

La reincidencia en el Código penal

ALFONSO SERRANO GOMEZ
Profesor Adjunto de Derecho penal

I

La recaída en el delito es un problema que viene preocupando no sólo a los penalistas —en cuanto pretenden justificar la agravante en base a diversos criterios—, sino a los criminólogos —con referencia a la motivación—, a los penitenciaristas —por los problemas de tratamiento que plantea—, a la propia administración de justicia —en cuanto al notable incremento de la reincidencia—, a los políticos —por el problema social que les crea— y, finalmente, a la sociedad en general, por el mayor temor que se le tiene al sujeto que una y otra vez incide en su conducta criminal.

De este tema se han ocupado recientemente de forma especial, Rodríguez Mourullo (1), hay dos monografías de Mir Puig (2) y Martínez Zamora (3), así como un estudio criminológico de Landín Carrasco (4) (5). Esto sin contar con el comentario de otros autores en sus manuales o referencias en otros trabajos.

El tema vuelve a tener interés por la modificación de que ha sido objeto el número 15 del art. 10, así como la regla 6.^a del artículo 61 del Código penal, por Ley de 28-11-1974, que cambia el rumbo de una jurisprudencia que desde el año 1972 parece que iba por el camino de resolver algunos de los problemas que planteaba la multirreincidencia.

Aunque el tema central de la reincidencia se recoge en dos supuestos del artículo 10, en la reiteración (núm. 14) y reincidencia (núm. 15), y su relación con las reglas 2.^a y 6.^a del artículo 61, hay diversos artículos del Código en que se aborda el tema. Nos vamos a ocupar no solamente de la reiteración y reincidencia como agravante genérica

(1) RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: en CÓRDOBA RODA-RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, Barcelona, 1972, págs. 724 y ss.

(2) MIR PUIG, S.: *La reincidencia en el Código penal*, Barcelona, 1974.

(3) MARTÍNEZ ZAMORA, A.: *La reincidencia*, Murcia, 1971.

(4) LANDÍN CARRASCO, A.: *Estudio criminológico sobre la multirreincidencia*, Madrid, 1975.

(5) MAJADAS, P.: *Estudio sobre la reincidencia en España*, Ministerio de Justicia, Gabinete de Estudios para la Prevención del Delito, Madrid, 1974, sin publicar. También RUIZ VADILLO, E.: *La doble reincidencia según la doctrina jurisprudencial*, en «Revista de Estudios Penitenciarios», 1964, núm. 164.

del art. 10, que es el tema al que han dedicado especial interés los autores, sino también el contenido del resto de los artículos que de una u otra forma agravan la repetición de conductas delictivas en base a la reincidencia. Es un error que se viene cometiendo en algunos de nuestros comentaristas, al olvidarse del resto de los artículos del Código penal. No puede pedirse, por ejemplo, la derogación de los números 14 y 15 del artículo 10 del Código, olvidando, o por lo menos sin hacer una declaración expresa, del resto de los artículos de dicho cuerpo legal donde de forma especial se recoge una agravación para la reincidencia, o incluso resultan privilegiadas ciertas situaciones de recaída en el delito. Este problema de no tener en cuenta todo el contenido del Código, e incluso de leyes penales especiales, se observa a veces en las reformas de aquél (6).

Además de los supuestos de reiteración y reincidencia del artículo 10, se encuentra la reincidencia de forma especial en los siguientes artículos del Código:

— Segunda reincidencia para los delitos de hurto (art. 516, 3.º), estafa (530, p. primero) y apropiación indebida (art. 535).

— Se tiene en cuenta las sentencias extranjeras a efectos de aplicar la agravante número 15 del artículo 10, en los delitos de falsificación de moneda metálica y billetes de Estado y Banco (art. 289), en materia de estupefacientes (art. 344, p. último) y en los delitos relativos a la prostitución (art. 452 bis f).

— En los juegos ilícitos, para los banqueros y dueños de las casas de juego de suerte, envite o azar, y jugadores que concurrieren a las mismas (art. 349).

— El eclesiástico que, requerido por el Tribunal competente, rehusare remitirle los autos para la decisión de un recurso de fuerza interpuesto (art. 381).

— Convierte en delito el hurto o la estafa inferior a 5.000 pesetas (que sería falta), si el culpable hubiera sido condenado anteriormente por el delito de robo, hurto, estafa, apropiación indebida, cheque en descubierto o receptación (arts. 515-4.º y 528-4.º).

— La falta de hurto, estafa o apropiación indebida se convierte en delito, si el autor estuvo condenado anteriormente dos veces en juicio de faltas por estafa, hurto o apropiación indebida (arts. 515-4.º, 528-4.º y 587-1.º y 3.º).

— Defraudaciones del artículo 533.

— Infracciones del Derecho de autor y la propiedad industrial (art. 534).

— Defraudaciones del fluido eléctrico (art. 537).

— Privación definitiva del permiso de conducir (arts. 340 bis a, 2.º y 565 p. sexto).

— En el libro III ya se apuntó cómo se eleva a la categoría de delito algunas faltas (art. 587, 1.º y 3.º).

(6) SERRANO GÓMEZ, A.: *Reformas penales en 1974*, en «Boletín Inf. Ministerio Justicia», núm. 1.039, de 25-10-1975, pág. 5.

— Determinados casos de intrusismo o falta de inscripción profesional en Colegio, Corporación o Asociación oficial (art. 572).

— Pastoreo abusivo (art. 593, p. segundo).

— Quema de rastrojos (art. 596, p. segundo).

Se tiene también en cuenta la reincidencia:

— Para no conceder la condena condicional (art. 93, 1.º).

— Pérdida del tiempo pasado en libertad condicional (art. 99, p. segundo).

— Interrumpe la prescripción de delitos (art. 116, p. segundo).

— En materia de rehabilitación (art. 118, p. último).

Se desprende de lo anterior que la reincidencia afecta de forma específica en diversos artículos del Código penal. Por otra parte, el tema que nos ocupa tiene también interés en otra serie de supuestos (7), que son:

— El uso de nombre y título supuestos (art. 322, p. segundo).

— Quebrantamiento de condena (arts. 344 y 345).

— En determinados supuestos donde la habitualidad supone una agravación de la pena. Sucede esto:

— En las exacciones ilegales (art. 402).

— Aborto (art. 415, p. segundo).

— Usura (art. 542) (aquí fundamenta la pena) (8).

— Encubrimiento con ánimo de lucro y receptación (art. 546 bis).

Dispone el número 14 del artículo 10 del Código penal, que es circunstancia agravante, *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 aquélla señale pena menor.

En el número 15 de dicho artículo se establece después de la reforma de 28-11-1974: *Ser reincidente*.

Hay reincidencia cuando al delinquir el culpable hubiere sido ejecutoriamente condenado por algún delito de los comprendidos en el mismo título de este Código.

Existe doble reincidencia cuando al delinquir el culpable hubiere sido ejecutoriamente condenado, en una o en varias sentencias, por dos o más delitos de los comprendidos en el mismo título de este Código.

Recoge el Código penal dos formas de reincidencia (9): la genérica de *reiteración* y la específica de *reincidencia*. Hay en las dos elementos comunes, aunque también algunas diferencias, por lo que vamos a realizar el estudio conjunto de ambas, sin perjuicio de exponer en su momento las peculiaridades de cada una de ellas.

(7) Este tema es objeto de otro trabajo en preparación.

(8) También se recoge la habitualidad en los arts. 9, 2.º, 17, 3.º y 502.

(9) RODRÍGUEZ DEVESA emplea la palabra *recidiva* para comprender la reiteración y reincidencia, en *Derecho penal español*, Parte general, Madrid, 1974, pág. 633.

«CASTIGADO» Y «EJECUTORIAMENTE CONDENADO»

El primer problema que surge es determinar el alcance de estas dos expresiones, la primera se recoge para la reiteración y la segunda para la reincidencia. En cuanto a ésta no hay dificultad alguna, ya que ha de entenderse por sentencia firme, «cuando no quepa contra ellas recurso alguno ordinario ni extraordinario, salvo los de revisión y rehabilitación» (art. 141, p. quinto de la L.E.Crim.). En esta interpretación coinciden la doctrina y jurisprudencia.

La situación no es tan clara para el término «castigado», ya que se dan las siguientes interpretaciones:

1. La mayoría de los autores, junto con la doctrina del Tribunal Supremo, equiparan los términos «*castigado*» y «*condenado*» (10).

2. Para Mir Puig, el significado de vocablo *castigado* hay que ir a buscarlo al Diccionario de la Lengua, en donde se le da el contenido de ejecutar un castigo. Admite que no es necesario que se cumpla totalmente la pena, siendo suficiente con la ejecución parcial o simplemente con que haya comenzado a cumplirse (11).

3. Antón Oneca estima que castigado «equivale a haber sufrido la condena», ya que este es el significado del verbo castigar desde el siglo XVIII (12).

Nosotros nos inclinamos por la primera de las acepciones, o sea equiparar castigado a condenado. Se pueden dar varias razones: a) Aunque el legislador emplea términos distintos, tal vez quiso decir lo mismo, y simplemente lo hacía para no repetir la misma palabra (13).

b) El Diccionario de la Academia de la Lengua define *castigar* —como ejecutar un castigo—, pero no define *castigado*; también define *castigo* (de castigar) como «pena que se impone al que ha cometido un delito o falta». Si consideramos que castigado es aquel a quien se le ha impuesto un castigo (resulta que no equivale a haber cumplido una pena (14). Por otra parte, no todos los conceptos del Diccionario pueden ser aplicados al Derecho penal, ni se puede recurrir a él cuando falte una definición, ya que el Derecho ha de tener sus conceptos

(10) FERRER SAMA, A.: *Comentarios al Código penal*, I, Murcia, 1946, página 426; LUZÓN DOMINGO, M.: *Derecho penal del Tribunal Supremo*, I, Barcelona, 1964, pág. 426; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, *Derecho penal español*, Parte general, Madrid, 1974, pág. 635, nota; RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios al Código penal*, cit., I, pág. 729.

(11) MIR PUIG, ob. cit., págs. 29 y ss.

(12) ANTÓN ONECA, J.: *Derecho penal*, Parte general, Madrid, 1949, página 383; QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Curso de Derecho penal*, I, Madrid, 1963, página 458.

(13) Escribe ANTÓN ONECA: «El empleo en el primer caso de término diferente parece indicar la adopción también de concepto distinto, lo cual se justifica por ser diferente también la importancia de las dos circunstancias», ob. cit., página 383.

(14) Escribe RODRÍGUEZ DEVESA: «No me parece bastante el uso de las palabras distintas, castigado y condenado, para fundar una diferencia tan grande, tanto más cuanto que castigado no es sólo predicable de quien ha sufrido y cumplido efectivamente un castigo, sino de aquel a quien se le ha impuesto un castigo», ob. cit., pág. 635, nota.

proprios —aunque en algún caso coincidan con los del Diccionario—. Se define en aquél, por ejemplo, el *dolo* como «fraude», «engaño», «simulación», y la *culpa* como «falta más o menos grave cometida a sabiendas voluntariamente». c) En el significado vulgar *castigado* equivale a imponer una sanción o haberla cumplido, lo que tampoco nos resuelve nada. d) Es el penalista quien ha de dar significado al término *castigado*, no siendo suficiente con recurrir al Diccionario.

Si se equipara castigo a haber cumplido el mismo, o sea, la pena impuesta, resulta que no se tendrá en cuenta el delito anterior, y por tanto no podrá ser reiterante, por no haber cumplido totalmente la pena: quien se beneficia de un indulto general o particular, ya que no han cumplido el castigo; tampoco quien se fuga de la prisión, donde cumple condena, y comete nuevos delitos; lo mismo se puede decir de quien delinque en la prisión durante el tiempo en que cumple condena; algo similar sucede con todo aquel que se beneficia de la condena condicional, si comete un delito antes de que aquélla quede extinguida. Estas situaciones complicarían la posibilidad de aplicar correctamente la agravante. Para resolver estos problemas algún autor ha estimado que es suficiente con el cumplimiento parcial del castigo; se trata del mismo autor que se fundamenta en el Diccionario para determinar que castigado equivale al cumplimiento del castigo, de lo que parece resultar una contradicción, ya que de seguir al Diccionario para definir el castigo habrá que mantener que el cumplimiento de la pena es completo, pues así lo dispone aquél (15).

El legislador ha resuelto el problema en el propio Código penal. Así, el artículo 178 dispone: «El funcionario que, arrogándose atribuciones judiciales, impusiere algún castigo equivalente a pena personal o pecuniaria grave...» En principio parece que no queda resuelto si castigo equivale a que la pena impuesta sea cumplida o no. Se resuelve en los artículos siguientes, donde se trata de si la pena personal arbitrariamente impuesta se hubiera ejecutado en todo o en parte (art. 179), y lo mismo con la pena pecuniaria (art. 180). Sin embargo, la ejecución total o en parte no tiene más valor que la agravación de la pena, ya que para la perfección del delito no es necesario tal ejecución, sino la simple imposición del castigo. Que quien impone el castigo no sea autoridad judicial, y, por tanto, no puede imponer penas, no desvirtúa el valor que el legislador da al término castigo, pues en todo caso equivale a imponer una privación, que impuesta por un juez sería pena. Además, el número 14 del artículo 10 del Código hace referencia a los castigos impuestos por la jurisdicción correspondiente. Por otra parte, en el párrafo segundo del artículo 182 se establece: «Serán castigados con la pena de...», lo que equivale a imponer, no a ejecutar.

La situación queda mucho más clara en el Título VII del Libro II que se ocupa «de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos». De los cincuenta y tres artículos de que consta, en

(15) MIR PUIG, ob. cit., págs. 27 y ss.

veinte de ellos se emplea el término *castigado* como equivalente a *condenado* (16).

Que *castigo* equivale a pena impuesta se deduce del párrafo segundo del artículo 366 al disponer que «las penas señaladas en los tres artículos anteriores son aplicables...», en dos de estos artículos (364 y 365) se emplea el término castigo para la imposición de la pena.

Por todo lo anterior, queda claro que el legislador cuando ha querido emplear el término *castigado* en el Código penal lo hacía como equivalente a *condenado*.

Hay otros artículos del Código donde *castigado* tiene el mismo significado de *condenado*, como ocurre en el 515, 516, 516 bis, 518, 519, etc.

Cabe señalar, con carácter general, el artículo 77, donde se establece que «cuando las mujeres incurrieren en delitos que este Código castiga con las penas de presidio mayor o presidio menor, se les impondrán, respectivamente, las de prisión mayor o prisión menor».

Vemos cómo de forma general llama castigo a todas las penas de presidio y prisión.

Finalmente, el artículo 80 establece: «No podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia firme», luego sentencia firme (castigo) y ejecución (cumplimiento) no son la misma cosa. Por otra parte, conforme a los arts. 81 y ss., el cumplimiento de la pena pasa a la administración penitenciaria, con lo que hay todavía un mayor distanciamiento entre castigo y cumplimiento.

También en el libro III del Código penal se emplea el término castigar como sinónimo de imposición de una pena, no de cumplimiento. De los treinta y nueve artículos de que consta este libro, en treinta de ellos se hace referencia a castigar (17).

Por último, cabe recoger las sentencias de 25-1-1962, 6-3-1962 y 27-3-1962, en las que se dispone que no es necesario en la reiteración haber cumplido la pena impuesta por el delito anterior, siendo suficiente que haya sentencia firme. Por otra parte, mantienen que la palabra «castigar» que utiliza el Código, equivale a «sancionar» y «condenar».

No parece que la intención del legislador haya sido otra que la de equiparar *castigado* y *condenado*, ya que las diferencias entre reiteración y reincidencia son pequeñas. Es más, parece que ese desprecio al cumplimiento de la pena, que justificaría —según algunos— la aplicación de la agravante de reiteración, tendría más justificación en la reincidencia, donde cabe la posibilidad, a partir de la doble reincidencia, de imponer la pena superior en uno o dos grados, conforme a la regla 6.^a del artículo 61. Aunque en la mayoría de los supuestos la doble reincidencia supone haber cumplido alguna condena, pueden

(16) Véanse los arts. 357, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 374, 378, 379, 381, 382, 383, 384, 385, 390, 391, 396, 398 y 402. En el art. 359 se hace referencia a la persecución y castigo de los delincuentes.

(17) No hacen referencia a castigar los arts. 566, 575, 590, 593, 599, 601, 602, 603 y 604.

ocurrir que no se haya cumplido ninguna. Sobre esto volveremos después.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, parece que lo más correcto, y menos embarazoso, es equiparar los términos castigado y condenado, en el sentido de que en ambos casos ha de tratarse de la imposición de una sentencia firme.

Las cosas podrían complicarse mucho más —para los supuestos de dar a castigado el sentido de pena cumplida total o parcialmente— desde el terreno de las prisiones. Ya hemos visto los problemas que plantea el cumplimiento completo de la pena. Podría justificarse para la reiteración, que la agravación de la pena por un nuevo delito obedece a haber desoído el delincuente no sólo la ley, sino incluso el paso por una prisión (olvidemos la condena condicional, fugas, delitos en prisiones, indultos). Si es misión de las prisiones, a través de los sistemas de terapia, devolver a los delincuentes a la sociedad en condiciones de hacer vida honrada, parece que en buena parte tienen tales sistemas de tratamiento la culpa de la recaída. Esto no es exacto, pues el problema de la delincuencia es de estructura social más que de tratamiento penitenciario. También es cierto que todavía no se han encontrado sistemas de terapia totalmente eficaces (18), aunque todos estos sistemas pierden parte de su eficacia al regresar el sujeto al mismo ambiente que les llevó a la comisión del primer delito (19).

Por todo lo expuesto, parece que quien pasó por una institución penitenciaria tiene más posibilidades de volver al delito que quien cumplió la pena en libertad, aunque el efecto criminógeno de las prisiones es menor de lo que muchos autores consideran. Es cierto que se organizan grupos y bandas criminales, pero de no hacerlo allí lo harían en la calle, una vez que quedan en libertad. Por otra parte, no debe olvidarse que los que no ingresan en prisión —por aplicación de condena condicional— suelen ser los que ofrecen menos riesgo de reincidir.

En suma, los sistemas de internamiento pueden en algún caso fomentar la recaída en el delito, aunque es mucho más importante el efecto de la sociedad, por el vacío y falta de apoyo hacia el liberado. Pese a todo, resultaría mucho más grave dejar a determinados delincuentes en libertad, ya que supondría un notable aumento de la criminalidad. Pese a que hay algunos sistemas de tratamiento en libertad —que son insuficientes—, y se habla de la crisis de la pena privativa de libertad, todavía hoy no hay posibilidad de poder prescindir de la prisión cerrada (20).

(18) Véase *V Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*, Ginebra, septiembre, 1975, A/CONF. 56/6.

(19) SERRANO GÓMEZ, A.: *Notas sobre criminalística*, en «Revista de Estudios Penitenciarios», julio-septiembre, 1971.

(20) No se puede hablar sin más de crisis de los sistemas penitenciarios, del régimen cerrado, de falta de sistemas de terapia eficaces, ya que la prisión cerrada ha de existir, por lo menos para los sujetos de mayor peligrosidad (V. Congreso de Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, cit., A/CONF. 56/6, pág. 24); en cuanto a nuevas técnicas de tratamiento es muy poco lo que

En vista de todo lo anterior, no parece que tenga ninguna justificación haber cumplido el castigo completo o en parte.

CAUSAS DE EXTINCION DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

Pueden tener efecto tanto para la reiteración como para la reincidencia. De las recogidas en el artículo 112 pueden plantear dificultades, según la concepción que se tenga del término *castigado*, las siguientes: 3.º, amnistía; 4.º, indulto; 5.º, perdón del ofendido; 6.º, prescripción del delito, y 7.º, prescripción de la pena. Pasamos a examinar cada una de ellas.

a) *Amnistía*.—Hay que considerar que extingue de tal forma el delito y todos sus efectos, que no es posible poder tener en cuenta el anterior delito para efectos de reiteración o reincidencia. Además, la desaparición incluso del delito de los registros penales haría difícil poder encontrar antecedentes para fundamentar la agravante.

b) *Indulto*.—En principio, no afecta para nada a la reiteración o reincidencia; no importando que sean generales o particulares, totales o parciales. Sin embargo, puede tener importancia el indulto parcial consistente en la conmutación de la pena o penas impuestas, por otras menos graves (21). Esta pena menos grave es la que habrá de tenerse en cuenta para la reiteración (no importará en la reincidencia).

La sentencia de 12-12-1911 dispone que la reincidencia debe estimarse aunque la pena hubiera sido remitida por un indulto general.

Tradicionalmente se han venido excluyendo de los indultos generales a reincidentes y reiterantes (22). Se incluyen por primera vez, aunque no con el beneficio general, en el indulto de 24-6-63 (23), y no se excluyen en el siguiente y los sucesivos (24).

se ha hecho, siendo incluso de aplicación parcial los nuevos sistemas ensayados en algunos países. Hay que señalar que a escala mundial hay un notable confusio- nismo en materia de tratamiento.

(21) Art. 4.º de Ley de 18-6-1870 sobre ejercicio de gracia e indulto.

(22) Se excluyen de los indultos, conforme al número 3.º, art. 2.º Ley de 1870: «Los reincidentes en el mismo o en otro cualquiera delito por el cual hubiesen sido condenados por sentencia firme. Se exceptúan, sin embargo, al caso en que, a juicio del Tribunal sentenciador o del Consejo de Estado, hubiese razones suficientes de justicia, equidad o conveniencia pública para otorgarle la gracia».

En el artículo 3.º se establece: «Lo dispuesto en el artículo anterior no será aplicable a los penados comprendidos en los Capítulos I y II, Título II, Libro II y Capítulos I, II y III, Título III del mismo Libro del Código penal últimamente reformado».

Se vienen excluyendo a reincidentes y reiterantes en los siguientes indultos: 17-7-47, art. 3.º, 1.º; 9-12-49, art. 4.º, 1.º; 1-5-52, art. 5.º, 1.º; 2-7-54, art. 4.º, 1.º; 31-8-58, art. 3.º, 1.º y 11-10-61, art. 4.º, 2.º.

(23) Se les concede indulto de una cuarta parte de penas o correctivos de privación de libertad a reincidentes y reiterantes, salvo a los conmutados de la pena capital (art. 2.º).

(24) Siguen el sistema general, sin ningún trato desfavorable, en los demás indultos: 1-4-64, 22-7-65, 23-9-71 y 25-11-75.

c) *Perdón del ofendido*.—Aquí predominan los intereses de la víctima, que son los que deciden ese perdón. No debe ser obstáculo para la apreciación de reiteración o reincidencia, siempre que se haya impuesto sentencia firme. Tiene importancia si se paraliza la acción penal, no llegándose a pronunciar sentencia, pues al no existir ésta no se tendrá en cuenta el delito para determinar la agravación por reiteración o reincidencia.

d) *Prescripción del delito*.—Mientras no haya sentencia firme no importa el tiempo transcurrido desde que se cometió el delito, y si está prescrito o no. En tales condiciones el delito no cuenta para la reiteración o reincidencia, pues lo importante es la sentencia firme.

En la modificación del Código penal de 1870, por Real decreto-ley de 14 de noviembre de 1925, se introduce un inciso último en el número 17 del artículo 10, que recoge la reiteración, y disponía: «Tampoco serán estimados, a los efectos de la apreciación de esta circunstancia, los delitos cometidos anteriormente, cuando desde su ejecución haya pasado el tiempo necesario para la prescripción de los mismos». En relación con la reincidencia —núm. 18, art. 10— se introduce un párrafo segundo, que establecía: «Los efectos de la reincidencia, como circunstancia agravante, cesarán cuando haya pasado el tiempo necesario para la prescripción del delito que sirva para apreciarlo». Estos supuestos no pasan a los Códigos posteriores (25).

e) *Prescripción de la pena*.—No establece la ley la posibilidad de que una vez prescrita la pena impuesta, por sentencia firme, quepa eludir la agravante de reiteración o reincidencia. Por ello, el valor de la sentencia anterior sigue vigente a esos efectos, aunque penalmente haya prescrito.

El Tribunal Supremo se ha venido pronunciando en contra de la prescripción de la reiteración o reincidencia. Ya la sentencia de 6-4-1910 establecía que las circunstancias 17 y 18 (hoy 14 y 15 del artículo 10) deben ser estimadas cuando concurren en los procesados, sea cualquiera el tiempo que medie entre las condenas.

Pese a todo, convendría establecer un período para la prescripción de las condenas, que podría ser el mismo que existe para las penas, a los efectos de tenerlas en consideración o no para la apreciación de reiteración o reincidencia. Hay que tener en cuenta que con el paso del tiempo no sólo cambian las condiciones sociales, sino incluso las personales de los sujetos.

A través de los indultos se ha establecido, para algún caso, que los antecedentes no se tendrán en cuenta para la reiteración o reincidencia (26), o no se podrán estimar por no imponerse la pena a de-

(25) En el art. 67, 3.^a del Código de 1928, se establece para la reiteración y reincidencia que «las tomarán o no en consideración los Tribunales según las personales de infractor, la naturaleza de las infracciones y el tiempo transcurrido entre su ejecución o bien el tiempo que el delincuente perseveró en el delito, si éste fuere continuo»; véase art. 71 del Código Penal Tipo para Latinoamérica.

(26) Indulto general de 1-4-64 establece en su art. 1.º: «Se eliminan del Registro Central de Penados y Rebeldes los antecedentes penales derivados de las condenas correspondientes a los delitos comprendidos en el indulto general de

terminados delitos que al momento de promulgarse el indulto no se ha dictado sentencia (27).

En relación con la condena condicional tampoco hay dificultad alguna. Una vez que la sentencia sea firme se tendrá en cuenta para la reiteración o reincidencia. No importa que haya cumplimiento o no. En contra de quienes piden la ejecución total o parcial para que tenga eficacia a efectos de reiteración o reincidencia, no tiene la condena condicional ningún valor, ya que el sujeto queda en libertad, a veces sin control de ninguna clase, y no recibe ningún tratamiento tendente a reformarle. No obstante, la mayor parte de ellos no precisan de tratamiento.

TRIBUNALES COMPETENTES PARA DICTAR SENTENCIAS

Se pretende ahora ver qué tribunales de justicia pueden imponer un *castigo* a efectos de la reiteración, o una *condena* para poder determinar la reincidencia. La situación no es la misma, ya que en la primera se hace referencia a «delito a que la ley señale igual o mayor pena...», mientras que en la reincidencia se trata de «algún delito de los comprendidos en el mismo título de este Código». La situación resulta más complicada en el primer caso que en el segundo. Para ambos supuestos serán válidas las sentencias dictadas por los Tribunales ordinarios. El problema se plantea para los Tribunales militares y otros especiales. No cabe duda que las sentencias de esos tribunales han de tenerse en cuenta para la reiteración, siempre que se

9-10-1945, y se remiten las penas accesorias comunes que por los expresados delitos estuvieren pendientes de cumplimiento. Quedan excluidos de la gracia a que se contrae el párrafo anterior, los que con posterioridad a la aplicación del Decreto mencionado hubiesen incurrido en reiteración o reincidencia de índole dolosa».

Y el art. 2.º: «Los antecedentes penales de los beneficiados por el artículo anterior, se reputarán como inexistentes en lo sucesivo y sin que, por tanto, puedan hacerse constar en las certificaciones que expida el Registro Central de Penados y Rebeldes, ni producir efecto alguno en caso de reincidencia, reiteración, condena condicional u otro de análoga naturaleza».

Este indulto era de carácter político y se extendía a las penas por delitos de rebelión militar cometidas hasta el 1-4-1939, excepto los casos de crueldad, violaciones, latrocinios y otros hechos.

(27) Establece el art. 3.º del indulto de 23-9-71: «En los casos en que las penas pedidas en trámite de calificación por el Ministerio Fiscal y demás partes acusadas estén comprendidas en el apartado a) del artículo primero, se aplicará la gracia sin necesidad de que se celebre juicio oral ni, en consecuencia, se dicte sentencia. En tales supuestos, el Tribunal, previo dictamen del Ministerio Fiscal y sin más trámite, dictará el auto de sobreseimiento prevenido en el número tercero del artículo seiscientos treinta y siete de la Ley de Enjuiciamiento Criminal...».

En el mismo sentido el art. 5.º del indulto de 25-11-75, aunque ahora es preciso la conformidad del procesado. En éste afecta a las penas y correctivos de privación de libertad y privación del permiso de conducción hasta tres años y de las pecuniarias, cualquiera que sea su cuantía. En el indulto de 1971 sólo se extendía a las penas y correctivos de privación de libertad hasta seis meses, y las pecuniarias cualquiera que fuera su cuantía.

trate de delitos y puedan imponer penas (28). Sin embargo, y desde el punto de vista de *lege ferenda*, convendría tener en cuenta solamente aquellas sentencias que por su naturaleza tuvieran alguna relación con los delitos recogidos en el Código penal, eliminando todas las que tuvieran carácter administrativo o disciplinario y no puramente penal, aunque se les imponga a *los autores* un castigo. También el Tribunal Supremo se inclina por la validez de las sentencias dictadas por Tribunales militares y algunos especiales (Ss. 26-3-1958, 20-12-1963 y 22-4-1971).

La situación es más restringida para la reincidencia, en donde se habla de delitos comprendidos en el mismo título del Código penal. En este caso, las resoluciones de la jurisdicción militar solamente deben tener valor cuando sus sentencias se efectúen conforme al contenido del Código penal común (29). A este respecto escribe Quintano: «tratándose de reincidencia específica será preciso que los militares las hubieren impuesto con arreglo al Código penal común y refiriéndose a delito de igual título» (30).

SENTENCIAS DE TRIBUNALES EXTRANJEROS

La mayoría de la doctrina se opone a la validez de las sentencias extranjeras, tanto para la reiteración como para la reincidencia (31), generalmente en base a las diferencias de preceptos penales entre los países, así como a los criterios de valoración de los tribunales. No obstante, se pronuncian a favor de las sentencias extranjeras Ferrer Sama (32), Mir Puig (33) y Martínez Zamora (34). Por otra parte, cuando el legislador ha querido que tengan valor tales sentencias así lo ha hecho constar en el propio Código, como sucede en la falsificación de moneda metálica y billetes de Estado y banco (art. 289), en materia de estupefacientes (art. 344) y en los delitos relativos a la prostitución (art. 352 bis, f). Salvo en estos supuestos, no deben tenerse en cuenta las sentencias de Tribunales extranjeros.

DELITOS COMPRENDIDOS EN EL MISMO TITULO DEL CODIGO

No ha acertado el legislador a hacer una distinción clara entre los números 14 y 15 del artículo 10. Ha de entenderse que cuando los

(28) ANTÓN ONECA, ob. cit., pág. 384; MIR PUIG, ob. cit., pág. 65 ss; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, cit., I, pág. 732.

(29) FERRER SAMA, ob. cit., I, pág. 418; MIR PUIG, ob. cit., pág. 316; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, cit., I, pág. 738.

(30) QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso*, cit., I, pág. 459.

(31) QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1966, página 242; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, Parte general, cit., pág. 638, nota; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, cit., I, pág. 739.

(32) FERRER SAMA, ob. cit., I, pág. 417.

(33) MIR PUIG, ob. cit., pág. 322.

(34) MARTÍNEZ ZAMORA, ob. cit., págs. 82-83.

delitos estén comprendidos en el mismo título del Código estaremos ante un supuesto de reincidencia, y cuando pertenezcan a títulos distintos ante un caso de reiteración, siempre que «el culpable hubiere sido castigado por delito a que la ley señale igual o mayor pena, o por dos o más delitos a que aquélla señale pena menor». Pese a que parece que sería más correcto hablar de delitos de la misma especie, como hacían los Código de 1848 y 1850, lo cierto es que no todos los delitos recogidos dentro del mismo título son de idéntica naturaleza, mientras que sí la tienen otros recogidos en distintos títulos. Sucede esto, por ejemplo, con la malversación del Título VII y ciertos delitos contra la propiedad del XIII, mientras que son de diferente naturaleza, entre otros, los delitos contra la seguridad del tráfico y la violación de sepulturas del Título V, también del Libro II (35). Si se ha querido hacer la distinción en base a consideraciones criminológicas tampoco se ha conseguido, ya que puede el sujeto cometer delitos homogéneos de distintos títulos y viceversa. Tampoco es más peligroso quien repite siempre el mismo delito u otro similar, que quien lo hace de forma indiscriminada.

Tanto la reiteración como la reincidencia ha de ir referida a delitos, no a faltas, pues así se deduce del artículo 10 (14 y 15). En el sentido de que no es posible la reincidencia o reiteración en las faltas se pronuncian la doctrina (36) y la jurisprudencia (37).

DELITOS DOLOSOS Y CULPOSOS

En cuanto a la relación de delitos dolosos y culposos, sobre el tema cabe señalar: a) Respecto de la reiteración no hay ningún inconveniente para que pueda ser estimada, pues conforme al artículo primero del Código penal también las infracciones culposas pueden ser constitutivas de delitos, único requisito exigido en el número 14 del artículo 10, además de la gravedad de la pena. No importa tampoco que la relación se dé entre delitos dolosos y culposos, sentido en que se pronuncia afirmativamente el Tribunal Supremo (38).

(35) Establece la sentencia de 13-3-1970. «mientras la genérica sigue el irracional criterio del encuadre en un mismo título de la parte especial, sistema coincidentemente erróneo por cuanto a veces se agrupan asistemáticamente en el mismo título entidades delictivas que no guardan relación de conexión ni de semejanza».

(36) ANTÓN ONECA, ob. cit., pág. 383; FERRER SAMA, ob. cit., I, pág. 426; MARTÍNEZ ZAMORA, ob. cit., pág. 97; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, Parte general, cit., pág. 637; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, cit., I, pág. 730. Sobre toda la problemática del término «delinquir», véase MIR PUIG, ob. cit., páginas 140 y siguientes y 343 y siguientes.

(37) Ss. 2-7-1966 y 23-1-1969.

(38) Establece la Sentencia de 26-6-1970: «Pese a las razones doctrinales contrarias en el Derecho positivo patrio, la reiteración es aplicable en los delitos culposos en conjunción con los dolosos (S. 26-6-64), porque implica homogeneidad de incriminación y sólo exige esta agravante personal que conste como el culpable al delinquir hubiese sido castigado por delito que la Ley señale igual o mayor pena, o por dos o más delitos a que aquélla señale pena menor», también Ss. 9-5-70 y 12-6-70).

b) En cuanto a la reincidencia, todo depende de la concepción que se tenga del artículo 565 (Tít. XIV, Lib. II). Si se considera que tipifica un *crimen culpae*, es decir, que todos los delitos culposos se recogen en el mismo Título (el XIV), no cabe posibilidad de estimar la reincidencia entre un delito doloso y uno culposo, ya que estarían en distinto título (39). Sin embargo, parece más correcta la solución de entender que en el artículo 565 se regula solamente, y de forma genérica, la culpa, pero que cada delito culposo está referido de forma objetiva al doloso en cada caso concreto (40).

Hay que tener en cuenta el párrafo tercero del artículo 565, donde se establece que en la aplicación de las penas los Tribunales procederán a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el artículo 61. Aunque hay obligación de estimar tanto la reincidencia como la reincidencia por parte de los Tribunales, no lo están en cuanto a la aplicación de la pena agravada que determina el artículo 61. Es una fórmula para no aumentar la pena en los supuestos que se estime oportuno.

No cabe duda que no es lo mismo tener antecedentes por un delito culposo que doloso, pensemos en quien comete un homicidio doloso y ya tenía antecedentes por otro culposo. Ante la Ley la solución es la misma, no importa que el homicidio anterior sea doloso o culposo; se impondrá la pena de reclusión menor en su grado máximo. Lo mismo sucede para quien tiene antecedentes por delito doloso y después comete otro por imprudencia. Desde el punto de vista de la justicia material se llegaría a soluciones injustas. Sin embargo, desde el punto de vista del Derecho positivo la solución es correcta. Resultaría más justo excluir la agravación cuando entre en juego un delito culposo que sea el determinante de la misma (41), (42), sin perjuicio de que los delitos culposos puedan agravarse cuando existan antecedentes por otro u otros delitos de esta naturaleza.

DELITO Y PENA ANTECEDENTES

En cuanto a comparar las penas de los delitos ya sentenciados, y el que se juzga, a efectos de reincidencia, no siempre resulta fácil, ya que han de entrar en juego las escalas de los artículos 27, 70 (regla

(39) Escribe QUINTANO RIPOLLÉS: «Las condenas anteriores por delito doloso no pueden ser computadas como reincidencia por ulteriores culposos, ni viceversa, dado que la imprudencia se integra en un Título especial del Libro II, el XIV. Tratándose, empero, de delitos anteriores que fueron calificados conforme al Tít. XIV, la reincidencia debe ser estimada para quien nuevamente delinquirá en ellos», *Curso...*, I, cit., pág. 461; véase ANTÓN ONECA, ob. cit., pág. 384.

(40) Véase RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, cit., I, pág. 740.

(41) MIR PUIG escribe: «No cabe estimar la reincidencia cuando alguno de los delitos en juego sea culposo, con independencia de si los demás son dolosos o culposos», ob. cit., pág. 378; QUINTANO RIPOLLÉS, vid., supra nota 39.

(42) En el *Código Penal Tipo para Latinoamérica* se excluyen de los efectos de la reincidencia «la condena anterior por delito doloso cuando el nuevo fuere culposo, o viceversa» (art. 70, 4.º).

primera) y 73 (43). Escribe Antón: «La comparación entre las penas de los delitos anteriores y la correspondiente al que se juzga, para determinar si son más o menos graves, no siempre es fácil. Habrá de tenerse en cuenta las especies penales según están ordenadas por su gravedad en el artículo 27; la cantidad de la pena señalada a los delitos comprendidos, y en casos de penalidad compuesta, si bien debe prestarse preferente atención a la pena principal, pueden admitirse compensaciones» (44). La pena que se debe tener en cuenta es la genérica, no la que se impone en cada caso concreto, aunque en la práctica ésta es la que se tiene en cuenta, ya que son los datos que figuran en los antecedentes de que pueden disponer los Tribunales (45).

Cuando la ley señale diversas penas al mismo delito, para que el Tribunal se decida por una de ellas, como pueden ser la de arresto mayor o multa, debe decidirse por la más grave (46).

El Tribunal Supremo considera más grave la pena de presidio que la de prisión, por lo que dispone la Sentencia de 29 de diciembre de 1964 que la pena de prisión menor no puede dar contenido a la agravante de reiteración del número 14 del artículo 10, cuando el delito nuevamente cometido tiene señalada pena de presidio menor. Sin embargo, no ocurrirá esto, dando lugar a la estimación de la agravante, cuando se trate de mujeres, pues conforme al artículo 77 a éstas no se les imponen penas de presidio, ya que se les conmuta por las de prisión. Ante esta situación desfavorable, junto con no existir diferencia en la ejecución de las penas de presidio o prisión, no tiene razón de existir dicho artículo en el Código penal, por lo que debía ser derogado.

Para que pueda aplicarse la agravante de reiteración es necesario que conste la pena impuesta, así como la fecha, no pudiendo apreciarse faltando cualquiera de estos requisitos (Ss. 27-6-1961, 23-1-1962, 19-2-1965 y 13-3-1965). Para la reincidencia es suficiente con que se conozca la fecha de la sentencia firme, no siendo necesario la cuantía de la pena (S. 4-2-1961).

DELITO CONTINUADO Y DELITO PERMANENTE

a) En relación a la posibilidad de que pueda tenerse en cuenta el *delito continuado* para la apreciación de reiteración o reincidencia, la problemática se plantea cuando parte de los hechos se cometen antes de recaer sentencia firme sobre el delito o delitos anteriores. En los demás supuestos no hay dificultad, si todos se cometieron antes no es posible aplicar aquellas agravantes, si se cometieron después de la sentencia firme, sí se aplicarán.

Para el supuesto conflictivo cabe buscar dos soluciones: 1) Estimar la agravante por el delito continuado sin que importe que parte

(43) Sobre esta problemática, véase MIR PUIG, ob. cit., págs. 192 y ss.

(44) ANTÓN ONECA, ob. cit., pág. 384.

(45) ANTÓN ONECA, ob. cit., pág. 384.

(46) Véase RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, cit., I, pág. 734.

de los hechos se hayan cometido antes de recaer sentencia firme y parte después, y 2) la agravación solamente podrá recaer sobre los hechos posteriores a la sentencia firme. Esta segunda solución no parece posible (47) si tenemos en cuenta que los actos aislados constituyen por sí delitos, aunque se enjuicien todos conjuntamente, fraccionarlos daría lugar a dos delitos continuados, lo que no es posible; por otra parte, no resulta nada fácil determinar en muchos casos los actos realizados antes o después de recaer sentencia firme, máxime si tenemos en cuenta que la jurisprudencia viene exigiendo para el delito continuado —junto a la homogeneidad de actos y propósitos, identidad de la persona activa y pasiva implicadas y unidad del bien jurídico lesionado—, que cada una de las acciones realizadas sea imposible separarlas (SS. 10-2-1960, 28-6-1960, 30-10-1963, 16-10-1968 y 22-10-1970).

Debe aplicarse la agravante de reiteración, reincidencia o doble reincidencia si el sujeto que ya había cometido algunos actos con anterioridad a que la sentencia del delito o delitos anteriores fuera firme, ejecuta otros con posterioridad. El delito es uno, lo mismo que la condena, no siendo divisibles. Por otra parte, el sujeto siguió delinquiendo con posterioridad a la sentencia firme. Finalmente, hay que señalar que desde el punto de vista procesal no se individualizan los hechos en el delito continuado (48).

b) En cuanto al *delito permanente* la solución es similar a la dada para el delito continuado. Aunque el delito se realice con anterioridad a que se pronuncie sentencia firme por el delito o delitos anteriores, hay que apreciar reiteración, reincidencia o doble reincidencia, en atención a que continúa la conducta delictiva del sujeto, ya que prolonga voluntariamente la situación. No importa que la prolongación suponga una agravación (detenciones ilegales). Podría plantearse la solución, lo mismo que se hacía en el delito continuado, para el caso de las detenciones ilegales (arts. 480 y 481), por ejemplo, de que la agravante recayera sobre la pena que correspondería por el tiempo que se prolongara la detención después de haberse pronunciado la sentencia firme del delito anterior. No debe aceptarse esta solución, ya que el sujeto sigue manteniendo la situación antijurídica que creó (49).

MODIFICACIONES DE LA LEGISLACION PENAL

El problema que se plantea es el de si las modificaciones del Código penal surten efecto cuando conductas que eran delito dejan de serlo o pasan a faltas. Estima Rodríguez Mourullo que «cuando la

(47) Escribe MARTÍNEZ ZAMORA: «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», ob. cit., pág. 96.

(48) Véase CÓRDOBA RODA, *Comentarios*, cit., II, págs., 323 y ss.

(49) En el mismo sentido MÍR PUIG, para la reiteración, en ob. cit., pág. 185.

modificación legislativa supuso un cambio en el criterio valorativo, de modo que, conforme a la actual valoración, el hecho ya sancionado no merece la calificación de delito, el antecedente no debe computarse» (50). Hay que aplicar la modificación para evitar la agravante, siempre que beneficie al reo (51). No se pronuncia la doctrina en los casos en que la reforma perjudique al reo (52), aunque deben rechazarse estos supuestos.

Ofrece interés las modificaciones de cuantías que convierten en faltas conductas que en épocas pasadas eran delito. Parece que por aplicación del artículo 24 del Código penal, y puesto que tales modificaciones favorecen al reo, no debían tenerse en cuenta a efectos de reiteración o reincidencia, ya que sería una forma de eludir la agravante. La doctrina suele mostrarse contraria, pues la reforma pretende adecuar la realidad económica del pasado, como consecuencia de la pérdida de poder adquisitivo de la moneda (53).

Para resolver la problemática planteada en las reformas del Código penal de 8-4-1967 (que eleva el límite entre delito y falta a 2.500 pesetas), en el último párrafo del artículo 5 de la Ley de reforma, así como en el párrafo segundo de la disposición transitoria de la Ley de 28-11-1974, que reforma el Código penal (elevando aquel límite entre delito y falta a 5.000 pesetas), se establece: «las sentencias ya ejecutadas no se rectificarán a efectos de antecedentes penales, por razón de las variaciones de cuantías que para la calificación de ciertos delitos se establecen en esta Ley». Por su parte, la regla 3.^a del artículo 5.^o de la Ley de 8 de abril de 1967 dispone: «Los Tribunales y Juzgados procederán de oficio a rectificar las sentencias no ejecutadas total o parcialmente que se hubieren dictado conforme a las disposiciones del régimen penal anterior, en cuanto resulten más perjudiciales que las que se establecen en esta Ley, por aplicación taxativa de sus preceptos y no por razón del arbitrio judicial. En caso de tratarse de penas de distinta naturaleza, será oído el reo...» (54).

(50) RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, cit., I, pág. 730.

(51) CASABÓ RUIZ, J. R.: *Comentarios al Código penal*, cit., II, pág. 56.

(52) Véase MIR PUIG, ob. cit., págs. 266 y ss. y 395 y ss.

(53) MARTÍNEZ ZAMORA, ob. cit., págs. 88-89; QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, cit., pág. 309; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, cit., I, pág. 730.

(54) Véase disposición transitoria de la Ley 30-3-1954, e inciso primero de la también disposición transitoria de la Ley de 28-11-1974, en relación con las causas y recursos en tramitación sobre la posibilidad de que los hechos pueden ser considerados como falta, con arreglo a los preceptos reformados del Código penal.

Véase también Decreto 2.765/1967, de 2 de noviembre, por el que se dictan normas de desarrollo y complemento del artículo quinto de la Ley 3/1967, de 8 de abril.

Dispone la Circular núm. 6/1974 de la Fiscalía del T. S., de 27 de diciembre, entre otras cosas: «La concurrencia del nuevo concepto legal de reincidencia múltiple con la elevación de las cuantías en los delitos contra la propiedad pueden llevar a plantear problemas interpretativos en la aplicación de la Ley al pretender la revisión procedente. Sin embargo, hay que tener en cuenta que lo que realmente se revisa no es la sentencia, sino la pena efectivamente impuesta. Por todo,

COMPATIBILIDAD DE REITERACION Y REINCIDENCIA

La agravante de reiteración es compatible con la de reincidencia simple, así como con la de doble reincidencia. Las que no resultan compatibles son reincidencia y doble reincidencia, ya que la pena no podrá ser en ningún caso superior en dos grados, sea cualquiera el número de reincidencias que se den, quedarán comprendidas en la doble reincidencia. En un mismo sujeto se podrá apreciar reincidencia simple y reiteración, o doble reincidencia y reiteración, siempre que se den los presupuestos de los números 14 y 15 del artículo 10, tanto cuando en la sentencia se condena por dos delitos, agravándose uno por reiteración y otro por reincidencia (o doble reincidencia (S. 16-1-1974), como cuando se condena por un solo delito, siempre que haya habido otra u otras condenas anteriores por delito comprendido en el mismo título del Código penal (reincidencia o doble reincidencia), y el sujeto hubiera sido castigado por delito a que la Ley señale igual o mayor pena, o por dos o más a que señale pena menor (reiteración) (Ss. 17-3-1967, 7-11-1967, 12-2-1968, 27-2-1968 y 16-12-1970).

LA DOBLE REINCIDENCIA

Tras la reforma del Código penal, por Ley de 28-11-74, se recoge esta figura en el número 15 del artículo 10 (55), que antes rezaba así: «Hay reincidencia cuando al delinquir el culpable hubiere sido ejecutoriamente condenado por otro u otros delitos comprendidos en el mismo título de este Código». Como a la hora de aplicar la regla 6.^a del artículo 61 —también reformada— la jurisprudencia no estaba de acuerdo, habiendo disparidad de criterios en relación a la multirreincidencia, el legislador decidió reformar el número 15 del artículo 10.

Pasamos a hacer un resumen de la doctrina y jurisprudencia con anterioridad a la reforma.

A. La doctrina era prácticamente unánime en estimar que para que se pudiera apreciar la reincidencia era necesario dos sentencias distintas —con una o más condenas en cada una de ellas—; para la segunda reincidencia sería necesario por lo menos tres sentencias, la segunda determina la reincidencia —como hemos visto— y la tercera sentencia la segunda reincidencia (56). No es suficiente con que haya varias condenas en una misma sentencia, sino que se precisa sentencias distintas y, además, que entre ellas hubiera existido un período de

siempre que los hechos hayan sido calificados conforme a la Ley anterior, en función de una escala cuantitativa, serán revisables si resultan afectados por los nuevos límites de la Ley actual cualesquiera sean las circunstancias concurrentes».

(55) Se establece ahora en el párrafo segundo del núm. 15, art. 10: «*Existe doble reincidencia cuando al delinquir el culpable hubiere sido ejecutoriamente condenado, en una o en varias sentencias, por dos o más delitos de los comprendidos en el mismo título de este Código.*».

(56) ANTÓN ONECA, ob. cit., págs. 386 y 562; RODRÍGUEZ DEVESA, ob. cit., pág. 635; RODRÍGUEZ MGURULLO, *Comentarios*, cit., II, págs. 278-279.

tiempo necesario para que el sujeto pudiera volver a delinquir, pues se precisa sentencia firme antes de cometer el nuevo delito que determine la reincidencia o multirreincidencia. Además, para que se dé la reincidencia es preciso que se haya declarado tal situación; no es correcto aplicar la multirreincidencia, a partir de la tercera sentencia, sin haber declarado previamente la reincidencia. En el terreno penal las situaciones se crean cuando han sido previamente declaradas en sentencia firme, no se es asesino por el mero hecho de matar a una persona concurriendo alguna de las circunstancias del artículo 406 del Código penal, sino que así ha de declararlo el tribunal competente, y lo mismo cabe decir de la reincidencia.

B. No hay unanimidad en la jurisprudencia al ocuparse del tema de la doble reincidencia o multirreincidencia (situación que se crea al concurrir más de una reincidencia). El Tribunal Supremo venía aplicando la agravante de multirreincidencia de forma indiscriminada: a) Tanto en cuanto las sentencias se habían pronunciado en distinta fecha, como si lo fueron en el mismo día, ya que a veces se han tenido en cuenta las dictadas en la misma fecha para computarlas a efectos de multirreincidencia (Ss. 3-6-1954, 28-10-1968 y 24-9-1970); b) en otros supuestos, se estima necesario para poder apreciar la reincidencia conocer la fecha de las sentencias anteriores, y cuando se cometa el nuevo delito, el anterior, que se ha de tomar en cuenta para la reincidencia, tiene que estar ejecutoriamente condenado (S. 26-9-1963); c) otras veces se consideraba suficiente con que las condenas anteriores estuvieran impuestas en la misma sentencia (Ss. 23-10-1953, 3-6-1954, 12-11-1959, 15-6-1966, 29-10-1970, 25-1-1972 y 5-5-1972); d) lo importante es la pluralidad de condenas, no de sentencias (Ss. 22-1-1880, 25-11-1949, 8-7-1952, 29-1-1962, 25-6-1970, 24-9-1970 y 29-10-1970).

La denominación de doble reincidencia, que se introduce en el párrafo segundo del número 15 del artículo 10 del Código penal, en la reforma de noviembre de 1974, venía siendo ya utilizada por el Tribunal Supremo para determinar la multirreincidencia (Ss. 10-4-1945, 18-3-1950 y 15-6-1966), estimando que «opera la multirreincidencia a partir de la segunda reincidencia» (S. 28-1-1970).

A partir de la Sentencia de 25 de enero de 1972 (también las de 22 de febrero y 13 de abril) —aunque ya había antecedentes, como las Sentencias de 12-12-1959, 29-10-1970 y 28-6-1971— la jurisprudencia va a cambiar de criterio casi de forma unánime, inclinándose por la orientación de la doctrina. Se exigen desde ese momento dos sentencias anteriores, una primera sin agravación, en la segunda hay que apreciar la reincidencia (Ss. 22-2-972, 28-11-1972, 25-1-1973, 2-7-1973, 10-11-1973 y 11-12-1974), y una tercera donde se pueda estimar la multirreincidencia. En todo caso, cuando se cometa el delito en que se aprecie la reincidencia es necesario que el anterior esté ejecutoriamente condenado, y lo mismo entre el segundo y el tercero, que determinará la multirreincidencia.

No se tardó mucho tiempo en que hubiera una reacción en contra de esta nueva corriente jurisprudencial. La Fiscalía del Tribunal Su-

premo, en la Memoria de 1973, se ocupa del «tratamiento jurisprudencial de la multirreincidencia» (57). Se dice en la misma que de siempre la jurisprudencia del Tribunal Supremo había interpretado los preceptos del Código penal correspondiente «en el sentido de que era indiferente que las condenas anteriores se hubieran acordado en varias o en única sentencia, para considerar multirreincidente al que vuelve a incidir nuevamente en delito comprendido en el mismo Título del Código» (58). Considera, por otra parte, que uno de los temas de mayor importancia planteados durante el año 1972 a los Tribunales de lo penal, en las Fiscalías y en la Sala segunda del Tribunal Supremo, ha sido el cambio radical en cuanto a la interpretación del concepto jurídico de multirreincidencia. Aquella interpretación venía siendo la mantenida por la jurisprudencia desde hace un siglo, para lo que se citan sentencias tan antiguas como las de 26-5-1879 (59) y 26-4-1888, pasando por otras posteriores, hasta diversas actuales como la de 16-10-1971, todas en esa dirección tradicional.

Se desprende de esta Memoria, que no resulta nada fácil para el Tribunal Supremo cambiar de criterio, después de haber mantenido otra postura durante casi cien años. Se recoge la sentencia de 21 de febrero de 1970, para justificar una vez más la postura tradicional, en la que se dice «que si en la misma sentencia se condena por dos delitos y a dos penas, es evidente que las condenas son dos y no una por más que sean impuestas por un mismo decreto judicial, aparte de que la noción de la reincidencia recogida en el número 15 del artículo 10 del Código penal alude bien claramente a precedentes condenas por otro u otros delitos, sin hacer otra discriminación..., razones que han llevado, sin duda, a la jurisprudencia a sentar el criterio de que es indiferente que las distintas condenas hayan sido impuestas en una o en sucesivas sentencias» (60).

Se insiste en que la tradicional dirección de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el concepto jurídico de multirreincidencia «ha quedado virtualmente derogado, considerándose errónea, a partir de la sentencia de 25 de enero de 1972, que sólo puede declararse segunda vez reincidente a quien lo fue por primera vez, en anterior sentencia, o lo que es lo mismo, que para que haya doble reincidencia es preciso que se hayan dictado por lo menos dos sentencias condenatorias anteriores al hecho que se enjuicia, de modo que en el segundo de tales fallos se haya apreciado la primera o simple reincidencia» (61).

(57) «Memoria de la F. T. S. 1973», págs. 215 y ss.

(58) «Memoria F. T. S.», cit., pág. 216.

(59) En esta sentencia se declaraba que «la circunstancia de que en una misma sentencia hayan sido penados los tres hurtos anteriores al que ahora ha sido juzgado, no es razón para que no sea tenido como reincidente dos o más veces y serle aplicable el artículo 533, 3.º, puesto que la ley no exige que en distintas sentencias sean penados, sino sólo que ejecutoriamente hubiera sido penado por delitos comprendidos en el mismo Título del Código penal». «Memoria F. T. S.», cit., pág. 216.

(60) «Memoria F. T. S.», cit., pág. 218.

(61) «Memoria F. T. S.», cit., pág. 220.

Se aprecia cómo la Fiscalía del T. S. no comparte el criterio de la nueva corriente jurisprudencial, que consideraba en contra del tradicional prestigio de las resoluciones del Alto Tribunal de Justicia (62).

Una prueba más de que la Fiscalía del T. S. se inclina por la interpretación tradicional es que en la misma se incluyen el informe de los Fiscales de Baleares y Madrid, partidarios de la corriente tradicional. Insiste el primero en que hasta la ya tantas veces citada sentencia de 25 de enero de 1972 la jurisprudencia había interpretado siempre la multirreincidencia «en el sentido de que era indiferente para su apreciación que el reo hubiere sido juzgado en uno o varios procesos y penado en una o en distintas sentencias» (63).

Fundamenta el Fiscal de Baleares su postura en dos puntos:

1. «Condenar, en sentido jurídico, significa pronunciar sentencia imponiendo la pena correspondiente y como la pena está siempre en relación con el delito, cuando en la misma sentencia se sancionan varias conductas criminales hay tantas condenas como delitos son penados... el precepto (núm. 15, art. 10) exige, a los efectos de la apreciación de la circunstancia, que las condenas se dicten en la misma o distinta sentencia, ni puede dársele más alcance que el de que la sentencia o sentencias en donde se contengan los pronunciamientos condenatorios uno o múltiples —es indiferente— sean firmes» (64).

Para fortalecer su postura se apoya en la sentencia de 5 de mayo de 1972 —posterior a la que inicia la polémica—, donde se considera como fundamento de la multirreincidencia el elemento subjetivo de la recaída en el mismo o similar delito, en base a lo cual el Fiscal de Baleares considera que lo importante no es la sentencia anterior, sino el delito o delitos cometidos previamente.

Sin embargo, y pese a sus argumentos, sigue sin resolverse la exigencia de la doctrina y la nueva corriente jurisprudencial de una segunda sentencia donde se aprecia la reincidencia, que es fundamental para en sentencia posterior apreciar la multirreincidencia.

2. Como segundo argumento se ocupa del artículo 300 de la Ley de Enjuiciamiento criminal (65). Llega a la conclusión de que los delitos conexos dan lugar a una sola sentencia, por lo que de no haber antecedentes, no podrá aplicarse la regla 6.^a del artículo 61 del Código penal, lo que sí ocurriría si los delitos cometidos por el reo no eran conexos, por ser penados en sentencias separadas. Esto así es, y siempre que al cometer el segundo delito hubiera ya sentencia firme del primero,

(62) «Esta doctrina del Tribunal Supremo interpretando el concepto legal de la multirreincidencia, fue siempre seguido por el Ministerio Fiscal en su actuación y la mantuvo, incluso recurriendo contra las sentencias judiciales que la desconocían o impugnando los promovidos por quienes mantenían opinión distinta, en base a que por lo reiterada, y provenir del más al Tribunal de Justicia, goza de prestigio de doctrina penal legal, aunque carezca de efectos vinculantes». «Memoria F. T. S.», cit., pág. 218.

(63) «Memoria F. T. S.», cit., pág. 222.

(64) «Memoria F. T. S.», cit. pág. 223.

(65) Dispone el art. 300 de la L. E. Crim.: «Cada delito de que conozca la Autoridad judicial será objeto de un sumario. Los delitos conexos se comprenderán, sin embargo, en un solo proceso».

ocurriendo lo mismo entre el segundo y tercero o posteriores para la multirreincidencia (66).

Que los delitos conexos no pudieran determinar la aplicación de la agravante, no es motivo suficiente como para pretender justificar que la doctrina y corriente jurisprudencial moderna estaban equivocadas. Por otra parte, lleva razón el Fiscal al estimar que en la aplicación de la multirreincidencia tenía mucho valor el criterio más o menos liberal que se haga por los Tribunales de la norma de conexión número 5.º del artículo 17 de la L.E.Crim. Pero tampoco este razonamiento varía la situación planteada.

Por su parte, el Fiscal de Madrid, también dentro de la línea tradicional, recoge el contenido de la sentencia de 17 de diciembre de 1971, en base a la cual mantiene su postura. Basa sus argumentos en que la nueva corriente jurisprudencial beneficia a los delincuentes más peligrosos, que son los habituales y profesionales, así como también al azar de la rapidez de la justicia, pues si el proceso se dilata y se retrasa mucho en dictarse la sentencia condenatoria, se beneficia el sujeto que delinque una o más veces durante el período de tiempo que media entre el primer delito y la sentencia firme. Todo esto supone una manifiesta injusticia, que va en contra de los fines que precisamente persigue la justicia en cuanto «requieren un trato igual para los iguales y proporcional para los desiguales». Considera que sólo el sistema tradicional evita esas desigualdades, cosa que no es posible en la sentencia de 25 de enero de 1972, precisamente por aferrarse a una interpretación gramatical (67).

Lo que la ley tiene en cuenta, dice, con la agravación de la pena, es la mayor peligrosidad que representa el delincuente con la repetición de actos delictivos; esto es lo importante, y no que haya sido sentenciado en una o varias ocasiones, siendo esto algo que olvida la nueva corriente jurisprudencial.

Por otra parte, considera que por la mera interpretación gramatical se puede llegar a soluciones distintas de las que se pretenden seguir. Estima que una segunda sentencia condenatoria «declara tantas reincidencias cuantos sean los delitos cometidos anteriormente... y, si por un excesivo apego a la letra de la ley de quien ha incidido varias veces en el mismo delito, se dice que ha reincidido una sola vez, se habrá creado una discrepancia entre la realidad y la declaración legal, que ni tiene justificación, ni resulta convincente» (68). Por todo ello, considera correcta la postura tradicional de la jurisprudencia.

Tampoco estos argumentos rompen con la postura clara de la doctrina y moderna jurisprudencia.

Puede observarse cómo la Memoria de la F. T. S. olvida por com-

(66) «Memoria F. T. S.», cit., pág. 224.

(67) Esa sentencia «se aferra a una interpretación meramente gramatical de los textos legales, cuando afirma que no puede ser declarado por segunda vez reincidente, quien no lo ha sido antes en una ocasión precedente», «Memoria F. T. S.», cit., pág. 231.

(68) «Memoria F. T. S.», cit., pág. 233.

pleto la postura de la doctrina en el tema de la reincidencia, de la que no se ocupa.

Con la reforma del número 15 del artículo 10 del Código penal, toda la polémica que se ha venido suscitando en relación con la reincidencia simple y la multirreincidencia han quedado resueltos, si bien de forma distinta al criterio mantenido por la doctrina y la jurisprudencia más moderna. Ha prevalecido el criterio tradicional del Tribunal Supremo.

Se hace ahora una separación, en distintos párrafos, de la reincidencia simple y la doble reincidencia. El párrafo primero, correspondiente a la simple reincidencia, queda casi igual que el derogado —en el que se recogía también la multirreincidencia—, con la única modificación de sustituir *otro u otros delitos*, por *algún delito*.

El legislador ha preferido sustituir el término *otro*, con referencia al delito comprendido dentro del mismo Título del Código, por el vocablo *algún*. No cabe duda que el adjetivo *otro* hace referencia a algo, distinto de aquello que sirva de referencia, aunque sea una cosa igual, lo que podía llevar a la duda de que para darse la reincidencia el segundo delito tenía que ser diferente al primero, no pudiendo serlo por el mismo. No fue esta la idea del legislador, ni tampoco dicho término planteó problemas de interpretación. Así, por ejemplo, en la sentencia de 10 de octubre de 1970 se hace referencia al mismo o semejante delito.

No obstante, el adjetivo *algún* puede plantear la duda de si se refiere a uno o más delitos de los comprendidos en el mismo título del Código. Recurriendo al Diccionario resulta que dicho adjetivo es apócope de *alguno*, y este adjetivo se aplica a «personas o cosa indeterminada», «ni poco ni mucho, bastante». Aunque esto podría sacarnos dudas, es preferible renunciar al Diccionario y acudir al propio Código:

a) Del párrafo segundo del número 15 del artículo 10, se desprende que el término *algún* hay que entenderlo como equivalente a *uno*, es decir a un delito. De equipararlo a dos o más sería confundirlo con la doble reincidencia, y no es ese el propósito del legislador.

b) Del propio examen del Código se desprende que en el mismo se emplea con mucha frecuencia los términos *alguno* y *alguna*, muy pocas veces *algún* y prácticamente nunca *algunos*. Cuando utiliza *alguno* o *alguna*, suelen referirse a un delito —uno— (69), una pena (70), a una persona (71), una circunstancia del delito (72), una lesión (73), un acto (74), o con otros fines, aunque referido siempre a uno (75). Cuando el legislador pretende hacer referencia a dos o más utiliza los

(69) Arts. 124, 156, 166, 217, 303, 363, 403, 529-5.º del C. penal.

(70) Art. 362, 1.º.

(71) Arts. 139, 1.º, 2.º y 4.º, 247, 260-1.º, 325.

(72) Arts. 255, 406, 420-4.º, 504, 505, 506.

(73) Art. 421.

(74) Art. 302.

(75) Arts. 198, 231, 262, 507, 544, 557.

términos *algunos* (76), *actos* (77). También cuando emplea el Código penal el adjetivo *algún*, es para referirse a uno y no a más (78).

Para poner en consonancia la reforma del número 15 del artículo 10 con la regla 6.^a del artículo 61, también se modifica ésta por la indicada ley de 28-11-1974. En realidad no sufre modificación, ya que casi se mantienen las mismas palabras sustituyendo las anteriores *a partir de la segunda reincidencia*, por las actuales de *doble reincidencia*, aunque cambiando de lugar. Lo único nuevo es la frase *en su segundo párrafo*, para determinar dónde se encuentra recogida la doble reincidencia dentro del artículo 10 (núm. 15). Esta regla reza ahora así:

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 de doble reincidencia, decimoquinta del artículo 10 en su segundo párrafo, en el que se aplicará la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que aquéllos estimen conveniente (79).

Queda ahora, como antes, la simple reincidencia como agravante genérica —aunque ocupando el párrafo primero del número 15 del artículo 10—, no pudiéndose imponer mayor pena que la que corresponda al delito cometido, en su grado máximo. Tiene el mismo trato que la reiteración.

Para la doble reincidencia, es obligatorio elevar la pena en grado de la que corresponda al delito cometido, mientras que es potestativo del Tribunal elevarla en un grado más, lo que se hace solamente en raras ocasiones.

Nos encontramos ante una reforma penal que perjudica al reo, pues la legislación anterior le era más favorable, según se deduce de la interpretación dada al texto derogado por la doctrina y moderna jurisprudencia. Por ello la reforma no puede tener efecto retroactivo. Por otra parte, el retraso en la administración de justicia puede llevar igualmente a situaciones desfavorables para el reo, pues aunque los hechos cometidos con anterioridad a la reforma deben regirse por la ley anterior, cabe el peligro de que la jurisprudencia, en atención a la reforma y el criterio de interpretación tradicional —anterior a 1972—, que coinciden, se incline por la línea anterior, olvidando la posición de la doctrina, así la sentencia de 1 de julio de 1975 aclara «cumpliéndose naturalmente, el requisito, también exigido por la reciente interpretación jurisprudencial anterior a la reforma penal de 28 de noviembre de 1974, de que conste judicialmente declarada la primera reincidencia», de lo que se deduce que la ley va a ser interpretada ahora de otra forma en cuanto a la declaración de la primera reincidencia.

(76) Art. 173, 5.º.

(77) Arts. 208, 211.

(78) Arts. 172-2.º, 178, 218-3.º.

(79) Establecía la regla 6.^a del art. 61, antes de la reforma: «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 decimoquinta del artículo 10, en el que se aplicará la pena superior en uno o dos grados, a partir de la segunda reincidencia en la extensión que aquéllos estimen conveniente».

OTROS PRECEPTOS DEL CODIGO DONDE SE RECOGE LA REINCIDENCIA

1. *Segunda reincidencia.*—Frente a la doble reincidencia genérica del párrafo segundo del número 15, artículo 10; que permite elevar la pena hasta dos grados, conforme a la regla 6.^a del artículo 61, existe en el Código una serie de supuestos en los que la segunda reincidencia sólo lleva consigo elevar la pena en grado, sin poder pasar de ahí. Se da esta forma de reincidencia específica según lo dispuesto para el hurto en el artículo 516, 3.^o (80); ciertas estafas, conforme al artículo 530 (81), y apropiación indebida (82). Con ello resulta que salen beneficiadas situaciones que como dice Rodríguez Devesa han llevado a incrementar «uno de los más notorios defectos de la ley a partir de la reforma de 1944, a saber, que allí donde tradicionalmente se pensaba que la segunda reincidencia requería un trato más severo es objeto de una mayor benevolencia, ya que no se puede aumentar la pena uno o dos grados como sucede para los restantes delitos por aplicación de la regla sexta (art. 61), sino solamente un grado» (83) (84).

El concepto de reincidencia hay que tomarlo del artículo 10. Sin embargo, en el artículo 530 se concreta a que las condenas anteriores fueran por el mismo o semejante delito, con lo que es más amplia que la del artículo 516, 3.^o, que se reduce a los hurtos, y más restringida que la genérica del artículo 10, que se extiende a los delitos comprendidos en el mismo título del Código.

No importa el número de reincidencias que se den después de la segunda, ya que la pena no podrá sobrepasar la superior en grado. No podrá aplicarse la regla 6.^a del artículo 61, a fin de elevar la pena en dos grados.

La reforma del número 15 del artículo 10 no ha de afectar para nada a los supuestos anteriores. Debe seguir aplicándose el criterio de la doctrina y jurisprudencia posterior a enero de 1972, en el sentido de que es necesario dos sentencias anteriores, para que en la tercera se declare la segunda reincidencia. Además, en la segunda se debe declarar la primera reincidencia. En todo caso será preciso que medie el tiempo necesario entre ellas, de forma que cuando delinca el sujeto por segunda vez, exista sentencia firme sobre el delito anterior, y lo mismo entre el

(80) Establece el núm. 3.^o del artículo 516 que el hurto se castigará con las penas inmediatamente superiores en grado «si el culpable fuere dos veces reincidente».

(81) Por su parte el párrafo primero del art. 530 dispone que «los delitos expresados 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».

(82) El art. 535 dice que «serán castigados con las penas señaladas en el artículo 528 y, en su caso, con las del 530...».

(83) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, *Consideraciones sobre la última reforma del Código penal*, en «ANUARIO DE DERECHO PENAL», 1975, fasc. I, pág. 79.

(84) Véanse arts. 443 y 428-2.^o del Código de 1848; arts. 438, 3.^o y 454 del Código de 1850; arts. 533, 3.^o y 549 del Código de 1870 y arts. 508, 2.^o y 524 del Código penal de 1932.

tercero y el segundo. La agravación se da desde la segunda reincidencia.

Sin embargo, la Fiscalía del Tribunal Supremo, para paliar el privilegio que supone la segunda reincidencia de estos delitos, y posiblemente por no haberlo tenido en cuenta el legislador en la reforma de 1974, dispone en la circular número 6 de este año, de 27 diciembre —a fin de conseguir un mejor criterio de interpretación: «Las dudas que se han suscitado respecto a la llamada segunda reincidencia obligan a fijar su contenido de acuerdo con la clásica doctrina jurisprudencial— aun cuando en su literalidad la Ley no mencione otros supuestos de multirreincidencia específica (arts. 516, 3.º y 530), deben resultar aplicables, en lo que proceda las declaraciones generales de los artículos 10, 15.ª y 61, 6.ª».

Pese a todo, queda claro que no debe ser este el criterio que se siga para la aplicación de la segunda reincidencia de los artículos 516, 3.º y 530, sino el que se apuntó anteriormente, que es el correcto.

2. Hay tres supuestos en los que se tiene en cuenta las condenas de Tribunales extranjeros a efectos de aplicación de la agravante que nos ocupa. Son en los artículos 289, 344 y 452 bis f). El primero y último tienen el mismo contenido, a saber: «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 número 15 del artículo 10 de este Código». El artículo 289 hace referencia a los delitos de falsificación de moneda metálica y billetes del Estado y Banco, recogidos en el capítulo II, Título III, Libro II, mientras que el artículo 452 bis f) comprende a los delitos relativos a la prostitución, capítulo VII, Título IX del Libro II.

Vemos cómo en los dos se hace referencia a la condena de un Tribunal extranjero impuesta por delito comprendido en el capítulo correspondiente de nuestro Código penal, cuando esos Tribunales no pueden imponer condenas conforme a nuestro Código. No cabe duda que el legislador ha querido referirse a delitos de similar naturaleza, de ahí que resulte mejor la redacción del último párrafo del artículo 344, que con referencia a los delitos relativos a estupefacientes, dispone: «Las condenas de Tribunales extranjeros por delitos de igual entidad a los previstos en este artículo, producirán ante los españoles los mismos efectos que las de éstos, en cuanto a lo establecido en el número 15 del artículo 10 de este Código».

En este último artículo se hace referencia a delitos de *igual entidad*. Además, mientras que en el artículo 344 se establece sólo para los españoles los efectos de las sentencias extranjeras, en los otros dos nada se estipula, por lo que podrá aplicarse la reincidencia y doble reincidencia también a los extranjeros condenados fuera de España, cuando delincan en nuestro país.

De lo anterior se desprende la falta de coordinación que existe en el Código incluso para situaciones que el legislador ha querido resultar idénticas.

3. *Falta de unidad en el Código sobre la reincidencia en materia de penalidad.*—Se recoge seguidamente la disparidad de criterios que se

siguen en el Código en relación a la pena que se impone como consecuencia de la agravación por reincidencia, en los supuestos especiales en que no se aplican las reglas 2.^a y 6.^a del artículo 61, que son las de aplicación para los supuestos del número 15 del artículo 10.

a) *Supuestos privilegiados*.—En relación con la agravante genérica, resultan privilegiados los siguientes:

1. Los delitos de hurto (art. 516-3.^o), estafa (art. 530) y apropiación indebida (art. 535), en cuanto que la pena que se puede imponer a partir de la segunda reincidencia solamente es la superior en grado.

2. La reincidencia de los jugadores que concurrieran a las casas de juego de suerte, envite o azar. La pena es de arresto mayor y multa de 10.000 a 20.000 pesetas; para la reincidencia se mantiene la pena privativa de libertad, mientras que se eleva la de multa a 50.000 pesetas, que es superior al grado máximo de ésta. Hubiera sido más grave poner la pena en su grado máximo (conforme a la regla 2.^a, artículo 61, de seguir el régimen general).

b) *Supuestos agravados*.—En el resto de los artículos la reincidencia supone una mayor agravación, con respecto a la que hubiera correspondido de estimarse la reincidencia simple del párrafo primero del número 15 del artículo 10.

1. Faltas de hurto, estafa y apropiación indebida, que se convierten en delito (arts. 515-4.^o y 528-4.^o). También sucede lo mismo en algunos casos de pastoreo abusivo (art. 593). Hay ahora una pena mayor, incluso pasa a ser pena grave, que antes, para el mismo delito, era leve, conforme a las escalas del artículo 27. Por otra parte, están todas las desventajas de un delito en comparación con las faltas (85).

2. Se impone el grado superior de la pena, y no la pena en su grado máximo, como ocurre con los delitos en general, por aplicación de la regla 2.^a del artículo 61. Sucede esto en los supuestos de reincidencia del eclesiástico que requerido por Tribunal competente, rehusare los autos pedidos para la decisión de un recurso de fuerza interpuesto (art. 381).

3. Hay un supuesto en que se eleva la pena privativa de libertad en un grado, y se duplica el máximo de la pena de multa. Sucede esto con los banqueros y dueños de casas juego, envite o azar (art. 349, p. primero). La pena para el primer delito es arresto mayor y multa de 10.000 a 50.000 pesetas, mientras que para el reincidente es prisión menor y multa de 10.000 a 100.000 pesetas.

4. Se mantiene la pena de multa en la reincidencia, pero además se impone una pena privativa de libertad. Sucede esto:

a) En las defraudaciones del artículo 533, que se mantiene la pena de multa para los casos de reincidencia, pero se impone, además, arresto mayor.

b) Lo mismo sucede para determinados supuestos de defraudaciones del fluido eléctrico del artículo 537, que se castiga con multa de

(85) Aquí no podía aplicarse la agravante, ya que no cabe la reincidencia entre faltas o entre delitos y faltas. En este sentido la sentencia de 29-3-1965.

10.000 a 100.000 pesetas, mientras que se mantiene la misma multa para la reincidencia y se impone, además, arresto mayor.

Queda claro que en estos dos supuestos hubiera sido preferible la agravante genérica, que llevaría solamente la pena pecuniaria en su grado máximo.

c) En determinados casos de intrusismo constitutivo de falta la pena es de 500 a 5.000 pesetas. La reincidencia se castiga con la misma pena, más arresto menor (art. 572).

d) La infracción de los reglamentos sobre quema de rastrojos u otros productos forestales, constitutivo de falta, se castiga con multa de 250 a 2.500 pesetas. Al reincidente se le impone dicha multa, más arresto menor (art. 596).

5. Hay un supuesto en que se eleva la pena privativa de libertad en grado, mientras que desaparece la pena de multa. Sucede esto en las infracciones del derecho de autor y de la propiedad industrial del artículo 534. El primer delito se castiga con arresto mayor y multa de 10.000 a 200.000 pesetas; la reincidencia solamente con prisión menor. También aquí estimamos que la elevación de pena en grado será más grave, en la mayor parte de los casos, que la imposición de aquellas dos penas en grado máximo.

FUNDAMENTO DE LA AGRAVACION DE LA PENA EN LA REINCIDENCIA (*)

Se han buscado diversos fundamentos a tal agravación, basados en la alarma social; insuficiencia de la pena anterior (86); mayor peligrosidad (87); mayor capacidad criminal (88); mayor probabilidad de delinquir en el futuro (89); mayor culpabilidad (90), o mayor culpabilidad en base a la situación en que se encuentra el sujeto por su forma de vida (91), etc.

En nuestra doctrina más moderna, también las opiniones están divididas. Rodríguez Mourullo considera que hay un aumento de la pena, mientras que la culpabilidad no varía. Se quiebra con ello el principio de la culpabilidad (92).

Para Ferrer, el fundamento hay que buscarlo en una mayor peligrosidad (93).

(*) Véase MARTÍNEZ ZAMORA, *ob. cit.*, págs. 29 y ss.; MIR PUIG, *ob. cit.*, págs. 427 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios, cit.*, I, págs. 726 y ss.

(86) CARRARA, *Programma, Parte general*, parágrafo 737.

(87) FERRI, E., *Principios de Derecho criminal*, pág. 638.

(88) RANIERI, S., *Manuale di Diritto penale*, Padova, 1968, pág. 500.

(89) ANTOLISEI, F., *Manual de Derecho penal*, trad. de DEL ROSAL Y TORÍO, 1960, pág. 482.

(90) MAURACH, R., *Tratado de Derecho penal*, II, trad. CÓRDOBA RODA, Barcelona, 1962, pág. 546.

(91) BETTIOL, G., *Diritto penale*, Padova, 1976, págs. 366 y ss.

(92) RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios, cit.*, I, pág. 741.

(93) FERRER SAMA, *Comentarios, cit.*, I, pág. 411.

Basa la agravación en la culpabilidad Rodríguez Devesa quien dice: que «la ley eleva su nivel de exigencia de una conducta distinta frente al que ha sido anteriormente condenado» (94).

Mir Puig considera que se trata de una causa de agravación del injusto (95).

Tampoco hay uniformidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En la Memoria de la Fiscalía del T.S. de 1973 encontramos diversos criterios en los que se basa la reincidencia, son éstos: Insuficiencia de la pena anterior, personalidad del agente, peligrosidad (96); al criticarse la moderna corriente jurisprudencial se dice: Este cambio trascendental en la interpretación y reconocimiento eficaz de la reincidencia doble o múltiple, produce una especial preocupación sumada a la que todo cambio jurisprudencial inicialmente crea, por cuanto significa, en muchos casos, una doctrina sumamente apetecible y ventajosa para aquellos delincuentes, *especialmente peligrosos*, que hacen del delito un *hábito* o un *modo de vida*. La Defensa Social contra los delincuentes *habituales* o profesionales, ha de ser más estricta y su sanción mayor y más grave que la de los delincuentes ocasionales, que sólo una vez han infringido la Ley contraviniendo las normas del ordenamiento jurídico punitivo» (97).

En otro lugar de la Memoria se dice: «Parece incuestionable que lo pretendido en nuestro ordenamiento penal, al estatuir una mayor sanción a partir de la segunda reincidencia, es apreciar adecuadamente el *mayor peligro* que representa el delincuente que repite sus actos delictivos, dentro de una determinada gama de las figuras típicas penales» (98).

Hay sentencias donde se destaca la *culpabilidad*. Así, la de 24 de septiembre de 1970 dice que lo que interesa a la técnica penal es «la mayor *culpabilidad* ampliamente determinada por el quehacer reiterante... máxime si el autor conocía el doble reproche de su dúplice quehacer delictual anterior al volver a delinquir, pues abarca en su doloso comportamientos precedentes y la penalidad doblemente impuesta». Por su parte, la de 9 de junio del mismo año recoge: «este rigor en la medición de la pena aceptado en reiteradas sentencias de esta Sala, sigue la dirección de la mayor *culpabilidad* que al autor de varios delitos, sean o no castigados en una misma resolución, corresponde por la persistencia, la *peligrosidad* y la dureza ante el correctivo».

Mayor peligrosidad se recoge en otras, como la ya citada de 9-6-1970 y las de 10-6-1960 y 29-10-1970.

Mayor culpabilidad y *peligrosidad* se recoge en las sentencias de 24-9-1970 y 22-10-1970.

Mayor perversidad, en la sentencia de 10-11-1970.

Insuficiencia de la pena anterior se destaca en las sentencias de 20-10-1964, 11-3-1967 y 17-1-1974).

(94) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, Parte general, cit., pág. 634.

(95) MIR PUIG, *ob. cit.*, pág. 533.

(96) Memoria F. T. S. cit., pág. 222.

(97) Memoria F.T.S., cit., pág. 229.

(98) Memoria F.T.S. cit., pág. 232.

Habitualidad. Establece la sentencia de 22 de abril de 1967 que obligan a «imponer una pena determinada, que es el supuesto previsto en la precitada regla 6.^a, que sanciona la forma agravada, la *habitualidad* y repetición consiguiente de una determinada forma de delitos.»

Profesionalidad o habitualidad (S. 4-12-69). «Si bien puede corresponder la agravación a la más pronunciada profesionalidad que por razones de política criminal debe atenderse con más grave castigo».

Hábito criminoso (S. 11-12-69). «Lo que viene a suponer y ella es la prevalente razón teleológica del aumento de la pena que los apoderamientos reiterados a través del tiempo implican la repetición de un mismo tipo de infracciones penales y son expresivos de un *hábito criminoso* que la Ley ordena castigar con mayor rigor».

Consideración criminológica, social, peligrosidad, hábito criminógeno y no recuperabilidad social (S. 28-9-70). «No es la misma, sino distintas condenas precedentes las que sirven para fundamentar una y otra función punitiva, lo que está igualmente de acuerdo con la consideración criminológica o meramente social que ve un plus de peligrosidad en el multireincidente frente al que se inicia en el azaroso camino de la iteración delictiva en el que por no haber llegado todavía al hábito criminógeno, el sujeto, aún puede considerarse recuperable para la convivencia social».

Vemos cómo se combinan en la jurisprudencia todos los argumentos posibles e imaginables, penales, sociales, criminológicos, de tratamiento, etc. Algo similar ocurría en la Memoria de la F.T.S.

Pasamos a examinar el Código penal para ver si encontramos alguna solución al problema. Si repasamos este texto legal veremos cómo la gravedad de las penas no siempre están en función de la culpabilidad, sino del peligro que el delincuente puede representar para la sociedad. Hay determinados supuestos en que la pena se modifica en función de la personalidad del autor, de sus condiciones personales, su peligrosidad, antecedentes y aún la situación económica.

A. Agravaciones:

1. En los delitos contra el Jefe del Estado y su sucesor, «los Tribunales, apreciando las circunstancias del hecho y del culpable... su condición social y situación económica, podrán imponer, además de las penas señaladas, las de multa de 10.000 a 1.000.000 de pesetas e inhabilitación absoluta o especial» (art. 148 bis, p. primero).

Se aprecia claramente la agravación de la pena en base a determinadas circunstancias.

2. En las propagandas ilegales, «los Tribunales, apreciando las *circunstancias* del delincuente y especialmente su situación económica, podrán elevar la multa hasta cuatro millones de pesetas.

También podrán, en atención a las condiciones personales del culpable, imponer la pena de inhabilitación absoluta o especial» (art. 253).

Vemos cómo se agrava la pena en atención a las circunstancias del delincuente, su situación económica y condiciones personales.

3. En los delitos contra las personas y su honor, honestidad, libertad y seguridad, y propiedad, los Tribunales, «atendiendo a la gravedad de los hechos y al *peligro que el delincuente represente*, podrán acordar, en sus sentencias, la prohibición de que el reo vuelva al lugar en que hubiere cometido el delito, o en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos, dentro del período de tiempo que el mismo Tribunal señale, según las circunstancias del caso» (art. 67).

En realidad se trata de una medida preventiva o de seguridad, en atención a que pueda haber represalias contra el mismo autor, o se provoquen nuevos delitos.

4. También se tiene en cuenta las circunstancias del autor en algunos supuestos de sedición (art. 223).

B. *Atenuaciones:*

1. También en los delitos contra el Jefe del Estado y su sucesor los Tribunales en atención a «las mencionadas *circunstancias* del hecho y del *culpable*» podrán rebajar las penas establecidas en un grado (artículo 148 bis, p. segundo).

Recordemos que esas circunstancias del culpable, conforme al párrafo primero de dicho artículo, eran su condición social y situación económica.

2. En los atentados recogidos en los artículos 233 y 234, los Tribunales, «atendiendo a la menor gravedad y circunstancias del hecho y al móvil y *condiciones del culpable*, podrán rebajarse las penas en uno o dos grados» (art. 235).

3. En los capítulos I, III, IV y V del Tít. III, Libro II (de las falsedades) también podrán los Tribunales «teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, la naturaleza del documento, las *condiciones del culpable* y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada» (art. 318).

4. En el artículo 511 se establece que «teniendo en cuenta la alarma producida, el estado de alteración del orden público que pudiese existir cuando el hecho se realizare, los *antecedentes* de los delincuentes y las demás circunstancias que hubieren podido influir en el propósito criminal, podrá aplicar las penas superiores en grado» en los delitos de robo.

C. *Atenuar o agravar:*

1. Establece el artículo 546 bis e) que los Tribunales en los delitos de encubrimiento con ánimo de lucro y receptación «graduarán las penas... atendiendo a la *personalidad* del delincuente y circunstancias del hecho...».

2. Por su parte, la regla 4.^a del artículo 61 dispone: «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 en el grado que estimen conveniente». Puede observarse la gran extensión de la regla 4.^a del artículo 61, lo que da una gran discrecionalidad a los jueces.

De los artículos recogidos anteriormente se desprende la importancia que el legislador concede a las condiciones personales del culpable, lo que sin duda ha debido influir para las agravantes de reiteración y reincidencia. Se supone que, en todo caso, el sujeto que vuelve a delinquir tiene unas condiciones personales desfavorables, tanto ante los ojos de la sociedad como ante el Derecho penal.

De todas las posturas señaladas, la agravación de la pena hay que fundamentarla en una mayor culpabilidad del sujeto, sin perjuicio de que éste pueda representar una mayor peligrosidad.

Ya vimos cómo hay una serie de autores que de una u otra forma se inclinan por situar la agravación de la reincidencia en el plano de la culpabilidad. Otro grupo, también de forma más o menos precisa, lo fundamentan en el riesgo que supone el sujeto reincidente, por lo menos con cara al futuro, es decir, su peligrosidad.

En nuestro derecho, siguiendo la opinión de la moderna doctrina, así como de la jurisprudencia que vimos arranca en el año 1972, no puede buscarse el fundamento de la reincidencia en la peligrosidad. La razón está en que la reincidencia prácticamente sería automática, sin necesidad de que existiera condena firme anterior, pues la peligrosidad responde a esa tendencia que se aprecia en el delincuente de repetir conductas criminales (99).

Sin embargo, la jurisprudencia tradicional no se aparta mucho de basar la agravación de la pena en la reincidencia, en base a la peligrosidad, ya que:

a) En principio, porque en muchas ocasiones no se ha exigido la declaración de reincidente para estimar la multirreincidencia, siendo suficiente con que el sujeto estuviera condenado anteriormente por dos delitos en una misma sentencia. Esta es la fórmula que parece va a seguirse con la actual doble reincidencia. Por otra parte, ya se vio que en algunas sentencias se hace referencia a la peligrosidad.

b) Por otra parte, ya se apuntó cómo en la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo se dice: «Parece incuestionable que lo pretendido en nuestro ordenamiento penal, al estatuir una mayor sanción a partir de la segunda reincidencia, es apreciar adecuadamente el *mayor peligro* que representa el delincuente que repite sus actos delictivos, dentro de una determinada gama de las figuras típicas penales» (100).

Aunque el peligro de repetición de delitos no equivale a peligrosidad del sujeto, el Tribunal Supremo así parece entenderlo en la citada Memoria.

EFFECTOS DE LA REINCIDENCIA

Hasta el Código penal de 1928, la reincidencia no tenía mayor pena que cualquier otra agravante, que era la correspondiente al delito

(99) Véase RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, Parte general, cit., pág. 634.

(100) Memoria de la F.T.S. cit., pág. 232.

cometido en su grado máximo (101). En el Código de 1928, donde por primera vez se recoge la multirreincidencia (102), podía elevarse la pena en grado para los delinquentes habituales (103). No hay alusión a la multirreincidencia en el Código de 1932, donde en la regla 6.^a del artículo 67 se establece: «Cualquiera que sea el número y entidad de las circunstancias agravantes, los Tribunales no podrán imponer pena mayor que la designada por la ley en su grado máximo, salvo en el caso de que concurra la agravante decimocuarta del artículo diez (reincidencia), en que será posible aplicar la pena inmediatamente superior, en el grado que estimen conveniente». No obstante la elevación de la pena en grado es potestativa del Tribunal.

— Desde el Código de 1944, a partir de la segunda reincidencia, se puede elevar la pena en uno o dos grados (regla 6.^a, art. 61). La elevación en grado es obligatoria para el tribunal y potestativa en el segundo. Esta es la situación que se mantiene en los momentos actuales para la doble reincidencia (104).

— Se les puede excluir de los indultos, conforme al número 2.^o del artículo 3.^o de la Ley de 18-6-1870, tanto a reincidentes como a reiterantes. Así se ha venido haciendo, como ya se vio, hasta el indulto general de 26-4-1963 (105).

— Tanto a reincidentes como a reiterantes se les cierra la posibilidad de aplicación de la condena condicional, ya que el primero de los requisitos exigidos para suspender la condena es que «el reo haya delinquirido por primera vez» (art. 93, 1.^a).

— «La reincidencia o reiteración en el delito llevará aparejada la pérdida del tiempo pasado en libertad condicional» (art. 99, p. último).

— El plazo de prescripción de la pena se interrumpe cuando el reo vuelve a cometer otro delito, por lo que afecta tanto a la reiteración como a la reincidencia (art. 116, p. segundo).

— También para los dos supuestos «quedará sin efecto la cance-

(101) Véase art. 74, 6.^a Códigos de 1848 y 1850; art. 82, 6.^a del Código de 1870.

(102) En el Código de 1822, al autor de dos o más hurtos se le podía elevar la pena en una cuarta parte (art. 751); en el Código de 1848 se castigaba el hurto con la pena inmediata superior en grado si fuere habitual (art. 428, 2.^o), lo mismo para determinadas defraudaciones (incluida la actual apropiación indebida) (art. 443); en el Código de 1850 se impone la pena superior en grado para la reincidencia en el delito de hurto u otro semejante (art. 439, 3.^o), y lo mismo para las estafas (art. 454), incluyéndose la actual apropiación indebida, recogida entre las estafas (art. 452, 1.^o); en el Código de 1870 se eleva la pena en grado para el hurto cuando el autor «fuere dos o más veces reincidente» (art. 533, 3.^o), lo mismo para las determinadas estafas —incluida la actual apropiación indebida— «si los culpables fueren dos o más veces reincidentes en el mismo o semejante especie de delito» (art. 549), en el mismo sentido arts. 508, 2.^o y 524 del Código de 1932. La apropiación indebida pasa a ser independiente en el Código de 1944.

(103) Véanse arts. 70, 156 y 157 del Código de 1928.

(104) Hay excepciones para determinados supuestos, a partir de la segunda reincidencia, en que la pena solamente se eleva en grado. Véanse arts. 516, 3.^o y 530, p. primero.

(105) Vid. supra nota 22.

lación otorgada y recobrará plena eficacia la inscripción cancelada si el rehabilitado cometiera, con posterioridad, nuevo delito» (art. 118, p. último).

II

CONSIDERACIONES CRIMINOLOGICAS (*)

Hay una realidad evidente en la reincidencia, como es la importancia cuantitativa. De una población reclusa de 8.134 penados, el día 31-12-1974, eran reincidentes 3.017 (37,09 %) y multirreincidentes 1.608 (19,77 %). Las mujeres eran 73 (20,92 %) y 12 (3,44 %) respectivamente. El total era de 4.625 varones y 85 mujeres, entre reiterantes, reincidentes y multirreincidentes, que representan el 55,52 por 100 del total de penados (106).

Tanto las estadísticas penitenciarias como las judiciales no hacen distinción entre reiterantes y reincidentes. Las judiciales tampoco separan los multirreincidentes, sino que engloban las tres categorías (107).

El número total de reiterantes, reincidentes y multirreincidentes era de 3.217 el 31-12-1965, mientras que en las mismas fechas de 1974 era de 4.710, lo que supone un incremento del 46,41 por 100 (108).

Se aprecia también un menor índice de recaída en el delito en la mujer en relación con los varones, siendo los porcentajes mucho menores para la multirreincidencia, donde solamente se dan doce casos para el año 1974, de una población penada de 349.

Lo anterior parece demostrar que estamos ante un fracaso, no del Derecho penal, sino de la pena.

Rodríguez Mourullo, que, como ya se vio, se pronuncia en favor de la supresión del Código tanto de la reiteración como de la reincidencia, considera aceptable «la provisión de un adecuado tratamiento preventivo —medida de corrección y de seguridad— ajustado no a las actuales nociones formalistas, sino a realidades criminológicas» (109).

Por su parte, Quintano escribía que las sentencias anteriores «no debían valer como elementos formales de cómputo, como ahora acon-

(*) En muchas ocasiones los trabajos de derecho penal han de constar de tres partes, una dogmática, seguida de la criminológica, para terminar con una última de Política criminal donde se propongan una serie de consideraciones de *lege ferenda*. La reincidencia es uno de esos temas que requieren un estudio desde los tres puntos de vista indicados. El estudio criminológico resulta necesario para un mejor conocimiento del fundamento de la agravación de la pena, a fin de aclarar diversos problemas que se suscitan en relación a la culpabilidad, peligrosidad y tratamiento. Por la importancia del tema, y para evitar una excesiva extensión del presente trabajo, será objeto de un estudio separado.

(106) *Memoria de la Dirección General de Instituciones Penitencias*, 1974, página 20.

(107) I. N. E.: E. J. E., 1969, pág. 84.

(108) Memoria D. G. I. Penitenciarias, cit., pág. 20.

(109) RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, cit., I, pág. 744.

tece, sino meramente como datos sintomáticos de una conducta, a valorar entre otros de tipo experimental, a los fines, no de una simple agravación en las penas, sino a los de un tratamiento especial correctivo o asegurativo» (110).

Estos autores, con buen criterio, desvían el problema al terreno criminológico, ya que el tratamiento penitenciario o de medidas se basa en conocimientos criminológicos. La idea es buena, pero no debemos olvidar la notable deficiencia que tenemos de investigación criminológica, no sólo en España, sino a nivel mundial. Ello supone remitir el asunto a un lugar donde no puede resolverse, o poco es lo que se puede hacer, por lo menos entre nosotros, por el escaso apoyo que recibe la criminología.

Parece que estamos ante una situación con pocas posibilidades de solución. La agravación de la pena parece que no hace más que complicar las cosas, pues si no consiguió evitar la recaída es porque fue ineficaz, por lo que resulta absurdo volver por el mismo camino. Podríamos ir más lejos y culpar a los organismos encargados de la prevención del delito, que normalmente no existen en ningún país, o son insuficientes (111).

Quizá el problema de la reincidencia, a escala mundial, en no pocas ocasiones hay que plantearlo mucho antes de que el sujeto ingrese en prisión, o de que intervengan los Tribunales para imponer una pena. Habría que retrotraerse al momento de elaborar las leyes, no solamente las penales, sino otras, como pueden ser las de tipo social, político o administrativo. Hay que buscar el porqué de la repetición de delitos, que en buena parte de los casos obedece a problemas familiares, sociales, laborales, de escolaridad, etc.; en definitiva, problemas de mundo circundante e injusticias sociales, sin olvidar la falta de ayuda al que está en peligro de volver al delito, o que una vez cumplida su condena quedó en libertad. Culpar a la organización penitenciaria de la reincidencia es querer eludir otros problemas de mayor profundidad.

III

CONSIDERACIONES DE POLITICA CRIMINAL

Pese a que el Código distingue entre *reiteración* y *reincidencia*, no tiene apenas valor mantener esa diferencia, ya que:

- a) En nuestro ordenamiento, como se apuntó, el sujeto puede cometer delitos de análoga naturaleza y aplicársele la reiteración, por encontrarse los delitos en distinto título del Código penal.
- b) A sensu contrario, puede apreciarse reincidencia por delitos de

(110) QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso*, cit., I, pág. 461.

(111) En España se creó la *Comisión Nacional para la Prevención del Delito* —con un Gabinete de Estudios—, por Decreto de 15-3-1973, pero que hasta ahora no se le ha dado el impulso que requiere.

distinta naturaleza, al estar comprendidos en el mismo título del Código.

c) Desde el punto de vista criminológico no es menos peligroso el sujeto que comete delitos homogéneos, que aquél que está dispuesto a realizar cualquier tipo de infracciones. Este suele ser más peligroso.

Por otra parte, la ventaja que tiene el que comete siempre el mismo tipo de delitos (ladrón, estafador, etc.), es que los realiza con mayor perfección, dejando menos pruebas que le puedan delatar ante la justicia. Sin embargo, una vez detenido sus antecedentes le perjudican notablemente, ya que se conoce su forma de actuar. Sin embargo, el que comete cualquier clase de delitos, difícilmente se puede conseguir antecedentes sobre su forma de actuar, aunque su perfección en la ejecución sea más deficiente.

Consideraciones de *lege ferenda* que se proponen:

1. En atención a que, como ya se apuntó, la agravación de la sanción en la reincidencia —y reiteración— hay que basarla en la mayor culpabilidad del sujeto —sin perjuicio de que también suponga una mayor peligrosidad—, conviene mantener la agravante genérica. Sin embargo, hay que hacer las siguientes observaciones:

a) Resulta excesiva la agravación en los supuestos de doble reincidencia, ya que necesariamente hay que elevar la pena en grado, pudiendo elevarse en dos de forma potestativa (regla 6.^a, art. 61). Por tres robos de poco más de 5.000 pesetas se puede imponer la misma pena que para un homicidio, lo que resulta excesivo.

b) En esta línea de cosas, donde un delito más eleva la pena en uno o dos grados, por qué no poner mayor pena para el cuarto, el quinto, etc. Tal vez la diferencia importante debía ser entre el primero y segundo, pero no desde el tercero.

c) De los apartados anteriores se deduce que no parece admisible que para que se aprecie la agravante de reiteración a veces sea necesario haber sido castigado previamente por dos delitos, lo que sucede cuando esos delitos anteriores tienen menor pena que el que se juzga en tercer lugar y determina la agravante.

d) Por otra parte, el trato es muy distinto entre reiteración y reincidencia. Se pueden cometer por lo menos trece delitos dolosos, procurando que cada uno se encuentre tipificado en uno de los trece primeros títulos del Libro II del Código penal, y la pena del último no podrá ser más que la que corresponda en su grado máximo, ya que la repetición de reiteraciones no eleva la pena más de ese límite, conforme al inciso primero de la regla 6.^a del artículo 61. La doble reincidencia ya vimos que eleva la pena en un grado y puede elevarse en otro más, conforme a la regla anterior. Todo esto cuando se vio como delitos de similar naturaleza se encuentran en distinto título, y viceversa. Por otra parte, ya se apuntó que no resulta más peligroso quien repite delitos similares que aquel que comete las más diversas infracciones.

c) Como lo que interesa es el fundamento de la agravación, que vimos se encontraba en el plano de la culpabilidad, tampoco hay razón.

para mantener una mayor culpabilidad en la reincidencia que en la reiteración.

En vista de todo lo anterior se propone la refundición de ambas agravantes —reiteración y reincidencia— en una sola, bajo la denominación de la segunda, que podría quedar poco más o menos así:

«Ser reincidente.

Hay reincidencia cuando al delinquir el culpable hubiera sido condenado, en sentencia firme, por otro u otros delitos comprendidos en este Código».

Debe terminarse con la polémica de los antecedentes por condenas de otros tribunales, sea cual fuere el tipo de resolución adoptada. Es de esperar se llegue a que ninguna jurisdicción especial imponga sanciones que deberían corresponder al Derecho penal. Sin embargo, por ahora la situación puede plantear problemas con algunas leyes especiales, así como con la jurisdicción militar. También debía estudiarse la posibilidad de que no se computaran los delitos culposos, o que solamente jugaran entre ellos. Por supuesto que no deben tenerse en cuenta las condenas de tribunales extranjeros.

Sin embargo, se plantean una serie de problemas debidos al retraso en la administración de justicia —tengamos en cuenta, además, la imposición de recursos. Si se tardan dos años en que la sentencia sea firme, resulta que los delitos cometidos en ese período de tiempo no pueden ser objeto de agravación, por no haber todavía sobre el primero sentencia firme, salvo que haya otros antecedentes. Tal vez para evitar esto podría ser suficiente con que hubiera procesamiento, del que se dedujera sentencia firme. Esto, no obstante, obligaría a esperar la resolución del primer delito para poder apreciar o no la agravación del segundo. Para evitar otra serie de problemas que surgirían, es mejor dejar las cosas como están, en espera de que algún día la administración de justicia funcione sin un retraso notable (112).

2. Aunque lo ideal sería la desaparición de las faltas del Código penal (113), mientras esto no ocurra debía establecerse una agravación por reincidencia en las faltas, por lo menos para los supuestos de mayor gravedad. La compatibilidad entre delitos y faltas prácticamente ya se da, a tenor de lo dispuesto en los artículos 515, 4.º y 528, 4.º, aunque debía buscarse otra fórmula que permitiera extenderse también a otros supuestos.

Mientras esto no ocurra, no tiene objeto la agravación por reincidencia que se establece en el artículo 572, para ciertos supuestos de intrusismo, así como la del artículo 596, para la quema de productos forestales y rastrojos.

3. La situación de privilegio que ostenta el hurto (art. 516, 3.º), ciertas estafas (art. 530) y apropiación indebidas (art. 535), no tiene

(112) Este problema de la administración de justicia es universal, véase del V Congreso de Prevención del Delito..., cit., A/CONF. 56/4.

(113) Véase CEREZO MIR, J., *Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo*, en «ANUARIO DE DERECHO PENAL», 1975, fasc. II, págs. 169-170.

razón de ser, máxime si tenemos en cuenta que lo que pretendía el legislador en un principio era todo lo contrario (114).

Por otra parte, mientras que el número 3.º del artículo 516 no ofrece dudas, ya que para apreciar la segunda reincidencia todos los delitos y condenas han de ser por hurto (no obstante, se apreció cuando los antecedentes eran por robo, S. 14-5-1965; hurto y robo, S. 25-5-1963, y hurto y estafa, S. 6-2-1970, aunque en estos supuestos se debió aplicar la agravante genérica, y la pena conforme a la regla 6.ª del artículo 61), la situación es más confusa en el artículo 530. En éste, por una parte, se hace referencia a los «delitos expresados en los números anteriores» (hay que entender los del art. 529), y por otra, a que los culpables fueren dos veces reincidentes en «el mismo o semejante especie de delito». Resulta:

a) Que la segunda reincidencia del artículo 530 no se aplica, en principio, a todas las estafas, sino solamente a las recogidas en el artículo 529, con lo que se restringe el privilegio.

b) Por otra parte, se extiende la posibilidad de aplicación, bajo la fórmula «o semejante especie de delito». Parece ser que el resto de las estafas deben considerarse semejantes, sobre todo si tenemos en cuenta la gran extensión del número primero del artículo 529. No cabe duda que la semejanza será mayor que la del hurto o apropiación indebida —y aun del robo y receptación—, que se computan como antecedentes para estimar la segunda reincidencia del artículo 530, y no la genérica de doble reincidencia del número 15 del artículo 10.

Se aprecia la agravación del artículo 530, en relación a un delito de estafa cometido, cuando los antecedentes eran por robo y hurto (S. 13-10-1970); robo y estafa (S. 20-3-1956); hurto y estafa (S. 30-3-1968); estafa y apropiación indebida (S. 2-11-1963); receptación (S. 5-4-1965).

Se aprecia la agravación del artículo 530, cuando es de apropiación indebida el delito cometido, siendo los antecedentes por robo y hurto (S. 28-9-1970); hurto y apropiación indebida (S. 1-3-1968); estafa y apropiación indebida (S. 8-6-1963); hurto y estafa (S. 6-3-1968) y hurto, estafa y apropiación indebida (S. 26-3-1963).

Por su parte, la sentencia de 21-10-1965 considera que por el mismo o semejante delito hay que comprender el robo, hurto y estafa.

La disparidad de criterios en la jurisprudencia lleva a estimar la segunda reincidencia en muchos casos en que habría que aplicar la doble reincidencia, elevando la pena en uno o dos grados, conforme a la regla 6.ª del artículo 61.

Resulta que no existe prácticamente diferencia, en atención a los delitos del título XIII del libro II del Código penal, para la apreciación de la segunda reincidencia, conforme al artículo 530, donde se recoge la fórmula «el mismo o semejante especie de delito», que lo dispuesto en la sentencia de 10-11-1970 en donde se dice que la multi-reincidencia a que se refiere la regla 6.ª del artículo 61 del Código

(114) Vid. supra nota 102.

penal se aplica a los que han repetido por lo menos dos veces el mismo o semejante tipo delictual.

Ante la improcedencia del privilegio, así como toda la problemática que hemos visto se plantea en relación a su apreciación, convendría la supresión del número 3.º del artículo 516, así como la derogación del artículo 530.

4. La repetición de faltas no debe nunca transformarse en delito, como sucede con el hurto, estafa y apropiación indebida (arts. 515, 4.º y 528, 4.º) (115). Mientras existan en el Código, y por no haber una agravación por reincidencia o reiteración, cabe la posibilidad de aplicar una medida de seguridad (116).

En relación con las faltas hay que hacer las siguientes observaciones:

a) Por qué no ha convertido el legislador en delito la repetición de otras faltas, como pueden ser las de lesiones, que son de mayor gravedad que las cometidas contra la propiedad.

b) Hay que resolver el problema de las cuantías en los delitos contra la propiedad, cuyo fundamento debe ser la culpabilidad (117). No debe pasarse de falta a delito simplemente porque se consiga una peseta más de botín, cuando normalmente la idea del delincuente es conseguir lo máximo posible. Pero estos son problemas ajenos al tema que nos ocupa, aunque debe hacerse la revisión correspondiente para la derogación del número 4.º del artículo 515 y el mismo número del artículo 528, así como también el párrafo segundo del artículo 593 y hacer las correcciones necesarias en el artículo 587.

6. Sin perjuicio de la conveniencia de que se mantenga o derogue el Título VII del Libro II del Código penal, que recoge los juegos ilícitos, lo que sí debe desaparecer es la agravación establecida para la reincidencia, tanto para los banqueros y dueños de las casas de juego de suerte, envite o azar, como para los jugadores que concurrieren a ellas (art. 349).

7. Lo mismo cabe decir del párrafo segundo del artículo 381.

8. Tampoco hay razón para mantener la agravante específica de reincidencia en las infracciones del derecho de autor y propiedad industrial (art. 534), defraudaciones del artículo 533 o del fluido eléctrico (art. 537), por lo que deben desaparecer del Código.

9. En atención a los problemas que plantea la legislación de otros países, sistemas de administración de justicia, y dificultades en conseguir antecedentes, convendría no tener en cuenta las condenas de los Tribunales extranjeros a efectos de apreciar la agravante de reincidencia por delitos cometidos en España. Por tal motivo todavía tiene menos justificación que se mantenga de forma especial para delitos de falsificación de moneda metálica y billetes del Estado y Banco

(115) Véase art. 593, p. segundo, en donde la infracción cometida después de dos condenas por pastoreo abusivo, se castiga como delito de hurto comprendido en el número 4.º del art. 515.

(116) Véase art. 2.º, 15 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social.

(117) Véase RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, Parte especial, cit., pág. 326.

(art. 289), estupefacientes (art. 344 p. último) y delitos relativos a la prostitución (art. 452 bis f) y no para otros también de gran trascendencia internacional, como puede ser el terrorismo. Por todo ello, deben ser derogados los preceptos anteriores.

Con la eliminación de todos los supuestos de reincidencia especial del Código, todos los delitos se regirán por la agravante genérica de reincidencia —fundándose reiteración y reincidencia y desapareciendo la doble reincidencia— y las faltas también por una disposición genérica.

Otras consideraciones de *lege ferenda*:

Hay algunos artículos del Código que tienen cierta relación con la repetición de conductas delictivas, que son:

1. No se concede la condena condicional a quienes con anterioridad hubieran cometido otro delito (art. 93-1.^o). Aunque esta situación no siempre equivale a reiteración o reincidencia, no cabe duda que tanto una como la otra impiden la concesión de tal beneficio. Hay casos en que se debe conceder, aunque haya antecedentes por otro delito, sobre todo cuando entra en juego un delito culposo. Por otra parte, el Tribunal puede concederla o no en base a una serie de presupuestos, que se pueden valorar en cada caso (art. 93) (118).

2. Pérdida de tiempo en libertad condicional. Debe mantenerse tal pérdida debido a la recaída en el delito, ya que uno de los requisitos para su concesión es que ofrezca garantías de hacer vida honrada en libertad (art. 98, 4.^a y 99 p. segundo del Código penal y art. 53 del Reglamento de los Servicios de Prisiones). Sin embargo, convendría derogar el párrafo segundo del artículo 99, a fin de no utilizar en el Código los términos reiteración y reincidencia fuera del artículo 10, que por otra parte, como ya se apuntó, solamente quedaría la reincidencia. Por ello, al párrafo primero del artículo 99 se le agregaría un último inciso —que incluso podría ser un párrafo segundo— en el que se recogiera «la comisión de un nuevo delito llevará consigo la pérdida del tiempo pasado en libertad condicional».

3. En su momento se pidió la conveniencia de la prescripción para la reincidencia, por lo que sería necesario derogar el último inciso del párrafo cuarto del artículo 118, donde se dice: «excepto cuando lo soliciten los Jueces y Tribunales, en causa criminal para apreciar la reiteración o reincidencia». La cancelación de antecedentes no debe tener efectos posteriores por la comisión de nuevos delitos (119).

4. Dispone el párrafo último del artículo 118 que «sin necesidad de declaración especial, quedará sin efecto la cancelación otorgada y recobrará plena eficacia la inscripción cancelada si el rehabilitado cometiera, con posterioridad, nuevo delito». Aunque la comisión de un nuevo delito no supone necesariamente reiteración o reincidencia, no cabe duda que cualquiera de ellas surte esos efectos.

Convendría la derogación de este párrafo del artículo 118 del

(118) Véase DEL TORO MARZAL, A.; en CÓRDOBA, RODRÍGUEZ MOURULLO, DEL TORO, CASABÓ, *Comentarios al Código penal*, cit., II, pág. 512.

(119) Véase DEL TORO MARZAL, *Comentarios*, cit., II, pág. 719.

Código penal, ya que con la cancelación deben quedar olvidados los antecedentes a todos los efectos (120).

También en el artículo 4.º de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social se hace referencia a la repetición de conductas, aunque no se precise la reiteración o reincidencia. Dispone este artículo que «también podrán ser sometidos a los preceptos de esta Ley los condenados por delitos en quienes, por las demás circunstancias que concurren en ellos, sea presumible la habitualidad criminal, previa expresa declaración de su peligrosidad social». Prescindiendo de otras consideraciones (121), parece que la Ley sigue un poco la línea mantenida por la jurisprudencia en algunas sentencias, en cuanto considera la posibilidad de que a partir del segundo delito aparezcan sujetos que pueden ofrecer peligrosidad (Ss. 10-6-1960, 9-6-1970 y 22-10-1970).

Mir Puig estima, tras pedir la supresión de reiteración y reincidencia, que «debería bastar a las necesidades preventivas la organización de medidas de seguridad que el artículo 4.º de la LPRS efectúa para los casos de habitualidad demostrativa de peligrosidad» (122). Esto resultaría insuficiente, ya que en muchos casos es más corta la medida que la pena que correspondería al autor de un delito con la agravante de reincidencia, por lo que al autor le convendría simular una situación de peligrosidad. Tampoco cabría pena y después medida (123) (124). La solución puede estar en el sistema de ejecución, que se verá seguidamente en las conclusiones. En todo caso estariamos ante medidas posdelictuales, por lo que ese artículo no tiene razón de estar en la LPRS, a lo sumo debía recogerse en el Código penal (125).

IV

CONCLUSIONES

Como resumen del presente trabajo cabe recoger las directrices generales que se han propuesto desde el punto de vista de *lege ferenda*, y que son: a) Unificación de reiteración y reincidencia en una sola

(120) Véase DEL TORO MARZAL, *Comentarios*, cit., II, págs. 720 y ss.

(121) SERRANO GÓMEZ, A., *La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social*, en «ANUARIO DE DERECHO PENAL», 1974, fasc. II; *Reforma de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social*, en «Revista de Estudios Penitenciarios», 1974.

(122) MIR PUIG, *ob. cit.*, págs. 546-547.

(123) SERRANO GÓMEZ, *op. cit.*

(124) En el *Código Penal Tipo para Latinoamérica* se establece en el art. 72: «Cuando la pluralidad o la reiteración de los hechos realizados demostraren la habitualidad o profesionalidad criminal del imputado, se le agravará la pena aumentando en la mitad el mínimo y el máximo respectivos. En lugar de esta agravación el Tribunal podrá optar por la aplicación de una medida de seguridad de internación o de vigilancia, que será cumplida después de la pena impuesta».

(125) SERRANO GÓMEZ, *op. cit.*

agravante, bajo la denominación de reincidencia, siendo la pena igual que para las demás agravantes, la que corresponda al delito en su grado máximo; b) debe, por tanto, derogarse la doble reincidencia, ante la gravedad que supone elevar la pena en uno o dos grados, por lo que también debe eliminarse el inciso último de la regla 6.^a del artículo 61, donde se recoge esa agravación; c) derogación de todos los supuestos del Código penal donde se agrava de forma especial la reincidencia, ya que todos los delitos deben regirse por la agravante genérica; d) no se deben tener en cuenta las condenas de tribunales extranjeros; e) hay que establecer un plazo para la prescripción de los antecedentes que puedan computarse para la aplicación de la reincidencia; f) convendría llegar a una situación en que solamente se computaran los antecedentes por las condenas impuestas por delitos del Código penal; g) a efectos de la agravante no debían computarse los delitos culposos, que podían jugar entre ellos; h) mientras se mantengan las faltas en el Código, debe haber una agravante genérica por reincidencia, no teniendo razón que solamente se mantenga esta situación para algunos supuestos.

Sin olvidar el principio de culpabilidad, y en atención a que la peligrosidad se da con más frecuencia en los sujetos que vuelven a caer en el delito que en los primarios, y en relación a la imposición de la pena y su ejecución, la solución podría ser:

En principio se impondría la pena en su grado máximo. Habrá una diferencia en el tratamiento, según que el sujeto se considere peligroso o no. Se trata, en definitiva, de sustituir pena por medida (126).

El sujeto reincidente peligroso, en principio, no tendrá derecho a redención de penas por el trabajo, ni libertad condicional, así como tampoco a los indultos generales. De esta forma se dispone de un período de tiempo mayor para el tratamiento, que podría reducirse cuando hubiera dejado de ser peligroso (computándosele el tiempo en prisión y de trabajo, para redención de penas y libertad condicional así como los beneficios de los indultos). Sería una especie de división del proceso en dos fases, una primera para determinar la culpabilidad, con fijación de la pena, y una segunda donde se establecería el tratamiento. Estaríamos, en definitiva, ante la individualización de la pena.

El sistema es sencillo, podría aplicarse a otros delincuentes no reincidentes, pero se tropieza con las dificultades criminológicas ante el diagnóstico y tratamiento.

(126) En la *Exposición y estudio para un anteproyecto de bases del Libro I del Código penal*, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, diciembre, 1972, se prevé la posibilidad de sustituir pena por medida, Base 7.^a, 10.

La problemática concursal en los delitos de asociaciones ilícitas⁽¹⁾

ANTONIO GARCIA-PABLOS DE MOLINA
Profesor Adjunto interino de Derecho penal

I. INTRODUCCION

La problemática concursal es siempre compleja, pero en los delitos de asociaciones ilícitas previstos en los artículos 172 y siguientes de nuestro Código reviste especial dificultad, fundamentalmente desde la reforma de 1944. En efecto, los Códigos de 1870 y 1932 (2) sólo conocieron, como asociaciones ilícitas, las contrarias a la “moral pública” y las que tuvieran “por objeto cometer algún delito” de los tipificados en el propio Código. La ilicitud de una asociación, por tanto, era ilicitud de su “objeto” y los únicos criterios que permitían fundamentarla (la Ley Penal y los postulados de la moral pública) exigían se constase, judicialmente y caso a caso, la contradicción entre el programa y fines de aquélla y el ordenamiento penal. Por el contrario, la reforma de 1944 ni se atiene exclusivamente al “objeto” social, ni acude sólo a la moral pública y a la Ley Penal para determinar la ilicitud de una asociación. Por ello, aunque conserva los pilares básicos del sistema tradicional —los hoy números 1.º y 2.º del art. 172— puede afirmarse que la complica y desvirtúa (3), al incorporar un prolijo y heterogéneo catálogo de figuras delictivas, inspiradas en otros criterios de política criminal y de muy distinta estructura técnica y “ratio legis”. Porque los nuevos preceptos, que proceden de la

(1) Este trabajo responde, esencialmente, al contenido del Capítulo VII de mi tesis doctoral (*La asociación para delinquir*, págs. 453 a 520), presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense y que obtuvo la calificación de “sobresaliente cum laude”. Al director de la tesis, doctor don José María Rodríguez Devesa, y a los profesores doctor don Antonio Ferrer Sama (presidente), doctor don Marino Barbero Santos, doctor don Enrique Gimbernat Ordeig y doctor don Horacio Oliva García, que integraban el Tribunal, quiero expresarles mi agradecimiento por sus observaciones, críticas y sugerencias que he tenido en cuenta antes de redactar estas páginas.

(2) Arts. 198 y ss., y 185 y ss., respectivamente.

(3) A dicha “complicación” se refiere RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Parte Especial, 1975 (6.ª ed.), pág. 653.