mucho más profundo y exacto, distingue las doctrinas en base al elemento —primer delito, sujeto, segundo delito— sobre el que se hace descansar la reincidencia, según ésta incida...

—sobre el primer delito cometido por el reincidente, o sobre un efecto suyo: abolicionistas y teoría de la eficacia relativa de la pena.

—sobre el sujeto: teorías de la aumentada imputabilidad, de la especial peligrosidad y de la mayor capacidad para delinquir del reincidente, la teoría que considera la reincidencia como causa de atenuación o exención de la pena, y el neoabolicionismo, que pretende sustituir el concepto de reincidencia por el de habitualidad.

(1 bis) No es del todo errónea la opinión que considera la reincidencia como una presunción desfavorable que puede venir destruida por prueba en contrario. Así piensan, según Manzini (*La recidiva*, cit., p. 427 y ss.), Haus, Berner, Geyer, Wahlberg, Raffaelli, Pessina, etc.; y que sólo haya reincidentes cuando los delitos sean de la misma índole: Sacker.

—sobre la segunda infracción del reincidente: teorías de Manzini, de la mayor alarma social y de la mayor culpabilidad. (2).

II. TEORIAS QUE HACEN GRAVITAR LA REINCIDENCIA SOBRE EL PRIMER DELITO COMETIDO POR EL REINCIDENTE

Es justamente en estas teorías donde de un modo más nítido resalta la estrecha relación entre situación penal y reincidencia, ya que la relevancia y, en su caso, la justificación que a ésta atribuyen deriva directamente de la posición dogmática de sus respectivos sostenedores. Tanto las posturas abolicionistas como la de Carrara nacen en un momento histórico en el que se impone con poder absoluto una ciencia penal completamente orientada en sentido objetivo. Los razonamientos entonces en boga son recordados con exactitud por Matteotti: "Ha sido violado, ha sido negado el derecho: una fuerza igual y contraria al delito, la pena, restablece, reafirma el derecho; delito y pena son dos abstracciones que la justicia humana trata de igualar; éstos se consideran en sí, en su objetividad, fuera y más allá de la persona agente y para castigarla; por ello, el delito es siempre igual a sí mismo cualquiera que sea su autor" (3). El delito es un suceso fundado en el libre arbitrio de la voluntad que lesiona el orden jurídico; la pena, justa retribución de aquel hecho completamente separado de su autor; reafirma "dejándola como nueva", la normatividad transgredida. El delito merece la pena que la ley le señala y que no puede variar porque lo cometa una u otra persona, salvo que en el mismo tipo penal así se prevea. Por tanto, el aumento de pena motivado por un hecho precedente, sólo a tal hecho puede referirse aunque éste haya sido "anulado".

I.—Teoría abolicionista (teoría negativa absoluta) (4).

Siendo el delito un acontecimiento objetivo desvinculado de su autor, era muy difícil admitir una relación entre dos "hechos" así concebidos. La reincidencia, comisión de un delito por parte del precedentemente

(2) La clasificación propuesta en absoluto contradice la sistemática empleada al estudiar el encuadramiento de la reincidencia, en donde se examinan, en relación a ésta, los elementos básicos del Derecho Penal, o sea, sujeto, delito y pena.

(3) Matteotti, «La recidiva». Torino, 1910, p. 235.

(4) Según Dell'Andro, pueden considerarse abolicionistas: Buccellati, Gesterting, Merkel, Giuliani, Pagano, Carminiani, Alauzat, Tissot, Mittermaier, Orano, Köstlin; a ellos hay que añadir: Carnot, Nipels, Haus, Ambrosoli y Simonet, citado por Armengol (La reincidencia, Barcelona, 1873, p. 76) y, en España es-

condenado por otra infracción penal, tiene como elemento unitario al sujeto de la misma. Si los delitos se separan de su autor y la pena es retribución del delito, no retribución del delincuente por su delito, un razonamiento lógico debía llevar fatalmente a negar cualquier eficacia agravatoria a la reincidencia. "La resistencia que algunos seguidores de la Escuela Clásica opusieron a admitir que la reincidencia pudiera ser motivo de agravación de la pena es ciertamente índice elocuente de la actitud mental de tales clásicos; y han de reconocer que se trataba de una postura coherente en cuanto en cada delito el sujeto se encuentra frente a una nueva violación, en la cual el abuso de la libertad de elección debe ser valorado en sí mismo, con independencia de las precedentes violaciones" (5).

Con la pena el hecho queda retribuido y satisfecha la deuda con la sociedad. Tomar de nuevo en consideración el "hecho" ya expiado, como ocurre en la institución que examinamos, alteraría la medida de la retribución y sería contrario al principio "ne bis in idem", en cuanto el delito precedente ya castigado, ya inexistente porque la fuerza de la pena lo anuló "se tomaría nuevamente en consideración al fin de aportar un injustificado aumento de pena y otras consecuencias jurídicas para un sucesivo comportamiento criminal efecto de una diversa autónoma violación" (6). Admitir la reincidencia significa castigar no el hecho, sino el hombre en cuanto tal; significa, esto es, abandonar el campo del derecho penal para invadir el de la moral.

pecialmente Groizard: «El Código Penal de 1870», Madrid, 1902, p. 494 y ss. En la página 498 afirma: «El cumplimiento de la pena es la cicatrización de la herida abierta en el cuerpo social; es el restablecimiento del orden jurídico perturbado por la acción criminal; es la deuda pagada por el delincuente a satisfacción de la Ley. Ahora bien, una de dos cosas, o el aumento de pena para el reincidente nace del primer delito, en cuyo caso se le exige pague lo que ya tiene solventado... o surge del delito actual, en cuyo caso la justicia, los principios y la razón protestarán siempre de que influya en la penalidad una entidad que no es elemento concomitante, esencial o accidental del delito actual. Así, dos principios cardinales, la regla non bis in idem y el canon fundamental del derecho penal de que la pena sólo se regula y mide por las acciones u omisiones voluntarias consumadas en defensa de las leyes, oponen insuperable barrera a hacer de la reincidencia una teoría científica». Manzini, en fin, distingue tres grupos de abolicionistas: 1.º Los que la consideran un bis in idem —Carnot, Gesterding, Carminiani, Giuliani y Pagano—; 2.º Los que consideran a la sociedad culpable de ella —Alauzet, Tissot, Mittermaier, Köstlin, Merkel—; 3.º Los que estiman que la finalidad, que la agravación de pena por reincidencia persigue, se puede conseguir por otros medios —Brauer, Stemann—. Orano, por último, recoge todos estos argumentos y añade otros no menos empíricos: que la 2.ª pena es más fuertemente sentida que la 1.ª, porque los reincidentes son más viejos, que éstos suelen ser enfermos mentales, etc. (Manzini, La recidiva, cit. parte III, libro I, cap. I, p. 414 ss.).

(5) Grispigni: «La personalità e il valore sintomatico del reato», en «La Scuola Positiva», 1955, p. 264.

(6) Gianniti, «I reati della stessa indole», Milán, 1959, p. 143, nota.

A estos argumentos se añaden otros de naturaleza empírica y, por tanto, de escaso valor científico. Se dice que la sociedad es la verdadera causante de la recaída, pues manteniendo sus cárceles en mal estado hace de ellas verdaderos focos de perversión; negando oportunidades al que acaba de cumplir su condena casi le obliga a recaer en el delito como único medio de procurarse la subsistencia, etc. La sociedad, al castigar al reincidente no hace otra cosa que castigar sus propias culpas (7).

Crítica: Las críticas contra esta teoría han sido abundantes (8) y no siempre exactas (9), aunque en paridad, las objeciones no deben dirigirse contra la teoría en sí, que es perfectamente lógica con los presupuestos de los que parte, sino, precisamente, contra tales presupuestos doctrinales.

“La retribución, para los abolicionistas, es una abstracta proporción entre un delito siempre igual a sí mismo, esto es, entre la objetividad del delito, y una pena... proporcionada a aquella objetividad típica”; es decir, “una primitiva, pálida idea de la retribución”, “una parcial negación de la verdadera idea retributiva” (10), pues se olvida completamente al autor de aquella acción. El hecho y su autor no se pueden separar de un modo tajante. La pena, si se considera mera retribución, jamás podría ser retribución de un delito, sino retribución de una persona por haber cometido un delito. “En la misma esfera de la represión stricto sensu, no es propiamente el hecho lo que debe ser castigado, sino la persona, la la cual se juzga precisamente en relación al hecho, se juzga, en otros términos, por aquello que ha cometido y por aquello que es” (11). El delincuente tiene siempre una historia, de la cual no se puede prescindir, sobre todo en la parte que se refleje o influya directamente en su acción, al valorar la acción misma. El ya reo, en especial, tiene una “historial penal” lo cual permite al legislador establecer la norma que regula la reincidencia.

(7) V. entre otros, Orano, «La recidiva nei reati», Roma, 1883; Porto, «Sulla recidiva», en «Appunti al nuovo Codice Penale», Torino, 1890, p. 212.

(8) Puglia, «Della recidiva», en Enciclopedia di Diritto Penale italiano, de Pessina, Milán, 1904, vol. V., p. 707, ya en 1904, recoge las siguientes: 1) que la reincidencia no va contra el «non bis in ídem» porque al reincidente no se le piden cuentas del primer delito, sino por los otros, que revelan su depravación moral y su peligrosidad (Rossi); 2) que la reincidencia demuestra la insuficiencia de la pena ordinaria para aquel sujeto (Carrara); 3) que la perseverancia en delinquir acrecienta no sólo la fuerza moral subjetiva, sino también la fuerza moral objetiva, porque las repetidas infracciones disminuyen la fe en la seguridad general y dejan presumir que el nuevo delito no será el último (Carrara, Manzini); 4) que al agravar la pena por reincidencia no se va más allá del campo del derecho, porque la agravante es el complemento necesario para igualar los derechos de los culpables (Brusa); 5) que no porque sea una parte de la cultura del poder estatal es menor la necesidad de defensa contra los reincidentes (Impallomeni).

(9) V. por ejemplo, las críticas de Dell'Andro, op. cit., p. 29 ss., a las consideraciones de Manzini contra los abolicionistas.

(10) Dell'Andro, op. cit., p. 23 y 34.

(11) Ianniti Piramallo, «Corso di Diritto Criminale», Roma, 1932, p. 254.

Los abolicionistas, partiendo de un presupuesto dogmático erróneo, llegan a una conclusión inexacta: atribuir el juego de la reincidencia al primer delito cometido por el reincidente, el cual, dada su idea de la retribución, ha sido ya completamente borrado por el contrapeso de una adecuada pena, también agotada al restablecer el orden jurídico violado, incurriéndose en un *bis in idem*. Ciertamente que el viejo delito se toma en cuenta indirectamente a través de la condena, pero no para castigarlo de nuevo sino para servir de base a una nueva previsión legislativa en relación a la gravedad de un acontecimiento futuro e incierto, cual es la comisión por el ya reo de otra infracción sólo en cuyo momento podrá hablarse de reincidencia (12).

Si al considerar la reincidencia como un *bis in idem* los abolicionistas se refieren —como piensa Latagliata— a que el aumento de pena que produce “implica un nuevo juicio sobre un hecho ya examinado” y un “reexamen de la cosa juzgada”, lo que mucho dudamos, la respuesta es fácil y nos la ofrece este mismo penalista: “El juez al examinar el nuevo delito cometido por el reincidente no controla en absoluto si la precedente sentencia de condena ha sido justa ni si la pena impuesta ha sido suficiente...; la función de certeza legal que es propia de la cosa juzgada penal, de donde deriva la regla del *ne bis in idem*, no es, por tanto, contradicha; antes bien, la autoridad de la precedente cosa juzgada viene más que nunca puesta de relieve” (13). Y, en efecto, se reconoce a la sentencia irrevocable de condena tal fuerza que impide toda discusión sobre los hechos que formaron su objeto, y, aún más, se la toma como elemento constitutivo de un tipo penal.

La doctrina que estudiamos, ligada a una particular concepción del delito, es clara y fácilmente rechazable una vez abandonado su presupuesto ideológico, hoy superado por la evolución del pensamiento penal (14).

(12) Se ha dicho, con más o menos exactitud expresiva, que «no se trata de poner a cargo de un individuo un mismo delito varias veces, sino de ver si tal individuo, a causa de la reincidencia, revela una índole tal que merezca un tratamiento especial»: Alimena, *op. cit.*, p. 570; y que «sobre el reincidente no grava ya de ningún modo el delito precedente; éste no debe responder nuevamente» Impallomeni, «Il Codice penale illustrato», Florencia, 1890, V.I., p. 283; En sentido similar Rossi, *Trattato di Diritto Penale*, 1884, p. 252.

(13) Latagliata, *op. cit.*, p. 33-38.

(14) Es sintomático cómo Bettiol, «Culpa morale e personalità» en «La Scuola Positiva», 1955, p. 279, revela la modernidad en el Derecho Penal, del concepto de personalidad, noción desvinculada completamente del clasicismo, ya que éste consideraba la reincidencia como un *bis in idem*.

2.—*Teoría que justifica la reincidencia en la demostrada insuficiencia relativa de la pena impuesta al primer delito* (teoría positiva relativa; justificación exterior al hecho y al sujeto: en la pena).

También la apuntada teoría parte, como la anterior, de un derecho penal totalmente orientado en sentido objetivo (15) y basa la reincidencia en el primer delito cometido por el reincidente, o, más exactamente, en la consecuencia derivada de aquel delito, aunque en el fondo, pese al sentir contrario de sus mantenedores y a la ruptura con las ideas penales de éstos, se trata de una explicación de carácter subjetivo.

Carrara, creador de la doctrina (16), en el dilema de compatibilizar la eficacia agravatoria de la reincidencia, cuya justicia siente, con los cimientos objetivos de su construcción penal, encuentra la solución en el artificio de referir aquella eficacia a un elemento a su modo de ver extraño tanto al "hecho" como al sujeto. La reincidencia aumenta la pena "porque es precisamente en los caracteres intrínsecos de ésta donde se encuentra la verdadera y justa razón de castigar en más al reincidente. Las penas, señaladas por el legislador a cada delito, tienen la presunción de ser adecuadas a la necesidad de la represión. Pero cuando el mismo individuo vuelve a delinquir, entonces se tiene el fatal convencimiento de que la primera condena no ha producido el efecto saludable que esperaba el legislador. Ello significa no un vicio general de la pena, sino una deficiencia especial en su relación con aquel hombre... significa que en la pena ordinaria hay un defecto de gravedad relativa... Por tanto, a aquél que se muestra insensible a la pena ordinaria hay que infligirle una pena más fuerte" (17). Y todo ello, téngase en cuenta, negando por completo que la pena pueda tener una finalidad de corrección del culpable.

Como sus antecesores, Carrara incurre en el error de afirmar que "la reincidencia no se liga con el nuevo delito por ningún vínculo lógico o jurídico... la maldad del agente no puede hacerse entrar como elemento absoluto en los cálculos de la penalidad" (18), pero, a diferencia de ellos,

(15) Carrara, «Stato della dottrina sulla recidiva», in *Opuscoli di Diritto Criminale*, Prato 1885, V. II, p. 133, revela que «el fin de la pena es el restablecimiento del orden moral..., a la fuerza moral objetiva del delito es necesaria la reparación de la fuerza moral objetiva de la pena».

(16) A ella se adhieren según Dell'Andro, op. cit., p. 37; Bucerlati; Brusa; Sacker; Scheurlen; Vismara; Nypels; Nicolini y Paoli. Y según Manzini, «La recidiva...», cit., p. 435; Nicolini, Brusa, Canonico, Nypels, Paoli, Lagraverend y Ellero.

Ver también, por último, Gucciardi «Considerazioni sulla recidiva» en *Rivista penale*, II 1960, p. 504 ss., aunque reconoce la naturaleza personalista de esta justificación.

(17) Carrara, «Stato...», cit., p. 131.

(18) Carrara, «Stato...», cit., p. 130.

intenta desligar el aumento de pena debido a la reincidencia de la teoría del delito, cosa que no consigue, para encuadrarlo en la teoría del sujeto, cosa que no pretende: "el principio racional de este recargo se encuentra, por tanto, no en un aumento de la cantidad en el delito, sino únicamente en la demostrada insuficiencia relativa de la pena ordinaria" (19). Sin embargo, semejante razonamiento se apoya todo él sobre una modificación del concepto mismo de reincidencia, para cuya existencia Carrara exige no sólo la precedente condena, sino también la total expiación de la pena en ella impuesta. Así, puede decir que "quien delinque después de haber sido condenado muestra su desprecio por la Ley y su desprecio por el Magistrado... pero quien vuelve a delinquir después de haber sufrido los largos días de la pena que se le impuso, muestra el desprecio a la pena" (20). ¡No cabe una justificación que descansa más en el sujeto!

Crítica.—Muchas son las críticas que pueden hacerse a esta teoría (21), pero la principal deriva también del intento de justificar la reincidencia en el primer delito, aun cuando, como ha notado la doctrina (22), al tomar en cuenta la insensibilidad del sujeto respecto a la pena, el maestro de Pisa sigue ya, inconscientemente, un criterio personal.

A Carrara se le puede replicar que la primera pena fue insuficiente y

(19) Stato..., cit., p. 134.

(20) Stato..., cit., p. 137.

(21) Puglia, «Della recidiva», en Enciclopedia cit., p. 720 ss., recoge, ya en 1904, las siguientes: 1) que es una contradicción de principio deducir la insuficiencia de la pena del presupuesto de que ésta es normalmente suficiente para impedir la repetición de delitos (Conti, Impallomeni, Manzini); 2) que es imposible probar que la reincidencia demuestra que el delincuente es más insensible a la pena que los otros (Mossa); 3) que la presunción de insuficiencia de la primera pena es negada por los resultados de los modernos estudios sobre las causas de la reincidencia, que son prevalentemente sociales (Manzini); 4) que admitida la insuficiencia de la primera pena se debería limitar la noción de reincidencia a las recaídas después de la expiación de la pena precedente, lo cual sería contrario a la justicia (Civoli); 5) que la corregibilidad del delincuente no es más que una posibilidad, una esperanza del legislador no un hecho real ni un principio de razón (Impallomeni, Poletti); 6) que admitida la presunción de la insuficiencia de la pena como justificante de la agravación, no deberían existir límites en la aplicación de la pena no siendo posible una exacta determinación de ella para todos los reincidentes. Si se admite, como debe hacerse, que la reincidencia no se refiere al primer delito sino al segundo y que pertenece al Derecho penal represivo, resulta fundamental la crítica de Dell'Andro (op. cit., p. 37), según la cual en esta teoría se establece una extraña diversidad entre la entidad del delito y la entidad de la pena que precisamente Carrara intenta mantener como equivalentes. «Si aumenta la pena aumenta la gravedad del delito y al jurista coorresponde establecer por qué y cómo tal gravedad aumenta». Esa elevación de la pena es, por otra parte, el dato que motiva y fundamenta nuestro estudio. Ver también las abundantes críticas recogidas por Manzini, La recidiva, cit. p. 436. ss.

(22) Bettiol, «Diritto penale», Palermo, 1962, p. 529; Bellavista, «Il delinquente qualificato», Milán, 1947, p. 33; Dell'Andro, op. cit., p. 127, etc., reconocen la naturaleza subjetiva o personal del criterio carrariano.

fracasó la política penal precisamente porque su sistema olvida que la pena no puede adecuarse al delincuente si no mira al delincuente mismo. Si la pena es sólo restablecimiento del orden jurídico violado; si la maldad del agente no puede entrar en los cálculos de la penalidad, ¿cómo considerar después una cualidad del sujeto (su insensibilidad hacia la pena) para agravar la sanción? ¿Cómo pretender que la pena sea adecuada a una individualidad (requisito indispensable para que aquélla sea justa y eficaz; lo cual no significa anulación del sujeto para cometer delitos cualesquiera que sean las circunstancias de su vida posterior) cuando se olvida al individuo?

Pero aunque fuera aceptada la teoría de la eficacia relativa de la pena, habría también de admitirse lógicamente que la insensibilidad del sujeto hacia ella debe ser graduable, de modo que el tratamiento de cada reincidente sería diverso y, en consecuencia, libremente determinado en cada caso por la discrecionalidad del Juez en atención a la mayor o menor enmienda producida por la primera pena y la variable influencia de las circunstancias del mundo externo en la comisión del nuevo delito. Pero Carrara no sólo rechaza un juicio sobre la personalidad del sujeto, sino que además se muestra decidido partidario de la absoluta obligatoriedad de la reincidencia, porque ésta “no se funda sobre una presunción, sino sobre un hecho positivo, cuyo significado indudable es la insensibilidad de aquel hombre respecto a la primera pena” (23). El aumento de pena por reincidencia no es más que un aprovechar la oportunidad para corregir un error anteriormente padecido; pero la cuantía de ese error, ¿es siempre la misma?

Otros tratadistas pretenden o reforzar la teoría de Carrara mediante consideraciones empíricas (24) o completarla en su formulación. Así, Brusa piensa que el reincidente, con el segundo delito, demuestra haber sido castigado la primera vez menos de lo debido; la agravación no es por un hecho jurídico nuevo, sino la afirmación de un derecho preexistente; el aumento por reincidencia es la reparación a la ignorancia o la equivocación de la Ley hacia los reos, los cuales no pueden pretender tal privilegio. A la base de la reincidencia está, por tanto, la defensa del principio de igualdad ante el derecho (25). Con estas afirmaciones se viene a destruir los efectos cardinales de la cosa juzgada, cuales son la inatacabilidad y la inalterabilidad de la sentencia irrevocable, verdadero presupuesto de la

(23) «Stato...», cit., p. 133.

(24) Nypels: «De delictis recidivis», Louvain, 1928, p. 14, afirma que quien ha expiado otra vez una pena, sufre la segunda vez un arrepentimiento menos fuerte del que sufre el neófito de la cárcel y, por tanto, irrogándole la pena ordinaria se la afligiría menos que al delincuente primario.

(25) Brusa, «Studi sulla recidiva», Milán, 1866, pp. 16-19.

reincidencia. Los juristas más modernos que siguen la teoría de Carrara admiten mantener una justificación personalística de la reincidencia (26), pero con ello no escapan a muchas de las objeciones.

Es muy difícil, en suma, demostrar la insuficiencia de la pena. Aunque ésta fuera justa y proporcionada no puede pretenderse que posea tal fuerza correctiva, tal eficacia, que anule completamente la capacidad del sujeto para cometer nuevos delitos, si no es anulando al sujeto mismo. La insensibilidad del individuo hacia la pena puede ser una de las causas de la reincidencia en el caso concreto, pero no su fundamento. Y, finalmente, en nuestro derecho positivo la expiación de la pena no es requisito de la reincidencia, pues basta la mera sentencia firme de condena precedente a cargo del agente (27).

Aun rechazando la teoría en examen no podemos negarle el mérito de haber aportado al tema, incluso intuitivamente, cuestiones tan interesantes como la necesidad de abandonar la tradicional confusión entre simple reiteración criminal y reincidencia, con la consecuente valoración del elemento distintivo de ésta (pena, condena); la consciencia de que con el nuevo delito el sujeto manifiesta algo que le es propio, y el reconocimiento implícito de la existencia de un estado personal, jurídicamente relevante, anterior a la segunda violación penal.

III. TEORIAS QUE JUSTIFICAN LA REINCIDENCIA EN RAZON DEL SUJETO

Son innumerables los penalistas que refieren la virtualidad agravatoria de la reincidencia a una estimación del sujeto, aunque en algunas ocasiones traten de complementar o extender dicha referencia con otras consideraciones. Muy frecuentemente se dice que el reincidente es un criminal peor, más perverso, que con su conducta demuestra una mayor pertinacia en el delito y una especial insensibilidad hacia la pena; que manifiesta su desprecio por la Ley y el Magistrado, su peligrosidad, su in-

(26) Gucciardi, op. cit., p. 506, estima que la «recaída en el crimen, mientras por una parte revela una voluntad persistente para delinquir, una más acentuada inclinación al delito, por otra demuestra que la entidad de la pena amenazada, suficientemente sentida por la mayoría, en el caso específico, no obstante la primera llamada, se ha manifestado insuficiente; así, en homenaje al principio pena-delito, es forzoso que la medida del medio represivo, normalmente bastante para la generalidad, venga adecuadamente aumentada.

(27) Quizá por ello algunos autores modernos hablan, con mayor propiedad y acierto, de «demostrada insuficiencia de la condena sufrida»; ej. Pannain, «Manuale di Dir. Pen.», Torino, 1962, V. I., p. 732.

clinación al delito o su capacidad para violar las normas penales (28). El reincidente es un malhechor distinto del primario; la reincidencia supone sólo la objetivación de una cualidad personal. La recaída tras la condena es "muestra", es síntoma de ese ser, de esa condición reprochable o temible que en el reincidente habita. Pero, generalmente, quienes así piensan se limitan a constatar un hecho o a expresar una intuición, sin explicar la causa de aquella perversidad superior y olvidando a menudo la todavía vigente fórmula según la cual el Derecho penal no castiga la maldad del hombre, sino la maldad de su acción (29), ni, por supuesto, desarrollan sus afirmaciones para hacerlas compatibles con el principio de que no debe castigarse al hombre en cuanto es, sino en cuanto se manifiesta; todo ello, naturalmente, cuando se trata de justificar para el reincidente un tratamiento represivo, un aumento de pena, y no preventivo o de seguridad. Sólo las peculiaridades de la persona que influyen, se reflejan o de algún modo están presentes en su acción, han de tenerse en cuenta al valorar dicha acción; y sólo las cualidades del autor que puedan afectar a la eficacia y justicia de su tratamiento en el sentido de adecuar al máximo la sanción a la personalidad del que la sufre a fin de conseguir una verdadera retribución, deben estimarse al determinar en concreto la pena.

Estas posturas, sin embargo, en cuanto destacan el elemento unitario de la reincidencia: el sujeto, al que cabe referir las diversas infracciones, significan un importante avance en la búsqueda de la auténtica razón de ser del instituto que consideramos pues, pese a sus inevitables imprecisiones, aciertan en lo fundamental, aunque realmente queden todas ellas a mitad del camino.

1) *Teoría de la menor responsabilidad del reincidente* (teoría negativa relativa).

Algunos autores han visto en la reincidencia una causa de exclusión

(28) Citaremos como ejemplo algunos españoles: Silvela, *El derecho penal*, Madrid, 1903, parte 2.ª, p. 187, dice: «La perversidad o la malicia que demuestran en el alma del autor...». P. Montes, *Derecho penal español*, El Escorial, 1929, V. II, p. 221, criticando a los abolicionistas afirma: «No es la deuda primera la que se exige de nuevo, ni es el delito lo que se juzga, sino al delincuente tal como es, en su calidad de reincidente, y como tal, más perverso, más contumaz contra el derecho que debe respetar, más peligroso para las personas con quienes vive». Castejón, *Derecho penal*, T. I., Madrid, 1931, p. 235: «La reincidencia es la calidad del reo que ha delinquido más de una vez». Del Rosal, *D. P. Español*, T. II, Madrid, 1960, p. 289: «Se agrava la pena exclusivamente por el modo de ser revelado por el delincuente». Esta relación se completa con la nota en el epígrafe IV del cap. VI de este trabajo. Entre los más antiguos, citamos, con Manzini, *La recidiva*, cit., p. 442, Rossi, Chaveau et Helie, *Vismara*, Touzzi.

(29) Petrocelli, «La pericolosità criminale», cit., p. 179, nota 222.

o atenuación de la pena (30), porque los reincidentes operarían faltamente impulsados por el hábito y, por consecuencia, con menor libertad y menor conciencia del mal causado; esto es, con imputabilidad disminuida.

Crítica.—Aparte de la expresa disposición contraria de nuestro ordenamiento positivo y de la general repulsa de la doctrina en base a argumentos no siempre exacto (31), esta teoría incurre en evidentes confusiones. Para Dell'Andro (32) su principal error está en haber olvidado que "el delito es tal en función de una norma que lo prohíbe; que el mandato normativo concreto no puede dejar de tener en cuenta las voluntades a las que se dirige, y que, por tanto, dirigiéndose a voluntades inclinadas al delito, esto es, específicamente cualificadas, no puede dejar de poner contraestímulos al delito, los cuales, para ser eficientes en el caso del reincidente, han de ser más intensos que los generalmente dirigidos a los sujetos no particularmente cualificados". Este razonamiento es, por lo menos, impreciso, pues partiendo de la indemostrada afirmación de la "voluntad inclinada al delito" del reincidente, llega sin más a justificar un contraestímulo a posteriori: el aumento de pena; lo cual podría dar lugar a equívocos porque también la doctrina que intenta combatir asigna al reincidente una voluntad inclinada al delito, para afirmar precisamente el menor esfuerzo volitivo que aquél ha realizado al cometer su ulterior infracción.

En nuestra opinión, la teoría en análisis confunde la reincidencia, por un lado, con la pura repetición de delitos, entendida como género del que es especie la reincidencia y, por otro, con la habitualidad. Pudiendo a la postre indentificarse con la teoría de la mayor peligrosidad del reincidente porque éste, menos imputable, es, sin embargo, más capaz de cometer futuras infracciones. Así, mientras la segunda violación penal del simple reiterador es en parte producida o facilitada por la realización de un delito precedente, en la reincidencia el contraestímulo que, como veremos, representa la condena firme anterior, caracteriza la recaída como desobediencia o, si se quiere, como muestra de una especial e injusta inclinación.

(30) Kleinschrid, Bozi (cit. por Dell'Andro, op. cit., p. 35). Bourdon, Tissot (cit. por Gianniti, «Il reato...», cit., p. 142). V. en general Matteotti, «La recidiva». Torino, 1910 p. 250 ss. Según Manzini, (La recidiva, cit., p. 422 ss) es partidario de la exclusión de pena = Buccellati, y de la atenuación: Kleinschrod, Michele y Bozi.

(31) Como es, p. ej. el recurso a las acciones «liberae in causa» a que acuden Garraud (según Dell'Andro) y Sánchez Tejerina (según Puig Peña, Der. Penal parte gen. T. II. V. II, Barcelona, 1959, p. 177) pues entonces no se reconocería la imputabilidad del agente en el momento de cometer el segundo delito, lo cual no es cierto.

(32) Dell'Andro, op. cit., p. 35.

2) *Teoría que considera la reincidencia como índice de mayor peligrosidad* (teoría positiva absoluta).

Frente al total objetivismo mantenido por la escuela clásica, la escuela positiva representa la máxima subjetivización del Derecho Penal, al que hace descansar sobre la peligrosidad del sujeto y sobre la necesidad de defensa social. La persona del delincuente aparece en primer término, y la reincidencia se considera como un índice para la clasificación de éstos (33). El reincidente, con su conducta, demuestra ser más temible y antisocial. Como es obvio, esta doctrina, que en sus últimas consecuencias admite una responsabilidad social sin base en una correlativa responsabilidad moral, debe ser rechazada.

Crítica.—La peligrosidad bien entendida es un juicio acerca de un hombre, una prognosis sobre su conducta futura que da como resultado la probabilidad actual de posteriores recaídas en el delito que la sociedad debe intentar evitar con un tratamiento puramente preventivo o profiláctico mediante la aplicación del instrumento que la Ley le concede: la medida de seguridad. La recaída en un delito después de la condena en ningún caso podría autorizar el establecimiento de un criterio general según el cual toda persona que se halle en dicha situación habrá de volver a delinquir necesariamente. Ello sin negar que la reincidencia sea a menudo índice de peligrosidad, en cuyo caso concreto, al aumento de pena que con carácter general determina, podría añadirse una medida de seguridad (34), lo que es, además, conforme a las disposiciones de nuestro derecho positivo (35).

Hay quien piensa que toda transgresión penal produce una modificación psicológica en su autor y lo coloca en un estado de inclinación hacia el delito (36); y, olvidando la importancia de la precedente condena, consideran el hecho del reincidente como extrinsecación de una peligrosidad latente. La reincidencia sería un estado de ultrapeligrosidad. Otros genéricamente afirman la peligrosidad del reincidente porque con su segundo

(33) Lombroso, «L'uomo delinquente», Torino, 1897, V. I., p. 482, VII, p. 482 ss., V. III, p. 572. Garofalo, «Criminología», cit. p. 256; Puglia, «Della recidiva», Milán, 1904, cit., p. 677 ss.; Ferri, Florian, etc... Ver en general los autores citados por Dell'Andro, op. cit., p. 37, y sobre todo el libro II, de la parte III de la obra «La recidiva», cit. de Manzini, titulado: «La recidiva e gli scrittori di sociologia criminale», p. 531 a 581.

(34) «Así, el ladrón reincidente, con anterioridad repetidamente castigado, atrae sobre sí una mayor culpabilidad, pudiendo a su vez el hecho de la reincidencia ser de gran importancia para su peligrosidad»: Maurach, «Tratado de Derecho Penal», trad. esp., Barcelona, 1962, T. I., p. 61.

(35) Ver ad ex. Ley de Vagos y Maleantes.

(36) Dell'Andro, op. cit., p. 134: una modificación psicológica distingue a los ya reos de los otros sujetos, y la misma representa, en relación con la eventual recaída en el delito, una inclinación psicológica hacia la ulterior acción ilícita.

delito éste demostraría “una notable inclinación al delito” (37); o una “mayor antisocialidad” (38); o “mayor potencia reproductiva de delitos” (39); que la reincidencia es “individualización de un tipo criminal que revela peligrosidad superior a la del delincuente primario” (40); o que supone especial peligrosidad, entendida ésta “no como una condición estática de la persona, existente fuera del delito”, sino referida a la criminalidad manifestada en el mismo... aquel mayor desprecio a la amenaza legislativa; aquella mayor intensidad del querer e insistencia en el mal, que se expresan en el hecho y le confieren, en relación al hecho de quien delinque por primera vez, aspecto y contenido diversos y, por tanto, diferente valor moral y social (41); que la aumentada peligrosidad del sujeto es, en sustancia, “un estado personal que precede a la consumación del segundo delito” (42); o que mayor es el peligro que para el ordenamiento jurídico deriva de la cualidad personal del reo que es expresada en la reiteración criminal (43).

Estos autores, de un modo más o menos correcto, expresan una verdad; quieren decir que algo existente en el ya reo, que debería inducirle a no delinquir, se manifiesta en el segundo delito dándole especial carácter. Pero, como puede apreciarse, no se refieren realmente a la peligrosidad, al menos en el sentido en el que suele entenderla la doctrina (44), sino más bien a una especie de capacidad para violar las normas penales. Tal afirmación, sin embargo, se lleva a su límite por quienes consideran la reincidencia como una derogación al principio de retribución ética, estimando, en relación a ella, que “la pena comienza a asumir también funciones de prevención especial” (45), asignándose entonces implícitamente al aumento de pena por reincidencia la finalidad de evitar nuevas infracciones cometidas por el reincidente, lo cual puede ser un efecto, pero no un fin.

(37) Antolisei, «Manuale di Dir. Pen.», Milán, 1963, p. 502.

(38) De Marsico, «Diritto penale», Nápoles, 1935, p. 221.

(39) Impallomeni, «Il Cod. Pen. illustrato», V. I. Florencia, 1890, p. 282.

(40) Frosali, «Sistema penale italiano», Torino, 1958, V. II, p. 592.

(41) Petrocelli, «Principi Di Diritto Penale», Nápoles, 1955, V. I. p. 65; 70.

(42) Pannain, «Manuale», p. generale, Roma, 1942, p. 539. Torino, 1962,

p. 732 ss.

(43) Saltelli y Romano de Falco, «Commento teorico-pratico del Codice Penale», Roma, 1956, V. II, p. 73.

(44) Allegra, «Dell'abitudine criminosa», p. speciale, Milán, 1933, p. 172, revela que el estado psicológico consecuente al delito, si quiere llamarse de peligrosidad, no puede sin embargo identificarse con el estado de peligrosidad social base para la aplicación de una medida de seguridad, sino que se debe llamar estado de capacidad para delinquir, o mejor, de peligrosidad potencial. Razonamiento análogo aunque inverso pensamos que podría aplicarse a la situación del sujeto, no tras el delito, sino tras la condena.

(45) Así, Antolisei, «Teoría e realtà della pena», en Scritti di diritto penale, 1955, p. 202.

En el Código Penal español la reincidencia no se justifica en una necesidad de defensa social, sino en la exigencia de dar al delincuente aquello que merece; de acomodar a su personalidad la pena retributiva, retribución que se resolverá también en utilidad y defensa para la sociedad. Por ello, con mayor razón debe rechazarse que "la agravación de pena impuesta al reincidente no reposa sobre la justicia, sino sobre la utilidad social..., sobre razones de política criminal" (46).

3) *Teoría de la aumentada imputabilidad del reincidente* (Teoría positiva absoluta).

Ciertos tratadistas colocan la reincidencia dentro de la imputabilidad. Naturalmente, debe tenerse en cuenta que cada autor o cada grupo de autores mantienen sobre este concepto su propio criterio (47).

Critica.—La doctrina (48) ha revelado inmediatamente la impropiedad de hablar de circunstancias agravantes de la imputabilidad, porque ésta puede ser disminuida pero no admite causas que la aumenten o la agraven (49). La imputabilidad es la aptitud abstracta y general de un sujeto que permite referirle sus actos como propios y considerarlo capaz para sufrir sus efectos penales. Son requisitos indispensables que aquél posea madurez síquica y salud mental suficientes para calibrar el valor de sus actos y poder decidirse en consecuencia (50). La imputabilidad está compuesta por las condiciones mínimas que un individuo debe poseer para ser sometido a una pena, y, en cuanto sólo afecta a ciertos sectores de la personalidad, no se identifica con "subjetividad".

Ahora bien; estas teorías, pese a su incorrección terminológica, tienen un significado mucho más profundo del que se les suele atribuir. La imputabilidad, según las más modernas tendencias, debe concebirse, incluso

(46) Bouzat-Pinatel, «Traité de Droit penal et de Criminologie», T. I. (Bouzat), París, 1963, p. 528. En igual sentido Groizard, ya en 1902 (op. cit., p. 499): utilidad = el legislador no ha sabido corregir (en la cárcel) al delincuente y defiende a la sociedad declarándolo incorregible (reincidente).

(47) Mantiene esta teoría, entre otros, Manzini, «Trattato di diritto penale», 1961, V. II, p. 695, quien afirma que así fue entendida la reincidencia por los romanos, los prácticos, el Cod. Pen. francés de 1810 y numerosas leyes italianas. Impallomeni, op. cit., p. 282, Maggiore, Dir. Pen., Bolonia, 1955, V. I., p. 639, 640.

(48) Sobre todo la italiana, aunque la conclusión podría extenderse a la española.

(49) Vannini, «Il Cod. pen. illustrato», Milán, 1934, V. I., p. 410; Riccio, «L'abitudine nel reato», Nápoles, 1938, p. 130 ss.; Santucci, «Sulla nozione della recidiva», en Giurisprudenza Completa Cassazione penale, 1950, I, p. 290; Lataglia, op. cit., p. 263; Santoro, Manuale di Diritto Penale, Torino, 1962, V. I., p. 287; Del Pozzo, «Sulla contestazione della recidiva», en Giurisprudenza italiana, 1953, II, p. 31: no existen imputabilidades atenuadas o agravadas sino sólo imputabilidad plena, imputabilidad disminuida, no imputabilidad.

(50) Ver ad. ex. Ranieri, «Manuale di dir. pen.», Padova, 1956, p. 4468.

en el derecho positivo español, como "capacidad de comprender la anti-juricidad del hacer y de actuar conforme a ese conocimiento" (51). En una consideración dinámica de la reincidencia, si individualizamos el momento intermedio que va desde la firmeza de la sentencia condenatoria hasta la comisión del segundo delito, vemos que tras la condena el sujeto queda en una posición psicológica y jurídica especial, en la cual conoce con mayor exactitud de la normal el disvalor de su conducta anterior, porque la sentencia le señala específicamente la cuantía, de modo que su conocimiento del injusto en general y del injusto que él realizó en particular, resulta aumentado por la propia experiencia. Y ello se toma en cuenta precisamente relacionado a su posterior conducta delictiva, que sería más reprochable porque el sujeto, ya antes de realizarla, comprende su exacto disvalor.

4) *Teoría de la mayor capacidad delictiva del reincidente* (positiva absoluta).

El término viene acuñado en la vigente legislación italiana, pero es lo bastante expresivo como para poder utilizarlo en esta sede. Además sirve para comprender multitud de posturas que, de otro modo, quedarían diseminadas, cuales son, por ejemplo, muchas de las que parecen referir la reincidencia a la imputabilidad, a la peligrosidad o genéricamente al sujeto. En esta teoría se considera la reincidencia como una cualidad inherente a la persona del culpable; un atributo de su personalidad, la importancia de cuyo concepto se destaca en el derecho moderno (52), entre otras cosas, porque permite asignar el hecho a su autor y estimarlo como manifestación de éste. Al respecto conviene recordar que fue precisamente el problema de la reincidencia, junto al de los menores y semienfermos de mente, el que indujo a los penalistas a estudiar el concepto de personalidad (53). El hecho es demostración de la personalidad en cuanto de ella deriva. Sin identificar personalidad y delito (54), se debe, no obstante reconocer que las relaciones entre personalidad y hecho tienen gran importancia en la determinación de la culpabilidad, peligrosidad, pena a aplicar, etc. (55).

(51) Córdoba, en notas al Tratado de Derecho Penal de Maurach, cit., V. II, p. 95.

(52) Sobre personalidad, v. p. ej.: Bettiol, «Colpa morale e personalità», en la Scuola Positiva, 1955, p. 279; Crispigni, «Personalità e valore sintomatico del reato», en Sc. Pos., 1955, p. 263 ss.; Ranieri, «Colpevolezza e personalità del reato», Milán, 1933; Del Rosal, «La personalidad del delincuente en la técnica penal», Valladolid, 1953, p. 81 s.

(53) Bettiol, «Colpa morale...», cit., p. 279.

(54) Como hace Crispigni, «Personalità...», cit., p. 268; también Dell'Andro, cit., p. 103.

(55) V. Ranieri, Manuale, cit. p. 462.

La capacidad para delinquir (56) es "la aptitud para violar las normas penales que el reo manifiesta con el delito cometido y de la cual el juez debe tener cuenta al establecer en concreto la pena" (57). Siendo el delito revelación de la personalidad del agente no puede dejar de serlo también de su aptitud mayor o menor para violar las normas penales, esto es, de aquel estado de la persona natural del agente que se llama capacidad para delinquir.

Por supuesto, la relación entre reincidencia y capacidad para delinquir y la conceptualización de aquélla, variarán según los significados que se asignen a ésta. Nosotros, sin perjuicio de exponer después (58) el alcance que haya de tener respecto a la reincidencia la aceptación de otros criterios sobre la capacidad para delinquir, y al objeto de ofrecer un esquema lógico y unitario de la teoría, la exponemos a continuación conforme a los conceptos básicos mantenidos por uno de sus principales sostenedores (59):

El delito, desde el punto de vista de la capacidad delictiva, se asume en su aspecto sintomático. Dicha capacidad, existente ya en el momento

(56) El artículo 133, p. 2.º del Cd. penal italiano afirma que para la aplicación de la pena el juez deberá tener en cuenta la capacidad para delinquir del culpable, que se desprende:

- 1) De los motivos para delinquir y del carácter del reo;
- 2) De los precedentes penales y judiciales y, en general, de la conducta y de la vida del reo antecedente al delito;
- 3) De la conducta contemporánea y subsiguiente al delito;
- 4) De las condiciones de vida individual, familiar y social del reo.

(57) Ranieri, «Manuale...», cit., p. 502. No cabe estudiar aquí todas las opiniones mantenidas al respecto. Aun así, hay que señalar que en la doctrina italiana no existe acuerdo unánime sobre el concepto aludido. Grispigni, *Diritto Penale*, V. I., Milán, 1947, p. 181, afirma su identidad sustancial con la peligrosidad; Ranieri (op. cit., p. 527) diferencia ambos institutos en razón de los sujetos y trascendencia respectiva; Pisapia (*Influenza della recidiva...*, cit. p. 142; *Nozioni di Diritto Penale*, Milán, 1963, p. 64-65, considera la capacidad para delinquir como un grado menor de peligrosidad; Antolisei (*La capacità a delinquere*, en *Rivista italiana di Diritto Penale*, 1934, p. 168) admite la diversidad de ambos conceptos. En sentido sustancial, Carnelutti (*Lezioni di Diritto Penale*, I, *Il reato*, Milán, 1943, p. 71) considera que «no es tanto la idoneidad cuanto la inclinación para cometer delitos (para la crítica de esta posición: Ranieri, op. cit., p. 504; Gianniti, I, *reati...*, cit. p. 39, nota 22). Riccio (en *Nuovo Digesto*, cit., p. 13) piensa que «no es ya la aptitud para cometer un delito, sino el conjunto de las tendencias psíquicas del individuo, que pueden ser más o menos malvadas, examinadas únicamente en función del delito cometido». Pensamos que la capacidad para delinquir puede ser el resultado de tales tendencias, pero no las tendencias mismas. Santoro (*Manuale di Diritto penale*, vol. I, Torino, 1958, p. 289, afirma que «el relieve de la personalidad activa en su conjunto da lugar sobre el plano criminal al concepto de capacidad para delinquir»; y Dell'Andro (op. cit., p. 175 ss.), que dicho término es sinónimo de «subjetividad ético-sicológica». Nos parece más exacto decir que la capacidad para delinquir se refiere a aquellos aspectos de la personalidad que el sujeto manifiesta en el delito, valorados desde el punto de vista de su aptitud para violar las normas penales.

(58) V. en general, Capítulos VII y VIII de esta obra.

(59) Ranieri, *Manuale*, cit. pp. 502 ss., 508, 525 ss. Id. «Colpevolezza e personalità del reo», Milán, 1933.

de cometer la infracción, aparece ligada a ésta, la cual, a su vez, la indica y revela. La capacidad es un status de la persona y no se contiene en el delito; no pertenece ni al hecho, ni a la tipicidad, ni a la antijuricidad, ni a la punibilidad, ni se refiere a la determinación de la gravedad objetiva del hecho, sino a cómo el culpable ha llegado a delinquir y en qué grado se inclina al delito, no de por sí, sino en relación al delito mismo cometido. Por tanto, la criminalidad del sujeto que ha de tomarse en cuenta es sólo la "demostrada", pudiendo exteriorizar con la recaída mayor criminalidad que la mostrada al realizar el delito precedente. Siendo el delito expresión de la personalidad de su autor, lo es también de su capacidad para delinquir, porque tal capacidad se refleja en el delito como se refleja la entera personalidad. La capacidad para delinquir no pertenece a la culpabilidad, aunque mantiene con ella tan estrechos lazos que la fórmula "sin culpabilidad no hay pena" debe ampliarse en el sentido de que "sin culpabilidad y sin capacidad para delinquir no hay pena". La función del instituto cuestionado sería la de "dar al juez los elementos indispensables para determinar el grado de rebelión al derecho expresadas por el delito y por la personalidad de su autor", y servir de "criterio para la medición de la forma y calidad de la pena".

Dada la inconveniencia de encuadrar la reincidencia en la imputabilidad o en la peligrosidad y siendo patente la íntima relación que aquélla guarda con la teoría del sujeto, no es extraño que un buen número de penalistas, aun con las naturales variantes ideológicas que ofrecen entre sí, hayan considerado la reincidencia como una cualificación jurídica subjetiva referente a la mayor capacidad para delinquir que el sujeto demuestra con el hecho de su recaída tras la condena (60), lo que implica hacer del reincidente un especial tipo de autor.

(60) Así: Antolisei, *Manuale di Diritto penale*, Milán, 1963, V. I., p. 502; Rantieri, *Manuale cit.*, p. 453; la reincidencia es «un índice de la mayor capacidad para delinquir del reo, del cual es considerada como una cualidad inherente a su persona que importa la aplicación de una pena más grave»; Carnelutti, *Lezioni di diritto penale*, I, Milán, 1943, p. 74 y 206; Santoro, *Manuale di diritto penale*, Torino, 1952, p. 54 y ss.; Bettiol, *Diritto penale*, cit., p. 530; Santucci, «Sulla nozione della recidiva» en *Giurisprudenza Completa Cassazione penale*, 1950, I, página 290; Pisapia: «Influenza della recidiva ai fini dell'applicabilità della prescrizione» en *Rivista italiana di diritto penale*, 1956, p. 138 ss.; Id. *Nozioni di diritto penale*, Milán, 1963, p. 214; Id. *Reflessioni in tema di recidiva*, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1961, p. 973, afirma: «La reincidencia señala ya el paso de la consideración del hecho a la consideración prevalente de su autor; el instituto que permite aprehender este paso —ofreciendo al tiempo un feliz anillo de unión entre la valoración del hecho y la consideración del sujeto— es el de la capacidad para delinquir»; Messina, «la discrezionalità nel diritto penale», Roma, 1947, p. 232; Pannain, *Manuale*, cit. p. 733; Gianniti, *I reati...*, cit. p. 46 ss. «La reincidencia, siendo una cualidad de la persona del reo, es acogida como elemento constitutivo y síntoma revelador de la capacidad para delinquir. Más exactamente, el estado de reincidencia constituye un índice de una más elevada capacidad para delinquir..., el sujeto... revela una idoneidad criminal mayor en

Crítica.—No se pueden desconocer los indudables aciertos de esta teoría (61), la cual, sin embargo, según las respectivas posiciones de sus mantenedores, o bien queda insuficientemente desarrollada al olvidarse el valor de la precedente condena, las relaciones entre sujeto y acción, el significado de la situación del sujeto antes de la recaída, etc., o bien se confunde la situación del ya reo con la del reincidente, dejando de referir la mayor capacidad de aquél a la culpabilidad especial del segundo delito mediante el cual el ya reo se convierte en reincidente; o bien, finalmente, rompiéndose la proporción entre la gravedad de la acción (no ya del resultado) y la gravedad de la sanción, se asigna a la pena una finalidad preventiva que toma en cuenta cualidades personales del individuo que para nada influyen en el delito pero que son puestas de manifiesto por éste, con lo cual la distinción entre pena y medida de seguridad o entre reincidencia y habitualidad quedan plenamente desdibujadas. En realidad, si la pena es primordialmente retribución por el hecho, no deben punirse las cualidades personales en sí mismas consideradas, ni utilizar el delito como ocasión propicia para su castigo. En todo caso, no se demuestra que siempre y en cualquier supuesto la reincidencia “ponga de manifiesto” una aumentada aptitud del sujeto para violar las normas penales, ni se considera la posibilidad de que no el delincuente sino el delito cometido tras la condena sea intrínsecamente más grave que el realizado por el delincuente primario.

Por ello es perfectamente lógico que, ante la afirmación genérica y sin ulteriores aclaraciones de que el reincidente merece mayor pena porque demuestra una mayor inclinación al delito (62), se haya contestado que de ese modo no se distingue entre reincidentes y habituales (63), o se tienda, en un nuevo abolicionismo, a identificar ambos conceptos absorbiendo el de habitualidad en el más formal de reincidencia, según vemos a continuación.

cuanto manifiesta sufrir en menor medida el efecto intimidante de la pena», etc. V. también, en general los dos últimos capítulos de esta obra; en fin, Del Rosal, «Sobre reincidencia», cit. p. 69 ss.

(61) El mismo Dell'Andro, op. cit. p. 167, reconoce «el alma de verdad» que existe en ellas, y Latagliata, op. cit. 195 ss., 231 ss. admite que la razón de ser de la capacidad para delinquir coincide con el valor ético jurídico que la doctrina ve en la reincidencia: la necesidad de tener en cuenta la personalidad del culpable al valorar su acción.

(62) Así: Bettiol, Diritto penale cit., p. 530 y ss.; Frosali, Sistema, cit. p. 581; Santucci, Sulla nozione, cit. p. 290; Bellavista, op. cit., p. 27: «la inclinación al delito es la nota común de los delincuentes cualificados»; Gianniti, I reati, cit. p. 39. Dell'Andro, op. cit., etc.; v. en general, capítulo sexto de este trabajo, especialmente epígrafes 4 y 7.

(63) Latagliata, op. cit. v. más adelante en epígrafe dedicado a su obra.

5.—*El neoabolicionismo* (teoría negativa absoluta).

Continuando por este camino de considerar la reincidencia como una cualidad del reo, un atributo referible a su persona o, en todo caso, un síntoma de su perversa condición subjetiva, únicamente se puede llegar a una conclusión sincera y lógica: la reincidencia es un simple formalismo sin contenido, desligado de la realidad natural, que produce en Derecho penal una consecuencia caprichosa y equivocada. Si con la conjunción de elementos fácticos que componen la reincidencia se trata de aprehender una cualidad personal, o mejor, de fundamentar una presunción absoluta de que el sujeto afectado posee una inclinación, tendencia o hábito hacia el delito, que se ha formado en su ánimo precisamente por la repetición de hechos criminales, es mucho más coherente desumir dicha cualidad —que debe dar lugar en todo caso a una reacción preventiva— de las circunstancias particulares de cada delincuente concreto, utilizando al efecto todos los datos útiles para pronunciar tal diagnóstico, que presumirla automáticamente valorando a priori ciertos hechos, como son la sentencia firme de condena y el posterior delito.

No es, pues, extraño, como revela Quintano (64), que exista una tendencia actual —a la que él mismo parece acogerse— “favorable a sustituir los arcaicos conceptos verbalistas de reiteración y reincidencia por los sociológicos y antropológicos de la habitualidad y de la profesionalidad”. El tipo profesional o habitual “es en muchos aspectos distinto del reincidente tradicional. En éste la apreciación tiene un carácter exclusivamente objetivo, mesurable burocráticamente por los renglones de las hojas de antecedentes penales. En el habitual se precisa algo más...”; y que se afirme la necesidad de “dejar a un lado la reincidencia, que desaparecerá poco a poco de los Códigos penales, para ocuparse del delincuente habitual” (65).

Crítica: Reincidencia y habitualidad, como se verá ampliamente en el lugar oportuno, son conceptos distintos derivados de puntos de vista diversos, que satisfacen exigencias diferentes: retributiva una, preventiva la otra. Son compatibles entre sí y cada una tiene sus requisitos peculiares: la reincidencia, el de la condena precedente, que no se precisa en la habitualidad; ésta, el de la cualidad subjetiva del hábito, ajeno a la noción de reincidencia, la cual lejos de implicar fatalmente la habitualidad, con frecuencia afecta a delincuentes multiocasionales. La reincidencia, cuando concurre, no representa, en el juicio de habitualidad o

(64) Comentarios..., cit., p. 239.

(65) Jiménez de Asua, «El delincuente habitual y el recidivismo» en «El criminalista», segunda serie, t. II, Buenos Aires, 1958, p. 255.

de peligrosidad por el hábito, sino un dato más a valorar entre otros muchos. Sólo una concepción errónea sobre la agravante que estudiamos puede llevar a su equiparación implícita o expresa con la habitualidad.

IV. TEORIAS QUE JUSTIFICAN LA REINCIDENCIA SOBRE EL SEGUNDO DELITO DEL REINCIDENTE

Comprende este grupo todas aquellas posturas doctrinales que ven en la reincidencia una causa agravatoria de la entidad del segundo delito realizado por el reincidente, es decir, por el ya reo que, mediante él, se hace reincidente. Todas ellas, aun involuntariamente, parten de la base de que tal infracción se realiza por un individuo especial, bien sea por su situación o bien por alguna condición personal característica, derivadas una y otra de la comisión del primero o incluso de los varios delitos; cualidad o situación que de algún modo se vierte, refleja o influye en su conducta criminal posterior, variando su intrínseca gravedad o aumentando el reproche que el ordenamiento jurídico dirige al autor a través de su acción, por regresentar ésta, o la comisión de ésta en semejante situación especial, un mayor grado de desobediencia o enemistad al derecho. Todavía, dentro del grupo, deben distinguirse las teorías que suponen una justificación prevalentemente objetiva —las dos primeras—, de las que se orientan en sentido más bien subjetivo —las dos últimas— que son, sin duda, las más exactas. Todas ellas son teorías positivas absolutas.

1. *Teoría de la mayor alarma social.*

Esta teoría viene formulada en la Relación Ministerial sobre el proyecto de Código italiano de 1887 (n. LXIII) del siguiente modo: “Se disputa entre los juristas si la circunstancia de la reincidencia debe referirse a la imputabilidad o bien a la pena. Pero es fácil convencerse de que la reincidencia agrava el delito en su elemento político. Fundamento de ella es la mayor alarma que provoca aquel que ha delinquido varias veces y que, por ello, se demuestra más peligroso... El mal del delito no es sólo físico, sino también social y político y, por tanto, la circunstancia subjetiva de la mayor perversidad del agente se convierte en circunstancia objetiva del delito, acrecentando el temor de los buenos y ofreciendo el pernicioso ejemplo del obstinado desprecio por la ley”. El argumento fue aceptado por algunos penalistas que, sin embargo, añaden normalmente otros criterios para justificar la reincidencia (66 bis).

(66 bis) V. entre otros: Pacheco, «El Código Penal concordado y comentado», Madrid, 1888, p. 239.

Crítica: Como se ve, partiendo de una cualidad del sujeto, su peligrosidad, se trata de modificar la entidad del delito por él cometido, lo cual en absoluto se demuestra. Además, no es lícito agravar la pena en razón de un efecto del delito hipotéticamente aumentado. Se parte de que la "evidente" peligrosidad del culpable, "conocida" por los ciudadanos, hace más grave el delito porque se intensifica el temor de éstos. Pero, aparte de que no debe fundamentarse una presunción absoluta sobre un elemento contingente, como es el de la notoriedad de la reincidencia, insubsistente en la mayoría de los casos (66), y no siempre productora de un efectivo temor en la minoría que llega a tener conocimiento de ella, creemos que el razonamiento sólo pudiera justificarse de modo invertido, esto es: el delito cometido por el ya reo provoca (cuándo y para quién provoca) una mayor alarma, precisamente por la gravedad intrínseca del mismo, y no que la gravedad intrínseca de la reincidencia derive de la mayor alarma que produce (67). Dicha mayor alarma puede ser, como máximo, un efecto de la reincidencia, pero no su fundamento; la mayor alarma, no social sino jurídica, quizá sea una causa complementaria de la agravación que la reincidencia implica, pero no su razón esencial.

2 *Teoría de la lesión de un bien jurídico diverso o de la lesión más profunda del mismo bien jurídico.*

Según Dell'Andro (68), Manzini adopta una postura netamente objetivista respecto a la reincidencia al afirmar, más o menos explícitamente, que el delito del reincidente lesiona un interés diverso o el mismo interés en mayor grado que la infracción del delincuente primario. Tal interés estaría constituido por el "derecho general de seguridad correspondiente a todo ciudadano" (69). Otras aseveraciones de Manzini ("la repetición del delito tras la condena muestra, además, en el reincidente una extraordinaria resistencia a aquel motivo de inhibición que es suficiente para la mayoría de los que ya cayeron en delito, y la persistencia de la voluntad anti-jurídica correlativa a la más cierta consciencia de agredir legítimos intereses ajenos"; "la reincidencia, según nuestro código, no acrecienta la gravedad objetiva del delito, sino que sirve para cualificar como más criminal la personalidad del delincuente; hace referencia, por tanto, al elemento subjetivo y, de consecuencia, a la imputabilidad psíquica" (70)), son

(66) Manzini, *La recidiva*, cit. p. 437; Ranieri, *Manuale* cit. p. 453 y ss.

(67) Como dice Dell'Andro, *op. cit.*, p. 36, «no puede sostenerse que el delito se agrave por agravarse el temor de los ciudadanos».

(68) *Op. cit.*, p. 45 ss.

(69) Manzini, *La recidiva*; cit. p. 433.

(70) Manzini, *Trattato*, cit. p. 696.

consideradas por Dell'Andro (71) como complemento o "añadidos" en contradicción metodológica con su verdadera teoría, lo cual, como veremos, no es del todo cierto.

Manzini, tras considerar que la reincidencia se configura en el Código italiano como una circunstancia agravante de la imputabilidad del reo, entiende que del análisis del hecho jurídico resulta "la lesión o exposición a peligro del interés general al mantenimiento del orden jurídico", que aparece en el delito del reincidente junto a y además de la lesión o puesta en peligro del interés específico tutelado en la norma violada, mientras que en la infracción del delincuente primario aquella lesión del interés general se identifica con la lesión o puesta en peligro de dicho interés específico. Con la reincidencia, con el nuevo delito, se demuestra tanto la voluntad del delincuente de violar el relativo precepto penal cuanto la voluntad persistente de delinquir; esto es: además de la voluntad de lesionar o poner en peligro el interés que constituye el objeto jurídico del delito mismo, la voluntad de no conformarse al orden jurídico general penalmente sancionado. La agravación de la imputabilidad por efecto de la reincidencia queda así determinada por el deber que el Estado tiene, al ejercitar su función de tutela jurídica, de procurar la reintegración del interés particular lesionado, pero también de proteger el entero orden jurídico, que con especial intensidad queda perturbado por la actividad criminal del reincidente (72).

Crítica: Parecen suficientes al caso las observaciones de Dell'Andro, aunque a nuestro modo de ver la teoría de Manzini tiene más coherencia lógica, ya que no jurídica, de la que dicho autor le asigna. Ciertamente la expresión "particular lesión del interés genérico al mantenimiento del orden jurídico" es imprecisa e indeterminada en su naturaleza. Manzini parece distinguir en todo delito dos distintas violaciones del orden jurídico: el llamado derecho general de seguridad y el denominado derecho particular, que da forma y carácter especial al delito.

De este modo —continúa Dell'Andro—, no puede decirse que en la reincidencia, de la pena ordinaria emana un "plus" que se concreta en el aumento de la violación del derecho de seguridad, porque para ello debería poder afirmarse que la pena de todo delito, cualquiera que sea su autor, contiene un "tantum" por la lesión del objeto genérico y otro "tantum" por la lesión del objeto específico del delito. Y, entonces, habría de llegarse a la absurda conclusión de que no es a través del ataque o lesión del objeto específico como se lesiona el objeto genérico del delito. Ade-

(71) Op. cit., p. 53.

(72) Manzini, Trattato..., cit., p. 695, 696.

más, resulta incomprensible el sentido de la absorción que, según Manzini, ocurriría en la primera pero no en la segunda infracción realizada por el mismo sujeto (73). Queda realmente sin explicar cómo el interés genérico al mantenimiento del orden jurídico en el primer delito permanece incluido en el significado de la agresión al bien principal, mientras que en el segundo tras la condena, la Ley penal asume tal interés genérico como objeto autónomo de su tutela. Por supuesto, resulta innecesario constatar la similitud de esta teoría con la que pretende atribuir al delito del reincidente, respecto al del delincuente primario, la producción de una mayor alarma social (74).

Pese a todo ello, la posición de Manzini es muy significativa y no carece de lógica. Este penalista ve la necesidad, al estudiar la reincidencia, de prestar atención al sujeto, y a ello corresponden sus mencionadas afirmaciones acerca de la mayor crimosidad, imputabilidad y desprecio por la Ley y el Magistrado que muestra el reincidente; comprende la importancia de la precedente condena, a la que considera "motivo de inhibición"; intuye algunas de las causas secundarias que concurren en la justificación de la reincidencia, como, por ejemplo, la impresión del Estado de haber sido particularmente ofendido por el delito del reincidente, de lo que tal vez haga derivar el llamado "derecho general de seguridad". A nuestro modo de ver, un desdoblamiento correcto de esta idea la lleva a concretarse en la necesidad de combatir la desobediencia, entre otras cosas, por el pernicioso ejemplo que ofrece y por el peligroso descenso del respeto por la Autoridad que su falta de castigo especial provocaría en la sociedad y en el delincuente mismo. Pero su mayor mérito consiste en haber intentado justificar la reincidencia en la diversidad del delito cometido por el reincidente. Piensa que puede hacerse tal cosa sobre la base del elemento subjetivo del delito (75); y se apercibe de la "extraordinaria intensidad de la voluntad antijurídica correlativa a la más cierta conciencia de agredir legítimos intereses ajenos", y que todo ello se revela en el delito porque no constituyen "cualidades jurídicas inertes" (76).

Pero Manzini se encontraba en una "crítica posición... entre una ciencia penal orientada totalmente en sentido objetivo y la exigencia de estudiar a fondo el instituto de la reincidencia" (77), debiendo justificar ésta en atención al delito (mera abstracción objetiva). Comprende la particular posición personal del reincidente y el especial disvalor de su delito;

(73) Dell'Andro, op. cit., p. 46, 47, 50 ss.

(74) Dell'Andro, op. cit., p. 52.

(75) El delito del reincidente posee «una fuerza moral diversa y superior...» Manzini, *La recidiva...*, cit., p. 445.

(76) Manzini, *La recidiva...*, cit., p. 445.

(77) Dell'Andro, op. cit., p. 54.

pero no se preocupa, porque su concepción penal se lo impide, o al menos no se lo exige, de hallar el vínculo de unión entre ambos términos. Los extremos quedan completamente separados por un verdadero salto lógico. Finalmente, su objetivismo le induce a adoptar una postura indefendible.

A nuestro parecer, a la conclusión de Manzini sólo podría llegarse con un razonamiento semejante al siguiente: Si toda norma protege un interés naturalístico, que con la tutela del derecho se hace también jurídico, es necesario determinar el interés amparado por la norma que regula la reincidencia, el cual habría de ser uno de estos dos o ambos a la vez: la justa retribución para mantener el orden jurídico, o mantenimiento de éste mediante la prevención y defensa, pero todo ello siempre en atención a la personalidad del delincuente. El Estado castiga al criminal para retribuirle y a fin de no ver mermada su autoridad, indispensable para mantener el orden establecido. Cuando tras la condena se recae en el delito se está contradiciendo el interés jurídico al mantenimiento de la autoridad de la Ley y del Magistrado, contradicción que sólo pueden realizar quienes ya han sentido el peso de la voluntad legal concretizada en la decisión del Juez. Podemos pensar que todo delito realiza simultáneamente tres violaciones: violación del derecho particular; violación de la norma jurídica (o del ordenamiento jurídico); violación del orden social (o del derecho general de seguridad). Para la existencia y permanencia de la sociedad (*prius*) se impone la implantación de un ordenamiento jurídico (*secundus*) que, previendo determinadas acciones lesivas de ciertos bienes o intereses particulares de notoria importancia, las prohíbe (*posterius*). De esta forma, cuando se comete un delito, el camino de las transgresiones es lógicamente inverso: el delito es un ataque a un bien o interés particular (*prius*), de relevancia jurídica en cuanto prohibido por la norma que se desobedece (*secundus*), que daña o pone en peligro, tanto por el ataque al bien como por la violación de la norma, el orden social (*posterius*), que sólo *a través* de las lesiones anteriores es amenazado. Pero esto ocurre igualmente en el delito del reincidente que en el del criminal primario.

En el fondo no difieren mucho de la posición de Manzini las de aquellos autores que, como Impallomeni (78) y Puglia (79), ven en la reincidencia una *agravante de la imputación*, en cuanto determina, —se dice—, una cantidad de daño social relativamente mayor al ocasionado por el delito del delincuente primario. También ellos sienten la necesidad de partir de la personalidad del reincidente, pero justifican la reincidencia como circunstancia objetiva del delito. Así, Impallomeni aduce que el reincidente “muestra una voluntad obstinadamente rebelde al imperio de la Ley; es, por tanto, más peligroso... porque revela una mayor potencia repro-

ductiva del delito y, por ello, su nueva infracción determina una cantidad de daño social relativamente mayor que el ocasionado por el primer delito. Y ya que... la cualidad del delito crece en razón del daño social por el mismo causado, la reincidencia es una circunstancia que agrava la responsabilidad penal del delincuente porque agrava su imputación" (80). Este autor aclara a continuación qué debe entenderse por "daño social", criticando la teoría de la mayor alarma, lo que prueba que se mueve en un plano muy similar. Manifiesta que el daño público o social no se asimila a la perturbación de la tranquilidad de los ciudadanos que sucede al delito, sino a aquel daño que nace del delito mismo, y no depende del concurso de alguna circunstancia extrínseca al delito, como sería la alarma social, sino que es un daño tan positivo como el de la violación de la ley..., "es un daño, esto es, que está en razón directa de la gravedad del derecho ofendido o amenazado, de las dificultades de la defensa privada del derecho y de la personal peligrosidad del delincuente" (81). Pero, como afirma Gucciardi (82), tal daño no es una particularidad de la reincidencia, sino el siempre presente resultado de toda acción criminal.

3. Teorías que fundamentan la reincidencia en la culpabilidad.

Son muy numerosos los penalistas que encuentran el fundamento de la reincidencia en un aumento de la culpabilidad que concurre en el delito del reincidente, o mejor, del ya reo. De todos ellos citaremos a título de ejemplo sólo algunos (83). Naturalmente, no podemos estudiar aquí los muy diferentes sentidos que esos autores atribuyen, respectivamente, a la culpabilidad, en la cual será más o menos lícito encajar la reincidencia según la postura que se adopte acerca de ella: psicológica, normativa, por la conducción de la vida, etcétera.

(78) *Il Codice penale illustrato...*, Florencia, 1890; V. I.

(79) En *Enciclopedia*, cit. De igual opinión son, según Manzini, *La recidiva*, cit., p. 445 ss.: Feith, Fokema, Bonneville, Scheurlen, Faranda, Mossa, Conti, Sacker, Alimena.

(80) Impallomeni, op. cit., p. 282.

(81) Impallomeni, op. cit., p. 286.

(82) Gucciardi, op. cit., p. 508.

(83) Entre otros: Rossi, *Traite de droit penal*, París, 1828, L. III, cap. IV; Pessina, *Elementi di diritto penale*, Nápoles, 1882, v. I, p. 317 ss.; Battaglini, *Diritto penale*, Padova, 1949, u. 499: «Recayendo... demuestra una culpa mayor a causa de la persistencia de la voluntad en delinquir»; Allegra, *Dell'abitudine criminosa*, Parte Speciale, Milán, 1933, p. 159 ss.: el delito del reincidente es objetivamente más grave (por la culpabilidad) porque en él se refleja una modificación psicológica que no se encuentra en el primer delito cometido por el mismo autor; interesante resulta la postura de Bettiol, *Diritto Penale*, Palermo, 1962: el reincidente es un tipo legal de autor (p. 527), en el que se castiga una típica culpabilidad: la de habitus. Esta colorea toda una vida: el reproche sobre el individuo se extiende no sólo a la última acción realizada,

Dejando aparte el examen del distinto alcance que posee la inclusión de la reincidencia en el concepto de culpabilidad según la noción que sobre ésta se tenga, y el del significado del hecho, frecuente y paradójico, de fundamentar la reincidencia conjuntamente sobre la culpabilidad y otras instituciones del derecho penal, como por ejemplo, la peligrosidad, observemos que, normalmente, los autores que siguen este criterio admiten que la reincidencia se refiere al sujeto, aunque sienten, al mismo tiempo, el imperioso impulso de enlazar la personalidad del sujeto o su situación con el hecho por él realizado. Pero mientras no siempre encuentran el puente de unión idóneo, a menudo descuidan el estudio de la persona delincuente, limitándose a decir que es peor o más inclinada al delito, sin molestarse en justificar tales afirmaciones.

Resultando imposible, prácticamente inútil, examinar las opiniones de todos y cada uno de esos autores que refieren la reincidencia a la culpabilidad, para lo cual habría, además, que partir de la siempre diferente noción que sobre esta última, respectivamente, mantienen; no siendo ello, como decimos, hacedero, habremos de limitarnos a exponer y analizar las dos construcciones más recientes, profundas y completas sobre el tema, que entendemos son también las más perfectas, con lo cual podrán darse por revisados la mayor parte de los criterios que ven en la reincidencia la causa de una diversidad o aumento de la culpabilidad.

a) *Teoría de la culpabilidad típica especial (Culpabilidad de inclinación).*

Esta teoría viene mantenida por Dell'Andro (84), quien ve en el delito del reincidente la presencia de una típica culpabilidad fundada sobre una

sino a todas las acciones precedentes que han determinado una inclinación en el ánimo del reo. En el reincidente el aumento de pena no se explica con criterios de mera defensa social, con criterios, esto es, que exceden al examen de la situación psicológica en que el reo se encuentra, sino que deriva de que se reprocha al sujeto todo un determinado tenor de vida, toda una repetición de acciones delictivas que han dejado en él como un surco doloroso de inclinación al delito; el reproche concierne toda una personalidad (p. 314). «No hay un doble reproche para el autor de un delito, uno por realizar el hecho y otro por haber demostrado a través de él las características de la propia personalidad, la aptitud para cometerla» (p. 318). La personalidad que sirve para graduar el juicio de culpabilidad es la capacidad para delinquir (p. 320); Santamaría, voz «Colpevolezza», en Enciclopedia del diritto, v. VII, 1960, p. 646: el hecho de haber sufrido una precedente condena es elemento que caracteriza la personalidad y condiciona de modo diverso la desobediencia a la ley al punto que de ello deriva un diverso juicio de reproche social; implícitamente Maurach, «Tratado de Derecho Penal», trad. esp Barcelona, 1962, T. II, p. 554 ss.; Cuello Calón, op. cit., p. 572, la considera agravante de la culpabilidad... reveladora de una especial peligrosidad, etc.; Dell'Andro, op. cit.; Latagliata, op. cit.

(84) «La recidiva...» cit. A esa obra se refieren los números de páginas que, para evitar una multiplicación de notas, se citan en el texto entre paréntesis.

consideración del estado personal del mismo anterior a la recaída; o sea, como potencia espiritual, lo que permite clasificarlo en una categoría subjetiva condicionante de la imposición de un concreto mandato normativo (p. 105). En realidad, Dell'Andro intenta sobre todo explicar el funcionamiento de la reincidencia dentro de su particular concepción sobre la norma, pero a menudo realiza agudas y sugerentes observaciones sobre el fundamento y naturaleza del instituto en estudio. Para la exposición de su teoría examinaremos primero la posición atribuida al sujeto ya condenado antes de cometer la segunda infracción; después, las relaciones entre sujeto y acto; y, finalmente, el disvalor del segundo delito del reincidente, por cuanto es cometido con una típica culpabilidad: la culpabilidad de inclinación. Con esta sistemática, que emplearemos también para referir nuestra propia opinión acerca del tema, pretendemos hacer más inteligibles las ideas, a veces oscuramente expresadas, del autor que comentamos.

Indagando sobre la diversa voluntad normativa que obliga al ya reo respecto a la que obliga al delincuente primario llega Dell'Andro a individualizar la, a nuestro juicio importantísima, categoría jurídica subjetiva de la "reidad", personalizada por el "ya reo", la cual permite apreciar el sentido de la posición ético psicológica del sujeto después de la comisión del primer delito. La reidad presenta dos aspectos: uno, naturalístico, que precede al mandato normativo, y otro jurídico, constituido por el reconocimiento y asignación de relevancia jurídica a esa base natural, en cuanto a los sujetos en ella incluidos corresponde un típico modo de querer. La categoría subjetiva no debe ser considerada como modo de ser, estático, sino como de querer (o sea, como típica culpabilidad) en la dinámica de la acción concreta de algunos autores. Como afirma Bettiol, en la reincidencia hay un tipo de autor, pero éste no es el reincidente, sino el ya reo (p. 95-96).

Respecto a la base naturalística de la reidad, esencial para justificar sustantivamente la reincidencia, Dell'Andro se limita a decir que todo sujeto en el momento de decidirse a la acción presenta una particular condición ético-psicológica distinta a la de los demás sujetos, condición en la que incluye también el resultado de la historia de cada hombre, los actos anteriormente realizados por éste. La vida pasada del individuo vuelve a estar presente en la acción que va a realizar (p. 112). La voluntad normativa, en el momento de su posición concreta, contiene determinados modos de querer, considerados como referibles a especiales categorías de autores que pueden realizar con "típica espiritualidad" el tipo objetivo prohibido, pues no puede hipotetizarse una situación sin atender conjuntamente al sujeto y al objeto (p. 115).

La situación naturalística, base de la reidad, viene dada por el estado de inclinación al delito en el que se encuentra el ya condenado, "situación capaz de hacer permanente el valor del primer delito" (p. 131), y ello porque al momento de la segunda acción interviene la primera, antes bien, ésta concurre en la producción de aquélla, pues la historia de una persona no puede dejar de participar en cada una de sus actuaciones. La primera acción aparece como actual, contemporánea de la segunda, porque la anterior actividad criminal del reo no se considera aquí en su naturaleza de suceso empírico, sino que es revivida, recreada por la subjetividad espiritual que comete la ulterior infracción, subjetividad que hace posible una ligamen entre el primero y el segundo delito. La precedente acción se repone, no en su realidad espiritual antigua, sino en su realidad espiritual presente (p. 132). La reidad es para Dell'Andro una consecuencia del delito, y aunque la distingue de la capacidad para delinquir "que se manifiesta a través del delito pero que es prius lógico del mismo", admite, de mala gana, que entre ellas no hay una diferencia de naturaleza sino sólo de grado.

Intentando reforzar la relación entre sujeto y acto, llega Dell'Andro a una exagerada equiparación, y en cierto modo contradice sus propias afirmaciones que acaban de referirse, al estimar que "la acción humana es... la concreción del único valor verdadero, de la única sustancia que es el espíritu". La distinción entre ambos términos es artificiosa, ya que fuera del acto no existe subjetividad, pues ésta se revela entera, esto es, en la experiencia espiritual del pasado y en la potencial del futuro, en cada acto singular, el cual no es síntoma de la subjetividad, sino ella misma considerada en la particularidad de una situación concreta. El sujeto no es más que el acto universalizado; el acto no es más que el sujeto (todo el sujeto) particularizado (p. 103).

Así como el ordenamiento moral ha mirado siempre el modo de ser subjetivo de los actos, así la doctrina penal no debe hablar únicamente de imperativos de hacer o no hacer sin distinguir el "cómo", el modo de aquel hacer (p. 144). Existen mandatos jurídicos concretos que, vedando la persecución de algunos fines mediante la prohibición de ciertos actos, prohíben aquel modo particular de tomar posición que es la habitualidad; para el juicio de culpabilidad no es indiferente el modo de situarse frente a los valores (p. 145). Existen mandatos jurídicos concretos que, vedando la persecución de algunos fines mediante la prohibición de ciertos actos, prohíben aquel modo particular de tomar posición que es la habitualidad; para el juicio de culpabilidad no es indiferente el modo de situarse frente a los valores (p. 145). El derecho no sólo aprecia la genérica capacidad

del sujeto para turbar el tutelado equilibrio de intereses, sino también su capacidad específica (naturalística y ética) de volver a perturbar, y habitualmente, aquel equilibrio y, por ello, se dirige a él con un típico imperativo concreto (p. 146), del que es reflejo el concepto de reincidencia, que impide al sujeto el mismo contenido de finalidad que al delincuente primario, pero que “hipotetiza además la particular toma de posición del autor ya reo frente a aquel fin como desenvolvimiento de una subjetividad específicamente cualificada, esto es, tendente a subvertir habitualmente los valores tutelados” (p. 147). La reincidencia sería, pues, una forma particular de culpabilidad consistente en el típico modo con el cual el ya reo quiere el segundo delito; culpabilidad que se llama de “inclinación” porque se funda en el dato naturalístico de la inclinación al delito.

“Es necesario observar el proceso en desarrollo por el cual el sujeto, de genéricamente capaz para el delito tiende a convertirse en habitualmente inclinado al mismo; hay que parar, por así decirlo, aquel proceso indudablemente libre y consciente; hay, en consecuencia, que denunciar una autónoma culpabilidad inherente a aquel proceso sobre la base del mandato típico que hemos delineado”. Debemos considerar la habitualidad, no ya constituida, sino que puede constituirse (o que se está constituyendo) y, precisamente para que ésta no se constituya, el ordenamiento se ve impulsado a dirigir al individuo cualificado por tal tendencia un concreto mandato de típico contenido subjetivo. El ordenamiento represivo no castiga en el reincidente la inclinación al crimen (o sea, la habitualidad) sino sólo el acto, como expresión de una espiritualidad tendente a la habitualidad (p. 150).

Para impedir la habitualidad, el derecho positivo determina una forma típica de culpabilidad que, siendo de carácter, netamente se distingue de la de habitus, porque tal ordenamiento puede ordenar “que también la tendencia a la habitualidad, o sea, la simple inclinación al delito, sea reprimida por el sujeto”, y no pudiendo imponer a éste que evite dicha tendencia, establece un autónomo imperativo concreto, con el cual, al volver a vedar la lesión de un determinado bien, hipotetiza y prohíbe la acción contra ese bien realizada por el ya reo cual manifestación de una tendencia a la habitualidad, de una inclinación al delito. Ese imperativo “prohibiría el delito cometido con ánimo inclinado al delito” (p. 152). La culpabilidad de inclinación es, pues, una especie de la de carácter entendida como culpabilidad por un típico modo de ser del carácter del sujeto autor del delito (p. 153). Toda acción manifiesta el carácter del sujeto en el sentido de que la energía espiritual patentizada en el delito es conforme

a la naturaleza de aquella condición ético-sicológica del sujeto en el momento de la acción, que depende de su carácter (85).

Crítica.—No podemos desconocer los méritos de Dell'Andro, su originalidad, aciertos y sugerencias útiles. Como logros positivos destacan la individualización de la categoría jurídico-subjetiva de la reidad, el intento de relacionar el sujeto actuante con su acto delictivo precedente y, a través del sujeto, el primero y el segundo delito para, finalmente, estimar éste cometido con una culpabilidad especial. Aun así, no carece de imprecisiones y errores, sobre todo respecto a la fundamentación sustancial del instituto. A continuación realizaremos la oportuna crítica siguiendo el mismo orden que el utilizado al exponer la teoría; recaerá, según ello, sobre el significado atribuido al aspecto natural de la reidad, sobre las relaciones presumidas entre sujeto y acto y sobre la esencia de la culpabilidad especial con que se dice cometida la segunda infracción.

Relativamente a la reidad, se observa la insuficiencia de una explicación formal (no basta decir que al ya reo se dirige un imperativo penal más fuerte) si ésta no descansa en un presupuesto real, pues en un plano de pura teoría normativa desligada de bases naturales también podría fundamentarse una distinción con finalidad graduatoria de la pena, por ejemplo, entre individuos altos y bajos, rubios y morenos, etc. La reidad, como concepto jurídico, debe asentarse sobre un sustrato sustantivo que permita diferenciar la posición del ya reo de la de cualquier otra categoría de autor.

Ni vale recurrir, como hace Dell'Andro, a la inclinación al delito que se formaría en el ánimo del culpable tras la comisión de la primera infracción criminal, porque con ello —aunque se admita que el delito produce tal efecto— no se distingue a los delincuentes ya condenados de aquellos otros que, habiendo cometido un delito, no han sufrido aún la correspondiente condena. Así, olvidando la importancia de la sentencia condenatoria, de la que precisamente es efecto la reidad, llega a una virtual identificación de la reincidencia con el concurso material de delitos, en el que, paradójicamente, se sanciona al sujeto con especial benevolencia quizá porque su “inclinación” criminal, provocada por las infracciones anteriores, supone la necesidad de emplear una menor “energía espiritual” para realizar los delitos sucesivos, mientras que al ya reo, si puede presumírsele en alguna situación, será de inhibición hacia el delito, no de inclinación, dado el contraestímulo que la condena supone

En el segundo aspecto, a la exacta afirmación de Dell'Andro de que el

(85) Se completará el examen de la postura de Dell'Andro al estudiar en el Cap. VII el funcionamiento normativo de la reincidencia.

sujeto revive el hecho pasado en el momento de realizar su nueva infracción, debe añadirse, por el mismo procedimiento, que necesariamente habrá de revivir también una experiencia tan importante como es la condena que sancionó definitivamente aquel delito. En cuanto a la identificación que realiza entre sujeto y acto, aparte de su escasa aceptabilidad desde un plano filosófico, en el punto de vista concreto que nos interesa supone tal abstracción que, por una parte, impide ver en el hecho una manifestación de la personalidad de su autor y graduar la influencia —siempre variable— de cada acto o de cada experiencia del sujeto en su actividad futura, y por otra, valorar la actividad presente conforme a la situación, condiciones subjetivas, experiencias, género de vida, etc., anterior del individuo, distinguiendo a tal fin las peculiaridades subjetivas influyentes en la valoración del acto, de aquellas otras que carecen de relevancia en el caso concreto. La condena es una vivencia importante en sí misma, pero importante sobre todo en relación a cualquier conducta criminal posterior del sujeto que la ha padecido, y precisamente a través de éste.

Por último, la infracción del ya reo se dice cometida con ánimo inclinado al delito, con culpabilidad de inclinación (lo cual no es cierto), y al aumento de pena (retribución) se le asigna como finalidad la de que el hábito no termine de constituirse. Reincidencia y habitualidad aparecerían de esta suerte como tipos sustancialmente afines, como formas graduadas de una misma inclinación, con una simple diferencia cuantitativa (86), lo que en pura lógica impediría la concurrencia de ambas, ya que la primera es anterior y uno de los caminos necesarios para llegar a la segunda que, a través de aquélla, se está formando. Lo cierto, en cambio, es que cada una de las mencionadas figuras deriva de un punto de vista distinto: represivo y preventivo respectivamente. Pero aun admitiendo la posibilidad de una pena retributiva —por dejar el reo que se forme la propia inclinación el delito— con finalidad preventiva —evitar que esa tendencia se convierta en hábito—, difícilmente podría ello justificarse en los casos de reiteración entre delitos de la más heterogénea naturaleza. Rotunda es la crítica esbozada por Latagliata (87): “Tanto legal como prácticamente —dice— es posible que la habitualidad exista antes que la reincidencia, y contemporáneamente a ella; en cuyo caso sería absurdo prohibir al ya reo obrar con espiritualidad tendente al hábito después que la habitualidad misma haya sido declarada, para evitar que se produzca algo que ya se ha producido”.

(86) V. Latagliata, op. cit., p. 238.

(87) Op. cit., p. 241.

b) *Teoría de la culpabilidad aumentada.*

Importante es también el estudio que, por su parte, realiza Latagliata (88) de la reincidencia, sobre todo porque resalta un elemento esencial que parecía olvidado en la doctrina precedente: la sentencia penal de condena. Por razones históricas, metodológicas o, simplemente, por su semejanza externa con otras figuras, la reincidencia venía siendo asimilada a las demás hipótesis de pluralidad de delitos realizados por un mismo sujeto. La condena firme, elemento específico de la reincidencia, quedaba infravalorada al reconocérsele sólo la función de mero límite formal de distinción (p. 28) pese a la profunda diversidad de disciplina jurídica de nuestro instituto respecto a los demás casos de repetición criminal (p. 53). Más que con esas figuras —continúa Latagliata—, la reincidencia presenta analogías con el perdón judicial y la suspensión condicional de la pena (según la regulación italiana), en los que se presume que el sujeto, tras la experiencia de un juicio, se abstendrá de violar nuevamente la ley penal, mientras que al reincidente se le dirige mayor reproche por no considerar como es debido la importancia del juicio anterior (p. 58). La reincidencia significa una negación del valor del arrepentimiento.

Destaca este autor la importancia de la sentencia de condena desde tres distintos ángulos:

—Como presupuesto, o mejor, como elemento formalmente constitutivo de la reincidencia. En tal sentido no se reduce la condena a “simple documento” ni responde sólo a “una exigencia de certeza legal” que existiría también aunque la condena adquiriera firmeza después de cometerse el segundo delito (p. 69-70).

—En relación con el sistema normativo: como mandato pronunciado por el Juez, en cuya persona se concretiza de manera casi tangible el sentido de autoridad (p. 80). Al adquirir firmeza la sentencia condenatoria el culpable queda totalmente sujeto al querer del Estado, que llega a prescindir de la voluntad del individuo. Quien viola la ley penal tras esta singular experiencia da a su comportamiento el significado de una implícita negación de la experiencia misma; su conducta contiene, además del desprecio por la norma que contradice, el de todo aquello que concurre en la formación del valor psicológico y jurídico de la condena (p. 83).

—En la lógica de la acción: como directa y personal llamada al deber de conformar la propia conducta a las normas jurídicas. Al sujeto se le ha hecho una “advertencia formal” (p. 85), solemne, y puede reprochársele si no la tiene en cuenta; advertencia que “se liga al impulso de la acción

(88) En su obra ya citada, «Contributo allo studio della recidiva». A ella se refieren las páginas citadas en el texto.

criminal que a través de proceso revela el disvalor de reprochabilidad que le era inmanente desde el principio" (p. 91). El culpable revive en el proceso la agresión perpetrada contra el ordenamiento.

Con la condena, el reo adquiere "conciencia del significado antijurídico de su precedente acción porque viene puesto frente a la verdad auténtica del hecho cometido". Siguiendo a Maurach basa la reincidencia sobre la renovada rebelión del sujeto a una ley cuya eficacia ha experimentado a través del juicio. Mediante la condena el sujeto se hace consciente del mal ocasionado con la acción criminal (p. 94-95). La reidad, considerada como simple concepto convencional carente de valor ontológico, es para Latagliata "una cualidad de la persona que informa de por sí toda acción del sujeto, pero que deja plenamente inalterada su constitución psicológica entendida en sentido naturalístico". Tal situación se caracteriza por la directa conciencia del sujeto del disvalor de determinados comportamientos (p. 99).

La unión entre la experiencia que la condena representa y la nueva acción criminal es posible gracias al recuerdo de aquélla, recuerdo que es "el dato sobre el que se apoya el instituto de la reincidencia" (p. 113). El individuo puede conocer el contenido y dirección de sus impulsos y dominarlos; para el ya reo este conocimiento es más rico y directo porque se liga a la actualidad psicológica —por virtud del recuerdo— del precedente juicio, cuando obra contra los mandatos de la ley (p. 256). La reincidencia corresponde a la culpabilidad (en tanto la culpabilidad ha de entenderse como fuente de conocimiento del disvalor de una conducta y no como elemento para reconstruir la personalidad del imputado, p. 195) y es elemento para graduar la desobediencia, la mayor desobediencia, al precepto, ya que al reincidente se le reprocha "no haberse dejado motivar por la advertencia implícita en la condena precedente", no haber tenido en cuenta su recuerdo, "haberse abandonado al impulso sin inhibirlo cuando podía y debía hacerlo por su situación de mayor conocimiento y responsabilidad" (p. 257). El recuerdo puede también no existir en el caso concreto, pero el olvido no es éticamente indiferente; en este supuesto se reprocha al sujeto haber olvidado cuando debía recordar (p. 254).

Critica: Desde el punto de vista parcial desde el que contempla la reincidencia, esta doctrina es bastante exacta, poniendo algunas de las más importantes guías que habremos de seguir en nuestro camino, aunque precisa ser depurada y, por supuesto, completada. Conviene al caso no olvidar los otros elementos de la reincidencia: el sujeto y el segundo delito en su significación de recaída y en sí mismo distinto del realizado por el delincuente primario en cuanto a la integración psicológica del impulso criminal; ni las causas secundarias de justificación; ni la naturaleza

jurídica de la reincidencia, que se objetiva en circunstancia agravante del delito, etc. Cabe añadir que la sentencia condenatoria posee junto a su función informativa o docente, otra, sobre todo, correctiva e intimidante, lo que supone un verdadero contraestímulo al delito; el conocimiento indubitado de que el sujeto ha sufrido dicha experiencia, la cual es importante en sí misma, pero, especialmente, en relación al delito que se está a punto de realizar; que la reincidencia no es en realidad un criterio para medir la culpabilidad, etc., etc.; temas todos que, por ser objeto de nuestra propia tesis, serán desarrollados ampliamente en los Capítulos que más adelante se dedican a dicha problemática.

V. CONCLUSION CRITICA

En la exposición progresiva de las posiciones doctrinales de que se ha hecho mérito, aparece el contenido del derecho penal comprendido entre dos límites contrapuestos aunque compatibles: el hecho objetivo y el sujeto que lo produce, y cómo la teoría se mueve dentro de ellos en un continuo vaivén tendiendo ya hacia uno ya hacia otro de dichos extremos. El problema de la reincidencia se reduce, como reflejo de lo anterior, al dilema de configurarla como una especial peligrosidad del sujeto (o una cualidad personal demostrada y jurídicamente relevante), o como una mayor culpabilidad, y su correlativo tratamiento preventivo o retributivo. En el primer caso la reincidencia habrá de desaparecer de los códigos penales, absorbida por la más real categoría de la habitualidad; en el segundo, con su propia entidad sustancial, deberá significar un aumento de la pena.

CAPITULO SEGUNDO

SUMARIO:

I. Concepto de la reincidencia en nuestro Código penal. II. Fundamento. III. Caracteres: 1) Generalidad; 2) Obligatoriedad; 3) Objetividad; 4) Perpetuidad; 5) Gravosidad.

I

CONCEPTO DE LA REINCIDENCIA EN NUESTRO CODIGO PENAL

La reincidencia, en una conceptualización unitaria comprensiva (1) de los dos tipos (2) respectivamente delineados en los números 14 y 15 del artículo 10 del Código penal español (3), puede ser definida como la recaída en el delito por parte de un sujeto precedentemente condenado con sentencia penal irrevocable por otro u otros delitos. Su significado técnico difiere así notablemente del sentido etimológico —de *recidire* = volver

(1) Así suele hacerlo la doctrina española habida cuenta de la sustancial identidad de ambas agravantes, señalando después sus peculiaridades respectivas: V. Ferrer Sama, Comentarios al Código Penal, Murcia, 1946, T. I., p. 411 ss. son —dice— «dos manifestaciones de un mismo fenómeno»; Puig Peña, Derecho penal (parte gen.) T. II, V. II Barcelona, 1959, p. 173; Antón Oneca y Rodríguez Muñoz, Derecho penal, Madrid, 1949, p. 381; Del Rosal, Derecho penal español, T. II, Madrid, 1960, p. 288 = «Las circunstancias 14 y 15 del artículo 10 son expresión de un origen común... por su identidad sustancial, como por otra parte, por su carencia de separación en la mayoría de los Códigos, interesa estudiarlas en un mismo apartado»; Cuello Calón, Derecho penal, T. I, Barcelona, 1964, p. 573; Quintano, Curso de Derecho penal, T. I, Madrid, 1963, p. 456; etc.

(2) El Código penal, conforme a la distinción entre reincidencia genérica y específica y siguiendo una tradición que se remonta a 1848, regula en dos números diversos las llamadas «reincidencia» y «reiteración» (aunque esta última sólo recibe tal nombre a partir de 1870).

(3) Art. 10 Cp.: Son circunstancias agravantes:

14.—Ser reiterante. Hay reiteración cuando al delinquir el culpable hubiere sido castigado por delito a que la Ley señale igual o mayor pena o por dos o más delitos a que aquella señale pena menor.

15.—Ser reincidente. Hay reincidencia cuando al delinquir el culpable hubiere sido ejecutoriamente condenado por otro u otros delitos comprendidos en el mismo Título de este Código.

a incidir, recaer— y vulgar del vocablo, pues se añade la exigencia importantísima de una sentencia penal firme de condena interpuesta entre las varias infracciones. Para mayor precisión de la noción propuesta conviene resaltar, en concreto, cada uno de los términos que la componen, sin perjuicio de ulteriores aclaraciones, en el sentido siguiente:

—Es por su esencia una recaída, por ende actividad, conducta, si bien cualificada por la situación individual que antecede a la misma y, consecuentemente, no puede entenderse como situación (4) o cualidad personal del reo.

—La estimativa de dicha situación personal es, sin embargo, imprescindible en cuanto presupuesto necesario cualificante de tal actividad.

—Tanto la caída como la recaída han de ser en delito, no en falta o infracción de carácter no penal.

—El primero de dichos delitos debe haberse realizado y jurídicamente declarado mediante sentencia firme de condena antes de comenzar a ejecutarse la segunda violación penal.

II

FUNDAMENTO

La reincidencia se regula dentro de nuestro Código penal dentro del amplio y heterogéneo grupo de supuestos comprendidos bajo la común denominación de “circunstancias que agravan la responsabilidad criminal”. Sin duda la ambigüedad de tan poco comprometedora fórmula permite encajar en ella todas aquellas causas —por muy distinta que sea su índole— que sin ser esenciales para la existencia de los distintos tipos de delito, producen, cuando concurren, el efecto común —único punto de unión— de agravar la pena. Pero esta misma ambigüedad impide poseer una guía legal segura cuando se trata de estudiar en concreto el fundamento y naturaleza de cada una de las circunstancias allí incluídas (5). La reincidencia es una circunstancia que agrava la pena; pero ¿agrava la

(4) No debe, a nuestro juicio, conceptuarse la reincidencia como «la situación del individuo que después de haber sido juzgado y definitivamente condenado por un delito comete otro en determinadas condiciones» (Cuello Calón, op. cit., p. 573), porque la reincidencia según la Ley no es una situación del sujeto, pese a la personalización de la circunstancia, sino la recaída en el delito por parte de un sujeto en una determinada situación; por el mismo motivo no es la reincidencia «la calidad del reo» que ha delinquirido más de una vez»: F. Castejón, Derecho Penal, T. I, Madrid, 1931, p. 235.

(5) Dentro de este grupo sólo puede indicarse que la reincidencia es circunstancia subjetiva, no comunicable a los partícipes, sino sólo aplicable a aquellos en quienes concurra.

pena porque el delito es más grave o porque el delincuente es y se demuestra más perverso?, ¿se refiere a la culpabilidad o a la peligrosidad?

Al efecto conviene examinar la propia norma previsor de la circunstancia y su colocación dentro del Código penal, así como la jurisprudencia que en este punto se muestra ciertamente " ecléctica " y muchas veces vacilante.

Sin prejuzgar la materia, que será objeto de posterior atención, cabe observar que en el Código aquello que agrava la responsabilidad (no el delito) es la condición jurídica del culpable: " ser " éste reiterante o reincidente, mientras que reincidencia y reiteración, en sí mismas, son meras definiciones legales indicadoras de los requisitos precisos para que una persona pueda ser reiterador o reincidente. En ese sentido sería preferible hablar de " reincidente " (tipo de delincuente al que la ley castiga, por su condición de tal, con mayor severidad) que de " reincidencia ". De esta apreciación, y más por razón de utilidad que por su propia exactitud, deriva la diferenciación de elementos que realizamos seguidamente.

En términos estrictos es evidente que mal puede ser circunstancia de un delito aquella institución que cuenta entre sus elementos al delito mismo; y la reincidencia, compuesta por una condena precedente y un delito posterior, referidos ambos a un sujeto único, no puede ser circunstancia de ese delito posterior, porque éste forma parte integrante de su concepto. El nuevo delito confiere al ya condenado su condición de reincidente; pero no al contrario, es decir: la condición de reincidente (consecuencia, posterius) no debe provocar en el segundo delito (causa, prius) una modificación en su estructura o gravedad. Al menos en principio, el delito no es reincidente porque lo cometa un individuo determinado, sino el sujeto reincidente porque realiza semejante delito. La deducción lógica que deriva de todo ello es que en el derecho positivo patrio parece tenerse en cuenta, con eficacia sobre la reacción penal, un tipo de delincuente, el reincidente, cuya particular sanción se funda en la mayor peligrosidad demostrada con su recalcitrante actividad criminal, pues no existe delito alguno al que referir coherentemente el aumento de pena.

No obstante, a este razonamiento se oponen otros aspectos de la regulación legal, a saber:

—La reincidencia agrava la " responsabilidad ", y dicho término más indica un débito por culpabilidad o daño causado que la estimación de una característica personal que por su contenido de peligrosidad o temibilidad haga oportuna una reacción contra el agente. Se responde por algo que se realiza, pero no por algo que se es, salvo que la propia cualidad, condición o situación individual entre a formar parte o se refleje de algún modo en la acción delictiva. El moderno derecho penal no

castiga al hombre por "ser" bueno o malo, blanco o negro, rico o pobre, sino por "obrar" bien o mal, correcta o incorrectamente, sirviendo determinadas cualidades personales, sí reflejadas en el delito, para valorar y graduar la reprochabilidad del hecho, y, si no reflejadas, como máximo para adecuar (no para medir) la pena a la personalidad de quien haya de sufrirla.

—Se reserva al reincidente un aumento de pena y no una medida de seguridad.

—Dicho aumento de pena se liga indisolublemente al delito cometido, no por el reincidente, que sólo adquiere esa categoría después de realizarlo, sino por el ya condenado.

—El reincidente "puede" ser, además, un criminal peligroso y quedar sometido a las medidas de seguridad previstas en la Ley de Vagos y Maleantes cuando en él "sea presumible la habitualidad criminal" (6). Pero esta misma limitación indica que muchas veces la peligrosidad no concurre en los reiterantes y reincidentes (7); y en los casos, según la propia ley poco frecuentes, en que así sucede, no se justificaría un aumento de la pena correspondiente al delito cometido tras la condena, salvo atribuir a la pena una desmesurada y excluyente función de prevención especial (8).

Así pues, la verdadera agravante de la responsabilidad no radica en "ser" reincidente, sino en "convertirse" el sujeto en reincidente mediante la comisión de un nuevo delito, estimándose en tal supuesto una situación personal precedente capaz de modificar la gravedad de la posterior conducta delictiva: al que se encuentra en la posición jurídica de ya condenado puede atribuir la ley un especial deber de no delinquir, de no convertirse en reincidente.

Tampoco la Jurisprudencia mantiene en esta materia una postura decidida. Como principio aplicable a las circunstancias en general ha sostenido el Tribunal Supremo que sólo pueden estimarse las circunstancias agravantes cuando el hecho que las engendra aparezca como revelador de una mayor perversidad en el culpable al ejecutar el delito (9). Esto, sin embargo, no es enteramente predicable de la reincidencia, la cual se

(6) Artículo 3.º, n.º 1 Ley de Vagos y Maleantes de 4 agosto 1933.

(7) «La reiteración y la reincidencia no dan por sí mismas lugar a la declaración de estado peligroso, sino sólo en cuanto sea presumible la habitualidad criminal», Ferrer Sama, op. cit., p. 420.

(8) El mismo legislador así lo ha reconocido: «La exclusión de los reincidentes y reiterantes del beneficio de la rehabilitación da por supuesta de un lado la idea de la imposibilidad de su regeneración, que es contraria a los principios cristianos, y de otro una peligrosidad que no siempre existe, sobre todo cuando ambas condenas son muy distantes en el tiempo» (Exposición de motivos de la ley 20-XII-1952).

(9) S. 30 octubre 1930.

caracteriza, según veremos, por su formalismo y objetividad de estimación (10). En concreto, respecto a reiteración y reincidencia viene entendiendo nuestro Supremo órgano jurisdiccional que su fundamento estriba en la "persistencia" en el delito, hábito, peligrosidad, insuficiencia de la pena anteriormente impuesta (11). La "razón teleológica" de ambas circunstancias resulta de que éstas son "el exponente exteriorizador de la persistencia en delinquir del agente" (12), o más precisamente, "su fundamento, según doctrina de esta Sala, estriba en la insensibilidad del procesado a las penas impuestas anteriormente y en su tendencia a delinquir" (13). "Tanto la fundamentación psicológica de la reiteración y mucho más de la reincidencia miran preferentemente al futuro sancionando la mayor peligrosidad del que reitera actividades delictivas (14). Estas normas agravatorias de la pena tienen su fundamento en la *persistencia* del agente en su conducta *dolosa*, no obstante haber sido objeto de sanción anterior (15).

La comisión del segundo delito "*demuestra que la pena primeramente impuesta no surtió aquellos efectos que la ley busca en la futura actuación del interesado*" (16). En suma: "la circunstancia de reincidencia (y en lo que cabe, la reiteración) viene a representar en el ordenamiento penal la estimación sensible de una *persistencia en la conducta dolosa* del agente que habiendo sido objeto de una sanción anterior por el quebrantamiento de una norma penal de igual naturaleza a la que de momento se persigue, *manifiesta su propósito de vulnerar de nuevo la ley* y en una directriz análoga a la que fue anteriormente sancionada, *demonstrando su perversa inclinación a delinquir sin que en su ánimo hubieren hecho mella ni corrección las decisiones precedentes* (17).

La presunción de que estas cualidades son poseídas por el reincidente es, como ya se dijo, de carácter absoluto, prevaleciendo en todo caso los datos objetivos en los que la reincidencia se basa sobre cualquier consideración acerca de la personalidad del reo: "Se alega que no existe en el condenado tendencia subjetiva al delito ni insensibilidad a las penas precedentes que es en lo que se fundamenta la agravante según las sentencias aludidas; sobre lo cual es de señalar que lo exigido para la apre-

(10) V. en el epígrafe «objetividad» de este mismo capítulo Ss. 2-2-1966 y 11-2-1967..

(11) V. p. ej. Ss. T. S. 6-12-1896, 17-6-1940.

(12) S. T. S. 1-7-1967.

(13) S. T. S. 17-3-1967.

(14) S. T. S. 29-5-1967.

(15) S. T. S. 7-11-1967.

(16) S. T. S. 25-6-1966.

(17) S. T. S. 11-12-1958.

ciación de la circunstancia es la constancia fáctica de los delitos antes sancionados y de las penas impuestas" (18).

El Tribunal Supremo continúa, pues, sosteniendo la teoría propuesta por Carrara, aunque dotándola de mayor exactitud y profundidad. Considera la recaída cual síntoma o manifestación de una cualidad o estado personal del delincuente: su insensibilidad hacia la fuerza correctora de la condena (no ya sólo de la pena), a la cual parece asignar una función y una eficacia preventiva. Culpabilidad y peligrosidad aparecen de tal modo ligadas y confundidas que nos hace recordar algunas concepciones sobre la institución italiana de la capacidad para delinquir, según la cual puede variar la medida de la sanción en función de ciertas cualidades subjetivas del autor; mientras que, por deducción, a la pena se asignan finalidades tanto represivas cuanto preventivas. El reincidente manifiesta su propósito de vulnerar repetidamente la ley, de oponerse a la norma. El segundo delito (precisamente porque el sujeto fue condenado por otro anterior) demuestra su "inclinación o tendencia a delinquir", su "peligrosidad"; pero ésta no es éticamente indiferente, sino "perversa", reproachable, tal vez porque el sujeto ha permitido libremente que se forme en su "ánimo". En tal caso, el segundo delito es sólo el indicio o la manifestación de esa cualidad; o un paso más en la formación de la misma, en cuyo supuesto se agrava la pena que ha de aplicarse a tal delito en cuanto éste representa la extrinsecación querida de una cualidad personal, existente o en fase de creación, contra la que el sujeto debería haber luchado eficazmente, manteniéndola oculta o detenida.

III

CARACTERES

Antes de entrar en el examen del contenido de la reincidencia —mediante el análisis de los elementos que la componen—, es preciso considerar la forma que ésta presenta como unidad normativa y real, destacando para ello sus características más importantes según la regulación positiva española. La exposición será breve por cuanto limitada a constatar la existencia de los mismos en nuestro ordenamiento. Estos caracteres fundamentales de la reincidencia son, en nuestra opinión, los siguientes:

(18) S. T. S. 11-2-1967.

1.—Generalidad:

Se contraponen este carácter al de "relatividad", que consiste en conceder relevancia jurídica únicamente a un tipo de reincidencia (normalmente la específica), o bien en admitirla como agravante sólo de determinados delitos (normalmente los patrimoniales). Frente a este sistema imperante en tiempos pasados y acogido en alguna legalidad vigente (ejemplo Código alemán), el Código penal español, siguiendo al francés de 1810 —primero en conceder a la reincidencia virtualidad general—, estimó sin duda la idea de que la reincidencia es una institución aplicable a cualquier transgresión penal, salvo ciertos casos en los que por la naturaleza de la infracción (delitos que incluyen la reincidencia como elemento constitutivo o presupuesto necesario en los cuales sin embargo las reincidencias —cuando sean varias—, que excedan el requisito legal sí pueden jugar como agravantes) o por la escasa gravedad de ésta (faltas) se excluye la reincidencia; excepción que precisamente confirma la regla. Por otra parte, la distinción entre delitos de la misma o de distinta índole sólo da lugar en el derecho patrio a dos diversas especies de reincidencia: reiteración y reincidencia propiamente dicha.

El mantenimiento de la generalidad de la reincidencia nos parece perfectamente lógico, pues la situación del sujeto ya condenado, en sede de planteamiento normativo, debe ser eficaz respecto a cualquier conducta delictiva posterior del mismo individuo, salvando, en aras de justicia, los casos excepcionales en los que, pese a existir reincidencia "formal" no hubiera una reincidencia "real", mediante la concesión al Juez de un pequeño margen de libertad para apreciar o no la reincidencia en determinados supuestos, basado en otro pequeño margen de confianza: la de que todo juez, si no conoce, por lo menos intuye cuál es la esencia del instituto que estamos examinando.

Se estima, pues, la conveniencia de no realizar exclusiones apriorísticas por parte del legislador, pero dejando al juez la posibilidad de apreciar o no la reincidencia a la vista de cada caso concreto.

2.—Obligatoriedad:

El Código vigente, a partir de la reforma de 1932 que volvió al criterio del Código de 1848 —ya que en los Códigos intermedios la estimación de la circunstancia de reiteración era facultativa del Juez—, impone a los Tribunales la obligación de aplicar la reincidencia en cualquiera de sus formas siempre que concurran los requisitos exigidos por la ley. Así lo establece también numerosa jurisprudencia (19).

(19) Su estimación es obligatoria: Ss. T. S. 15-3-1947, 6-3-1952, 21-10-1953,

Desde un punto de vista teórico responde mejor al fundamento natural de la agravante el carácter opuesto al imperante en nuestra legalidad, o sea, la discrecionalidad del Juez en ciertos casos para estimar o no la reincidencia. Por ello, aunque imprecisamente formulada, resulta correcta en sus consecuencias la teoría según la cual es la reincidencia el efecto de una presunción desfavorable contra el acusado, presunción que puede quedar destruída por la prueba en contrario, ya que la persistencia en el delito no ha de entenderse a priori como argumento constante de la perversidad del delincuente (20). Dicha prueba en contrario suponemos que tendría que derivarse de las circunstancias del caso concreto (personalidad del delincuente, relaciones entre la primera y la segunda infracción criminal, naturaleza del delito actual. etc.),

Aunque la reincidencia no descansa tanto en una presunción de mayor perversidad del delincuente cuanto en un aumento en la culpabilidad del delito cometido por el ya reo, según el juicio adelantado del legislador, no puede descartarse la eventualidad de que la deducción, normalmente exacta, obtenida mediante ese juicio, contrastara, en determinados supuestos concretos, con la realidad natural. Por ello, habida cuenta de la eficacia general atribuida a la reincidencia, debería dejarse al Juez alguna libertad para apreciarla, aun limitadamente a tales supuestos, por así decir, "dudosos", en los que sólo a la vista de cada caso específico es factible determinar si existe o no esa cualidad personal o ese aumento de culpabilidad que se objetiva en la reincidencia.

3.—Objetividad:

La reincidencia, pese a su naturaleza personal, descansa sobre bases objetivas indudables (21): la existencia de una precedente sentencia firme de condena por delito y la comisión de otro delito por parte del sujeto que tiene a su cargo dicha condena.

Mantener este criterio nos parece correcto, ya que satisface una exigencia de seguridad jurídica y facilita la labor judicial, pero sin llevarlo a los extremos que rigen en el Código español y en la correspondiente jurisprudencia, que configuran la agravante de reincidencia en un rigu-

15-12-1953, 13-10-1966, 26-3-1958. La apreciación de la reiteración es imperativa: Ss. 25-1-1960, 2-12-1960, 4-7-1962, 21-11-1963, 17-3-1964. No es potestativa sino imperativa: Ss.: 25-6-1966, 3-11-1967. Etc.

(20) Haus, Cheveau et Helie, Pessina, etc. Cit. por Gianniti «I reati...», cit. p. 143. Esta teoría encuentra acogimiento parcial en algunos Códigos penales: v. p. ej. art. 100 Cod. pen. italiano.

(21) Quintano (Curso... cit., p. 455) la cataloga, como «circunstancia agravante personal de constatación objetiva». Operan objetivamente: S. T. S. 12-2-1953. Ver en el capítulo V de este trabajo el epígrafe «Condiciones para la eficacia».

roso formalismo al hacer prevalecer en todo caso esos caracteres objetivos sobre el fundamento sustancial de la reincidencia, siendo posible, como decíamos, una discordancia entre la efectiva realidad y la previsión normativa (22). La objetividad debe subsistir, pero coherentemente conjugada y mitigada con esa cierta libertad judicial en la apreciación de la circunstancia, cuya naturaleza, repetimos, es de carácter subjetivo.

4. Perpetuidad:

El Código penal español no señala término alguno transcurrido el cual la reincidencia —o más propiamente la reidad (23)— pierda su eficacia. El Tribunal Supremo ha establecido al efecto que el transcurso más o menos largo de tiempo entre dos hechos criminales no influye sobre la eficacia agravatoria de la reincidencia (24), y que tampoco le afecta la prescripción de la pena impuesta por los anteriores delitos objeto de la sentencia firme de condena (25). En España el criterio de la prescripción de la reincidencia fue admitido por el Real Decreto-Ley de 14-11-1925; pero a partir de 1932 rige en la materia el principio de perpetuidad, que ha persistido pese al sentir contrario de una buena parte de la doctrina y de casi todos los Códigos penales.

La opinión favorable a la imprescriptibilidad de la reincidencia se basa generalmente en una concepción personalista de esta circunstancia, al estimarse que la tendencia al delito si reaparece después de muchos años lo que demuestra es su profundo arraigo (26), o que “si la reincidencia sirve sobre todo para revelar el verdadero carácter del delincuente, ¿por qué en razón del tiempo transcurrido no habrá de tenérsela en cuenta?; ¿de cuando acá el tiempo destruye los hechos?; y, en todo caso, aquella presunción de enmienda y rehabilitación que el largo tiempo transcurrido podría hacer surgir ¿no es destruída radicalmente por el nuevo delito? (27); o que esta imprescriptibilidad es un efecto de la esencia íntima

(22) V. S. T. S. 11-2-1967, en nota 18 de este capítulo. En igual sentido S. 2-2-1966.

(23) Es perpetuo, en realidad, el efecto que produce la condena, que llamamos reidad. V. capítulo III de esta obra.

(24) Ss. T. S. 25-11-1940, 19-12-1945, 30-10-1946, 24-5-1950, 22-11-1952, 27-5-1953, 17-10-1956, etc.

(25) Ss. T. S. 8-5-1936, 6-10-1942, etc. S. 19-2-1966. El razonamiento que se hace para inaplicar la reincidencia de que el delito de... por que fue condenado... en... está prescrito no puede acogerse, pues la prescripción es aplicable para extinguir la responsabilidad penal, pero no puede extenderse a la agravación...

(26) Garofalo, *Criminologia*, Torino, 1881, p. 368; Zappulli, *La recidiva nel nuovo Codice penale*, en *Rivista Penale*, 1931, II, p. 527; Alimena, *I limiti...* cit. III, p. 578; Vannini, *Il Codice penale...* cit. III, p. 412. A esta opinión parece adherir Cuello Calón.

(27) Florian (*Dei reati e delle pene in generale*, vol. I, p. 181-182).

de la pena que marca con él, indeleblemente, a quienes la hayan sufrido... (28). Más acogible parece el argumento utilizado por el legislador italiano: "una vez establecida la necesidad de tener en cuenta las condenas precedentemente sufridas como síntoma de la capacidad para delinquir, habría sido ilógico fijar confines, pasados los cuales la reincidencia no opere, o bien funcione sólo como reincidencia genérica y no también como reincidencia específica" (29).

La opinión contraria deriva muchas veces de la perplejidad que produce el hecho de que siendo susceptible de prescripción tanto el delito como la pena, no lo sea la reincidencia: "Si se admite que tras un cierto tiempo prescriba el derecho de hacer ejecutar la condena, con mayor razón se debe admitir un término transcurrido el cual cesa o prescribe el derecho a computar la condena misma para la reincidencia. Quien por largo tiempo ha observado buena conducta, aunque en el pasado haya sufrido el rigor de la Ley, no debe ser tratado parejamente a aquel que en breve intervalo recae en el delito (30)". También se afirma que la presunción de ineficacia de la pena queda eliminada por el largo tiempo transcurrido (31); que no admitir la prescripción pugna tanto con el verdadero concepto de la prescripción como, y, sobre todo, con el de la reincidencia, concebida a la moderna, en el sentido de la habitualidad (32); que la inclinación al delito no puede formarse cuando entre los dos delitos subsista un intervalo notable de tiempo (33), etc.

Entendemos que, como principio general, debe mantenerse la imprescriptibilidad de ese efecto de la condena que, con el posterior delito, provoca la reincidencia; pero, reconociendo que el transcurso del tiempo no carece de relevancia respecto a la reincidencia, es aconsejable mitigar el rigor de tal principio mediante la tantas veces aludida concesión al juez de cierta discrecionalidad en la apreciación de esta circunstancia, en el

(28) Bernaldo de Quirós, «Derecho Penal», parte general, Méjico, 1949, p. 151-152.

(29) Relazione al progetto definitivo del Código penal italiano vigente, I, p. 150.

(30) Relazione Ministeriale sul progetto di 1887 (n. LXIII) (relativo al Código penal italiano de 1889). En igual sentido, P. Montes, Derecho Penal español, El Escorial, 1929, v. II, p. 224.

(31) Crivellari, «Diritto penale», Roma, Torino, Napoli, 1888, p. 219-220.

(32) Quintano, «Comentarios...», cit. p. 242.

(33) Bettiol, Diritto penales, Palermo, 1962, p. 533. Una amplia exposición de las opiniones menos recientes sobre el tema de la perpetuidad de la reincidencia realiza Manzini, «La recidiva...», cit., p. 465 a 473. Señala este autor tres grupos de teorías: 1) Los que intentan justificar el sistema de la perpetuidad: sólo Bertauld, Nicolini y en parte Brusa; 2) La mayoría, entre ellos el propio Manzini optan por el criterio de la temporalidad; 3) Los que mantienen perpetuo el «stato di recidivanza» disminuyendo el efecto agravante en razón del intervalo transcurrido desde el cumplimiento de la pena anterior: Carrara, Canonico, Crivellari, Berner, etc.

uso de la cual y como uno de los principales criterios que ha de tener en cuenta para determinar en cada caso concreto si existe o no la reincidencia, está precisamente el período más o menos largo de tiempo transcurrido entre la precedente condena y la ulterior infracción criminal. De este modo se salvan las posibles injusticias que hubiera de provocar el mantenimiento de una imprescriptibilidad a todo trance de la agravante examinada (Piénsese, por ejemplo, si sustenta la agravación en un delito actual de imprudencia cometido por una persona de 50 años al conducir un vehículo de motor, el hecho de que hubiera sido condenado treinta años antes por un delito de injurias realizado en acalorada discusión), y se evita tener que fijar un no menos injusto término absoluto de prescripción. (Por ejemplo, sería lógico apreciar la reincidencia en el caso de un sujeto condenado por asesinato a 25 años de reclusión mayor, transcurridos los cuales, y ya en libertad, comete otro asesinato).

5. *Gravosidad.*

Finalmente, como tendremos ocasión de ver al estudiar los efectos de la reincidencia, la circunstancia que examinamos produce consecuencias muy gravosas para el sujeto afectado por ella, no sólo por el aumento de pena que implica, que puede llegar, por la repetición de reincidencia, a elevar la pena en uno o dos grados —única agravante capaz de producir tal incremento en la sanción—, sino también, porque supone un obstáculo insalvable para la concesión o el mantenimiento de numerosos beneficios penales.

CAPITULO TERCERO

SUMARIO:

IV. Elementos: 1.—El estado de reidad: A) El sujeto; B) La sentencia penal de condena: a. Acogimiento de la reincidencia «ficta»; b. Firmeza; c. Sentencias de los Tribunales militares y extranjeros. C) La reidad: a. Concepto superior comprensivo de sujeto y sentencia; b. Efecto de la sentencia. Influencia de las causas de extinción del delito y de la pena; c. Situación del sujeto. Los antecedentes penales y la rehabilitación; d. Elemento constitutivo de la figura legal que prevé la reincidencia. 2.—El nuevo delito: A) Tiempo de la comisión; B) Su naturaleza y colocación legal; C) Hipótesis en que la reincidencia es elemento constitutivo del nuevo delito; D) Delitos de hábito; E) Supuestos en los que la reincidencia es circunstancia específica del nuevo delito.

IV

ELEMENTOS

Una consideración analítica sobre el concepto de reincidencia hace posible individualizar los tres elementos —sujeto, condena, segundo delito— que la componen. Tal distinción sólo es lícita desde un punto de vista teórico, y como simple instrumento de trabajo que responde a una exigencia sistemática debe ser utilizada, ya que en su ser peculiar es la reincidencia una realidad jurídica unitaria.

A poco que se profundice se advierte que esos tres elementos aludidos se reducen realmente a dos, pues la condena nada significa sin referirla a un sujeto, y éste no es cualquiera, sino específicamente el ya condenado; la sentencia de condena queda absorbida por la humanidad del delincuente que, por ella, aparece en situación característica, a la que denominamos “situación de reidad” (1), la cual constituye, por tanto, el primer ele-

(1) El término viene empleado por la más moderna doctrina italiana: Dell'Andro, op. cit.; Latagliata, op. cit., etc. y es perfectamente aplicable a nuestro derecho e incluso conforme a la terminología del C. p.: v. p. ej. art.



mento indicado. La recaída como tal, significada por el segundo delito, es el otro elemento de la reincidencia. Este segundo delito implica la recaída precisamente porque hubo una caída primera a cargo del mismo sujeto; es decir, porque el ahora reincidente se encontraba antes en una determinada posición jurídica: la de ya condenado.

1.—El estado de reidad:

A) El sujeto.

El sujeto de la reincidencia o "reincidente" es el elemento unitario, autor de los varios delitos, actor en la recaída, destinatario de la condena y de la consecuencia legal establecida: la agravación de la pena. Sólo podrá ser sujeto de la reincidencia aquella persona que se encuentra en la situación de potencialidad descrita por la norma: en la de ya condenado. La naturaleza personal de la agravante que estudiamos se demuestra con la propia dicción del Código: "*ser reiterante*", "*ser reincidente*", lo cual —se ha dicho— "personaliza la circunstancia en una categoría especial de delincuentes" (2), apareciendo reiteración y reincidencia en nuestro derecho positivo como circunstancias "que afectan al modo de ser más que al de comportarse, siquiera sea éste el que confiere naturaleza específica al agente" (3). Si bien esta afirmación es aceptable, no debe, sin embargo, llevarse a extremos que pudieran inducir a equívoco, y en tal aspecto resulta perentoria la distinción, a todas luces realizable, entre "reincidente" y "ya reo", pues únicamente teniendo en cuenta la situación de este último puede explicarse la modificación de gravedad en su ulterior conducta delictiva comparativamente a la gravedad ínsita en la infracción, objetivamente idéntica, realizada por un delincuente primario, así como la disparidad de las respectivas consecuencias penales; y por qué sólo al ya reo atribuye la ley un especial deber de no delinquir, esto es, de no convertirse en reincidente. El estudio por este camino nos parece mucho más fecundo, ya que desde un principio cabe estimar que si está presente en la reincidencia algún tipo

17, 3.º-2.º (reo conocidamente habitual), 24, 32, 44, 52-2, 67, 93-1, etc. Denominaciones como las de «condenado», «sentenciado», etc., son comunes a otras ramas del ordenamiento jurídico; la palabra «procesado» indica más bien la inexistencia actual de una condena firme; términos como «delincuentes», «culpable», «malhechor», «criminal», «responsable», tienen contenido y significación excesivamente amplia para nuestro propósito.

(2) Del Rosal, «Sobre reincidencia», en Revista de Legislación y Jurisprudencia, julio-agosto, 1948, p. 177. Igual en «Comentarios a la Doctrina penal del Tribunal Supremo», Valladolid, 1952, Cap. V, p. 93 ss.

(3) Del Rosal, «Derecho Penal español», Tomo II, cit., p. 288.

de autor, éste no será el reincidente sino el ya reo, o no será sólo el reincidente sino también el ya reo, sobre todo si se admite, como debe hacerse, que la verdadera agravante sancionada por la ley como reincidencia nace del hecho de que la infracción criminal la comete no un reincidente sino un ya condenado.

B) La sentencia penal de condena.

La sentencia penal firme de condena interpuesta entre las varias infracciones criminales es el elemento específico de la reincidencia (4), que precisamente la distingue, desde un plano formal, de otras hipótesis de pluralidad de delitos cometidos por una misma persona. En una conceptualización genérica, sentencia penal de condena es la resolución emanada de un Tribunal penal competente que decide sobre el fondo de la causa de que conoce en el sentido de establecer la existencia de un hecho delictivo, su comisión por una o varias personas determinadas y la relativa responsabilidad y punición de éstas; esto es, la afirmación y aplicación del deber de castigar.

De la misma expresión "sentencia penal firme de condena" descende la necesidad de determinar, en los casos dudosos, qué resoluciones judiciales tienen categoría de sentencia; cuáles de éstas son penales; qué sentencias penales son de condena y, finalmente, qué sentencias penales de condena poseen firmeza o ejecutoriedad. Semejantes aclaraciones corresponden mucho más al procesalista que al penalista, por lo que en los epígrafes que siguen habremos de limitarnos a consignar cuanto en ese aspecto sea necesario o útil para el estudio de la reincidencia, pero sin pretender profundizar en el extremo procesal de las cuestiones aludidas.

a.—Acogimiento de la reincidencia "ficta":

Al estimar suficiente para que aparezca, en su caso, la reincidencia, la simple existencia de una condena a cargo del infractor, sin requerir también su ejecución ni, consecuentemente, que la pena impuesta haya sido cumplida en todo o en parte, sigue nuestro Código el sistema llamado de la reincidencia "ficta" (5).

(4) Es precisa la condena anterior con expresión de fechas, condiciones, etc., del delito precedente. S. T. S. 5-10-1948.

(5) Carrara, conforme a su teoría de la «insuficiencia relativa de la pena», estima como ficta o impropia la reincidencia tras la primera condena, y como verdadera la que se produce tras la expiación de la pena, invirtiendo con ello los conceptos para acomodarlos a su propia teoría. En España, pese al término legal «castigado» que se usa al definir la reiteración, basta siempre la simple condena anterior.

Esta orientación, mantenida también en otros muchos países (6) y de antigua tradición en los Códigos penales (7), se debe: a razonamientos de tipo *ético-jurídico*, porque "si se admitiese la reincidencia sólo en caso de expiación de la pena se dispensaría un tratamiento favorable al rebelde o a quien de cualquier otro modo hubiera logrado sustraerse a la ejecución de la condena" (8); a necesidades de *defensa social*, pues de otro modo "el delincuente que consiguiese sustraerse a la ejecución de la pena podría cometer numerosos delitos sin llegar nunca a ser reincidente" (9); y, sobre todo, al reconocimiento de la importancia jurídica de la sentencia condenatoria y de su capacidad de influjo psicológico sobre el ánimo de quien la ha padecido (10).

b.—Firmeza.

Para poder servir de base a la reincidencia, para ser susceptible de integrar su concepto, la sentencia penal de condena debe poseer el carácter de "firme", "ejecutoria" (11). Firmes son las sentencias contra las

(6) Para una noticia de los países que siguen el sistema de la reincidencia ficta, v. p. ej. Maggiore, *Diritto penale*, Bologna, 1955, v. I, p. 640.

(7) El Código penal francés de 1810, primero en regular la reincidencia como causa general de agravación, sólo requiere como presupuesto de ésta la sentencia penal firme de condena. Observa Latagliata (op. cit. p. 73) que «la distinción entre una reincidencia vera y una reincidencia ficta se basa sobre un presupuesto conceptual entre otras cosas históricamente inexacto, desde el momento en que la noción legislativa originaria viene considerada como «ficta» y se estima, al contrario, como «vera» aquella sugerida por la doctrina con el fin de limitar la excesiva amplitud de la fórmula original».

(8) Saltelli e Romano di Falco, «Commento teorico-pratico del Codice penale», Roma, 1956, v. II, p. 75.

(9) Cuello Calon, op. cit., p. 575 y bibliog. ibi cit.

(10) Cuello Calon (op. cit., p. 575) se aproxima a lo cierto cuando dice: «La intervención del Estado, la persecución judicial y la solemnidad del juicio son hechos de tal índole que para volver al delito es precisa una verdadera e íntima pertinancia». Queda, sin embargo, a mitad del camino, porque no es tanto el formalismo de un juicio, que no desaparece aunque éste acabe con sentencia absolutoria o aunque la sentencia de condena no sea firme, cuanto el hecho mismo de la condena tras esas solemnidades, lo que influye, con relevancia jurídica, sobre el ánimo del culpable.

(11) Por lo que no puede estimarse la reincidencia si la condena anterior no es ejecutoria: Ss. T. S. 8-5-1903, 17-6-1940, 13-12-1966, etc. Es curiosa, sin embargo, la S. T. S. 11-12-1958 que contradiciendo numerosa jurisprudencia y al mismo texto legal, estima que «la apreciación de esta circunstancia agravante (la reincidencia) no depende precisamente de la fecha en que la condena que la justifica alcanzó el carácter de ejecutoria a efectos procesales, sino que responde al momento de su dictado aunque su aplicación en este supuesto exija y requiera que no quepa contra ella recurso alguno, pero que una vez que tuvo el carácter de firme, gravita sobre la punición ulterior con toda la fuerza de sus términos, como definitiva que es y emanada de Tribunal competente, en instancia única y representativa no sólo de la acción reparadora de la justicia sino también de la sancionadora y correctiva que obliga al que es objeto de una condena o sentencia, desde su fecha misma, bajo el peso de la pena impuesta, cuya suspensión ejecutiva pudo demorarse por la interposición de

que no cabe recurso alguno ordinario ni extraordinario, salvo los de revisión y rehabilitación (12), mientras que recibe el nombre de "ejecutoria", en sentido formal, el "documento público y solemne en el que se consigna una sentencia firme" (13); y en sentido sustancial, aquella sentencia que puede llevarse a efecto.

El requisito de la firmeza o ejecutoriedad de la sentencia, desde un punto de vista externo, satisface una necesidad de certeza jurídica, por tratarse precisamente de un "documento irrevocable" (14). Dos razones, una de tipo teórico, cual es que sólo la sentencia firme puede considerarse como la voluntad de la ley concretizada a un caso de la vida (15), y otra de tipo práctico, a saber: que una condena no firme puede ser anulada o reformada y teniéndola en cuenta para agravar la pena se corre el riesgo de cometer un error (16), confirman la necesidad de considerar exclusivamente estas sentencias firmes como elemento conceptual de la reincidencia. Precisamente, dicha certeza legal es la que fundamenta la situación de reidad, a que después aludiremos. Por otra parte, la sentencia firme de condena sirve para algo más que "para tener noticia de esa cualidad especial del malhechor" (17), pues constituye elemento y no únicamente noticia de la expresada condición.

Pero bien pudiera pensarse que la "certeza legal existiría también en el caso de que la condena adquiriera fuerza de cosa juzgada posteriormente a la comisión del nuevo delito, y llegue a ser irrevocable antes de que concluya el proceso penal relativo a este último" (18). En el mis-

recursos u otras causas, pero que no autoriza a abrir un paréntesis dentro del cual y hasta su cierre al adquirir firmeza, puedan utilizarse los recursos como pretende para quebrantar la ley y burlar los efectos apetecidos en aquélla, a despecho de sus declaraciones y sin posibilidad de ser agravada una conducta reprochable».

(12) Artículo 141 Ley de Enjuiciamiento criminal.

(13) Artículo 141 Ley de Enjuiciamiento criminal.

(14) Miani, «Recidiva, reiterazione e continuazione nei reati», Nápoles, 1890, p. 41.

(15) V. entre otros Ranieri, «Manuale di diritto processuale penale», Padova, 1960, p. 367 y bibl. ibi. cit.

(16) Garçon, «Code penal annoté» T. I., París, 1962, p. 128 ss., n.º 28. En realidad también las sentencias firmes pueden contener errores, pero la seguridad jurídica impone considerarlas como portadoras de la verdad y, en efecto, son la verdad para el mundo del derecho (v. p. ej. artículo 1.251 Código civil) aunque a veces, desgraciadamente, la verdad jurídica pueda diferir de la real u objetiva. Lo cierto es que el riesgo que entrañaría admitir las sentencias no firmes como base de la reincidencia no es tanto el de sus posibles errores cuanto el de que tales errores se manifesten en el campo del derecho rompiendo la seguridad jurídica y social.

(17) Manzini, «La recidiva...», cit., p. 417.

(18) Latagliata, op. cit., p. 70. Este autor resuelve la cuestión en el mismo sentido que nosotros. El Tribunal Supremo, sin embargo, en algún caso aislado, como el de la S. 11-12-1958, referida en la nota (11) de este capítulo, ha estimado la producción de la reincidencia cuando se comete el segundo delito tras

mo derecho español, hoy no vigente, se siguió la orientación aludida al considerar bastante que la condena anterior fuera ya firme, no "al delinquir" sino (para la reiteración) incluso en el momento sucesivo de "ser juzgado" el culpable por la segunda infracción criminal.

Mas, aparte del significado sustancial de la condena firme (y no de las otras) anterior a la comisión del segundo delito en la configuración de la reincidencia, hay que tener en cuenta que el derecho precisa fijar situaciones en las que puedan encontrarse los eventuales o presuntos transgresores de sus normas; y que dichas situaciones deben inexcusablemente fundarse sobre bases inalterables y corresponder, además, a situaciones de la realidad natural que, precisamente, adquieren carácter normativo por virtud de su reconocimiento jurídico. A este requisito de seguridad se acomoda, por ejemplo, el establecimiento de un límite (16 años) para distinguir a los menores, que se presumen inimputables, de los mayores de edad penal. Normalmente el menor de 16 años no posee el grado suficiente de entendimiento y de voluntad requeridos para ser imputable, pero si, por excepción algún menor tuviera la madurez síquica y el desarrollo mental necesarios y suficientes, no por ello dejaría de ser legalmente inimputable. En sentido formal, la sentencia firme de condena anterior a la comisión del segundo delito cumple en la reincidencia una función semejante a la del límite de 16 años en la imputabilidad.

c.—Sentencias de los Tribunales militares y extranjeros:

Otras pruebas de la eficacia sustancial atribuida por el ordenamiento jurídico a la sentencia firme de condena son el principio llamado de perpetuidad o de imprescriptibilidad de la reincidencia (19), que hemos estudiado entre los caracteres de esta institución, y la posibilidad, siquiera sea parcial en nuestro derecho, de que la sentencia penal de condena dictada por un Tribunal extranjero pueda jugar y tener virtualidad como elemento de la reincidencia regulada en el Código penal español; es decir, la admisión, aun limitada, de la "reincidencia internacional".

Frente al reconocimiento expreso de tal posibilidad en otros países y pese a la opinión favorable a la solución positiva de la mayor parte de

sentencia de condena definitiva pero aún no firme, siempre que dicha firmeza exista ya en el momento de ser juzgado el culpable.

(19) Propiamente la perpetuidad se refiere al efecto penal de la sentencia que llamamos reidad, ya que ésta, salvo que sea anulada por alguno de los escasos medios que tienen atribuida tal posibilidad, es capaz de producir la reincidencia cualquiera que sea el tiempo transcurrido desde su formación hasta la comisión de un ulterior delito por el mismo individuo. No obstante, la estudiamos entre los caracteres de la reincidencia, puesto que se extiende a caracterizarla a toda ella.

la doctrina (20), el Código español no contiene ningún precepto general sobre la materia. La Fiscalía del Tribunal Supremo, en su Memoria del año 1899, siguiendo opiniones entonces en boga —principalmente la de Carraca—, hoy evidentemente superadas, negó todo valor a la sentencia de condena extranjera (21); mientras que el Código penal de 1928 se lo concedía sin reparos al establecer en su artículo 70 que habrían de ser tenidas en cuenta las penas impuestas por los Tribunales de Guerra y Marina y por los Tribunales extranjeros de jurisdicción ordinaria, siempre que fuese por delitos penados en ese mismo Código.

Respecto al Código vigente, estima la doctrina (22) la conveniencia de que hubiera regulado la cuestión en el sentido de conceder eficacia a la sentencia penal extranjera, aunque su silencio deja en libertad a los Tribunales españoles para apreciar la reincidencia internacional, la cual, por otra parte, ya se admite legalmente en algunos supuestos: concretamente en materia de falsificación de moneda (23) y de prostitución (24).

Debe defenderse la admisión, con carácter general, de esta "reincidencia internacional", una vez permitido el reconocimiento de las sentencias dictadas en otros países con tal de que reunieran las garantías y condiciones fijadas en la misma Ley (25), pues ello está de acuerdo, por un lado, con la naturaleza de la institución objeto de este trabajo y con la importancia sustancial e influencia inhibitoria de la sentencia de condena; y por otro, con las más modernas tendencias internacionales

(20) Para una referencia de los códigos penales que siguen el criterio de aceptar la reincidencia internacional y de algunos de los más importantes Congresos penitenciarios sobre el tema V, entre otros, Cuello Calón, op. cit., p. 574, 575. Respecto a la doctrina antigua: Manzini, «La Recidiva...», cit. p. 492 ss.

(21) Los argumentos alegados para desestimar la eficacia de la sentencia extranjera a efectos de reincidencia eran principalmente dos: 1., «Ce sarait donné contre les principes de droit public une execution en France a un jugement rendu par un tribunal étranger, que de lui imprimer une force active pour l'application des peines de la recidive» (Chauveau et Helie; *Teorie du Code penal*, I, n. X., p. 194 ss. París, 1887); 2., «Per la espiazione della pena estera non cessa la presunta sufficienza della pena nostra» (Carrara, *Stato cit.*, p. 152). Pero el primer argumento carece de valor; reconocer una sentencia o su efecto no significa darle ejecución; el segundo deriva de una concepción general sobre la reincidencia, ya criticada.

(22) Ver, entre otros, Ferrer Sama, op. cit., p. 417; Quintano, *Comentarios*, cit. p. 242; etc.

(23) El artículo 289 C. P., introducido en el Código por Ley 17-12-1947, según lo acordado en la Convención de Ginebra de 1929, dispone: «La condena de un Tribunal extranjero, impuesta por delito comprendido en este Capítulo será equiparada a las sentencias de los Tribunales españoles a los efectos de aplicación del núm. 15 del art. 10 de este Código».

(24) Artículo 452 bis f) C. P. —de idéntico contenido que el art. 289— ordenado por Decreto 168/1963, que desarrolla la Ley de Bases núm. 73/23-12-1961.

(25) Sobre reconocimiento de sentencia penal extranjera v. entre otros: Fenech, *Derecho procesal penal*, II, Ed. Labor, Barcelona 1952, p. 547, y *ibí cit.*; Allegra, «Il riconoscimento della sentenza penale straniera», Milán, 1943; Angeloni, «La sentenza penale straniera», Milán, 1956.

que niegan a los Estados la calidad de compartimentos estancos y afirman, cada día más, la necesidad de una convivencia internacional. El paso de una frontera no borra una experiencia, un carácter o una condición personal (26). Por otra parte, aunque las sentencias dictadas en el extranjero no son ejecutables en España, esta "inejecutabilidad no significa la absoluta carencia de efectos (y la reidad, recordamos, es un efecto de la condena) en España"; así, los delitos realizados en el extranjero y punibles en nuestro país, si hubieran sido juzgados en el extranjero y el reo hubiera cumplido la condena, no se abrirá de nuevo la causa (artículo 337 Ley Orgánica del Poder Judicial), y si la hubiere cumplido en parte, se tendrá en cuenta para rebajar proporcionalmente la que en otro caso le correspondería (art. 337 L. O. P. J.) (27).

También se computarán a efectos de reincidencia las sentencias dictadas por Tribunales Militares (28); aunque, tratándose de reincidencia específica, será preciso, habida cuenta de que los varios delitos deben encontrarse en el mismo Título del Código penal, que los Tribunales militares hubieran calificado el delito e impuesto la pena con arreglo al Código penal común, refiriéndose a delitos comprendidos en igual Título (29). Para la reincidencia en sentido amplio es igualmente indiferente la naturaleza (común, militar, político, etc.) y el grado de ejecución (30) del delito objeto de la condena.

C) La reidad:

a.—Concepto superior comprensivo de sujeto y condena.

El sujeto y la condena, que mutuamente se cualifican de modo tal que sólo idealmente es posible su separación, componen en realidad el autén-

(26) Dice Quintano (Comentarios, cit. p. 243) refiriéndose a la incorporación en el Registro central de antecedentes penales que constasen por sentencias de tribunales extranjeros, conforme a lo dispuesto en la Real Orden de 18.11.1926, con argumento que puede aplicarse en general al reconocimiento de sentencia penal extranjera, que «la medida tiende no tanto a favorecer intereses extraños, como a precaverse de la conducta criminal de los delincuentes más peligrosos, que no lo serán menos... porque hayan ejecutado sus crímenes más allá de las fronteras».

(27) Fenech, op. cit., p. 547; v. también Cuello Calon, op. cit., p. 574, 575.

(28) Ss. T. S. 6-3-1952; 15-12-1953; 6-3-1959 (para la reiteración es indiferente que la condena hubiera sido impuesta por Tribunales de la jurisdicción ordinaria o por algunos de los especiales), etc.

(29) Quintano, Curso, cit. p. 457.

(30) Es indiferente que los Tribunales que hayan impuesto las anteriores penas sean militares, y cualquiera que sea la naturaleza del delito y el Cuerpo o disposición legal que lo sancione: S. 17-3-1964. Es de estimar la reincidencia, aunque la condena anterior hubiera recaído por tentativa (Ss. 20-2-1901; 26-2-1904, etc. Es indiferente que las condenas anteriores lo sean por delitos en grado de tentativa, frustración o consumación: S. 20-3-1958.

tico primer elemento de la reincidencia: la "reidad" que, en cuanto concepto que los contiene y aglutina, es susceptible de ser examinada desde los dos ángulos de visión que respectivamente determinan aquéllos; o sea, como efecto penal de la condena y como situación especial del sujeto. En este segundo aspecto, quizá el más importante, hay que calificar a la reidad como una categoría jurídica subjetiva producida por la sentencia penal firme de condena en la que se incluyen, por expresa determinación legal, los individuos que se encuentran en situación determinada: la de ya condenados. Es así presupuesto imprescindible de la recaída y elemento constitutivo de la figura normativa que prevee la reincidencia.

La reidad, cual institución real y unitaria, presenta una interesantísima gama de problemas que afectan a todos y a cada uno de los aspectos de la reincidencia: cuestiones relativas a fundamentación, pues es la base sustentadora del aumento de pena que la reincidencia implica; a funcionamiento o dinámica normativa, de esta agravante; a su naturaleza jurídica; al reincidente como tipo de delincuente, etc., por lo cual, pese a la integral unidad de este elemento, conviene dividir su estudio entre los diversos sectores de la materia a los que afecta, limitándonos ahora a señalar su existencia y eficacia en nuestro derecho positivo y refiriendo a posterior consideración el examen de su naturaleza, funciones e importancia.

b.—Efecto de la sentencia. Influencia de las causas de extinción del delito y de la pena:

En el primer aspecto preséntase la reidad como un efecto penal de la sentencia condenatoria. La realidad de estos efectos penales de la condena distintos de la pena viene reconocida de un modo más o menos expreso y consciente y con variable exactitud terminológica por la ley, doctrina y jurisprudencia (31), según podremos apreciar con detalle a lo

(31) Sin ir más lejos, al examinar este mismo epígrafe y el siguiente observamos que el Código distingue entre causas de extinción de la responsabilidad, causas de extinción de la responsabilidad y de sus efectos y causas de extinción de los efectos de la responsabilidad (rehabilitación). También la doctrina admite generalmente la existencia de estos efectos penales de la condena (v. las dos notas siguientes y el epígrafe inmediato); afirmaciones como las que referimos a continuación a título de ejemplo son muy frecuentes entre los penalistas: «La primera sentencia emanada del tribunal —decía ya Carrara, op. cit., p. 152— imprime una cualidad a la persona: la de condenado». «El indulto, al originar solamente la condonación total o parcial de la pena, y dejar subsistente la condena impuesta, no borra los efectos del anterior delito...» (Ferrer Sama, op. cit., p. 424). S. 29-5-1967: «Tales condenas habían perdido su eficacia a efectos de antecedentes...»; S. 24-1-57: «Y como uno de los efectos de la condena anterior es la determinación de antecedentes penales que puedan constituir circunstan-

largo de este libro. Genéricamente se les ha definido como "aquellos que, derivando de una relación procesal agotada, constituyen al condenado en un estado jurídico personal de tal naturaleza que lo colocan en una condición de inferioridad comparativamente a los demás sujetos, en relación a un hecho eventual y futuro cual es la comisión de un nuevo delito por parte del mismo condenado o la apertura de un procedimiento penal a su cargo" (32). Su virtualidad radica, por tanto, en crear una "particular situación penal de la cual, verificada la condición del nuevo delito o el sometimiento a un nuevo procedimiento penal, derivará la realización de determinadas consecuencias jurídicas para el sujeto ya condenado" (33).

La cuestión es importante porque, siendo la reidad, y no el delito o la pena anteriores, elemento constitutivo de la reincidencia en su tipificación legal, únicamente podrá incurrir en ella la persona no sólo condenada por resolución penal idónea para provocar la reidad (sentencia penal firme de condena por delito), sino que, además, se mantenga en la meritada situación de reidad en el momento de cometer la segunda infracción, o sea, que no se haya extinguido la reidad por cualquier circunstancia. La verdad de tal aseveración queda demostrada teniendo en cuenta que pueden extinguirse el delito, la pena y la condena misma o alguno de sus efectos, manteniéndose subsistente, sin embargo, la reidad. A dicha conclusión, indudable en legislaciones como la italiana, que expresamente distingue entre causas extintivas del delito o de la pena que dejan intactos otros efectos de la condena y causas que extinguen, ade-

cias de agravación...); S. 12.11.1955... «Los efectos penales de las condenas anteriores...».

(32) Pannain: «Le incapacità giuridiche quali effetti, penali o non, delle sentenze penali», Nápoles 1938, p. 9. También Ranieri, Manuale cit. p. 575, afirma que el concepto de efectos penales de la condena no se limita a las solas penas accesorias; hay además efectos penales que conciernen, entre otras cosas «a la agravación de las condiciones del ya condenado, como en la reincidencia».

(33) Pannain: «Le incapacità...» cit., p. 26. Se debe hacer constar, para salir al encuentro de una confusión, en el mejor de los casos, terminológica, que efecto penal de la condena es la reidad y no la reincidencia, como dicen algunos autores: así p. ej., Sabatini (GU) «Istituzioni di diritto penale», Catania 1946, V. I., p. 206, afirma que, de un lado, la reincidencia constituye una circunstancia agravante, y de otro, «una vez irrevocable la sentencia de condena por el nuevo delito, el estado de reincidencia asume el carácter de efecto penal en cuanto dicha condena crea una situación jurídica desfavorable, que obstaculiza la concesión de algunos beneficios legales o impide la adquisición o el ejercicio de determinados derechos, reflejándose en tal modo sobre el futuro tratamiento del condenado». Oponemos que tales efectos no son de la condena propiamente, sino de la reincidencia o, si se quiere, de la declaración de reincidencia. También Ferrante («Contestazione della recidiva» en La Giustizia Penale, 1959, II, p. 891) tras establecer que los efectos penales «tienen la eficacia de crear una particular situación desfavorable, para el condenado casi un estado jurídico, especialmente respecto a la posibilidad de gozar de determinados beneficios», continúa que la reincidencia «en relación al primer delito tiene la naturaleza de efecto penal».

más, esos efectos (34), sólo puede llegarse en España después de considerar, siquiera sea brevemente y desde el punto de vista que nos interesa aquí, los distintos supuestos contenidos en la Ley en los que el delito cometido o la pena impuesta pierden su virtualidad o eficacia. Ello resulta imprescindible para poder sostener un criterio seguro en cada caso concreto que haya de presentarse, y —siendo el resultado conforme a lo dicho— para reforzar el punto de partida antes propuesto.

En términos generales, las circunstancias que extinguen el delito o la pena están reguladas en el Capítulo I, Título V, Libro I del Código penal, precisamente en los artículos 112 a 117, ambos inclusive, bajo la denominación exacta pero ambigua de “causas que extinguen la responsabilidad”. A ellas hay que añadir la novación legislativa contenida en el artículo 24. Igualmente, para completar el estudio sobre el perdón del ofendido, debe acudirse a las disposiciones específicas de los artículos 443, 451, 452, 467 y 486-1.º Cp., todos ello en relación a los artículos 25 y 112 n.º 5.

La muerte del reo, poniendo fin a su personalidad, extingue la responsabilidad penal y cualquier otro efecto penal de la condena, haciendo naturalmente imposible la reincidencia.

El *cumplimiento de la condena* (35) no sólo no anula la reidad, sino que en algunas legislaciones (como la italiana), la agrava, y para algunos autores (como Carrara) únicamente tras dicho cumplimiento aparece aquélla.

La prescripción del delito no afecta al problema aquí planteado, pues al impedir la declaración de responsabilidad la condena por la infracción ya prescrita, la reidad no llega a configurarse.

Manifestaciones de la gracia estatal, trasunto o supervivencia, hoy incongruente, de viejas concepciones sobre la soberanía, son la *amnistía*

(34) El artículo 106 del Código Penal italiano dispone que «a los efectos de la reincidencia... se tienen en cuenta, además, las condenas respecto a las cuales haya intervenido una causa de extinción del delito o de la pena. Tal disposición no se aplica cuando la causa extingue también los efectos penales». En aquel país extinguen los efectos penales, salvo excepciones, la novación legislativa; la remisión de la querrela tras la condena; la muerte del reo; la rehabilitación salvo diversa disposición legal o revocación; el subsiguiente matrimonio entre culpable y ofendido en los casos previstos en la ley; la anulación del matrimonio en los delitos de bigamia, adulterio y concubinato.

En las Legislaciones que admiten la reincidencia facultativa, sería hacedero presumir la posible extinción de la reidad, pese a la subsistencia de los demás efectos de la condena, cuando el juez, haciendo uso de su poder discrecional, excluyera la reincidencia, pese a realizarse los hechos que le sirven de base, estimando, no la inidoneidad del segundo delito en su relación con el primero, sino propiamente la falta del presupuesto psicológico-jurídico que llamamos reidad.

(35) Esta causa «deja siempre como larvada una especie de responsabilidad, susceptible de revivir en las hojas del Registro de antecedentes, a los fines de reiteración o reincidencia: «Quintano, Comentarios... cit., p. 439.

y el indulto, sólo justificables mediante el argumento de la imperfección de la propia ley humana (36). La primera de ellas es de carácter absoluto y "extingue por completo la pena y todos sus efectos" (salvo disposición contraria de la ley que la conceda), debiendo traducirse "efectos de la pena" por "efectos de la condena" cuando la amnistía se produzca tras ella, por lo que cabe afirmar que, generalmente, la concesión de tal beneficio hace desaparecer la reidad e impide, por tanto, la posibilidad de reincidencia. La misma derivación semántica de su nombre —de amnesia: olvido; amnaomai: no recordar— así lo indica; y de hecho suele provocar la cancelación automática en los Registros de los antecedentes penales. El *indulto*, en cambio, es de carácter parcial y no responde al olvido sino al perdón, más o menos amplio, de la pena. No afecta, pues, a la situación de reidad, que se mantiene subsistente, y así se reconoce en la Ley especial de indulto de 18 de junio de 1870.

Mayor complejidad ofrece, relativamente a la extinción de los efectos de la condena, el *perdón de la persona ofendida*, por los delitos solamente perseguibles a instancia suya, en los supuestos en los que el perdón se concede después de recaída sentencia firme condenatoria. Ninguna disposición expresa del Código decide la cuestión, ni ésta puede resolverse con facilidad por otras vías, ya que no existe razón alguna auténticamente justificante del instituto en examen. Por tanto, a falta de mejor solución legal, entendemos —dando por supuesto la primacía, en los delitos en los que el perdón puede ejercitarse, del interés particular sobre el social o el público; la posibilidad del perdón antes de la condena, que impide ésta y, por lo tanto, sus efectos; y el principio del "favor reo"— que dicho perdón realizado tras la condena ocasiona el mismo efecto práctico que el prestado antes de ella, es decir, que deberá anular las consecuencias penales de la condena, entre las cuales se encuentra la reidad (37).

(36) V. Quintano, Derecho penal, cit., p. 587. Una breve exposición de las teorías en Ferrer Sama, op. cit., tomo II, p. 401 ss. A la cancelación de antecedentes penales se refiere expresamente el artículo 10 de la Real Orden de 5-11-1892. No existe en España una Ley General de Amnistía, siendo regulada cada amnistía por la ley concreta correspondiente. La ley de 23-9-1939, p. ej., tuvo carácter temporal para los delitos políticos cometidos entre el 14 de abril de 1931 y el 18 de julio de 1936. Equivaliendo a la amnistía, pero sin su nombre, el Decreto de la Presidencia núm. 786/64 de 1-4-1964 anuló los efectos de las sentencias condenatorias pronunciadas por delitos políticos cometidos antes del 1-4-1939, y viene siendo correctamente aplicado por la Jurisprudencia en el sentido de que la imperativa eliminación de antecedentes penales según el artículo 2.º de dicho Decreto, «obliga a no producir efecto alguno en caso de reiteración o reincidencia». S. 11-1-1966, en igual sentido, Ss. 8-2-1966, 13-12-1966, etc.

(37) En contra Ferrer Sama, op. cit., p. 425. Dice este autor que «no impone el perdón del ofendido en tales delitos eliminación alguna de la peligrosidad manifestada por el sujeto activo y, por tanto, en nada debe afectar a la agravante de reincidencia». Pero en realidad, salvo la muerte del reo, ninguna de las causas de extinción de la responsabilidad penal afectan de un modo real a la mayor o menor peligrosidad del delincuente.

La *prescripción de la pena*, última de las causas comprendidas en el artículo 112 Cp., deja plenamente subsistente la situación de reidad y hace posible la reincidencia cuando el ya reo cometa una nueva infracción; es más, si el segundo delito es realizado antes de transcurrir el tiempo necesario para la prescripción, ésta queda interrumpida y aquél anulado, sin perjuicio de que comience a correr de nuevo. El Tribunal Supremo declara, en efecto, que no desvirtúa la eficacia agravatoria de la reincidencia la prescripción de la pena impuesta por los anteriores delitos (38). Conviene advertir que este problema, aunque íntimamente conexo, es distinto al de la imprescriptibilidad o perpetuidad de la reincidencia o de la reidad, que ya dejamos expuesto.

Finalmente, la novación legislativa, recogida en el artículo 24 Cp. (39), produce casi siempre efectos sobre la situación de reidad cuando el delito anterior hubiere desaparecido o fuese degradado a falta en la nueva legislación (40). Con esta orientación se ha pronunciado numerosísima jurisprudencia (41), relativa sobre todo a las infracciones patrimoniales, que han sufrido notables cambios en los límites de la cuantía económica exigidos para su conceptualización como delito (42). Creemos aceptable la extinción de la reidad cuando el delito objeto de la condena que le sirve de base desaparece debido a transformaciones sociales o a modificaciones profundas en los criterios valorativos del legislador; no así cuando las mutaciones afectan solamente a accidentes secundarios que no implican una menor gravedad del hecho en el momento de su comisión respecto a la entidad actual del mismo hecho, como por ejemplo ocurre con la elevación de las cuantías divisorias entre el delito y la falta provocadas por devaluaciones de la unidad monetaria, que son precisamente los casos

(38) V. nota 25 del capítulo 2.º.

(39) Art. 24 Cod. pen.: «Las leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al *reo* de un delito o falta, aunque al publicarse aquéllas hubiere recaído sentencia firme y el condenado estuviere cumpliendo la condena».

(40) Cuando el delito antiguo deja de serlo, procede la cancelación de antecedentes penales en el registro: Real Orden 5-12-1892, art. 10, n.º 3.

(41) La reincidencia desaparece cuando ha dejado de ser delito el hecho anterior que la determinaba: S. T. S. 30-11-1876, 28-12-1887. No puede apreciarse reincidencia conforme al art. 24 C. P. por no estar acreditado el delito por el que fue condenado el ya reo, si conserva aún el rango de delito en la nueva legislación: S. 24-1-1957. En caso de duda sobre si el hecho que motivó la condena anterior ha quedado reducido a falta por modificación de la ley, por ignorarse su cuantía, no debe estimarse la reincidencia: S. 13-5-1941.

(42) En virtud del principio del favor reo, no se aplica la reincidencia cuando, por desconocerse la entidad económica de la infracción precedente sancionada antes de dictarse una reforma legal que afecte a la cuantía de ese tipo de delitos, surja la duda de si en la actual legislación conserva el carácter de delito o ha sido degradado a falta, salvo que de cualquier circunstancia (ej. pena impuesta) pueda inferirse que mantiene su rango de delito: S. T. S. 12-11-1957, 22-4-1957, 10-5-1957, 20-6-1959, 11-2-1964, 24-1-1953, 2-3-1960, 8-11-1966, 10-6-1967, etcétera.

más frecuentes en la práctica y a los que, además, la jurisprudencia aplica con todo rigor el principio del favor reo, de suerte que deja de apreciarse muchas veces la reincidencia por desconocerse u omitirse la cuantía de lo defraudado o sustraído en estas hipótesis. Sin duda alguna de reducirse a términos absolutos los límites económicos, señalados en la legislación precedente y en la actual, resultarían esencialmente idénticos (43).

La reidad es, por tanto, un efecto penal de la sentencia condenatoria, distinta del delito, de la pena, de la condena y de otros efectos de la misma, con autonomía conceptual propia que le permite subsistir aunque se extingan aquéllos. La naturaleza del delito y la específica gravedad de la sanción que, a través de la condena, determinan la reidad, quedarán incluidas en ella, no para concretarla ya desde su nacimiento, sino para delimitar, comparativamente a la naturaleza y gravedad del segundo delito —que supondrá, en relación al precedente, un mayor o menor grado de desobediencia a la norma— el tipo de reincidencia en que se incurra.

c.—Situación del sujeto. Antecedentes penales y Rehabilitación.

La reidad, consecuencia de la condena, se resuelve en la inclusión del sujeto al que afecta en una determinada situación, establecida anteriormente por la norma mediante la creación de una categoría jurídica subjetiva: la de los ya condenados. Según vimos, la verdadera circunstancia agravante del segundo delito radica en el hecho de su comisión por un individuo precedentemente condenado, o mejor, en situación de reidad; por lo cual, el aumento de pena no debe basarse en la condición subjetiva estática de “ser” reincidente, sino en la dinámica de “hacerse” reincidente al ejecutar la nueva infracción. Hay que distinguir, en vista de ello, entre reincidente y posible reincidente. El primero, persona cualificada por su recaída o reincidencia, no puede, a su vez, ser elemento conceptual de ésta; a lo más, su reflejo subjetivo; el segundo es el sujeto que se encuentra en la situación de potencialidad descrita en la Ley: en la si-

(43) «Objetiva y subjetivamente, el acto delictivo se consumó y perfeccionó en la violación de un orden legal existente, que respondía a necesidades y condiciones actuales perfectamente definidas. El que hurtó o estafó más de 10 pesetas en 1907, ó más de 50 en 1923, más de 100 en 1932, más de 200 en 1943, cometió actos perfectamente antijurídicos tipificados conforme a la realidad económica dada del valor adquisitivo de la moneda. No se me alcanza la razón de por qué no ha de computarse como reincidencia la sustracción de un jamón o de un objeto cualquiera, simplemente porque cuando se sustrajo valía mucho menos que hoy; ¿dejará por eso de ser el mismo objeto?, ¿no tuvo el autor la misma «cantidad» de «voluntas sceleris» y la víctima un idéntico daño, dadas las condiciones económicas del tiempo?». Quintano, Comentarios..., cit., p. 310.

tuación de ya reo. Si en la reincidencia hay un tipo de autor, éste es el ya reo, no el reincidente (44).

La doctrina, en particular, ha establecido la necesidad de "observar el estado subjetivo del reincidente antes de la comisión del segundo delito" (45) para intentar justificar la reincidencia precisamente sobre ese "estado personal que precede a la consumación del segundo delito y que, a través de éste, resulta índice de mayor antisociabilidad del agente" (46). Los estudios más profundos sobre el tema demuestran el interés y la utilidad que implica el haber individualizado tal situación llamada de "reidad" (47), la cual, como es obvio, no puede dejar de relacionarse con la precedente condena penal sufrida por el sujeto.

Se configura así la reidad en este aspecto como la posición psicológica y jurídica del reo después de la primera condena (48). Está, pues, constituida por dos elementos: uno material naturalístico o psicológico; el otro formal, normativo, determinado por el reconocimiento de valor que el ordenamiento jurídico atribuye a aquellas notas psicológicas (49). En principio, y en una perspectiva puramente normativa, la reidad sirve de base para la creación legal de la categoría jurídica subjetiva de su mismo nombre. La aparición de una categoría jurídica subjetiva puede explicarse así: todo acto tiene su agente, el cual, en el momento de decidirse a realizarlo se encuentra en una determinada posición integral de vida (social, psicológica, ética, física, jurídica, profesional, familiar, etc.) diversa de la de los demás hombres —de los cuales los diferencia—, constituida por su presente y por el pasado que lo fundamenta. El resultado de su historia, su vida anterior vuelve de esta suerte, convertida en experiencia, a estar presente en su acción actual (50).

El derecho puede tomar del infinito número de condiciones subjetivas algunos elementos comunes, y construir, sobre esas distintas bases natu-

(44) Dell'Andro, op. cit., p. 96.

(45) Guadagno: «La prevenzione in rapporto al problema giuridico della recidiva», en *Il Foro Penale*, 1956, p. 447.

(46) De Marsico, *Diritto penale*, cit., p. 222, en el mismo sentido: Pannain, *Manuale*, cit., p. 732.

(47) Dell'Andro, op. cit., especialmente p. 111 y ss.; Latagliata, op. cit., p. 95 ss.

(48) Al considerar la reidad como efecto (inmediato) de la condena, diferimos de la opinión común, que la estima como consecuencia producida por el primer delito (en este sentido v. también Dell'Andro, op. cit., p. 140; el pensamiento de Latagliata, op. cit., p. 95 ss., por el contrario es más conforme al nuestro).

(49) Dell'Andro, op. cit., p. 114; Latagliata (op. cit., p. 99) piensa que la reidad es más bien «una cualidad de la persona que informa de por sí toda acción del sujeto, pero deja plenamente inalterada su constitución psicológica entendida en sentido naturalístico».

(50) La doctrina ha destacado la función del recuerdo, capaz de «constituir un ligamen rico en significado entre la experiencia ya vivida y el presente», Latagliata, op. cit., p. 253.

rales, diferentes condiciones subjetivas típicas que, precisamente por ello, no tendrán más realidad normativa que la definida en la ley. En un mismo sujeto pueden concurrir varias de estas condiciones típicas, creadas cada una de ellas según el punto de vista, variable, elegido por el legislador; o, para expresarlo mejor, una misma persona puede incidir coetánea o sucesivamente, en más de una de esas condiciones típicas, hipotetizadas en el derecho positivo según distintas valoraciones legales. En una palabra, la inclusión del sujeto en una categoría típica no excluye que incurra o pueda incurrir en otras de dichas condiciones subjetivas (51).

La reidad es una de esas cualificaciones jurídicas subjetivas, derivada del acogimiento y valoración de la sentencia penal de condena como base suficiente para dirigir a los individuos por ella afectados un especial deber de no delinquir, y para establecer, en tal razón, una específica consecuencia para el caso de que realice la conducta prohibida, que en ese momento es todavía futura e incierta. El ya condenado está, por imperativo legal, en una situación *sui-generis* que se refleja en toda su vida penal posterior.

Distintos de la reidad son los llamados antecedentes penales, aunque la diferencia entre ambos conceptos no sea de carácter esencial. Pero precisamente por su similitud y afinidad conviene distinguirlos para una mejor individualización, indudablemente útil, del estado de reidad. La noción de antecedentes es más amplia que la de reidad, ya que incluye toda la vida anterior del sujeto en su faceta penal, y así, la falta o la presencia de condenas, las sentencias absolutorias, el cumplimiento o no de las penas, e incluso la misma reincidencia anterior, es decir, todo lo relativo al pasado criminal de una persona, tanto favorable como desfavorable. La reidad, por el contrario, sólo surge de sentencias penales de condena por delito o por cierto número de faltas en determinadas condiciones. Los efectos que generan unos y otra son distintos, y, además, mientras los antecedentes pueden producirlos directamente, la reidad sólo tiene relevancia si el ya reo comete otro u otros delitos que, según sus características, servirán para estimar la reiteración o la reincidencia. Finalmente, aunque sería factible decir que la reincidencia es un antecedente penal concreto y específico, uno entre los muchos posibles, no debemos olvidar que frente al aspecto estático en que aquéllos se consideran, la reidad se presenta como un concepto vivo y dinámico referido a la psicología del individuo al que afecta, por lo cual sólo en un sentido prevalentemente formal es la reidad un antecedente penal.

Confirmación de lo referido se deduce al examinar el instituto de la

(51) V. en general Dell'Andro, *op. cit.*, p. 113 ss. y sobre todo el cap. VII de este trabajo.

rehabilitación, mediante la cual, dadas las condiciones exigidas por la ley, se cancelan los antecedentes penales, pero no la reidad, ya que caso de producirse un nuevo delito por parte del rehabilitado no sólo será estimable la reincidencia, sino que, además ésta producirá el efecto de anular la cancelación de antecedentes concedida. Así se desprende del último párrafo del art. 118 C.P., que dice textualmente: "Sin necesidad de declaración especial quedará sin efecto la cancelación concedida y recobrará plena eficacia la inscripción cancelada respecto a los ya rehabilitados que cometieren nuevo delito". En ese mismo nuevo delito habrá de apreciarse, en su caso, la reincidencia (52).

Ello no obsta para que, según se ha dicho, en el aspecto formal antecedentes penales y reidad posean una naturaleza jurídica afín. Es curiosa y sugerente la colocación legal, en el cap. II, título V, libro I, C.P., de la rehabilitación. El título en que dicha institución se encuentra acogida se refiere a la "extinción de la responsabilidad y de sus efectos"; por lo que, tratando el capítulo I de las causas que extinguen la responsabilidad, ha de asignarse a la rehabilitación el carácter de causa de extinción de los efectos de la responsabilidad (53), aunque no de ésta como tal; y al ser precisamente los antecedentes penales lo que la rehabilitación cancela o extingue, ellos deben estimarse, según el propio Código, como efectos de

(52) Puede y debe apreciarse la reiteración y la reincidencia... aunque se trate de inscripciones de condenas ya canceladas..., cuya cancelación sólo tuvo carácter condicional como supeditada a la futura enmienda del reo...: S. 19-10-1956; similares: S. 9-5-66, 1-6-1965. La calidad de reiterante no desaparece por la cancelación de la nota de la anterior condena en el Registro Central de antecedentes penales, pues con arreglo al art. 118 C. p., tal cancelación queda automáticamente sin efecto, sin necesidad de declaración especial, al cometerse un nuevo delito, que no precisa estar comprendido en el mismo artículo del Código, como se decía en la redacción anterior: S. 18-6-1960, análogas Ss. 21-11-1956, 4-1-1960, 15-2-1963. La argumentación referente a que los antecedentes cancelados no recobran su vigor por la comisión del nuevo delito, mientras que la nueva condena no se haga constar en el Registro de antecedentes penales, es insostenible, no sólo por ser opuesta al texto del párrafo último del artículo 118 («sin necesidad de declaración especial»), sino porque se darían efectos sustantivos a la inscripción en este Registro admitiendo que la comisión de delitos es indiferente a efectos de antecedentes mientras no resulten registrados en este Organismo, cuando lo que da virtualidad y contenido a la inscripción es el hecho mismo del delito declarado por los Tribunales...: S. 4-10-1966.

(53) También podría interpretarse el texto legal en el sentido de que la adición «y de sus efectos» se refiere a las consecuencias concretas que derivan de la aplicación de cada una de las causas de extinción de la responsabilidad. En tal caso, siendo el efecto práctico común de todas ellas la anulación de la pena, los «efectos diferentes» consistirían en que algunas de dichas causas extinguen también la reidad y otras no; todo lo cual es igualmente conforme a nuestra conclusión. Sin embargo, semejante interpretación resulta forzada, entre otras cosas porque para permitir la con facilidad la ley debería haber usado la expresión «de las causas de extinción de la responsabilidad y sus efectos», tanto en el enunciado del Título como en el del Capítulo I, en vez de decir en el Título «extinción de la responsabilidad y de sus efectos» (que pudiera entenderse como extinción del delito y de la pena) y en el capítulo I: «de las causas que extinguen la responsabilidad».

la responsabilidad. Al producirse de semejante modo, la misma ley reconoce la necesidad de distinguir entre:

—Efectos que produce la responsabilidad, que en sí preexiste a cualquier declaración, como demuestra por ejemplo la presencia de la llamada prescripción del delito entre las causas extintivas: en este caso no llegan a producirse antecedentes penales en sentido estricto (aunque sí en sentido amplio), ni tampoco la reidad.

—Efectos de la declaración de responsabilidad (condena), que se distinguen en: a) directos: pena, a lo que corresponde, por ejemplo, la prescripción de la pena; b) indirectos: antecedente penales y reidad. Estos dos últimos conceptos, conforme expresamos, no se identifican, entre otras cosas porque la reidad sustancialmente considerada, no se resuelve tanto en un plus de responsabilidad subsistente por la comisión del primer delito, cuanto en una situación personal derivada de la sentencia condenatoria, que sólo tendrá actualidad en relación a ciertas conductas penales posteriores del sujeto que pueden no darse jamás.

Cabe observar que, por regla general, las causas que extinguen la reidad son aquellas precisamente que eliminan la responsabilidad mientras que cuando se trata de causas que excluyen los efectos de ésta (pena y antecedentes), la reidad suele subsistir, y ello porque la reidad es una consecuencia de la declaración de responsabilidad, colocada junto a las demás, pero distinta de ellas.

- d) Elemento constitutivo de la figura legal que prevee la reincidencia.

A estas alturas es adecuado decir que hay reincidencia cuando un individuo en situación de reidad comete una infracción idónea para provocarla. La reidad es uno de los elementos constitutivos del instituto en examen. Algún autor (54) ve en la hipótesis de la declaración de reincidencia uno de los pocos casos legislativamente previstos en los cuales aparece una eficacia refleja de la cosa juzgada penal; casos que sólo son concebibles cuando no tanto la determinación del tipo cuanto la determinación del efecto jurídico que deriva de la cosa juzgada (existencia o inexistencia del deber de castigar), constituya el presupuesto, positivo o negativo que condiciona la producción de otros efectos jurídicos. El efecto jurídico (derivado de la condena: la existencia del deber punitivo, de la cual nace—añadimos nosotros—la reidad) entra a formar parte, como elemento constitutivo, de otra figura penal. “En la hipótesis de reinciden-

(54) De Luca, «I limiti soggettivi della cosa giudicata penale», Milán, 1963, p. 192 y ss.

cia, decisivo es el hecho de la condena y no ya el haber cometido varias veces el delito" —dice De Luca—. En otros términos —continúa—, la previsión normativa requiere y reclama un efecto ya producido, esto es, la situación en la cual se ha resuelto un efecto ya producido. "Justamente señala Conso el equívoco en que incurren aquéllos que, en estos casos consideran como elementos constitutivos del tipo legal, más que el efecto, los hechos que lo han causado, o más exactamente, el tipo legal que ha dado lugar a la cualificación" (55).

De tal suerte, el efecto jurídico ocasionado por la condena que llamamos reidad, entra a formar parte de una previsión legislativa: la circunstancia agravante de reincidencia, como elemento constitutivo suyo de modo que no sólo condiciona la producción del efecto previsto: el aumento de pena, sino que impide la configuración de la reincidencia misma (56).

2.—El nuevo delito:

La comisión de un delito por el ya reo es el segundo elemento de la reincidencia. Hemos de resaltar aquí nuevamente la incongruencia que supone considerar elemento de la reincidencia a la segunda infracción si se entiende que aquélla es, a su vez, circunstancia de ésta. Pero es que en realidad la verdadera causa de agravación radica en que el delito lo comete un ya reo, no un delincuente primario ni tampoco un reincidente (en cuyo caso podría existir multirreincidencia); esto es, no consiste la agravante en que el sujeto *sea* reincidente, sino en que *se haga* reincidente mediante la segunda violación penal. La reincidencia sí esta compuesta por situación de reidad y segundo delito, y en tal sentido puede ser síntoma de peligrosidad; pero la agravante, la verdadera agravante, se fundamenta en la significación de recaída que posee la infracción realizada por el ya reo y en la diversidad, más o menos accidental, de ésta respecto a la cometida por un delincuente primario. En el nuevo delito, en efecto, se centra la recaída. Siendo así, desde un punto de vista lógico no es completamente correcta la distinción de elementos que realizamos (reidad y segundo delito); pero de lo que no cabe duda es de que resulta útil como instrumento para analizar el instituto que venimos considerando.

(55) De Luca, op. y loc. cit. Viada, «Curso de Derecho procesal penal», T. II, Madrid, 1962, dice al tratar de la eficacia refleja del proceso: «En materia penal el hecho de la condena anterior tiene una trascendencia fundamental a los efectos de la apreciación de la reincidencia o reiteración. Hay que advertir que lo que aquí se valora no es el hecho por el que fue condenado, sino el hecho de haber sido condenado» (p. 363).

(56) Latagliata, op. cit., p. 75, correctamente afirma que «la condena, cual presupuesto de la reincidencia, va considerada bajo un aspecto que puede decirse constitutivo a prescindir de la pena que viene a inflingir».

A) *Tiempo de la comisión*

Los números 14 y 15 del artículo 10 establecen expresamente el momento a partir del cual puede aparecer la reincidencia si el sujeto delinque de nuevo: ha de estar aquél ejecutoriamente condenado por otro u otros delitos, no al ser juzgado por la segunda infracción cometida, como se decía en alguna normatividad hoy derogada, sino "al delinquir" (57). De este modo, no habrá reincidencia cuando la nueva violación penal se cometa antes (aunque se consume después y naturalmente se juzgue con posterioridad) de que adquiera firmeza la sentencia condenatoria a su cargo por el delito anterior. El momento del cómputo en la unificada legalidad vigente es el de la "comisión" del segundo delito: "al delinquir". Y dicha expresión no tiene más que un preciso significado: sólo será factible hablar de reincidencia cuando la acción criminal actual, o sea, la que haya de implicar la recaída, *se inicia después* de ser firme la condena anterior (58). Así se deduce, entre otras cosas, de la precisa frase utilizada por el legislador, que expresa la idea de acción, movimiento, *comisión* (59), quedando en plano secundario los efectos prohibidos que semejante acción produzca o haya de producir, esto es, el evento.

Por tanto, el delito cuyos actos de ejecución, propiamente dichos, comenzasen antes de producirse la firmeza de la resolución que condena una precedente infracción, no sufrirá o no dará lugar a la reincidencia aunque después de la aludida firmeza se realizarán actos ejecutivos complementarios o apareciera entonces el resultado delictivo (60). Ello, además de ser conforme a la esencia de la circunstancia agravatoria y al cardinal principio del "favor reo", responde también a la afirmación según la cual "el tiempo de comisión de un delito es aquél en que se manifiesta la conducta y no aquél en el que se ha verificado el evento" (61). Na-

(57) V S. 20-1-1951; S. 30-5-1956: No hay reiteración porque la condena de 20-5-1954 es de fecha posterior al 20-3-1951, en que realizó el procesado el delito actualmente condenado.

(58) Es preciso que tales condenas fueran pronunciadas *antes* de que el reo hubiera de *cometer* los hechos que se persiguen actualmente: S. 15-3-1956; la condena de 3-3-1961 es *posterior* al hecho perseguido en este procedimiento (es-ta-fa realizada en 24-10-1958) y no fundamenta la multirreincidencia: S. 24-10-1966

(59) La condena anterior es de 14-10-1955, y como el hecho motivador de este sumario ocurrió cerca de un año más tarde, se ha de presumir que estuviera entonces producida la firmeza: S. 18-3-1959; al no precisar las fechas en que se realizó el delito que ahora se enjuicia no puede afirmarse que éste se *cometiera después* de haber sido condenado...: S. 17-2-1964; las tres sentencias anteriores son del año 1951, y como el delito que ahora se enjuicia *fue cometido* el 22-7-1964 está bien apreciada la reincidencia: S. 16-5-1967. V. en general el capítulo V, epígrafe 1.º.

(60) Hay que tener en cuenta, en los delitos culposos, que la jurisprudencia ha declarado que «el acto o conducta imprudente determinante de responsabilidad penal hay que inferirlo al momento mismo en que se produjo el daño, no al de los que le precedieron»: S. 19-2-1964.

(61) Ranieri, Manuale, cit., p. 57, entre otros.

turalmente, cuando la parte de actividad ejecutiva realizada después de ser firme la sentencia condenatoria anterior sea de carácter esencial o constituya delito por sí sola, sí será estimable la reincidencia (62).

Estas consideraciones tienen mucha importancia sobre todo en aquellos delitos en los que el tiempo juega un papel fundamental, como son los llamados delitos a distancia, continuados, etc. En la hipótesis de delito permanente, habiendo una prolongación voluntaria de la situación anti-jurídica, es suficiente a efectos de reincidencia que dicho estado antijurídico, que el sujeto puede hacer cesar, subsista tras la firmeza de la condena. Entendemos que en este caso la reincidencia cualifica todo el delito. Respecto al delito continuado no hay problema alguno, pues interrumpiendo la condena irrevocable la unidad de diseño criminal, los actos delictivos verificados después de dicha condena no deben entenderse en continuación con los anteriores, siendo posible relativamente a ellos la reincidencia (63).

B) *Su naturaleza y colocación legal.*

En cuanto a la naturaleza, localización, gravedad, grado de ejecución, etc. del segundo delito, en sí y en sus relaciones con el precedente, la ley permite a la reincidencia un amplio juego, sin perjuicio de las limitaciones que señala para cada tipo concreto de reincidencia (mismo Título del Código en la reincidencia específica; determinada gravedad en la reiteración...), que serán objeto de estudio en el siguiente Capítulo. La reincidencia, en efecto, puede existir apoyada sobre la base de:

—varios delitos dolosos, o varios delitos culposos, o uno doloso y otro culposo.

—delitos comprendidos todos en el Código penal, o todos en leyes especiales, siempre que éstas lo permitan, o unos en el Código penal y otros en leyes especiales, y, en consecuencia, puede subsistir entre delitos comunes, políticos, militares, de circulación, etc. (64).

(62) S. 21-11-1966: Se recurre alegando que no hay determinación en las fechas de los actos relativos a la prostitución, y por ello no cabe establecer si fueron antes, durante o después del hecho de autos; pero como se determina ciertamente una fecha: 12-2-64 (desde hacía varios años y hasta el día 12-2-64) que indica que tales actos fueron anteriores a la misma o al menos coetáneos... y como en tal fecha la interesada había sido condenada al menos por dos delitos a los que la ley señalaba penas menores, es de apreciar la reiteración.

(63) V. sobre el argumento: Vannini, «Il codice penale illustrato», Milán, 1934, vol. I, p. 411; Ranieri, «Manuale», cit., p. 57; Frosali «Sistema penale italiano», Torino, 1958, v. II, p. 585.

(64) S. 20-3-1967: Hay reiteración siendo el delito anterior de rebelión militar y el actual de imprudencia, «siendo indiferente que la pena anterior fuera impuesta por tribunales militares o civiles o que hicieran referencia a delitos dolosos o culposos»; S. 3-7-1956: que no es óbice para apreciar la reiteración

—Igualmente es indiferente el grado de ejecución tanto del primero como del segundo delito (65).

Las faltas, sin embargo, no provocan en principio la reincidencia (66), ya que el término "delito" usado en los números 14 y 15 del art. 10 no debe ampliarse arbitrariamente en perjuicio del reo; ni tampoco se padece dicha agravante si el sujeto condenado por delito comete una falta, pues aunque la expresión "al delinquir" pudiera comprender ambas especies de infracción criminal siempre habría de aplicarse el principio interpretativo del "favor reo".

De las afirmaciones que anteceden claramente se percibe que la reincidencia específica sólo será estimable cuando tanto el delito anterior como el actual sean dolosos o culposos y siempre que uno u otro se hallen comprendidos en el mismo Cuerpo legal, y, dentro del Código Penal, en un mismo Título, correspondiendo todos los demás casos de la variedad aludida a la reiteración. Ningún problema grave se ofrece en este respecto, salvo quizá en lo que a delitos culposos se refiere. En ellos, al estar todos comprendidos en un mismo, único y exclusivo Título del Código penal, habrá de apreciarse siempre la reincidencia y no la reiteración cuando ambos delitos, el antiguo y el actual, sean de carácter culposo, por distinto que sea el resultado que uno y otro produjeron (67),

la diferencia de ordenamiento penal en que mueve el delito actual y el anterior; S. 2-2-1966: pese a alegarse la falta de relación entre la moral y naturaleza de ambos delitos, el T. S. estima la reiteración siendo el delito anterior de rebelión militar y el actual del art. IV de la Ley del Automóvil; S. 29-5-1967: hay reiteración siendo los dos primeros delitos uno de rebelión militar y otro de circulación, y el delito actual de aborto. Sobre reincidencia en leyes especiales, v. p. ej. las Ss. 30-3-1966, 10-4-1967, 20-4-1966, 19-2-1966, etc. Hay que observar en este punto que la definición y normatividad general sobre la reincidencia es la recogida en el Código penal, como alguna de esas mismas sentencias reconoce. S. 17-3-1964: en la reiteración es indiferente que los Tribunales que hayan impuesto las anteriores penas sean civiles o militares, o cualquiera que sea la naturaleza del delito y el Cuerpo o disposición legal que lo sancione; S. 16-5-1958: las anteriores condenas por imprudencia tienen plena efectividad para estimar la reiteración si concurren los requisitos del art. 10, n.º 14.

(65) Es de estimar la reincidencia aunque la condena anterior hubiese recaído por tentativa: S. 20-2-1901, 26-2-1904. Se castiga el alzamiento de bienes en grado de frustración concurriendo reincidencia: S. 30-1-1967; y un delito del art. 501, n.º 5, en grado de tentativa concurriendo reincidencia: S. 25-2-1967, etc.

(66) «La condena por meras faltas no ejerce influjo alguno...»: S. 16-11-1966. V. Manzini, «La recidiva...», cit., p. 524 ss. Sin embargo, en ciertos casos que se estudian más adelante la multiplicación de condenas por faltas puede elevar la última de ellas a categoría de delito, eficaz para producir reincidencia en las futuras infracciones del sujeto. Si a ello se añade que mediante la novación legislativa el delito precedente puede convertirse en falta por simples variaciones en los límites económicos, resulta clara la naturaleza esencialmente idéntica de delitos y faltas por lo que no es del todo explicable esta total exclusión de la reincidencia en las faltas.

(67) Entre delitos culposos sólo cabe la reincidencia y no la reiteración: Ss. 21-1-1952; 11-4-1955, etc. «Prescindiendo de la cuestión doctrinal de que habla el recurso sobre si la reincidencia en cuanto es repetición de una voluntad puni-

mientras que entre un delito doloso y otro culposo no podrá darse jamás reincidencia específica (68), sino sólo la reiteración. El ordenamiento legal, dejando aparte antiguas polémicas doctrinales (69), nos parece en este punto correcto y conforme a la naturaleza positiva tanto de los delitos culposos (70) como de la reincidencia misma (71), al darse primacía en ambos institutos al tipo de conducta sobre el tipo de resultado, del cual sólo se requiere que esté previsto como delictivo en la ley penal. Además, a fin de obviar posibles injusticias, el párrafo tercero del art. 565 concede a los Tribunales libertad para graduar las penas, eximiéndoles de las reglas establecidas en el art. 61, con lo que puede afirmarse que es éste el *único caso en que el Código recoge o acepta la reincidencia facultativa*, al permitir a los jueces usar de un poder discrecional, no para decidir si existe o no reincidencia, cuya apreciación es obligatoria, pero sí para fijar por su propia potestad los efectos que ésta haya de producir. Igualmente, los párrafos cuarto y último del mencionado art. 565 imponen ciertas atenuaciones y límites de pena a los delitos culposos en relación a la que correspondería si ese mismo hecho hubiese sido realizado intencionadamente, limitaciones y atenuaciones, en su caso, que no pueden ser desvirtuadas o sobrepasadas incluso aunque concurren las agravantes de reiteración o reincidencia.

Tampoco ofrece problema alguno el hecho de que el delito actual sea de nueva creación, es decir, que no existiera en la legalidad vigente en el momento de cometerse o de condenarse la infracción precedente que sirve de base a la reidad. En este supuesto de novación legislativa contemplada en su faceta contraria a la ya estudiada, habrá de apreciarse, en su caso, la reiteración o la reincidencia y así lo ha establecido, clarísimamente, el Tribunal Supremo (72).

ble, debe ser o no aplicable a los delitos culposos, sobre lo cual no puede pronunciarse este Tribunal interin el texto del precepto legal no sufra modificaciones, ya que se habla de «otros delitos comprendidos en el mismo título de este Código sin admitir excepciones». S. 11-1-1945.

(68) Así, la S. 4-7-1892 rechazó la influencia de la condena por homicidio intencional en posterior homicidio por imprudencia.

(69) Para una noticia sobre la polémica doctrinal acerca de la posibilidad de reincidencia entre delitos dolosos y culposos, V. p. ej. Vannini, «Il Codice penale ill...», cit. pág. 418 ss. Manzini, «La Recidiva...», cit. p. 503 ss.; p. 603 y ss.

(70) Es inadecuado y poco jurídico calificar un hecho de homicidio, lesiones o daños por imprudencia, cuando, con arreglo a la técnica penal, lo correcto es calificar de un delito de imprudencia... del que resultó homicidio, lesiones o daños: S. 19-6-1959.

(71) «Esa repetición de conductas imprudentes pone de manifiesto la tendencia delictiva del sujeto» (Quintano, Curso cit., p. 461, o mejor, decimos, la violación de un deber de atención específicamente recordado y reforzado por la anterior condena.

(72) S. 26-5-1967: se alega la indebida aplicación de los artículos 61-6.º y 10-14 y 15, porque el delito de cheque en descubierto fue instaurado en nuestro ordenamiento a la vigencia del D. 28-3-1963, sin posibilidad de apreciarse aquellas

C) *Hipótesis en que la reincidencia es elemento constitutivo del nuevo delito.*

Cuando la reincidencia, en sentido amplio, es elemento constitutivo en el tipo del nuevo delito cometido por el ya reo, no será aplicable el aumento que aquélla, como circunstancia genérica, determina, porque dicha agravación ya fue tomada en cuenta por el legislador al crear la relativa figura típica. El art. 59 C. P. es concluyente en la materia: "No producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyeren un delito especialmente castigado por la ley o que ésta haya expresado al describirlo y sancionarlo. Tampoco lo producen aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que, sin la concurrencia de ellas, no pudiera cometerse". Este precepto representará tan sólo el punto de partida en la subsiguiente indagación.

La reincidencia es elemento, presupuesto o condición indispensable en dos distintos grupos de figuras delictivas. En el primero de ellos, integrado por los delitos sancionados en los artículos 332, par. 2.º y 334 C. P., la reincidencia es de tal modo inherente al hecho, que sin ella sería inconcebible; a pesar de ello, y quizá por ello, dichas normas no la aluden en absoluto. En el segundo grupo, que comprende los delitos regulados en los artículos 515-4.º y 528-4.º, la reincidencia es artificialmente unida a un tipo objetivo, que sin su concurrencia constituiría simple falta, para crear una especie de figura delictiva híbrida que motiva en la práctica no pocos ni sencillos problemas, como podrá apreciarse a continuación.

El delito del artículo 322 pár. 2.º se integra por el uso público de nombre supuesto con la específica y determinante finalidad de eludir alguna pena; y "aunque el que suceda así no es incompatible, en términos ge-

agravantes motivadas por condenas recaídas con anterioridad a la entrada en vigor de la ley creadora del nuevo delito. Se desestima por el evidente error de razonamiento «ya que es patente que al insertarse en el ordenamiento punitivo una nueva figura, cual fue la que nos ocupa, la única limitación a observar, derivada de la aplicación de las normas en el tiempo..., consiste en la imposibilidad de que sean calificadas como constitutivas de tal nuevo delito hechos cometidos con anterioridad al instante de vigencia de la ley que lo haya implantado, y superada tal limitación entran en juego todas las normas del ordenamiento penal relativas a la participación, grado de ejecución, determinación de la pena y cuantas otras, como las discutidas, se contengan con carácter general en aquel orden»; S. 5-6-1967: Estas agravantes son de aplicar «porque en el momento de comisión del delito ya existían en nuestro ordenamiento... y para que fuese dudosa su aplicación era preciso que se hubieran establecido con posterioridad»; S. 7-11-1967: Ni el Legislador aludió para excluir su aplicación a que el delito sancionado hubiere hecho su aparición en el campo penal con posterioridad a la fecha de los hechos realizados y sancionados como delictivos antes de la entrada en vigor de los nuevos delitos.

nerales, con que pueda y deba apreciarse en dicha infracción la concurrencia de las agravantes 14 y 15 del artículo 10, cuando aparezcan los elementos suficientes para generarlas, ello no es procedente en casos en que la condena que se trata de eludir es la única y misma que anteriormente hubiera sido impuesta al culpable, porque sostener lo contrario sería tanto como deducir de un mismo hecho dos circunstancias agravatorias distintas, cuales son la genérica de reincidencia y la cualificativa que viene a integrar esa especial figura criminosa del pár. 2.º del artículo 322" (73). De modo paralelo, en el delito previsto en el artículo 334 Cp., "para que pueda suponerse quebrantada una condena fuerza es partir de la base de que existía y se hallaba en trance de ejecución y cumplimiento, por lo cual no puede volver a tenerse en cuenta su presencia para que después de haber determinado, configurándolo, el delito de quebrantamiento de condena, haya de servir como circunstancia agravatoria del mismo, influyendo penalmente dos veces en un mismo hecho producido, bajo la forma de reiteración" (74).

En estos casos no se producen los efectos agravatorios de la pena e impeditivos de ciertos beneficios penales que son propios de la reincidencia, porque ésta en realidad no llega a configurarse, no por inexistencia de la reidad, sino por inidoneidad del segundo delito. Pero la inidoneidad aludida deriva de la imperiosa necesidad que presentan estos delitos de "absorber" una condena, precisamente aquella cuyo cumplimiento se quebranta o la que dió lugar a la pena que trata de eludirse mediante el uso público de nombre supuesto, por lo que, satisfecha esta exigencia, el delito es ya idóneo para padecer la reincidencia.

Con esta consideración, que viene también implícitamente aceptada en las sentencias a que hemos hecho alusión, se resuelve de antemano el problema que pudiera surgir cuando el sujeto que comete uno u otro de los delitos que examinamos, tuviera a su cargo pluralidad de condenas anteriores. En este caso sólo una de ella, la quebrantada o la que impuso la pena que trata de eludirse, entrará a formar parte del delito como elemento constitutivo, y las demás que excedan la previsión legislativa podrán servir para estimar, si procede, la reincidencia.

La razón evidente de que así ocurra deriva de la imposibilidad de deducir de un mismo y único hecho por una parte la existencia de un delito, y por otra, una circunstancia agravante de éste, siendo discutible y sólo aceptable desde un punto de vista puramente externo la opinión que

(73) S. 27-6-1955.

(74) S. 6-2-1956. Igual criterio para quebrantamiento de condena en infracciones de la Ley del Automóvil: S. 8-2-1965.

estima una identidad en el fundamento de los tipos delictivos en examen y del aumento de sanción derivado de la reincidencia (75).

El segundo grupo mencionado comprende el hurto del art. 515, n.º 4 y la estafa del 524, n.º 4. Ambos se castigan como delitos cuando, sin exceder de 2.500 pesetas, el culpable "hubiere sido condenado anteriormente por delito de robo, hurto, estafa, apropiación indebida, cheque en descubierta o receptación, o dos veces en juicio de faltas por hurto, estafa o apropiación indebida". Se aprecia claramente, pues, cómo la reincidencia se integra artificialmente en el tipo para elevar a la categoría de delito lo que en otro caso sería simple falta de hurto o de estafa previstas en los núms. 1 y 3 del art. 587 Cód. penal.

Este concretísimo tipo de reincidencia posee un enorme significado. En primer lugar, las condenas por faltas, que no provocan normalmente el efecto de la reidad, aquí, siendo más de una —aún impuestas en una misma sentencia— (76) y de las mencionadas en esos artículos, no sólo agravan la pena sino que convierten la falta en delito. Por otra parte, la condición o situación del sujeto, el hecho de haber sido o no condenado por los delitos o faltas de referencia, implica la realización de un tipo penal o de otro, respectivamente sancionadores de un delito y de una falta, pese a la identidad sustancial de las infracciones. La dificultad casi insoluble se plantea aquí en los supuestos de pluralidad de sujetos participantes en el delito, sobre todo teniendo en cuenta que la reincidencia por su naturaleza personal no se comunica a los cointervinientes no condenados con anterioridad.

De este modo, si un hurto de cuantía inferior a 2.500 pesetas es cometido conjuntamente por dos personas, ambas en concepto de autor, si una de ellas ha sufrido la condena o condenas señaladas en el art. 515, n.º 4, cometerá un delito, mientras que la otra, sin antecedentes, incurriría en falta; ¡el mismo hecho es a un tiempo delito y falta! Y no nos parece lógico aplicar el artículo 68 C.P., pues aunque el hecho fuera susceptible de ser calificado con arreglo a dos distintas disposiciones del Código, resultaría notoriamente injusto que aquel que carece de antecedentes penales sufra las consecuencias de condenas que le son completamente

(75) Para Latagliata, op. cit., págg. 85, nota 59, el fundamento común radicaría en la ofensa al valor ético-social de la sentencia de condena, por lo cual, si para estos delitos se calculara también la reincidencia «se configuraría una responsabilidad penal absolutamente desproporcionada a la intrínseca gravedad del hecho que, en sustancia, sería atribuido dos veces al culpable».

(76) S.S. 12-11-1955: Los efectos penales de las condenas anteriores impuestas a los reos para determinar por ellas la calificación de hechos que, en otro caso, sólo merecerían la calificación de faltas y harían inaplicable lo dispuesto en el art. 515-4..., no se limitan a los supuestos de dos o más condenas producidas separadamente, sino que se contraen al hecho de que tales condenas fueron, conjunta o separadamente, anteriores a la comisión del hecho enjuiciado.

ajenas y que puede incluso no conocer. Mayor perplejidad resultará cuando el autor de la infracción haya sufrido la condena precisa y el cómplice o el encubridor sea delincuente primario; o viceversa, cuando el autor sea delincuente primario y el cómplice o el encubridor esté ya condenado por delitos o faltas mencionadas en el artículo de referencia. En el primer caso el cómplice lo es en un delito, pese a cooperar personalmente en una falta; en el segundo será cómplice o encubridor en una falta, y su antecedente no servirá para calificar el hecho como delito (77). La falta de percepción del problema por el legislador lleva a consecuencias absurdas, sobre todo cuando se intenta seguir una solución justa, cual es la de conceder relevancia a la reincidencia pero sólo respecto a aquéllos en quienes concurra.

Si en virtud de los antecedentes del autor el hecho realizado constituyere delito (y no falta), éste como tal (78) podrá sufrir las agravantes de reiteración y reincidencia así como la multirreincidencia específica prevista para esta clase de infracciones en los artículos 516 y 530 C.P. (79). Naturalmente, tales agravantes serán constituidas por las condenas "sobrantes", ya que las que sirven para convertir la falta en delito no pueden computarse para fundamentar la reincidencia (80).

D) *Delitos de hábito:*

También los llamados "delitos de hábito" (ej. delitos previstos en los artículos 402: "culpable habitual de este delito", 546 bis a), pár, último: "los reos habituales de este delito" —en ellos la habitualidad es circunstancia agravante—, y 542: el "que habitualmente se dedicare a préstamos usurarios" —aquí la habitualidad es elemento integrante del tipo, elemento esencial del delito—), en los que una repetición de actividades delictivas se valora como causa de agravación o como elemento constitutivo del delito, ofrecen la duda de si dicho "hábito" o habitualidad incluye, precisa o presupone la reincidencia; si, por tanto, esta circunstancia está ya asumida en los tipos meritados como elemento o circunstancia y, en definitiva, si, concurriendo, habrá de poseer aquí su eficacia normal.

(77) Si el encubridor era reincidente pero no el autor, y la cuantía correspondía a falta, no se puede condenar al primero por delito, pues su encubrimiento no podía nacer de falta: S. 2-7-1913.

(78) Así, es punible la tentativa por hurto del art. 515-4, mientras que es impune, conforme al art. 5, cp. la tentativa de hurto en las faltas, entre ellas las del art. 587: S. 16-3-1948; 13-2-1954; v. también S. 29-1-1951.

(79) Si se es dos veces reincidente una reincidencia se aplicará para calificar el delito y otra para agravarlo: S. 24-12-1947; o incluso para apreciar la plurirreincidencia específica del art. 516-3.º, si fueron tres las condenas anteriores: S. 9-3-1916.

(80) Por supuesto, las condenas que sirven para convertir la falta en delito no pueden computarse para la reincidencia: Ss. 5-7-1952; 4-11-1957.

Ferrer Sama piensa que en esta clase de delitos no debe apreciarse la agravante de reincidencia (aunque sí la de reiteración) (81). En apoyo de su afirmación trae el concepto de habitualidad recogido en la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo del año 1899, en la cual se exige para la existencia de aquélla que el infractor haya sido declarado culpable varias veces por delitos de idéntica índole y castigado por sentencia firme (82). Semejante opinión, aunque respetable, estimamos que contradice la construcción técnica de la figura en cuestión por las siguientes razones:

1.º—Porque la habitualidad es una cualidad personal producida y demostrada por la repetición de actos delictivos con independencia de la formalidad de que sobre ellos hayan o no recaído sentencias firmes de condena.

2.º—Porque si se exigiera la condena firme anterior por el mismo delito, incurrir en delito habitual sería completamente imposible, ya que la primera sentencia firme, esencial para el delito, no llegaría a pronunciarse jamás, al faltar precisamente el requisito de una sentencia firme anterior por delito de idéntica índole.

3.º—En fin, cualquier duda habrá de disiparse con solo tener en cuenta la distinción entre “habitualidad en el delito” y “delito habitual”. La primera significa un modo de ser del sujeto, la cualificación legal de una condición personal. El segundo se refiere a una repetición de actos, integrados en el tipo objetivo, constitutivos o no de delito cada uno de ellos con independencia de los demás y encuadrados en el montaje en cierto modo “profesional” del delincuente; pero que no precisan, según la previsión típica, la presencia de condenas intermedias. Por ello, el prestamista, el artículo 542, por ejemplo, se podrá considerar habitual cuando realice varios préstamos usurarios o se dedica a ello. Entonces estos varios préstamos se integran en un sólo y único delito habitual de usura (83), pero si después de haber sido condenado por éste mediante sentencia firme, realiza otro delito habitual de usura, se deberá apreciar en él la reincidencia. Lo mismo cabe decir de los demás delitos de hábito (84).

(81) Ferrer Sama, *op. cit.* p. 419.

(82) Criterio completamente formalista en pugna con las modernas ideas mucho más realistas y sustanciales, sobre el concepto de habitualidad.

(83) S. 14-4-1967: La Audiencia condena al procesado por cinco delitos de usura; el T. S. estima el recurso y lo considera reo de un delito habitual de usura, porque con los cinco préstamos usurarios «se matiza una conducta que debe ser sancionada como un hacer delictivo integrado por una pluralidad de actos y que da contenido al citado tipo penal, en donde no se enjuicia un hecho, sino una serie de hechos análogos que engendran el hábito o modo de ser del sujeto en relación con la forma de facilitar dinero a otros.»; análoga S. 12-2-1966.

(84) En el delito de usura «la habitualidad es elemento circunstancial que no

E) *Supuestos en los que la reincidencia es circunstancia específica del nuevo delito.*

También hay en nuestro Código numerosas infracciones en las que la reincidencia, o alguna forma de ella, se recoge como agravante especial o específica. Cuando así ocurre, la circunstancia genérica o la hipótesis ya contemplada en el relativo tipo penal no será aplicable para aumentar, a su vez, la pena; pero nada impide que los demás tipos, clases o posibilidades de reincidencia, no previstos para el delito concreto de que se trate con este carácter de circunstancia específica, puedan aplicarse con su efecto normal de circunstancia genérica.

La reincidencia, en distintas formas, se toma especialmente en cuenta en los delitos sancionados en los siguientes artículos del Código penal: 349 (juegos ilícitos, "en caso de reincidencia..."); 381 (eclesiástico que rehusa remitir los autos al Tribunal para la decisión de un recurso de fuerza en conocer: "la reincidencia será castigada..."); 534 (infracciones del derecho de autor y de la propiedad industrial: "la reincidencia en ambos casos se castigará..."); 535 (apropiación indebida: V. más adelante comentario del art. 530); 537 (defraudaciones de fluido eléctrico y análogas: "caso de reincidencia..."); y las faltas de los artículos 572 ("a los reincidentes") y 593 ("la infracción cometida después de dos condenas por esta falta se castigará como delito de hurto..."). En estos casos (tal vez salvando el del art. 535) estimamos que la ley se refiere únicamente a la recaída en idéntico tipo de delito; por tanto, la recaída en delito no idéntico pero sí comprendido en el mismo Título del Código provocará, en su caso, la agravante 15 del artículo 10 C. p.

Aún más limitada es la reincidencia prevista en los artículos 340 bis a), 2.º, part. 2.ª, y 565-6.º, referida sólo a la pena de privación del permiso de conducción, que se impondrá con carácter definitivo cuando el culpable hubiere sido condenado dos veces a privación temporal del mismo por delito previsto en cualquiera de esos artículos o en ambos. Curiosa reincidencia ésta, basada en la misma índole no tanto de los delitos como de las penas.

Pero la más importante de las "reincidencias específicas" es, sin duda, la establecida para los hurtos y estafas que, además de contar con una larga tradición histórica y ser acogida en muchos países que, como Ale-

reposa en un concepto de profesionalidad, ni siquiera de reincidencia registrada», Quintano, Comentarios, cit., p. 1.029. En la usura, la habitualidad es concepto sustancial, no formal de reincidencia: Ss. 11-5-1942; 11-6-1958. Se aplica la agravante 15 del art. 10 en receptación del art. 546 bis b). La reincidencia del art. 10, núm. 15 y la habitualidad del artículo 546 bis b) pueden ser compatibles porque no dimanar del mismo hecho: Ss. 6-2-1957; 20-3-1957; 14-2-1966.

mania, no admiten la agravante genérica, presenta, en su regulación positiva, una curiosa gama de problemas.

Aparte del caso, ya estudiado, en que una falta de hurto o estafa puede convertirse en delito por virtud de la reincidencia, ésta viene recogida como agravante específica para la aludida clase de delitos contra el patrimonio, quizá por esa reminiscencia histórica que comentábamos, ya que las consecuencias que provoca no suelen ser más gravosas que las que resultarían de aplicar la agravante genérica sino antes al contrario, pues mientras la regla 6.^a del artículo 61 obliga a elevar la pena en uno o dos grados a partir de la segunda reincidencia, en los hurtos y estafas sólo podrá elevarse aquélla en un grado, en el mismo supuesto, con lo que, paradójicamente, la agravación genérica es mayor que la específica.

Dice el artículo 516 que el hurto se castigará con las penas inmediatamente superiores en grado... 3.º: "Si el culpable fuere dos veces reincidente"; y el artículo 530, que los delitos comprendidos en los números anteriores serán castigados con la pena respectivamente superior en grado "si los culpables fueren dos veces reincidentes en el mismo o semejante especie de delito" (85). En ambos casos los Tribunales podrán imponer las referidas penas en el grado que estimen conveniente aunque concurren otras circunstancias de agravación. Esta reincidencia específica en lo que se refiere a conceptualización, elementos, requisitos, etc., es decir en todo lo que no le sea peculiar, se rige por los principios comunes de la reincidencia en general: necesidad de dos condenas anteriores, aunque sea en la misma sentencia, por delitos comprendidos en el mismo Título del Código, firmeza de dicha resolución o resoluciones, subsistencia del estado de reidad, etc. (86).

Sin embargo, existen algunas particularidades que deben ser examinadas y que afectan principalmente a la amplitud de dicha específica circunstancia y a su posibilidad de concurrencia con otras formas o clases de reincidencia.

La previsión legislativa termina, en ambos artículos, en la segunda reincidencia: "fuere *dos* veces reincidente", surgiendo así la duda acerca de la significación que puedan tener las reincidencias ulteriores que sobrepasen tal previsión. Según Quintano, "la disyuntiva de los textos tradi-

(85) Esta doble reincidencia surge al recaer la sanción del tercer delito: S. 17-4-1951.

(86) Aun en la misma sentencia: Ss. 22-12-1959; 13-6-1943; 14-4-1951; 23-10-1953. Es necesario que consten las cuantías y en todo caso que no estén degradados a falta los anteriores delitos: Ss. 25-4-1954; 15-11-1947; 18-4-1952; 2-1-1956; 20-12-1956... Es indiferente que fuera en grado de tentativa, consumado o frustrado: S. 20-3-1958; y en concepto de autor, cómplice o encubridor: S. 6-10-1939.

cionales en que se hacía referencia al "dos o más veces reincidente" hizo posible que en la S. de 23 octubre 1957, se considerasen inoperantes como circunstancias de agravación las condenas que excediesen a las dos cualificativas. Pero la revisión de 1963, al suprimir torpemente dicha cláusula, dificulta tan lógica y humana interpretación" (87). Y en efecto así es, porque pudiera entenderse que, rebasado el número de condenas requerido para esta plurirreincidencia especial, volvería a entrar en vigor la reincidencia o la plurirreincidencia constitutiva de circunstancia genérica cuando se dieran los requisitos necesarios para ello, una vez descontadas las dos condenas que integran la plurirreincidencia específica.

Si tal interpretación se admite podría darse el caso de que un hurto de menos de 2.500 pesetas (que si no concurrieran las condenas precisas sería calificado como falta del artículo 578, 1.º y sancionado con arresto mayor) al darse la presencia de tales condenas se castigue como delito del artículo 515-4.º con la pena de arresto mayor, sobre la cual montarían las reincidencias sobrantes, las dos primeras para elevar la pena en un grado conforme al n.º 3 del artículo 516: presidio menor, y las restantes, aplicando la regla 6.ª del artículo 61, para elevar ésta, a su vez, en uno o dos grados, es decir, a presidio mayor o a reclusión menor. Nos parece muy bien que se conceda a la reincidencia toda la importancia y toda la eficacia que realmente merece, pero la posibilidad de que por acumulación de condenas se eleve la pena de arresto menor es de tal suerte exagerado que debe rechazarse toda interpretación que conduzca a ello, y en este caso no porque el texto legal no la permita, sino por la evidente injusticia a que puede llevar (88). Además, habida cuenta de la gran significación como síntoma de habitualidad que supone la reincidencia múltiple en esta clase de delitos, es adecuado entender que las reincidencias que sobrepasen el número indicado en la ley no aumentan el reproche ni la represión, pero sí indican normalmente la mayor temibilidad del delincuente y, por tanto, la necesidad de prevención.

Peculiaridad propia ofrece la regulación de la reincidencia en la estafa; en primer lugar, porque se limita su aplicabilidad, como agravante especial, a los delitos comprendidos en los ocho números del artículo 529 y a la apropiación indebida del 535, sin extenderse a las demás defraudaciones del Capítulo o de la Sección; y además, porque el artículo 530 emplea una expresión exclusiva, mucho más correcta que la utilizada al definir la reincidencia del artículo 10 n.º 15, al imponer el au-

(87) Quintano, Comentarios, cit., p. 969.

(88) Por ello la jurisprudencia continúa, al parecer, entendiendo la frase «dos veces reincidente» como «dos o más veces reincidente». V. p. ej.: Sentencia 17-5-1965.

mento de pena “si los culpables fueren dos veces reincidentes en el mismo o semejante especie de delito”.

La cuestión que aquí se plantea, de difícil solución por cierto, es la de aclarar qué entiende la ley por “semejante especie de delito”. El resto de la frase: “el mismo”, no presenta duda alguna, pues sólo puede interpretarse como “el mismo delito”, o mejor, como delito comprendido en el mismo número del artículo 529 (o en el artículo 535) que el anteriormente sancionado. En efecto, el propio artículo 530 dice a su comienzo: “Los delitos expresados en los números anteriores”; es decir, que cada número del artículo 529 tipifica un delito distinto; siendo los números de ese artículo integrantes de delitos que entre sí resultan “de semejante especie”. Por otra parte, que la ley se refiere al mismo delito es evidente, ya que habla de “el mismo”... delito y no de “la misma” especie.

En cuanto a la otra expresión, no hay duda de que son “semejante especie” todos los delitos regulados en los ocho números del artículo 529. Pero, ¿son también de semejante especie todos los ataques delictivos al patrimonio ajeno mediante engaño o tan sólo los que poseen mayor afinidad con los delitos del artículo 529?; ¿o debemos emplear un criterio formal entendiendo que la especie la componen los delitos de la Sección II, Capítulo IV del Título XIII, y la “semejante especie” dicho Capítulo IV que trata de “las defraudaciones?; ¿o bien en la expresión “semejante especie” se incluyen todos los delitos contra el patrimonio que requieran ánimo de lucro; o en general todos los delitos del Título XIII C. p.: los delitos contra la propiedad?; ¿o debemos abandonar el criterio legal para determinar la reincidencia, bien criticable según veremos en el Capítulo siguiente?. En este caso, el punto de partida consistiría en fijar el sentido de la palabra “delito” utilizada en el artículo 10, n.º 15: si se trata de la hipótesis o figura legal, el tipo de delito o, por el contrario, del delito “completo” cometido tal como se ha manifestado en la vida real, incluyendo el ánimo, los motivos y las finalidades del autor; si la similitud de especie se refiere a los tipos penales o a los delitos concretos cometidos, etc. (89).

Conforme a la regulación actual del Código, la resolución de todas las cuestiones planteadas, si no es de utilidad escasa tampoco es fundamental, habida cuenta de que por encima de la agravante del artículo 530 se encuentra la circunstancia genérica 15ª del artículo 10 en relación con la regla 6.ª del artículo 61, que dará lugar a una elevación de la pena cuando existan a cargo del reo una multiplicidad de condenas

(89) V. epígrafe 2 B) (reincidencia) del Capítulo IV de esta obra. En concreto desde la nota 24.

por delitos comprendidos en ese mismo Título del Código. Sin embargo, puede ser muy importante la indagación con miras a futuras reformas del texto legal. Ahora, ceñidos a él, con las escasísimas bases de interpretación que ofrece y la no mucho más rica ayuda jurisprudencial, intentaremos establecer, ya que no el preciso alcance del término en examen, sí algunos de los límites dentro de los cuales se mueve.

Demostración evidente de la dificultad del tema es la inseguridad jurisprudencial en la resolución de los casos concretos. Así, el Tribunal Supremo unas veces ha estimado que “se da notoriamente esta doble reincidencia si la procesada fue condenada anteriormente por un delito de hurto y después por otro de estafa antes de ser juzgada por el que era objeto de la causa...” (90) y que son de semejante especie que la apropiación indebida, los delitos de hurto y de robo... “toda vez que todos afectan al derecho patrimonial y están comprendidos en el mismo Título del Código” (91); y otras, que “la doble reincidencia a que se refiere el artículo 530 no puede abarcar los delitos de hurto al no ser de la misma o semejante especie que las estafas, ya que en éstas concurre siempre la voluntad del perjudicado consintiendo en la entrega de la cosa mediante el engaño de que es víctima, cosa que no tiene lugar en los hurtos en que sólo opera la voluntad del culpable con total ausencia de la del perjudicado” (92). Con semejante interpretación la agravante especial que examinamos sería completamente inútil, pues aunque no existiera se llegaría a la misma consecuencia aplicando la circunstancia genérica y “en el caso que se contempla —como continúa la misma sentencia que acabamos de mentar— habría que aplicar la regla 6.ª del artículo 61 al estar condenado con anterioridad el procesado por un delito de estafa y otro de hurto, que están comprendidos en el mismo Título del Código que la apropiación indebida por la que ahora se condena, doble reincidencia que produce los mismos efectos agravatorios y aun superiores que la específica del artículo 530...”. En realidad, sólo admitiendo, como también ha hecho en alguna ocasión el Tribunal Supremo (93), que esta plurirreincidencia especial es más amplia que la genérica, tiene sentido, utilidad e importancia la agravante del artículo 530 y la determinación de su alcance.

La verdad es que, en sentido sustancial, la plurirreincidencia del artículo 530 es más amplia que la del 10-15ª en relación con el 61-6ª. Para ello bastará con que pueda incluirse en aquélla un solo tipo delictivo

(90) S. 6-10-1939.

(91) S. 28-6-1945.

(92) S. 20-12-1967.

(93) S. 10-6-1961.

más, aparte de los comprendidos en el mismo Título del Código. O mejor que más amplia, distinta, pues no se trata aquí de dilucidar tanto una cuestión de cantidad o amplitud cuanto un problema de calidad o naturaleza: no se trata de seguir un criterio formalista-locativo, de colocación en Títulos, Capítulos o Secciones del Código penal o inclusive de otros Cuerpos legales, sino un criterio sustancial fundado en la naturaleza de los tipos delictivos; y en esa perspectiva no todos y no sólo los delitos contra el patrimonio del Título XIII, C. p. son de "semejante especie".

Para no alargar el tema desmedidamente, y a falta de guías legales seguras, exponemos la solución que nos parece más lógica: son de la "misma especie" todos los delitos contra el patrimonio realizados con ánimo de lucro y mediante engaño; son de "semejante especie" todos los delitos contra el patrimonio que exijan para su realización el ánimo de lucro, estén o no recogidos en un mismo Título del Código o incluso en leyes especiales, pero siempre que dichas notas —contra el patrimonio, ánimo de lucro—, sean esenciales en la figura legal de que se trate. No así cuando la norma sólo accidental, secundaria o subsidiariamente sancione una conducta o un evento, lesivo al patrimonio, realizado con ánimo de lucro; o aunque en la práctica, en un caso concreto de la vida constitutivo de delito, se ataque o se lesione el patrimonio ajeno con ánimo de lucro. Entonces no serán los delitos de especie semejante ya que, por el momento, los motivos, el ánimo, o la finalidad del autor de un delito no parecen poseer alcance alguno a los efectos de la reincidencia.

La plurirreincidencia específica de los artículos 516-3.º y 530, pueden concurrir perfectamente con la reiteración cuando, además de las dos condenas por delitos incluidos en el mismo Título o de semejante especie, el culpable tenga otras a su cargo por delitos distintos (94), mientras que la reincidencia o la plurirreincidencia genéricas no son de aplicar en virtud del principio de especialidad y sólo podrán estimarse cuando por cualquier causa no concurren los requisitos necesarios para aplicar la plurirreincidencia específica: ej. cuando el culpable sea una sola vez reincidente en el mismo tipo de delito.

Finalmente, los efectos penales distintos de la agravación de pena son comunes tanto a la plurirreincidencia genérica como a la específica de hurtos y estafas, pues la especialidad de esta última sólo a dicho aumento de pena se refiere, siguiéndose en lo demás (concesión o revocación de ciertos beneficios penales, etc.) las normas generales.

(94) V. entre la jurisprudencia más reciente Ss. 21-5-1966; 30-1-1967; 4-2-1967; 17-5-1967.

CAPITULO CUARTO

SUMARIO:

V. Clases de reincidencia: reiteración y reincidencia. 1.—El criterio de distinción. 2.—Problemática de cada una de ellas: A) Reiteración: concepto, extensión y límites. B) Reincidencia: a) Concepto, extensión y límites de la reincidencia específica; b) La plurirreincidencia: concepto y requisitos. Compensabilidad con otras circunstancias. 3.—Cuál es más grave. 4.—Reiteración y reincidencia como hipótesis normativas de una misma agravante o como agravantes independientes. Examen de las posibles concurrencias de condenas.

V

CLASES DE REINCIDENCIA: REITERACION Y REINCIDENCIA

Tras estudiar la reincidencia como concepto unitario, se hace preciso examinar en concreto cada una de las dos especies reguladas en nuestro Código penal, el cual, siguiendo una antigua tradición, acoge, de entre las varias clasificaciones apuntadas por la doctrina o recogidas en otras legislaciones (1), la distinción entre dos tipos fundamentales de reincidencia: la genérica y la específica, si bien reserva el nombre de reincidencia para esta última, designando a la primera con el calificativo de "reiteración".

1.—*El criterio de distinción.*

En pura teoría hay reincidencia genérica o reiteración cuando las varias infracciones penales cometidas por el delincuente son de naturaleza

(1) Las distinciones realizadas por la doctrina entre una reincidencia «vera» y «ficta», propia e impropia, genérica y específica, etc., o por otras legislaciones (ej. la italiana: reincidencia simple o genérica, agravada: —específica, dentro de los cinco años desde la condena, durante o después de la ejecución de la pena o durante el tiempo en que voluntariamente se sustrae a ella—, pluriagravada, reiterada (simple o agravada); reincidencia obligatoria y facultativa, son de escaso interés para el estudio del derecho positivo español.

o especie distinta, mientras que el concepto de reincidencia específica se limita a aquellos casos en los que los diferentes delitos realizados por el culpable sean de la misma (o semejante) naturaleza, índole o especie. Sin embargo, la dificultad práctica que entrañaría desvelar en cada supuesto aislado si dos o más violaciones delictivas son de la misma o de distinta índole, a lo que hay que añadir una patente desconfianza en la libertad de apreciación judicial, ha inducido al legislador a realizar una interpretación auténtica sobre el significado de los términos "misma" y "distinta" especie de delito. En ese afán, el legislador elige el sistema más cómodo, aunque sea puramente formal, rígido, injusto e inexacto, y entiende que son de la misma naturaleza o de semejante índole los delitos comprendidos en un mismo Título del Código penal, y de naturaleza distinta todas aquellas infracciones no reguladas en un mismo Título de dicho Código.

La distinción se basa, pues, en un criterio formal-locativo. Se mira sólo la naturaleza del delito y en ningún caso la "naturaleza del delincuente"; pero, además, la ley entiende aquí por delito la figura típica prevista por la norma incriminatoria en vez del caso concreto de la vida con todas las características objetivas y subjetivas, como pueden ser: el daño efectivamente causado a la víctima, la personalidad del delincuente, sus impulsos y tendencias, los motivos y la finalidad de la acción delictiva y, en general, toda esa infinita gama de matices imposibles de recoger en el esquema abstracto de un tipo penal y que distinguen unos delitos de otros aunque todos ellos caigan bajo un mismo precepto legal. Podría decirse que la Ley compara los hechos, o mejor dicho, la calificación jurídica de los hechos, y no los delitos como entidades complejas. Por supuesto, carece de relevancia para determinar el tipo de reincidencia la eficacia inhibitoria real de la condena en su relación con la nueva conducta delictiva (caracteres concretos de los varios delitos, tiempo transcurrido entre ellos, etc.).

En definitiva, lo que ocurre es que se rechaza el criterio de la homogeneidad o disparidad sustancial de las infracciones para seguir el puramente formal de su colocación en el Código; y, habida cuenta de la artificiosidad, en muchos casos, de la estructura de éste, no es extraño que en la práctica puedan producirse numerosas injusticias.

2.—Problemática de cada una de ellas:

A) Reiteración: concepto, extensión y límites.

La reiteración existe cuando un sujeto, precedentemente condenado por delito mediante sentencia firme, comete otro u otros delitos de deter-

minadas características, siempre que el primer delito y los posteriores no se hallen comprendidos en un mismo Título del Código penal.

Es suficiente para que haya reiteración la presencia de una condena firme anterior. Sin embargo, el empleo de la palabra "castigado" en su definición legal, frente a la expresión "ejecutoriamente condenado" que se usa para conceptualizar la reincidencia, ha inducido a algún autor a pensar que en aquélla se valora sólo la reincidencia "vera", que exige el cumplimiento de la condena, porque "si bien es cierto que en castellano antiguo la palabra castigar significaba advertir o aconsejar... ya en el siglo XVIII el Diccionario de Autoridades dice que castigar es "ejecutar un castigo" y este significado es conservado en el Diccionario de la Academia" (2). Ello parece lógico, al menos en el aspecto gramatical; pero una práctica jurisprudencial unánime y constante interpreta la expresión en el sentido de "ejecutoriamente condenado" (3).

Dejando aparte los argumentos teóricos acerca de la procedencia o improcedencia de la agravante que estudiamos (4), que para nada afectan a la existencia y conformación legal de la misma y cuya consideración, además, pertenece a otra parte de este trabajo, cabe observar que la reiteración pretende ser en nuestro Código una circunstancia genérica de aplicación a todo tipo de delitos y en toda clase de supuestos, aunque ya la misma ley establece importantes limitaciones.

La reiteración, en efecto, subsiste cualquiera que sea la naturaleza (dolosos o culposos, políticos o militares, etc.) y colocación (en el Código penal o en Leyes penales especiales) de los varios delitos que la integran; y aunque la condena fuera impuesta por un Tribunal de la jurisdicción ordinaria o de alguna especial (5), pues esta agravante, frente a lo que

(2) Antón Oneca y Rodríguez Muñoz, Derecho penal, T. I, parte general por Antón Oneca, Madrid, 1949, p. 381 ss.

(3) V. p. ej. Ss. T. S. 31-1-1910, 6-2-1959, que rechaza argumento similar al referido; 1-7-1967: es de rechazar la tesis de que reiteración y reincidencia sólo se dan cuando el reo ha cumplido efectivamente las penas impuestas; 25-1-1962: basta para su apreciación la sentencia firme anterior sin que precise que la pena impuesta en ella haya sido cumplida, toda vez que la palabra «castigar» que emplea el Código en su sentido jurídico y aun gramatical equivale a «sancionar» y «condenar» y así lo viene interpretando esta Sala; en igual sentido Ss. 6 y 27-3-1962.

(4) Ya Pacheco, «El Código penal concorcado y comentado», Madrid, 1888, p. 239, reaccionaba contra la eficacia de la reiteración, acusando a la Ley de sumar cantidades de diversa naturaleza, como absurdo similar al de sumar cinco árboles y tres caballos. Con ello, dice Quintano (Comentarios..., cit., p. 240), se adelantaba a la crítica de insignes penalistas modernos, como Von Liszt, para quienes la reiteración no tiene razón de ser por integrar una sucesión de actos sin parentesco alguno. El argumento no es del todo aceptable.

(5) Se estima la reiteración aunque la condena anterior fuera impuesta por un Tribunal militar: Ss. 5-2-1897, 30-12-1947, 27-10-1951, 23-1-1952, 23-12-1954, 3-6-1955, 6-6-1959, 4-7-1962, 20-3-1967, etc., o de Marina: ej. S. 23-4-1954, o por efecto de una ley penal especial: Ss. 3-1-1956, 17-3-1964, 26-6-1964, 24-5-1966,

sucede con la reincidencia, "sólo hace referencia a la ley sancionadora en abstracto" (6). Por lo tanto, no requiere que el delito anterior sea de la misma o similar naturaleza que el actual, ni que hayan sido sancionados ambos por la misma jurisdicción, ya que se trata de una circunstancia "cuantitativa y no cualitativa" y únicamente precisa para su existencia una condena anterior por delito al que la ley —cualquier ley— señale igual o mayor pena (7). En definitiva, sólo se atiende a una cierta relación cuantitativa de gravedad entre las varias infracciones (8).

La intención evidente de la ley es conceder a la reiteración un juego amplísimo, haciéndola aplicable siempre que exista precedente condena firme y posterior delito. No obstante, su virtualidad está recortada en la misma ley por tres distintas limitaciones: una, la común a reincidencia y reiteración, cual es su imposibilidad de aplicación a las faltas; otra, impuesta por la existencia de otra agravante de su misma naturaleza, especial respecto a ella, o sea, la reincidencia, cuyo sector de eficacia —cuando el delito actual y el anterior estén regulados en un mismo Título del Código penal, o de una ley especial cuando ésta así lo admita expresamente— está sustraído al de la reiteración; la tercera, la única limitación verdaderamente propia, consiste en la necesidad de que al delinquir el culpable estuviere ejecutoriamente condenado por un delito a que la ley señale igual o mayor pena, o por dos o más delitos a que aquélla señale pena menor, de suerte que si el delito anterior era único y más levemente sancionado que el presente no podrá hablarse de reiteración.

Las dos primeras limitaciones indicadas son de claro entendimiento y no requieran comentario adicional a los generales que se realicen; pero la tercera sí plantea problemas, tanto de fundamentación como de interpretación.

Difícilmente puede explicarse, y menos justificarse, la exigencia de una igual o superior entidad cuantitativa de la sanción del delito antiguo respecto a la correspondiente al delito actual. Tal requisito contradice, en efecto, una aparente convicción legal, o al menos jurisprudencial, que estima la reincidencia como una progresión criminal del delincuente, mientras que aquí se exige un mantenimiento o disminución en la gravedad, según el tipo, de las sucesivas infracciones. La única explicación que encontramos radicaría en la necesidad de no agravar con exceso la penalidad de aquellos delitos ya elevadamente sancionados, sobre

3-11-1967, etc., y cualquiera que sea la naturaleza de los delitos, políticos o militares, dolosos o culposos (las anteriores condenas por imprudencia tienen plena eficacia para estimar la reiteración: Ss. 16-5-1958, 20-3-1967, etc.).

(6) S. 3-7-1956.

(7) S. 4-5-1963. También Ss. 20-12-1963, 31-10-1964, etc.

(8) S. 4-2-1960.

la sola base de una transgresión criminal anterior de menor importancia (8 bis). Sin embargo, esta misma limitación no se aplica a la reincidencia específica.

La exigencia legal en cuestión, combinada con los principios "in dubio pro reo" y de retroactividad de la ley penal más favorable al delincente, alcanza en la práctica enorme importancia, ya que obliga a un examen comparativo de las distintas penas. De tal manera, cuando se desconozca la sanción primeramente impuesta, sin que consten tampoco los elementos necesarios para determinarla, cosa que ocurre con inusitada frecuencia, se deberá excluir la reiteración, salvo que se trate de delito que en todas sus modalidades, aun las menos graves, haya estado siempre castigado con pena igual o superior a la del actual (9). Pero es que, a mayor abundamiento, dicha exclusión descansa sobre una base puramente formal, artificial e injusta (10).

Subordinándose la reiteración a la gravedad respectiva de las penas correspondientes a los distintos delitos o, en otro caso, al número —plural— de infracciones precedentes (11), resulta imprescindible determinar: el significado de la expresión utilizada en el Código —"delito a que la ley señale igual o mayor pena"— a saber: si la palabra delito se refiere al tipo descrito en la ley o al caso de la vida; si por ley debe entenderse la norma abstracta o la voluntad normativa concreta; qué penas

(8 bis) Manzini, «La reincidencia», cit., p. 527. Plantea el problema y recoge varias opiniones. Ponía Carrara el siguiente ejemplo: la condena a un día de prisión te pone en estado de reincidencia, de guisa que si después cometes un delito punible con diez años de prisión, el juez te puede dar un aumento de seis años. ¿Y la causa de este aumento? El día de cárcel que sufriste nueve años atrás.

A ello contestaba Mossa que si la razón de la reincidencia está en la obstinada inclinación del reincidente... aumentando la «cantidad» del segundo delito, es preciso una pena más severa.

Aunque el ejemplo de Carrara pueda en principio impresionar, no debe desconocerse su extremismo, ya que, al menos en nuestro Código, las infracciones castigadas con penas leves (faltas) no provocan la reidad, ni, por tanto, la reincidencia, salvo la posibilidad —por su multiplicación— de convertir una falta en delito; y, además, la reiteración no permite superar el grado máximo de la pena señalada al delito de que se trate. En cualquier caso, el problema de que resultara injusto en alguna hipótesis el aumento de pena, así como el contrario, más frecuente, de que el aumento —que hoy prohíbe el Código— resultara justo, quedaría resuelto constituyendo el concepto formal de reincidencia, admitido en la legislación patria, por otro sustancial, como el que aquí se defiende.

(9) Ss. 4-10-1955, 10-6-1958, 5-11-1960, etc.

(10) «Lo que sí parece altamente censurable en la reiteración es el casuismo de la exigencia de delito anterior de igual o mayor pena, ya que la gravedad de ésta no es siempre índice de mayor peligrosidad a estos efectos, en los que sólo debiera tenerse en cuenta la naturaleza de las infracciones en relación con el carácter y condiciones del agente»: Quintano, Comentarios..., cit., p. 241.

(11) Es indiferente que las condenas anteriores fueran impuestas en una misma sentencia: Ss. 3-12-1952, 3-12-1953, 30-10-1956, 13-10-1956, etc.

son inferiores, iguales o superiores; qué penas son, en definitiva, las que habrá de computarse para saber si existe o no reiteración: si las señaladas en el tipo o las efectivamente impuestas tras el cómputo, entre otras cosas, de atenuantes y agravantes, o mejor, si las señaladas por la ley —abstracta— para la figura típica realizada o las señaladas por la ley —concretizada por el juez— al caso. Todo ello se reduce al problema práctico de resolver si la palabra “pena” ha de entenderse en sentido abstracto o en sentido concreto y, en consecuencia, si el tiempo efectivo de duración o la cuantía de la pena tiene o no relevancia (por ejemplo: si dos meses de arresto mayor es pena inferior a la de cinco meses de arresto mayor, o si ambas son de la misma entidad: arresto mayor).

Supuesta la arbitrariedad de la exigencia que comentamos, no resulta fácil restablecer el criterio lógico que haya de seguirse para solucionar el problema planteado. Y ya que no puede atenderse a un principio de justicia, es loable la posición del Tribunal Supremo tendente a facilitar a los Tribunales la aplicación de la agravante, con el consiguiente beneficio para la seguridad jurídico-penal, aunque dicha tendencia abunda en excepciones.

Nuestra jurisprudencia afirma normalmente que la pena que debe tenerse en cuenta no es la abstracta correspondiente al delito (tipo penal) precedente, sino la efectivamente impuesta (por ej. superior en un grado a la señalada en el tipo por haber concurrido multirreincidencia, o inferior por virtud de una atenuante muy cualificada, o por tratarse de delito frustrado, etc.), por lo que no es suficiente expresar en la sentencia que el sujeto fue condenado con anterioridad por tal o cual delito, sino que es preciso hacer constar la pena que se le impuso (12). Este modo de ver las cosas, a nuestro juicio correcto, no es, sin embargo, absolutamente unánime. Así, por ej., la Sent. T. S. de 2-7-1966 siguió un criterio del todo contrario al solucionar el supuesto siguiente: la Audiencia condenó al procesado, ejecutoriamente condenado con anterioridad por un delito de homicidio frustrado a la pena de cinco meses de arresto mayor como autor de un delito de robo, a la pena de un año de presidio menor. El Ministerio Fiscal recurre por no haberse aplicado la reiteración y el Tribunal Supremo estima dicha circunstancia porque “tal agravante no hace referencia a la pena que le fue impuesta por el delito anterior y sí a que la señalada sea superior a la del que se juzga... y como aquél fue de homicidio frustrado y el art. 407 señala para el consumado la pena de reclusión menor, aplicando los artículos 51 y 73 C. p. correspondería

(12) S. 13-3-1953; similares Ss. 4-10-57, 18-3-58; 24-6-58, 24-4-28, 9-4-60.

la pena de presidio mayor, superior a la de presidio menor con la que ha sido sancionada en esta causa...”.

Sin duda la expresión utilizada en el n.º 14 del artículo 10, “*delito a que la ley señale...*”, puede inducir a semejante razonamiento; pero, aparte del significado de la palabra “delito”, que tanto puede ser el tipo hipotético al que *la Ley señala* una pena abstracta entre dos límites como el caso de la vida al que la ley —la voluntad de la ley— reserva una sanción concreta, cabe observar que con ello no sólo se incurre en el formalismo indicado de confundir “tipo” con “delito”, sino que, además, se ataca de manera evidente la autoridad de la cosa juzgada, ya que a los efectos de la reiteración se reforma (y en perjuicio del reo) la resolución firme dictada por el juez que conoció del delito anterior. Por otra parte, es contradictorio tener en cuenta, para determinar la pena, el grado de ejecución del delito y no la posible concurrencia de atenuantes o agravantes cualificadas.

En resumen, la “pena” que se tiene en cuenta para establecer si existe o no reiteración es la que efectivamente correspondió al delito precedente, pero tal concreción de la pena se refiere al grado, sin que tenga importancia fuera de él su cuantía o duración concreta, pues la distinción legal no se refiere al tiempo de duración de la condena sino a la naturaleza y gravedad de la misma y como el procesado fue condenado anteriormente a seis meses y un día de prisión menor y las penas que se aplican en la sentencia recurrida son también de prisión menor, es decir, de la misma clase, no cabe duda que el Tribunal sentenciador aplicó debidamente la reiteración (13). Esta pena así determinada se compara con la correspondiente al delito actualmente cometido, teniendo en cuenta que éste, es decir, “el delito que ha de servir de referencia para su relación con los anteriores, es el *delito tipo* que se enjuicia prescindiendo de las circunstancias objetivas o subjetivas que puedan atenuar o agravar la responsabilidad del culpable” (14).

Esta tendencia jurisprudencial se va precisando y perfeccionando en su aplicación a numerosos casos de la vida real, en cuyo casuismo no dejan de presentarse problemas que poco a poco se pueden aclarar. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo ha establecido que la pena de arresto mayor y multa es superior a la de arresto mayor (15); que hay reiteración si la pena anterior fue de ocho años y la actual de presidio menor (16); respecto a las penas de presidio y de prisión, aunque tienen seña-

(13) S. 12-6-1967.

(14) S. 10-6-1967.

(15) Ss. 18-10-52, 9-5-66, 12-2-64.

(16) S. 2-11-57.

lada igual duración temporal, la interpretación de los preceptos sobre la materia (artículos 27, 71-1 y 73) obligan a estimar los presidios como más graves que las prisiones correspondientes, y así lo establece también la jurisprudencia en lo que a reiteración se refiere (17). Sin embargo, esta diferencia de gravedad teórica, desaparece cuando por otras penas concurrentes puede determinarse la gravedad efectiva de los varios delitos. La S. T. S. 20-10-1966, contempla el siguiente supuesto: el procesado, anteriormente condenado a las penas de seis meses y un día de presidio menor y dos mil pesetas de multa es condenado por el Tribunal de Orden Público como autor de un delito de propaganda ilegal a las penas de un año de prisión menor y multa de diez mil pesetas. Recurre el M. F. por inaplicación del art. 10, n.º 14, C. P. El T. S. desestima el recurso, porque aunque en las escalas correspondientes figura la pena de presidio mayor como más grave que la de prisión menor, se trata de "una diferencia puramente nominal que no responde ni a la duración ni a la intensidad de una y otra pena, y por el contrario está clara la menor gravedad de la pena conjunta de multa de 1.000 a 10.000 pesetas, correspondiente al delito de falsedad en documento público (anterior) que la multa conjunta de 5.000 a 50.000 pesetas corresponde al delito de propaganda ilegal, por lo que no es aplicable la reiteración".

En definitiva, la opinión sustentada por la Jurisprudencia, ofrece, ya que no en otra cosa, una ventaja práctica de certeza y seguridad puesto que, de otro modo, el Juez debería determinar en concreto la pena aplicable al segundo delito teniendo en cuenta las circunstancias del mismo, entre ellas la reiteración, para saber si puede o no aplicar la agravante de reiteración, lo cual es un evidente contrasentido. Pudiera darse así el caso de que la pena correspondiente al segundo delito fuese igual o inferior a la del delito precedente si no se aplica la reiteración, en cuyo supuesto el Tribunal Supremo, dado el recurso, declarararía la precedencia de ésta; pero resultará superior a la del delito ya castigado si se estima la reiteración, en cuyo caso el Tribunal Supremo habría de manifestarse por la improcedencia de la agravante, que no juega si la pena del delito antiguo es inferior a la del actual.

(17) La pena de prisión menor no puede dar contenido a la reiteración cuando el delito nuevamente cometido tiene señalada pena de presidio menor: S. 29-12-64; similares Ss. 23-12-57, 30-2-61, 23-2-61.

B) *La reincidencia:*

a) Concepto, extensión y límites de la reincidencia específica.

La reincidencia (18), al contrario que la reiteración, es de carácter específico (19) y no descansa, como aquélla, en una relación cuantitativa de penas, sino en una relación analógica: "estar uno y otro delito comprendidos en el mismo Título del Código Penal" (20). La definición legal de esta agravante es tan clara que apenas ofrece problemas interpretativos, aunque sí de fundamentación. Sabemos que reincidencia es la recaída en un delito por parte de un sujeto anteriormente condenado por otro u otros delitos de la misma especie que el actual (21). Sin embargo, el legislador, realizando una interpretación auténtica, considera que sólo son de la misma especie las infracciones criminales tipificadas en un mismo cuerpo legal y, dentro de él, las comprendidas bajo un mismo Título. Así, ha precisado la Jurisprudencia que la circunstancia 15 del artículo 10 C. P. hace referencia a la ley sancionadora concreta y sólo es aplicable a los delitos comprendidos en el mismo Título del Código Penal, sin que sea estimable en las infracciones previstas en Leyes especiales, salvo que éstas expresamente lo autoricen (22); y ello, aunque los delitos previstos en leyes distintas sean de la misma naturaleza (23).

Contra la opinión unánime de la doctrina, y frente a la diversa regulación de esta materia en legislación extranjera, en algún Código Penal precedente e incluso en otro lugar del mismo C. P. en vigor, (art. 530) y pese a las abundantes críticas de que ha sido objeto, el Código penal vigente continúa manteniendo el formalismo de limitar la misma índole a las infracciones localizadas en un mismo Título del Código. Ciertamente que así se facilita la aplicación de la agravante por los Tribunales, con la consiguiente ventaja de la certeza, como dice Ferrer Sama (24), pero, en cuanto desconexo de la realidad, puede ocasionar numerosas injusticias, sobre todo teniendo en cuenta que, entre las circunstancias agravantes, sólo la reincidencia, a partir de la segunda reincidencia, tiene virtualidad para elevar la pena en uno o dos grados. Nadie niega hoy, en oposición

(18) «Cuando una Ley especial habla de reincidencia y de sus efectos, sin dar la definición de la misma, hay que buscar su concepto en el C. P. en el sentido gramatical de la palabra: repetición de la misma clase de infracción». S. 26-IX-1958.

(19) S. 27-11-53.

(20) S. 24-6-67.

(21) «Reincidente es el reo que al delinquir había sido ejecutoriamente condenado por otro u otros delitos de la misma especie y naturaleza». S. 30-3-66.

(22) Ss. 21-2-64, 28-1-61.

(23) S. 28-1-61.

(24) Op cit., p. 427.

a cuanto parece indicar la norma que comentamos, la validez de las constataciones siguientes:

“En leyes penales distintas existen delitos estructuralmente idénticos, cuya diferente colocación deriva, a menudo, de puntos de vista legislativos que en absoluto afecta a la sustancial homogeneidad de las figuras típicas o de los hechos criminales integralmente considerados”.

“Dentro de un mismo título del Código existen con frecuencia tipos delictivos totalmente distintos. “La denuncia falsa y la evasión (Tít. IV), la violación de sepulturas y la adulteración de productos farmacéuticos (Tít. V), el descubrimiento de secretos y el abandono de niños (Tít. XII), la usura y el incendio (Tít. XIII), son delitos en los que resulta baldía la más severa rebusca de propinquadad”.

“En cambio... en Títulos diversos, es fácil hallar infracciones íntimamente emparentadas que, por la torpe redacción del n.º 15 del art. 10, resultan inidóneas para integrar la agravante de reincidencia. Así, las de contra la honestidad por parte de los funcionarios públicos, del Cap. VIII del Tít. VII y las de contra la honestidad del Tít. IX, las acusaciones y denuncias falsas del Tít. IV y las falsedades del III, las prevaricaciones y malversaciones del VII y los delitos contra la propiedad del XII; esto sólo para mencionar las similitudes más notorias. Hasta el asesinato y el robo con homicidio se encuentran en Títulos diversos” (25).

“Y sin embargo, por evidente que sea el desacierto de la redacción, y por razones que no se me alcanzan, como no sean las de una incomprendible desconfianza contra el arbitrio judicial, el dislate persiste a pesar de todas las reformas y refundiciones, al cabo de casi un siglo. Que es querido, y no un simple “lapsus”, lo evidencia el hecho inaudito de que el texto criticado lo introdujese el Código de 1870, modificando al efecto el de 1848-50, mucho más aceptable, puesto que se limitaba a consignar que el delito fuera de “la misma especie” (26).

Sólo nos resta añadir a estas exactas críticas de Quintano, que, con vistas a una posible futura reforma de la materia, pueden servir de orientación las disposiciones del vigente Código penal italiano, el cual a la expresión, un tanto peligrosa por su vaguedad, de “delitos de la misma índole”, añade, en el artículo 101, la interpretación auténtica de su significado. Son delitos de la misma índole, no ya los que violan una misma disposición de ley, los comprendidos en un mismo Título del Código y los relacionados en un específico catálogo legal, como preceptuaba el an-

(25) Quintano, «Comentarios», cit., p. 421.

(26) Quintano, «Comentarios», cit., p. 241. La exigencia del mismo título es en realidad «un requisito puramente formal que no asegura la identidad o analogía de naturaleza entre el delito anterior y el posterior». Cuello Calón, Derecho Penal, cit., p. 577.

terior Código italiano de 1889; “no sólo aquéllos que violan una misma disposición de ley, sino también aquellos que, aun estando previstos en disposiciones diversas de este Código o bien en leyes diversas, sin embargo, por la naturaleza de los hechos que los constituyen o de los motivos que los determinaron, presentan, en los casos concretos, caracteres fundamentalmente comunes”.

Del examen de la copiosa bibliografía italiana sobre el tema (27), que igualmente pudiera ser de utilidad en sede de reforma legislativa, destacamos las siguientes consideraciones como breve explicación aclaratoria del artículo meritado. Son delitos de la misma índole: 1.º los que violan una misma disposición de ley, entendiendo por tal la “misma figura criminal” o el “mismo tipo legal particular” (28) y no el mismo artículo (29), que puede contener varias disposiciones de ley, ni la misma norma penal (30), que cambiaría con el mero cambio de la medida de la sanción. 2.º Delitos que por la naturaleza de los hechos que los constituyen, presentan, en los casos concretos, caracteres fundamentales comunes; por naturaleza de los hechos no puede entenderse, como hacen Saltelli y Romano di Falco (31), “la índole por la cual un hecho constituye una determinada figura criminal”, porque con ello sólo se incurre en una evidente tautología; tampoco pueden considerarse los “hechos” sólo en su materialidad, como término contrapuesto a delito (32), pues si bien hace referencia al elemento material del delito, no se debe prescindir totalmente del elemento psicológico, que debe asumir una misma forma dolosa o culpable. La naturaleza de un hecho debe determinarse por la concurrencia de tres criterios: a) el meramente orientatorio del objeto de la tutela jurídica al que corresponde “generalmente” la clasificación de los delitos, b) el

(27) Aparte de las obras generales, se pueden ver específicamente, entre otros: Antolisei, «Rilievi sui reati della stessa indole», en *Giurisprudenza italiana* 1948, II, p. 289 ss.; D’Aiello «I criteri segnati dell’art. 101 per l’individuazione dei reati della stessa indole», en *Rivista Penale*, 1951, II, 944; Altavilla, «Valore psicologico e giuridico della distinzione tra recidiva specifica e generica», en *Rivista Penale*, 1955, I, 315; Ruggiero, «I reati della stessa indole», Milán, 1958; Sabatini (Gius.) «La stessa indole dei reati ai fini della decidiva», en *Giurisprudenza Completa Cassazione Penale*, 1946, I, 361; Id. «Reati della stessa indole», en *Giustizia penale*, 1958, II, 421; Gullo, «I criteri segnati nell’art. 101 per individuare i reati della stessa indole», *Riv. pen.* 1950, I, 535; Ramat, «Recidiva specifica e processo impossibile», *Giust. Pen.*, 1964, II, 144; Natali, «Osservazioni in tema di reati della stessa indole», *Annali di Dir. e proc. pen.*, 1937, 148; Gianniti, «Valore sintomatico e criterio oggettivo nell’accertamento dell’omogeneità dei reati», *Scuola positiva*, 1963, 709, y sobre todo, Gianniti, «I reati della stessa indole», Milán, 1959.

(28) Gianniti, «I reati...», cit., p. 82.

(29) Como piensa Leone, «Del reato abituale, continuato e permanente», Nápoles, 1933, p. 230.

(30) Como piensa Frosali, «Sistema penale italiano», Torino, 1958, V. II, p. 590.

(31) «Commento teorico pratico del Codice penale», Roma, 1956, II, p. 78.

(32) Como piensa D’Aiello, op. cit., p. 944.

de la total objetividad del hecho, sobre todo respectivamente a la forma concreta de ejecución, c) el de la identidad en la forma de la culpabilidad (33). El término "en los casos concretos" no implica que la homogeneidad de los delitos deba resultar siempre de una indagación cumplida exclusivamente caso por caso, sino que posee un significado más amplio, pues la misma índole puede ser reconocida por el juez sobre los hechos típicos aunque las figuras penales típicas se presenten en abstracto como entidades heterogéneas por objetividad jurídica o por clasificación sistemática (34). Sólo serán los delitos de la misma índole cuando de su comparación resulte la existencia de caracteres fundamentales comunes, entendiéndose por tales "aquellos que asumen mayor relevancia en la configuración de los delitos" (35); o sea, notas esenciales que caracterizan a un delito y lo distinguen de otro y que cuando están presentes en varias infracciones, éstas integran títulos diversos, pero afines, de delito. 3.º Delitos que por la naturaleza de los motivos que los determinaron, presentan, en los casos concretos, caracteres fundamentales comunes. Su afinidad esencial concierne al impulso criminal del que derivan. La palabra "motivo" debe entenderse en sentido amplio, esto es, como impulso criminal que lleva al sujeto a un determinado comportamiento (36), o sea, tanto los motivos típicos (constitutivos, diferenciadores, circunstancias, etc.) del delito como los atípicos; tanto los reprochables como los altruistas (37).

Sólo falta hacer una somera referencia a la reincidencia en los delitos culposos. Es notorio cómo éstos integran en nuestra legislación una única figura criminal recogida en un solo Título del Código, lo que da lugar a que entre varios delitos de imprudencia sólo sea posible la reincidencia (38), mientras que entre un delito doloso y otro culposo, exclusivamente podrá concurrir la reiteración. Ello a nuestro juicio supone un acierto, porque la forma de la culpabilidad es un carácter fundamental del delito, al tiempo que se hace prevalecer, a los efectos de la reincidencia, el elemento psicológico e, implícitamente, la personalidad del delincuente sobre la materialidad de la conducta, el resultado producido o el bien jurídico tutelado. Pero pensamos que aún así, sería conveniente dis-

(33) Gianniti, *I reati...*, cit., p. 103, ss.

(34) Ranieri, *Manuale*, cit., p. 454; Gianniti, *I reati*, cit., p. 100; Cass 28 aprile 1961, 20 ottobre 1962, etc.

(35) Cass. 21 Giugno 1957, en *Giust. pen.* 1958, II, 424.

(36) Comprendiendo también los fines, pero no la intención, que no supera el elemento del cual hace la ley depender la existencia del delito. V. para el concepto de motivo y su distinción de «fin» e «intención», Ranieri, *Manuale*, cit., p. 261, 275.

(37) En contra Antolisei (en *Riv. cit.*, p. 293), Gullo (op. cit., p. 527, 538), pero equivocadamente: V. Gianniti, op. cit., p. 133.

(38) En los delitos culposos la reincidencia se estimará por condena anterior por delito de tal índole culposo. S. 28-1-1963.

tinguir dentro de los delitos culposos, con eficacia para determinar la reiteración o la reincidencia, entre distintos “tipos” de imprudencia correspondientes a otras tantas personalidades “imprudentes”, al menos entre los fundamentales de imprudencia, negligencia e impericia; dotándolas de cierta autonomía, como por ejemplo ocurre ya legalmente con la “imprudencia de circulación”.

Muy importante, en cuanto representa la admisión, aun parcial, de la llamada reincidencia facultativa, es la disposición, exclusivamente aplicable a los delitos culposos, contenida en el párrafo 3.º del art. 565 Código penal, que dice: “en la aplicación de estas penas procederán los Tribunales a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el art. 61”. Igualmente, lo dispuesto en el párrafo cuarto de ese mismo artículo, que en su momento comentaremos, puede implicar una limitación respecto a la eficacia de la reincidencia.

- b) La plurirreincidencia: Concepto y requisitos. Compensabilidad con otras circunstancias.

Especial agravación señala el Código a la multirreincidencia al establecer en su artículo 61, regla 6.ª que “cualquiera que sea el número y entidad de las circunstancias agravantes, los Tribunales no podrán imponer pena mayor que la señalada por la Ley en su grado máximo, salvo el caso de que concurra la agravante décimoquinta del art. 10, en que se aplicará la pena superior en uno o dos grados, *a partir de la segunda reincidencia, en la extensión que aquellos estimen conveniente*”. Paradójicamente, la agravación que aquí se produce es mayor que la prevista, en concreto, en el mismo supuesto, para hurtos y estafas (arts. 516 y 530) en los que tan sólo puede aumentarse la pena en un grado.

La ley concede, pues, a este subtipo de reincidencia tal eficacia agravatoria (según veremos en el lugar correspondiente), que de hecho puede estimársela cómo la única “superagravante” conocida en nuestro Derecho. La razón de existencia de esta figura deriva de su propia necesidad, como medio idóneo, en el sentir del legislador, para combatir el aumento de la criminalidad reincidente que se dejaba sentir en España. Recordemos con Quintano, cómo en principio la regla que impedía a los tribunales aplicar penas superiores en grado, por virtud de circunstancias agravantes, a las señaladas para el delito correspondiente, era de carácter absoluto, y que fue a partir de 1932 cuando se admitió la excepción contra los reincidentes, vista la tremenda agudización del mal. “En aquella primera reforma se hizo facultativa la elevación de grado; en la de 1944, como quiera que la plaga de la reincidencia iba en aumento, la

facultad se ha convertido en imposición, para los dobles reincidentes, ampliándose el arbitrio al ascenso en uno o dos grados" (39).

La elevación de la pena es patentemente obligatoria, inexcusable, imperativa, como se deduce de la expresión "*se aplicará*", y así lo ha estimado correctamente el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones (40): "sin haber otra discrecionalidad en esta elevación que realizarla en uno o dos grados y en la extensión que se estime conveniente (41); significando las palabras utilizadas por el Código "*en la extensión que aquéllos estimen conveniente*" simplemente "libertad judicial para el señalamiento de la duración de la pena dentro del grado elegido" (42).

Respecto a la expresión "*a partir de la segunda reincidencia*" puede surgir la duda de si la segunda reincidencia propiamente dicha supone ya plurireincidencia, o ésta, dada la dicción legal, sólo empieza a computarse desde la tercera (cuarta condena). En este aspecto el Tribunal Supremo se muestra firme, estimando que lo que quiso decir el legislador en el artículo 61-6.ª C. P. fue que la tercera vez que se cometiera el delito, en los casos en los que aquel precepto hubiere de aplicarse, se estará sometido a una agravación de la pena, porque para la segunda actividad criminal la pena ya venía agravada por la reincidencia del artículo 10, y la siguiente, o sea, la tercera, obliga a su vez a elevar la penalidad (43); y ello porque la expresión legal referida es sinónima de "desde" y no de "después", en cuyo sentido se modificó la regla 6.ª del artículo 67 del Código anterior, que admitía el aumento de pena desde la reincidencia primera (44). Confirma esta solución lo dispuesto en los artículos 516-3 y 530 C. P.: "si el culpable fuere dos veces reincidente".

El concepto de plurireincidencia deriva del de reincidencia (45), apareciendo respecto a ella como una forma especial de prevalente aplicación cuando concurren los requisitos previstos en la ley. Por ese motivo las reincidencias que compongan la agravante que estudiamos, no pueden, a su vez, tenerse en cuenta para agravar también la pena; ahora bien, aunque para la configuración de la multirreincidencia son suficientes dos reincidencias, todas las reincidencias anteriores del sujeto, cualquiera que sea su número, se incluirán en la multirreincidencia actual, sirviendo,

(39) Quintano, Comentarios..., cit., p. 363.

(40) V. entre otras Ss. 16-2-1953, 22-3-1954, 20-2-1964.

(41) S. 22-4-1967.

(42) S. 5-12-1947.

(43) S. 12-2-1959; S. 22-3-1954: «A partir de la segunda reincidencia, o sea, desde que ésta se produce al ser juzgado el reo por el tercer delito cometido de la misma naturaleza.

(44) S. 26-3-1953.

(45) Por ello, cuando no constan todos los requisitos para aplicar el artículo 61-6.ª, suele aplicarse el artículo 10-15: V. p. ej. Ss. 20-12-1956, 18-4-1956, 24-10-1966, etc.

en todo caso, para graduar la pena ya elevada en uno o dos grados, pues así es de entender conforme al texto legal "a partir de la segunda reincidencia". La multirreincidencia es, pues, el límite de la previsión legal (represiva); por encima de ella no hay otra: todas las reincidencias compondrán así una sola reincidencia. Cosa distinta sucede con la reiteración, que, como veremos, es una agravante independiente y puede concurrir tanto con la reincidencia como con la multirreincidencia.

Pero el verdadero problema que la regla 6.ª del artículo 61 puede y debería plantear es el de elegir la solución más correcta de entre las posibilidades que a continuación referimos:

1.—Para que exista plurirreincidencia es suficiente que el culpable haya sufrido anteriormente al menos dos condenas, impuestas en la misma o en distintas sentencias.

2.—O se requiere que las condenas vengan impuestas en sentencias distintas y sucesivas.

3.—O bien se exige que la segunda de estas condenas sea por delito cometido después de que la primera sentencia condenatoria fuere irrevocable.

4.—O, finalmente, aclarar, si se precisa, además, que en la segunda sentencia de condena el sujeto haya sido formalmente declarado reincidente.

Todas estas hipótesis caben dentro de la expresión "segunda reincidencia". Las dos primeras suponen sólo la presencia de múltiples condenas, determinantes, cada una de ellas, de una situación de reidad, que en su conjunto producen la multirreincidencia saltando sobre la reincidencia simple. En la tercera es necesaria la reincidencia, en sentido sustancial, o mejor, la concurrencia de los elementos que dan lugar a la reincidencia. La cuarta precisa, además, la declaración formal de reincidencia precedentemente pronunciada. Del acogimiento de una u otra solución derivan importantísimas consecuencias prácticas. En la última, por ejemplo, al ser mayor el número de requisitos, disminuyen las posibilidades de incurrir en multirreincidencia.

La Jurisprudencia es, desde antiguo, decidida partidaria de la primera solución apuntada, estimando que "basta que conste que el delincuente ha sido varias veces condenado con anterioridad..."; "esta Sala tiene resuelto que no se pueda llegar a la segunda sin haber sido aplicada la primera, sino de una sucesión o plenitud de condenas"; y "aunque estas varias condenas fueran impuestas en una misma sentencia" (46). En la exé-

(46) S. 29-1-1962. En igual sentido Ss. 3-12-1948, 14 y 20-4-1951, 29-5-1952, 9-5-1953, 20-4-1954, 27-3-1962, 26-12-1952, etc. La preexistencia cuando se cometió

genesis de las normas correspondientes pretende basar el Tribunal Supremo su mencionada conclusión: “la regla 6.ª del art. 61... no distingue entre las condenas impuestas simultanea o sucesivamente” (47); “la ley no exige, pues, que los dos delitos anteriores hayan sido penados en distintas sentencias” (48); el hecho de haber sido los delitos “investigados en un solo proceso y juzgados en un fallo no altera la esencia de la naturaleza jurídica de la reincidencia, conservando los delitos su individualidad propia, y careciendo, por consiguiente, de valor para reducir sus efectos, en orden a la pena imponible, y eludir la aplicación de la regla 6.ª del art. 61, que es obligada y preceptiva” (49); y, sobre todo, “porque la reincidencia, según el concepto literal de ella en el núm. 15 del art. 10 del Código Penal, consiste en haber sido condenado el culpable por otro u otros delitos comprendidos en el mismo Título; refiriéndose por tanto a delitos, no a sentencias, y de aquí que cuando una de éstas sancione varias infracciones, el número de delitos sancionados es el que entra en juego a los efectos de la mencionada circunstancia de agravación, que contempla, según se tiene dicho, no una repetición numérica de sentencias, sino de delitos ejecutoriamente condenados” (50).

Por lo tanto, para nuestra Jurisprudencia, cuando en una sentencia se castigan varios delitos, cada uno de ellos produce una situación de reidad y una admonición independiente; al realizarse una nueva infracción por el mismo sujeto, ésta determinará tantas reincidencias cuantas fueron las condenas anteriores, y ese mismo delito será ya plurirreincidente. Sin embargo, tal solución no nos parece correcta, y ello en virtud de las siguientes consideraciones:

1. El hecho de que la ley no distinga entre condenas simultáneas y sucesivas, ni exija expresamente que los delitos hayan sido penados en distintas sentencias, no es argumento para estimar que permite lo que el Tribunal Supremo entiende, en evidente perjuicio del reo.

2. Si es una sola la sentencia condenatoria recaída, una sola será la experiencia sufrida por el sujeto y una sola la advertencia sufrida, por muchos que sean los delitos en ella comprendidos, cuya individualidad, que en nada afecta al problema en estudio, no negamos.

3. La reincidencia no consiste sólo en haber sido condenado el culpable, sino, además, en haber cometido con posterioridad otro delito. Una

el robo de 3 condenas firmes por hurto convierten al reo en multirreincidente, no en reincidente.

(47) S. 15-6-1966.

(48) S. 20-2-1964. De modo que si en la sentencia anterior se condenó al procesado por 3 delitos es 3 veces reincidente. S. 25-5-1879.

49) S. 25-1-1950.

(50) S. 25-11-1967.

reincidencia, sólo UNA, se produce cuando “al delinquir el culpable hubiere sido ejecutoriamente condenado por otro U OTROS delitos comprendidos en el mismo título de este Código” (art. 10-15), de modo que, al mismo tenor literal de la ley, todas las condenas ejecutorias anteriores quedan comprendidas en una sola reincidencia al cometerse un nuevo delito (51).

4. La SEGUNDA reincidencia, A PARTIR de la cual (expresiones del art. 61-6.^a que sin duda indican la presencia de un intervalo temporal) existe la plurirreincidencia, se producirá cuando un sujeto, precedentemente declarado reincidente mediante sentencia firme, por haber sido condenado antes de cometer el delito objeto de dicha sentencia por otro u otros delitos comprendidos en el mismo Título del Cod. pen., comete un nuevo delito comprendido igualmente en el mismo Título del Código. Esta conclusión es también conforme al fundamento de la reincidencia y de las plurirreincidencia, según veremos.

En puridad sólo nos falta decidir cuál de las dos últimas soluciones, de las cuatro que apuntábamos al principio, es la correcta; en otros términos: si para configurar la plurirreincidencia se precisa o no la precedente declaración expresa de reincidencia. A falta de un apercibimiento del problema en la doctrina española, recurrimos a la italiana, que lo plantea en términos casi idénticos. También la jurisprudencia italiana, semejando con ello a la española, entiende, salvo rarisimas excepciones, que “a los fines de la reincidencia reiterada no es necesario que subsista una precedente declaración judicial de reincidencialidad, sino que es suficiente la alegación de las precedentes condenas” (52). Latagliata encuentra tres determinantes de esta orientación: 1. Una de tipo emotivo, porque el Magistrado se siente más directamente empeñado en la lucha contra la reincidencia” y le repugna “permitir al reincidente que se aproveche de un eventual error del juez que haya omitido declarar la primera reincidencia”; 2.—Otra basada sobre una premisa dogmática: “Se parte de la convicción de que el estado de reincidencia simple, presupuesto lógico de la reincidencia reiterada, sea una condición jurídica abstracta que surge automáticamente de la condena, sin necesidad de expresa declaración”; 3.—Una última de tipo práctico: en Italia, las certificaciones del Secretario judicial sólo hace constar, normalmente, el delito sancionado, sin mencionar las circunstancias y artículos aplicados, de modo que el juez no puede saber si existió

(51) «Aunque es verdad que la procesada ha sido condenada por 5 delitos de robo... como las 5 penas han sido impuestas en la misma sentencia, no puede decirse que no sea delincuente primario, puesto que no hay constancia de que haya sufrido condena alguna con anterioridad», por lo que son de aplicar los beneficios de la condena condicional: S. 22-5-1963.

(52) Cass. Sec. II, 3-12-1962.

o no expresa declaración de reincidencia, a menos que solicite copia de la anterior sentencia condenatoria (53). Pensemos si alguna de estas causas ha podido influir en la solución mantenida por la Jurisprudencia española (54).

La doctrina italiana, contrariamente, estima la necesidad de antecedente declaración expresa de reincidencia, entre otras cosas, porque "existe un principio de carácter general según el cual el Magistrado que juzga el nuevo delito no puede no corregir ni integrar el juicio del Magistrado precedente" tal como habría juzgado y definitivamente decidido sobre un delito anterior, mientras que la disciplina de la reincidencia reiterada impone en todo caso tener en cuenta la valoración hecha en el juicio anterior y, por tanto, si el imputado no ha sido formalmente declarado reincidente, el juez del delito sucesivo no podrá reexaminar los hechos ya juzgados para establecer si existió o no la reincidencia (55).

Quiere decirse que aunque en España sería aceptable la posibilidad de multirreincidencia siempre que sustancialmente exista una reincidencia anterior, aunque acerca ella no haya recaído declaración expresa, sobre todo habida cuenta del rigorismo formal de nuestra legislación y de la ausencia en ella de una "reincidencia facultativa", que permitiera al primer Juez poder apreciarla o no apreciarla, es mucho más correcto exigir la referida declaración expresa precedente, pues la reincidencia no surge automáticamente sin necesidad de dicha declaración sino que debe ser establecida en cada caso.

Además, el artículo 61-6.º habla de "segunda reincidencia" en vez de utilizar el término "dos o más veces condenado" u otra expresión similar como sin duda podría haber hecho. Finalmente, la situación del declarado reincidente es semejante, en sentido progresivo, a la del ya reo; pero tal relación no aparece cuando el varias veces condenado, según el modo establecido para la reincidencia, por cualquier razón no fue declarado reincidente y, por tanto, no sufrió la advertencia ya específica ni el aumento de pena correspondiente que la aplicación de la reincidencia debiera haber determinado, pues en ese caso no se presenta al juicio como un "ya reincidente", sino, de nuevo, sólo como un "ya reo".

Compensabilidad: El carácter privilegiado de la reincidencia múltiple o plurirreincidencia en relación con las reglas contenidas en los artículos 61 y 66 C. p. (para graduar la pena según las circunstancias ate-

(53) Latagliata, op. cit., p. 176, 177 y 181, nota 100.

(54) Pannain, «Manuale di Diritto Penale», Torino, 1962, I, p. 738; Ranieri, «Manuale...», cit., p. 455; Manzini, «Trattato...», cit., p. 712; Saltelli y Romano di Falco, op. cit., p. 80; Zapulli, op. cit., p. 530; Latagliata, op. cit., p. 172.

(55) Latagliata, op. cit., p. 179, 180.

nuantes y agravantes concurrentes), da lugar a muy interesantes problemas, cuando algún delito, junto a la multirreincidencia, lleve aparejada también alguna circunstancia de atenuación. La multirreincidencia, en efecto, puede concurrir:

- 1.—Con una o varias atenuantes genéricas
- 2.—Con una o varias atenuantes cualificadas.
- 3.—Con una o varias eximentes incompletas
- 4.—Con cualquiera de las múltiples combinaciones que pueden hacerse con los tres grupos anteriores: varias genéricas y una cualificada; varias genéricas y varias eximentes incompletas; una genérica, una cualificada y una eximente incompleta; etc., etc.

Cada uno de estos tipos de circunstancias atenuantes tienen una eficacia distinta según la ley:

—Las simples o genéricas *obligan* a imponer la pena en el grado mínimo (art. 61 1.ª).

—Las cualificadas (o dos más simples concurrentes en el mismo delito), *permiten* (“podrán”) a los Tribunales imponer la pena inmediatamente inferior en uno o dos grados a la señalada, aplicándola en el grado que estimen conveniente según la entidad y número de dichas circunstancias (art. 61 5.ª).

—Las eximentes incompletas *obligan* (“se aplicará”) a imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada en la ley (art. 66).

En todos estos casos, si concurre la multirreincidencia, surge la duda acerca del modo en que debe determinarse la pena y las reglas que han de utilizarse para ello.

Por supuesto, concurriendo multirreincidencia, como cualquier otra agravante, con una atenuante muy cualificada o dos o más atenuantes, no es posible aplicar el n.º 5 del artículo 61 para rebajar la pena en uno o dos grados, porque para ello es preciso que “no concorra agravante alguna” (56); pero siempre queda el problema relativo a la eficacia que hayan de tener dichas atenuantes.

Cuando un delito aparezca circunstanciado conjuntamente por atenuantes y agravantes, hay que utilizar el principio general contenido en la regla 3.ª del artículo 61 C. P.: los Tribunales “las compensarán racio-

(56) S. 22-4-1967: «Que fué errónea la aplicación conjunta en la sentencia impugnada de las reglas 5.ª y 6.ª del art. 61 Cp. por su manifiesta incompatibilidad: pues aunque por su intensidad el Tribunal a quo entendiera que una determinada circunstancia tuviera un cualificado valor atenuatorio, ello no hace posible actuar la potestativa y discrecional facultad de degradar la pena a imponer al delito inculcado, plasmada en la regla 5.ª del citado artículo, cuando concurre alguna agravante, y mucho menos la agravante de multirreincidencia... con la cual... «era inevitable además elevar por lo menos en un grado la pena a imponer».

nalmente". Sin embargo, esa regla, según opinión de la Jurisprudencia, sólo es referible a las circunstancias genéricas y no rige: ni respecto a las atenuantes privilegiadas que constituyen eximentes incompletas, las cuales tienen una regulación especial, con efectos distintos de mayor amplitud (57) que las demás atenuantes, y no procede, por tanto, compensarlas con agravantes genéricas, como por ejemplo la reincidencia simple (58); ni respecto a la multirreincidencia que, por ser agravante privilegiada, no admite su compensación con atenuantes (59). El argumento que justifica tal conclusión es el siguiente: "La aplicación de las reglas 3.ª y 6.ª del artículo 61 es incompatible, porque no cabe compensar circunstancias que por sus efectos punitivos son heterogéneos (en este caso concurrían multirreincidencia y una atenuante muy cualificada), pues dicha regla 3.ª presupone, para la compensación racional que instituye, la concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes que pudiéramos decir simples o genéricas, característica que no tiene la agravante de multirreincidencia que, por lo menos en su aspecto punitivo, tiene un tratamiento específico y peculiar, ya que, como ha declarado la doctrina de esta Sala, la compensación sólo tiene lugar entre las atenuantes y agravantes de carácter jurídico, pero no de las que, establecidas por la ley con tratamiento singular, obligan a imponer una pena determinada" (60).

Pero entonces, ¿qué ocurre cuando en un mismo delito se dan una o varias atenuantes, cualificadas o no, y la multirreincidencia?, y, por otra parte, ¿qué sucede cuando la multirreincidencia y una eximente incompleta aparecen conjuntamente? En la primera hipótesis, aun supuesta la imposibilidad de compensación, no parece justo que la atenuante, reconocida por el Juez, carezca en absoluto de virtualidad. Tal vez por ello, la Jurisprudencia ha estimado en alguna ocasión que "si bien es cierto que las agravantes apreciadas en la sentencia recurrida, casa habitada y multirreincidencia, tienen un rango privilegiado, elevando la penalidad al grado máximo y en uno o dos grados respectivamente... en los casos en que, como el presente, se estima que existe una circunstancia atenuante aunque sea genérica, es imperativo hacer la compensación que se ordena en la regla 3.ª del artículo 61 C. P., y al no concurrir ninguna otra agravante genérica con que pudiera compensarse la atenuante mencionada, forzosamente hay que compensarla con alguna de las específicas, únicas concurrentes, porque de lo contrario no tendría eficacia ni virtualidad alguna la atenuante apreciada por el Tribunal, lo que iría contra el

(57) Ss. 1-5-1946, 9-7-1946, etc.

(58) S. 30-3-1953.

(59) S. 18-1-1955.

(60) S. cit. de 22-4-1967.

principio “in dubio pro reo” (61). La argumentación es aceptable siempre que se parta de un concepto correcto de “compensación”.

Estimamos como adecuada una solución intermedia que, respetando la obligación de elevar la pena establecida para la plurirreincidencia, o de disminuirla estando presente una eximente incompleta, permita aplicar la compensación “racional”, entendida en su exacto sentido de regla general secundaria. Es evidente que cada circunstancia tiene un valor diverso al de las demás, y una misma circunstancia valor distinto, según cada caso concreto en que aparezca. La propia ley, pese a la necesaria generalidad de su previsión, distingue entre agravantes y superagravantes, atenuantes simples, cualificadas y eximentes incompletas, y señala que la compensación se hará “racionalmente”, reconociendo así ese distinto valor de cada circunstancia, sólo determinable por el Juez en cada supuesto que le viene sometido. Conforme a ello, no debe emplearse un criterio puramente mecánico, según el cual dos circunstancias de signo opuesto, si son de igual “clase legal” se anulan automáticamente entre sí, y si no lo son, no cabe compensación alguna, sino un criterio racional que —teniendo en cuenta que los límites de eficacia vienen predeterminados por la ley, lo que puede impedir en algún caso una compensación justa o exacta— tras valorar las circunstancias y comparar sus respectivos significados en la hipótesis concreta examinada, establezca, mediante las operaciones correspondientes, el saldo positivo o negativo relevante para graduar la pena. La compensación no ha de hacerse ni siquiera en relación con el número de circunstancias, “sino racionalmente, para lo que debe graduarse el valor y la fuerza de unas y otras para con la resultancia de su comparación..., designar la pena a imponer en perfecta relación con el grado de malicia del culpable” (62).

Así, cuando el delito venga circunstanciado a la vez por multiirreincidencia y por una atenuante, el Juez deberá, ante todo, cumplir el mandato legal: elevar la pena; pero después —dentro del amplio margen que esa elevación le permite para elegir la pena—, no sólo puede sino que debe tomar en consideración la referida atenuante al hacer uso de su discrecionalidad para determinar la sanción específica a imponer (63).

(61) S. 30-6-1958.

(62) S. 12-6-1962.

(63) Ver, a sensu contrario, S. 24-11-1950: No pueden compensarse una eximente incompleta y una agravante pues el valor de la primera es superior al de la segunda en orden a la extensión de la pena a imponer, ya que aquella obliga a aplicar la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, y en la así rebajada procederá después, dentro de ella, que entren en juego las reglas del artículo 61 de acuerdo con las demás circunstancias genéricas que concurrieren. En igual sentido: Ss. 30-6-1953, 18-1-1955. ...Por ello, si además de la eximente incompleta concurre una atenuante, una vez rebajada la pena

Respecto al caso de concurrencia de una eximente incompleta, que según el artículo 66 C. P. obliga a bajar la pena en uno o dos grados, y la multirreincidencia, que impone la elevación de la misma en igual medida, es decir, de dos circunstancias de análoga entidad potencial pero de signo contrario, jugará también la regla de la compensación del modo que hemos establecido. De tal suerte, no se anularán mutuamente sin más, sino que serán valoradas por el juzgador, respetando siempre los límites máximo y mínimo de aumento o disminución que respectivamente tienen señalados en la ley. Veamos un ejemplo: el Juez, por virtud de la eximente incompleta disminuye la pena en dos grados, cumpliendo con ello el precepto del artículo 66, y por virtud de la multirreincidencia aumenta la pena en dos grados, resultando en definitiva el delito como si careciera de atenuantes y agravantes —aunque siempre queda al Juez libertad de, por la valoración de esas mismas circunstancias, imponer la pena en el grado que estime oportuno—; pero puede también ocurrir que el Juez, asignando distinta relevancia a cada una de tales circunstancias, a la vista del caso concreto, en atención a la eximente incompleta rebaje la pena en dos grados y, cumpliendo también el mandato del artículo 61-6.º, realice la elevación de pena que la multirreincidencia le impone en un solo grado; o viceversa, de manera que la pena que en conclusión resulta es la inferior o la superior en grado, según el caso, a la fijada en la ley para el delito de que se trate.

3.—*Cuál es más grave.*

En nuestros días, y sobre todo en sede de interpretación de la norma jurídica positiva, tiene escaso interés determinar cuál de los dos tipos de reincidencia —reiteración y reincidencia específica— que nuestra ley conoce, es de mayor gravedad. El único motivo que nos impulsa a tratar, aun brevísimamente, de este tema, es el de evitar que en la práctica ambas agravantes puedan ser alegremente confundidas en la confianza de que, siendo las dos circunstancias genéricas del delito y de naturaleza casi idéntica, hayan de producir los mismos efectos (64) —lo cual no es cierto—, o que, por igual causa, no sea tan urgente una reforma de la ex-

en virtud del artículo 66, viene a designar el grado mínimo de ésta la otra regla coincidente (art. 61), y tan es así que cuando el Código desea que se cumpla cosa distinta en ciertas ocasiones de penas modificadas por circunstancias especialísimas, lo ordena de manera específica a título excepcional: S. 28-11-1956.

(64) S. 28-5-1956: Habida cuenta de la analogía que entre sí guardan las circunstancias agravantes 14 y 15 del artículo 10 C. p. tanto por su naturaleza cuanto por sus efectos en orden a la sanción del delito en que concurran, no constituye infracción de ley su apreciación indistinta por el Tribunal de Instancia.



presión legal "delitos comprendidos en el mismo Título de este Código", utilizada al definir la reincidencia.

Dejando aparte antiguas opiniones de escaso valor científico (65), debe estimarse como más grave la reincidencia específica, no sólo desde un punto de vista teórico, porque implica la necesidad de vencer, al que delinque, un contraestímulo más enérgico y directo y porque es realmente la base formal de la habitualidad, sino también legalmente, porque nuestro Código, además de atribuirle especiales efectos penales, según indicaremos después, la reconoce como la única circunstancia (a partir de la segunda reincidencia), capaz de elevar la pena en uno o dos grados.

4.—*Reiteración y reincidencia como hipótesis normativas de una misma agravante o como agravantes independientes. Examen de las posibles concurrencias de condenas*

Puede que la cuestión más interesante que se plantea al examinar la disciplina positiva de la reincidencia en España, consista en determinar si reiteración y reincidencia aparecen en nuestro Código como sendas hipótesis normativas de una misma agravante o, por el contrario, como agravantes independientes. El tema es importantísimo, no sólo por las consecuencias prácticas que habrán de derivar según se acepte una y otra solución, sino también por su relevancia para el estudio del fundamento y naturaleza del instituto en análisis.

Conviene recordar que en el Código Penal reiteración y reincidencia vienen reguladas en dos distintos números del art. 10, esto es, como dos circunstancias agravantes diferentes. Sin embargo, la doctrina patria, siguiendo el ejemplo de las legislaciones y de los autores extranjeros, estudia la reincidencia como una institución unitaria, para distinguir después los dos "tipos" o "clases" de reincidencia que nuestra ley conoce. Y, en realidad, idéntico es el concepto, la naturaleza, el fundamento, la finalidad, etc., de ambas.

Hay reincidencia, en efecto, cuando el precedentemente condenado por uno o varios delitos comete otro; si este segundo delito está compren-

(65) Carrara (en Stato..., cit.), Trebutien (citado por Quintano, Comentarios..., cit., p. 240) y otros, entienden como más peligrosa la reincidencia genérica por revelar mayor variedad de aptitudes criminales; mientras que Chauveau y Helie (Teorie du Code pénale, I, 197, París, 1887) estimaban más grave la específica, pues sólo ésta demostraría la existencia de un impulso criminal profundamente arraigado en la conciencia del delincuente. Otros, finalmente, como Alimena (I Limiti..., cit., p. 565 ss.), sostenían que ambas agravantes se equivalen y sólo debe variar el tratamiento respectivo.

Para una amplia exposición de las varias opiniones que la doctrina menos reciente sostuvo sobre este tema, v. Manzini: «La recidiva...», cit., p. 452 ss.; 556 ss.; 595 ss. y 604 ss.

dido en el mismo Título del Código que el anterior o los anteriores, la reincidencia será específica. Nadie discute que cuando el ya condenado realiza otro delito incurre en reiteración, pues sólo eso exige el núm. 14 del artículo 10 C.p.; pero si todos esos delitos se hallan regulados en el mismo Título del Código, no se aplicará la reiteración —pese a realizarse el supuesto previsto para ella—, sino el núm. 15 del artículo 10 C.p., que es norma especial y de prevalente aplicación respecto a la norma genérica cuando concurren los requisitos precisos. Esto en términos generales, pues existe un caso en el que puede incurrirse en la previsión de la que llamamos norma específica sin entrar al mismo tiempo en la previsión de la norma genérica: cuando, al delinquir, el culpable estuviere ejecutoriamente condenado por delito de menor gravedad que el actual, pero comprendido en el mismo Título del Código. Reiteración y reincidencia serían así hipótesis normativas derivadas de un concepto común que la ley omite o da por sabido, apareciendo la segunda como especial respecto a la primera en lo que se refiere al sector de previsión en que coinciden. Conclusión lógica interesante y, a la vez, confirmatoria del argumento: la reincidencia (y la multirreincidencia), al exigir que los varios delitos estén comprendidos en un mismo Título *del Código*, no es aplicable a Leyes penales especiales, salvo que éstas expresamente lo autoricen. Cuando así no ocurra, si se dan los elementos básicos de la reincidencia específica no se aplicará ésta, sino la reiteración, que recobra en tal supuesto el sector de eficacia que la reincidencia le había sustraído (sólo respecto a las previsiones del Código penal y Leyes penales que la admitan).

Está claro que una sola condena anterior no puede producir en un delito posterior más que la reiteración o la reincidencia, pero no ambas circunstancias conjuntamente, entre otras cosas porque un mismo hecho no debe ocasionar en un mismo delito dos agravaciones independientes. Pero el problema que queremos plantear es mucho más complejo: consiste en determinar si un mismo hecho, la anterior condena, puede dar lugar a una circunstancia agravante en cada uno de los delitos que el sujeto realice con posterioridad, en unos jugando como reiteración y en otros como reincidencia. La solución afirmativa, que es la correcta, significa que la situación de reidad producida por la condena no se agota con la originación de un efecto agravatorio, sino que tiene virtualidad ilimitada, es decir, que se trata de un estado personal de carácter permanente que informa cualquier conducta delictiva del sujeto a que afecta, *sustanciándose*, cuando se realiza el efecto previsto, en una circunstancia agravante de cada uno de los delitos cometidos, o sea, en tantas circunstancias agravantes *del delito*, cuantas sean las infracciones penales cometidas, y tan indepen-

dientes entre sí que serán distintas (reiteración o reincidencia), según la colocación legal de cada una de las referidas infracciones.

Consecuentemente, no debe afirmarse que cada delito es síntoma o índice de una condición personal del reo, que se *mostraría* como más perverso —intentando justificar así el instituto de la reincidencia—, pues en ese caso una sola debería ser la agravación por muchas veces que se demostrara la cualidad reprobable, sino que cada manifestación delictiva realizada en la situación especial de reidad es en sí misma portadora de un específico disvalor que la hace merecer mayor pena. Cuando a un sujeto ya condenado por delito se le juzga y sanciona por otras varias infracciones, no se produce un plus de sanción que se adicione al conjunto resultante de sumar las penas correspondientes a los varios delitos, sino que cada delito porta su propia circunstancia agravante, realizándose después la suma de las penas, ya agravadas, de todos los delitos.

Pero estamos hablando en hipótesis. Antes de examinar el supuesto contrario, o sea, el de que un solo delito pueda ser agravado a un tiempo por reiteración y reincidencia conjuntamente, es preciso estudiar, como presupuesto, todos los casos de posibles concurrencias de condenas y de delitos posteriores y las soluciones adoptadas al respecto por la Jurisprudencia, pues sin la base segura de estos “datos” jurídicos todo habría de quedar en mera teoría. Formulamos a continuación un cuadro que contiene todos los supuestos imaginables de dichas concurrencias:

I. *Criterio horizontal:*

A) El condenado por un delito que comete otro

- 1) semejante: reincidencia.
- 2) diverso: reiteración

B) El condenado por un delito comete varios:

- 1) Todos de la misma índole entre sí y de la misma índole que el primero;
- 2) Todos de la misma índole entre sí y de distinta índole que el primero;
- 3) Todos de distinta índole entre sí y de distinta índole que el primero;
- 4) Todos de distinta índole entre sí y alguno de la misma índole que el primero.

C) El condenado por varios delitos comete otro:

- 1) Varios de la misma índole; comete otro de la misma índole;
- 2) Varios de la misma índole; comete otro de distinta índole;
- 3) Varios de distinta índole; comete otro de distinta índole;
- 4) Varios de distinta índole; comete otro de la misma índole que uno de ellos.

D) El condenado por varios delitos comete otros varios. Aquí las posibilidades, que no exponemos por razón de espacio, se multiplican correlativamente.

II. *Criterio vertical:*

El condenado por uno o varios delitos comete otro u otros (de la misma o de distinta especie); condenado por éste o éstos (en una o varias sentencias; con o sin declaración expresa de reincidencia) comete otro u otros delitos (iguales o diferentes); y así sucesivamente.

La cuestión, ya apuntada, consiste en establecer si en los casos de multiplicidad de delitos anteriores, cada uno de ellos implica una reiteración o una reincidencia independientes; si, por tanto, en un solo delito pueden concurrir ambas circunstancias o la misma varias veces; si la condena por delito provoca una reiteración o una reincidencia para cada uno de los que se cometan después y, siendo varias las infracciones precedentes y las posteriores, si cada una de estas últimas soporta tantas agravaciones, por reiteración o por reincidencia, según los casos, cuantas sean las anteriores ya castigadas.

En términos generales, la Jurisprudencia tiende a una respuesta positiva en todos los supuestos referidos, al permitir desde hace ya tiempo la coexistencia en un delito de reiteración y reincidencia derivadas de distintas condenas anteriores (66), y también que un mismo delito sea agravado

(66) Ss. 27-6-1876, 19-10-1956, 29-5-1967, 5-6-1967, 7-11-1967. Muy interesante resulta el juego de las distintas condenas en el caso contemplado por la sentencia 15-3-1967: El procesado tenía a su cargo dos condenas ejecutorias del año 1945, una por hurto y otra por estafa, que al no constar sus cuantías hay que calificar de simples faltas, suficientes para elevar a la categoría de delito la actual apropiación indebida por cuantía de 260 pesetas; y como además está también condenado por delito de robo en el año 1955, ello le implica la reincidencia del n.º 15, art. 10 C. p., quedándole todavía para apreciar la reiteración del n.º 14 del mismo artículo el antecedente de fecha 21-11-1945, en que fue sancionado por delito de quebrantamiento de condena con la pena de prisión menor, que es superior a la del delito castigado en la sentencia denunciada. También se dan al mismo tiempo reiteración y reincidencia en

conjuntamente por reiteración y multirreincidencia (67), aunque en alguna ocasión haya entendido que “las condenas anteriores estimadas como determinantes de... plurirreincidencia... no pueden utilizarse, a la vez, para sustentar la agravante de reiteración” (68).

Transcribimos a continuación una sentencia fundamental en este aspecto: S. 18-2-1963: “que el hecho de que en la misma sentencia se hubiere condenado al hoy recurrente..., por delito de falsedad y delito de estafa, en nada obsta que al ser condenado después como autor de un delito de estafa se aprecie en contra suya la agravante de reiteración, basada en el anterior castigo por falsedad, y la reincidencia, basada en la anterior condena por estafa, ya que la circunstancia de que las dos condenas anteriores hubieran sido impuestas en un solo fallo o en varios es, a estos efectos, meramente accidental y absolutamente irrelevante; esta doctrina no choca con el principio “non bis in idem”, pues no se trata de deducir de un solo hecho, en la especie de una sola condena, dos efectos en orden a la agravación de la responsabilidad criminal, sino de derivar de sendas condenas los efectos propios de cada una...”.

También la hipótesis contraria (que una sola condena provoque varias reiteraciones o reincidencias, una en cada uno de los posteriores delitos realizados por el mismo sujeto) es plenamente aceptada por la Jurisprudencia. Para no hacer esta exposición demasiado extensa referiremos sólo alguna de las sentencias más importantes. La S. 16-1-1964, por ejemplo, resuelve así el caso siguiente: “el procesado, anteriormente condenado por robo, cometió un delito de estafa y otro de uso de nombre supuesto. La Audiencia le condenó por estafa con la agravante de reincidencia y por uso de nombre supuesto con la agravante de reiteración. Se recurre alegando que no se deberían haber apreciado ambas circunstancias, sino solo una de ellas, puesto que se trata de un solo delito anterior. El Tribunal Supremo estima que no se han apreciado erróneamente dos circunstancias de agravación (reiteración y reincidencia) derivadas de una misma condena con referencia a un delito determinado, puesto que en este caso se

delitos previstos en Leyes especiales: S. 20-4-1966: Se castiga al procesado como autor de un delito del artículo 1.º en relación con el 11 de la Ley 9 mayo 1950 con las agravantes 14 (por la anterior condena por cohecho y 15 (condena anterior por delito igual al que ahora se sanciona) del artículo 10 C. p.

(67) Ss. 10-4-1967, 26-5-1967, 17-3-1967: actual robo; para el procesado precedentemente condenado por robo y por dos infracciones de la Ley 9-5-1950, «hay la reincidencia por el primer delito y la reiteración por los dos segundos»; y para el otro condenado hay multirreincidencia por tres delitos anteriores de robo y reiteración por tres delitos, uno de conducción ilegal y dos de uso indebido de vehículos de motor; S. 17-5-1967: Se condena por un delito de robo con las agravantes de reiteración y multirreincidencia: «tanto la reiteración como la multirreincidencia brotan de la condena por escándalo público y amenazas para la primera y la otra por los seis delitos de hurto...».

(68) S. 30-6-1958.

ha condenado al procesado por dos delitos diferentes, cada uno de ellos con sustantividad propia; uno de estafa, que por estar comprendido en el mismo Título del Código Penal que el robo por el que ya estaba condenado, la condena anterior de robo constituye la agravante 15 del art. 10; y como además de por el delito de estafa, es condenado en la sentencia que se impugna por un delito de uso público de nombre supuesto a la pena de arresto mayor y multa, y la condena anterior por robo fue de prisión menor, tiene ésta que operar como reiteración en dicho delito. Así, pues, no se aprecian dos circunstancias de agravación derivadas de una misma condena y referidas a un delito determinado cuando se condenó al procesado por dos delitos diferentes y con sustantividad propia, respecto a cada uno de los cuales juega la condena anterior el papel de antecedente a efectos de apreciar la reincidencia en uno de ellos y la reiteración en el otro" (69).

Antes de seguir adelante, conviene examinar en concreto algunos de los supuestos referidos en el cuadro de posibles concurrencias de condenas y posteriores delitos que más atrás dejamos expuestos.

En el supuesto I -B (el condenado por un delito comete varios) se dan las siguientes conclusiones:

- 1: Cada uno de los posteriores delitos de la misma índole padecerá una reincidencia.
- 2 y 3: Cada uno de los delitos posteriores vendrá agravado por una reiteración.
- 4: Uno de los delitos sucesivos sufrirán una reiteración y otros una reincidencia.

De ello se deduce que la virtualidad de una condena no se agota en la producción de una reiteración o de una reincidencia, sino que es prácticamente inagotable; que una misma condena tanto puede provocar la reiteración como la reincidencia; que el tipo de reincidencia sólo puede determinarse tras la comisión del segundo delito mediante su comparación con el precedente; que aunque la ley personaliza la circunstancia en examen al decir "ser" reiterante o reincidente, lo cierto es que son los delitos, cada uno de los delitos, los que "son" reincidentes o agravados por reincidencia, por lo que, en términos de estricta interpretación, sería más correcto expresar: "es circunstancia agravante del delito —de cada delito— el hecho de encontrarse su autor en la situación de ya condenado al momento de cometerlo".

(69) Ver también, por ejemplo, S. 30-1-1967.

En el supuesto I -C (el condenado por varios delitos comete otro) las conclusiones son aún más interesantes:

1: En este caso, aunque las condenas anteriores son varias, existe UNA sola reincidencia, dado el LIMITE que la ley establece "condenado por otros u otros delitos comprendidos en el mismo Título del Código". Recuérdese, sin embargo, que la Jurisprudencia, entendiendo la multirreincidencia como *suma* y no como *progresión* de reincidencias, encuadra aquí la referida institución.

2 y 3: En estos casos, teniendo en cuenta la tendencia jurisprudencial de sumar las condenas anteriores para establecer una multiagravante, que en un sólo delito pueden concurrir reiteración y reincidencia y que el Código no señala para la reiteración un límite semejante al indicado para la reincidencia, salvo que los delitos anteriores sean de menor gravedad que el actual (en cuyo caso pueden ser "dos o más"), surge la duda de si —cuando el delincuente tenga a su cargo varios delitos precedentes, todos ellos más graves que el actual— un solo delito puede venir agravado por distintas reiteraciones conjuntamente. En realidad nada se opone a que así ocurra; y si el Tribunal Supremo no se ha ocupado expresamente del tema, ha sido probablemente por entender que la cuestión es baladí, dada la imposibilidad de elevar el grado de la pena cualquiera que sea el número de dichas reiteraciones (art. 61-6.ª). Sin embargo, la solución tiene importancia, siquiera sea relativa, a los efectos, por ejemplo, de las reglas 2.ª, párr. 2, 3.ª y 7.ª del art. 61 Cp.

4: En esta hipótesis un solo delito vendrá agravado conjuntamente por reiteración (o varias reiteraciones si se admite esa posibilidad) y reincidencia, lo cual es ya un claro síntoma de que ambas circunstancias son consideradas por la ley como agravantes independientes del delito, pues, en otro caso, podrían presentarse alternativamente pero no cumulativamente en una sola infracción.

En el supuesto I-D, siguiendo por el mismo camino, las anteriores condenas provocarían en cada uno de los ulteriores delitos una reiteración (o varias, en su caso), una reincidencia o reiteración y reincidencia conjuntas, según la naturaleza de los respectivos delitos anteriores y actuales.

En cuanto al criterio vertical (supuesto II) hay que precisar que la multirreincidencia (que encuentra precisamente aquí su lugar exacto) constituye el límite de previsión y de agravación legal, límite infranqueable, sea cual sea el número de recaídas, las cuales sólo tendrán ya operatividad —en el aspecto represivo— para que el Juez, en uso de su poder discrecional, gradúe y determine concretamente la sanción dentro de los

márgenes legales, y —en el aspecto preventivo— para aplicar una medida de seguridad cuando, por el número de recaídas, entre otros datos, sea presumible la habitualidad criminal.

Tan significativo como el hecho de que una sola condena provoque tantas reiteraciones o reincidencias cuantos sean los delitos cometidos con posterioridad por el individuo condenado, es el supuesto contrario, ampliamente admitido por el Tribunal Supremo, de que un único delito resulte a la vez agravado por reiteración y por reincidencias, las cuales, podemos deducir, son, precisamente por ello, agravantes independientes, por mucho que en buena teoría estén integradas en un concepto común. Además, aun siendo excesiva la objetivización, en nuestro derecho positivo ambas agravantes aparecen como circunstancias *del delito* y no como circunstancias del delincuente o manifestaciones de una cualidad personal, aunque no pueda desconocerse su carácter subjetivo y la personalización que de ellas hace la ley.

Si bien es cierto que la condena cualifica de por sí toda ulterior actividad criminal del sujeto, lo cual es lógico, coherente y conforme a la naturaleza de la agravante, ya que el recuerdo de la condena ha de permanecer vivo en el delincuente y hacerse presente al nacer cada impulso criminal, no debe por ello concluirse que la reincidencia o la reidad sean sólo cualidades personales “manifestadas” por el delito, porque si así fuera, todas las condenas precedentes quedarían, respecto al individuo, absorbidas en su conjunto en una única cualidad o cualificación nacida de la experiencia, determinando en el delito sucesivo una sola reiteración o una sola reincidencia; además, el tantum de pena que una y otra supusiese debería añadirse a la del delito ya concretamente determinada, como ocurre en el derecho italiano en el que la reincidencia se valora “por último”, al no referirse dicho tantum de pena al delito sino al delincuente.

Lejos de ocurrir así, la misma Jurisprudencia admite plenamente la posibilidad opuesta de que varias condenas anteriores impliquen agravaciones independientes incluso en un mismo delito, no siendo factible atribuir a cada una de tales condenas, respecto al delito posterior, la creación de una autónoma cualidad subjetiva o la inclusión del sujeto en una determinada situación, coexistentes en este caso dicha cualidad o dicha situación con las demás cualidades o situaciones sustancialmente idénticas determinadas por las varias condenas, referibles todas al sujeto varias veces condenado y con virtud agravatoria independiente. Puede pensarse correctamente que cada delito cometido por un individuo ya condenado presenta particular gravedad en cuanto manifestación autónoma



de una cualidad reprobable, pero es absurdo afirmar que un único delito manifieste dos o más veces una misma cualidad y deba por ello ser dos o más veces agravado.

Si lo que se castiga en la reincidencia es —según pensamos— el específico disvalor de un delito realizado en una especial situación subjetiva, legalmente reconocida, que imponía al condenado un deber más fuerte de no delinquir, no es lógico apreciar en un delito dos motivos de agravación distintos pero idénticos porque el sujeto lo ha cometido encontrándose en dos situaciones que son en realidad la misma situación.

Lo que ocurre es que la situación de reidad (puede concluirse que es ésta y no la reincidencia la verdadera circunstancia agravante del delito), que no varía en su naturaleza, cambie sin embargo en relación a la intensidad del deber que implica. Así como varias experiencias idénticas no modifican su propio contenido al acumularse en un sujeto, sino que se refunden en una única experiencia más intensa, más permanente, más difícil de olvidar, más presente en todo momento en el ánimo del individuo, así también el deber de no reincidir —que es precisamente el genérico de no cometer delitos— no difiere porque el ya reo haya sufrido una o múltiples condenas, pero sí variará la intensidad con que se pone o con que se siente dicho deber. Cuando el deber se viola, la intensidad aumentada del mismo no debe dar lugar a agravantes autónomas o distintas —correspondientes a “parcelas” de intensidad del deber—, sino a un aumento en la consecuencia agravatoria de esa misma y única circunstancia. Reiteración, reincidencia y multirreincidencia son hipótesis normativas de una misma agravante, la cual, como cualquier otra, aporta a un delito un disvalor graduable que habrá de determinarse en concreto caso por caso y, si se quiere, en sede legislativa, mediante el establecimiento de “reincidencia agravadas”, “circunstancias graduatorias de la agravación por reincidencia”, “criterios para graduar la reincidencia” o entidad similar.

CAPITULO QUINTO

SUMARIO:

VI. Efectos. 1.—Condiciones para la eficacia. 2.—Efectos de los antecedentes penales y efectos de la reincidencia. 3.—Efectos de la reincidencia en sentido amplio: agravación de la pena y exclusión (no concesión o revocación) de ciertos beneficios penales. 4.—Efectos de la reincidencia específica. 5.—Efectos de la plurirreincidencia. 6.—Límites de eficacia.

VI

EFECTOS

1.—*Condiciones para la eficacia.*

Cuando alguno de los elementos de la reincidencia (situación de reidad y posterior delito) falta, es incompleto o imperfecto (por ejemplo, porque la precedente condena no es ejecutoria o el segundo delito es inidóneo), ésta, en realidad, no llega a producirse. Pero puede ocurrir que pese a existir la reincidencia en el aspecto sustancial, por razones procesales no dé lugar a los efectos que normalmente le son propios. Para que sea eficaz la reincidencia, debe ser alegada (1) y probada (2), como cualquier otra circunstancia del hecho típico, ante el Tribunal que conozca del asunto en primera instancia, sin que pueda alegarse o demostrarse por primera vez ante el Tribunal Supremo.

(1) S. 7-2-1962: No podía aplicarse al caso la multirreincidencia «por impedirlo en su aspecto formal el no haberse especificado la circunstancia en los escritos de alegación».

(2) S. 24-1-1957: «No pueden estimarse al no estar completamente acreditado el hecho en que se fundan»; S. 10-6-67: «Es doctrina constante de esta Sala que las circunstancias modificativas de la responsabilidad han de estar tan acreditadas como el hecho mismo enjuiciado»; en igual sentido Ss. 17-2-1964, 8-11-1966...; habrán de derivarse de la relación de hechos: Ss. 22-3-47, 24-2-1955, 18-3-1958...

La demostración aludida se realiza mediante la aportación de los datos sobre los que, en cada caso, descansa la reincidencia, de modo que si estos datos faltan o son insuficientes no podrá apreciarse la agravante que examinamos (3). Al respecto, no basta decir genéricamente que el procesado tenía antecedentes penales, o hacer una simple referencia a ellos (4), sino que es necesario, y así lo indica la numerosísima jurisprudencia recaída sobre el tema, constatar, probar, la concurrencia de todos los requisitos exigidos por la ley para la existencia de la agravante o, al menos, aportar los datos suficientes para que pueda deducirse de ellos. En cualquier supuesto se debe constatar, además de las características del actual delito, la creación y subsistencia del estado de reidad, fundamentador de la circunstancia. Las dificultades y omisiones más frecuentes que normalmente motivan la no estimación de la reincidencia afectan, en concreto, a las condiciones que a continuación se detallan:

1.—Existencia de una condena anterior. Ya hemos visto que no basta decir que el procesado tenía antecedentes penales sin más especificaciones.

2.—Precedencia y ejecutoriedad de esa condena al momento de cometerse la segunda o ulteriores infracciones (5). En tal sentido es preciso

(3) S. 2-7-1966: «No se puede apreciar la reincidencia por ausencia total de base fáctica, al faltar fecha de la resolución y pena impuesta al anterior delito; S. 3-11-1966: no puede excluirse, por falta de datos, que el delito anterior —daños por imprudencia— haya dejado de serlo.

(4) Ss. 25-4-1923, 17-4-1940, 26-2-1951; en concreto: S. 7-5-1957; Aunque en la cabeza de la sentencia recurrida se dice que los dos procesados tienen antecedentes penales, sin consignar dato alguno a la clase de delito y pena impuesta, en la relación de hechos probados que es donde se encierra toda la materia que ha de ser objeto de calificación jurídica, se omite toda referencia a esos antecedentes, apareciendo los procesados como si por primera vez hubieran infringido la ley penal. S. 5-3-1966: Se aplica la agravante de reiteración sin que se diga cuáles han sido las condenas anteriores impuestas al procesado, no pudiéndose suplir esa omisión con la afirmación que se hace en la cabeza de la sentencia de que tenía antecedentes penales, porque además de no ser ese el sitio adecuado, de tan vaga afirmación no puede concluirse que referido procesado haya sido condenado con anterioridad por delito a que la ley señale igual o mayor pena o por dos o más delitos a que aquélla señale pena menor; en igual sentido S. 26-4-1966, que añade que dicha circunstancia requiere datos más concretos de tiempo, número y gravedad de la condena precedente; S. 24-2-1967: En el encabezamiento de la sentencia se hacía constar que tenía antecedentes penales, pero nada se significa en el relato histórico y en el primer considerando, sin ningún pormenor más, se admite como reincidencia cualificativa; en forma indebida, porque los hechos que sean fundamento de circunstancias modificativas de la responsabilidad han de expresarse clara y terminantemente, de modo que sin conocerse fecha, pena, delito o faltas, no se aplicó con acierto el n.º 4 del art. 515, Cód. pen.

(5) S. 26-9-1963: Para que pueda apreciarse la reincidencia han de constar con exacta precisión las fechas de la sentencia anterior que ha de producir el efecto de agravar la pena y la del hecho posterior que sanciona, y además que aquélla tenga el carácter de ejecutoria al cometerse el nuevo delito.

aportar la fecha de la condena anterior (6) especialmente cuando los delitos a que se refiera hayan sufrido modificaciones en sus cuantías, según veremos, aunque dicha omisión, salvo este último caso (7), puede suplirse por la declaración del tribunal a quo de que el procesado "fue anteriormente condenado por delito...", "ejecutoriamente condenado" o expresión similar (8). Es igualmente necesario precisar la fecha en que realizó el delito que ahora se enjuicia, para saber si se cometió después de adquirir firmeza la condena precedente (9). En todo caso, la ejecutoriedad de la condena debe constar expresamente (10), aunque si así no ocurre, el Tribunal Supremo puede —quizá pueda—, deducirla racionalmente de otros elementos aportados, por ejemplo: si se trata de una condena inscrita en el registro de penados, porque la inscripción sólo tiene lugar después de la firmeza (11); o si estaba concluida, porque la cancelación no cabe más que sobre sentencias firmes (12); o por el notable tiempo transcurrido entre la actual sentencia y el actual delito (13; o simplemente porque el

(6) S. 29-9-1963: No puede apreciarse la reincidencia, ya que faltando los datos referentes a la fecha exacta de la sentencia por apropiación indebida anterior, a excepción del año, así como también el Tribunal que impuso la condena y la especificación concreta de ésta, faltan los requisitos necesarios para tener por existente el antecedente penal.

(7) S. 13-2-1967: Si consta que el procesado fue anteriormente condenado por delito de igual naturaleza penal basta ello para apreciar la reincidencia, sin que influya la omisión de la fecha de esa sentencia anterior, ni la de la pena impuesta, salvo en aquellos casos en los que la apreciación cuantitativa del daño pueda tener valor habida cuenta de las modificaciones legales.

(8) S. 5-7-1967: No es preciso «que conste la fecha de la primera sentencia, puesto que al reputarse probado que el procesado había sido anteriormente condenado lo único que puede entenderse es, en efecto, que la fecha del primer fallo antecedió a la comisión de la nueva infracción». Id. S. 16-5-1967.

(9) S. 17-2-1964: «Al no precisar la fecha en que realizó el delito que ahora se enjuicia, no puede afirmarse que éste se cometiera después de haber sido condenado por el que podría servir de base para apreciar la reincidencia». S. 15-3-1956: «Para que pueda ser apreciada la reincidencia precisa que quede justificada como cuestión de hecho indeclinable, no sólo la existencia de condenas anteriores por delitos de idéntica naturaleza, sino que tales condenas fueron pronunciadas antes de que el reo hubiera de cometer los hechos que se persiguen actualmente, y como quiera que en los resultados de hechos probados de la sentencia recurrida no se dice cuándo se realizaron las sustracciones que indica ni se dan elementos para llegar a su conocimiento, no puede aceptarse que la sentencia condenatoria de 13-1-1954 sirva de antecedente necesario para una reincidencia sobre hechos cuya ejecución se ignora».

(10) S. 13-12-1966: La definición de reincidencia que contiene el n.º 15 del art. 10 Cod. pen. es de alcance general y por tanto, al tener que aplicarse la reincidencia específica del art. 11 de la Ley especial del Automóvil, han de tenerse en cuenta los elementos que integran esta circunstancia agravante, y como uno de ellos es que la condena anterior sea ejecutoria y nada se dice sobre este extremo en la declaración probatoria, ha de acogerse la indebida aplicación del art. 11 de la citada ley especial.

(11) S. 10-3-1959.

(12) S. 14-2-1959.

(13) S. 18-3-1959: La condena anterior impuesta al procesado por un delito de apropiación que según la sentencia tiene el carácter de ejecutoria lleva la fecha 14-10-1955, y como el hecho motivador del presente sumario ocurrió

Tribunal “a quo” haya expresado que el reo estaba ejecutoriamente condenado con anterioridad (14), salvo prueba que destruya tal afirmación; etc. (15).

El hecho de la condena firme anterior puede acreditarse “por cualquier medio fehaciente” (16). De entre ellos destacan por su especialidad y fuerza probatoria las certificaciones del Registro Central de Penados y Rebeldes, organismo que tiene como función primordial inscribir y mantener hasta su cancelación las condenas dictadas por Tribunales españoles e incluso extranjeros. En el aspecto positivo, “la fehaciencia de la condena consignada en la hoja del Registro Central de Penados y Rebeldes únicamente puede ser destruida por otra documental de mayor jerarquía probatoria” (17), mientras que en sentido contrario “la certificación negativa de antecedentes penales del Registro Central, aun siendo documento auténtico, no lo es hasta el punto de prevalecer en su fe frente a otros documentos de idéntica jerarquía probatoria como es la certificación del Juzgado en que el antecedente penal consta” (18); y aún más, “los antecedentes penales pueden ser apreciados a base de cualquier dato que el Tribunal estime suficiente, no obstante el certificado negativo del Registro Central de Penados” (19), el cual no debe servir de excusa para

cerca de un año más tarde, se ha de presumir estuviera entonces producida la firmeza; pues sin negar la posibilidad de que tal firmeza ocurriera en el breve tiempo comprendido entre el delito segundo y el momento de aportarse los antecedentes penales a la causa, ello constituiría una excepción que debió invocarse y probarse en el juicio si la parte partidaria que se tuviera en cuenta.

(14) S. 20-6-1966: Han de entenderse como firmes las sentencias anteriores a cargo del procesado, «ya que en otro caso no se hubiera hecho constar que venía ejecutoriamente condenado con anterioridad a los hechos sumariales, lo que tanto quiere decir que las resoluciones tenían ese carácter»: S. 29-5-1967: Se recurre alegando que la afirmación que se hace en los hechos probados de que el imputado fue condenado con anterioridad por un delito de rebelión militar y otro de circulación es insuficiente para sustentar la reiteración. El Tribunal Supremo lo desestima «porque al hacer el Tribunal a quo esa declaración hizo un pronunciamiento de facto que sólo puede impugnarse por la vía del n.º 2 del art. 849 Ley de Enjuiciamiento Criminal —camino no utilizado por el recurrente— demostrando con documentos auténticos que tales condiciones habían perdido su eficacia a efectos de antecedentes, y al no haberlo intentado siquiera hay que estimar probado que antes de cometer el delito por el que ahora se juzga había sido condenado por esos dos delitos, ya que las palabras ‘con anterioridad’ puestas por un Tribunal de derecho no pueden tener otra significación».

(15) S. 11-1-1967: se aprecia la reincidencia porque aunque la resolución recurrida no declara expresamente que las sentencias fuesen ejecutorias, la nota de antecedentes penales, la especificación de los delitos y fechas anteriores al hecho y a la sentencia aclaran esta condición.

(16) Ss. 5-7-1950; 26-3-1954; 21-10-1958; 3-1-1961; 4-11-1961; 13-5-1961; etc.

(17) S. 1-2-1960.

(18) S. 14-2-1959; v. también S. 1-6-1965; S. 15-10-1951: está bien apreciada la reincidencia ante certificación del Secretario del Juzgado Municipal en el que constan las condenas sufridas.

(19) S. 30-6-1953.

dejar de aplicar la reiteración o la reincidencia (20) que, como se recordará, son de obligatoria aplicación cuando concurren.

En resumen, la inscripción en el Registro Central de una condena demuestra, salvo prueba más fuerte en contrario, que tal condena existió; mientras que la falta de inscripción no prueba la ausencia de condenas a cargo del procesado, condenas cuya realidad puede demostrarse por cualquier otro medio. Admitir cosa diferente "sería dar efectos sustantivos a las inscripciones en este Registro y admitir que la comisión de delitos sería indiferente a efectos de antecedentes mientras no fueran registrados en ese Organismo, cuando lo que da virtualidad y contenido a la inscripción es el hecho mismo del delito declarado por los Tribunales, únicos competentes para hacerlo, y la inscripción uno de los medios para acreditar que tal declaración se hizo" (21).

3.—Subsistencia del estado de reidad, especialmente cuando por reformas legislativas —sobre todo por cambios de tipo económico— el delito objeto de la anterior condena hubiera podido ser degradado a falta. En este punto son muy importantes los siguientes conceptos: cuantía económica de lo sustraído o defraudado, fecha de la anterior condena, tipo de delito, número de las infracciones precedentes y penas impuestas. El primero de los mencionados es el esencial, sirviendo los otros de complemento: el tipo de delito anterior, porque puede tratarse de una figura criminal que, pese a su naturaleza patrimonial y a los cambios de valoración económica, no haya sido afectado esencialmente por las reformas ni haya dejado en ningún momento de ser delito, como ocurre con el robo (22); la fecha de la condena sufrida por el delincuente, porque si ésta es posterior a la modificación legal, es indiferente que conste o no la cuantía, pues el Tribunal sentenciador hubo ya de tenerla en cuenta (23); o, en sentido inverso, porque si la sentencia que condena el delito actual es anterior a una reforma legislativa, dicha sentencia no puede ser censurada en casación por razón de cuantías (24); el número de delitos, porque si éstos son

(20) S. 12-12-1953.

(21) S. 4-10-1966. Ver, además, art. 379 L. e. crim.: «se traerán a la causa los antecedentes penales del procesado, pidiendo los anteriores a la creación del Registro Central de Penados, de 2 de octubre de 1878, a los Juzgados donde se presuman que puedan en su caso constar, y los posteriores exclusivamente al Ministerio de Justicia». El Tribunal Supremo —S. 12-12-1953— estima que el adverbio «exclusivamente» empleado en este artículo no excluye el deber de los Tribunales de reconocer valor probatorio a todos los antecedentes penales posteriores, a la creación del Registro Central aportados a la causa por conducto distinto de éste.

(22) S. 16-12-1967: se denuncia la infracción del núm. 15 del artículo 10 en relación a la modificación de Ley 8-4-1967.

(23) Ss. 1-2-1960; 18-4-1962; 26-5-1964; 5-6-1964; 15-6-1964; 12-2-1966; 27-10-1966; 26-4-1967; 26-6-1967; 25-10-1967; 30-10-1967; 16-11-1967; etc.

(24) S. 8-11-1967: que el cambio económico en los delitos de estafa, inicián-

varios de determinado tipo (hurtos y estafas), cometidos después de haberse sufrido otras condenas por delitos de la misma clase, aunque no consten las cuantías y hubieran de presumirse como constitutivos de faltas, esa presunción sólo recaería sobre los dos primeros, y los restantes posteriores habrían de reputarse en todo caso como delitos (25); y penas impuestas, porque de la gravedad de éstas pueden deducirse los límites entre los cuales osciló la cuantía de lo hurtado o defraudado (26)

Salvo tales casos, en los cuales, aunque no constase la cuantía de los delitos anteriores puede deducirse de otros datos que la situación de reidad existe y subsiste, es necesario expresar exactamente el valor económico del delito cuando éste haya podido ser afectado —degradado a falta— por modificaciones legales posteriores a su comisión y anteriores a la fecha en que se juzga la segunda infracción, habida cuenta de que al no constar el referido dato ni ser factible su deducción no podrán aplicarse ni la reiteración ni la reincidencia (27), ya que entonces “surge la duda de si

dola en cantidad que exceda de 2.500 pesetas, se ha implantado por ley 8-4-1967, y como la sentencia denunciada es de 11-3 del mismo año, no se puede acoger el motivo que alega, aplicación indebida de la reincidencia, pues no se debe censurar una sentencia por aplicar correctamente leyes vigentes en la fecha de ser dictada.

(25) Respecto a hurtos y estafas es preciso hacer constar las fechas y cuantías, porque habiendo sido éstas modificadas por ley 30-3-1954, obliga, a favor del reo, a estimarlas como faltas, cuando *por su número* no sea posible atribuirles legalmente el carácter de delitos: S. 1-7-1959. Análogos: Ss. 13-5-1941; 21-1-1947; 18-11-1957; 20-6-1959; 16-3-1963; 17-6-1964. S. 16-12-1967: Son de tener en cuenta los hurtos, aunque se desconozca su cuantía, ya que por aplicación del núm. 4 del art. 515 los dos primeros pudieran ser faltas, pero los cinco restantes ya constituirían delito; S. 3-2-1959: aunque no constan las cuantías de los seis hurtos y la estafa por los que el procesado estaba anteriormente condenado, es de apreciar la múltirreincidencia porque el tercer hurto siempre alcanzaría la categoría de delito.

(26) S. 25-2-1966: «Aunque en la sentencia recurrida no se expresa la cuantía de los delitos de estafa y apropiación indebida por los que fue condenado anteriormente el procesado, como las penas que se le impusieron en todos ellos fue la de presidio menor, la cuantía de lo apropiado tuvo necesariamente que ser, en cada uno de los casos, superior a 5.000 pesetas, conforme al n.º 2 del artículo 528 antes de su reforma por ley 30-3-1954, y por ello, con la legalidad anterior y con la nueva, siempre serán delitos». S. 30-1-1967: La pena de seis meses y un día impuesta al procesado por sentencia firme anterior al hecho de autos y a la ley 30-3-1954 demuestra que la cuantía de la apropiación indebida, por la que fue condenado tuvo que ser superior a 500 pesetas, pues de otro modo, excluida la doble reincidencia que es lo único que hubiera justificado elevar la pena, no pudo ésta bajar de la de arresto mayor, suficiente para la apreciación de la reincidencia en el delito de alzamiento de bienes. En resumen, cuando no conste la cuantía de lo defraudado, apropiado o hurtado, ni tal dato pueda inferirse de la pena impuesta, no cabe apreciar el antecedente de fecha anterior a la ley 30-3-1954: Ss. 23-2-1961; 18-5-1963; 4-10-1963, 29-12-1964; etc.

(27) S. 11-2-1964: Dada la retroactividad de la ley 30-3-1954, que degrada a faltas las estafas de cuantía inferior a 500 pesetas, no constando que rebasaran tal límite las cometidas antes de dicha ley, queda improbadamente tanto la reincidencia doble como la simple. En general son muy numerosas las Ss. T. S. que exigen se exprese la cuantía en caso de reforma legislativa que pudiera haber

aquellas sentencias recayeron en hechos que merecieran actualmente la conceptualización de delitos y, ante la misma, por el principio "in dubio pro reo", deben estimarse como constitutivos de... faltas" (28); y no teniendo las condenas por simples faltas virtualidad para provocar la reidad ni, por tanto, la reincidencia, dicha circunstancia queda improbadada y no puede, en consecuencia, aplicarse.

4.—En el mismo sentido, la determinación del tipo de reincidencia de que se trate (reiteración o reincidencia) impone la presencia de ciertos datos, relativos principalmente a la imprescindible comparación entre los varios delitos (anteriores y actuales) o entre las varias penas correspondientes a esos delitos. En la reiteración, la exigencia de una cierta entidad cuantitativa o cualitativa de la conducta criminal anterior en relación con la actual obliga no sólo a "consignar el delito que motivó la condena precedente y su fecha, sino también la clase y cuantía de la pena impuesta, dado que la reiteración sólo se produce en el supuesto de tratarse de igual o mayor pena que la que en el presente se trate de aplicar" (29). Sin embargo, hay excepciones en las que habrá de estimarse la reiteración, aunque no conste la pena o penas aplicadas con anterioridad: no es indispensable concretar las penas que se impusieron cuando se trate de precedentes condenas por dos o más delitos (30), ni cuando el delito objeto de la condena, aun en sus modalidades menos graves, haya estado siempre sancionado con pena igual o superior a la señalada al segundo delito que ahora se sanciona (31). En cuanto a la reincidencia, dada su peculiaridad, se requiere para poder apreciarla "que se conozca la figura de delito a que haga referencia (la condena anterior), único modo de saber si el que ha de determinar la reincidencia está en el mismo Título del Código Penal" (32).

degradado a falta los delitos objeto de la anterior condena, disponiendo que si así no se hace no podrá estimarse ni la reiteración ni la reincidencia. En tal sentido: Ss. 18-4-1952; 24-1-1953; 3-12-1954; 28-1-1955; 14-5-1955; 6-6-1955; 25-1-1956; 18-4-1956; 22-5-1956; 25-6-1956; 20-12-1956; 24-1-1957; 10-5-1957; 12-11-1957; 11-5-1959; 1-6-1959; 20-6-1959; 11-7-1959; 2-3-1960; etc. Es interesante la aplicación de esta regla a la imprudencia: S. 8-11-1966: Al no constar la cuantía de los daños que se derivaron de los dos delitos de imprudencia anteriores, ni la pena impuesta, ni otros datos, cabe la posibilidad de que fueran determinantes de daños que hoy merecieran el calificativo de faltas, toda vez que ambas sentencias son anteriores a la Ley 30-3-1954, modificadora de las cuantías.

(28) S. 10-5-1957. Semejantes: Ss. 28-1-1955, 10-6-1967, etc.

(29) S. 11-1-1962; semejantes: Ss. 24-6-1958, 5-2-1959, etc.

(30) Ss. 11-12-1958, 22-3-1960, 17-12-1960. S. 25-9-1967: Era superfluo añadir la pena impuesta por cada uno de esos catorce delitos (por los que estaba condenado el procesado), toda vez que bastaban dos condenas por delito para dar contenido a la reiteración.

(31) Ss. 4-10-1955, 10-6-1958, 5-11-1960, etc.

(32) S. 17-6-1940. Semejante: S. 17-5-1955.

Conviene resaltar, finalmente, la significación de esta exigencia procesal que impone alegar la reincidencia y probar los hechos sobre los que se asienta. Entre otras cosas, se acentúa el carácter objetivo de la agravante que examinamos como circunstancia del hecho y no como condición personal del culpable; se hace depender su apreciación en la práctica de la mayor o menor diligencia de los sujetos procesales, etc.

2.—Efectos de los antecedentes penales y efectos de la reincidencia

Estimada por el Tribunal, la reincidencia produce numerosos efectos que, en términos generales, corresponden tanto a un considerable aumento de la sanción —jugando unas veces como agravante de la pena, otras como superagravante, que obliga a elevar la pena en uno o dos grados; otras, en fin, en determinados supuestos, convirtiendo la simple falta en delito, sobre el cual pueden, además, gravar las circunstancias de reiteración, reincidencia o multirreincidencia (33)— cuanto a un empeoramiento de la situación penal del delincuente, al que afecta en el sentido de imposibilitarlo para obtener o para mantener ciertos beneficios penales.

Antes de entrar en la exposición en concreto de estos efectos que la reincidencia determina, es preciso realizar algunas distinciones y aclarar algunos términos. Ante todo, conviene mantener distintos los efectos de los antecedentes penales de los efectos de la reincidencia. Ya sabemos que el concepto de antecedentes penales, —parcela incluida en el más amplio de “vida anterior del reo” (34) y derivado de él por la aplicación de un específico punto de vista: el de su relación o contacto con la ley penal— es de carácter genérico e incluye en sí todo el pasado penal de una persona. La situación de reidad, por otra parte, es, según vimos, un antecedente penal concreto al que se ha dotado de virtualidad y entidad propias. También la reincidencia ya acaecida es un antecedente penal en ese sentido genérico.

En consecuencia, los antecedentes penales tanto pueden ser favorables como desfavorables, tanto pueden perjudicar como favorecer al delincuente y servir para interpretar con mayor o menor severidad su actual con-

(33) S. 15-3-1967: Las dos condenas anteriores de hurto y estafa calificadas como faltas son suficientes para elevar a delito la actual apropiación indebida por cuantía de 260 pesetas (art. 528-4.º C. P.) con las agravantes de reiteración, por el anterior delito de quebrantamiento de condena, y reincidencia, por el anterior delito de robo, por los que estaba condenado el culpable.

(34) Decir que los antecedentes penales son la parcela penal de la vida anterior de un individuo no significa que esta «vida anterior», en su aspecto no propiamente criminal, sea indiferente al derecho penal, sino que, por el contrario, las facetas moral, económica, social, religiosa, cultural, etc., del sujeto concurren para determinar el exacto disvalor de su conducta delictiva, la elección, en su caso, y el modo de aplicarle la sanción, su peligrosidad, etc.

ducta delictiva. En el terreno jurídico positivo citamos como ejemplo de ello los artículos siguientes:

—93-2.º Cp.: Los Tribunales podrán aplicar o no la condena condicional atendiendo, entre otras cosas, a los antecedentes del reo.

—256 Cp.: Posibilidad de bajar las penas correspondientes al delito de tenencia ilícita de armas si de los antecedentes penales de su autor “se dedujere la escasa peligrosidad social de aquel”.

—511 Cp.: Posibilidad, atendiendo a ellos, de aplicar la pena superior en grado.

—14-3.º L.e.crim.: Los antecedentes penales pueden influir sobre la competencia de los Jueces y Tribunales.

—503, 504 y 521 L.e.crim.: Deben tenerse en cuenta los antecedentes penales para dictar o no la prisión provisional y para determinar la cuantía y cualidad de la fianza en caso de libertad provisional, etc.

Dentro de los antecedentes penales de carácter negativo, y posiblemente como el más importante de todos ellos (salvo la reincidencia misma), se encuentra la sentencia penal de condena que, cuando es por delito, produce para el sujeto al que afecta la llamada “situación de reidad”. Un efecto del antecedente penal “condena por delito” es la reidad; un efecto de ésta es la reincidencia. Estos antecedentes (condena, reidad, reincidencia) no por tener atribuidos efectos específicos dejan de producir los efectos genéricos que la ley señala a los antecedentes penales de carácter negativo un sentido amplio, de modo que, por ejemplo, si el Tribunal no aplica la condena condicional porque el delincuente tiene a su cargo alguna condena anterior por faltas, con mayor razón no la aplicará si la condena fue por delito o el sujeto es reincidente o multirreincidente.

Tras estas aclaraciones puede comprenderse la advertencia de que al hablar de los efectos de la reincidencia nos referimos sólo a los que a ella, como circunstancia agravante, le corresponden, con la única salvedad que a continuación se dirá.

3. *Efectos de la reincidencia en sentido amplio: agravación de la pena y exclusión (no concesión o revocación) de ciertos beneficios penales.*

Los efectos de la reincidencia pueden clasificarse de muy distintos modos, según el ángulo de visión que se adopte. Así por ejemplo, puede distinguirse entre: efectos generales (aplicables a todos los delitos) y especiales (aplicables sólo a ciertas figuras criminales); efectos referidos a cualquier clase de reincidencia y referidos sólo a un tipo de ella más o menos específico; efectos de la reiteración, de la reincidencia y de la multirrein-

cidencia; efectos de la reincidencia común y de las reincidencias reguladas en Leyes penales especiales; efectos sustanciales, represivos y preventivos, procesales e incluso ejecutivos; efectos relativos a la sanción y efectos relativos a ciertos beneficios penales; etc.

Para evitar repeticiones con la exposición, realmente innecesaria, de todas las clasificaciones mencionadas, nos limitaremos a resumir éstas en una sola que comprenda del mejor modo posible todos los efectos de la reincidencia, agrupándolos de la siguiente manera: 1) Efectos de la reincidencia en general; 2) Efectos de la reincidencia específica; 3) Efectos de la plurirreincidencia. En el primer grupo se incluyen los efectos que produce la reincidencia cualquiera que sea su forma (o sea, tanto la reiteración como la reincidencia o plurirreincidencia); en el segundo y en el tercer número se recogen los efectos exclusivos de las dos hipótesis a que se refieren, de modo que la plurirreincidencia, por ejemplo, produce, además de los efectos genéricos, un aumento en la gravedad de esos mismos efectos y otras consecuencias específicas que le son propias.

Todavía una observación: en muchos de los casos que a continuación se enumeran, la ley acoge un concepto de reincidencia más amplio que el técnico de los números 14 y 15 del artículo 10 C. p., pues a menudo sólo requiere la comisión de un nuevo delito, sin limitaciones en cuanto a su gravedad (como ocurre en la reiteración), o simplemente alude a "que el reo haya delinquirido por primera vez" (art. 93-1 C. p.) para otorgarle ciertos beneficios, con lo que no parece exigir que entre la "primera" y la "segunda vez", cuando la haya, exista sentencia condenatoria interpuesta. En estos supuestos, que exceden la previsión de la reincidencia, al menos de la reincidencia en sentido formal, se provocará el efecto prevenido aunque no haya reincidencia, pero ésta, como hipótesis específica de repetición delictiva, con mayor razón habrá de provocarlo.

Son efectos de la reincidencia en sentido amplio:

- 1.—Agravar la pena (en general: artículo 10, números 14 y 15 Cp.).
- 2.—Impedir la concesión de la remisión condicional, ya que para obtenerla es preciso, entre otras cosas, que el reo haya delinquirido por primera vez (art. 93-1 Cp.). Entendemos, aplicando el principio del "favor reo", que el término "delinquirido" no debe comprender las simples faltas, sino sólo los delitos.

3.—Renovación de la remisión condicional concedida, urocediéndose a ejecutar el fallo en suspenso, caso de ser condenado el reo por otro delito durante el plazo de dos a cinco años (art. 14 de la Ley 17-3-1908 (35)).

(35) Este artículo dice textualmente: «Si antes de transcurrir el plazo de duración de la condena condicional el sometido a ella fuere de nuevo sentenciado por otro delito, se procederá a ejecutar el fallo en suspenso. Si cumpliere

4.—Revocación de la libertad condicional si durante su período el reo vuelve a delinquir. Pérdida del tiempo pasado en libertad condicional caso de reiteración o reincidencia del beneficiario (artículo 99 Cp.) (36).

5.—Se interrumpe la prescripción de la pena, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el reo cometiere otro delito antes de completar el tiempo de la prescripción (art. 116 Cp.).

6.—Aumenta considerablemente el tiempo que ha de transcurrir (15 años desde la extinción de la condena o desde que expirara el plazo de suspensión condicional de la misma) para poder obtener la rehabilitación “en todos los casos de segunda o posteriores condenas o rehabilitación revocada” (art. 118-3 Cp.).

7.—“Sin necesidad de declaración especial quedará sin efecto la cancelación de antecedentes penales concedida y recobrará plena eficacia la inscripción cancelada respecto a los ya rehabilitados que cometieren nuevo delito” (art. 118-2.º Cp.) (37).

8.—Impedir, en principio, la aplicación de la gracia de indulto. El artículo 2.º de la Ley 18 junio 1870 dice: “Se exceptuarán del indulto... 3.º Los reincidentes en el mismo o en cualquiera otro delito por el cual hubieren sido condenados por sentencia firme. Se exceptúa, sin embargo el caso en que, a juicio del Tribunal sentenciador o del Consejo de Estado, hubiese razones suficientes de justicia, equidad o conveniencia pública para otorgar la gracia” (38).

9.—La reincidencia es, además, la base formal de la habitualidad. Quedan sometidos a la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933 “los

el plazo de suspensión sin ser condenado, pero después lo fuere por hecho punible cometido dentro de aquel plazo, se le obligará a que cumpla la pena que fue suspendida, salvo el caso de prescripción».

(36) El artículo 64, párrafos 2 y 3 del Reglamento de Prisiones de 2-2-1956, dispone: «Si en dicho período reincide... se revocará la libertad concedida y el penado volverá a su situación anterior, reingresando en la prisión y en el período penitenciario que corresponda según las circunstancias». La reincidencia o reiteración en el delito llevará aparejada la pérdida del tiempo pasado en libertad condicional.

(37) Por lo que producen reiteración o reincidencia los antecedentes cancelados: V., entre otras, S. 19-10-1956: «El artículo 118 C. P. claramente expresa que las inscripciones canceladas de condena recobran su plena eficacia sin necesidad de declaraciones especiales cuando delinquieran de nuevo los penados a que se refieran, y como dentro de esa eficacia plena han de comprenderse todas las consecuencias jurídicas del antecedente anterior, cuya cancelación sólo tuvo carácter condicional como supeditada a la futura enmienda del reo, no es válido poner en duda que la sentencia sancionadora de un segundo delito del mismo responsable puede y debe apreciar las agravantes de reiteración y reincidencia siempre que concurren los requisitos de los números 14 y 15 del art. 10 C. P.»; S. 1-6-1965: La cancelación de antecedentes queda sin efecto cuando los ya rehabilitados cometieran nuevo delito. En igual sentido Ss. 20-12-1956, 21-11-1956, 4-1-1960, 15-2-1963, etc.

(38) Con esta expresión equívoca parece entenderse la reincidencia en sentido amplio, esto es, comprensiva de reiteración y reincidencia.

reincidentes y reiterantes de toda clase de delitos en los que sea presumible la habitualidad criminal (art. 3-1.º de dicha ley), pudiéndose llevar a cabo tal diagnóstico en la propia vía jurisdiccional (art. 9). En este caso la reincidencia da lugar a la aplicación de medidas de seguridad, ya que referidos delincuentes “serán internados en un establecimiento de custodia después de cumplir la pena que les fuere impuesta por sentencia judicial” (art. 7 de la Ley de V. y M.; ver también artículo 15 del Reglamento de Vagos y Maleantes: Decreto 3-5-1935).

10.—Separación de los detenidos o presos reincidentes de los no reincidentes (artículo 521 L.e.crim.).

4. *Efectos de la reincidencia específica:*

Además de los anteriores, que son comunes a reiteración y reincidencia, produce ésta con exclusividad los siguientes:

1.—Considerable aumento de pena en ciertos delitos regulados en el Código penal: juegos ilícitos (art. 349); eclesiástico que rehusa remitir los autos para la decisión de un recurso de fuerza (art. 381); hurtos (artículo 515-4: condenado anteriormente por determinados delitos o dos veces en juicio de faltas por estafa, hurto o apropiación indebida. Se trata, pues, de un tipo especial de reincidencia); estafa (art. 528-4), de igual contenido que el anterior) y otras defraudaciones (arts. 534, 537); y respecto a las faltas: arts. 572 y 596.

2.—Considerable aumento de pena para ciertas figuras criminales previstas en leyes penales especiales. En algunas de estas leyes se acoge la reincidencia en un sentido más restringido que en el Cod. penal, o si se quiere, sólo tiene eficacia un tipo concreto de reincidencia, bien porque ésta se limita a la recaída en una única e idéntica figura criminal, bien porque se requieren ciertas condiciones, como por ejemplo, que entre la anterior condena y el actual delito no hayan transcurrido más de cinco años. Referimos como más importantes:

a.—Ley penal y procesal de la Marina Mercante, de 22-12-1955, art. 5: los tribunales podrán imponer la pena inmediatamente superior a la señalada por la ley... cuando aprecien alguna de las circunstancias siguientes: 1.º Reincidencia; art. 48 pena especial (inhabilitación por dos años caso reincidencia en quebrantamiento de deberes profesionales).

b.—Código de la Circulación, art. 49: retirada del permiso de conducción por un plazo doble al impuesto en la sanción anterior en caso de reincidencia en la omisión del deber de socorro.

c.—Propiedad industrial. Ley 16 de Mayo de 1902, art. 135: mayor pena caso de reincidencia en usurpación de patente. “Habrá reincidencia

siempre que el culpable haya sido condenado en los 5 años anteriores por el mismo delito”.

d.—Ley 23-11-1877, Policía de ferrocarriles: art. 24, castiga con mayor multa la reincidencia en contravenciones.

e.—Ley 22-12-1949, sobre entrada clandestina en territorio español. Art. 1.º: la pena se impondrá en su grado máximo si hubiere reincidencia.

f.—El art. 3.º de la Ley 26-10-1939 castiga la reincidencia en la elevación abusiva de precios; además de con la pena correspondiente, con inhabilitación para el ejercicio de la industria a que se dedicase y cierre temporal o definitivo de sus establecimientos.

3.—Efecto especial de la reincidencia en un delito concreto es el recogido en el art. 102-2 Ley de Enjuiciamiento criminal: el condenado dos veces por delito de denuncia o querrela calumniosa no puede ejercitar la acción penal.

4.—La reincidencia puede elevar algunas faltas a la categoría de delito (art. 515-4 y 587 Cod. pen.).

5. *Efectos de la plurirreincidencia.*

1.—Elevar la pena en uno o dos grados (art. 61-6 Cod. pen.). El problema que pudiera plantearse acerca de las penas inagravables debe resolverse aplicando el art. 75 Cod. pen.

2.—Elevar ciertas faltas a la categoría de delito (ej. art. 593 Cod. pen.).

3.—Agrava especialmente determinados delitos (art. 516-3, 535, 565-6, 340 bis a Cod. pen.).

4.—Impide aplicar la eximente incompleta de hurto famélico en caso de acreditada plurirreincidencia (s. 17-1-1957).

5.—En cuanto a la plurirreincidencia en leyes especiales es de destacar lo dispuesto en los arts. 50, 51 y 52 de la ley reguladora de la caza, de 16-5-1902. Según el art. 50 se impondrá la pena superior en grado si el culpable fuere dos o más veces reincidente en la infracción de caza con reclamo, hurones, etc. La caza con perro o arma de fuego en propiedad particular sin permiso escrito constituirá delito la tercera vez; art. 51: se castiga con mayor pena al dos o más veces reincidente en la infracción de destrucción de vivares, nidos, etc.; art. 52: el que después de haber sido castigado tres veces por infracciones de esta Ley constitutivas de falta si cometiera otra o más será considerado como reo de delito... Al que por dos veces sea castigado como infractor de la Ley de Caza, no se le concederá licencia para cazar y se le retirará la que se le haya concedido.

6.—La agravación de pena que la multirreincidencia supone motiva la exclusión de ciertos delitos de la competencia, en otro caso propia, del

juez de instrucción (art. 14-3 L.e.crim. en su redacción por Ley de 8 abril de 1967. Véase también Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 10-12-1967)

6.—*Límites de eficacia:*

Aunque la reincidencia viene regulada en el Código como una circunstancia agravante de general aplicabilidad a toda clase de infracciones y en toda clase de supuestos, siempre que se den los requisitos necesarios para su existencia, ya dentro de las mismas definiciones legales que la ley proporciona, encontramos importantes límites en cuanto a su ámbito de aplicación se refiere, que naturalmente se traducen en limitaciones relativas a la extensión de su eficacia: así, por razón de la gravedad de la infracción, no producen ni padecen reincidencia, salvo excepciones, las faltas; por la colocación del delito, si éste se halla regulado en una ley especial que no disponga expresamente lo contrario, no le será aplicable la reincidencia específica ni la multirreincidencia.

En otro sentido, el concepto de reincidencia contiene un mínimo y un máximo de previsión, o mejor dicho, de eficacia prevista; un desde y un hasta:

—Con referencia al quantum de sanción: desde la pena señalada al delito en su grado máximo hasta la pena superior en dos grados en su grado máximo (en la multirreincidencia), salvo los casos especiales en que puede convertirse una falta en delito y éste, a su vez, ser agravado por multirreincidencia, todo ello en virtud de los antecedentes penales del reo;

—En relación a la configurabilidad eficaz de la reincidencia (o reincidencias): desde la necesidad en la reiteración de que el culpable esté condenado anteriormente por delito a que la ley señale pena igual o mayor a la del actual o por dos o más delitos a que aquella señale pena menor, con lo que queda fuera del límite mínimo la hipótesis de que el reo haya sido condenado precedentemente por un solo delito no comprendido en el mismo Título del Código que el actual y castigado en la ley con pena inferior la de este último, hasta los máximos siguientes: en la reiteración, si los delitos anteriores son menos graves que el actual, bastando para ella con que existan dos, los restantes que, en su caso, excedieren ese número carecen de significación agravatoria especial, porque sólo se producirá igualmente una única reiteración (“por dos o más delitos...”); igual ocurre en la reincidencia (condenado por otro u otros delitos comprendidos en el mismo Título de este Código) y en la multirreincidencia (“a partir de la segunda reincidencia”), en la cual tanto es multirreincidente y sólo es multirreincidente el individuo cinco veces reincidente como el

cuarenta veces reincidente: es decir, si el reincidente comete un delito de la misma índole será multirreincidente; si el delito lo comete un multirreincidente, seguirá siendo multirreincidente.

Otras limitaciones no nacen del concepto legal de reincidencia, sino de la inidoneidad del delito para sufrirla o de la inidoneidad de la pena para ser aumentada. En el primer caso se encuentran los delitos en cuyo tipo aparece como elemento constitutivo la reincidencia, o mejor la base fáctica de la reincidencia; en el segundo las penas inagravables, dejando a salvo lo dispuesto en el artículo 75 del Cod. pen.

Todas las limitaciones aludidas, derivadas del mismo concepto legal de reincidencia o de la naturaleza de ciertos delitos o penas, tienen carácter general y han sido estudiadas con más o menos extensión en el lugar oportuno. Pero, además, existen otras limitaciones de tipo especial que a continuación se refieren:

En virtud del precepto establecido en el párrafo segundo del artículo 546 bis a) Cp., según el cual “en ningún caso podrá imponerse al receptor pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto”, la jurisprudencia, entendiéndolo —a nuestro juicio exageradamente— la absoluta imperatividad y obligatoriedad de dicho principio, ha resuelto que no puede entrar en juego la agravante de multirreincidencia “en cuanto supusiera que por la regla 6.ª del artículo 61, radicalmente inaplicable en este caso, se excediera la pena señalada al delito encubierto... En el caso actual no debió ser excedida la pena de presidio menor, correspondiente al tipo delictual, para sancionar al receptor, y como quiera que dicha pena le fue impuesta, por aplicación de la agravante de multirreincidencia, se incidió indudablemente en error” (39). Tal conclusión, como decimos, no nos parece acertada, puesto que injustificadamente se deja sin aplicar una circunstancia de agravación, cuya obligatoriedad, por lo menos tan fuerte como la de la norma contenida en el párr. 2.º del artículo 546 bis a), no se deroga expresamente por dicho precepto.

Del mismo modo, entiende la jurisprudencia que queda sin eficacia la reiteración cuando concurre con la multirreincidencia: “Como quiera que ha sido apreciada la multirreincidencia y la pena impuesta es la superior en grado a la que en otro caso correspondería, debido a ello la reiteración es inoperante, pues el Tribunal puede imponer la pena en el grado que estime conveniente” (40). Ello nos parece correcto si se acepta que reiteración y reincidencia son hipótesis normativas de una misma agravante. No así en el terreno práctico, para lo que nos remitimos, a

(39) S. 17-4-1967.

(40) S. 1-6-1965.

sensu contrario, a cuanto se dijo acerca de la compensabilidad de la multirreincidencia con atenuantes.

Otra aparente limitación de la plurirreincidencia se contiene en el art. 565 párrafos 3.º y 4.º C. P. que, por una parte, deroga para la imprudencia la aplicabilidad de las reglas del artículo 61 C. P. y, por otra, ordena la imposición de las penas inmediatamente inferiores en grado a la que corresponda cuando el delito doloso a que se refiera la imprudencia tenga señalada pena igual o menor a la de la imprudencia misma (prisión menor o arresto mayor).

Sin embargo, no se limita la eficacia de la reincidencia en su relación con la habitualidad. Aunque por regla general ambos institutos son perfectamente compatibles —no sólo por su diferente naturaleza, sino también porque responden a puntos de vista completamente distintos: represivo y preventivo respectivamente—, existe un caso en el que la eficacia de la reincidencia debería desaparecer, restando sólo la medida de seguridad correspondiente: cuando por la fuerza de la habitualidad la reincidencia aparezca únicamente como un producto de ella, como un episodio más de la vida criminal del sujeto, sin que sea a la vez causa de aumentada culpabilidad, del que salta a primer plano su peligrosidad social.

CAPITULO SEXTO

SUMARIO:

I. La razón de ser del instituto (Consideración naturalística):
 1.—Repetición criminal y reincidencia. 2.—La sentencia de condena en su aspecto sustancial. 3.—La reidad. 4.—La entidad psicológica del segundo delito. Su significación de recaída. Relaciones entre sujeto y acto. 5.—Causas secundarias de justificación. 6.—Los diversos tipos de reincidencia. 7.—Reincidencia y habitualidad. 8.—El aumento de pena para el reincidente.

I

LA RAZON DE SER DEL INSTITUTO

1.—*Repetición criminal y reincidencia.*

Conviene partir del examen de la mera repetición criminal para establecer la ontológica diversidad de la reincidencia respecto a ella, lo cual permitirá aprehender en su exacto significado el fundamento de esta última. Ya sabemos que a la semejanza externa de ambas instituciones corresponde, sin embargo, un tratamiento penal muy diferente que, de por sí, es claro síntoma de la disparidad sustancial aludida. El primer aspecto de la problemática de la reincidencia es, por tanto, “el de la búsqueda de la razón práctica que está a la base de su relevancia jurídica, con el objeto de comprender el diverso y a veces opuesto tratamiento reservado a los otros casos de repetición y, en particular, al concurso material de delitos” (1). La diferenciación señalada sólo puede sustentarse sobre la sentencia penal de condena, único elemento que aparece específicamente en la reincidencia y no en las demás hipótesis de repetición criminal.

Y no es lícito pensar que esta aparente paradoja legal de que la reincidencia produzca, frente al concurso material de delitos, un considerable

(1) Latagliata, op. cit., p. 41.

aumento de la sanción, represente un capricho del legislador, sino que, por el contrario, se materializa como expresión normativa de un sentimiento popular de justicia que, aun intuitivamente, encuentra expresión en toda clase de relaciones humanas. Supongamos, sin ir más lejos, el caso siguiente: un padre descubre que su hijo le ha quitado, por ejemplo, la cantidad de cinco pesetas. Le castiga o amenaza con un castigo si torna a realizar semejante acción en el futuro. Si el niño con posterioridad vuelve a sustraer al padre la cantidad indicada, aun siendo idénticos los sujetos, la misma acción del hijo e igual el daño causado, el castigo no será ya de la misma entidad sino muy superior. Traduciendo idealmente a cifras matemáticas la cuantía de las sanciones respectivamente impuestas podría comprobarse que: si el niño realiza una sola sustracción y la pena aplicable representa la cantidad cinco, en el caso de que las sustracciones fueran dos el castigo sumaría ocho (y no diez, que representa la adición de las penas correspondientes a cada sustracción aislada o abstractamente considerada); pero si se apodera de las cinco pesetas, es castigado por ello (con pena igual a cinco) y después, de nuevo, sustrae la misma cantidad, el castigo que merece entonces no es también de cinco, ni de tres para completar el total de ocho como en el caso anterior, sino, por ejemplo, de siete que, sumadas a las cinco precedentes vienen a totalizar doce.

La exactitud de la operación matemática, que juega con cantidades homogéneas, ha sido interferida y perturbada por un elemento extraño (2): la situación del delincuente al poner en existencia semejantes hechos. En realidad, estas acciones reprobables no deben considerarse como abstractas en sí mismas, sino como ligadas de modo indisoluble a la personalidad y a las circunstancias de su autor; autor que, como en el caso examinado, puede ser único, el mismo, pero en el cual, sin embargo, ha variado algo, ha variado la situación. Y ese cambio, que forzosamente habrá de nacer de la primera infracción realizada o de ésta y su posterior castigo, según los casos, tiene fuerza bastante para modificar, en más o en menos, la sanción del hecho criminal subsiguiente objetivamente idéntico al anterior. Y si la sanción varía es porque ha cambiado, según la apreciación social, el disvalor intrínseco del hecho que la motiva o el reproche que el sujeto merece por llevarla a la práctica.

A través de este sencillo procedimiento hemos puesto de relieve ciertos datos de interés: la situación del individuo al realizar el acto influye en la valoración de su conducta antijurídica; la situación de un sujeto,

(2) Tiempo atrás ya dijo con acierto Valdés (Derecho Penal, T. I, Madrid, 1903, p. 279) que «los hechos que se ejecutan sucesivamente, aun cuando son producidos por la voluntad de la misma persona, no deben acumularse mecánicamente, porque la gravedad de todos ellos no corresponde a la suma de la que tendrían aisladamente considerados».

significativa a los efectos de su futura actividad criminal, varía con la simple comisión de un delito; la situación del sujeto cambia igualmente por la producción de un acontecimiento normalmente ajeno y contrario a su voluntad, aunque previsto por su razón: la imposición de un castigo mediante sentencia firme de condena.

Justificación de la, en cierto modo, mitigada penalidad del repetidor de infracciones criminales puede hallarse, pues, indagando sobre la influencia del primer delito en el ánimo del que lo comete y estudiando la dinámica del proceso psicológico del delincuente después de realizar la primera violación penal y antes de cometer las ulteriores. Por regla general, el delincuente queda entonces en una particular situación psicológica en la que se entremezclan el temor de ser descubierto y la satisfacción derivada del objetivo criminal conseguido; pero mientras el temor poco a poco se aminora (como demuestra la comisión de posteriores delitos), los demás factores mantienen su actualidad, poniéndose como otros tantos estímulos para repetir la acción criminal y, en general, para violar de nuevo las normas penales.

Dicho proceso fue ya claramente expuesto por Rocco: "La surgida o acrecentada confianza en la impotencia del Estado para prevenir y quizás para reprimir el delito, que, aumentando la esperanza de la impunidad y disminuyendo el temor de la pena, quita toda ulterior contención y freno psicológico para delinquir; el placer experimentado derivado de la consecución del fin criminal, cuya representación es nuevo motivo para delinquir; la fuerza del hábito que debilita el poder de contención y de inhibición contra los estímulos sensibles opuestos al delito, mientras que aparece, casi como segunda naturaleza, la inclinación y la voluntad delictiva; la corrupción moral que, superadas las últimas barreras de la conciencia ética, salta en el campo de la acción...; son todos ellos efectos psicológicos del delito ya cometido que, operando sobre el ánimo del reo, constituyen en él estímulo e incentivo para delinquir nuevamente y de donde surge el peligro de la reincidencia" (3).

(3) Rocco, «L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale». Torino, 1933, p. 394 ss. En igual sentido Allegra, «Dell'abitudine criminosa», parte speciale, Milán, 1933, afirma que todo delito determina en el ánimo de su autor una modificación psicológica (p. 159, 172) y que, aunque este primer delito no autoriza a establecer la peligrosidad, es la materia, la potencia, el presupuesto para que la habitualidad llegue a constituirse (p. 124 ss.); Dell'Andro, op. cit., p. 133: Una modificación psicológica distingue indudablemente a los ya reos de los otros sujetos... una inclinación psicológica a la ulterior acción ilícita. Existe, en efecto, una tendencia de la psique a la repetición de los actos ya realizados. Con anterioridad ya dijo Valdés, op. cit., p. 280, que: «La voluntad, al iniciarse el camino del crimen, tiene que atropellar respetos y vencer repugnancias, que van aminorándose cada vez más, cuando continúa por aquella senda. Antes de resolverse a cometer un delito, tiene la voluntad que sostener ardua lucha entre las tendencias externas que la impulsan al mal y la voz de la conciencia

Con el primer delito, por tanto, se rompe el freno que sujeta los impulsos criminales y se adquiere la facilidad que proporciona el conocimiento de los medios para realizar nuevas infracciones y burlar a la justicia y, por otra parte, el placer experimentado al cometer el primer delito incita a la recaída (4). Quien ya ha delinquido necesita vencer menos obstáculos opuestos por su conciencia, o si se quiere, por la sociedad a través de su educación, para cometer nuevos delitos; necesita, en consecuencia, menor fuerza de decisión para realizar futuras infracciones, que habrán de considerarse como facilitadas en parte por la primera (5), siendo el reproche conjunto que merece menor hasta cierto punto comparativamente al que resultaría de la suma abstracta y objetiva de las diversas infracciones apreciadas con independencia del sujeto. Si se quiere hablar, como hace una parte de la doctrina, de una inclinación al delito tanto en el caso del mero repetidor criminal como en el reincidente, ambos tipos de inclinación deberían mantenerse bien distintos en el sentido de que en la repetición criminal son las propias acciones delictivas las que determinan o favorecen tal inclinación, mientras que en la reincidencia existiría una inclinación capaz de vencer, en el momento deliberativo del acto ilícito, el contraestímulo actual representado por la sentencia de condena. En todo caso, no sólo debe hablarse de una inclinación más o menos intensa, sino también de una inclinación más o menos reprochable con independencia de su intensidad.

2 — *La sentencia de condena en su aspecto sustancial.*

En la reincidencia, el proceso psicológico meritado queda interrumpido por la presencia de una sentencia firme de condena a cargo del delin-

que le señala el camino del bien. Determinándose a ejecutar el hecho malo, la voluntad aminora libremente sus anteriores energías para el bien... El delito llama al delito».

(4) V. Gianniti, *I reati...* cit., p. 50. Sin embargo el delito no produce siempre una satisfacción al delincuente. En los delitos culposos, por ejemplo, si hay una satisfacción, ésta se resuelve en la propia conducta, pero no en la producción del evento no querido que, por regla general, debe inducir al sujeto a no obrar de nuevo imprudentemente. Aun así, el razonamiento puede ser semejante, ya que el obrar imprudente en la impunidad no sólo no representa siempre un contraestímulo, sino que muchas veces favorece en el individuo su inclinación al descuido. La condena, por el contrario, siempre debe implicar un estímulo a la prudencia en el obrar.

(5) Dice Dell'Andro (op. cit., p. 132): «Al momento de la segunda acción interviene la primera; a la producción de la segunda concurre la primera; y no puede ser de otro modo porque la historia de un sujeto participa en toda acción del mismo. La primera acción es actual, contemporánea a la segunda, en cuanto se considera aquélla no como hecho empírico, sino como revivida, recreada por la subjetividad: recreada no en su realidad espiritual antigua, sino en su realidad espiritual actual. El delito anterior se recrea en su realidad actual por el sujeto a través de las consecuencias que aquél ha producido en él.

cuenta (6). Esta no es sólo documento probatorio de la comisión del delito, fuente de seguridad jurídica o simple requisito formal específico y distintivo de la reincidencia; es, sobre todo, un factor sustancial que confiere a la agravante que estudiamos autonomía y entidad propias. Cuando se afirma que la realización de varios delitos por una misma persona constituye el requisito material de la reincidencia, representando la condena únicamente el requisito formal demostrativo de la comisión de uno o varios delitos precedentes (7), se está confundiendo la reincidencia con la mera repetición criminal, cerrándose el camino a toda posible explicación del tratamiento agravado de aquélla; pues si bien es cierto que la condena prueba la existencia de un delito anterior cometido por el sujeto, ello tanto ocurre si la sentencia es anterior como si es posterior a la realización del delito subsiguiente que hubiera de determinar la reincidencia, condenándose al delincuente en una misma sentencia por la primera y por la segunda de sus infracciones penales.

Un evidente adelanto constituye la posición de aquellos autores que encuentran la justificación del aumento de pena que la reincidencia impone en la “demostrada ineficacia de la condena” (8), pues, aunque en términos generales sea rechazable en cuanto representa la aplicación a la reincidencia ficta de la teoría carrariana (sólo atribuyendo a la expresión “ineficacia” un sentido amplísimo sería legítimo hablar de “demostrada ineficacia de la condena”), intuye —si bien no explica— al menos un aspecto de la cuestión.

Es necesario reconocer que en la reincidencia (precisamente en la reidad) “estamos frente a una personalidad criminal cualificada, a un tipo de delincuente que presenta una nota que lo distingue de cualquier otro: la recaída en el delito tras la precedente condena. El pronunciamiento de tal sentencia tiene en el aspecto psicológico tal valor que induce al legislador a agravar la pena para el ulterior delito perpetrado. ¿Por qué razón?” (9).

La sentencia de condena representa el resultado de un juicio sobre el disvalor que la ley atribuye a un hecho y el reproche dirigido al sujeto por haberlo cometido, con la consecuente aplicación de una sanción penal concreta. El suceso que el delincuente temía: ser descubierto y castigado, se realiza en la condena, que significa también “una advertencia formal

(6) La importancia sustancial de la condena viene resaltada modernamente por Latagliata, op. cit.

(7) Así: Matteotti, *La recidiva*, cit., p. 322; Impallomeni, *Istituzioni di diritto penale*, 1908, p. 154; Miani, *Recidiva, reiterazione e continuazione nei reati*, Nápoles, 1890, p. 41; etc.

(8) De Marsico, *Diritto penale*, 1937, p. 139; Santoro, *Manuale*, cit., V. I., p. 286; Pannain, *Manuale*, cit., p. 732; etc.

(9) Bettiol, *Diritto penale*, cit., p. 529.

que el ordenamiento dirige al culpable en el momento mismo en que lo condena por su precedente delito" (10), y una implícita amenaza de mayor castigo si vuelve a incumplir la obligación, ya directamente recordada, de uniformar la propia conducta a las normas penales; advertencia y amenaza, ahora específicas, dirigidas a una persona determinada; advertencia, amenaza, temor hecho realidad, conocimiento del exacto disvalor de la conducta criminal precedente; en definitiva, experiencia. Todo lo cual constituye un evidente contraestímulo al delito, una verdadera contropinta puesta a la spinta criminal (11).

La sentencia condenatoria se traduce en una importante experiencia de la vida del individuo, una experiencia difícilmente olvidable. Pero se trata, además, de una experiencia penal que el ordenamiento jurídico conoce y sabe que el sujeto con seguridad ha sufrido.

La importancia sustancial de la sentencia de condena firme viene reconocida implícitamente por el derecho español, que sigue el sistema de la reincidencia ficta, admite, aunque limitadamente, la reincidencia internacional y concede al efecto de la sentencia que llamamos "reidad" el carácter de imprescriptible.

3.—*La reidad.*

La doctrina ha destacado, y de cuanto antecede se deduce, la necesidad de individualizar y de estudiar a fondo "el estado subjetivo del reincidente antes de la comisión del segundo delito" (12), ésto es, el estado de "reidad". Al analizar los elementos de la reincidencia observamos como uno de los efectos de la sentencia de condena consiste en colocar al sujeto que la padece en una especial situación psicológica y jurídica llamada reidad. La reidad presenta, por tanto, dos aspectos: uno, el que ahora nos interesa, naturalístico o psicológico; el otro, que se considerará posteriormente, jurídico, derivado del reconocimiento normativo de aquellas notas naturalísticas.

El ya condenado está en una especial situación psicológica a la que el ordenamiento atribuye relevancia jurídica. Dicha situación no se carac-

(10) Latagliata, op. cit., p. 85. También Bouzat (*Traité de Droit penal et de criminologie*, cit., p. 526), afirma que para que exista reincidencia es suficiente que el sujeto haya sido advertido, pero la advertencia debe ser decisiva: dada mediante una sentencia irrevocable.

(11) «El fundamento de esta circunstancia modificativa (la reiteración) consiste en la insensibilidad del delincuente hacia la pena anterior sufrida, así como en el desprecio a la severa admonición contenida en la sentencia condenatoria». S. 15-3-1947.

(12) Guadagno, «La prevenzione in rapporto al problema giuridico della recidiva», en «Foro penale», 1956, p. 447; De Marsico, *Diritto penale*, cit., p. 222; Pannain, *Manuale*, cit., p. 732.

teriza por la inclinación a repetir un hecho delictivo (13), pues si así fuera no se distinguiría la reincidencia de la pura repetición criminal; ni tampoco deriva de un instinto, carácter, tendencia o cualidad del sujeto, ya que la condena no tiene fuerza normalmente para modificar una entera personalidad, y así lo estima nuestro legislador al permitir en un solo delito la concurrencia de varias agravantes por distintas reincidencias, según vimos. El efecto de la condena se personaliza en una experiencia que informa toda conducta penal posterior del reo.

Se ha dicho que "lo que caracteriza la situación del sujeto tras la condena es la responsabilidad moral más intensa, la cual se le toma en cuenta en razón de su directa consciencia del disvalor de determinados comportamientos" (14). Ello, siquiera exacto, no es aún suficiente para justificar en todo caso el aumento de pena que haya de implicar la reincidencia, entre otras cosas, porque el preciso conocimiento del disvalor de la conducta criminal pasada no siempre significa forzosamente el mejor conocimiento del disvalor de la acción que se está a punto de realizar, sobre todo cuando el segundo delito no sea de naturaleza similar a la del primero.

Sabemos que la condena, sustancialmente, representa para el condenado una importante experiencia. Hablando en términos muy amplios, es de presumir que opera sobre él una modificación psicológica; aunque en otro aspecto, en la mayoría de los casos "deja plenamente inalterada su constitución psicológica entendida en sentido naturalístico" (15), o mejor, en sentido estricto. El ya reo ve aumentados sus conocimientos acerca del valor penal de ciertas acciones prohibidas, porque la sentencia firme de condena le hace saber el preciso reproche que merece su conducta delictiva anterior, lo cual le debe implicar en una mayor consciencia de su propia responsabilidad. Resplandece aquí la enorme intuición de esos autores que justificaban la reincidencia sobre la base de una imputabilidad aumentada y de los que aprecian en el reincidente una mayor capacidad para delinquir.

Pero el efecto de la sentencia no es sólo informativo o docente, ni éste de por sí fundamenta en todo caso la agravante; sino, sobre todo, admonitorio. La advertencia, la amenaza implícita, el sufrimiento que la condena supone, significa una experiencia que queda permanentemente en

(13) Como piensa Dell'Andro, *op. cit.*, p. 134.

(14) Latagliata, *op. cit.*, p. 99. No es, por tanto, el elemento naturalístico de la reida la inclinación psicológica del reo a la comisión de nuevos delitos, como piensa Dell'Andro (*op. cit.*, p. 140), porque entonces, como dice Latagliata (*op. cit.*, p. 97), no se distingue esta situación de la del simple repetidor y se olvida la eficacia de la condena.

(15) Latagliata, *op. cit.*, p. 99.

la esfera síquica del sujeto, tornándose presente cada vez que nazcan en él tendencias o impulsos criminales.

La sentencia influye o debe influir, con carácter general y desde el momento de su dictado, sobre las convicciones del agente relacionadas con la Ley penal en dos aspectos distintos correspondientes a los elementos que componen la sentencia misma:

—Como *juicio*, basado en la razón y dirigido a la *razón*, muestra al sujeto la reprochabilidad que su acción merece por haber violado el deber que tenía, y sigue teniendo, de acomodar su conducta a las prescripciones de la Ley y, en concreto, de no cometer el delito específico sobre el que la condena versa; se dirige a la comprensión del individuo para reforzar su sentido del *deber* y de la responsabilidad.

—Como *mandato*, consecuente al juicio lógico, pone en juego la *fuerza*, la coacción, e impone al sujeto una sanción prescindiendo totalmente de su voluntad, no sólo mostrándole sino también haciéndole sufrir en su propia persona el poder punitivo del Estado, ante lo cual ya el reo debe quedar intimidado, debe sentir temor.

Y si no disuade al reo de cometer nuevos delitos el conocimiento exacto y formalmente recordado de su personal deber y la comprensión del preciso disvalor de su conducta anterior y de las que puedan tener un carácter similar, ha de disuadirlo el temor, el miedo a sufrir otra condena.

La reidad se caracteriza, pues, por la presumible y en todo caso obligada situación de inhibición hacia el delito, motivada por el contraestímulo significado en la condena, en que ha de encontrarse el ya condenado. El conocimiento cierto por parte del legislador de las bases provocadoras de este estado de inhibición, por tratarse precisamente de “hechos penales” (la sentencia penal firme de condena), le faculta para dirigir al ya reo un imperativo más fuerte de no delinquir.

4.—*La entidad psicológica del segundo delito. Su significación de reída. Relaciones entre sujeto y acto.*

La Ley, del mismo modo que da relevancia a la representación del futuro (dolo, premeditación), puede conceder relevancia a la representación del pasado. El individuo, que se encuentra en una situación de presumida y presumible inhibición hacia el delito, realiza una nueva infracción criminal, llegando así al final de ese camino que hemos separado en tres momentos distintos: primer delito, condena, segundo delito. Una vez más hay que considerar los elementos, ya individualizados, de la reincidencia: situación de reidad y posterior delito.

Entre el individuo condenado y su conducta sucesiva existe una estrecha relación y, a través del individuo, una clara relación entre el delito actual y la sentencia de condena precedente. Sabemos que la condena se traduce en experiencia y ésta, a su vez, provoca un estado permanente de inhibición hacia determinados comportamientos. Si tal experiencia es importante en sí misma considerada, lo es mucho más, dada la similitud de sus respectivas naturalezas, en relación al delito que se va a cometer y, por ello, se liga necesariamente al momento deliberativo que precede a su realización. El proceso psicológico es evidente: la condena queda, como experiencia sufrida, en ese sector de la mente que llamamos subconsciente; un estímulo indudablemente eficaz para que la conciencia la seleccione entre otros muchos datos mentales haciéndola consciente, haciéndola presente, representándola, en el nuevo impulso criminal, en cada impulso criminal concreto, dada la afinidad entre la vivencia precedente y el estímulo actual, con relación al cual es aquélla valorada en razón de su capacidad inhibitoria. Ese ligamen se realiza, por tanto, a través del recuerdo (16): el ya reo, apenas nacido el impulso criminal, revive el pasado, especialmente el pasado penal. El delito y la condena anteriores son recreadas, colocándose entre los elementos que el sujeto valora (como ventajas o inconvenientes de la propia acción) antes de decidirse a cometer el delito (17).

Si el ya reo, pese al motivo de inhibición implícito en la condena que el recuerdo actualiza, comete otra infracción, ésta se presume especialmente querida, realizada con una notable energía de la voluntad que, en el caso concreto, por alcanzar la finalidad criminal salta por encima del contraestímulo indicado. El impulso criminal (o la conducta imprudente en su caso) no es reprimido por el sujeto cuando, por su conocimiento del disvalor de la acción y por su temor concreto al ordenamiento penal, cuya eficacia ha sentido, debía y podía con más facilidad reprimirlo. El deber de no relinquir, más fuertemente sentido, es también más fuertemente transgredido. Es posible que en el caso concreto el ya reo no se sienta inhibido o haya olvidado la experiencia pasada o no la relacione con el delito que está a punto de cometer, pero ello no es éticamente indiferen-

(16) Sobre el argumento ampliamente: Latagliata, op. cit., especialmente pp. 111 ss. Observa este autor que «el recuerdo de la precedente sentencia penal de condena es el dato sobre el que se apoya el instituto de la reincidencia», y que «el recuerdo se impone con la fuerza de una presencia necesaria que queda en la vida del individuo y contribuye a crear la unidad significativa de los comportamientos particulares que forman la personalidad...».

(17) Afirma Dell'Andro (op. cit., p. 112) que «cada sujeto en el momento en que se decide a la acción está en una particular situación ético-psicológica distinta y diversa de las condiciones en que se encuentran los demás sujetos... influyendo sobre esta condición la vida anterior del individuo; tal vida vuelve así a estar presente en la acción que se está a punto de realizar».

te, pues lo que cuenta realmente hacia el exterior es la posibilidad y obligatoriedad del recuerdo y la idoneidad del contraestímulo.

La reidad se liga así a la estructura psicológica de cada delito concreto e independiente que el sujeto pueda realizar, sin que sea necesario al mismo tiempo considerar al reincidente como un individuo permanentemente inclinado al delito que espera sólo la ocasión propicia para llevarlo a cabo, como un criminal latente revestido de especiales cualidades. La reincidencia sanciona un mínimun, y este mínimun es sólo una multiocasionalidad delincencial.

Con ello nuestra posición difiere notablemente de la mantenida por una gran parte de la doctrina estudiosa del tema, que suele ver en la reincidencia la demostración, indicio, revelación o síntoma de una cualidad, condición, carácter o aptitud especial del sujeto (18). Sin duda, una contemplación del sujeto es imprescindible al examinar la reincidencia, en cuanto la situación de reidad es el presupuesto imprescindible de la misma. En nuestra institución existe un tipo de autor, pero éste no es el reincidente sino el ya reo (19). La reincidencia no es más que recaída, cuyo concepto requiere una situación anterior: ya caído y advertido para que no vuelva a caer. El reproche se dirige al delincuente por el disvalor implícito en cada recaída en sí misma considerada, pero no pueden reprochársele presuntas cualidades demostradas mediante la recaída y preexistentes a la reincidencia como tal, si éstas no intervienen en el delito ni modifican su intrínseco disvalor, aunque con él se pongan de manifiesto. Como alguien ha dicho con exactitud, el derecho penal castiga la maldad del acto, no la maldad de su autor (20), lo que significa, en términos más precisos, que las cualidades del sujeto que deben tomarse en cuenta para el juicio de culpabilidad son sólo aquéllas que efectivamente influyan en el disvalor de la conducta criminal.

La reidad no tiene virtualidad como situación estática de la que el posterior delito sea mero síntoma, sino que funciona dinámicamente incrementando la gravedad de cada delito que el individuo haya de co-

(18) La recaída en el delito tras la condena «demuestra una voluntad persistente en el delinquir»: Antolisei, *Manuale*, cit. p. 520; «Muestra una prepotente e incorregible voluntad antijurídica»; Maggiore, *Diritto penale*, cit. p. 639; «Muestra una voluntad obstinadamente rebelde al imperio de la ley»: Impallomeni, op. cit., p. 282; igual: Zapulli, op. cit., p. 526; Saltelli y Romano di Falco, op. cit., p. 73; demuestra en el agente una mayor proclividad para delinquir: Sabatini, *Istituzioni...*, cit., p. 206; «Demuestra una voluntad persistente en el delinquir, una más acentuada inclinación al delito»: Gucciardi, op. cit., p. 506; es «revelación del carácter personal del reo»: Florián, *Parte generale di diritto penae*, Milán, 1943, p. 987; Ver asimismo los autores relacionados en las notas 28 y 60 del Capítulo I de esta obra.

(19) Dell'Andro, op. cit., p. 96.

(20) Petrocelli, «La pericolosità criminale e la sua posizione giurídica», Padova, 1940, p. 179.

meter. Es por ello correcta la afirmación según la cual el segundo delito cometido por el reincidente (o sea, el delito del ya reo) es objetivamente más grave en cuanto en él se refleja una situación psicológica que no se encuentra en el primer delito cometido por el mismo autor (21). La acción del ya reo porta en sí un intrínseco disvalor. Nuestro mismo derecho positivo viene a reconocerlo implícitamente al considerar autónomamente agravado por la reincidencia cada uno de los delitos que realice el ya reo. Si, por el contrario, el delito fuera simple manifestación de una cualidad preexistente del culpable, demostrando todos los delitos una misma y única cualidad —y admitiendo que una cualidad estática pueda causar un aumento de pena—, una sola vez se debería reaccionar contra ella mediante un incremento de sanción o una sanción independiente, aunque en muchas ocasiones se hubiera demostrado dicha cualidad a través de la comisión de diferentes delitos.

Pero como así no ocurre, todo lo más que podemos admitir es que no se castiga la cualidad manifestada, sino cada manifestación de esa cualidad, con lo que se llega a conclusión semejante a la señalada: no se castiga en el sujeto una cualidad, sino la manifestación reprochable de ella (en el caso de la reincidencia, no una cualidad sino propiamente la especial situación psicológica y jurídica del reo que le impone un mayor deber de no delinquir), es decir, el delito, que ya portaría en sí un específico disvalor (22). No queremos negar con ello que el delito del ya reo, la reincidencia, pueda a menudo demostrar una cualidad subjetiva; pero ésta, si existe, no deberá servir para graduar el disvalor del delito y la medida represiva correspondiente.

En particular, suele decirse que la reincidencia es una manifestación de la mayor inclinación al delito de su autor (23). Pero, aparte de la crítica general que acabamos de hacer, observamos, entre otras cosas, que dicha inclinación existe siempre que se comete un delito, pues en otro caso éste no se habría ejecutado; que sí, salvando los extremos de un determinismo por causas exógenas o por causas endógenas, se admite una inclinación al delito de carácter genérico, de la que cada infracción aislada constituye mero síntoma, ella debiera utilizarse únicamente en un juicio de probabilidad para establecer la peligrosidad del agente; siendo,

(21) Allegra, Dell' abitualità criminale, Parte speciale. Milán, 1933, p. 159.

(22) Es exacta la afirmación de Vannini (Il codice penale... cit., pp. 408 ss.), según el cual, por la reincidencia se agrava «la entidad de la violación jurídica cometida por el culpable».

(23) En ese sentido, entre otros ya citados, ver: Bettiol, «Diritto penale», cit., pp. 530 ss.; Frosali, «Sistema», cit., p. 581; Santucci, «Sulla nozione di recidiva», cit., p. 290; Bellavista, op. cit., p. 27; Gianniti, «I reati», cit. o. 39, noa 2, afirma: que «el concepto de inclinación, siendo más restringido, debe ser usado exclusivamente en relación a los reincidentes». Desde otro punto de vista, también repetidamente Dell'Andro, op. cit.,

como máximo, en el campo de la culpabilidad por el hecho, y en cuanto implicada en el delito mismo, un simple dato susceptible de valoración ética. De donde, antes que hablar de inclinación mayor o menor al delito, cabría referirse a inclinación más o menos justificada, más o menos reprochable y reprobable.

El "hecho" de la reincidencia, junto a otros factores, puede ser síntoma de una cualidad del reo; pero ello ni sucede siempre, ni cuando ocurre justifica en todo caso un aumento de pena ligado al segundo delito del reincidente. La recaída será entonces un elemento más en que apoyar la peligrosidad y prevenir, mediante una medida de seguridad, la probable conducta delictiva futura. La experiencia de la condena no supone la creación de una cualidad, sino que es sólo un contraestímulo que de modo autónomo e independiente se actualiza respecto a cada impulso criminal concreto. Como decíamos antes, el reincidente no es un individuo permanentemente inclinado al delito, que espera sólo la ocasión de realizarlo, ni que desprecie —en frase decimonónica— a la Ley y al Magistrado (al menos de modo constante); puede delinquir impulsado por la ocasión (delincuente multiocasional), pero en cualquier supuesto debe vencer el contraestímulo de su anterior condena.

5.—*Causas secundarias de justificación.*

Para justificar el aumento de pena que la reincidencia implica, han podido entrar en la consideración del legislador, además de la razón esencial referida, diversas causas de carácter secundario e insuficientes por sí solas para fundamentar la agravante en cuestión, bien sea por carecer de entidad suficiente, o bien por falta de generalidad y consecuente referibilidad a todas las hipótesis posibles de reincidencia. Así por ejemplo, la reincidencia puede ser síntoma de peligrosidad, pero ello no ocurre siempre necesariamente.

En el ejemplo del padre que castiga al hijo por su reincidencia, el aumento de sanción derivaba del reproche dirigido al niño por su travesura, la cual, al no considerarse aisladamente sino en relación al sujeto, a la situación (ya advertido) del agente en el momento de realizarla, venía apreciada en su significación de recaída. Pero además, otras motivaciones —incluso más fuertes— rigen la reacción del padre probablemente. Este puede sentir la necesidad de mayor castigo porque intuitivamente comprende que en el niño tal vez exista una predisposición hacia el mal que conviene combatir y corregir; que si no sanciona debidamente al niño, éste se acostumbrará a repetir ese tipo de acción y a desobedecer las órdenes de sus mayores; que el castigo más grave se resolverá, en definitiva,

en algo beneficioso para su hijo y para la sociedad, en cuanto dicho mayor castigo necesariamente posee una función reeducativa que evitará, además, deformaciones morales permanentes. Problema distinto es el de la idoneidad de la sanción concretamente empleada, la determinación del "quantum" del aumento —pues un aumento excesivo puede ser pernicioso—, la conveniencia de variar el tipo de sanción respecto a la primeramente impuesta, etc... Pero todo ello es un tanto marginal a la cuestión que aquí nos ocupa y, por otra parte, las posibilidades de elección serían muy reducidas en nuestro derecho positivo, que posee un limitado número de "tipos" de sanción que, por otra parte, viene específicamente fijada para cada tipo delictivo, de los que la reincidencia es simple circunstancia.

Añadimos a lo anterior que, por regla general, el padre se siente personalmente ofendido, desobedecido, despreciado en su autoridad por la conducta del hijo, y si no siempre es asegurable una cierta dosis de "venganza" en la punición, lo que sí parece indudable es la presencia de una especie de finalidad utilitaria de aseguramiento y defensa: necesidad de reforzar la autoridad paterna, puesta en peligro por la desobediencia del hijo, tanto respecto a éste como respecto a los demás miembros de la familia que pudieran seguir el mal ejemplo.

En resumen, y sin perjuicio de admitir otras, entendemos como causas secundarias concurrentes de justificación de la reincidencia las siguientes: posibilidad de una cualidad subjetiva de predisposición al delito; posibilidad de que en el reo se esté formando un hábito hacia el delito a causa de la repetición de hechos criminales; alarma jurídica; pernicioso ejemplo, menoscabo de la autoridad estatal indispensable para el mantenimiento de una sociedad constituida, y necesidad de reforzar dicha autoridad, tanto respecto al reincidente como respecto a la sociedad. Desde el punto de vista del sujeto activo, no parecería muy erróneo afirmar que el reincidente espera (o desea, si seguimos ciertas orientaciones del psicoanálisis) un castigo especial por su recaída.

Todas estas posibles implicaciones de la reincidencia que acabamos de mencionar, aunque dan lugar a necesidades de tipo preventivo y reeducativo, caben perfectamente dentro del marco de la justa retribución.

6.—*Los diversos tipos de reincidencia.*

El acogimiento en nuestro derecho positivo de dos tipos de reincidencia, reiteración y reincidencia, a las que se atribuyen en cierto modo, distintas gravedades, exige también una explicación en el aspecto sustancial o naturalístico. La distinción entre ambas agravantes no depende, sin

duda, del estado de reidad, que es de carácter genérico —ya que la advertencia derivada de la condena es igual para todos los condenados, variando sólo la materia concreta, en todo caso delictiva, sobre la que recae, y debe presumirse de idéntica eficacia inhibitoria aunque cada uno la pueda sentir de distinto modo (24)—, sino de la naturaleza del segundo delito y de su relación con el precedente, o mejor, con la experiencia que, a través de la condena, produjo; pues a la importancia absoluta de una experiencia debe añadirse su diferente intensidad según el hecho que se esté a punto de realizar. La reidad representa así el elemento fijo de la reincidencia; el segundo delito, el elemento variable, en cuanto expresión del diverso grado de rebelión al ordenamiento jurídico.

Si la experiencia aludida implica un contraestímulo hacia la transgresión de las normas penales en general, representa específicamente un contraestímulo más fuerte hacia la repetición de comportamiento igual o semejante a aquél por el que fue condenado el sujeto. Tal acción, cuando se realice, portaría especial disvalor. En la reincidencia destaca, sobre todo, el significado de las causas secundarias de agravación; es más directo el conocimiento de la reprobación y de la pena que merece el segundo delito, al ser éste de la misma índole que el anterior por el que ya fue condenado; existe mayor peligro de que se forme un hábito criminal; o puede ser índice de una tendencia subjetiva hacia el delito profundamente arraigada; es casi seguro que el culpable recordó la condena anterior, actualizándola en el momento deliberativo que precede a la comisión del segundo delito, etc. (25). En la reiteración, conforme a nuestro derecho positivo, el ligamen entre la primera y las ulteriores infracciones penales, la eficacia inhibitoria de la condena y la posibilidad del recuerdo, existen normalmente; en unos casos con tanta intensidad como en la reincidencia, en otros no tan claramente, y en algún supuesto excepcional, cuando los delitos sean completamente antípodas tanto objetiva como psicológicamente, pueden incluso no subsistir. En la multirreincidencia se intensifica progresivamente el contraestímulo, destaca una obstinada rebelión a la norma, a un determinado precepto legislativo y, en

(24) Desde el punto de vista normativo, entiende Latagliata (op. cit., p. 118 ss.) que la situación de reidad no es el reflejo de un imperativo abstracto y genérico dirigido a todos los individuos que han sufrido una condena penal, sino que se trata de tantos mandatos, singulares e individuales, cuantas sean las condenas, irreductibles, por la particularidad de las situaciones humanas, a un común denominador formal. Entendemos, por el contrario, que la ley ha creado la categoría jurídica subjetiva de la reidad en base a ciertas notas comunes de los individuos ya condenados. El derecho tipifica y valora en sede legislativa sólo esas notas comunes.

(25) «Una insistencia en desobedecer a un particular precepto legislativo, a una determinada regla de conducta y, por tanto, una obstinada, pertinaz revuelta contra el imperativo jurídico penal»: Latagliata, op. cit., p. 132.

muchas ocasiones, una tendencia del reo a cometer un delito concreto. La nueva infracción la realiza no un ya reo, sino un ya reincidente (26).

La experiencia de la condena tiene, pues, una función similar, aunque distinta, en cada uno de los siguientes casos:

—En la reincidencia específica representa un motivo inhibitorio por la exacta conciencia de la antijuricidad del propio hacer y por la representación de la punibilidad concreta. Respondería al mandato legal: por ejemplo, “porque has robado, no vuelvas a robar”.

—En la reiteración, la representación de la antijuricidad y de la punibilidad es abstracta, aunque también más precisa que la del no reo: “porque has delinquido, no vuelvas a delinquir”. Tanto el mandato de no reincidir, como el de no reiterar se basan en una única e idéntica situación de reidad.

—En los delitos culposos el aumento de pena motivado por la reincidencia no deriva tanto de un querer criminal pese a la inhibición, cuanto de un descuido pese a la advertencia específicamente recordada; a un no reprimir la imprudencia pese a la recomendación, a la orden implícita de poner mayor cuidado y atención en la actividad: “porque por tu ligereza has producido daño, no vuelvas a causar daño por imprudencia”.

—Finalmente, no puede afirmarse con seguridad que la mencionada experiencia deba jugar como motivo inhibitorio en todas las hipótesis de reiteración entre un delito doloso y otro culposo.

7.—Reincidencia y habitualidad.

Desde un plano sustancial ya hemos distinguido la reincidencia del concurso material de delitos, con el cual a menudo se ha confundido. La misma necesidad impone diferenciar la institución que examinamos de la otra hipótesis de pluralidad de infracciones criminales realizadas por un mismo individuo, es decir, la habitualidad, con la que también se ha identificado frecuentemente, según se ha visto. Ello, por lo menos, permitirá conceder a la reincidencia la autonomía conceptual que merece.

Es la habitualidad una cualidad del sujeto, nacida de la repetición de acciones criminales, normalmente de índole similar, de la que puede deducirse su mayor o menor peligrosidad, esto es, la probabilidad de que dicho individuo, en la ocasión propicia, con el estímulo externo adecuado, vuelva a realizar acciones criminales. Con la reincidencia tiene en común la unidad del sujeto y el dato empírico de la repetición criminal; y una

(26) Latagliata, op. cit., p. 174.

nota esencial distintiva: la cualidad interna del delincuente (27), que implica una total diversidad de la significación del delito.

Antes de seguir adelante recordemos que una parte de la doctrina considera la reincidencia y la habitualidad como especies de un único género o como categorías delincuenciales sustancialmente afines, apareciendo el reincidente y el habitual como sendos tipos de autor, represivo el primero y preventivo el segundo (28); delincuentes cualificados cuya nota común sería la inclinación al delito, más intensa en la habitualidad, menos intensa en la reincidencia (29). Ello es, por descontado, inaceptable, al menos como criterio distintivo.

Pero incluso partiendo de semejantes conclusiones, aparece como inadmisibile que entre reincidente y habitual exista sólo una diferencia en cuanto al grado de su inclinación; entre otras cosas porque la reincidencia no es el único camino para llegar a la habitualidad, que puede existir sin aquélla; mientras que la reincidencia, en ocasiones, será posterior a la habitualidad, e incluso provocada por ella. La inclinación, si se acepta como base común, habría de asumirse en un significado totalmente distinto para una y otra figura: en la habitualidad prevalece el resultado producido en el agente por la repetición de hechos criminales, o sea, la cualidad subjetiva que da lugar a un tipo preventivo de autor para el que el delito, aun conservando su intrínseco disvalor, representa un episodio más de su vida penal; en la reincidencia, por el contrario, lo importante sería la manifestación indebida de esa inclinación (30).

Lo cierto es que "cuando se ve en la reincidencia una inclinación al delito no se logra nunca dar a esa expresión un contenido exclusivamente naturalístico, sino que se le atribuye siempre un significado moral conexo a una precisa valoración ético-retributiva" (31). La inclinación puede ser más o menos intensa y más o menos reprochable y, a un tiempo reprochable y temible. Pero, no se olvide, el derecho penal represivo no sanciona una situación estática de inclinación criminal, sino, en todo caso, sólo el acto en el que dicha inclinación se sustancia.

(27) Exactamente afirma Cuello Calón, *op. cit.*, p. 582, que el concepto de delincuente habitual requiere: a) comisión de reiterados delitos; b) que el agente posea una tendencia interna y estable a cometer delitos.

(28) Bellavista, *Il delinquente qualificato*, cit., p. 27 ss.; Bettiol, *Diritto penale*, cit., p. 536; etc.

(29) Ver notas 18 y 23 de este Capítulo.

(30) Altavilla, «Lineamenti di diritto criminale», Nápoles, 1932, p. 264, afirma: «para la sicología la diferencia entre reincidente y habitual podría encontrarse en este elemento de deformación psicológica. Para el reincidente el delito queda aún como un episodio causado principalmente por la ocasión; por el hábito el impulso criminal se va convirtiendo poco a poco de origen endógeno. No es ya la ocasión la que pone a prueba los poderes de inhibición del sentido ético, sino la personalidad, cada vez más deformada, que va en busca de ocasiones».

(31) Latagliata, *op. cit.*, p. 107.

Estamos ahora en disposición de entrar por el camino correcto en el examen de la cuestión planteada. La recaída tras la condena, si bien autoriza a aumentar la pena, porque el delito es más grave, no faculta aún para estimar al reincidente como probable autor de futuros delitos (32) ni para presumirle habituado al crimen, para lo que se requiere, además de la persistencia delictiva, una condición personal: la tendencia a delinquir (33). Hasta los autores que se muestran favorables a sustituir el concepto de reincidencia por el de habitualidad reconocen esa diferencia entre ambos institutos (34).

Y es que, en realidad, reincidencia y habitualidad responden a exigencias legales distintas: retributiva y preventiva respectivamente y, por ello, nada impide su concurrencia en un mismo caso; la reincidencia, las múltiples reincidencias, es una de las causas productoras de la habitualidad; la reincidencia puede ser índice de habitualidad ya constituida, o dato idóneo para indagarla; la reincidencia en algunas ocasiones será provocada por la habitualidad anterior del sujeto, pero puede también no ser así. Mientras en el juicio de peligrosidad se establece la probabilidad, en este caso basada en el hábito, de que el sujeto cometa delitos en el futuro, y el delito actual se toma como mero síntoma de esa cualidad (35), como simple dato en que fundamentar el pronóstico, en la reincidencia, como agravante, se parte de la certeza de una mayor culpabilidad —según el juicio adelantado del legislador—, y se liga, y agota, en cada delito concreto. En la reincidencia interesa de modo exclusivo el acto, en cuanto especialmente reprobable; en la habitualidad interesa sólo el sujeto, en cuanto especialmente temible, al que conviene aplicar ciertas medidas de seguridad.

Nacidas de exigencias distintas y basadas en valoraciones diferentes, no es extraño que reincidencia y habitualidad (o peligrosidad en su caso) marchen unas veces unidas —ya que el delito tras la condena, si por una parte es más reprobable, por otra y desde distinto ángulo, puede ser índice o consecuencia de esa cualidad subjetiva que llamamos hábito (36)—,

(32) Es exacta la observación de Allegra (Dell'abitudine criminosa, II, cit., p. 123). Según él sería absurdo razonar así: «Tizio ha cometido un delito, luego es probable que Tizio cometa nuevos delitos».

(33) Cuello Calón, op. cit., p. 581.

(34) Quintano, Comentarios... cit., p. 239: «La habitualidad está generalmente reclusa dentro del cuadro de los reincidentes, pero de esto no se infiere que la reincidencia determine fatalmente la habitualidad...».

(35) S.T.S. 24-2-1967- ...«por depender la peligrosidad social de una persona como propensa a delinquir de su conducta global o estilo de vida... por ello, la fecha más o menos reciente del antecedente penal del procesado por una falta de hurto es tan sólo uno de los varios elementos de juicio que se han tenido en cuenta para la afirmación de la peligrosidad social del hoy recurrente...».

(36) Afirma Petrocelli, Principi... cit., p. 78, que «la reincidencia es una de las condiciones subjetivas en que mejor se puede apreciar la presencia contem-

y otras veces separadas, pero conservando en todo caso cada una su propia autonomía. La diferencia es indudable en nuestro derecho positivo, en donde la reincidencia, como agravante del delito, da lugar a un aumento de pena, y sólo provoca la aplicación de una medida de seguridad cuando en el reincidente sea presumible la habitualidad criminal.

8.—*El aumento de pena para el reincidente.*

No cabe en los límites de este trabajo afrontar el problema del tratamiento que debería ser aplicado a los reincidentes, a los efectos de una eficaz política criminal. Nos limitaremos, pues, a poner de manifiesto algunas de las más importantes cuestiones entre las múltiples que se plantean (37), puesto que, bien mirado, este tema significa "nada menos que estudiar el problema general de la lucha contra el delito" (38), y ello obligaría, de un lado, a "tener presente todas las varias y complejas instancias sociales que reclaman su integral satisfacción: seguridad, posible mejoramiento del reo, reafirmación de la autoridad de la Ley, satisfacción del sentido de justicia" (39); de otro, a examinar los medios de tutela jurídica de que dispone el legislador y, finalmente, a determinar las causas de la reincidencia (40), en general y en el caso concreto, su gravedad y significación según el tiempo transcurrido desde la condena, número de delitos, tipo de reincidencia, etc.

Ya sabemos que la reincidencia, como circunstancia agravante del delito, que imprime a la acción un específico disvalor, ha de motivar, por naturaleza, una medida represiva, un aumento de pena ligado al segundo delito, y así ocurre en nuestro derecho positivo. Todavía, dentro o fuera del marco de la justa retribución, al derecho penal competen ciertas finalidades de tipo preventivo y reeducativo. Sin embargo, la peculiaridad subjetiva de la reincidencia requeriría reglas propias que tuvieran en cuenta en cada caso la presencia de causas secundarias de justificación,

poránea de una razón de mayor gravedad del delito y de una razón de mayor peligrosidad del reo». Naturalmente, esta peligrosidad no puede presumirse con carácter absoluto.

(37) «El problema de su tratamiento consiste en la búsqueda y precisión de las particulares medidas a adoptar para evitar que éste cometa nuevos delitos». Cavallo, «Il trattamento del recidivo» en *Foro penale*, 1956, p. 165 ss. No hay que olvidar, sin embargo que la medida represiva es la fundamental en la reincidencia.

(38) Petrocelli, «Il trattamento dei recidivi e l'oggetto della criminologia» en *La Giustizia penale*, 1955, I, p. 321 ss.

(39) Petrocelli, «Il trattamento» cit., p. 321.

(40) «Establecer el porqué de la recaída responde no sólo a un deber al que no puede sustraerse ningún ordenamiento moderno, sino que, además, representa el único medio para combatir las causas individuales de la criminalidad y eliminar definitivamente el peligro de la recaída»: Guadagno, «La prevenzione in rapporto al problema giuridico della recidiva», en *Foro penale*, 1956, p. 447.

dando juego entonces a la prevención y reeducación dentro de o junto a la retribución. La función de prevención especial puede adquirir aquí verdadera importancia pues, sin ir más lejos, la recaída tras la condena a menudo indica en el sujeto la presencia de particulares aptitudes criminales o la alta probabilidad de que dichas aptitudes se formen por la repetición de hechos delictivos.

“No hay duda, en efecto, de que frente a un condenado el problema de la prevención se ponga en términos notablemente diversos a como se pone frente al ciudadano que no ha delinquido aún. Mientras la prevención “ante delictum” no puede ser actuada eficazmente, sino a costa de limitar la libertad, en el caso del ya condenado la sociedad tiene la posibilidad y el deber de desarrollar una eficaz acción preventiva, no pudiendo dar por agotada su función con la punición del culpable” (41). Naturalmente, siempre que en el caso concreto dicha prevención sea necesaria, que no siempre lo es. Además, el ya reo es un individuo conocido por el derecho, que ha podido estudiar su personalidad, y que al realizar la segunda infracción posee ya una historia penal, todo lo cual facilita su tratamiento, cuando sea preciso, preventivo y reeducativo.

Ello, claro está, con independencia de las medidas de seguridad aplicables, en su caso, a los reincidentes peligrosos y habituales, cosa que no depende tanto de la recaída tras la condena, cuanto de la existencia de determinadas condiciones personales. Bastaría hacer presumir que el sujeto, sin la medida de seguridad, se encaminaría a cometer nuevos delitos.

(41) Pisapia: «Riflessioni in tema di recidiva», en Rivista italiana di diritto e procedura penale, 1961, p. 970.

CAPITULO SEPTIMO

SUMARIO:

II. Funcionamiento normativo de la reincidencia (Consideración normativa): 1.—Naturaleza y función de la reidad: A) Capacidad y cualificación jurídica subjetiva; B) La categoría jurídica subjetiva de la reidad. La situación del ya reo. 2.—El intrínseco disvalor del segundo delito. 3.—La teoría del mandato normativo concreto. La norma que prevé la reincidencia como norma abstracta pero concretizante en sentido subjetivo.

II

FUNCIONAMIENTO NORMATIVO DE LA REINCIDENCIA

Justificada la reincidencia en el aspecto naturalístico, resultará más fácil comprender su funcionamiento en el campo del Derecho penal y el modo en que éste le atribuye relevancia jurídica. A tal fin se insistirá en el estudio de los elementos de la reincidencia, intentando precisar la posición jurídica del ya condenado, el significado de la situación de reidad dentro de la teoría normativa y el específico disvalor que existe en el delito del ya reo, esto es, en la reincidencia. Ya desde el principio se ofrecen tres interrogantes correspondientes a otras tantas facetas de la cuestión, a saber:

—En relación al sujeto: si el reincidente, o, con más precisión, el ya reo, es un delincuente jurídicamente diverso del delincuente primario.

—En relación al hecho: si el delito cometido por el ya reo (que determina la reincidencia) se diferencia del realizado por el delincuente primario, aun cuando sean idénticos el comportamiento externo y el evento producido.

—En relación a la norma: si la norma que prohíbe la comisión de un delito al ya reo es distinta o idéntica a la que prohíbe la comisión de un delito al debutante criminal, apareciendo en el primer caso la reinciden-

cia como el reflejo de un particular imperativo resultante de la valoración legal de un diverso grado de desobediencia a los preceptos penales (1).

1.—Naturaleza y función de la reidad

A) Capacidad y cualificación jurídica subjetiva.

Antes de entrar en la materia es de justicia constatar la profunda intuición que subyace en las teorías que consideran la reincidencia como agravante de la imputabilidad y, sobre todo, en aquellas que la entienden como una cualificación jurídica subjetiva referente a la mayor capacidad para delinquir del sujeto (interpretando correctamente este término), sin negar, al mismo tiempo, que el hecho delictivo del reincidente sea intrínsecamente más grave que el del delincuente primario (2). Pese a que incluso las más perfectas de estas teorías confunden la posición del reincidente con la del ya reo, dan prevalencia al sujeto sobre el acto y resultan en definitiva incompletas, son, sin embargo, utilísimas para comprender el significado de la reidad.

Cada individuo es distinto de los demás. Ningún acto es desligable de su autor. La significación de un acto respecto a un determinado orden de valores no puede señalarse con exactitud de no contemplarse conjuntamente el comportamiento externo, el hecho y el ente individual que lo ha producido. Un delito no es sólo la producción de un evento penalmente tipificado, ni siquiera la producción de un evento por una subjetividad reconocida por el derecho como abstractamente capaz (imputable) para delinquir, sino una acción concreta, inseparable de su autor, que por las características personales de éste, se considera como punible. El derecho penal moderno, que tiende a la justa retribución del autor conforme al disvalor del delito realizado, no debe olvidar que el delito no es únicamente un acontecimiento contrario a la Ley penal, sino, sobre todo, una acción humana inescindible de la individualidad que la ha realizado, muchas de cuyas notas subjetivas revierten en el hecho dotándolo de especial matiz.

Un conjunto de notas subjetivas: caracteres psicológicos, morales, físicos, etc.; un condicionamiento histórico-ambiental: momento histórico, posición social, económica, cultural, etc., distingue a cada individuo de

(1) Para la mejor comprensión de este Capítulo, e incluso para ampliar su contenido en algunos puntos, recomendamos la lectura de la obra de Dell'Andro «La recidiva nella teoria della norma penale», ya citada.

(2) Véanse los epígrafes correspondientes del Capítulo I. Más adelante insistiremos sobre el tema.

los demás. Ello no obsta para que una o varias notas subjetivas concurren en más de un individuo, en cuyo caso todos ellos compondrán un mismo grupo cuando se adopte como punto de contemplación —siempre parcial— esa faceta en la que coinciden; así, podemos hablar, por ejemplo, de los contemporáneos, los médicos, los españoles, etc., sin cerrar el camino a ulteriores especificaciones, ni, por supuesto, que cada individuo, integralmente considerado, con el resto de las condiciones personales que le son propias, difiera de todos los demás. En abstracto, esas notas subjetivas son innumerables, como innumerables son sus posibles combinaciones para componer personalidades, subjetividades, entidades individuales o como quiera llamárseles. En concreto, cada individuo en el momento de cometer un delito se halla en una posición integral diferente a la de los demás. La Ley es igual para todos, pero, ¿debemos ser todos iguales para la Ley?

Por otra parte, el Derecho penal describe una serie de conductas que estima dañosas o peligrosas para determinados bienes jurídicos necesitados y merecedores de la más enérgica tutela; tipifica como delitos algunas acciones humanas, que implícitamente prohíbe, estableciendo, para el caso de que se realicen, una consecuencia jurídica o sanción. Estas conductas están en las respectivas normas incriminatorias descritas sólo en su aspecto objetivo, con independencia, generalmente, de la entidad subjetiva que las realiza. Sin embargo, siendo la finalidad primordial del Derecho penal la retribución justa por el delito cometido, no puede desligar, más que de modo instrumental, al sujeto de su acción; antes al contrario, ha de valorar la acción también en su componente subjetivo y, en concreto, la significación que confieren al acto aquellas notas individuales que en el acto mismo se transfunden.

Así como la Ley valora y cualifica ciertas conductas y ciertos resultados, puede calificar, dotándolas de eficacia jurídica, determinadas condiciones subjetivas que se estimen relevantes respecto a dichas conductas. De este modo, tomará, de entre las innumerables notas subjetivas posibles, algunas de ellas, imprimiéndoles tal eficacia (3). Para ello se requiere fundamentalmente un punto de vista normativo específico que defina las notas eficaces y las agrupe en una unidad jurídica concordante a la finalidad propuesta; y que esta finalidad sea justificable en sí misma y en relación a la entidad de las notas subjetivas calificadas.

(3) En igual sentido Dell'Andro, *op. cit.*, p. 112. Precisa también este autor que, resultando las condiciones subjetivas de una unificación científica, pueden darse en un mismo individuo; diversas condiciones subjetivas típicas; según los diversos puntos de vista desde los cuales la totalitaria condición del individuo singular sea mirada por el ordenamiento o por la ciencia jurídica.

El conjunto de notas naturalísticas de un individuo respecto a una actividad o varias posibles actividades, da lugar al concepto de capacidad, que aparece así como la potencia o aptitud para realizar, con determinada significación, una o más acciones, resultante de la combinación de notas individuales relevantes en dicha acción o acciones. La capacidad, como potencia, es una cualidad estática anterior al acto. Sin embargo, para su determinación científica no puede prescindirse del hecho o hechos a los que haya de referirse, porque en ellos se encuentran las características necesarias de semejante capacidad. Esta, por tanto, no es abstracta, sino siempre concreta, relativa a actuación o actuaciones determinadas. No todas las características del sujeto componen su capacidad, sino sólo aquellas que tienen o habrán de tener efectiva virtualidad como potencia del hecho o de cada uno de los hechos que integran el grupo hipotetizado. El objeto de la capacidad se integra en su concepto: se tiene capacidad para algo, y ese algo con un significado previsto.

Queda claro que de capacidad puede hablarse en dos sentidos: en sentido genérico, como la aptitud individual necesaria para llegar a ser autor de cualquiera de los hechos componentes de un determinado grupo con la significación que en él asumen o que a dicho grupo se atribuye, sin que se defina entonces a un autor, sino a un ente que reúne las condiciones mínimas para poder llegar a ser autor, es decir, una condición mínima común y, por tanto, generalmente amplia; en sentido específico, como potencia efectiva de un sujeto determinado, que variará en cada individuo y respecto a cada hecho concreto. En el primer caso, la capacidad aparece como una posibilidad; en el segundo, como una realidad, pues sólo es factible su determinación contemplando el caso ya ocurrido. Entre ambos extremos existen infinidad de puntos intermedios, algunos de ellos de extraordinario interés para el legislador, en cuanto le permiten individualizar ciertas figuras jurídicas (ejemplo: la cualidad de funcionario para integrar el tipo de algunos delitos) y delimitar mayormente, ya desde su plano legislativo —es decir, sin que la norma pierda sus caracteres de generalidad y abstracción—, las consecuencias del hecho (ejemplo: parentesco, reincidencia, etc).

En derecho penal la capacidad en sentido genérico recibe el nombre de "imputabilidad". Es ésta la más amplia y primaria de las calificaciones jurídicas subjetivas y con ella comienza la subjetividad penal en sentido represivo (en esta determinada significación). Es amplia en su cobertura subjetiva, en cuanto mínimas las notas subjetivas calificadas; es total en su cobertura objetiva: todos los hechos que componen el grupo, todos los delitos y faltas. La imputabilidad es la aptitud (mínima indis-

pensable) para que a un sujeto le puedan ser atribuidas sus conductas delictivas como susceptibles de pena. La base natural (notas subjetivas) jurídicamente cualificada, estriba en la madurez síquica (en sentido negativo: números 2 y 3 del artículo 8.º C.p.) y sanidad mental (también a senso contrario: número 1, el enajenado, del artículo 8.º C.p.) (4).

En sentido específico, es decir, como aptitud de un individuo determinado, nacida de la combinación de varias de las notas subjetivas que le son propias, para realizar un delito concreto (delito como caso de la vida en su consideración integral), recibe la capacidad —al menos en la doctrina y legislación italiana, que expresamente se ha ocupado de la materia— el nombre de “capacidad para delinquir” (5). El artículo 133 del Código penal italiano recoge una serie de condiciones subjetivas que el Juez deberá tener en cuenta para aplicar la pena (6). Naturalmente, la individualización de esos datos personales y su significado en el delito solo puede realizarse a la vista del caso concreto. La capacidad para delinquir sirve para conferir al delito su real disvalor por haber sido realizado precisamente por su autor, por esa humanidad que al momento de cometerlo poseía determinadas condiciones y se hallaba en determinadas situaciones que nos dicen el grado de desobediencia a la norma y de violación de la misma, la gravedad específica de la transgresión y, por tanto, la pena concreta que, como justa retribución, corresponde aplicar (7).

La cualificación jurídica subjetiva de la imputabilidad señala el comienzo de la personalidad penal. Pero el imputable es únicamente una posibilidad; el autor concreto no es sólo imputable, sino un hombre con todas sus cualidades y características, una realidad humana y no una abstracción científica. Por encima de las condiciones mínimas que forman la imputabilidad existen innumerables notas subjetivas distintas en cada individuo y de diferente significado para cada delito. Varían las características que componen la humanidad de cada persona; varían, respecto a cada hecho concreto, las notas relevantes que integran su capacidad efectiva.

A la Ley le es imposible preveer todas las situaciones en que pueda

(4) Distinta, más amplia y formalista es la llamada «capacidad procesal penal», para la que basta una apariencia de imputabilidad. Precisamente uno de los puntos que habrá de decidir el juez es si esa apariencia corresponde o no a la realidad. Este concepto puramente convencional de capacidad no nos interesa ahora.

(5) Véase el epígrafe correspondiente del Capítulo I.

(6) Véase nota 56 del Capítulo I.

(7) La función de la capacidad para delinquir es la de «dar al Juez los elementos indispensables para determinar el grado de rebelión al derecho expresado en el delito y en la personalidad de su autor», Ranieri, Manual cit., p. 252 ss; p. 508 ss. Id. «Colpevolezza e personalità del reo...», cit.

hallarse cada individuo y el significado penal de la posición del delincuente al cometer el delito concreto y, por tanto, predeterminar la categoría real del acto; al legislador no le sería factible valorar absolutamente en su composición, por así decir, subjetiva, las conductas que ya ha valorado (como constitutivas de delito) en su composición objetiva. La entidad subjetiva del hecho sólo es apreciable caso por caso. Por ello, es el Juez quien, en definitiva, señala la pena —dentro de los márgenes legales prefijados— que el delincuente merece en razón a la gravedad del delito cometido (8).

Hay que aclarar, para evitar falsas interpretaciones, que el derecho penal represivo no sanciona características subjetivas en sí mismas, en su estática realidad consideradas, ni tampoco un carácter o una personalidad, sino únicamente el hecho delictivo, cuya gravedad específica variará en atención a las notas subjetivas que dinámicamente han entrado en su composición haciéndolo distinto de cualquier otro incluso aunque aparezca idéntico en el aspecto objetivo o en la materialidad de la conducta externa. No todas las características del individuo se transfunden o entran en la composición de su delito, sino sólo algunas: aquellas que efectivamente matizan el acto en su aspecto penal. De tal suerte, una misma cualidad personal puede tener virtualidad respecto a una infracción criminal y no tenerla respecto a otra, realizadas ambas por un único sujeto; y un individuo poseer cierta condición penalmente relevante al cometer un delito y no tenerla en el momento de realizar otro, incluso si objetivamente idéntico.

Aun cuando sólo el Juez, en presencia del caso concreto, puede valorar íntegramente, a efectos represivos, el delito realizado, ya en sede legislativa es posible, sin embargo, aislar por abstracción alguna o varias notas subjetivas, valorarlas, tipificarlas, cualificarlas atribuyéndoles determinada eficacia en relación a un hecho o grupo de hechos objetivamente descritos, sustrayéndolas así —cuando concurren en el hecho— de la estimación propia del Juez, sin perjuicio de que éste valore, como necesariamente ha de hacer, las demás características no cualificadas que integren el componente subjetivo del delito que haya de enjuiciar.

Esto es, precisamente, lo que ocurre con la cualificación de notas naturalísticas subjetivas que dan lugar a la imputabilidad, según hemos visto, aunque tal institución tiene distinto significado que las restantes cualifi-

(8) Observa exactamente Petrocelli, «La funzione della pena» en *Scritti giuridici in memoria di E. Massari*, Nápoles, 1938, p. 187, que las más importantes características subjetivas del delincuente son siempre tomadas en consideración por el juez, aun intuitivamente, para establecer la significación del delito y determinar en concreto la pena.

caciones subjetivas, ya que no se refiere a la valoración del delito sino a su abstracta posibilidad y funciona, por tanto, como presupuesto subjetivo del mismo. Entre la imputabilidad —simple aptitud— y el delito realizado —acción humana, realidad concreta— hay un mundo de posibilidades subjetivas. Si la ley es capaz de establecer el significado de ciertas condiciones personales, jamás podría hipotetizar todas las notas subjetivas y sus innumerables combinaciones ni prever el disvalor concreto de un delito o de cada delito que se lleva a la práctica. Por eso el legislador fija esquemas de conductas y márgenes de pena y deja al Juez, en su labor integradora, la determinación de la gravedad del hecho y de la pena específica aplicable (9).

A lo más que llega el legislador en su universo de previsiones es a considerar algunas notas subjetivas que pueden integrar el componente subjetivo de uno o algunos delitos. Es curioso el sentido de estas cualificaciones respecto a la necesaria interdependencia de las funciones legislativa y judicial. Una exigencia de seguridad y una evidente desconfianza inducen al legislador a tipificar no sólo las conductas merecedoras de pena, sino también, y en la mayor parte posible, las características subjetivas que tienen relevancia en la acción; pero como éstas son innumerables, se combinan de distinto modo en cada individuo y juegan diversamente según el tipo de delito, se ha de limitar a establecer, generalizando por vía de abstracción, el valor de aquellas notas subjetivas que hayan de operar forzosamente y con una significación constante e indudable en todas y cada una de las infracciones criminales concretas, y cualquiera que sea el sujeto que las realice, que puedan integrarse en uno o varios tipos penales objetivos. De otro modo sería injusto atribuirles la nota de generalidad propia de las normas jurídicas, y habría que dejar al Juez su apreciación en cada supuesto concreto, como ocurre con las demás notas subjetivas relevantes. En sentido inverso, una exigencia de justicia, la necesidad de perseguir una retribución adecuada, hace imprescindible la labor del Juez, pues la ley, como hemos dicho, es incapaz de fijar anticipadamente el significado de todos los delitos integrables en los diferentes tipos penales.

Aun pecando de reiterativos debemos insistir en algunos puntos equívocos susceptibles de inducir a error:

Las notas subjetivas que entran en la composición de un delito pueden ser apreciadas en dos momentos distintos: antes de la acción criminal, al objeto de aislar algunas de ellas de significación constante en uno o más delitos (dichas notas, aunque se señalan en su estática existencia no ope-

(9) Como dice Bettiol, *Diritto Penale*, Palermo, 1945, p. 508, no existe pena que pueda ser rígida y absolutamente predeterminada en sede legislativa.

ran en cuanto tales, ya que el derecho no sanciona condiciones personales, sino en cuanto se incluyen dinámicamente en el hecho futuro, unas veces haciendo posible una punibilidad, otras graduando una gravedad); después del hecho, para determinar su entidad penal concreta. La capacidad, conjunto de notas subjetivas, aun siendo anterior a cualquier actividad, no puede determinarse en abstracto, sino en relación a uno o varios hechos, ya realizados —para establecer la capacidad específica—, o bien hipotetizados como ya existentes —para establecer la capacidad genérica— o para aislar algunas condiciones naturalísticas a fin de dotarlas de eficacia jurídica en relación a esos hechos hipotetizados, esto es, para realizar una cualificación jurídica subjetiva.

Si estas notas aparecen normativamente como condiciones estáticas, ello sólo se debe a la necesidad legislativa de fijar en momentos diversos, puntos de una realidad dinámica en la cual las condiciones subjetivas se transfunden en el acto. En la capacidad no se comprenden todas las características del sujeto, sino sólo aquellas que forman (o habrán de formar) parte del delito (10). Cuando se trata de cualificar notas subjetivas en relación a hechos futuros, cuanto mayor sea la cobertura de hechos a que dichas notas han de referirse y más constante y esencial la significación que hayan de tener respecto a todos los componentes de ese amplio grupo, más generalidad habrá de tener la cualificación (así, la imputabilidad, cualificación relativa a todos los delitos y con la importancia de requisito indispensable de cualquiera de ellos, implica una capacidad mínima y, por tanto, goza de la mayor generalidad).

Decíamos que sólo algunas notas subjetivas (las que reúnan las condiciones que después se verán) son susceptibles de cualificación. Las distintas capacidades pueden estar integradas por notas cualificadas y por notas no cualificadas. Las cualificaciones, que vendrían a ser “el resultado de un juicio fundado sobre la existencia de condiciones de hechos estáticamente consideradas” (11), pueden revestir distintas formas y tener distintos significados. Además, siendo diferentes y derivadas de puntos de vista diversos, suelen ser compatibles entre sí, concurriendo a veces varias en un mismo sujeto y, a través de él, en un único delito.

Rápidamente y a modo de ejemplo, distinguimos, dentro de las condiciones subjetivas cualificadas, entre:

—Cualificaciones generales (referentes a todos los tipos delictivos), intermedias (relativas a un grupo amplio de infracciones) y particulares o

(10) Hay cualidades subjetivas que el individuo lleva al delito y que pueden, por tanto, modificar éste, pero hay otras que, inherentes a la persona del reo, no se expresan directamente: Santoro, *Le circostanze*, cit., p. 54.

(11) Dell'Andro, op. cit., p. 139.

concretas (relevantes para un pequeño número de delitos o para uno solo).

—Determinadas (en su contenido y efectos) e indeterminadas (cuando sólo se ordene al Juez genéricamente tenerlas en cuenta pero sin imponerle el sentido y alcance que han de dar a la valoración: ej. art. 61-4.º C.p.).

—Condicionantes y graduatorias, según constituyan requisito o presupuesto esencial del delito (o delitos), sin el cual el hecho no sería delictivo o no integraría ese tipo penal, sino otro, o sólo sirvan para graduar, en cierto modo, y hasta donde es posible en el ámbito legislativo, la entidad subjetiva de un hecho criminal, que no perdería su carácter delictivo sin la concurrencia de dicha cualificación (ej.: la imputabilidad es presupuesto indispensable del delito como hecho punible; la cualidad de funcionario público es requisito preciso para que determinados hechos integren unos tipos penales y no otros; la condición de casado es imprescindible en la bigamia, etc.); los efectos de la condena penal firme sólo tienen (salvo algún caso ya estudiado) efectos graduatorios de la responsabilidad).

Aunque implícitamente se haya dicho, hay que destacar ahora los requisitos necesarios para realizar una cualificación de caracteres naturalísticos o, en otro sentido, qué condiciones debe poseer una nota o grupo de notas subjetivas para poder ser jurídicamente cualificadas. En el primer aspecto se precisa un punto de vista normativo que, conforme a una finalidad determinada, defina y aísle las notas eficaces agrupándolas como institución unitaria y autónoma; que dicha finalidad sea justificable en sí misma y en relación a las notas cualificadas; que al legislador sea indudable la significación constante y general de tales notas subjetivas en todas las hipótesis imaginables de delitos que puedan integrar los tipos penales objetivos respecto a los cuales se les concede relevancia. En el segundo aspecto, las notas subjetivas susceptibles de cualificación son sólo aquellas que, aparte de poseer una cierta entidad, operen forzosamente, antes lógica que jurídicamente, de modo dinámico y con significación constante e indudable en todas y cada una de las innumerables acciones delictivas integrables en el tipo o tipos legales a los que se refiere la cualificación.

Mediante las cualificaciones jurídicas subjetivas surgen las llamadas "categorías jurídicas subjetivas" (cuya existencia es evidente en otras ramas del derecho: ej., categorías laborales) comprensivas de todos los individuos que reúnen, respectivamente las condiciones cualificadas. Por supuesto, la pertenencia de un sujeto a una categoría no excluye la posibilidad de que esté incurso o pueda ser incluido en otras categorías derivadas de distinto punto de vista.

B) *La categoría jurídico-subjetiva de la reidad. La situación del ya reo.*

La reidad es una categoría jurídica subjetiva en la que se integran aquellos individuos que reúnen ciertas características subjetivamente cualificadas: precedente sentencia irrevocable de condena por delito. La Ley se limita a cualificar el hecho objetivo: la condena, al cual dota de relevancia respecto a posibles delitos futuros a cargo del mismo individuo. La eficacia atribuida es, pues, amplia en su cobertura: todos los delitos, cualquier delito.

Pero la Ley realiza esa cualificación porque conoce, o al menos intuye, cómo juega ese simple dato natural de la condena sobre el ánimo del que la padece y su actualización, a través del propio sujeto, en el delito que después haya de realizar; comprende, en definitiva, el proceso, natural y jurídicamente dinámico, por el que esa condición revierte en el delito, cualquiera que éste sea, que el condenado pueda cometer con posterioridad. La esencia de la situación de reidad no es, en consecuencia, el dato empírico de la condena, sino el efecto subjetivo de la misma; de ahí que la situación desaparezca para el Derecho cuando por cualquier causa se extinga el efecto de la condena, pese a que la condena misma siga subsistiendo. La situación del ya reo, según se vio al estudiarla en su aspecto naturalístico, es de debida inhibición hacia el delito en general, y hacia la comisión de delitos de la misma especie que aquel que provocó la condena, en particular. La situación de reidad no impide la pertenencia del mismo individuo a otras categorías derivadas de puntos de vista jurídicos distintos ni impide al Juez considerar las restantes notas subjetivas atípicas o no cualificadas relevantes para establecer el grado concreto de violación de la norma o de violación del deber implicado en el delito.

También en la reidad funciona la Ley del modo indicado. Partiendo de la base de una categoría de hechos (todos los delitos), se aislan algunas notas naturales de carácter subjetivo significativas respecto a todos ellos (los efectos psicológicos de la sentencia penal de condena), creando una situación jurídica (para los individuos que reúnan esas condiciones cualificadas) operante en relación al futuro delito, al cual, previsto como si ya se hubiese realizado por un individuo en semejante situación, se asigna un especial disvalor. La función de la reidad, en sentido normativo, es la de cualificar, haciendo más intenso, el mandato jurídico de no delinquir y de no cometer cada delito en particular o, como dice Dell'Andro con su peculiar terminología, la "de permitir a la norma concreta ponerse autónomamente" (12).

(12) Dell'Andro, op. cit., p. 116.

Y no cabe pensar que “la situación de reidad no es el resultado de un imperativo abstracto y genérico dirigido a todos los individuos que han sufrido una condena penal..., sino tantos imperativos singulares y particulares cuantas son las condenas, irreductibles, por la particularidad de las situaciones humanas, a un común denominador formal”, (13), porque si bien la situación de cada individuo al momento de cometer el delito es diferente, sea o no ya reo, desde el punto de vista específico determinante de la reidad, la situación de todos los ya reos es idéntica frente a los valores penalmente protegidos, sin perjuicio de que por las demás notas subjetivas, incluso derivadas de la condena pero no acogidas en la cualificación, el Juez señale el siempre distinto disvalor concreto de cada acción criminal. Todo lo cual no obsta a que la situación de cada reincidente (no de cada ya reo) sea distinta: el mandato legal de no recaer es abstracto y genérico, aparte de ser doble (no recaer en el delito y no recaer en delito de la misma especie); el grado de desobediencia al mandato, sólo determinable tras la comisión del segundo delito, es concreto y siempre variable. Desde el punto de vista del sujeto, la función de la reidad es la de prever, valorar y cualificar el deber más intenso de no violar las normas penales que corresponde a los individuos integrados en esa categoría en razón de su situación psicológica y jurídica, dejando a salvo la ulterior determinación de la intensidad específica de dicho deber a la vista del delito realizado. Respecto al delito futuro la reidad funciona como un comienzo de valoración de su gravedad concreta, que se objetiva en forma de circunstancia agravante.

El primero de estos aspectos de la función de la reidad será estudiado en el epígrafe relativo a la llamada “norma concreta”; el tercero, en el que trata de la gravedad del delito cometido por el ya reo; el segundo se examina a continuación.

Sabemos ya que los efectos penales de la condena, entre los que se encuentra la reidad, “constituyen al condenado en un estado jurídico personal... que lo coloca en una situación de inferioridad respecto a los demás sujetos en relación a un hecho eventual y futuro cual es la comisión de un nuevo delito por parte del mismo condenado” (14). El ya reo, en cuanto poseedor de notas calificadas como eficaces respecto a una posible actuación futura (la comisión de un delito), puede decirse delincuente cualificado “por un plus relevante a los fines del derecho que los otros delincuentes (o mejor: posibles delincuentes) no poseen” (15).

(13) Latagliata, *op. cit.*, p. 119.

(14) Pannain. «Le incapacità giuridiche quali effetti —penali o non— delle sentenze penali». Nápoles, 1938, p. 9.

(15) Bellavista, *op. cit.*, p. 11, aunque la observación la refiere este autor al

Se ha observado que (16) “la persona que es investida de una cierta cualificación, se encuentra ser destinataria de normas que no se dirigen a los demás sujetos... La cualificación jurídica subjetiva imprime a las personas que son investidas por ella una condición que las distingue de las otras, precisamente en cuanto destinatarias de normas jurídicas que a los otros no se dirigen” (17). Sin perjuicio de insistir sobre el tema al estudiar la teoría del mandato normativo concreto, cabe preguntarse cuál sea el contenido preceptivo de esa norma o conjunto de normas que se dirigen con exclusividad al ya reo. Con facilidad deducimos que dicha norma específica sólo puede ser aquella que prevee, prohíbe y sanciona la reincidencia, es decir, la comisión de un delito por el ya reo. En otras palabras, la norma que se dirige al ya reo tiene idéntico contenido que la que se dirige al delincuente primario, pues en ambos casos es igual el objeto de la prohibición: la realización de un hecho constitutivo de delito. Varía, no obstante, la sanción, y ello induce a pensar que si no cambia el contenido del precepto, cambia, sin embargo, el precepto mismo, la fuerza preceptiva de la norma, la intensidad del imperativo que ordene al ya reo no cometer delito y no cometer cada delito en particular.

Al ya reo, tanto por su situación naturalística cuanto por su posición jurídica corresponde un deber especial y más fuerte de no violar las normas penales. Resulta muy interesante la cuestión planteada penetrantemente por Dell'Andro de si “el deber de no cometer un delito sea jurídicamente la misma cosa que el deber de no recaer en un delito” (18) y que, como es evidente, viene a ser idéntico al problema que contemplábamos respecto a la norma, referido ahora al sujeto, o, mejor, desde el punto de vista del reflejo subjetivo de la norma. También aquí el objeto del deber, el objeto prohibido, es el mismo: no cometer delitos, pero —y hay que insistir en la importancia del autor aun cuando se contemple el hecho delictivo, del que aquél no puede ser más que instrumentalmente desligado— el deber en sí mismo (no el objeto del deber) es más fuerte en el ya reo.

Las características subjetivas imponen deberes siempre diferentes en atención y actuaciones concretas (ej.: si todos tenemos obligación de socorrer a un herido grave abandonado, mayor sería la obligación de una persona encargada precisamente de tal función, aun cuando la acción obligada: socorrer, sea la misma). “No hay duda de que algunas personas tie-

reincidente, no al ya reo, confundiendo, como la mayor parte de la doctrina, ambas posiciones.

(16) En términos generales, pero con perfecta aplicabilidad al caso que estudiamos.

(17) Perassi, Corso di istituzioni di diritto pubblico. Nápoles, p. 41, 1921.

(18) Dell'Andro, op. cit., p. 112.

nen deberes más fuertes que las demás, y en proporción a tales deberes, cuando los violen, deber ser más severamente castigadas" (19). Es clara, pues, e impecable, la respuesta de Dell'Andro a la pregunta por él mismo planteada: "La obligación del ya reo no es la misma obligación que la del genéricamente capaz en cuanto a voluntad obligante y en cuanto a vínculo pasivo, aun pudiendo ser igual por contenido objetivo" (20).

El ya reo es un delincuente cualificado porque posee notas subjetivas —derivadas de la precedente condena— cualificadas, que lo colocan en una especial situación y le implican en un especial deber. En tal sentido cabe destacar la parte de verdad que entrañan aquellas posturas que encuentran en la reincidencia un tipo de autor (21) (aunque casi siempre confunden los términos atribuyendo dicha cualidad al reincidente y no al ya reo), con tal que ese concepto se entienda como resultado de una hipótesis legal basada en caracteres psicológicos reales, de modo que todo tipo normativo sea primordialmente y al mismo tiempo un tipo criminológico. Por lo demás, no creemos necesario ni útil hacer uso de las llamadas teorías del *Tätertyp*, cuya imprecisión y oscuridad sólo servirían para complicar el tema, puesto que la misma fecundidad que quizá pudiera obtenerse partiendo de un planteamiento correcto de dichas teorías (22) se ha conseguido con creces y con menos riesgo de desviación mediante el examen de las cualificaciones jurídicas subjetivas y, especialmente, de la categoría jurídica subjetiva de la reidad.

(19) Nicolini. *Le questioni di diritto*, II, 1870, p. 602.

(20) Dell'Andro, *op. cit.*, p. 119).

(21) Ranieri, *op. cit.*, p. 446, Bellavista, p. 27, Bettiol, p. 527, etc.

(22) Así formula Dell'Andro (*op. cit.*, p. 89 a 96) la teoría del tipo de autor conforme a la doctrina alemana (Wolf, Dahm, Mezger, Bekker, etc.) e italiana (Bettiol): Aunque el agente haya realizado todos los extremos del tipo penal, no debe ser castigado si por los motivos que le han inducido a obrar y por los cuales no era exigible un comportamiento diverso, no responde al tipo de autor que como «sombra» o «alma» del tipo normativo vive en la norma que aquel tipo prevé o castiga. El tipo de autor se refiere a la norma (Mezger) y no a la sana conciencia del pueblo (Dahm) y debe fundarse sobre un tipo psicológico (Bockelmann). La teoría nace para combatir la abstracción de una acción separada de su autor y para reafirmar aquella como manifestación de una espiritualidad, intentando con ello superar la letra para entender el espíritu de la norma.

El tipo de autor es personificación de una categoría subjetiva. El ya reo es un tipo de autor; para entenderlo hay que referirse a la categoría subjetiva de la reidad. Toda categoría subjetiva —sigue diciendo Dell'Andro— es propia del momento que precede a la posición de la norma concreta, no de la norma general. La voluntad normativa concreta da relevancia a la categoría en cuanto considera un modo de querer (no un modo de ser) típico de algunos sujetos en la dinámica de la acción particular.

Pero aparte de la imprecisión de esta teoría, observamos por nuestra parte que la condición de «ya reo» no puede considerarse como alma ni, por tanto, como condición para la pena de ningún tipo normativo. Su eficacia sería meramente graduatoria; que, aun refiriendo el tipo de autor a la norma concreta (en el sentido que veremos), se viene a decir que cada delito realizado tiene un autor determinado o que cada delincuente es distinto, con lo que la teoría del tipo

2) *El intrínseco disvalor del segundo delito.*

La situación de reidad implica al ya reo en un deber reforzado de no cometer delitos; de ahí que cuando realice una infracción penal de ese tipo violando dicho especial deber, contrae mayor responsabilidad y, por ende, merece mayor sanción. Todo aumento de pena representa un aumento de la entidad del delito o, mejor dicho, el reconocimiento legal del aumento de tal entidad.

Es, pues, necesario afirmar, y confirmamos con ello el criterio de la legalidad vigente, la ontológica diversidad, el intrínseco disvalor del delito cometido por el ya reo, no en base a la materialidad del comportamiento ni a una consideración objetiva del hecho, sino en su significación penal como manifestación concreta de una concreta subjetividad. Ya sabemos que cada actividad humana integradora de un tipo penal objetivo, cuando constituye delito, éste es específicamente distinto de cualquier otro que se incluyera en el mismo tipo, bien sea por las circunstancias del hecho, bien por las características personales del autor (23), ya que si el delito es acto humano penalmente valorado, la significación, la valoración y, por tanto, el delito mismo íntegramente entendido varía en cada caso de la vida. Por eso el Juez tiene la última palabra a la vista del hecho, sólo en cuyo momento es determinable su completo significado penal y la pena que haya de corresponder. También hemos visto cómo, mediante la reidad, las consecuencias de la condena se manifiestan dinámicamente, objetivándose,

de autor pierde todo significado, identificándose, en definitiva, con la culpabilidad por el hecho, en cuyo juicio se consideran ciertas características del autor para establecer el disvalor del acto; y si se refiere a notas subjetivas cualificadas con relevancia jurídica, operando aun en sede normativa y no a la vista del hecho, es preferible hablar, como el mismo Dell'Andro reconoce, de categoría jurídica subjetiva antes que de tipo de autor. Por otra parte, si es exacto decir que un autor puede incidir en varias categorías subjetivas, nacidas de puntos de vista distintos empleados por el legislador, sería incorrecto afirmar que un sujeto es al mismo tiempo varios tipos de autor. Tampoco creemos totalmente que una categoría aparezca como apreciación de un típico modo de querer el delito, sino como valoración adelantada del significado —parcial— de ese querer que no debe ser o de un grado del no deber ser de ese querer.

(23) El delito, como acto humano, «resultaría incomprensible e insusceptible de valoraciones jurídicas si no se tiene en cuenta que en él hay siempre que buscar la contribución espiritual del sujeto que es immanente a la misma sustancia de la violación. Acción y personalidad del sujeto no pueden concebirse sino en constante unión; ... puede decirse que el delito lleva en sí aquel tanto de la personalidad del reo que en concreto realmente se expresa en el hecho y que, en cuanto tal, allí existe objetivada... Las contribuciones características que la infinita variedad de expresiones espirituales del sujeto pueden conferir a cada acontecimiento externo, dándole una impronta del todo particular...»: Contento, «Introduzione allo studio delle circostanze del reato», Nápoles, 1963, p. 112-113. Dice Grispiñi, «La personalidad e il valore sintomatico del reato», en Scuola positiva, 1952, p. 267, quizá exageradamente, que el delito es la persona misma del autor en movimiento.

en el delito del ya reo, y cómo aquélla, desde un punto de vista normativo, significa un comienzo de valoración del delito concreto; una valoración necesariamente parcial en cuanto abstracta, que se completará posteriormente por el Juez.

La reincidencia participa, pues, de la naturaleza de la culpabilidad, aunque se distingue de ella por el momento anticipado en que el juicio se realiza por la persona que lo lleva a cabo y por su imprescindible generalidad que, precisamente, le permite objetivarse como circunstancia subjetiva del delito. Pero, aparte de esta distinción, no puede dudarse de la afinidad, casi identidad, que existe entre reincidencia y culpabilidad.

Rechazando la actualmente superada concepción clásica del delito (como hecho desligado de la individualidad que le ha dado vida) y siguiendo una concepción correcta de la culpabilidad por el hecho, debe reconocerse que sólo teniendo en cuenta las condiciones subjetivas del autor (caracteres, cualidades, situaciones, etc.) que la experiencia y la lógica enseñan como relevantes respecto a la acción, podemos determinar y graduar la intensidad de la obligación que el agente tenía de no cometer ese delito, la intensidad de la desobediencia a la norma, el específico disvalor de la transgresión realizada, su reprobación y el correspondiente castigo a aplicar.

Como es obvio, los límites de este trabajo y la complejidad de la materia impiden cualquier intento de entrar en el estudio de la culpabilidad. Por supuesto, rechazamos una concepción psicológica, limitada a establecer la existencia o inexistencia de un ligamen síquico, intelectualista (representación) o intelectualista y voluntarista, que corta el paso a toda graduación, y cuya incapacidad llevó a muchos de sus seguidores a mantener un criterio abolicionista sobre la reincidencia. Por lo demás, nos limitaremos a transcribir algunas frases de un buen trabajo, completo y objetivo, sobre el tema, que realmente confirma cuanto decíamos:

“El momento de la desobediencia —dice Santamaría (24)— se liga, por tanto a la personalidad del sujeto. Las condiciones que constituyen la personalidad y los acontecimientos a través de los cuales ésta se forma, dan un significado siempre diferente a la rebelión contra el ordenamiento jurídico. La culpabilidad es relativa al individuo singular. Mientras el hecho típico previsto por la Ley puede configurarse en abstracto idéntico para varias personas, la culpabilidad, en cuanto desobediencia, será siempre diversa, como diversa e incomparable es la personalidad del que obra. Una experiencia de vida antecedente o posterior al delito..., haber sufrido una precedente condena (reincidencia), son elementos que caracterizan la personalidad y condicionan de modo distinto la desobediencia a la ley

al punto que de ello deriva un diverso juicio de reprobación social, cual es el que se manifiesta en la diversa medida de la pena... El momento de la desobediencia viene dado por la consciencia del valor vinculante de la norma en su función de orden social y del sentido de rebelión contra ese vínculo con la conciencia (o con la posibilidad de ser consciente) de la faceta negativa de la acción criminal respecto al juicio de valor contenido en la Ley penal... Esta percepción del valor no es uniforme: ésta se realiza en una una infinita gama de matices según las experiencias del sujeto, sus reacciones a las condiciones de vida, sus hábitos volitivos, etc., por lo que la rebelión contra el orden jurídico se cumple en la específica dimensión individual en que viene sentida la importancia de los valores tutelados y la pretensión normativa". Sin embargo, no puede negarse que la valoración, en el aspecto subjetivo, del delito concreto comenzará en ocasiones abstractamente, limitadamente, en la Ley, aunque sin duda termine en el Juez.

Hay que repasar, antes de seguir adelante, una opinión de Dell'Andro, que aceptamos parcialmente en el Capítulo anterior, según la cual el delito del ya reo sería distinto de cualquier otro por su contenido de "energía espiritual subjetiva" (25). Tal idea queda aclarada cuando se piensa que para este autor "son solo dos los universales jurídicos que concurren a dar un significado individuante a la acción humana y, de consecuencia, a la norma jurídica que la acción quiere impedir o permitir: el fin, objeto del querer, y la naturaleza (forma) de la energía espiritual" (26).

Ahora bien, esta especial naturaleza de la voluntad o, tal vez más propiamente en este caso, la mayor fuerza o intensidad volitiva con que la finalidad criminal se persigue, en la reincidencia depende, a nuestro juicio, de la actualización real de la condena anterior al momento deliberativo que precede a la comisión del segundo delito, el cual implica un "saltar por encima" del motivo inhibitorio realmente sentido. Esa mayor energía de la voluntad se hallará casi siempre en la recaída en delito doloso de la misma especie, pero no es indubitada su presencia en la reiteración ni en la reincidencia misma en delitos culposos, aparte de la posibilidad, en todo caso, de olvido, no representación oportuna de la condena o insensibilidad subjetiva hacia el contraestímulo, pese a lo cual la reincidencia sigue siendo igualmente relevante, ya que ni el olvido, ni la falta de relacionamiento, ni la insensibilidad son ética y jurídicamente indiferentes.

(24) Santamaría, voz «Colpevolezza» en Enciclopedia del diritto, vol. VII, 1960, p. 646 ss., epíg. 1.º

(25) Dell'Andro, op. cit., p. 196.

(26) Dell'Andro, op. cit., p. 214. Aunque la distinción la refiere al delito habitual. Respecto a la reincidencia suele hablar de mayor potencia o energía espiritual.

Por otra parte, si la dirección de la voluntad —según la más depurada teoría normativa, como es la finalista (27)— debe integrarse en la acción, separándose de su valoración, esto es, de la culpabilidad, del mismo modo la naturaleza de la voluntad o la potencia con que se persigue el objetivo al que se dirige debería integrarse también en la acción. Pero, al afirmar por nuestra parte el íntimo parentesco entre reincidencia y culpabilidad, invertimos el planteamiento del tema, salvando así las hipótesis en las que la condena no funcione como causa inhibitoria real respecto al ulterior delito: interesa sobre todo el significado penal de la infracción, la acción valorada, o sea, no la energía con que el hecho se quiere, sino la energía con que el hecho debió no quererse; un esfuerzo obligatoriamente superior en la lucha contra el delito, un mayor cuidado en la propia conducta para evitar el resultado dañoso. Basta para hacer exigible esta obligación y aumentar, en su caso, la sanción: la idoneidad del contraestímulo, la posibilidad del recuerdo y el estímulo actual, suficiente en la mayoría de los casos según la experiencia para provocar el recuerdo.

Resulta también evidente la estrechísima relación que existe entre capacidad delictiva en sentido concreto, tal como la hemos delineado, y culpabilidad (28), entre las cuales, como a caballo, se encuentra la reincidencia. Recordemos brevemente que la capacidad está integrada por una serie de notas subjetivas que se transfunden en el hecho y son relevantes para su valoración; que en el juicio de culpabilidad esas notas, que distinguen a cada delito de los demás incluso aunque aparecieran objetivamente idénticos, se tienen necesariamente en cuenta; que algunas de dichas notas subjetivas, con ciertas características y en determinadas condiciones, pueden ser previstas por el legislador enjuiciando con ello adelantadamente un aspecto subjetivo del hecho ilícito, el cual, al realizarse, está ya parcialmente valorado y especialmente prohibido en sede legislativa; que, en definitiva, es el delito del ya reo inseparable de su autor, pero no el autor como tal, el que porta un especial disvalor que ha podido ser fijado antes de su comisión, sin perjuicio de que, tras ella, el Juez determine la entidad "total" de la violación penal. Precisamente por eso el aumento de pena (y no una medida preventiva) se liga al delito, en pro-

(27) V. entre otros y últimamente Maurach, *Tratado de Derecho penal*, tr. española, cit., esp. p. 182 ss., T.I.

(28) Revela generalmente la doctrina la imposibilidad de hablar de culpabilidad cuando se omite toda consideración sobre el autor: V. entre otros Ranieri «Colpevolezza e personalità del reo», Milán 1933; Id. «El problema de la culpabilidad y el futuro del derecho penal» (trad. esp. del prof. Barbero Santos), Murcia 1964. En esta última obra afirma, entre otras cosas, la «íntima relación entre culpabilidad y capacidad para delinquir» (p. 12); «La personalidad se refleja entera en la acción» (p. 14); «La culpabilidad penal se extiende hasta incluir la personalidad del sujeto» (p. 15), etc.

porción a la pena señalada en el tipo legal respectivo y dentro de los márgenes legales que para dicho tipo objetivo y abstracto se establecen. La agravación de pena no significa, pues, un plus que se añade al delito en razón de una cualidad demostrada, a través suyo, por el sujeto, o causada en él por el delito mismo, ya que el derecho penal no sanciona cualidades personales estáticamente consideradas, sino sólo la acción en la que, eso sí, se vierten ciertas notas de la subjetividad agente, confiriendo significado penal propio y distinto a la de cualquier otra infracción.

Como decíamos al principio, esta postura se encuentra en embrión, inconscientemente si se quiere, en algunos autores que defienden la teoría de la capacidad para delinquir agravada o de la culpabilidad aumentada. Dejando aparte el magnífico trabajo de Dell'Andro, al que se alude suficientemente a lo largo de estas líneas, y que representa el estudio más completo sobre el tema en el aspecto en que ahora lo estamos considerando, vamos simplemente a referir las opiniones de algunos de estos penalistas:

Conocidas son las siguientes frases de Manzini (en cierto modo opuestas a su tesis general sobre la reincidencia): el delito tras la condena "posee una fuerza moral diversa y superior a la que es común al primer delincuente" (29); "la repetición tras la condena muestra además en el reincidente una extraordinaria resistencia a aquel motivo de inhibición que es eficaz para el mayor número de aquéllos que ya cayeron en delito" y "una extraordinaria intensidad de voluntad antijurídica correlativa a la más cierta conciencia de agredir intereses legítimos ajenos" (30).

Allegra (31), tras afirmar que todo delito determina una modificación psicológica en el ánimo de su autor y que el estado psicológico consiguiente al delito es de idoneidad o de capacidad para delinquir, expresa que el segundo delito es objetivamente (por la culpabilidad) más grave en cuanto en él se refleja una modificación psicológica que no aparece en el primer delito cometido por el mismo autor.

Bettiol (32) estima que es el reincidente un tipo legal de autor de carácter represivo (p. 527) en el cual se castiga una especial culpabilidad, la de hábito..., se reprocha al sujeto todo un tenor de vida..., el reproche concierne toda una personalidad (p. 314), la culpabilidad que sirve para graduar el juicio de culpabilidad es la capacidad para delinquir... que sirve para poder formar un juicio de culpabilidad que supere la consideración de las singulares acciones (p. 320).

Más interesante aún es el pensamiento de Carnelutti, quien configura

(29) La recidiva, cit., p. 445.

(30) Trattato, cit., p. 696.

(31) Dell'Abitualità criminosa, parte speciale, Milán, 1933, p. 122 ss., 159-172.

(32) Diritto pen. Palermo 1962.

la reincidencia como una cualidad personal agravante de la capacidad para delinquir (33), y como una circunstancia agravante del delito (34). A ella hay que añadir que para este autor, todo hombre es persona frente al derecho, en cuanto no hay hombre que no sea sujeto de relaciones jurídicas. Ello no quiere decir que la personalidad jurídica sea atribuida a todos los hombres en la misma medida, sino que ésta puede variar según las condiciones físicas, mentales o morales. La capacidad jurídica es la medida de la personalidad jurídica reconocida a cada hombre y no, por tanto, un término fijo, como la personalidad, sino variable. La capacidad puede ser activa (cap. de poder) y pasiva (cap. de deber); esta última, la más difícil de conceptuar, deriva no tanto de la multiplicidad de relaciones pasivas cuanto de la diversa intensidad de las relaciones mismas y se refleja tanto en la distinción entre relaciones civiles y penales (de modo que una misma persona respecto a una misma obligación puede ser civil y no penalmente capaz) como dentro de las relaciones penales, donde existen diferencias de grado de la capacidad, ya que se habla de capacidad e incapacidad, pero también de semicapacidad y de hipercapacidad (ej. reincidentes, habituales, etc....) (35).

3) *La teoría del mandato normativo concreto. La norma que prevée la reincidencia como norma abstracta pero concretizante en sentido subjetivo.*

Establecida la cualificación jurídica del sujeto y el disvalor intrínseco del delito sucesivo, así como la necesidad de considerar la relación entre ambos términos —pues sólo teniendo en cuenta la llamada situación de reidad (del sujeto) puede explicarse el aumento de culpabilidad (en el delito del ya reo)—, es preciso ahora esclarecer cómo se produce en un plano normativo el ligamen entre la situación del sujeto ya condenado y el disvalor de su posterior conducta. Una explicación hasta cierto punto satisfactoria puede recabarse de la distinción de Dell'Andro (36), entre norma abstracta y norma concreta. Antes de entrar en su exposición, necesariamente resumidísima, hay que reconocer la absoluta originalidad de este autor, la fecundidad de su concepción y el mérito de su trabajo, pleno de sugerencias, en este punto.

Para estudiar la reincidencia, parte Dell'Andro de una consideración de la norma, de la cual deduce o extrae por abstracción a sujeto y acción,

(33) Carnelutti. *Lezioni di diritto penale*, I, Milán, 1943, p. 74 y 206. Id. *Teoría generale del Reato*, cit. p. 99.

(34) *Teoría generale del reato*, cit., p. 99.

(35) Carnelutti, «*Teoría generale del diritto*», Roma, 1951, p. 119 y ss.

(36) *Op. cit. esp.*, p. 64 y ss.

pues ambos términos viven necesariamente en la norma concreta. Se pregunta cómo es posible dejar de diferenciar, desde el punto de vista del contenido subjetivo, el mandato que prohíbe el mismo delito a todos los sujetos no reincidentes. Así como en la norma abstracta existe una recíproca cualificación entre norma e interés: el interés (naturalístico) cualifica la norma y ésta, a su vez, cualifica al interés, también para los sujetos es posible individualizar diversas categorías, ocurriendo el mismo fenómeno; de un lado, una categoría natural de individuos se cualificaría por la investidura de valor que sufre por obra de la norma; de otro, la norma misma quedaría, a su vez, particularmente cualificada en sentido subjetivo, siendo, por tanto, distinta de las normas dirigidas a otras diversas categorías de sujetos y distinta también de la norma abstracta, en cuanto cualificada sólo en sentido objetivo. De tal suerte, el mandato penal que deriva de una o varias disposiciones incriminatorias de la parte especial del Código penal, no es todo el mandato, sino sólo un mandato objetivamente (por el contenido de finalidad) cualificado y, por tanto, general y abstracto.

Después de aquel momento de su posición, la voluntad normativa, general y abstracta en sentido objetivo, sufre una ulterior especificación por parte de las diversas categorías de sujetos para los cuales ella misma concretamente se establece.

Todo aquello que se refleja o corresponde a la acción supone un cambio del precepto que prohíbe tal acción. El mandato concreto dirigido a una categoría de individuos, que se encuentran en determinadas condiciones ético psicológicas, posee un característico contenido subjetivo, esto es, veda no la acción abstractamente considerada, sino la acción realizada en el modo particular propio de aquellos sujetos. En esquema Dell'Andro distingue entre:

- a) Norma abstracta sólo objetivamente cualificada: norma incriminatoria.
- b) Norma abstracta sólo subjetivamente cualificada: norma que previene una categoría de sujetos, ej.: los ya reos.
- c) Norma concreta: la que se aplica a un caso particular, que sólo puede determinarse por el Juez a la vista del delito realizado. Al Juez corresponde, pues, desentrañarla. Está compuesta por: 1. Norma abstracta objetiva; 2. Norma abstracta subjetiva; 3. Ulteriores modalidades del sujeto y de la acción.

¿Cómo ocurre y cómo puede ocurrir esta cualificación subjetiva de la norma? Por supuesto hay que partir de la existencia de categorías jurídicas subjetivas, de las que ya hemos hablado, y de entre ellas, la reidad, las

cuales se diferencian de la capacidad jurídica en cuanto presuponen ya la distinción entre sujetos capaces y no capaces, y que se justifican porque así como la ley expresa el fin, el objeto de la acción, el tipo objetivo, puede también tener en cuenta el "cómo", el "modo" de la energía espiritual que aquel fin realiza, distinguiendo junto a los diversos tipos de acción ilícita, los diversos tipos de culpabilidad en los preceptos concretos. Si la norma como mandato se dirige a determinados sujetos, en cuanto considera necesariamente cómo aquellos sujetos pueden querer la acción, éstos no deben quedar fuera del mandato. El precepto no es concreto hasta que, además del objeto, incluya al sujeto que dicho objeto quiere, y que es el mismo sujeto al que después se dirige el precepto ya completo en su contenido objetivo y subjetivo.

La norma concreta considera el fin de la acción (el tipo) susceptible de actuarse por la categoría de sujetos a los que quiere dirigir el mandato; el modo como esa categoría puede conseguir dicho fin; formula un precepto así concebido: "vosotros no debéis realizar esa acción", y dirige a los sujetos en cuestión el mandato así formulado. La voluntad normativa concreta valora negativamente el fin de la acción que esa categoría de sujetos puede cometer, el cómo aquella categoría subjetiva puede realizar la acción y el hecho de que tales sujetos realicen dicha acción. La voluntad normativa concreta opera como el Juez, considerando la acción como si ya estuviese en el mundo de los hechos y, por tanto, es sólo determinable —función que realiza el Juez—, en el momento de la comisión del ilícito.

Si el sujeto es la espiritualidad de la acción y la acción está toda ella en la norma concreta, el sujeto va construido por abstracción de la misma norma concreta, en la cual vive como típico modo de querer la acción, o sea, como típica culpabilidad, aunque en sentido natural el sujeto precede y condiciona la posición del mandato concreto.

La objeción lógica, y aquí reside una buena parte de la originalidad de esta doctrina, es la imposibilidad de la norma, en el momento de su posición legislativa, de individualizar los numerosísimos tipos de subjetividades, que diferirán en cada norma concreta. Sin embargo, la norma no ha de mirarse sólo en el momento de su posición abstracta, cuando está subjetivamente en blanco, sino también en momentos ulteriores en los que, sin dejar de ser abstracta, va completándose y concretándose, escindiéndose en tantos mandatos cuantas sean las categorías de sujetos a los que la norma se dirige. Entendemos interpretar así correctamente el pensamiento de Dell'Andro.

Desde la máxima abstracción hasta la máxima concreción existe un

proceso en el que pueden integrarse disposiciones abstractas, pero concretizantes de la voluntad normativa. La norma que regula la reincidencia sería abstracta por carecer de un específico contenido objetivo (cualquier delito), abstracta en su aspecto subjetivo (aunque esto no lo dice expresamente Dell'Andro) porque no prevee todas las condiciones subjetivas relevantes en un delito de uno o varios delincuentes concretos, sino sólo una categoría subjetiva basada en determinadas notas naturalísticas, pero concretizante en cuanto cualifica ciertas características personales con significado en la valoración de los diversos tipos penales objetivos, teniendo como función la de operar en cada mandato base una concretización subjetiva. La norma que prevee la reincidencia es abstracta por cuanto sólo subjetivamente cualificada. Las normas resultantes de unir la reincidencia a cada tipo objetivo serían normas intermedias en el infinito proceso de concretización de la voluntad normativa, normas abstractas pero concretizantes, respecto a las normas abstractas sólo subjetivas o sólo objetivamente cualificadas, precisamente porque resultante de la conjunción de ambas; pero no sería una norma concreta, pues ésta, únicamente determinable una vez cometido el delito de que se trate, incluye en sí todas las características relevantes del sujeto y de la acción.

La teoría examinada con las necesarias aclaraciones y correcciones, de las que ya hemos hecho algunas al referirla para facilitar su comprensión, es capaz de explicar la función normativa de la reidad (individualización de una categoría de sujetos a los que se dirige un más fuerte mandato) y la conjunción de la reincidencia con cada uno de los tipos delictivos.

El proceso de concretización de una norma comienza en la misma ley. Así, no es errónea la idea que entiende la división de los Códigos penales en dos partes, una general y otra especial, como consecuencia derivada de una exigencia técnica de resumen, que evita tener que añadir a la descripción de cada tipo criminal toda la parte general aludida. Ello es aún más indudable en lo que a circunstancias se refiere. La parte general indica el modo de aplicar las normas incriminatorias, pero también concretiza, dentro de lo que es posible en sede legislativa, sus consecuencias, según la manera de infringirlas o las características de la persona que las viola. Pero es que, además, cada norma abstracta objetiva supone ya una especificación de la norma primaria. Así, por ejemplo, a la norma general de respetar lo ajeno, derivada de un principio de justicia: dar a cada uno lo suyo, sucede la previsión legal de sólo algunos modos hipotéticos de ataque al patrimonio de un tercero que tienen asignada una consecuencia penal, esto es, relevancia jurídico penal: ataque al patrimonio ajeno mediante violencia, mediante engaño, etc.; y a esta previsión suceden, a su

vez, hipótesis secundarias de especificación, muchas veces entre sí concurrentes en el caso concreto, pues a menudo dichas hipótesis no se excluyen entre sí: ataque a lo ajeno mediante violencia y en lugar sagrado; ataque a los ajenos... por un sujeto ya reo, etc.

Ahora bien, las previsiones normativas, incluso idealmente especificadas por la conjunción de varias disposiciones legales, no dejan de ser abstractas y genéricas. En una norma puede distinguirse entre el esquema, descripción o suposición de hechos, y el mandato, dirigido a todos y a cada uno de los individuos que la misma ley considera como sujetos de derecho. En tal sentido, la primaria y más genérica cualificación subjetiva realizada por la norma es la llamada capacidad o, más propiamente en Derecho penal, imputabilidad. Este mismo mandato, manteniendo idéntico su contenido, puede ser legislativamente graduado en la intensidad con que se pone respecto a determinadas categorías de autores igualmente previstas en la ley.

La norma se proyecta hacia el futuro como una regla de conducta. Por su esencia es un programa de actuación; por su procedencia, como regla emanada de un Ente soberano, un régimen que debe ser cumplido; por su destino a los hombres, contiene no sólo un programa, sino también un mandato para observancia. Dicho mandato (de intensidad variable según cada sujeto y, normativamente, según la categoría de individuos a los que se dirige) puede ser obedecido o desobedecido. Aparecen, por tanto, dos momentos radicalmente diversos: el de la emanación de la orden —existencia de la norma— y el de cumplimiento o incumplimiento —observancia o violación de la norma—. En este segundo supuesto (las normas penales parecen contemplar únicamente la hipótesis de su violación), entra en juego la sanción o consecuencia, derivada a menudo de la conjunción de varios preceptos legales, integrados en todo caso por la labor del Juez que no hace más que determinar y aplicar la voluntad normativa al caso concreto de que se trate. De donde habrá que distinguir la norma, siempre general y abstracta, de la voluntad normativa, derivada de la concreción de las varias previsiones normativas aplicables a un supuesto de hecho.

Sólo en tal sentido puede decirse, a nuestro juicio, que la reincidencia significa un punto subjetivamente concretizante en el proceso de concreción de la voluntad normativa.

CAPITULO OCTAVO

SUMARIO:

III. Encuadramiento sistemático de la reincidencia (Consideración sistemática): 1.—En la teoría del sujeto. La reincidencia como cualificación personal; 2.—En la teoría de la pena; 3.—En la teoría del delito: A) La reincidencia como circunstancia agravante del delito, derivada del reconocimiento de una mayor culpabilidad; B) Crítica de las teorías que, aun atribuyendo la reincidencia a la culpabilidad, le niegan, sin embargo, el carácter de circunstancia.

III

ENCUADRAMIENTO SISTEMATICO DE LA REINCIDENCIA

No debemos finalizar nuestro estudio sin establecer exactamente el lugar que corresponde a la reincidencia dentro del sistema penal y, conforme a ello, su naturaleza jurídica. Ante todo hay que determinar en cuál de las tres partes fundamentales del Derecho penal se integra, esto es, si pertenece a la teoría del sujeto, a la teoría del delito o a la teoría de la pena.

A lo largo de este trabajo hemos pasado continuamente de uno a otro de dichos términos al considerar desde otros ángulos el instituto de la reincidencia; pero eso no contradice, sino que integra y cimenta el criterio actual. Así, recordamos que para la clasificación de las teorías se utilizaron los conceptos: primer delito (pena), sujeto y segundo delito; como elementos de la reincidencia individualizamos la reidad (sujeto y condena) y el segundo delito; al comparar normativamente la infracción del delincuente primario y la del ya reo se proponía el problema sobre la posibilidad de diferenciar, según uno u otro caso, entre sujeto, delito y norma. Ahora, con el fin de encajar sistemáticamente la reincidencia, se examinarán estos tres grandes temas del Derecho penal: sujeto, delito y pena, para precisar a cuál de ellos corresponde.

Dogmáticamente, la cuestión del encuadramiento sistemático y de la naturaleza jurídica de la reincidencia es en España más fácil de resolver que en otros ordenamientos que, como el italiano, regulan la institución en la teoría del sujeto activo, tras la imputabilidad y en el mismo capítulo que la habitualidad, la profesionalidad y la tendencia al delito. En nuestro Código, por el contrario, la reincidencia se recoge como una circunstancia agravante de la responsabilidad, lo cual quiere decir, en buena lógica, que el delito del reincidente es más grave, en ese aspecto, que el idéntico que pudiera cometer el delincuente primario, ya que si agravó la responsabilidad (y no la temibilidad) y, consecuentemente, la pena, es porque la infracción a la que dicha pena intenta retribuir se presenta como ontológicamente más grave.

Sin embargo, razonando sobre presupuestos distintos a los aceptados por nosotros, es fácil entender, y así ha ocurrido, que la reincidencia pertenece a la teoría del reo en cuanto representa la demostración o síntoma de una cualidad personal independiente del delito, pero manifestada por él, contra la cual se debe reaccionar; o que el delincuente sería responsable por haber dejado que se formara en su ánimo una tendencia o inclinación criminal contra la que debería haber luchado y no manifestado, etc. Hay que añadir, en fin, que la propia terminología legal: "ser" reincidente o reiterante, induce a mantener semejante conclusión. Por otra parte, la posibilidad de colocar la reincidencia en la teoría del reo se amplía considerablemente allí donde se atribuya a la pena función total o parcialmente preventiva y se admita el delito como simple ocasión para la pena. En fin, la frecuencia con que se incurre en el error de estimar la reincidencia como instituto perteneciente a la teoría del sujeto es natural, entre otras cosas porque, según vimos, una consideración de la persona del ya reo es presupuesto imprescindible para estudiar y llegar a comprender perfectamente la agravante que nos ocupa.

1) *En la teoría del sujeto. La reincidencia como cualificación personal.*

Entiende buena parte de la doctrina que el aumento de pena que la reincidencia implica se basa exclusivamente en la relevancia penal de la personalidad del delincuente. En general, sustentan tal opinión todos aquellos autores que ven en el hecho de la recaída tras la condena una simple revelación, índice o síntoma de la personalidad o de una cualidad del reo contra la cual se debe reaccionar, sin admitir, al mismo tiempo, que esa supuesta cualidad se transfunda en el delito modificando su gravedad. Por supuesto, son subjetivistas en ese sentido todos los seguidores de la antigua escuela positiva, que ponía en primer término la peligrosi-

dad del reincidente; los que ven en él un tipo preventivo de autor; los integrantes del neoabolicionismo, que confunden o, mejor dicho, intentan comprender o fundir la reincidencia con la habitualidad; y un gran número de los penalistas que conceptúan la reincidencia como una cualificación jurídica subjetiva.

Estos últimos, los que ahora nos interesan, parten a menudo de la observación de que entre el hecho del reincidente y el del delincuente primario existe "una completa identidad de estructura objetiva material y psicológica en el sentido de que ambos comportamientos son perfectamente iguales, tanto en el aspecto externo cuanto en los coeficientes psicológicos de la acción (dolo o culpa); son idénticos también en el evento jurídico del delito y en todos los otros elementos constitutivos, esenciales y accidentales, del Tatbestand" (1). Ello provoca unas veces perplejidades (2) y otras lleva a conclusiones inaceptables (3).

Numerosos autores italianos (4), tal vez influenciados por su legalidad vigente, piensan que la reincidencia no es algo que se añade, sino que es una cualidad del reo coetánea a él en el sentido de que con el delito mismo el sujeto se hace reincidente: "no es el delito, sino el sujeto el que se presenta como reincidente" (5). "Existen cualidades subjetivas que el sujeto lleva al delito y que pueden, por tanto, modificar su cualidad o su cantidad, pero existen otras cualidades —inherentes a la persona del reo— (como la reincidencia) que no se expresan en el delito, o al menos no se expresan directamente" (6). La reincidencia sería una cualificación jurídica subjetiva: reconocimiento y valorización de una característica individual que se estima relevante a los fines del tratamiento penal de quien la posee. El sujeto se integra en dicha cualificación al cometer el segundo

(1) Así lo resume Latagliata, op. cit., p. 226.

(2) «¿Cómo puede decirse que el delito cometido por el reincidente sea un delito más grave que el cometido por el delincuente primario? ¿Quizá posee estructura diversa a la del cometido por el no reincidente, o produce un daño mayor en relación al sujeto pasivo o a la sociedad?»: Pisapia, «Riflessioni in tema di recidiva», en Rivista italiana di diritto e procedura penale, 1961, p. 967 ss., p. 973.

(3) «La reincidencia es una circunstancia que sustancialmente se resuelve en un aumento de la pena, sin que para nada venga agravado el delito»: Pustorino, «In tema di contestazione della recidiva per l'aggravamento di pena», en Giustizia penale, 1953, III, p. 356.

(4) V. entre otros: Ranieri, «Manuale», cit. p. 323, 453-456; Bellavista, «Il delinquente qualificato», cit. p. 26 ss.; Pisapia, «Nozioni di diritto penale», cit. p. 214; id. «Riflessioni in tema di recidiva», cit. p. 974; id. «Influenza della recidiva», etc., cit. p. 139; Antolisei, «Manuale di dir. pen.», 1963, cit. p. 499; Messina, «La discrezionalità nel dir. pen.», cit. p. 235; Cavallo, «Dir. pen.», Nápoles, 1955 v. II, p. 887; Santoro, «Le circostanze...», cit. p. 54 ss.; id. «Manuale di diritto penale», cit. p. 469; Gianniti, «Controversie...», cit. p. 264 ss.; Gucciardi, op. cit., p. 514.

(5) Santoro, «Le circostanze...», cit., p. 56.

(6) Santoro, «Le circostanze...», cit., p. 54.

delito, que viene considerado en su aspecto sintomático y sirve para graduar en concreto su inclinación criminal. Esa cualidad del reincidente, anterior a la realización del segundo delito, se demuestra sólo con la comisión de éste y, en cuanto se demuestra, permite cualificar al delincuente mismo: siendo la reincidencia cualificación, el reincidente será delincuente cualificado. La reincidencia no es elemento ni circunstancia de la infracción criminal, sino ésta condición de la reincidencia. Contrariamente a las circunstancias —se dice—, la reincidencia inviste toda la personalidad del reo. El nuevo delito es más fuertemente castigado no porque sea más grave que el primero sino “porque se presenta como síntoma revelador de una personalidad, de una tipología delincencial que la ley trata más severamente en obediencia a particulares razones” (7).

Ya indicábamos la importancia de una consideración del delincuente en el estudio de la reincidencia, que realmente descansa sobre la figura del ya reo. Sin embargo, tal consideración no es más que el presupuesto necesario para poder establecer el disvalor que el delito de aquél representa. Las teorías subjetivistas, o bien equivocan completamente el camino admitiendo la posibilidad de que sean castigadas cualidades personales no expresadas dinámicamente en el delito o, cuando menos, confunden la reincidencia con la reidad que, además, no se basa en una cualidad preexistente del sujeto; ni el segundo delito se estima en su aspecto sintomático, sino en su estructura psicológica, todo ello conforme a lo anteriormente dicho. En otro sentido, afirmar que el reincidente es un sujeto cualificado por la reincidencia no significa otra cosa que personalizar la circunstancia: es como decir que el rico es la persona cualificada por su riqueza. Finalmente, en relación con la expresión de nuestro Código penal, ya tuvimos ocasión de constatar su imprecisión, pues la verdadera agravante consiste, para el Código mismo, no en “ser”, sino en “hacerse” reincidente el ya reo al cometer un nuevo delito.

El reincidente (aparte del ya reo), podría considerarse como tipo cualificado de autor únicamente en relación a la plurirreincidencia, y aun, para que esto resulte indudable, parece preciso que se exija en aquélla, a modo de requisito, la precedente declaración formal y expresa de reincidencia, cosa que la jurisprudencia no impone decididamente. Por supuesto, el examen del sujeto es presupuesto imprescindible para estudiar la reincidencia, en cuanto que sujeto y delito, más que como entidades separadas, deben entenderse como integradas o integrables, y lo mismo cabe decir de la imputabilidad, capacidad del sujeto respecto al acto y culpabilidad como atributo del acto en relación a su autor. Lo que no puede

(7) Bellavista, «El delincuente qualificato», cit., p. 23.

afirmarse es que la reincidencia sea, por naturaleza, una cualificación jurídica subjetiva o que una cualificación subjetiva sea la naturaleza jurídica de la reincidencia, sino que dicha cualificación funciona en un momento anterior a ésta. Incluso las opiniones más correctas de entre las que estiman la reincidencia como cualificación jurídica subjetiva (que admiten, o al menos no niegan, que tal cualificación influye en la gravedad del delito cometido por el reincidente), resultan incompletas en cuanto todavía surge la duda, en todo caso, sobre qué parte o faceta del ilícito incide la cualificación.

2) *En la teoría de la pena.*

Tampoco corresponde la reincidencia a la teoría de la pena. Esta es una consecuencia del delito y sólo puede variar en el caso de que varíe la entidad del delito mismo o, si se acepta que la pena cumple una función preventiva, podrá cambiar en atención a las condiciones personales del delincuente. En uno u otro caso, la pena es un efecto dependiente y subordinado a la gravedad del delito o a la personalidad del delincuente, de donde resulta absurdo pensar que la reincidencia agrave la pena sin afectar para nada al hecho ilícito o a su autor. La reincidencia no debe encajarse en la estructura de la pena (8), ni obedece a una presunta insuficiencia relativa de ésta, como creía Carrara. Sin embargo, produciendo la reincidencia un aumento de sanción, serán útiles algunas palabras sobre la naturaleza y finalidad de la pena, ya que de aceptarse una u otra de las diversas concepciones existentes sobre el tema, resultará posible, partiendo desde este ángulo, configurar la reincidencia de uno u otro modo.

No cabe duda de que asignando a la pena una finalidad exclusiva o primordialmente preventiva —tanto respecto a la sociedad como respecto al delincuente, mediante la reeducación o corrección del condenado, o para impedir que se forme en él un hábito criminal, o luchar contra el peligro de nuevos delitos—, sería encuadrable la reincidencia en la teoría del sujeto, en función precisamente de su peligrosidad. Pero admitiendo semejante concepción, incluso parecería impropio que precisamente al reincidente —que por regla general ha sufrido y cumplido una pena— se le aumente la dosis de la misma medicina que antes se le administró, y resultó, según demuestra el delito actual, ineficaz, en vez de aplicar el otro medio al parecer más idóneo, y también medida terapéutica, esto es, la medida de seguridad.

(8) V. nota 3 de este Capítulo, y más adelante última parte del epígrafe 3-A.

Contrariamente, estimamos que la razón de la pena reside en su propia necesidad. La pena es esencialmente retribución de la culpabilidad por el hecho realizado y, como tal, fin en sí misma. La pena varía en cuanto y en la medida en que varía la gravedad del delito. Es, como ha dicho algún autor alemán (Kaufmann), materialización del reproche de culpabilidad. Pretender asignarle primariamente determinados fines convertiría al delito en mera ocasión para la pena; a la justicia podrían anteponerse las conveniencias del momento histórico y se dejaría margen para un peligrosísimo abuso político y judicial de ella.

Si la pena es retribución a un sujeto por su delito y no retribución por cualidades personales que en el delito no se reflejan, hay que suponer, al menos en teoría, que toda mutación de la pena establecida en un tipo penal deriva efectivamente de una modificación en la gravedad de la infracción. Al disvalor abstracto de un hecho corresponde la fijación legal de una pena sólo determinada en sus márgenes superior e inferior, mientras que al disvalor de un delito específico corresponde una pena perfectamente determinada por el Juez. Entre ambos extremos pueden ser previstas legislativamente algunas circunstancias que, por su significación constante y evidente respecto al delito o delitos a que se refieran, cuando concurren, modifican, o, mejor, concretizan la pena dentro de esos márgenes genéricos o, más precisamente, reducen los márgenes dentro de los cuales habrá de moverse posteriormente el Juez para fijar la sanción a imponer. La pena en este caso se señalará dentro de los límites aludidos como más o menos grave porque más o menos grave, al menos en este aspecto, será forzosamente el delito realizado con la concurrencia de una circunstancia.

Con ello no intentamos negar que, siempre sin exceder los límites legales, la pena persiga ciertos fines o produzca ciertos efectos; antes bien, irremisiblemente los produce siendo exacta retribución. Además, siempre queda espacio sea en la elección del tipo de pena, cuando tal elección es posible, sea en su cuantía, en el modo de imponerla y, en todo caso, teniendo en cuenta que debe acomodarse en lo posible a la personalidad de quien la sufre, para que juegue esa preciosa prevención en sus varios aspectos (intimidación, aseguramiento, educación, etc.), pero sin que dichos objetivos puedan posponer o desbordar su esencia retributiva.

3) *En la teoría del delito.*

Nuestro instituto corresponde a la teoría del delito, aunque no es un efecto suyo, como afirman los defensores de la mayor alarma social producida por la reincidencia. De cuanto anteriormente se expuso surge

con claridad la estrecha relación entre reincidencia y culpabilidad. Si al delincuente se pone un contraestímulo que se liga o debe ligarse psicológicamente a cada delito posterior, cuando ese contraestímulo se olvida, no se tiene en cuenta y, en cualquier manera, es sobrepasado por el impulso criminal que produce el delito, éste aparece como una rebelión más intensa contra el ordenamiento jurídico. Cuando el ya reo realiza una nueva infracción pese a la advertencia y pese a que debe conocer con mayor exactitud de la normal la antijuricidad y la punibilidad de su propio hacer, o insiste en el descuido pese a la experiencia que le implica en un mayor deber de prestar atención y obrar cuidadosamente, es incuestionable que en el juicio valorativo de culpabilidad es superior la reprobación que el hecho merece en relación a su autor.

La base natural aludida: experiencia, posibilidad del recuerdo e idoneidad del contraestímulo, así como la indubitada existencia para el legislador del dato empírico de la condena, hace posible, desde el ámbito legislativo, un comienzo de valoración del delito que haya de cometer el ya reo y añadir a éste un tantum de reproche que se sustancia, objetivándose, en una circunstancia del delito, de cualquier delito, o sea, en una previsión normativa que transfiere a la tipicidad lo que en otro caso sería valorado por el Juez —probablemente en igual sentido— en cada supuesto concreto. La reincidencia se configura así en nuestro Derecho positivo como una circunstancia agravante de la responsabilidad con fundamento en la mayor culpabilidad que se encuentra en el delito del ya reo comparativamente a la infracción cometida por el delincuente primario.

Pero antes de llegar a esa conclusión hay que salir al paso de ciertos equívocos mediante una referencia, necesariamente somera, del concepto de circunstancia y su funcionalidad y mediante la crítica de aquellas teorías que, aun atribuyendo la reincidencia a la culpabilidad, le niegan, sin embargo, el carácter de circunstancia.

A) *La reincidencia como circunstancia agravante del delito derivada del reconocimiento de una mayor culpabilidad.*

Ante todo debe recordarse que nuestro Código habla de circunstancias agravantes de la "responsabilidad", y ello, unido a las peculiaridades propias de la reincidencia, puede suscitar numerosas dudas e inducir fácilmente a error. Por una parte, como hacer notar Latagliata —criticando a Beling (que lleva a la tipicidad el concepto de reincidencia) y a Manzini (que entiende el "derecho general a la seguridad" como objeto autónomo de tutela penal en la reincidencia)—, es impropio estimar la reincidencia como un elemento accidental del delito tipo y pensar que modifica la

tipicidad del hecho, “dada la completa identidad de estructura material y psicológica” que existe entre los delitos realizados por un reincidente y por un delincuente primario, “en el sentido de que los dos comportamientos son exactamente iguales tanto en el aspecto externo cuanto en los coeficientes psicológicos de la acción (dolo y culpa)” (9). Semejante observación, sin embargo, no debe cerrar la posibilidad de distinguir entre tipo autónomo y tipos dependientes especificadores, atenuados o agravados, o sea, entre tipo principal o primario y tipos circunstanciados, ni desvirtúa el hecho de que la reincidencia sea una circunstancia típica, en cuanto prevista y valorada por la ley. Sólo se afirma que el hecho típico (no el delito concreto) no difiere porque lo realice un sujeto ya reo.

Por otra parte, el mismo Código utiliza la expresión “circunstancia” con significados por demás imprecisos, llegando a comprender bajo esa denominación las causas de exclusión de la responsabilidad incluso, como en la fuerza irresistible, por inexistencia de la acción. Con esto, pudiera perfectamente concluirse que la reincidencia, al igual que sucede con otras instituciones, no obstante estar comprendida en el concepto de circunstancia, no sea en realidad una circunstancia verdadera y propia.

Por último, también el término “responsabilidad” es ambiguo e impreciso. Responsabilidad es el resultado de una valoración del hecho punible que indica que su autor es merecedor de una sanción penal. Ahora bien, esta responsabilidad puede ser determinada o indeterminada en su cuantía concreta: así, puede declararse simplemente que un sujeto es responsable; que es responsable dentro de ciertos límites más o menos amplios; o, por fin establecerse la cuantía efectiva de su responsabilidad y, en consecuencia, la retribución específica que parejamente le corresponde. Esta última determinación sólo es realizable a la vista del hecho cometido. Entre esa responsabilidad abstracta y esa responsabilidad específica existe un largo camino que comienza en la norma y termina en el juez. En un punto intermedio del mismo se sitúan las circunstancias que, en tal aspecto, no son más que “paradigmas presentados por la Ley al juzgador con el fin de facilitar su tarea individualizadora de la pena” (10).

¿En qué sentido se dirá entonces que las circunstancias “agravan”, “atenúan”, “modifican” en definitiva la responsabilidad? Sin duda la Ley se refiere a una responsabilidad abstracta, o mejor, indeterminada entre los límites máximo y mínimo por ella misma señalados a cada figura o tipo criminal objetivo. A bien mirar, las circunstancias no modifican la responsabilidad sino que concretizan dentro de la indeterminación, inven-

(9) Latagliata, op. cit., p. 226 ss.

(10) Quintano, Comentarios..., cit. p. 201.

cible en sede legislativa, los márgenes entre los que habrá de operar el Juez para establecer la cuantía exacta y real de la responsabilidad misma y de la pena. No modifican, pues, la responsabilidad sino el margen del arbitrio judicial para fijarla. La regla 4.^a del artículo 61 C. p. representa una evidente demostración del argumento, al decir textualmente que "cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes, los Tribunales, teniendo en cuenta la mayor o menor gravedad del hecho y la personalidad del delincuente, impondrán la pena señalada por la ley en el grado que estimen conveniente". Es decir, la Ley, cuando no concurra en el caso ninguna prevaloración legislativa del mismo, conserva los márgenes amplios, dando al Juez dos criterios atípicos de valoración. Desde un punto de vista abstracto las circunstancias son elementos eventuales del delito, que pueden concurrir o no concurrir; son elementos accidentales en cuanto no son esenciales para la existencia de la infracción. Desde un punto de vista concreto, cuando concurren, forman parte integrante del delito y tienen en él su propia significación, como igualmente la tendrían aunque no hubieran sido tipificadas, reconocidas, por el Legislador.

Por lo demás, resulta imposible hacer un estudio completo sobre las circunstancias dentro de los estrechos límites de este trabajo. Simplemente enunciaremos algunos de los interesantes problemas planteados hoy en la doctrina que puedan tener relevancia en nuestro estudio. Así, por ejemplo, se discute si el delito circunstanciado es una figura autónoma de ilícito netamente distinta de la del delito simple o, por el contrario —y esta parece ser la opinión dominante— las circunstancias son meros elementos accidentales de algunas particulares formas de manifestación del delito, no autónomas respecto a las correlativas realizaciones no circunstanciadas y no influyentes sobre la estructura criminal a la que se adhieren (11)

Otro asunto importante se refiere a si las circunstancias afectan a la sanción, manteniéndose inalterado el precepto (12) —lo que resulta poco defendible, pues no se explica cómo puede variar la sanción del delito circunstanciado siendo idéntico el precepto que el contraído al delito simple—, o bien, la modificación operada por la circunstancia sobre el imperativo secundario (sanción) corresponde a una correlativa modificación operada sobre el imperativo primario (precepto) (13). Esta última

(11) V. sobre el tema: Contento: «Introduzione allo studio delle circostanze del reato», Nápoles, 1963, Cap. I.

(12) En este sentido, entre otros: Sabatini, «Apunti sulle circostanze del reato e sul loro concorso», en Studi in memoria di A. Rocco, Milán, 1952, p. 455.

(13) En este sentido, entre otros, Santoro, «Le circostanze del reato», Torino,

teoría es perfectamente aprehendida y profundizada por Dell'Andro (14), quien afirma que las circunstancias se refieren a un cierto momento del paso del contenido de la norma (del precepto) del abstracto al concreto, señalando así un grado en el proceso de concretización de la norma que había ya asumido un primer contenido objetivo o de finalidad.

La opinión de Dell'Andro, a su vez, viene precisada y, en cierta manera, modificada por Contento, quien resalta la distinción entre el problema del operar concreto de la norma y el de su estructura (y que puede perfectamente corresponder a nuestra diferenciación entre norma y voluntad normativa dimanada del entero ordenamiento para dinámicamente regular una situación concreta). En el acto en que la norma se hace concreta en orden a una situación de hecho, no sólo las circunstancias sino cualquier otra particularidad del episodio de vida concurre a definir la norma. Es claro que en tal momento las circunstancias no operan en cuanto tales, o sea, como especiales figuras típicas preestablecidas por el legislador en vista de especiales efectos, sino del mismo modo que todas las demás particularidades del obrar humano expresadas en la concreción de la situación histórica; particularidades que pueden ser totalmente innominadas por la Ley, pero no por ello menos relevantes en el proceso de inserción del hecho en la norma concreta (15). Las circunstancias forman parte del tipo concreto, compuesto por el conjunto de todos los datos reales y al mismo tiempo típicos que en cualquier modo o en cualquier medida concurren condicionando el proceso de determinación del efecto jurídico concreto en relación a cada hecho en particular (16). El tipo concreto es, pues, distinto de la voluntad normativa concreta, que presupone la consideración de todos los elementos "relevantes" —típicos y no típicos— respecto a la pena en una determinada situación histórica, funcionando en sucesión lógica, si no cronológica, a los demás elementos del tipo, entre otras cosas porque el aumento o disminución de pena determinado por la presencia de una circunstancia debe calcularse después de establecida la "pena base", en relación a la cual opera; lo que significa que el efecto "pena" es ya autónomamente realizable sin tener en cuenta los elementos que constituyen el contenido de las circunstancias, y es un efecto no sólo virtual o general sino concreto, en cuanto la pena base se mide a través de la efectiva determinación, por cantidad y cualidad, de la pena aplicable al caso considerado (17). Por otra parte, las circunstan-

1952, p. 23 ss. Este autor incluye las circunstancias en la estructura de la norma concebida como imperativo.

(14) Dell'Andro, *op. cit.*, p. 186 ss.

(15) Contento, *op. cit.*, p. TC.

(16) Contento, *op. cit.*, p. SB.

(17) Contento, *op. cit.*, p. 82. Observamos, pues, que las circunstancias gene-

cias no son simples fragmentos de la figura legal del ilícito, sino figuras penales autónomas en sí mismas; de otro modo no podría existir una disciplina especial del concurso de circunstancias, sino que este fenómeno quedaría absorbido dentro del más amplio del concurso de figuras típicas de ilícito (18).

Las circunstancias son, a nuestro juicio, valoraciones parciales del delito, individualizadas en vía legislativa por el significado constante y seguro de los elementos de hecho sobre los que descansan en relación a la acción o acciones delictivas a que se refieren. Tiene razón Quintano al decir que su finalidad es la de facilitar al Juez su tarea de fijar específicamente la pena, aunque en realidad no sólo facilitan, sino que imponen una dirección a esa especificación. Bajo perspectiva distinta, las circunstancias son elementos que pueden eventualmente unirse a aquellos esenciales para la existencia del delito y, cuya ausencia, por tanto, no impide la perfección de éste.

Según Frosali, el tipo de cada delito es indefinidamente capaz de absorber un número indeterminado de "elementos facultativos" que girarían en torno a un núcleo esencial (elementos constitutivos). La relevancia actual de algunos de estos elementos vendría determinada por la realización del hecho concreto (19); mientras que Moro, desde el punto de vista de la creación de la Ley, entiende que la individualización, de las circunstancias obedece a una exigencia de técnica legislativa y su función sería la de evitar al legislador la necesidad de especificar determinados tipos de delito (20).

En cualquier caso, las circunstancias influyen sobre la pena porque influyen sobre el delito en el cual, como acontecimiento histórico, están incluidas; e influyen sobre el precepto secundario (sanción) en cuanto forman parte del precepto primario que prohíbe la actuación delictiva. No podemos, por tanto, aceptar plenamente la opinión según la cual las circunstancias, sin afectar en absoluto a la constitución o a la sustancia del delito, tengan su cabal asiento en la teoría de la pena, "qué dicho sea de paso, se impone una vez discernida la responsabilidad, compendio y cifra de la realización del hecho punible", ni que "el mecanismo de las circunstancias funciona una vez comprobado el juicio de responsabi-

ralmente no modifican la pena, sino que especifican ésta dentro de los límites genéricos señalados para la pena base.

(18) Contento, *op. cit.*, p. 84.

(19) Frosali, «Concorso di norme e concorso di reati», Città di Castello, 1937, p. 80 ss.

(20) Moro, «Unità e pluralità di reati», Padova, 1951, p. 64.

lidad" (21), pues precisamente las circunstancias modifican o especifican la responsabilidad antes que la pena.

El confusionismo puede derivar de una falta de distinción entre el delito como esquema típico del hecho y el delito como sanción humana concreta, y entre "responsabilidad" genérica correspondiente al primer concepto de delito, respecto a la cual juegan las circunstancias un papel posterior de especificación, y "responsabilidad" concreta correspondiente al segundo concepto de delito o responsabilidad por el hecho efectivamente realizado, respecto a la cual operan las circunstancias en un momento anterior. Entre ambas nociones de infracción se interpone, pues, la operatividad de las circunstancias: después de establecida la existencia de la responsabilidad genérica fijada en el tipo, y antes —reduciendo los márgenes penales dentro de los cuales el juez elegirá la sanción concreta— de fijarse la responsabilidad específica por el hecho delictivo de que se trate.

Tampoco parece indiscutible la crítica de Del Rosal (22) a la opinión de Antón Oneca, quien afirma que las circunstancias agravantes afectan a la culpabilidad o la antijuricidad, sobre la base de que siendo estos elementos esenciales del delito no puede ser modificados por elementos accidentales del mismo. En realidad esos elementos son indispensables, pero igualmente están presentes cualquiera que sea su "cuantía" concreta, no fija, sino variable y susceptible de graduación. Dicha variabilidad, infinita, puede ser aprehendida —siempre limitadamente— por el legislador mediante valoraciones abstractas que se objetivizan como circunstancias, que afectarán a la pena —efecto, consecuencia— siempre que afecten al delito —causa, fuente de la responsabilidad— y en cuanto afecten al precepto que tal delito en concreto prohíbe.

B) *Crítica de las teorías que, aun atribuyendo la reincidencia a la culpabilidad, le niegan, sin embargo, el carácter de circunstancia.*

Hemos apuntado que la imprecisión del Código penal italiano sobre la naturaleza jurídica de la reincidencia provocó en aquel país una especial preocupación sobre el tema y ha inducido a ciertos sectores doctrinales a negar a la reincidencia el carácter de circunstancia del delito, considerándola más bien como una cualificación jurídica subjetiva, atributo de la persona del delincuente, demostrado al cometer la segunda infracción,

(21) Del Rosal, «Derecho penal español», T. II, Madrid, 1960, p. 247, 248, 251.

(22) Del Rosal, op. cit., p. 270.

contra el cual se debe reaccionar (23). Sin embargo, otros muchos penalistas y la jurisprudencia italiana, últimamente dominante (24) estiman la reincidencia como una circunstancia del delito.

Peró hay aún otro grupo de autores que, pese a atribuir la reincidencia a la teoría del delito o, mejor, a la culpabilidad, le niegan el carácter de circunstancia. Dicha tesis es mantenida en particular por Dell'Andro y, en otro sentido y menos decididamente, por Latagliata.

Dell'Andro, tras admitir la existencia de numerosas concomitancias entre las circunstancias y el instituto de la reincidencia (ambas se reflejan en el delito objetivamente entendido; ninguna de ellas cambia el título del delito, etc.) (25), y que esta última no habría otro remedio que considerarla como circunstancia subjetiva si no se tuviera en cuenta la llamada "culpabilidad de inclinación" (26), termina concluyendo que la reincidencia no es circunstancia del delito, no porque no se refleje en él, sino porque no se refleja sólo en el sentido de modificar su "cantidad; antes bien, en el sentido de modificar su "cualidad" (subjetiva). La reincidencia, influyendo sobre la cualidad de la energía espiritual del delito, postula la existencia de un

(23) Todavía la afirmación de que la reincidencia constituye una cualificación jurídica subjetiva no supone, salvo que se niegue expresamente toda relación entre ésta y el delito, la inadmisión de que la reincidencia pueda ser también una circunstancia del delito.

(24) La naturaleza de la reincidencia como circunstancia agravante es afirmada, entre otros, por: Manzini, Trattato, cit. p. 696 (circunstancia agravante de la imputabilidad del reo); Impallomeni, op. cit., p. 282 (circunstancia que agrava la responsabilidad del reo o que agrava la imputabilidad); Ianiti Piromallo, «Corso», cit., p. 257; Frosali, «Sistema», cit., p. 593; Florian, «Parte Generale di D. P.», cit. p. 989; De Marsico, «Diritto Penale», cit. p. 222; Carrara «Stato», cit. (circunstancia agravante de la pena); Carnelutti, «Teoria generale del reato», Padova 1933, p. 99; Battagrini, «D. P.», Padova 1949, p. 449; Altavilla, «Lineamenti di D. Crim.», Napoli, 1932, p. 260; Sabatini, «Istituzioni», cit. p. 206; Salteilli e Romano di Falco, op. cit., p. 73; Pustorino «In tema di contestazione della recidiva per l'aggravamento di pena» en Giustizia penale 1953 —III— p. 356; Di Natale «Reato continuato e recidiva» in Archivio penale 1959 —II— p. 455; Vanini, op. cit., p. 410; Vecchi, «La contestazione della recidiva non è sufficiente per l'applicabilità dell'aggravante di cui all'art. 688 u.p. C.P.», en Giustizia Penale 1960, —II— c. 670; Santucci «Sulla nozione di recidiva, en Giurisprudenza completa cassazione penale, 1950, I, p. 290; Bettini, Rilievi sulla recidiva, en Archivio penale, 1960, I, p. 58; Frisoli, «Irreducibilità dell'inasprimento sanzionatorio di recidiva, en Rivista italiana di diritto e procedura penale, 1966, 1167; etc. Por otra parte, la Jurisprudencia italiana que considera la reincidencia como circunstancia agravante es numerosísima. V., por ejemplo, Ss. Cass: 6.3.1946 (en Giurisprudenza Completa cassazione penale, 1946 I, 525); 13.3.1950 (id., 1950, I, 290); 16.5.1953 (en Giustizia penale, 1953, III, 609) (después, jurisprudencia casi constante en el mismo sentido); 22.2.1956 (Id. 1957, III, 44); 21.3.1956 (Id. 1957, III, 44); 9.6.1957 (id. 1957, II, 747); 21.6.1958 (en Foro italiano 1958, II, 155) (Jurisprudencia constante tras la S. de las Sezione Unite 27.5.1961 (en Giustizia penale, 1962, II, 97); 7.6.1961 (id. 1962, II, 421); 27.6.1962 (en Archivio penale, 1964, II, 314); 22.2.1963 (en Rivista penale, 1963, II, 937); 18.3.1964 (en Archivio penale, 1965 (marzo-abril), p. 239); etc.

(25) Dell'Andro, op. cit., p. 94-95.

(26) Dell'Andro, op. cit., p. 95.

nuevo imperativo concreto autónoma y típicamente cualificado en sentido subjetivo. Se trata, pues, de una diversa norma concreta que, aun teniendo el mismo contenido objetivo que la norma concreta que hipotetiza del delito del no reo de igual finalidad, no puede considerarse especificadora de esta última, sino autónoma y diversa por una típica y autónoma cualificación de su contenido subjetivo. La segunda razón, de carácter dogmático, consiste en que si se considerase la reincidencia como circunstancia, "no sabríamos cómo sistematizar las llamadas agravantes de la reincidencia" (27).

Por supuesto, este segundo problema, determinante en gran medida de la posición de Dell'Andro, no existe, o al menos no existe en los mismos términos en nuestro ordenamiento positivo, que no pone como agravantes de la reincidencia, la reincidencia específica, la recaída dentro de los cinco años desde la anterior condena o durante el cumplimiento de la pena o durante el tiempo en que el culpable se sustrae voluntariamente a la ejecución de la misma, etc., como ocurre en el italiano, sino que, por el contrario, parece considerar reiteración y reincidencia como agravantes independientes. Pero incluso estos casos no son, a nuestro juicio, agravantes de la reincidencia, sino hipótesis normativas de una misma y esencialmente única agravante. Aparte, claro está, de que el Código español considera expresamente la reiteración, la reincidencia y la multirreincidencia —que no es más que una suma o repetición de reincidencias— como circunstancias agravantes de la responsabilidad.

Por otra parte, y según se dijo, tampoco es admisible la figura de la culpabilidad de inclinación, presupuesto sobre el que se basa Dell'Andro para afirmar que la reincidencia no tiene el carácter de circunstancia. La culpabilidad de inclinación no existe en nuestro Derecho, ni es la inclinación al delito un dato naturalístico constante en el reincidente, que puede ser perfectamente un multiocasional; y aun admitiendo dicha inclinación, para incluirla en la culpabilidad sería preciso demostrar que es siempre más reprobable o que hace más reprobable el acto ilícito del ya reo. Además, esa culpabilidad se individualiza por Dell'Andro en un momento del tránsito subjetivo hacia la habitualidad, siendo su finalidad y la del aumento de pena que trae consigo la de evitar precisamente que se forme la habitualidad en el ánimo del inclinado al delito, lo cual no es cierto, ya que reincidencia y habitualidad no sólo son compatibles sino que puede existir la segunda sin el presupuesto de la primera, es decir, sin que el delincuente habitual haya sido reincidente con anterioridad. En todo caso, si el aumento de pena provocado por la reincidencia derivase de un inten-

(27) Dell'Andro, op. cit., p. 196, 197.

to de evitar la habitualidad que se está formando, más propio que una pena sería imponer una medida de seguridad con esa finalidad preventiva, aparte de que la inclinación haría al sujeto más temible, pero no necesariamente más responsable. En cualquier supuesto, confunde Dell'Andro el disvalor de la acción con la posición jurídica del ya reo; con una posible pero no constante cualidad subjetiva del mismo: su inclinación al delito. Finalmente observamos que en la reincidencia el aumento de culpabilidad no debe montarse sobre el dato psicológico de la mayor intensidad con que se quiere el delito, sino sobre el dato normativo de la mayor intensidad con la que debe no quererse o de la mayor atención que debe emplearse para evitar el hecho dañoso.

Sólo falta por examinar la afirmación esencial de Dell'Andro consistente en que la reincidencia supone una sustancia nueva y distinta del delito y que la norma que prohíbe la reincidencia es autónoma y diversa que la que prohíbe el delito al delincuente primario. Creemos interpretar correctamente el pensamiento del autor que comentamos, desarrollándolo e integrándolo al mismo tiempo, con el razonamiento siguiente: mientras que las circunstancias objetivas se encuentran en el mismo plano, pero en situación inferior respecto a la norma abstracta objetiva, por así decir, primaria, a la cual especifica en su contenido objetivo, y las circunstancias subjetivas se hallan en plano distinto pero en posición también inferior a la norma abstracta objetiva en la que se integran igualmente en el proceso de concretización de la misma cualificando su contenido en sentido subjetivo (aunque siempre con dependencia y subordinación y sin modificar esencialmente la naturaleza de la norma concreta en relación a la norma abstracta objetiva), la norma que prevé la reincidencia sería una norma abstracta subjetiva primaria que se encontraría en distinto plano, pero (por ser de la misma entidad) a igual altura que la norma abstracta objetiva primaria, de modo que en el respectivo proceso de concretización ambas normas se integrarían mutuamente: la norma objetiva se integraría en el aspecto subjetivo con la concurrencia de la norma que prevé la reincidencia, y ésta, a su vez, especificaría su contenido objetivo concretando la prohibición de no recaer en el delito a la figura delictiva prevista en la prohibición de no recaer en el delito a la figura delictiva prevista en la norma abstracta objetiva con la que se integra. La conjunción de esas dos normas de la misma entidad daría lugar al nacimiento de una nueva norma secundaria pero todavía abstracta, distinta y autónoma respecto a las dos que le han dado vida, ya que la norma que regula la reincidencia no puede estimarse, dada su importancia, como subordinada integrante de la otra objetiva. Pudiera hacerse, en resumen, el siguiente esquema:

*Juego de las circunstancias**Juego de la reincidencia*

Norma abstracta objetiva

Norma abst. obj. Reinc. (N. Abst. Sub.)

Circunst. Objetiva, Subj.
.....

Norma distinta y autónoma

Norma concreta

Norma concreta

No obstante, aparte de que todas las circunstancias vienen previstas en normas abstractas objetivas o subjetivas, y con independencia también del plano concreto que éstas ocupen, cabe observar que siempre y en todo caso lo fundamental para la existencia del delito es lo no circunstancial, es decir, la norma abstracta objetiva primaria, que ya da por supuesto el requisito mínimo subjetivo de la imputabilidad, descriptiva de una figura delictiva susceptible de pena. El tipo de hecho es fundamental y puede operar autónomamente sin perjuicio de su integración con otros elementos "facultativos" o eventuales y, en definitiva, variables, mientras que el tipo de autor o el tipo de culpabilidad, si se quiere, es en sí mismo irrelevante y sólo adquiere significación cuando se adhiere a un tipo objetivo, que no necesita, por ejemplo, que concurra la reincidencia, la cual, sin embargo, siendo de carácter subsidiario y dependiente, no puede existir sin aquél.

Quizá ello mueve a Dell'Andro a transportar el problema de la diversidad de la reincidencia respecto a las circunstancias al plano de las normas concretas para afirmar que la norma concreta que prohíbe el delito al ya reo es distinta de cualquier otra norma concreta que prohíba el delito al no reo. Pero, como observa exactamente Contento, no es ése el plano donde se debe plantear la cuestión; "bajo este aspecto, en efecto, no habría modo de desconocer en algún caso la autonomía de todas las normas inmediatizadas en cada una (necesariamente diversa) situación de hecho particular...; el problema de la posición de las circunstancias en la estructura de la figura criminal interesa la autonomía de la figura (y de la norma) abstracta..., por lo que cuando dudamos de la participación de la reincidencia en la composición del contenido normativo de una autónoma figura legal... se entiende referir la indagación sobre el plano de las normas abstractas" (28).

(28) Contento, op. cit., p. 151 ss.

La reincidencia se limita a cualificar en el sentido de su gravedad las figuras de ilícito ya asumidas como caracterizantes e individualizadoras (en abstracto) sólo en función del contenido objetivo de interés implicado en la acción y en la voluntad del agente. No se prevee, en efecto, una pena típica abstracta, independiente de la señalada para idéntico delito del delincuente primario que corresponda al delito del reincidente. Ello no deriva de simples razones de técnica legislativa: evitar la distinción, en cada norma previsor de una figura delictiva, entre la sanción correspondiente al debutante criminal y la que haya de aplicarse al reincidente, porque en realidad la pena de este último ya fijada dentro de los límites penales señalados al modelo criminal previsto en la norma abstracta objetiva. Ni siquiera la pena determinada por la multirreincidencia, ciertamente distinta de la señalada en el tipo delictivo, puede entenderse como sanción autónoma y abstracta sino como derivada y dependiente de la que corresponde a la específica figura criminal realizada y sólo determinable en función de ella.

Los efectos de la reincidencia se producen en el ámbito del tipo concreto y, por tanto, de modo distinto y lógicamente sucesivo a los efectos primarios determinados por los demás elementos de la figura típica. Ni la culpabilidad de inclinación —si se admite— ni el aumento de culpabilidad que la reincidencia implica, condicionan el nacimiento de la responsabilidad (abstracta), para lo cual, por otra parte, es suficiente la genérica culpabilidad radicante en la reprochabilidad del hecho en función de su autor, suponiendo simplemente un grado para la especificación de esa responsabilidad y un elemento integrante del reproche específico que dicho acto merece. Y este es precisamente el modo de operar de las circunstancias, al menos de aquellas que se refieren primariamente a la culpabilidad. Para finalizar, también la reincidencia, como las demás circunstancias, enriquece la descripción de la figura típica concreta con un elemento nuevo de carácter objetivo, cual es el hecho de la sentencia penal de condena (29).

Creemos que cuanto queda expuesto sirva asimismo para desestimar la opinión de Latagliata que, en este punto, por una parte niega que la reincidencia pueda ser circunstancia, puesto que “no enriquece el hecho típico”, ya que el “hecho del reincidente es idéntico” que el cometido por el delincuente primario, mientras que las circunstancias “modifican el tipo del delito” (30), y por otra admite que la reincidencia es “un criterio para

(29) Véase sobre los argumentos del texto, Contento, op. cit., p. 151 ss. La opinión de este autor es muy significativa por cuanto parece aceptar como correcta —frente a la mayor parte de la doctrina italiana— la teoría que ve en la reincidencia una culpabilidad típica de inclinación.

(30) Latagliata, op. cit., p. 228-229.

determinar el grado de desobediencia a la norma y, por tanto, la medida de la culpabilidad” y que “sólo en este sentido se puede hablar de la reincidencia como circunstancia del delito” (31).

Hay que considerar, empero, que la reincidencia no debe estimarse como una institución atípica ya que está prevista y regulada en la ley y que, si bien es cierto que no pertenece a la tipicidad de la figura descrita en la norma incriminatoria objetiva primaria, sí puede incluirse en la tipicidad de la norma concreta. Su funcionalidad, como elemento facultativo y accidental del tipo, es idéntica al de las demás circunstancias en cuanto se adhiere a la figura típica en un cierto momento de la concretización de la voluntad normativa, de donde si Latagliata hubiese tenido en cuenta ese modo de operar propio de las circunstancias, no habría opuesto reparo a la colocación de la reincidencia entre ellas. No obstante, admite que la reincidencia sea circunstancia en otro sentido, sin duda porque algunas de sus características —incluso puramente externas— le señalan ese camino, pese a lo cual nuevamente confunde los términos, ya que no es la reincidencia un criterio para graduar la culpabilidad, sino el aumento de culpabilidad el criterio utilizado por el legislador para establecer la agravante de reincidencia, que queda objetivada como circunstancia del delito.

(31) Latagliata, op. cit., p. 251-252.