

APROXIMACIONES DOGMATICAS A LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE REINCIDENCIA DESDE LOS FUNDAMENTOS Y FINES DE LA PENA

ANTONIA MONGE FERNÁNDEZ

Doctora en Derecho

*Profesora del Departamento de Derecho Penal y Procesal
de la Universidad de Sevilla*

RESUMEN: El aumento de los índices de criminalidad reincidente y el consiguiente fracaso del sistema penal, han suscitado de nuevo una exacerbada polémica en la doctrina y jurisprudencia penales que ha llevado a cuestionar la circunstancia agravante de reincidencia, e incluso los fundamentos y fines de la pena. En este trabajo examinaré los fundamentos doctrinales que han tratado de justificar la exasperación del castigo de la reincidencia, girando en torno a cuatro ejes que pretenden justificar la agravación de la reincidencia en la influencia relativa de la pena ordinaria en la repetición de las infracciones, en la mayor culpabilidad del sujeto y, finalmente, en la mayor gravedad del injusto.

PALABRAS CLAVE: reincidencia, agravante, castigo.

SUMMARY: *Rising crime rates and the consequent recidivist failure of the penal system, has raised again exacerbated the controversy in criminal jurisprudence and doctrine has led to question the aggravating circumstance of recidivism, and even the rationale and purposes of punishment. In the lines that continues, considering the various doctrines foundations who have tried to justify the exasperation of her punishment, constructing the exhibition around our axes, seeing justify the aggravation of recidivism in the relative influence of the ordinary penalty in the recurrence of the violations, to the fullest guilt of the subject and, finally to the greatest of seriousness un fair.*

KEY WORDS: *recidivism, aggravating circumstance, punishment.*

SUMARIO: I. Introducción.— II. La *Reincidencia* en el Código Penal de 1995. Concepto y requisitos: A) Concepto. B) Requisitos.— III. Fundamento de su agravación: a) Teoría de la «*insuficiencia relativa de la pena ordinaria*» (la Tesis de Carrara). b) La «*repetición de las infracciones*» (La Tesis de Manzini). c) La «*mayor culpabilidad*» del sujeto: a') La «*mayor peligrosidad*» del sujeto. b') La «*mayor posibilidad de delinquir en el futuro*» (la tesis de Anto-

lisei). c') La «personalidad del reo». d') La «mayor inclinación a delinquir» («Hangs zum Verbrechen») (culpabilidad del autor) La tesis de Bettiol. d) La «mayor gravedad del injusto» (La tesis de Mir Puig).— IV. Toma de posición. La reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena.

I. INTRODUCCIÓN

El aumento de los índices de criminalidad reincidente y el consiguiente fracaso del sistema penal, ha suscitado de nuevo una exacerbada polémica en la doctrina y jurisprudencia penales que ha llevado a cuestionar la circunstancia agravante de **reincidencia**, e incluso los fundamentos y fines de la pena. Con anterioridad, tan controvertida discusión se agudizó en virtud de la LO 11/2003 de 29 de septiembre, al incrementar los efectos en los casos de que el culpable acumulase tres condenas por delitos anteriores del mismo Título y naturaleza (1).

La circunstancia agravante de *reincidencia* no es una institución de reciente cuño, sino por el contrario hunde sus raíces en épocas remotas (2), siendo conocida desde el «Código de Manú» libro brahmánico (3) de fecha totalmente hipotética, en la que incluso

(1) En concreto, la **regla 5ª del artículo 66.1** que incrementa los efectos de la reincidencia en el caso de que ésta sea **cualeficada**, cuando al ser condenado por el nuevo delito («al delinquir», *puesto que antes de la condena no puede decirse que «haya delinquido»*) el culpable acumula tres condenas por delitos anteriores comprendidos en el mismo Título del Código penal, siempre que sean de la misma naturaleza. En este caso, el Juez o Tribunal *puede* aplicar la pena superior en grado, teniendo en cuenta las condenas precedentes y la gravedad del nuevo delito cometido. De esta opinión, *Muñoz Conde*, Derecho Penal, Parte General, 6ª ed., op. cit., pp. 490 y s.

(2) Sobre la evolución legal y jurisprudencial de la reincidencia, véase *Asúa Batarrita*, *Adela*, La Reincidencia. Su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los Códigos españoles del siglo XIX, Universidad de Deusto, Bilbao, 1982, pp. 17 ss.

(3) El **Manu Smriti** —también llamado *Mānavá śāstra dharma* y *Manu Samhitā*, traducido como **Leyes de Manu**— se considera un texto importante de la ley hindú y de la sociedad antigua de la India. Es uno de los 18 *smritis* del Dharmashastra (no es parte de la literatura *shruti*, «directamente revelada por los dioses»). Contiene 2031 (o 2648) versos, divididos en 18 capítulos, que presentan reglas y códigos de conducta que debían ser aplicados por los individuos y la sociedad. Algunas de esas leyes codifican el sistema de castas y las etapas de la vida de los «nacidos dos veces» (miembros de las tres castas superiores). Según el texto, esas doctrinas fueron dictadas por el sabio *Manu* (quien en el hinduismo es el antepasado de toda la humanidad) a los rishis que le habían pedido que los iluminara. Algunos historiadores creen que el texto fue escrito alrededor del año 200 a. C., bajo el reinado del hin-

se esgrimían criterios dispares respecto de los efectos que la reincidencia debía conllevar, pues si las corrientes represivas la venían considerando como una circunstancia *agravante*, al suponer una mayor inmoralidad del culpable o la necesidad de incrementar la pena, en virtud de la insuficiencia de la sanción, hubo también un sector doctrinal que rechazó tal institución, al suponer tanto una infracción del principio *ne bis in idem*, como una presunción de mayor culpabilidad del autor (4).

En las líneas que sigue realizaré una aproximación dogmática a la circunstancia de reincidencia, delimitando el concepto jurídico y los requisitos legales exigidos por el legislador de 1995. Sin solución de continuidad, examinaré los diversos fundamentos doctrinales que han tratado de justificar la exasperación de su castigo, construyendo la exposición en torno a cuatro ejes, que pretenden justificar la agravación de la reincidencia en la influencia relativa de la pena ordinaria; en la repetición de las infracciones; en la mayor culpabilidad del sujeto y, finalmente, en la mayor gravedad del injusto.

II. LA REINCIDENCIA EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995. CONCEPTO Y REQUISITOS

El legislador de 1995 tipifica, en el **artículo 22.8 CP**, en el elenco de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, la *reincidencia*, como circunstancia agravante de carácter subjetivo.

A) CONCEPTO

Desde un punto de vista etimológico, en el lenguaje coloquial, el término reincidencia, procede del verbo latino «*recidere*», o recaer, y se ha venido interpretando como equivalente a recaída o reiteración en el delito, la repetición de un nuevo delito siguiente a una primera infracción (5).

No obstante, el *concepto jurídico* de reincidencia, más restrictivo, no coincide con el anterior significado gramatical expuesto,

duista rey Pusyamitra Sunga, del clan Sangha, quien persiguió a los budistas y los echó de la India. Otros sostienen que sería anterior a la época de Buda (s. VI a. e. c.). El capítulo **octavo** trata del procedimiento en los pleitos civiles y criminales y del castigo apropiado que deberán enfrentar las diferentes clases de criminales.

(4) *Manzanares Samaniego/Albácar López*; Código Penal (Doctrina y Jurisprudencia), Ed. Comares, Granada, 1987, p. 191.

(5) Véase *Manzanares Samaniego/Albácar López*, Código Penal..., op. cit., p. 191.

al exigirse por parte del legislador la concurrencia de dos requisitos formales, como son, la existencia de una **condena anterior previa**, y que los delitos cometidos se encuentren recogidos en **el mismo Título** y sean de la **misma naturaleza**. Esta acepción la desglosa el tenor literal del **artículo 22.8 CP** al disponer que «...*Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo Título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza. A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo*». Por lo tanto, en las páginas que siguen, trataré de proceder a la exégesis del precepto expuesto, analizando el concepto, requisitos legales y fundamento de la agravante de reincidencia.

En el Derecho penal decimonónico se vislumbró una preocupación latente en los autores por el estudio de la **recaída en el delito**, dado el aumento de los índices de criminalidad reincidente y el consiguiente fracaso del sistema penal, que se mostraba a todas luces ineficaz. Y, precisamente, el aludido fracaso de la respuesta penal ante el fenómeno de la reincidencia motivó una revisión urgente y total de los esquemas del sistema penal clásico, ineficaz para combatir el fenómeno de la reincidencia, desde nuevas perspectivas político-criminales.

Desde este nuevo enfoque, se produjo una revisión y replanteamiento del significado de la reincidencia, a finales del siglo XIX, atendiendo a dos perspectivas: en primer lugar, desde el **ámbito penitenciario** y la crítica de la agravación de la pena y, en segundo lugar, desde la metodología empírico-realista de la **Escuela Positiva**.

En el **Derecho penitenciario** se denunció la agravación de pena que conllevaba la reincidencia, dada la ineficacia de la misma ante el creciente aumento del fenómeno de la recaída en el delito, así como la negativa influencia criminógena de los centros penitenciarios en el delincuente reincidente. Conforme con ello, los primeros trabajos de reforma se encaminaron a diferenciar la reincidencia de otras instituciones similares, como la *habitualidad*

(6) Un hito decisivo en la búsqueda de un concepto unitario para las diferentes clases de recaída en el delito lo representó el **III Congreso Internacional de Criminología**, celebrado en **Londres** en **1955**. En el citado evento, el afán de juristas y criminólogos por adoptar un concepto unitario para incluir las distintas clases de recaída en el delito llevó a la adopción del término «**recidivismo**». Sin ánimos de exhaustividad, la acepción «*recidivismo*» (del latín «*recidivus*») es empleada en la Medicina como alusiva de «la repetición de una enfermedad poco después de terminada la convalecencia». Véase *Bergalli*, «La recaída en el delito: modos de reaccionar contra ella», Barcelona, 1980, p. 69 ss.

(6), *la profesionalidad y la multirreincidencia*, sancionando estas últimas conductas con «penas excepcionales», de larga duración. Fruto de este primer intento fue la famosa **Ley francesa de 1885 de Relegación de multirreincidentes**, modelo seguido en otros países europeos.

De otro lado, el método empírico-realista de la Escuela Positiva pretendió la sustitución del principio de la «*culpabilidad por el hecho*» por el criterio del «*estado peligroso*», alterando profundamente las bases del sistema retribucionista clásico, principalmente, el cuestionamiento de la agravación de la pena, atendiendo a la mayor culpabilidad del reo, y sustituyendo el concepto de *reincidencia* por otras categorías como el *delincuente habitual* o *peligroso*. En este giro copernicano, se pretendía privar a la reincidencia de los efectos de la pena, y atendiendo a su elemento de *habitualidad*, trasladarla al **Derecho penal preventivo** de las *medidas de seguridad* (7).

Posteriormente, el siguiente hito en la búsqueda de un concepto unitario de «*redisciva*» lo constituyó el **XVIII Curso Internacional de Criminología**, organizado por la Sociedad Internacional de Criminología, estudiándose la problemática de la recaída en el delito. Las conclusiones obtenidas se encaminaron a poner de manifiesto, desde una perspectiva crítica, el errado método seguido por los criminólogos. Y muestra de ello, *Zlataric*, en 1971, en un estudio sobre los aspectos legales del *recivismo*, detectó las diferencias confrontadas entre las numerosas legislaciones nacionales, destacando las siguientes consideraciones: a) **Conceptuales**: Existen diferencias conceptuales entre las diversas legislaciones, reflejo de una elemental concepción de la *redisciva*, siendo también distinta la reacción social contra ella; b) **Estructurales**:

(7) En el Derecho francés, ante la ausencia de otra denominación, la doctrina, representada por *Pinatel*, aportó al concepto de «*recidiva*» siete acepciones distintas, como son, a) la «*recidiva natural o genérica*», alusiva de una simple reiteración de infracciones, independientes de toda condena; esto es, confunde la «*recidiva*» con «*reiteración*»; b) la «*recidiva social*», entendida como la condena precedente, c) la «*recidiva legal*», que es aquella definida por la ley, distinguiéndose en ella entre la «*recidiva general*» y «*recidiva especial*»; d) la «*recidiva penitenciaria*», definida por una estancia previa en la prisión y, por último, e) la «*recidiva persistente o múltiple*» o multirreincidencia. Ya en 1957, *Morris* distinguió en la «*recidiva*» **tres perspectivas: legal, criminológica y penitenciaria**. En su opinión, el concepto tendría una distinta acepción para el jurista, para el administrador penitenciario y para el criminólogo, al observar tal concepto desde los ángulos de sus respectivas disciplinas. Pese a la triple perspectiva, el autor consiguió detectar los elementos comunes a las tres concepciones, aunque no fueron suficientes para elaborar una única definición común. Precisamente, subrayó como elemento aglutinante de las tres definiciones el término «*nueva recaída*».

Las diferencias estructurales apreciadas, relativas a la noción legal de *redisciva*, determinan las dimensiones y la intensidad de la reacción social; c) **Técnico-jurídicas**: Tales diferencias fijan las particulares condiciones para la *redisciva* o para la forma de reaccionar frente a ella; d) **Secundarias**: Las diferencias de construcción son de importancia relativa y se ocupan de cuestiones marginales. Y es precisamente en esta última categoría donde se detecta la enorme confusión que se cierne sobre el concepto de *redisciva* (8).

A lo largo de este devenir histórico han sido numerosas las propuestas teóricas tendentes a lograr un criterio uniforme capaz de resumir las múltiples acepciones de la «*recidiva*». A modo de síntesis, cabe afirmar que junto a la «*recidiva*» se conectan otros conceptos, estrechamente vinculados a ella, como son la «*reincidencia*» y la «*habitualidad*». Tal binomio conceptual fue acuñado por el criminólogo **Manheim** en 1961, bajo el término alemán «**Rückfall**», englobando una triple perspectiva: dogmática, penológica y criminológica. No obstante, el verdadero substrato de la investigación criminológica no se detiene en la reprobación social que recibe un individuo que repite un comportamiento delictivo, sino que se dirige al análisis de su actitud humana, si es ocasional o producto de una predisposición del sujeto, consecuencia de una falta de socialización o resultado de un proceso estigmatizador que la sociedad desencadena sobre él.

B) REQUISITOS

Desde un punto de vista jurídico-dogmático, la *reincidencia* se configura como una circunstancia **agravante**, modificativa de la responsabilidad criminal, cuando al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en un mismo Título del Código penal, siempre que sea de la misma naturaleza (9).

Tradicionalmente, la doctrina penal había distinguido **cuatro clases** de *reincidencia*, siguiendo la regulación legal de los Códigos

(8) Parafreaseando a **Zlatic**, «... Entre las diferencias de este carácter sobre el plano definicional se destaca, ante todo, la distinción de la *recidiva* en *recidiva* “simple” y “multirrecidivismo”. La primera, se manifiesta por su lado como la *recidiva* general y la *recidiva* especial, en tanto que el multirrecidivismo se manifiesta bajo la forma mecánica de la condenación reiterada o bien entre las variantes criminológicas de los delincuentes por tendencia, de hábito, profesionales o los *recidivos* particularmente peligrosos», cit por **Bergalli**, «La recaída en el delito», op. cit. pp. 70 ss.

(9) Véase **STS 30 de mayo 2002 (TOL 173.748)** Delito contra la salud pública. Estimatoria. Agravante de *reincidencia*. Delitos de la misma naturaleza. Condena.

gos históricos (10). Conforme con ello, se distinguía, en primer lugar, una reincidencia *genérica*, en el supuesto en que el nuevo delito cometido por el autor es de distinta naturaleza a aquel o aquellos por los que resultó previamente condenado. Por ejemplo, el delincuente fue condenado por un delito de falsedad documental y con posterioridad perpetra un delito contra la seguridad del tráfico o contra la vida humana independiente (homicidio imprudente) En segundo lugar, cabe referirse a una reincidencia *específica*, que concurre cuando el nuevo delito y el anterior por el que se fue condenado participan de la misma naturaleza. Por ejemplo, el primer delito cometido fue un homicidio doloso y el segundo otro homicidio o un asesinato. Esta distinción, vigente en el **artículo 10.15 del ACP** desaparece del Código penal de 1995, subsistiendo únicamente la *reincidencia específica* (11), de modo que la reincidencia genérica ha dejado de configurarse como circunstancia agravante. La **circunstancia 8ª del artículo 22 CP** se refiere como reincidencia a la realización de un posterior delito, mediando condena ejecutoria, comprendido en el mismo Título del Código penal, siempre que sea de la misma naturaleza.

El legislador de 1995 introduce un doble criterio formal-material, que en ocasiones conlleva dificultades en la práctica. En primer término, el legislador exige para apreciar la agravante de reincidencia que los delitos previo y posterior estén comprendidos en un *mismo Título* del Código Penal (criterio *formal*) Además, en segundo lugar, se requiere que los **delitos** sean de la *misma naturaleza* (criterio *material*) Con ello, las infracciones cometidas por el sujeto deben revestir la naturaleza de delito, ex artículo 10.13 CP, excluyéndose la agravante si el autor perpetra un delito y una falta o dos faltas. Esta segunda exigencia material va a suscitar diversos problemas interpretativos, preguntándose la doctrina si la **identidad de naturaleza** equivale a *identidad de bien jurídico*. Una exigencia tan *imprecisa* va a suscitar notables problemas interpretativos en la práctica, dado que *a priori* deberá estudiarse la naturaleza del delito, para conocer la afinidad o diferencia y, además, porque en ocasiones el legislador tipifica bajo un mismo Título distintos tipos penales que no presentan entre sí conexión alguna (12).

(10) En detalle, sobre la evolución histórica de la reincidencia en la legislación española, véase *Asúa Batarrita*, La Reincidencia. Su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los códigos penales españoles del siglo XIX, Universidad de Deusto, Bilbao, 1982, pp. 17 ss.

(11) Véase *Mir Puig*, Derecho Penal. Parte General, 7ª ed., Reppertor, Argentina, 2004, p. 627.

(12) En este mismo sentido se ha pronunciado *De Vicente Martínez*, en «La reincidencia en el Código Penal de 1995», en ADPCP, t.50, vol.1, 1997, p. 180.

En las líneas que siguen, trataré de realizar una exégesis sobre el significado y alcance de la expresión «...*que los delitos sean de la misma naturaleza...*»

El primer requisito formal para apreciar la concurrencia de la agravante de reincidencia exige que el culpable haya sido *ejecutoriamente condenado por un delito* comprendido en un mismo Título. Conforme ha interpretado la doctrina penal, el término «**delito**» debe entenderse en sentido estricto, esto es, relativo a los *delitos graves y menos graves*, excluyendo las faltas (13).

Un destacado sector de la doctrina penal se ha pronunciado afirmativamente a este respecto, exigiendo la **identidad de bienes jurídicos** lesionados o puestos en peligro, por lo tanto, se debe interpretar «la identidad o similitud de tipo» como «identidad del bien jurídico violado» (14). No obstante, el legislador de 1995 introduce un criterio restrictivo, pues para apreciar la reincidencia no basta sólo la concurrencia de la identidad de los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro, sino que añade otro requisito, cual es que los delitos estén comprendidos en el **mismo Título** lo que complica en exceso la delimitación conceptual en el sentido siguiente: Si hemos interpretado la identidad de tipo como identidad de bienes jurídicos, este criterio por sí solo no es suficiente para apreciar la reincidencia. Se exige, además, que los delitos estén comprendidos en **el mismo Título**, por lo que la regulación legal de 1995 se torna más restrictiva que la de los textos anteriores (15). Valga de cita, el homicidio y el homicidio de un Jefe de Estado extranjero, regulados, en los Títulos I y XXIV del Libro II del Código Penal, respectivamente. Conforme con el doble criterio exigido en el artículo 22.8 CP, de haber cometido uno de esos delitos y recaer en la comisión del otro no cabe aplicar la agravante de *reincidencia*, pues por más que se atente al mismo bien jurídico —la vida humana independiente—, los tipos penales están regulados en Títulos diferentes, esto es, concurre el requisito de la identidad del

(13) Véase *Cerezo Mir*, Curso III/2, op. cit., p. 166, n.36. En el mismo sentido, *Mir Puig*, Derecho Penal, op. cit, p. 655.

(14) Véase en este sentido *Cuerda Arnau*, Comentarios al Código penal de 1995, coordinados por *Vives Antón*, vol. I, Valencia, 1996, p. 265.

(15) Sobre la evolución legislativa de la agravante de reincidencia, véase *Asúa Batarrita*, La Reincidencia, op. cit, pp. 21 ss. El **Código Penal de 1848-50** se refería a «*delito de la misma especie*», lo que suscitó diversas opiniones al respecto. Así, se entendió como delitos insertos en el **mismo título**; en el **mismo capítulo**; en el **mismo artículo**. Posteriormente, el **Código Penal de 1870** introdujo la referencia al **mismo Título**. En opinión de *Groizard*, la ley ganó «en fijeza y claridad, pero en cambio ha perdido en razón y justicia» (en Código Penal, op. cit., I, p. 448; *Rodríguez Mourullo*, Comentarios al Código Penal (con Córdoba Roda y Casabó Ruiz), Tomo I, Barcelona, 1972, p. 735)

bien jurídico, más no el criterio formal de la regulación bajo un mismo Título (16).

Afinando un poco más en la delimitación del criterio material-formal, interpretando la «**misma naturaleza**» como identidad de bienes jurídicos y que estén ubicados en el mismo Título (17), *De Vicente Martínez* advierte sobre los inconvenientes que tal interpretación conlleva. Pensemos que en el Código penal no existe ninguna presunción en el sentido de entender que todos los delitos agrupados bajo un mismo Título compartan la misma naturaleza, pues de lo contrario, la redacción del **artículo 22.8 CP** resultaría superflua. La exigencia de la identidad del Título es sólo un indicio, pero no un requisito suficiente por sí solo. Por lo tanto, será el Juez quien deba interpretar, en cada caso, si concurre o no identidad de bien jurídico entre las infracciones concurrentes, decidiendo, en última instancia, la aplicación o no de la agravante de reincidencia. Por ejemplo, un individuo comete en primer lugar un **delito de receptación** y, con posterioridad, un **delito de robo**. Concurren los requisitos del artículo 22.8 CP y, por tanto, procede aplicar la agravante de reincidencia? Si bien es cuestión comúnmente aceptada que ambos delitos están regulados *bajo el mismo Título*, no existe unanimidad en determinar cuál sea el *bien jurídico protegido* en cada uno de ellos. De ahí que la solución a adoptar varíe, dependiendo del razonamiento que siga el Juez. Por ejemplo, si éste considera que el *bien jurídico* tutelado en ambos tipos es el *patrimonio* (identidad de bienes jurídicos), procederá a aplicar la agravante y, por el contrario, si estima que el robo pertenece a los delitos patrimoniales y la receptación a los delitos contra la *Administración de Justicia*, no se apreciará la *reincidencia*. Por lo tanto, ante la falta de unanimidad en la doctrina sobre la determinación del bien jurídico protegido en ciertos tipos penales, la interpretación del criterio material quedará exclusivamente en manos del juzgador (18).

No obstante, algún sector minoritario, representado de modo destacado por *Cerezo Mir*, en consonancia con la jurisprudencia

(16) Asimismo comparte esta opinión *Goyena Huerta*, en *Arroyo de las Heras/Muñoz Cuesta/Goyena Huerta*, Las circunstancias agravantes en el Código penal de 1995, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1997, p. 174.

(17) De similar opinión, *Cuerda Arnau*, quien interpreta la «idéntica naturaleza» como **lesión del mismo bien jurídico** y que los delitos estén contemplados en el **mismo Capítulo**, en *Comentarios...*, op. cit., pp. 265 ss.

(18) *De Vicente Martínez* «La reincidencia...», op. cit., p. 181. En sentido crítico sobre los inconvenientes de la doble exigencia legal, véase *Alonso Álamo*, «Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia», en *Estudios Penales en Recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004, p. 72.

del Tribunal Supremo, ha interpretado la identidad de naturaleza no sólo referida a identidad de bien jurídico, sino también al **desvalor de la acción**. Valga de cita, el caso en que un sujeto cometa un delito doloso y otro imprudente (19), donde no cabrá apreciar reincidencia (20), mientras que sí la habrá entre dos delitos dolosos o dos imprudentes.

Asimismo, cabe referirse a una nueva tesis en la interpretación del requisito material, defendida por quienes entienden la identidad de naturaleza como **homogeneidad entre la especie y gravedad de las consecuencias jurídicas** de ambos delitos (21). En este intento por superar los inconvenientes que la interpretación del referido **criterio material-formal** conlleva en la práctica, **Prats Canuts** ha introducido un «criterio corrector», en el sentido de interpretar los delitos en correlación y, además de exigir la identidad de bien jurídico en el sentido antes expuesto, añade la concurrencia de un ulterior criterio, cual es la **identidad de la gravedad**, esto es, que las sanciones jurídicas contenidas en cada delito resulten equiparables. En su opinión, no resulta adecuado agravar la pena en aras de comportamientos pasados que, aunque han violado idéntico bien jurídico, eran de escasa relevancia o, en cualquier caso, «no alcanzaban los criterios de gravedad del hecho sometido a la consideración del juez que debe valorar la concurrencia de la circunstancia» (22).

Y como he advertido antes, este criterio material va a implicar consecuencias «injustas» en la práctica. Pues, si atendemos a la combinación de los criterios formal y material, ¿cabría apreciar *reincidencia* en el caso de un sujeto que comete dos delitos de la misma naturaleza, pero que están regulados en diferentes Títulos? ¿Y si se perpetra dos delitos de idéntica naturaleza, tipificado uno de ellos en el Código penal y el otro en una Ley penal especial, por ejemplo, la Ley de Contrabando (23)?

(19) En sentido contrario, la doctrina jurisprudencial apreció **igualdad de naturaleza** entre un delito doloso y su equivalente culposo en las **SSTS de 25 de junio de 1970 (RJ 1970, 2903)** y **26 de junio de 1964 (RJ 1964, 3451)**, entre otras.

(20) Con anterioridad, *Quintano Ripollés* entendió que «condenas anteriores por delito doloso no pueden ser computadas como reincidencia para ulteriores culposos, ni viceversa, dado que la imprudencia se integra en un título especial del libro segundo» (Curso..., op. cit., I, p. 465).

(21) *Cerezo Mir*, Curso III/2, op. cit., pp. 166-167.

(22) *Prats Canuts*, Comentarios al Nuevo Código penal, dirigidos por *Quintero Olivares*, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 256.

(23) Véase **STS 10 noviembre 1998 (TOL 137.995)** Delito contra la Salud Pública y delito de contrabando. Las intervenciones telefónicas han sido válidamente adoptadas, por lo que todas las pruebas derivadas de la misma son válidas (Condena y absuelve).

Respecto a la cuestión de si cabe apreciar reincidencia o no en los casos de delitos tipificados en *leyes penales especiales*, un sector doctrinal se ha pronunciado de manera negativa, dado que las palabras del Código son concluyentes (*título*) y no permiten interpretaciones extensivas en perjuicio del reo (24) y ambos delitos **no se encuentran regulados en el mismo Título**. No obstante, el principal problema se suscita en el caso en que un agente ejecutoriamente condenado por un delito de una Ley Penal Especial, posteriormente comete otro delito incluido en tal Ley Especial. Valga de cita, la comisión de dos delitos de contrabando (25).

Y como *excepción* a la regla general, únicamente cabría apreciar la reincidencia por delitos anteriormente penados con base en una ley penal distinta al Código penal en los casos de condenas impuestas por **Tribunales extranjeros (26)** en aplicación de un Código extranjero, cuando se trate de *delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores —art.190 CP (27)—*; los *delitos relativos al consumo y tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas —art.375 CP (28)—*; *delitos de falsificación*

(24) Véase *Rodríguez Mourullo*; Comentarios..., op. cit., I, p. 738.

(25) Véase *Goyena Huerta*, en *Las circunstancias agravantes*, op. cit., p. 189. A este respecto, el tenor literal del **artículo 9 CP** dispone que, «*Las disposiciones de este Título se aplicarán a los delitos y faltas que se hallen penados por leyes especiales. Las restantes disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en lo no previsto expresamente por aquéllas.*».

(26) En efecto, el requisito formal de que se trate de delitos de la *misma naturaleza* y contemplados bajo el *mismo Título* plantea el problema relativo a la *reincidencia internacional*, es decir, el valor de las sentencias penales extranjeras a efectos de reincidencia en el ordenamiento jurídico español. En síntesis, y al margen de las numerosas opiniones doctrinales y jurisprudenciales vertidas al efecto, la configuración legal de la agravante de reincidencia en el Código penal español —ex artículo 22.8° CP— **impide su aplicación general** en todos los casos por condenas dictadas en el extranjero, **salvo los supuestos expresamente previstos** en el propio Código (véase nn.14, 15, 16 y 17). En este sentido, véase *Mir Puig*, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 626; el mismo en *La reincidencia en el Código penal*, op. cit., pp. 71 y ss. En detalle, sobre la problemática de la reincidencia internacional, véase *Díez Sánchez*, «La reincidencia internacional (Especial referencia al Código Penal español)», en CPC, núm.29, 1986, pp. 291 ss.

(27) «*La condena de un Juez o Tribunal extranjero, impuesta por delitos comprendidos en este capítulo, será equiparada a las sentencias de los Jueces o Tribunales españoles a los efectos de la aplicación de la circunstancia agravante de **reincidencia**.*».

(28) «*Las condenas de Jueces o Tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en los artículos 368 a 372 de este capítulo producirán los efectos de **reincidencia**, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o puede serlo con arreglo al Derecho español.*».

de moneda y efectos timbrados —art. 388 CP (29)— y, finalmente, de los delitos de terrorismo —art. 580 CP (30) (31)—.

Como ha subrayado *Mir Puig*, la interpretación del requisito formal impediría apreciar la reincidencia, asimismo, en los casos de «conurrencia de la tentativa con otras formas de participación, o de ambas con un delito consumado, al no estar regulados en el mismo título del Código» (32) A su juicio, «al no poderse entender comprendidas en un *solo título* del Código, la **tentativa y las formas de participación** no pueden dar lugar, ni en concurrencia con un delito consumado del autor ni entre sí, ni como antecedentes ni como delitos actuales, a la reincidencia. Esta conclusión no resulta plausible en todos los casos, pero es una consecuencia inevitable del carácter formalista del requisito de comprensión en un mismo título» (33).

En mi opinión, este criterio formal conllevaría *consecuencias exacerbadas*, contrarias a los principios de justicia material, que deberían subsanarse, adoptando una interpretación sistemática en el sentido de considerar los grados de ejecución del delito y las formas de participación como causas de extensión de la pena de los delitos consumados para los autores (34).

Destacados los innumerables y graves problemas interpretativos de la reincidencia suscitados por la restrictiva regulación de 1995, puestos antes de manifiesto, me parece conveniente introducir un nuevo criterio que trate de paliar las dificultades sobre la identidad del bien jurídico y la regulación bajo el mismo Título, en el sentido de exigir la *identidad de ataque al bien jurídico*, entendiendo que el ataque al bien jurídico se perpetre de la misma manera, por ejemplo, usando violencia en las personas o fuerza en las cosas. Tal solución viene avalada por el tenor literal de la **Disposición Transitoria Séptima** del Código Penal, según la cual, «A efectos de la apreciación de la agravante de reincidencia se enten-

(29) «La condena de un Tribunal extranjero, impuesta por delito de la misma naturaleza de los comprendidos en este capítulo, será equiparada a las sentencias de los Jueces o Tribunales españoles a los efectos de **reincidencia**, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiese serlo con arreglo al Derecho español».

(30) «En todos los delitos relacionados con la actividad de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, la condena de un Juez o Tribunal extranjero será equiparada a las sentencias de los Jueces o Tribunales españoles a los efectos de aplicación de la agravante de **reincidencia**».

(31) Véase *Goyena Huerta*, Las circunstancias agravantes, op. cit., p. 189. En el mismo sentido, *Rodríguez Mourullo*, en Comentarios., op. cit., p. 739.

(32) De esta opinión *Mir Puig*, La Reincidencia, op. cit., pp. 367-368.

(33) *Mir Puig*, Derecho Penal..., op. cit., p. 627. Cfr. *Mir Puig*, La Reincidencia, op. cit., pp. 367 ss.

(34) Véase *Cerezo Mir*, Curso III/2, p. 166.

*derán comprendidos en el mismo Título de este Código, aquellos delitos previstos en el Cuerpo legal que se deroga y que tengan análoga denominación y **ataquen del mismo modo** a idéntico bien jurídico» (35).*

En síntesis, y conforme a la restrictiva regulación legal de la *reincidencia* en el Código penal de 1995, a fin de proceder a la aplicación de la misma en los casos de recaída en el delito, el Juez habrá de observar un triple criterio, atendiendo a la **identidad del bien jurídico protegido**; la identidad en la **gravedad de las conductas** y, finalmente, la identidad en el **modo de ataque** al bien jurídico (36).

De acuerdo con esta interpretación, sería aplicable la agravante de **reincidencia** en el caso de un sujeto que comete como primera infracción un delito de extorsión y, como segunda contravención un delito de robo con violencia en las personas, al concurrir en tal reiteración criminal los tres requisitos exigidos, esto es, **identidad en el bien jurídico** (el patrimonio): **idéntica gravedad de las conductas** (pena de prisión de 1 a 5 años en la extorsión, y pena de prisión de 2 a 5 años para el robo con violencia en las personas) y, finalmente, **idéntico modo de ataque** (violencia sobre las personas) *A sensu contrario*, **no** cabría aplicar la agravante de **reincidencia** en el caso de un sujeto que comete, en primer lugar, un delito de **hurto** y, posteriormente, uno de **robo con violencia en las personas**, al faltar dos de los requisitos antes exigidos, a saber, la identidad en la gravedad de la conducta (la pena del hurto es prisión de 6 a 18 meses y la del robo, prisión de 2 a 5 años) y en el modo de ataque al bien jurídico (el hurto se caracteriza por la ausencia de violencia en las personas, mientras que ésta sí concurre en el robo con violencia o intimidación en las personas), si bien existe **identidad del bien jurídico** lesionado (el patrimonio).

En aras del principio de seguridad jurídica, sería aconsejable que tales criterios cristalizaran en la doctrina de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en la aplicación de la agravante de reincidencia, evitando dejar en manos del juez la apreciación material de ambos delitos, así como el peligro de un margen desmesurado de arbitrio, que podría degenerar en una aplicación discriminatoria de la citada agravante. Y, ante la ausencia de un criterio interpretativo consolidado, cualquier aplicación que realicen los Tribunales de la agravante de reincidencia siempre debe practicarse observando los principios que inspiran el Ordenamiento penal de

(35) De Vicente Martínez «La reincidencia», op. cit., p. 182.

(36) De Vicente Martínez, «La reincidencia», op. cit., p. 182.

un Estado de Derecho y, por encima de ellos, el principio *in dubio pro reo* (37).

Retomando la clasificación histórica de la reincidencia, en tercer lugar, cabe referirse a la reincidencia *propia*, en los casos en que el sujeto no sólo hubiera sido condenado, sino que asimismo hubiese cumplido la pena antes de la comisión del nuevo delito. Finalmente, como cuarta categoría, la reincidencia *impropia*, que es aquella en la que el sujeto previamente condenado no hubiese cumplido la pena impuesta. De estas dos últimas formas de reincidencia, en el Código penal vigente sólo subsiste la reincidencia impropia, siendo por tanto indiferente a efectos de apreciar esta agravante si el sujeto cumplió o no la condena atribuida (38).

III. FUNDAMENTO DE SU AGRAVACIÓN

La moderna Ciencia del Derecho penal ha venido cuestionando la legitimidad y fundamento de la agravante de reincidencia en el Código penal español, sobre todo a raíz de la introducción en el texto derogado de la figura de la «*multirreincidencia*» (39) y no obstante, el legislador penal de 1995, haciendo caso omiso a las

(37) Véase *De Vicente Martínez*, «La reincidencia», op. cit., p. 183.

(38) otra cuestión controvertida que plantea la regulación de la agravante de reincidencia es la relativa a las **modificaciones legislativas** que afecten a algunos de los elementos de la reincidencia y se sucedan con posterioridad al cumplimiento de la anterior condena. Por ejemplo, piénsese en la supresión del carácter delictivo de un tipo o el traslado del delito a otro Título del Código penal. A este respecto, cabe referirse a la **Disposición Transitoria Séptima** del Código penal de 1995, cuyo tenor literal dispone que «a efectos de la apreciación de la agravante de reincidencia, se entenderán comprendidos en e mismo Título de este Código, aquellos delitos previstos en el Cuerpo legal que se deroga y que tengan análoga denominación y ataquen del mismo modo a idéntico bien jurídico». La disposición transcrita supone un *mayor endurecimiento* en la regulación de la reincidencia, respecto de la regulación anterior, si tenemos en cuenta que la jurisprudencia, en aquellos casos sistemáticos de delitos sobre los que operaba una reforma, apreciaba la concurrencia de reincidencia, únicamente en aquellos casos en que al momento de cometerse el delito se encuentran ya bajo el mismo Capítulo el anterior y el nuevo tipo. Véase *Goyena Huerta*, Las circunstancias agravantes, op. cit., p. 191.

(39) En el Código penal anterior la «*multirreincidencia*» posibilitaba la aplicación no ya de la máxima cantidad de pena prevista para el delito, sino de la pena superior en grado, de manera que se producía una quiebra del «principio del respeto al marco penal en cuanto expresión del desvalor del hecho por el legislador» (*Quintero Olivares*, Curso de Derecho Penal. Parte General (Acorde con el Nuevo Código Penal de 1995), Cedecs, Barcelona, 1996, p. 562) La reforma de 2003 evita el término ***multirreincidencia*** y concibe éste como «una reincidencia cualificada si, al delinquir, el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en el mismo título del Código y siempre que sean de la misma naturaleza (regla del artículo 66), vid. *Alonso Álamo*, «Delito de conducta reiterada», op. cit., p. 71.

reivindicaciones doctrinales, tipifica la *reincidencia* entre el elenco de circunstancias agravantes modificativas de la responsabilidad criminal.

Antes de abordar el análisis de las diversas tesis doctrinales que tratan de buscar un fundamento dogmático a la regulación de la reincidencia, tratando de legitimar la agravación del castigo en la mayor *gravedad del injusto* (la reiteración de infracciones) o la mayor *culpabilidad del sujeto* (la personalidad del sujeto), me pronunciaré sobre el sentido y fines de la misma. En este momento anticiparé mis conclusiones provisionales, que no dejan de ser desalentadoras, en el sentido de afirmar que, desde una perspectiva dogmática conforme con los principios informadores del Derecho penal en un Estado de Derecho, se constata la ausencia de argumentos convincentes para hallar un fundamento sólido a la agravante de reincidencia.

Desde los primeros testimonios escritos conocidos, que si veo bien se remontan a *Protágoras* (40), la milenaria cuestión de la legitimidad de la pena ha girado siempre en torno a la búsqueda de una respuesta a cada una de las dos siguientes cuestiones; en primer lugar, la **justificación de la pena**, esto es, el hecho de que se castigue. En segundo lugar, en caso de encontrar una respuesta a dicho interrogante, preguntarse cuándo resulta necesaria la pena, esto es, **por qué y para qué penar** (41). Me limitaré aquí a decir que mi concepción de la pena se inscribe en líneas generales en las **teorías unitarias**, pero en la versión denominada **dialéctica**, que se debe a *Roxin* (42) y es seguida en nuestra doctrina por

(40) En este sentido, véase, por ejemplo, *Rossner*, *Recht und Moral bei den griechischen Sophisten*, Verlag V.Florentz, München, 1998, pp. 71 ss.

(41) **a)** La pena se justifica por el delito cometido y, en este sentido, es **retribución**, es decir, compensación del mal causado por el delito (*punitur quia peccatum est*) Véase, por ejemplo, *Cerezo Mir*, PG I, p. 20. En opinión de *Maurach*, uno de los últimos baluartes de la teoría clásica de la retribución, «...la mejor cualidad de la pena retributiva es su majestad libre de todo fin, como se expresa en la exigencia kantiana de que se imponga al último asesino la pena que merece incluso en el caso de que la sociedad se fuera a disolver voluntariamente» (*Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 1971, pp. 77 y ss.); **b)** En segundo lugar, la pena se justifica por su necesidad para evitar delitos futuros del autor; es decir, por sus efectos de **prevención especial**, pues mediante la imposición de la pena al mismo, o bien se le corrige, o bien se le intimida, o bien se le segrega de la sociedad y de este modo se le inociniza (*punitur ut ne peccetur*) En este sentido, véase *Cerezo Mir*, PG I, p. 22. Sobre la prevención general, véase *Roxin*, «Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad», en CPC nº2, 1977, p. 146; **c)** Finalmente, la pena se justifica por su necesidad para prevenir delitos futuros de cualquiera que quisiera cometerlos, en virtud de su eficacia intimidante, es decir, de **prevención general** (*punitur ut ne peccetur*) Véase, por ejemplo, *Cerezo Mir*, PG I, pp. 21 s. Véase *Roxin*, CPC nº2, 1977, pp. 146-147.

(42) Véase *Roxin*, «Sinn und Grenzen staatlicher Strafe», en su *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Walter de Gruyter, Berlin, 1971, pp. 12 ss.; 27 ss.; el mismo,

Muñoz Conde (43). De acuerdo con esta concepción, la pena es un *fenómeno pluridimensional* que cumple distintas funciones en cada uno de los momentos en que aparece (44).

Sentadas tales premisas para la pena en general, cabe preguntarse en primer lugar, la **justificación de la agravación de la pena en la reincidencia**, esto es, el hecho de que se castigue más gravemente. En segundo lugar, caso de hallar algún fundamento, cuestionarse en qué casos resulta necesaria tal agravación, esto es, **por qué y para qué penar más gravemente** en los casos de recaída en el delito.

Desde los primeros textos punitivos que tipificaron la agravante de reincidencia, la doctrina penal ha tratado de buscar un fundamento jurídico, capaz de legitimar la mayor exasperación punitiva que la misma comportaba en los autores reincidentes. A este respecto, ha sido muy prolija la doctrina penal (45) que se ha pronunciado al respecto, de modo muy exhaustivo, de ahí que no con-

AT I, 3ª Aufl., pp. 54 ss. Véase *Pérez Manzano*, p. 75. Asimismo, véase *Roxin*, en «¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho Penal?», en CPC nº30, 1986, pp. 671 ss.; en especial, pp. 679 ss.

(43) Véase *Muñoz Conde*, Introducción al Derecho penal, Ed. Bosch, Barcelona, 1976, pp. 33, 37; el mismo, Adiciones al Tratado de Derecho penal, Parte General, de *Jescheck*, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, pp. 111s.; y el mismo, PG, pp. 50 ss.

(44) Véase *Muñoz Conde*, PG, op. cit., p. 50.

(45) Véase en detalle, *Martínez de Zamora*, La reincidencia, 1971; *Mir Puig*, La reincidencia, op. cit., pp. 427 ss; *Mir Puig*, «Dogmatische Rechtfertigung und kriminalpolitische Kritik der Rückfallstrafscharfung» en *ZStW* 86, 1974, pp. 174 ss.; *Serrano Gómez*, «La reincidencia en el Código Penal», ADPCP 1976, pp. 45 ss.; *Bergalli*, La recaída en el delito y los modos de reaccionar contra ella, 1980, pp. 61 ss.; *Asúa Batarrita*, La reincidencia, op. cit., 1982, pp. 17 ss.; *González-Cuéllar*, «La reincidencia», en *Cobo* (Dir.), Comentarios a la legislación penal, V, 1º, 1985, pp. 305 ss.; *Díez Sánchez*, «La reincidencia internacional», CPC nº29 (1986), pp. 291 ss.; *Mir Puig*, «Sobre la constitucionalidad de la reincidencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», ADPCP 1993, pp. 1139 ss.; *Goyena Huerta*, «Capítulo IX: Reincidencia», en *Arroyo de las Heras/Muñoz Cuesta/Goyena Huerta*, Las circunstancias agravantes en el Código Penal de 1995, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1997; *De Vicente Martínez*, «La reincidencia en el Código Penal de 1995», ADPCP, 1997, pp. 169 ss.; *Marín de Espinosa Ceballos*, La reincidencia: tratamiento dogmático y alternativas político-criminales, 1999, *passim*. En el derecho comparado, véase, *Latagliata*, Contributo allo studio della recidiva, 1959; *Hanack*, «Zur Problematik einer Sonderstrafe für Rückfalltäter», en Program für ein neues StGB. 1968; *Horstkotte*, »Die Vorschriften des 1. StrRG über den Rückfall...», *JZ* 1970, pp. 152 s.; *Wessels*, «Zur Problematik der Regelbeispiele für 'schwere' und 'besonders schwere Fälle'», en *Maurach-FS*, 1972, pp. 295 ss.; *Bruns*, Strafzumessungsrecht, 2ª ed., 1974; *Hillenkamp*, «Zur materiellen Rückfall-Klausel», *JZ* 1974, pp. 208 ss.; *Haffke*, «Rückfalls und Strafzumessung» en *Schünemann* (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, pp. 197 y ss. [Reincidencia y medición de la pena], en *El sistema moderno del derecho penal. Cuestiones fundamentales* (Schünemann eds.), Ed. Tecnos, Madrid, 1991, pp. 179-195]; *Zipf*, «Die Behandlung des Rückfalls und der Vorstrafen nach Aufhebung des § 48 StGB», en *Tröndle-FS*, 1989, pp. 439 ss.

sidere conveniente reproducir los argumentos esgrimidos por cada una de ellas, cuyo estudio ha sido realizado magistralmente y a cuya lectura remito, sino antes bien, referirme sólo a los principios rectores y conclusiones fundamentales logrados por las diversas tesis, como punto de partida en mi investigación, tratando de desvirtuar cada uno de tales presupuestos, con el propósito utópico de una búsqueda hacia la justificación de la reincidencia desde principios político-criminales conectados con el sentido y fines de la pena.

No debe perderse de vista que en cada momento histórico, el fundamento de la reincidencia dependerá de las coordenadas político-criminales en que cada Código penal se inserte.

A) TEORÍA DE LA «INSUFICIENCIA RELATIVA DE LA PENA ORDINARIA» (LA TESIS DE CARRARA)

En el contexto de la «*Escuela Clásica*», defensora a ultranza del principio de retribución como máxima de justicia absoluta, destaca la figura de *Carrara* quien, partiendo de un método lógico-abstracto, iusnaturalista, trató de fundamentar la agravación de la reincidencia desde su «*teoría de la insuficiencia relativa de la pena ordinaria*». Conforme con la misma, no es posible sostener una fundamentación «**absoluta**» de la pena en sentido kantiano, sino que la *ratio* del «*ius puniendi*» se legitimaba en el pensamiento de la realización de la justicia. Asimismo, el recurso al Derecho penal se justificaba en virtud de la principal finalidad que el mismo estaba llamado a cumplir, a saber, la defensa del hombre y de la humanidad. De este modo, afirma, deberían imponerse límites a las penas, por más que se fundamenten en la justicia y ésta dicte la medida de las penas. En síntesis y atendiendo a criterios de prevención general especial, esgrime dos argumentos para negar la agravación de la reincidencia; a saber; en primer lugar, no puede agravar la «*cantidad*» del actual delito, puesto que tal circunstancia debería derivar de la perpetración del primer delito, ya *saludado*. En segundo lugar, tampoco cabe fundamentar la reincidencia en la «*mayor perversidad del reincidente*», dado que el «*Derecho penal, juez competente de la maldad del acto, no puede mirar la maldad del hombre, sin trascender a sus propios límites*» (46).

(46) *Carrara*, Programma del Corso di Diritto Criminale, Parte Generale, Lucca (Giusti), 1877, parg.737, p. 245; el mismo, Programa del Curso de Derecho criminal, traducción española de *Jiménez de Asúa*, 2ª ed., Madrid, 1925, p. 13) Véase *Mir Puig*, La reincidencia, op. cit., p. 432.

B) LA «REPETICIÓN DE LAS INFRACCIONES» (LA TESIS DE MANZINI)

Desde una perspectiva objetiva, las primeras tesis que se pronunciaron sobre el fundamento de la reincidencia legitimaron la exasperación de la pena que la misma conlleva en el simple hecho objetivo de la **reiteración de infracciones**, lo que justificaba la adopción de una consecuencia jurídica más grave para el autor primario, al estimarse una mayor aptitud revelada por el reincidente para infringir las normas penales (47).

Entre los argumentos esgrimidos por *Manzini* para fundamentar que sea la reiteración de delitos la causa de agravación de la pena en el caso de la reincidencia, su construcción gira sobre dos presupuestos; la «**mayor alarma social causada**» (48) y la «**ofensa al interés general de la conservación del orden jurídico**» (49). Con mayor rigor científico, *Manzini* concibe el delito como una doble lesión, tanto del precepto penal particular, como del interés general del mantenimiento del orden jurídico. Por tanto, el injusto objetivo del delito de reincidencia se equipara a «imputabilidad», constituyendo así la parte subjetiva del hecho punible (culpabilidad en sentido psicológico) Partiendo de la doble lesión (o puesta en peligro) que comporta el delito, bajo su criterio la reincidencia comporta la voluntad del reincidente de transgredir el **específico** precepto penal, además de la «voluntad repetida de no uniformarse al orden jurídico general penalmente sancionado». En síntesis, *Manzini* fundamenta la reincidencia «como circunstancia agravante de la imputabilidad o culpabilidad psicológica del reo».

Las principales **críticas** que se objetaron a la construcción de *Manzini* pusieron de manifiesto la imposibilidad (50) de fundar la agravación de la pena de la reincidencia en la **sola repetición material de las infracciones**, tratando de buscar tal fundamento fuera del plano objetivo de la antijuridicidad, trasladando el eje de gravedad de la cuestión al plano subjetivo del autor.

(47) *Bergalli*, La recaída en el delito: modos de reaccionar contra ella, Barcelona, 1980, p. 69; *Carvallo*, Diritto Penale – Parte generale, vol. II, Napoli, 1955, p. 887 y *Ranieri*, Manuale di diritto penale, Padova, 1968, p. 500.

(48) En la doctrina española, *Pacheco* también sostuvo como fundamento de la agravante de reincidencia la «**mayor alarma social**» producida (Véase *García Arán*, p. 163) Esta tesis tiene como última referencia las **características personales** del reincidente, que son las que producen ese estado de opinión (véase *Mir Puig*, La reincidencia, op. cit., p. 441).

(49) *Manzini*, Trattato di diritto penale italiano, 4ª ed., puesta al día por P. Nuvolone y GD Pisapia, Torino (Utet) 1961, pp. 695 ss.

(50) *Mir Puig*, La reincidencia, op. cit., nota 60, p. 446.

C) LA «MAYOR CULPABILIDAD» DEL SUJETO

a') La «mayor peligrosidad» del sujeto

Los representantes de la «*Scuola Positiva*» italiana trataron de legitimar la exasperación que comportaba la pena de la reincidencia sobre el presupuesto de la «*mayor peligrosidad*» del reincidente. La reacción de la sociedad frente al mismo se muestra más severa, porque la reiterada actividad criminal de aquél comporta un temor y una peligrosidad mayores que las del delincuente primario. Tal peligrosidad comporta un juicio de pronóstico de futuro, lo que conllevará que la reacción del Estado frente al mismo sea de carácter «*preventivo*» y no represivo (51). Conforme con sus propios postulados, si el presupuesto de la pena es la «*peligrosidad*», y no la culpabilidad (52), la mayor peligrosidad del reincidente debería comportar una pena más severa para el segundo delito cometido; por tanto, en las coordenadas de la «*Scuola Positiva*» el sistema no se constituye por penas, sino por *medidas de seguridad* (53).

Críticamente, cabe esgrimir tres objeciones a la citada tesis. En primer lugar, si bien se trataba de superar los obstáculos suscitados por la tesis de la *culpabilidad por la conducta de vida*, la asunción de este nuevo criterio no estuvo exenta de críticas al implicar consecuencias incompatibles con los principios informadores del Derecho penal de la culpabilidad, contraviniendo las bases del Ordenamiento jurídico español. En segundo lugar, la tesis de la peligrosidad criminal del reo también resulta contraria al Derecho penal de la culpabilidad, al implicar una presunción «*iuris et de iure*» en el sentido de afirmar que el sujeto reincidente es siempre peligroso, sin lugar a condicionar tal peligrosidad a la constatación de la habitualidad criminal, tal como configuraba la Ley de Peligrosidad Social. En tercer lugar, lo que resulta aún más llamativo e insostenible dogmáticamente; partiendo de la presunta peligro-

(51) *Mir Puig*, La reincidencia..., op. cit., p. 447, n. 62.

(52) Vease *Ferri*, Principios de Derecho Criminal, trad. Española de J.A. Rodríguez Muñoz, Madrid, 1933, pp. 266 y ss; *Mir Puig*, La reincidencia, op. cit., p. 449, n. 72.

(53) En la Ciencia del Derecho penal española, tras el rechazo de las tesis que trataban de fundamentar la gravedad de la reincidencia en un aumento de la culpabilidad del autor, un sector de la doctrina penal sostuvo un argumento alternativo, considerando que el dato que justificaba la exasperación del castigo de la reincidencia era la *mayor peligrosidad del autor* (*Ferrer Sama*, Comentarios al Código Penal I, Murcia, 1946, op. cit., I; pp. 411-412; *Rodríguez Mourullo*; Comentarios, op. cit., I, p. 743. En la moderna Ciencia española del Derecho Penal, *Cobo del Rosal* y *Vives Antón* han sostenido que el fundamento de la agravante de reincidencia descansa en una (presunta) mayor peligrosidad del delincuente (Derecho Penal. Parte General, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 899 ss.).

sidad del delincuente, sancionar su conducta con una pena, pues el presupuesto de toda pena es la culpabilidad del autor y no la peligrosidad. Si se afirma que el fundamento de la agravación de la reincidencia es la peligrosidad del autor, el instrumento adecuado para castigar tal conducta no es la pena, sino la *medida de seguridad* (54).

b') *La «mayor posibilidad de delinquir en el futuro» (la tesis de Antolisei)*

Denunciados los defectos de la tesis de la «*mayor peligrosidad del delincuente*» al implicar una presunción o juicio de pronóstico, incompatible con la reincidencia, desde el prisma de los postulados positivistas (55), representados por *Antolisei*, y tomando como punto de partida la reiteración de infracciones como fundamento de la reincidencia, afinando un poco más este criterio, se consideraba que tal reiteración material en la comisión de infracciones denotaba una inclinación futura del delito (56). Así las cosas, también se entenderían como niveles superiores de la reincidencia, pertenecientes a la categoría de la «peligrosidad», la habitualidad, la profesionalidad y la delincuencia por tendencia.

De este modo, la aceptación de estos argumentos hasta sus últimas consecuencias conllevaría consecuencias insostenibles, tales como la confusión de la reincidencia con otras instituciones referidas a la recaída en el delito, tales como, la habitualidad, la profesionalidad y la delincuencia por tendencia, que si bien presentan zonas limítrofes, poseen una naturaleza y fundamentos diferentes.

c') *La «personalidad del reo»*

Tras el fracaso de las tesis mencionadas, gozaron de mayor predicamento las teorías que trataron de determinar la naturaleza y fundamento de la *reincidencia* desde la **perspectiva del autor**,

(54) Véase *Mir Puig*, La reincidencia, op. cit., p. 523 y «Dogmatische Rechtfertigung und kriminalpolitische Kritik der Rückfallstrafscharfung», en ZStW Bd. 86, 1974, p. 189.

(55) La Escuela Positiva concibió el **delito**, a diferencia de la Escuela Clásica, no como un ente jurídico ideal, sino como un **fenómeno empírico**, ubicado en lo real-material. En este contexto, la **pena** —cuyo concepto mismo debía desaparecer— no se podía concebir como retribución de fenómeno de significado ético o jurídico, sino —con una nueva nomenclatura— instrumento de incidencia en la realidad externa, dirigida a la **defensa de la sociedad** (Véase *Mir Puig*, Introducción... op. cit., p. 180)

(56) Véase *Mir Puig*, La reincidencia, op. cit., p. 451, nota 80.

atendiendo al distinto grado de reproche que debe formularse sobre el sujeto que ya ha padecido el sufrimiento de una condena anterior (57). En este contexto se ubica un sector de la doctrina italiana —ex artículo 133 *Codice Penale*—, fundamentando la exasperación del castigo de la reincidencia, desde una doble perspectiva: tanto por la personalidad del reincidente, como por su capacidad para delinquir. En su virtud, si tal capacidad criminal forma parte del derecho penal represivo, con referencias al delito pasado, la prevención de la posible comisión de futuro debe ser evitada con otros instrumentos jurídicos, distintos de la pena, como son las *medidas de seguridad*.

Sentada esta premisa, la polémica que se suscitó giró en torno a la cuestión relativa a ubicar la llamada «mayor capacidad para delinquir» dentro de las categorías del delito, concretamente, si se trataba de una categoría *ajena a la culpabilidad* o, por el contrario, formaba parte de la misma. En esta línea argumental, que negaba la pertenencia de la «mayor capacidad para delinquir» a la categoría de la culpabilidad, **Ranieri** interpretó que la mayor capacidad para delinquir no constituía un hecho de futuro, sino antes bien, formaba parte de la personalidad manifestada en el hecho. Es más, tal «capacidad para delinquir» ni siquiera pertenece al delito, sino que se refleja en él, **sin que afecte a la gravedad de la culpabilidad (58)**.

d') La «mayor inclinación a delinquir» [*«Hangs zum Verbrechen» (59)*] (*culpabilidad del autor*) La tesis de *Bettiol*

Partiendo de que las tesis anteriores habían supuesto la negativa a fundamentar la exasperación de la *reincidencia* desde la perspectiva del principio de culpabilidad, por considerar aquéllas que la naturaleza punitiva de la agravante se mostraba incompatible con el principio político-criminal del «*nullum crimen sine culpa*», un destacado sector de la doctrina italiana trató de paliar tal fracaso fundamentando la exasperación punitiva desde las **categorías culpabilísticas**.

Si se atiende a la naturaleza **subjetiva** de la reincidencia, la *ratio essendi* de la misma debe conectarse con la *inclinación a delinquir* como componente interno de la intención del reincidente. Y el mayor

(57) *Bergalli*, La recaída en el delito..., op. cit., p. 70.

(58) *Ranieri*, Manuale di Diritto Penale, I, 4° ed., rev. Padova (Cedam), 1968, p. 559; *Mir Puig*, La reincidencia..., op. cit., p. 452.

(59) No obstante, a juicio de *Mir Puig*, la reincidencia es independiente de la inclinación a delinquir, en «Dogmatische Rechtfertigung und kriminalpolitische Kritik des Rückfallstrafscharfung», en ZStW Bd. 86, 1974, p. 177, en especial vid. n. 6).

grado de pena con que se castiga la reincidencia reside en el componente *psicológico-naturalista de la inclinación a delinquir*, que el individuo permite albergar en su ánimo, cuando podía haberlo evitado (60). Tal inclinación al delito admite una «*valoración ética*», basada en la capacidad de evitación del individuo, es decir, el haber podido evitar, con mayor esfuerzo personal recaer en el delito y dejar que se formase en él la inclinación al delito (61).

En definitiva, tal *inclinación al delito*, como fundamento a la agravación de la pena de la reincidencia constituye, a juicio de *Bettiol*, **aumento de la culpabilidad**, y entronca directamente con el principio de «*la culpabilidad por la conducta de vida*». Es decir, lo que justifica tal agravación es el reproche que se dirige al sujeto reincidente por la totalidad de su modo de vida, que le ha dejado la huella de la inclinación a delinquir. Conforme con ello, bajo su concepción, se superan los escollos antes advertidos que hacían incompatible tal fundamento con el principio de culpabilidad, armonizando el carácter subjetivo de la agravante de reincidencia con el fundamento con las tesis culpabilísticas.

Y merece destacar que, en la construcción de *Bettiol*, esta afirmación de la reincidencia en la categoría de la culpabilidad no se interpreta como una agravación del nuevo delito, careciendo, por tanto, de la naturaleza de agravante, al hallarse vinculada con la infracción anterior —no con el delito actual—, siendo por tanto culpa de autor y no de acto (62).

A modo de *consideraciones críticas*, la teoría de la culpabilidad por la *conducción de vida* suscitó numerosos inconvenientes que conllevaron su inaplicación práctica. No debe perderse de vista que teniendo su origen en Alemania, la citada tesis obedeció a las pretensiones de la época del nacional-socialismo, tratando de incorporar al puro Derecho penal de culpabilidad aquellas figuras jurídicas extrañas que resultaban difícilmente encuadrables en el Código penal alemán. Con esta fórmula se trataba de fijar límites al derecho penal de terror nacionalsocialista (63).

Por un lado, el origen y fundamento de esta tesis pretendía ajustar aquellas figuras extrañas de difícil encaje en el Código penal con los dictados del principio de culpabilidad. De otro lado, la constatación de una *culpabilidad de carácter* destacaría los casos en los

(60) *Bettiol*, *Diritto Penale*, 8ª ed., Padova (Cedam), 1973, pp. 624 y ss.; *Mir Puig*, *La reincidencia*, op. cit., p. 454, n.93.

(61) *Bettiol*, *Diritto Penale*, op. cit., p. 624.

(62) Véase *Mir Puig*, *La reincidencia*, op. cit., p. 455.

(63) Véase *Maurach*, *Tratado de Derecho Penal*, traducción y notas de J. Córdoba Roda, Ed. Ariel, Barcelona, 1962, p. 77; *Rodríguez Mourullo*, *Comentarios...*, op. cit., I, p. 742.

que el hombre se halla en condiciones de superar los aspectos inherentes a su personalidad, adquiridos desde su nacimiento, tales como su bagaje genético (taras hereditarias), anomalías biopsíquicas, de aquellos otros que no puede salvar. Conforme con ello, la labor del juez resultaría impracticable, ocasionando discutibles presunciones. Incluso, en el caso de afirmar la responsabilidad de carácter y su delimitación, ésta no resultaría relevante para el Derecho, pues desde el prisma del Estado, éste «no está legitimado para adoptar medidas restrictivas a cargo del individuo sólo porque éste se muestre más o menos malvado» (64).

Además de tales inconvenientes, tampoco resulta posible afirmar que la circunstancia agravante de reincidencia suponga el reflejo de una culpabilidad por la conducta de vida, conforme con la tesis aquí sostenida de **negar** que los reincidentes constituyan **tipos de autor***. Pretender defender a ultranza que la reincidencia constituye una manifestación de la mayor culpabilidad por la conducción de vida conlleva la asunción de una presunción «*iuris et de iure*», contradicha por la praxis diaria.

De otro lado, también se ha tratado de legitimar la exasperación de la agravante de reincidencia a través del fundamento del **incremento de la culpabilidad** del autor, aunque sin recurrir a la teoría de la culpabilidad por la conducta de vida, basándose en la tesis de la **culpabilidad por el acto aislado**. En opinión de *Maurach*, «mientras que para el general juicio de culpabilidad basta con la observación de que el autor ha abusado de su imputabilidad por la consciente rebeldía frente a la *norma* (ley prohibitiva); en el ladrón reincidente, concurre, además en sentido agravatorio, la *representación de la punibilidad de su hacer*» (65).

En mi opinión, sostener que la representación de la punibilidad de la actuación del reincidente no es argumento sólido para fundamentar la exasperación de la agravación de la pena para los reincidentes. Afirmar lo contrario conllevaría elevar también las penas en los casos de los distintos profesionales del Derecho, que conocen perfectamente la punibilidad de su obrar. Y lo que va aún más lejos, fundamentar la exasperación en la tesis de la representación sería asumir una «presunción de intensificación de la culpabilidad», pues, «lo cierto es que basta con el dato objetivo de la anterior condena, para que su apreciación haya de verificarse

(64) De esta opinión *Antolisei*, *Manuale*, Parte generale, *op. cit.*, pp. 237-238. Asimismo, *Groizard*, *Código...*, *op. cit.*, p. 438; *Rodríguez Mourullo* *Comentarios*, *op. cit.*, p. 742.

(65) *Maurach*, *Deutsches Strafrecht*, AT, Ein Lehrbuch, 4ª ed., revisada, Karlsruhe, CF Müller, 1971, p. 856.

ineludiblemente, sin que sean permitidas indagaciones de ningún género acerca de la conciencia y voluntad del sujeto en el momento de delinquir» (66).

D) LA «MAYOR GRAVEDAD DEL INJUSTO» (LA TESIS DE MIR PUIG)

En la doctrina penal española, a comienzos de la década de los setenta, un sector minoritario, representado por *Mir Puig*, elaboró una nueva tesis sobre el fundamento de la agravación de la pena en la reincidencia, separándose de la corriente dominante que fundamentaba la mayor exasperación punitiva de la citada agravante en la **condena previa**. Esta fórmula fue empleada por el legislador penal alemán, ya en la redacción del antiguo **§17 StGB**, fruto de la primera *Ley de Reforma* del Derecho Penal de 25 de junio de 1969, fiel trasunto del **§ 48** del nuevo Código penal alemán (67), a tenor de la *Segunda Ley de Reforma* de 4 de julio de 1975, fundamentando expresamente la exasperación de la agravante de reincidencia en el valor admonitorio de la condena anterior, exigiéndose al autor que «**le sea reprochable a la vista de la naturaleza y de las circunstancias de las infracciones, no haber tenido en cuenta como advertencia las condenas anteriores**».

En sentido crítico, tampoco cabe fundamentar la agravación de la *reincidencia* en la mayor gravedad del injusto, dado que no se aprecia en el nuevo delito un aumento en el desvalor de acción, ni tampoco en el desvalor de resultado, tratando de justificarlo, simplemente, en la existencia de una condena anterior. En mi opinión, la tesis que sostiene *Mir Puig*, al margen de su incalculable valor dogmático, supone una ficción, al admitir la vulneración de dos normas y, además, la existencia de dos bienes jurídicos. En primer término, la implícita, contenida en el delito que comete (por ejemplo un robo) y, además, la que prohíbe la recaída en el delito tras la condena (la reincidencia); argumentación relacionada con la tesis

(66) Véase *Luzón Domingo*, Derecho penal del Tribunal Supremo, Ed. Hispano Europea, Barcelona, 1964, p. 426.

(67) **§48 StGB. (Código penal alemán)** dispone que «*si después de 1º haber sido ya condenado por lo menos dos veces en el ámbito especial de vigencia de esta ley por un delito grave o delito menos grave doloso y 2º haber cumplido, por razón de uno o varios de estos hechos, un mínimo de tres meses de pena privativa de libertad, alguien comete un hecho doloso conminado con privativa de libertad, siéndole reprochable en atención a la naturaleza y circunstancias de los hechos, no haber tenido en cuenta como advertencia las condenas anteriores, la pena mínima imponible será de seis meses de privación de libertad, siempre que el hecho no se halle conminado con una penalidad de mayor gravedad en su límite mínimo. El límite máximo de la pena privativa de libertad señalada por la ley no podrá ser superado*». El parágrafo 48 StGB fue derogado por una Ley de 1986.

de *Armin Kaufmann*, al suponer «la intervención de un bien jurídico, que sería el viejo y autoritario derecho subjetivo estatal a la obediencia pura», incompatible con el principio de culpabilidad (68).

IV. TOMA DE POSICIÓN. LA REINCIDENCIA DESDE LOS FUNDAMENTOS Y FINES DE LA PENA

Demostrada la imposibilidad de legitimar la punición de la agravante de reincidencia desde las tradicionales categorías de la *anti-juridicidad* y la *culpabilidad*, y defendiendo una teoría de la pena desde la perspectiva de la *prevención especial*, la única solución viable para fundamentar el castigo de la *reincidencia* podría fundamentarse en razones de *prevención especial*, dado que el sujeto ha demostrado una peligrosa predisposición para el delito. Por el contrario, desde la perspectiva de la *prevención general*, resultaría más difícil buscar un fundamento a la agravación de la reincidencia, ya que la capacidad conminatoria del Derecho penal no parece muy eficaz, pues precisamente la reincidencia confirma el fracaso de la prevención general, dado que el reincidente no parece haberse intimidado por la norma, sino antes al contrario.

En **primer lugar**, y en contra de la opinión mayoritaria, no cabe fundamentar la exasperación de la agravante de reincidencia en un mayor aumento de la culpabilidad, pues como acertadamente ha afirmado **Roxin**, «*el concepto de culpabilidad como fundamento de la retribución es insuficiente y debe ser abandonado, pero el concepto de culpabilidad como principio limitador de la pena debe seguir manteniéndose y puede fundamentarse también teóricamente en esta segunda función*» (69). Y es más, si bien «la **culpabilidad** constituye un **límite a la pena**, no obstante, no la fundamenta... es una condición necesaria, pero **no suficiente** para la imposición de la consecuencia jurídica» (70). La culpabilidad por sí sola, entendida como posibilidad de actuar de un modo distinto es insuficiente para justificar la imposición de una pena. Debe añadirse la **consideración preventiva**, tanto general como especial, de que la pena es necesaria para reforzar el sentimiento jurídico y la fe en el derecho de la comunidad y para actuar sobre el autor del delito, evitando su recaída en el mismo...» (71) «... La misión del Derecho

(68) Véase art. 5° CP.

(69) *Roxin*, «Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad», en CPC n°2, 1977, p. 144.

(70) Véase *Roxin*, «Reflexiones político-criminales...», op. cit., p. 148.

(71) En este sentido, *Muñoz Conde* en *Roxin* Culpabilidad y prevención en Derecho Penal (trad. Muñoz Conde), Ed. Reus, S.A., Madrid, 1981, pp. 20 ss.

Penal no puede consistir en retribuir la culpabilidad, sino solamente en la resocialización y en las ineludibles exigencias de prevención general» (72) (73).

En opinión de *Muñoz Conde*, lejos de legitimar la agravante de reincidencia en la mayor culpabilidad por el hecho que se enjuicia y sobre el que recae la agravante, debe hallarse su fundamento más propiamente, bien en lo **recalcitrante de la actitud del sujeto** que insiste en la desobediencia a las normas penales, bien en su **mayor peligrosidad**; sin embargo, ni la peligrosidad puede presumirse *iuris et de iure* como hace el Código en esta materia, ni es un concepto en el que puede asentarse una mayor gravedad de pena, que debe ir referida a la culpabilidad (74) (75).

(72) En este sentido, *Roxin*, «Reflexiones político-criminales...», op. cit., p. 145.

(73) Véase el **§ 46.I.1 StGB**: «La culpabilidad del autor es el fundamento de la medición de la pena»: las necesidades estatales de prevención no pueden ser perseguidas sin límite a costa del individuo, sino sólo en la medida de su culpabilidad individual (*Roxin*; «Qué queda de la culpabilidad?», op. cit., p. 675) No obstante, desde el funcionalismo de *Jakobs*, Desde una concepción exclusivamente preventivo general del Derecho penal, su doctrina conduce a la funcionalización de la persona del delincuente. El criterio de lo que haya de suceder con él no se obtiene de su hecho, su comportamiento y su actitud, sino de supuestas necesidades sociales. El es simplemente el medio de ejercitar al ciudadano en la fidelidad al Derecho, un instrumento para la estabilización de la confianza social en el Ordenamiento. No es la capacidad de conducción del autor sino el **deseo de influir sobre la generalidad**, la que determina la atribución de culpabilidad. *Jakobs* pretende hacer culpable y castigar también a un autor impulsivo completamente incapaz de autoconducción, en la medida en que no se conozcan métodos prometedores de curación de su enfermedad., Y, con relación al **autor reincidente**, considera *Jakobs* que, «... Dado que no es tolerable responder con indulgencia a la intensidad de delincuencia, las dificultades en la observancia del Derecho que puedan llevar consigo los hechos punibles anteriores continúan siendo cosa del autor, con lo que no atenuan la culpabilidad» (*Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1983, p. 399) En sentido crítico, véase *Kant* quien repudió esta total instrumentalización del individuo como atentado contra la dignidad humana «El ser humano no puede ser nunca manipulado como medio de los propósitos de otro ni ser mezclado entre los objetos del Derecho de cosas, contra lo que le protege su personalidad innata» (*Metaphysik der Sitten*, §49, E, Weisschedel, 1956, tomo 4, p. 453) Puesto que la dignidad humana se declara intangible en la Ley Fundamental de la Alemania Occidental (art.1) una doctrina como la que sostiene *Jakobs* tropieza, además, con dudas de naturaleza jurídico-constitucional (*Roxin*, «Que queda de la culpabilidad?», op. cit., p. 681)

(74) Véase *Muñoz Conde*, Derecho Penal. Parte General, 6º ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pp. 490-491.

(75) La **LO 15/2003, de 29 de septiembre**, ha incrementado los efectos de la ya problemática agravante de *reincidencia*. La actual regla 5 del artículo 66.1 CP incrementa los efectos de la reincidencia en el caso de que ésta sea cualificada, es decir, cuando al ser condenado por el nuevo delito («al delinquir», puesto que antes de la condena no puede decirse que haya delinquido), el culpable acumule condenas por delitos anteriores comprendidos en el mismo Título del Código penal, siempre que sean de la misma naturaleza. En tal caso, el juez o tribunal *puede* aplicar la pena supe-

En segundo lugar, si concibo la *retribución*, siguiendo a *Roxin* y *Muñoz Conde*, como **prevención general positiva**, como reforzamiento de la confianza social en el Derecho, y precisamente la *reincidencia* demuestra el fracaso de los fines preventivos, parece deducirse de ello que en la punición de la reincidencia queda latente un cierto carácter vindicativo. No obstante, no puede aceptarse la idea de que la pena retributiva de la culpabilidad constituya el medio más idóneo y conveniente para reprimir las conductas socialmente dañosas no evitables de otro modo (76). Actualmente, «nadie mantiene que la pena, basada en la culpabilidad y en su pura retribución, deba ser el único medio de reacción frente al delito» (77).

Incluso, en la hipótesis de admitir como posible una *pena retributiva* de la culpabilidad erigida sobre un reproche moral, ello no implicaría que la misma sea el mejor medio para reprimir la criminalidad, dado que la lucha contra el delito se configura de **modo preventivo** con miras al futuro. No obstante, la retribución de la culpabilidad se orienta hacia el hecho pasado, que pretende compensar. Los fines preventivos son ajenos a la esencia de la retribución. Ahora bien, si se pretende alcanzar una meta (la prevención) aplicando un medio (la retribución de la culpabilidad) que no está destinado a la obtención de la finalidad perseguida, éste no puede razonablemente ser el mejor medio. Más bien, el medio no será idóneo o, por lo menos, deberá ser transformado de modo correspondiente a dicho fin (78).

Así las cosas, y dentro de un sistema penal *dualista* resultaría más adecuado sustituir el principio de culpabilidad para fundamentar la pena, y sustituirlo por el concepto de «*responsabilidad*», ya que a juicio de *Roxin*, «... la culpabilidad viene acuñada desde el punto de vista político-criminal por la teoría de los fines de la pena» (79). Otros autores, proponen asimismo la sustitución del concepto de culpabilidad por el de «*imputación individual*» (80), según causas especiales de medición de la pena.

rrior en grado, teniendo en cuenta las condenas precedentes y la gravedad del nuevo delito cometido (*Muñoz Conde*, DP.PG, op. cit., 6ª ed., 2004, pp. 490-491)

(76) Véase *Roxin*, «Que queda de la culpabilidad en Derecho penal?», en CPC nº 30, Madrid, 1986, p. 673.

(77) Véase, *Muñoz Conde*, en *Roxin*, Culpabilidad y prevención, op. cit., p. 13.

(78) *Roxin*, «Que queda de la culpabilidad?», op. cit., p. 673.

(79) Así, *Muñoz Conde*, en *Roxin*, Culpabilidad y prevención, op. cit., p. 21.

(80) *Achenbach*, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1972, pp. 220 ss. En esta línea, aunque desde un Derecho sancionador de carácter monista, *Ellscheid* y *Hassemer*, propusieron la sustitución del principio de culpabilidad por el de **proporcionalidad**, como límite de la sanción (*Seminar: Abweichendes Verhalten*, tomo II, parte 1º: *Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität*, 1975, pp. 266-292)

Conforme con ello, en **tercer lugar**, la agravación de la pena para los reincidentes no resulta compatible con el principio de culpabilidad, pues la capacidad del reincidente a resistir a la tentación de cometer nuevos delitos no aumenta con el número de condenas anteriores, sino que, al contrario, **disminuye** (81). Un principio de culpabilidad suficientemente cumplido apoya, por ello, la exigencia de **renunciar a una agravación de la pena para los reincidentes**. Y, si bien es cierto que, atendiendo a razones preventivas, es necesario intervenir sobre los sujetos reincidentes de forma más intensa que sobre el delincuente primario, no es menos cierto que la intervención no debe efectuarse a través de la ejecución de una pena, inadecuada para la *resocialización*, sino mediante la **aplicación de una medida**, por ejemplo, el internamiento en un establecimiento de terapia social (82).

Si bien, en un plano teórico, *penas y medidas de seguridad* son diferenciables, en la práctica cumplen el mismo papel y, de hecho, tienen la misma finalidad y contenido (83). El supuesto de hecho de las medidas de seguridad debe extraerse de una pluralidad de preceptos del Código penal.

El «*supuesto de hecho*» genérico de las medidas de seguridad está configurado, pues, por los siguientes **elementos**: **a)** el sujeto tiene que estar comprendido en una categoría determinada de personas; y **b)** en el sujeto debe apreciarse peligrosidad criminal; la confluencia de ambos requisitos dará lugar a la constitución de los llamados «estados de peligrosidad criminal» típicos (84).

(81) En Alemania, *Kleinschrod* (Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts nach der Natur des Sache und der positiven Gesetzgebung, Erlangen, 1794, *passim*) sostuvo la tesis de «**la responsabilidad atenuada**», en virtud del carácter de hábito que se atribuía a quien repetía una conducta criminal luego de haber sido condenado previamente. En esta línea se insertó el movimiento científico en apoyo del Proyecto Alternativo al Código Penal alemán (AE StGB) de la antigua RFA. Tesis de la «*menguada culpabilidad del reincidente*», *menor culpabilidad* («*geringere Schuld*») defendida por autores como *Bindokat* («Zur Rückfallstrafe de lege ferenda», en ZStW Bd.71, 1959, pp. 281 ss.), *Hanak* («Zur Problematik einer Sonderstrafe für Rückfalltäter», en *J. Baumann* (ed.) Programm für ein neues Strafgesetzbuch, Frankfurt a/M, 1968, pp. 108 y ss. En su opinión, tales sujetos gozan de una posibilidad de comprensión de la prohibición penal sensiblemente inferior a la de aquellos que no han pasado por situaciones semejantes.

(82) Precisamente, a juicio del propio *Roxin*, la supresión de la agravante de reincidencia del Código Penal alemán, a través de la 23ª Ley de Reforma Penal de 13 de abril de 1986 obedeció al principio de culpabilidad, en «Qué queda de la culpabilidad?», op. cit., p. 676.

(83) En este sentido, *Muñoz Conde*, Derecho Penal. Parte General, op. cit., pp.

(84) Sobre el concepto de estado peligroso, véase *Romeo Casabona*, Peligrosidad y Derecho penal preventivo, Bosch, Barcelona, 1986, pp. 26 ss.; *Jorge Barreiro*, Las medidas de seguridad en el Derecho español, Ed. Civitas, Madrid, 1976, pp. 197 ss.

Por lo tanto, el *fundamento* de las medidas de seguridad es exclusivamente la *peligrosidad criminal* y ésta debe ser, también exclusivamente, el contenido del supuesto de hecho con respecto al que luego habrá de determinar y proporcionar la consecuencia jurídica (la medida). El delito cometido previamente por el sujeto no puede tener aquí otro valor que el que corresponde a un «síntoma revelador» de su peligrosidad (85), pero la peligrosidad no puede radicar en el hecho previo mismo (86). La exigencia de la previa comisión de un delito, por tanto, no tiene otro valor —de gran importancia sin embargo— que el de un criterio que limita las medidas de seguridad del Derecho penal a las *postdelictuales*, y por tanto, de un límite externo, por razones de seguridad jurídica, al ejercicio del Derecho penal preventivo (87), pero no puede ser un elemento más de la estructura del «supuesto de hecho» de la medida. No obstante, y dadas las consecuencias poco satisfactorias de la tesis de la peligrosidad criminal en relación con la agravante de reincidencia, algún autor propugnase la sustitución de «los arcaicos conceptos verbalistas de reiteración o reincidencia por los sociológicos y antropológicos de la habitualidad y profesionalidad», tratando de tomar en consideración más que la repetición de sentencias, el género de vida del delincuente y la conexión de las diversas infracciones con la personalidad del autor» (88).

En el caso de la *reincidencia*, parece que la imposición de una pena privativa de libertad está desprovista de finalidades preventivas y, más bien, parece imbuida de tintes retribucionistas. Un Derecho Penal tendente a la prevención debe concebir la culpabilidad como correspondiente a la prevención o, de lo contrario, le pondría cortapisas a ésta hasta la ineficacia, y una pena ineficaz, desde luego, ya no está indicada desde el punto de vista preventivo (89). Por consiguiente, lo más adecuado parece ser la aplicación de una *medida de seguridad*, con *carácter inocuizador*.

Por todo lo expuesto, la agravante de *reincidencia* constituye a mi juicio, un grave quebranto de los principios inspiradores del

(85) En este sentido, véase *Rodríguez Mourullo*, ComCP, p. 41.

(86) De opinión similar, *Cerezo Mir*, PG I, p. 38. De otra opinión, *Cuello Contreras*, PG, pp. 101 ss., pues cree que la peligrosidad se extrae del hecho cometido.

(87) En sentido similar, véase *Rodríguez Mourullo*, «Medidas de seguridad y Estado de Derecho», en *Peligrosidad social y medidas de seguridad*, Universidad de Valencia, 1974, pp. 363 ss.; *Cerezo Mir*, PG I, p. 35; *Jorge Barreiro*, «El sistema de sanciones en el Código penal de 1995, en *La reforma de la justicia penal* (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann), Castellón de la Plana, 1997, p. 109.

(88) *Quintano Ripollés*, Comentarios, op. cit., p. 239.

(89) Véase *Roxin*, «¿Qué queda de la culpabilidad?», op. cit., p. 683.

Derecho penal de la culpabilidad, resultando además poco adecuado como instrumento de la Política Criminal, si tenemos en cuenta que la *reincidencia* supone un estrepitoso fracaso de los efectos preventivos de la pena. Dada tal frustración, resulta poco operativo que el Derecho penal reaccione, a su vez «reincidiendo» en la pretensión de lograr finalidades de aseguramiento y prevención, precisamente a través de la misma sanción que fracasó anteriormente. Por consiguiente, lo más adecuado a tal fin no consiste en aumentar la cantidad de pena, dado el fracaso de la sanción retributiva, sino antes bien recurrir a una consecuencia jurídica de **naturalidad distinta (90)**, a mi juicio, una *medida de seguridad inocuidadora*.

De lege ferenda, resultaría conveniente suprimir la *reincidencia* como circunstancia agravante de la responsabilidad criminal. En opinión de *Mir Puig*, aunque referida al Proyecto de Código penal de 1980, la reincidencia debe también suprimirse en sus dos modalidades. Ni la mayor «perversidad» del reincidente ni su más elevada «peligrosidad» pueden justificar el recurso a la pena. La *perversidad* constituye un *modo de ser* y el Derecho penal actual no puede castigar más que hechos, no personalidades. La *peligrosidad* que también constituye una característica del sujeto y no del hecho, tampoco puede, pues, fundamentar la imposición de una pena (aunque sea de la pena representada por la agravación). La *peligrosidad* sólo puede determinar la aplicación de una medida de seguridad —si puede ser eficaz y no se opone al principio de proporcionalidad—. En el *hecho del reincidente* sólo cabe hallar, en sentido agravatorio, la expresión de una mayor «rebeldía» frente al orden jurídico, pero tal rebeldía sólo puede castigarse desde un prisma moralizante que no conviene a un Derecho penal limitado a la protección de bienes jurídicos entendidos como condiciones existenciales de la vida social. Por otra parte, en el reincidente concurre una menor capacidad de resistencia frente al delito que puede verse como menor culpabilidad al volver a delinquir (91).

(90) En sentido similar, véase *Carrara*, Programa de Derecho criminal. Parte general, II (trad. De J.J. Ortega Torres y J. Guerrero), Buenos Aires, 1957, p. 205. En su opinión, la reincidencia prueba una insuficiencia relativa de la pena. En su opinión, renovar contra el reincidente la misma pena es fútil; proponiendo superar tal insuficiencia con el aumento cuantitativo de la pena (en definitiva, la misma pena)

(91) En opinión de *Mir Puig*, la llamada entonces por el Proyecto «reincidencia genérica» es la que, en primer lugar, debería desaparecer; en «Observación a los títulos preliminar y primero del Proyecto de Código Penal de 1980», en *La reforma penal y penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 1980, pp. 511-512.

Pues bien, afirmada nuestra propuesta abolicionista de la agravante de reincidencia, el fenómeno de la recaída en el delito debe abordarse a través de un adecuado *tratamiento preventivo —medida de corrección y seguridad—* adaptando la problemática de la reiteración en el delito a la realidad criminológica (92). Y llegados a este extremo, considero errónea una búsqueda del fundamento dogmático del castigo de la reincidencia con base en alguna de las categorías del delito, dado que cada posición dogmática dota de diferente contenido o significado a los elementos del delito. Quizás la solución pase por abandonar la idea de que las categorías jurídicas clásicas sean la *panacea* para la explicación del binomio delito-pena. Y esa arcaica concepción debe abandonarse, dada la presencia de elementos que no pueden explicarse de modo satisfactorio con el recurso a tales categorías, o bien requieren la asunción de **nuevos principios y criterios (93)**. Valga de cita las *condiciones objetivas de punibilidad (94)*, o por otro lado, el concepto de *imputación objetiva*, que ha provocado la ampliación de la teoría del delito. Por todo ello, «la pretensión de que todas las circunstancias agravantes... han de tener una explicación en la antijuridicidad o en la culpabilidad debe ser abandonada, pues, amén de que el contenido de esos conceptos es discutido, puede suceder que la razón de una agravación no se encuentre ni en la antijuridicidad ni en la culpabilidad, sino en postulados político-criminales fundados en la función o finalidad que se le quiere dar a la reacción penal».

Por otra parte, siendo el actual criterio legal de determinación de la pena uno de los posibles, no hay por qué entender que las categorías o «cantidades» de antijuridicidad o culpabilidad han de depender precisamente de estas circunstancias. Un sistema futuro que, por ejemplo, suprimiera todas ellas e introdujera reglas apoyadas en el arbitrio judicial, o bien simplemente un sistema de indicaciones o recomendaciones dirigidas al juez, no tendría que vincularse a razonamientos ligados al injusto o a la culpabilidad, sin perjuicio de que sea legítimo apreciar «subjétivamente», pues es materia opinable, que las vigentes circunstancias no son expresión de la particular política criminal del siglo XIX en materia de determinación de la pena, sino complementos medidores del injusto y de la culpabilidad (95).

(92) En este sentido, *Rodríguez Mourullo*, Comentarios, op. cit., I, p. 744.

(93) Véase *González Cussac*.

(94) En detalle, véase *Mapelli Caffarena*, Estudio dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad, Madrid, 1990.

(95) *Quintero Olivares*, Curso, op. cit., p. 554.

Finalmente no hay que olvidar que cualquier fundamento dogmático que trate de justificar la exasperación punitiva en el caso de la agravante de reincidencia debe estar imbuida por criterios político-criminales. «El valor simbólico-social de la agravación de la pena por reincidencia pasa pues por encima de cualquier otra consideración» (96).

(96) *Quintero Olivares*, Curso, op. cit., p. 563.