

**Principio de culpabilidad  
y reincidencia  
en el Derecho español**

Tesis doctoral

Director: Prof. Dr. D. Enrique Bacigalupo Zapater

Autor: Enrique Agudo Fernández



## Sumario:

Índice.....	2
Introducción.....	8

## Índice:

### PRIMERA PARTE LA REINCIDENCIA EN LA HISTORIA

#### Capítulo I Panorama

I.	Introducción.....	9
II.	Antecedentes remotos.....	9
III.	Evolución posterior.....	13

#### Capítulo II La reincidencia en la codificación española

I.	Consideraciones previas.....	16
II.	Código penal de 1822: 1. Antecedentes.....	18
	2. Regulación positiva.....	20
III.	Código penal de 1848/50: 1. Antecedentes.....	25
	2. Regulación positiva.....	28
IV.	Código penal 1870: 1. Antecedentes.....	32
	2. Regulación positiva.....	36
	3. Real Decreto Ley de 14 de noviembre de 1925.....	43
V.	Código penal de 1928: 1. Antecedentes.....	44
	2. Regulación Positiva.....	48
VI.	Código penal 1932: 1. Antecedentes.....	55
	2. Regulación Positiva.....	58
VII.	Texto refundido de 1944: 1. Antecedentes.....	64
	2. Regulación positiva.....	67
VIII.	Texto revisado de 1963 y regulación posterior: 1. Texto revisado de 1963.....	70
	2. Texto Refundido de 1973 y Ley 39/1974, de 28 de noviembre.....	72
	3. Ley 81/1978, de 28 de diciembre.....	72
	4. Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio.....	74
IX.	Proyectos de Código penal.....	76

### SEGUNDA PARTE LA REINCIDENCIA EN EL DERECHO PENAL COMPARADO

I.	Introducción.....	79
II.	Alemania: 1. Determinación e individualización de la pena.....	80
	2. Reincidencia.....	82
	3. Otros efectos de la recaída.....	84
	4. Recaída y medidas de seguridad.....	84
	5. Establecimientos de Terapia Social.....	88
III.	Italia: 1. Determinación e individualización de la pena.....	89

	2. Reincidencia.....	92
	3. Otros efectos de la recaída.....	93
	4. Habitualidad, profesionalidad y tendencia.....	94
	5. Recaída y medidas de seguridad.....	96
IV.	Suíza:	
	1. Determinación e individualización de la pena.....	98
	2. Reincidencia.....	100
	3. Otros efectos de la recaída.....	100
	4. Recaída y medidas de seguridad.....	101
V.	Portugal:	
	1. Determinación e individualización de la pena.....	103
	2. Reincidencia.....	104
	3. Otros efectos de la recaída.....	106
	4. Pena relativamente indeterminada.....	106
	5. Recaída y medidas de seguridad.....	108
VI.	Francia:	
	1. Determinación e individualización de la pena.....	110
	2. Reincidencia.....	111
	3. Otros efectos de la recaída.....	113
VII.	Argentina:	
	1. Determinación e individualización de la pena.....	114
	2. Reincidencia.....	115
VIII.	Venezuela:	
	1. Determinación e individualización de la pena.....	117
	2. Reincidencia.....	118

### **TERCERA PARTE PRESUPUESTOS DOGMATICOS**

#### **Capítulo I Teoría de la pena**

I.	Introducción.....	121
II.	Concepto de pena.....	121
III.	Teorías de la pena.....	123
IV.	Teorías absolutas:.....	127
	1. Teoría de la expiación.....	130
	2. Teoría de la retribución:.....	131
	A) Posición de KANT.....	131
	B) Posición de HEGEL.....	134
	3. Crítica a las teorías absolutas.....	138
V.	Teorías relativas:.....	142
	1. Teoría de la prevención general negativa.....	143
	2. Teoría de la prevención general positiva.....	145
	3. Teoría de la prevención especial.....	150
	4. Crítica a las teorías relativas.....	152
VI.	Teorías de la unión:.....	157
	1. Teorías unificadoras retributivas:.....	158
	A) Teorías que otorgan preferencia a la retribución.....	158
	B) Teorías que no otorgan preferencia a la retribución.....	159
	2. Teorías unificadoras preventivas.....	159
	3. Crítica a las teorías de la unión.....	163

#### **Capítulo II Los valores constitucionales como criterios orientadores de la convivencia: Derecho penal y control social**

I.	El Estado.....	166
II.	El modelo constitucional:.....	168
	1. Valores superiores del ordenamiento jurídico.....	169
	2. Fundamentos del orden político.....	171
	3. Orientación constitucional de penas y medidas.....	171
III.	Constitución y teoría de la pena.....	172
IV.	Sociedad y Derecho penal.....	175

V.	Derecho penal y control social.....	180
VI.	La norma penal:.....	185
	1. Estructura.....	185
	2. Función:.....	190
	A) Función de valoración.....	191
	B) Función imperativa.....	193
	3. Conclusión.....	194

### Capítulo III

#### Justificación ética, fundamento real y función social de la pena

I.	Introducción.....	197
II.	Ética.....	198
	1. Ética analítica.....	199
	2. Ética normativa:.....	200
	A) Éticas teleológicas.....	201
	B) Éticas deontológicas.....	203
	3. Toma de postura.....	205
III.	Justificación, fundamento y función de la pena:.....	208
	1. Justificación ética de la pena.....	210
	2. Fundamento real de la pena.....	213
	3. Función social de la pena.....	217
IV.	Significado de la pena.....	220
V.	Culpabilidad y prevención.....	222
VI.	Conclusión.....	225

### Capítulo IV

#### La culpabilidad

I.	Introducción.....	233
II.	Principio de culpabilidad:.....	233
	1. Fundamento constitucional.....	234
	2. Contenido.....	236
	3. Crítica.....	238
III.	Culpabilidad por el hecho y culpabilidad de autor:.....	240
	1. Antecedentes.....	241
	2. Tendencia actual.....	244
	3. Toma de postura.....	247
IV.	Concepto material de culpabilidad:.....	250
	1. Teorías absolutas.....	250
	2. Teorías relativas.....	251
	3. Teorías de la unión.....	254
	4. Teoría de la prevención general positiva.....	255
V.	Concepto dogmático de culpabilidad:.....	258
	1. Concepción psicológica.....	258
	2. Concepción normativa.....	260
	3. Concepción finalista.....	262
	4. Culpabilidad como actitud interna.....	263
	5. Responsabilidad por el hecho.....	264
	6. Concepción político-criminal.....	265
	7. Concepción funcional.....	268
VI.	El problema de la libertad de voluntad:.....	270
	1. Panorama.....	271
	2. Toma de postura.....	278
VII.	Conclusión.....	280

### Capítulo V

#### Medición de la pena

I.	Introducción.....	285
II.	Determinación de la pena.....	288
III.	Individualización judicial:.....	289
	1. Marco legal de la individualización judicial.....	291
	2. Individualización judicial.....	296
IV.	Teoría de la pena e individualización:.....	298

	1. Justificación, fundamento y función de la pena.....	298
	2. Culpabilidad y prevención en la individualización.....	300
V.	Factores reales y proceso lógico de individualización.....	305
VI.	Mayor o menor gravedad del hecho:.....	308
	1. Contenido del injusto.....	309
	2. Contenido de la culpabilidad en sentido estricto.....	311
VII.	Circunstancias personales del delincuente:.....	312
	1. Factores relacionados con la gravedad de la conducta.....	313
	2. Factores relacionados con la prevención.....	316
VIII.	Compensación de la culpabilidad en sentido estricto:.....	319
	1. Atenuante de análoga significación.....	321
	2. Pena natural.....	323
	3. Excesiva duración del proceso.....	324
	4. Actos posteriores de significado constructivo.....	327

## Capítulo VI

### Medidas de seguridad y peligrosidad criminal

I.	Introducción.....	331
II.	Consideraciones históricas.....	333
III.	Medidas de seguridad en el Derecho español:.....	335
	1. Antecedentes.....	335
	2. Regulación actual.....	336
IV.	Concepto y naturaleza de las medidas de seguridad.....	342
V.	Justificación.....	344
VI.	Fundamento.....	346
VII.	El concepto de peligrosidad.....	348
VIII.	Función y límite de las medidas de seguridad.....	353
IX.	Distinción entre penas y medidas.....	358
X.	Relación entre la pena y la medida de seguridad.....	360

## CUARTA PARTE ESTUDIO DOGMATICO

### Capítulo I

#### Regulación positiva de la reincidencia

I.	Introducción.....	365
II.	Proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1994.....	367
III.	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.....	374
IV.	Ley Orgánica 11 / 2003, de 29 de septiembre.....	379

### Capítulo II

#### Concepto y eficacia de la reincidencia

I.	Concepto.....	381
II.	Clases.....	382
III.	Caracteres:.....	385
	1. Generalidad.....	385
	2. Obligatoriedad.....	386
	3. Objetividad.....	387
	4. Precriptibilidad.....	388
	5. Gravosidad.....	389
IV.	Elementos:.....	390
	1. Condena Previa.....	392
	2. Delito actual.....	397
	3. Doble relación de identidad.....	399
	4. Elemento unitario: el sujeto.....	402
V.	Prueba.....	404
VI.	Error sobre la reincidencia.....	406
VII.	Reincidencia y delito imprudente.....	412
VIII.	Grado de ejecución, participación y reincidencia.....	424
IX.	Actos preparatorios punibles y reincidencia.....	428
X.	Reincidencia y Derecho transitorio.....	430
XI.	Efectos de la reincidencia:.....	433

1. En la determinación de la pena en sentido limitado.....	434
2. En la determinación de la pena en sentido amplio.....	436
3. Otros efectos.....	439
4. Habitualidad.....	441

### Capítulo III

#### Reincidencia y pluralidad delictiva

I. Distinción de figuras afines.....	444
II. Habitualidad:.....	446
1. La habitualidad en el Derecho comparado.....	448
2. La habitualidad en el Código penal.....	449
III. Profesionalidad.....	457
IV. Tendencia.....	459
V. Reincidencia y habitualidad en el Código penal.....	462

### Capítulo IV

#### Naturaleza jurídica de la reincidencia

I. Introducción.....	469
II. Concepto de circunstancia modificativa.....	469
III. Ubicación sistemática del estudio de las circunstancias.....	471
IV. Clases de circunstancias:.....	473
1. Circunstancias atenuantes.....	474
2. Circunstancias agravantes.....	476
V. Especialidad de la reincidencia.....	477
VI. Naturaleza jurídica.....	479

### Capítulo V

#### Fundamento de la reincidencia

I. Consideraciones previas.....	487
II. Teorías que niegan la eficacia agravatoria.....	490
III. La insuficiencia de la pena impuesta como fundamento.....	494
IV. La repetición de infracciones como sustrato material:.....	497
1. La repetición de infracciones como elemento que incide en el injusto objetivo:.....	498
A) Teoría de la mayor alarma social.....	498
B) Teoría de la mayor lesión causada por el segundo delito.....	500
2. La repetición de infracciones como elemento que incide en el sujeto:.....	502
A) Teoría de la mayor peligrosidad del reincidente.....	503
B) La capacidad para delinquir como juicio de futuro.....	504
C) La capacidad para delinquir como juicio de pasado:.....	505
C.1) La capacidad para delinquir como valoración ajena a la culpabilidad.....	506
C.2) La culpabilidad por la conducción de la vida.....	507
3. La repetición de infracciones como elemento que incide en la culpabilidad por el hecho.....	510
4. Teoría de la culpabilidad aumentada por el efecto admonitorio de la anterior condena.....	513
V. La reincidencia en la doctrina española actual:.....	514
1. La actitud de mayor desprecio y rebeldía como causa de elevación del injusto.....	515
2. El inicio al hábito de cometer delitos semejantes como causa de elevación del injusto.....	517
3. La mayor culpabilidad del reincidente por el hecho actual.....	518
4. La culpabilidad de carácter.....	520
5. La mayor peligrosidad del reincidente.....	521
6. Fundamento político-criminal: la mayor necesidad preventiva de pena.....	524
VI. Toma de postura.....	525

### Capítulo VI

#### La reincidencia como estado, acción, o cualidad personal

I. Introducción.....	530
II. El estado del reo precedentemente condenado.....	530
III. La acción de reincidir.....	532

IV.	La cualidad de reincidente.....	537
V.	El reincidente como tipo de autor.....	538
VI.	Conclusión.....	549

### Capítulo VII

#### La reincidencia en la jurisprudencia

I.	Panorama.....	554
II.	La sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1990.....	558
III.	La sentencia del Tribunal Constitucional 150/91, de 4 de julio.....	564
	1. Análisis:	
	A) Principio de culpabilidad, reinserción social y proporcionalidad.....	567
	B) Seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad.....	569
	C) Principio de igualdad.....	570
	D) Trato inhumano o degradante.....	571
	E) Presunción de inocencia y derecho a la prueba.....	572
	F) Principio de legalidad y prohibición del <i>bis in idem</i> .....	573
	2. Consideración doctrinal.....	575
IV.	Evolución posterior.....	579

### Capítulo VIII

#### La superagravante de reincidencia cualificada

I.	Introducción.....	585
II.	Motivos y contenido de la reforma.....	586
III.	Regulación positiva de la reincidencia cualificada.....	588
IV.	El problema sistemático.....	591
V.	¿Reincidencia cualificada o multirreincidencia?.....	593
VI.	El cambio de orientación.....	595
VII.	El problema dogmático:.....	596
	1. Delimitación del problema.....	597
	2. Rango constitucional del principio de culpabilidad.....	598
	3. Contenido del principio de culpabilidad.....	600
	4. Fundamento de la nueva agravante.....	602
VIII.	Reincidencia cualificada y principio de culpabilidad.....	605
IX.	Culpabilidad y prevención en la individualización.....	607
X.	Conclusión.....	609

## QUINTA PARTE

### PROPUESTA ALTERNATIVA

I.	Consideraciones previas.....	612
II.	Supresión de la reincidencia.....	614
III.	Antecedentes penales e individualización judicial:.....	617
	1. La orientación marcada por las SSTS 6-4-90 y 5-7-1991.....	617
	2. Las anteriores condenas como factores reales de la individualización.....	623
IV.	Habitualidad:.....	627
	1. Revisión del concepto.....	627
	2. Habitualidad y medidas de seguridad.....	629
V.	Recaída y beneficios penales.....	633



## Introducción:

En el presente trabajo se postula la total eliminación de la circunstancia agravante de reincidencia (art. 22.8ª CP), así como de la nueva *superagravante* de reincidencia cualificada (art. 66.1.5ª CP), por dos razones fundamentales. De una parte, por la demostrada insuficiencia de la pena para combatir eficazmente el fenómeno de la recaída en el delito y resolver, en su caso, los problemas que plantean los autores imputables peligrosos. Y de otra parte, por la absoluta incompatibilidad teórica existente entre el principio de culpabilidad o de responsabilidad por el hecho y la agravación de la pena por reincidencia.

Para comenzar se abordará el estudio de la reincidencia desde la perspectiva que ofrece la investigación histórica (Primera Parte), complementando ésta con un breve análisis de las alternativas actualmente existentes en el Derecho comparado para luchar contra el fenómeno de la recaída en el delito (Segunda Parte). Posteriormente, y antes de entrar en el análisis dogmático del problema que plantea la reincidencia, se realizarán una serie de aclaraciones relacionadas con la teoría de la pena y de las medidas de seguridad, así como con los conceptos de culpabilidad y peligrosidad, todo ello al objeto de fijar con la necesaria precisión conceptual las premisas básicas de nuestra argumentación (Tercera Parte). Una vez establecidos los puntos de partida y determinado el alcance y significado de los diferentes conceptos utilizados, se abordará el estudio de la reincidencia desde la perspectiva dogmática, analizando la Ley positiva, describiendo las diferentes realidades relacionadas con el fenómeno de la recaída en el delito, y ofreciendo todo ello en una síntesis crítica (Cuarta Parte).

El trabajo termina con una propuesta alternativa que permitiría abordar eficazmente, de un modo absolutamente compatible con los fundamentos de la Teoría del Delito y sin merma alguna en la seguridad que demanda el grupo social, el problema que plantea el fenómeno de la repetición delictiva. Básicamente, se trata de dirigir el tratamiento de la recaída hacia el terreno más propio de las medidas de seguridad –siempre y cuando el autor se revele como peligroso-, para lo cual resulta absolutamente necesario llegar a comprender, de una vez por todas, que -tal y como sucede en otras legislaciones de nuestro entorno- las medidas de seguridad también pueden ser utilizadas como un *complemento* de la pena en el caso de autores imputables que, además, sean peligrosos (Quinta Parte).

# PRIMERA PARTE

## LA REINCIDENCIA EN LA HISTORIA

### Capítulo I

#### Panorama

#### SUMARIO:

I. Introducción. II. Antecedentes remotos. III. Evolución posterior.

#### I. Introducción

La investigación histórica constituye el punto de partida más lógico para aproximarse al estudio de una institución jurídica, y es precisamente esta consideración la que nos mueve a exponer en primer término la historia de la reincidencia. Por otra parte, la decisión de iniciar nuestro estudio a partir de los antecedentes legislativos más remotos de la agravante, obedece también al propósito de facilitar la adecuada comprensión de su actual configuración. Y ello porque consideramos que el conocimiento de la evolución de la terminología utilizada en torno a un concepto jurídico, así como del tratamiento que el legislador ha dispensado a través de los tiempos a la institución que tras el mismo subyace, resulta determinante a la hora de interpretar y entender el Derecho positivo vigente. No obstante, no es nuestra intención realizar un análisis histórico exhaustivo de la reincidencia, pues ello superaría los límites de este trabajo. Más bien se trata de ofrecer un panorama general de la evolución de la agravante a través de los tiempos, con especial incidencia en la trayectoria seguida en su regulación positiva desde que en el año 1822 fuera promulgado el primer Código Penal de la historia del Derecho español.

#### II. Antecedentes remotos.

En la crónica del Derecho penal existe un sentimiento general propicio al incremento de la pena como medio adecuado de reacción frente al fenómeno de la recaída en el delito<sup>1</sup>. A pesar de ello, en algunas de las culturas más antiguas el reincidente no era

---

<sup>1</sup> Cfr. MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia*. Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1971, pp. 15 ss; una completa relación histórica sobre la agravante de reincidencia con especial referencia al período codificador en ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia. Su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los códigos penales españoles del S. XIX*. Bilbao, 1982, pp. 7 a 16; asimismo veáse ARMENGOL Y CORNET, P., *La reincidencia*, Barcelona, establecimiento tipográfico de

objeto de un especial tratamiento punitivo dada la gran cantidad de delitos cuya comisión se sancionaba con la pena de muerte, así como la evidente dificultad que suponía el reconocimiento de aquellos sujetos que habían sido precedentemente condenados, si bien este último obstáculo fue rápidamente superado en muchas civilizaciones a través de un procedimiento tan cruel como eficaz. Básicamente se trataba de marcar a fuego al deliciente o, en su lugar, causar algún tipo de mutilación corporal característica que permitiera su rápida identificación<sup>2</sup>.

Es posible afirmar por tanto que desde los albores de la civilización la recaída en el delito ha sido causa de un mayor rigor punitivo. Así por ejemplo, cabe citar la disposición de MANÚ en el *Manava Dharma Sastra* indio según la cual "el Rey castiga primero con la simple amonestación, después con severos reproches, la tercera vez con multa, finalmente con la pena corporal" (VIII-129), junto a aquélla otra que disponía que "cuando tampoco con castigos corporales el Rey consiga frenar a los culpables, les aplicará las cuatro penas de una vez" (VIII-130)<sup>3</sup>. También se conocen antecedentes sobre la reincidencia en la antigua civilización China, si bien los primeros datos de los que disponemos hacen referencia a una severidad penal tan extrema que hacía prácticamente imposible la reiteración delictiva. El original rigor punitivo fue sin embargo atemperado con el tiempo, y así MARTINEZ DE ZAMORA describe como el emperador SCIUN (2285 a. de C.) ordenaba castigar con la pena de muerte los delitos premeditados así como los cometidos por los reincidentes, si bien posteriormente el alcance de tal disposición general fue atenuado limitando su aplicación a los delitos contra la propiedad<sup>4</sup>.

Por otra parte, en el antiguo Derecho hebreo (S. XIII a. de C.) los delitos punibles con azotes se castigaban, en caso de reincidencia, con una especie de cadena perpetua tan dura que constituía en realidad una pena de muerte indirecta<sup>5</sup>. También los persas y los griegos en el siglo IV a. de C. coinciden en la conveniencia de castigar más severamente la recaída en el delito<sup>6</sup>. En un sentido semejante, el Levítico en su Capítulo XXVI describe la

---

Jaime Jepús, 1873, reimpresión facsímil ed. Analecta, Pamplona, 2002, pp. 140 ss.; TOMAS Y VALIENTE, F., *Manual de historia del Derecho español*. 4ª ed., 10ª reimpresión, Tecnos, Madrid, 2002.

<sup>2</sup> En la actualidad, tal medio de identificación y reconocimiento de criminales ha sido sustituido por los denominados Registros Penales, un completo estudio sobre los mismos en GROSSO GALVAN, M., *Los antecedentes penales: Rehabilitación y control social*. Bosch, Barcelona, 1983.

<sup>3</sup> Cfr. MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 17.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> Cfr. ARMENGOL Y CORNET, P., *La reincidencia...*, cit., p. 141.

cólera divina amenazando con castigos cada vez peores la continuada desobediencia a los preceptos de la Divinidad<sup>7</sup>. Por su parte, también el Nuevo Testamento nos ofrece algún ejemplo del desfavorable efecto que produce la recaída en el pecado: "Más tarde Jesús le encuentra en el templo y le dice: mira, estás curado; no peques más, para que no te suceda algo peor"<sup>8</sup>.

El Derecho romano tampoco permaneció ajeno al fenómeno de la recaída en el delito, en especial y durante el Imperio cobró un papel sobresaliente la reincidencia específica, que suponía la recaída en determinadas infracciones<sup>9</sup>. En particular, ASUA BATARRITA destaca la figura del *latro famosus* que daba lugar a la pena de horca<sup>10</sup>. En cuanto al problema que planteaba el reconocimiento de los reincidentes, éste fue solucionado eficazmente en el Derecho romano mediante la práctica de marcas en la cara, brazos, y piernas del reo<sup>11</sup>. Por otra parte, entre los antecedentes legislativos germánicos encontramos las *Capitulares* de CARLOMAGNO, que sancionan con progresiva dureza la recaída en el delito de hurto<sup>12</sup>. Asimismo, el *Fethá Neghest*, escrito en el año 325 d. de C. por varios sabios elegidos entre los Obispos reunidos en Nicea para combatir la herejía de ARRIO, regulaba la recaída en delitos tales como el hurto y el falso testimonio<sup>13</sup>, y el Derecho Canónico clásico elaborado a partir del *Decreto de Graciano* (s. XII), consideraba la recaída en el delito como agravante en casos tales como la herejía y el concubinato<sup>14</sup>. También la recaída en el delito fue conocida en Francia como causa de agravación desde antiguo, si bien los primeros documentos hallados sobre la materia datan del s. XIII<sup>15</sup>.

---

<sup>7</sup> Vid. *Levítico*, XXVI, 18: "Si ni aún con esto me obedecéis, volveré a castigaros siete veces más por vuestros pecados".

<sup>8</sup> Cfr. *Evangelio según San Juan*, V-14.

<sup>9</sup> Vid. GONZALEZ CUSSAC, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*. Valencia, 1988, pp. 8 y 9.

<sup>10</sup> Vid. ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 7.

<sup>11</sup> Cfr. MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 18.

<sup>12</sup> Vid. ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 7, quien cita el *Capitulario de Carlomagno*: "Si quis latro de uno furto probatus fuerit, unum oculum perdat, et si duobus furtis probatus fuerit, nasus ei capelletur et si de tertius furtis probatum fuerit, moriatur" (Capítulo 84 del *Capitulario de Eristalto*).

<sup>13</sup> Cfr. MARTINEZ DE ZAMORA, *La reincidencia...*, cit., p. 18.

<sup>14</sup> El Canon 2.208 del Código de Derecho canónico regula actualmente la reincidencia específica y la genérica del siguiente modo: "1. Recidivus sensu iuris est qui post condemnationem rursus committit delictum eiusdem generis et in talibus rerum ac praesertim temporis adiunctis ut eiusdem pertinacia in mala voluntate prudenter conici possit" (Es reincidente en sentido jurídico el que, después de haber sido condenado, comete nuevamente un delito del mismo género, y esto en tales circunstancias de hecho y principalmente de tiempo, que prudentemente pueda conjeturarse su pertinacia en la mala voluntad); "2. Qui pluries deliquerit etiam diverso in genere, suam auget culpabilitatem" (El que comete varios delitos, aun de diverso género, aumenta su culpabilidad).

<sup>15</sup> Cfr. MARTINEZ DE ZAMORA, *La reincidencia...*, cit., p. 18.

Asímismo, en Italia encontramos una completa regulación de la reincidencia -sobre todo respecto de los delitos patrimoniales-, en algunos estatutos medievales como el de Padova, fechado en el año 1236<sup>16</sup>.

También en la España medieval encontramos algunas referencias a la pluralidad delictiva. De modo expreso, la recaída en el delito venía regulada como causa de agravación de la pena en muchos textos bajomedievales, entre los que cabe destacar el *Fuero Juzgo* (s. XIII), que castigaba con especial rigor la repetición de determinados delitos y ordenaba marcar para su reconocimiento a ciertos malhechores<sup>17</sup>. En semejante sentido agravatorio contemplaban la reincidencia el *Ordenamiento de Alcalá* (s. XIV)<sup>18</sup>, y las *Partidas* (s. XIV)<sup>19</sup>.

En el Derecho común, es generalmente conocida la máxima del glosador práctico FARINACIO (s. XVII) según la cual "furti tria si committat, poenam mortis meretur", junto a esta regla también se aceptaba el principio general según el cual "consuetudo delinquendi poenam delicti auget regulariter"<sup>20</sup>. Por su parte, la *Novísima Recopilación* (s. XIX), contiene abundantes disposiciones en las que se hace clara referencia al sentido agravatorio de la pena que la reiteración delictiva supone<sup>21</sup>. En particular, dentro de la

---

<sup>16</sup> Cfr. MARTINEZ DE ZAMORA, *La reincidencia...*, cit., p. 19.

<sup>17</sup> Cfr. MARTINEZ DE ZAMORA, *La reincidencia...*, cit., p. 20, el *Fuero Juzgo* disponía en la Ley XVII, T. V, Libro III, lo siguiente: "Si alguna muier libre es puta en la cibdad publicamente... devala prender el señor de la cibdad e mandel dar CCC azotes delante el pueblo, é despues dexenla por tal pleyto, que nunca mas la fallen en tales cosas. E si depues la conoscieren que hy torna, denle CCC azotes é denla por sierva a algun mesquino, é nunca mas entre en aquella cibdad"; en el mismo sentido la Ley III. T. II, Libro IV, decía: "E porque estos tales agoradores son aboridos de Dios, por ende establecemos en esta Ley especialmente que todo ombre que es agorador o que se guía por agoros o adivinancias reciba C azotes. E si despues tornare en ello, pierda toda buena testimonia e reciba otros C azotes"; asimismo para reconocer a los reincidentes, la Ley V. T. IV, Lib. VI, disponía: "(...) e sea sennalado laydamientre por desondra desi por todos tiempos".

<sup>18</sup> Cfr. MARTINEZ DE ZAMORA, *La reincidencia...*, cit., pp. 20 y 21, el *Ordenamiento de Alcalá*, en su Tit. XXIII, L. I. penaliza la usura con la pérdida de todo lo que se diere a préstamo más otro tanto igual a la cuantía del préstamo "et si despues que alguno fuere condepnado en esta pena, fuere fallado que dio otra vez a logro, que pierda la meytad de sus vienes que oviere... et si despues que fuere condepnado en esta segunda pena, fuere fallado que dió otra vez a logro, que pierda todos sus vienes"; esta misma disposición se recoge después en la *Novísima Recopilación*, (L. XII, T. XXII, L. II).

<sup>19</sup> Cfr. MARTINEZ DE ZAMORA, *La reincidencia...*, cit., p. 21, las *Partidas* que no alcanzan aplicación oficial hasta el año 1348 bajo el reinado de Alfonso XI, disponen que en ciertos casos, como cuando se trate de "ladrón conocido que manifiestamente tubiesse caminos", debe aplicarse la pena de muerte (L. XVIII, T. XIV, Partida 7ª); y continúa el referido texto respecto de los que "furtan bestias o ganados (...) si fuere ome que lo aya usado de facer deve morir por ende. Mas si no lo avia usado de facer... no lo deven matar" (L. XIX, T. XIV, Partida 7ª).

<sup>20</sup> Vid. ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 8.

<sup>21</sup> Vid. MARTINEZ DE ZAMORA, *La reincidencia...*, cit., pp. 21 ss., la *Nueva Recopilación* redactada durante el reinado de Felipe II (año 1567), es sustituida en 1805 por la *Novísima Recopilación*, dada

*Novísima Recopilación* resulta paradigmática la disposición de DON CARLOS I y DOÑA JUANA para los hurtos: "que los traigan a la vergüenza y que sirvan cuatro años en nuestras galeras por la primera vez (...) y por la segunda le den cien azotes y sirva perpetuamente en las dichas galeras; y si fuere el hurto en nuestra Corte, por la primera vez le sean dados cien azotes y sirvan ocho años en las dichas nuestras galeras (...) y por la segunda vez le sean dados doscientos azotes y sirva perpetuamente en las dichas galeras" (Lib. XII, T. XIV, L.I).

### 3. Evolución posterior.

A finales del s. XVIII, se inicia en toda Europa el movimiento codificador, en el que prenden con inusitada fuerza las ideas reformistas de la Ilustración. La anárquica y heterogénea profusión de leyes que había caracterizado el Antiguo Régimen, puso de manifiesto la necesidad de unificar la dispersa legislación existente en un cuerpo orgánico de Derecho punitivo. De este modo, bajo el auspicio de unos principios que proclamaban la libertad individual y la certeza del Derecho como líneas maestras de una nueva regulación penal, se procede a reconstruir la reacción frente al fenómeno de la recaída en el delito. A pesar de todo, la Revolución francesa y el movimiento codificador desarrollado en Europa a todo lo largo del s. XIX, no evitaron que la reincidencia siguiera siendo considerada como una causa general de elevación de la pena, ni que la reacción punitiva frente al reo reincidente continuara siendo considerablemente severa. A ello contribuyó el hecho de que la filosofía utilitarista de reformistas tales como BENTHAM, FILANGIERI, ROMAGNOSI o FEUERBACH, bajo cuyo calor nacen los primeros códigos, concibiera la pena como una amenaza tendente a la intimidación del delincuente<sup>22</sup>. Si bien se ha de subrayar que la pura intimidación quedó fuertemente atemperada por los nuevos postulados de humanidad y suavidad de las penas, elevados por BECCARIA a la categoría

---

por Carlos IV. En este último texto cabe citar la disposición de Don Fernando y Doña Isabel para el delito de blasfemia: "so pena la primera vez que sea preso y esté en prisiones un mes, y la segunda que sea desterrado del lugar donde viviere por seis meses, y más que pague mil maravedís (...) y por la tercera vez que lo enclaven la lengua, salvo si fuese escudero u persona de mayor condición, que la pena sea destierros y de dineros doblada que por la segunda" (Lib. XII, T.V, Ley IV); o la de Felipe II, que establece para la tercera reincidencia en este delito, además de la dicha pena de enclavar la lengua, la de seis años de galeras (Lib. XII, T. V, Ley VII).

<sup>22</sup> Y así, resulta paradigmática la *teoría de la prevención general* formulada por FEUERBACH a comienzos del s. XVIII, que asignaba a la pena una función de coacción psicológica susceptible de inhibir a los ciudadanos de la comisión de delitos.

de verdaderos principios esenciales del movimiento que tuvo por objeto la reforma del Derecho penal del Antiguo Régimen<sup>23</sup>.

El movimiento codificador dota a la reincidencia por primera vez en la historia de unos perfiles bien definidos, capaces de garantizar la necesaria seguridad jurídica, para lo cual erige como presupuesto básico en su aplicación la exigencia de condena anterior a la recaída, deslindando así de forma definitiva la reincidencia de la mera repetición delictiva<sup>24</sup>. La originaria configuración legal de la reincidencia contenida en los códigos nacidos al amparo de Revolución Francesa, no ha sufrido alteraciones significativas, por lo que es posible afirmar que, en su núcleo esencial, la concepción de la reincidencia contenida en los códigos surgidos a la luz de la filosofía de la Ilustración es, con algunas matizaciones, la que ha llegado hasta nuestros días. A pesar de que esta primera aproximación a la historia de la reincidencia no nos permite delimitar de forma demasiado precisa el perfil característico de la agravante tal y como la conocemos en la actualidad, resulta suficiente para extraer una primera conclusión, esto es, para afirmar que la recaída en el delito ha sido considerada desde los tiempos más remotos como causa suficiente para la agravación de la pena. Esta primera evidencia debe sin embargo ser atemperada, y así coincidimos con ASUA BATARRITA cuando afirma que la universalidad y continuidad en la consideración de la reincidencia como causa de un mayor rigor punitivo, no ha de tomarse como prueba de su Justicia<sup>25</sup>. Por otra parte, tampoco debemos olvidar que a pesar de que las medidas de seguridad tienen relevantes precedentes históricos, no es hasta finales del s. XIX cuando por primera vez aparecen organizadas sistemáticamente como medio de reacción frente al delito<sup>26</sup>. Por ello, resulta en todo caso comprensible el indiscriminado uso que se hizo en el pasado de la pena incluso para alcanzar fines que le son ajenos.

---

<sup>23</sup> Vid. BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*. Trad. por J.A. de las Casas. Alianza, Madrid, 1995, pp. 45 y 46, ya en 1764 afirmaba este autor sobre la pena que “el fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales”.

<sup>24</sup> Sobre ello véase ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 29, con anterioridad reinaba cierta confusión en la doctrina sobre si la reincidencia exigía condena anterior a la recaída o bastaba con la mera repetición delictiva aunque no mediara condena. Esta polémica quedó definitivamente zanjada a partir del Código penal español de 1822, cuyo art. 116 define la reincidencia a partir de la existencia de condena previa; en el mismo sentido el Código Penal francés de 1810.

<sup>25</sup> Cfr. ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 8: “son muchas las instituciones que pese a su larga vigencia durante siglos han dejado afortunadamente de considerarse legítimas; pensemos en la esclavitud, las penas corporales, o la pena de muerte”.

<sup>26</sup> Vid. JORGE BARREIRO, A., *Las medidas de seguridad en el Derecho español*. Civitas, Madrid, 1976, p. 38; en 1893 CARL STOOSS elaboró la Parte General del Anteproyecto de Código Penal suízo, situando las medidas de seguridad junto a la pena, a la que complementan y pueden llegar a sustituir.

## Bibliografía

ARMENGOL Y CORNET, P., *La reincidencia*, Barcelona, establecimiento tipográfico de Jaime Jepús, 1873, reimpresión facsímil ed. Analecta, Pamplona, 2002.

ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia. Su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los códigos penales españoles del S. XIX*. Bilbao, 1982.

BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*. Trad. por J.A. de las Casas. Alianza, Madrid, 1995.

MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia*. Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1971.

GONZALEZ CUSSAC, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*. Valencia, 1988.

GROSSO GALVAN, M., *Los antecedentes penales: Rehabilitación y control social*. Bosch, Barcelona, 1983.

TOMAS Y VALIENTE, F., *Manual de historia del Derecho español*. 4ª ed., 10ª reimpresión. Tecnos, Madrid, 2002.



## Capítulo II

# La reincidencia en la codificación española

### SUMARIO:

**I.** Consideraciones previas. **II.** Código penal de 1822: **1.** Antecedentes. **2.** Regulación positiva. **III.** Código penal de 1848/50: **1.** Antecedentes. **2.** Regulación positiva. **IV.** Código penal de 1870: **1.** Antecedentes. **2.** Regulación positiva. **3.** Real Decreto Ley de 14 de noviembre de 1925. **V.** Código penal de 1928: **1.** Antecedentes. **2.** Regulación positiva. **VI.** Código penal de 1932: **1.** Antecedentes. **2.** Regulación positiva. **VII.** Texto refundido de 1944: **1.** Antecedentes. **2.** Regulación positiva. **VIII.** Texto revisado de 1963 y regulación posterior: **1.** Texto revisado de 1963. **2.** Texto refundido de 1973 y Ley 39/1974, de 28 de noviembre. **3.** Ley 81/1978, de 28 de diciembre. **4.** Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio. **IX.** Proyectos de Código penal.

### I. Consideraciones previas

El Derecho histórico español anterior a la codificación se caracterizaba por la coexistencia de un conjunto heterogéneo de leyes, pragmáticas, ordenamientos y fueros difícilmente conciliables entre sí<sup>27</sup>. Desde el año 1567 estaba en vigor en España la Nueva Recopilación, publicada por vez primera bajo el reinado de FELIPE II sobre la base del Ordenamiento de Montalvo (1484). Este cuerpo legislativo mantuvo su vigencia a través de sucesivas reediciones durante más de doscientos años, hasta la publicación por orden de CARLOS IV de la Novísima Recopilación en el año 1805. En el seno de un sistema anticuado, caótico, y lleno de privilegios como podría ser calificado el ordenamiento jurídico-penal vigente en España hasta comienzos del s. XIX, la reincidencia no aparecía como la circunstancia agravante genérica con perfiles bien definidos que actualmente conocemos, sino más bien como una institución de caracteres difusos que únicamente

---

<sup>27</sup> Vid. SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones de Derecho penal. Parte General*. Vol. I. Bosch, Barcelona, 1982, pp. 160 ss.; asimismo TOMAS Y VALIENTE, F., *Manual de historia del Derecho español*. 4ª ed., 10ª reimpresión, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 493 ss.

desplegaba su efecto agravatorio respecto a determinados supuestos delictivos de contenido esencialmente patrimonial, como hurtos, robos, etc<sup>28</sup>.

Sin embargo, ya en las postrimerías del s. XVIII se produce en España bajo la influencia de la filosofía ilustrada, una auténtica revolución contra la desigualdad, crueldad e injusticia que había caracterizado la legislación penal del Antiguo Régimen. El pensamiento ilustrado penetra en España en los últimos años del s. XVIII, a pesar de las barreras oficiales que dificultaban la entrada de literatura jurídica extranjera. Así por ejemplo, el famoso libro de BECCARIA titulado *Dei delitti e delle pene* y publicado en el año 1764, no supera hasta 1774 el requisito de la censura civil ante el Consejo de Castilla, siendo posteriormente prohibido *in totum* aun para los que tenían licencia de leer libros prohibidos, mediante un edicto condenatorio dictado por el Santo Oficio con fecha 20 de junio de 1777<sup>29</sup>.

A pesar de todas las dificultades, y con cierto retraso respecto al resto de Europa, arraigan en España los principios de la Ilustración, que además del culto a la razón, promueven la libertad del individuo, la certeza y la humanización del Derecho. Esta corriente reformista tendrá como uno de sus más significados representantes a LARDIZABAL<sup>30</sup>. En este contexto renovador se inician a finales del s. XVIII diversos trabajos tendentes a la confección de un código criminal unificado y moderno, capaz de romper con los abusos y arbitrariedades propios del Antiguo Régimen<sup>31</sup>. Así, en el año 1776, CARLOS III remite al Consejo Real un oficio sometiendo a su consideración la posibilidad de formar un Código criminal en el que se recopilaran todas las leyes penales

---

<sup>28</sup> Sobre ello véase SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones...*, cit., p. 161.

<sup>29</sup> El Santo Oficio de la Inquisición desplegó una gran actividad contra la ideología ilustrada, y así en 1758 prohibió *L'esprit des Lois*, de MONTESQUIEU; en 1764 la totalidad de las obras de ROUSSEAU; y en 1779 el *Commentaire sur le livre "Des délits et des peines"* que firmado por VOLTAIRE acompañaba el librito de BECCARIA; más ampliamente sobre ello en SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones...*, cit., pp. 161 y 162.

<sup>30</sup> MANUEL DE LARDIZABAL Y URIBE (1739-1820), publica en Madrid en el año 1782, su *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*. Reimprimido por ed. Comares, Granada, 1997, que obedece al propósito de Carlos III (1716-1788) de modificar y ordenar la legislación penal española de conformidad con el pensamiento de la Ilustración.

<sup>31</sup> El fenómeno de la codificación aparece en Europa a mediados del s. XVIII, época en la que se codifican diversos textos elaborados en el seno del Antiguo Régimen, y así en Baviera se codifica el Derecho penal, en Prusia el Derecho procesal (1749-1751), y en Austria el Derecho penal (1768); posteriormente, en los albores del s. XIX, el fenómeno toma carta de naturaleza en la Francia que ya ha vivido la revolución, iniciándose una nueva etapa codificadora sobre principios liberales; sobre ello véase ESCUDERO, J.A., *Curso de historia del Derecho*. Madrid, 1990, pp. 904 ss.

del reino<sup>32</sup>. Con motivo de esta consulta, el Consejo Real encomienda a LARDIZABAL la formación de un extracto de las leyes penales de Recopilación, a las que habría de añadir las concordantes de los demás cuerpos legislativos españoles. Parte de este trabajo es el *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*, ejemplar típico de la filosofía ilustrada publicado en el año 1782, en el que LARDIZABAL acomete desde una perspectiva reformista y parcialmente coincidente con el pensamiento de BECCARIA, el estudio de la pena, el delito, y otros problemas penales<sup>33</sup>. La línea reformista, reflejo de lo que ocurría en el resto de Europa, continúa con el impulso de dos corrientes ideológicas: de una parte, la propia de la Ilustración, que sigue JOSE MARCOS GUTIERREZ con la publicación entre los años 1804 y 1806 de una *Práctica Criminal de España*; y de la otra, el utilitarismo desarrollado y divulgado por RAMON SALAS a partir de la publicación en el año 1820 de una traducción comentada de los tratados de BENTHAM<sup>34</sup>.

Lo cierto es que el proceso iniciado a instancia de CARLOS III, dió como fruto un *Plan Concreto de Legislación Criminal* impregnado de la filosofía ilustrada, que en 1787 la Junta de Legislación eleva para su aprobación a FLORIDABLANCA. Este *Plan* no fue sin embargo aprobado, perdiéndose su rastro en el año 1789 y extinguiéndose con él un primer impulso codificador que no reaparece hasta la siguiente centuria, con la promulgación del Código Penal de 1822, en cuyo Título Preliminar, y por primera vez en la historia de la legislación penal española, aparece definida la reincidencia como causa genérica de agravación, aunque de ello trataremos más extensamente a continuación.

## II. Código penal de 1822

### 1. Antecedentes

La historia de nuestro primer Código Penal arranca de las Cortes de Cádiz, que en su tarea reformadora habían abolido ya el tormento, los azotes, la horca, la confiscación y el

---

<sup>32</sup> Vid. SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones...*, cit., p. 164.

<sup>33</sup> Sin embargo y a diferencia de BECCARIA, admite LARDIZABAL la pena de muerte -de forma excepcional-; también se distancia de la idea del contrato social de BECCARIA, que no comparte; asimismo acepta la interpretación de las leyes por parte de los jueces, materia ésta en la que se aparta del pensamiento ilustrado europeo, contrario a conceder al Juez función interpretativa alguna; más ampliamente sobre ello véase LARDIZABAL Y URIBE, M., *Discurso sobre las penas...*, cit.; asimismo SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones...*, cit., pp. 163 ss.

<sup>34</sup> Cfr. SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones...*, cit., pp. 169 ss.

Tribunal especial del Santo Oficio<sup>35</sup>. Con el objeto de elaborar un primer Código Penal, las Cortes nombraron en el año 1811 una Comisión que no pudo llevar a término su encargo, aunque sólo un año después de este primer intento fue promulgada la Constitución liberal de 1812, cuyo artículo 258 disponía que “el Código civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía”<sup>36</sup>. Con base en la declaración contenida en el art. 258, fue nombrada por las Cortes una segunda Comisión en el año 1813 y una tercera en el año 1814, si bien estos primeros impulsos codificadores se verían truncados con la vuelta de FERNANDO VII, quien decretó el 4 de mayo de 1814 la anulación de toda la obra política gestada en Cádiz dando paso a un sexenio absolutista (1814-1820) en cuyo ocaso y mediante un Decreto Real dado en 1819, vuelve a intentarse sin éxito la elaboración de un Código criminal.

Tras el pronunciamiento de RIEGO en 1820, el monarca FERNANDO VII jura la Constitución de Cádiz y comienza el *trienio liberal* (1820-1823), en cuyo seno se redacta, aprueba, y promulga el día 9 de julio de 1822 el primer Código penal de nuestra historia. Se debe señalar que aunque la entrada en vigor del Código debió de haberse producido por expresa disposición legislativa el día 1 de enero de 1823, existe una cierta polémica en torno a la cuestión relativa a su efectiva vigencia, dado que el primero de octubre de 1823, FERNANDO VII liquidó la obra legislativa del Estado liberal restaurando el sistema jurídico del Antiguo Régimen<sup>37</sup>. La restauración del absolutismo y la anulación de todos los actos del Gobierno constitucional, supuso en lo que a la legislación criminal se refiere, el retorno a la Novísima Recopilación, al Fuero y a las Partidas. No obstante, desde la muerte de FERNANDO VII ocurrida diez años después (1833) y hasta la promulgación del Código Penal de 1848, los Tribunales, amparados en el arbitrio que las leyes antiguas les conferían, y dado que el talante político de la época que sucedió a la muerte del Monarca era similar al de la época liberal en la que fue promulgado, pudieron haberse servido del texto de 1822 como fuente de inspiración en sus decisiones<sup>38</sup>.

Este primer Código penal constaba de 816 artículos de prolija redacción, divididos en un Título Preliminar, correspondiente a lo que hoy denominaríamos Parte General

---

<sup>35</sup> Vid. sobre el Código penal de 1822, TOMAS Y VALIENTE, F., *Manual de historia...*, cit., p. 496; asimismo LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y OTROS, *Códigos penales españoles. Recopilación y concordancias*, Akal, Madrid, 1988, pp. 9 ss.

<sup>36</sup> Cfr. SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones...*, cit., p. 216.

<sup>37</sup> El trienio liberal finaliza con la intervención de los cien mil hijos de San Luís, que al mando del Duque de Angulema restauran a FERNANDO VII en su trono y en su poder absoluto en 1823.

<sup>38</sup> Cfr. SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones...*, cit., p. 223.

dividido en trece Capítulos; más una Parte Primera titulada “De los delitos contra la sociedad”, dividida en nueve Títulos; y una Parte Segunda titulada “De los delitos contra los particulares”, que constaba de tres Títulos<sup>39</sup>. Se trata de un texto fuertemente influenciado por la filosofía ilustrada, en tanto garantiza la seguridad jurídica, suaviza las penas y humaniza el castigo, aunque no logra desligarse de las funciones preventivo-generales y utilitarias que a la pena se asignaron en el Derecho penal del Antiguo Régimen<sup>40</sup>. Esta concepción de los fines de la pena, queda patente en el tratamiento excesivamente riguroso de la reincidencia, institución que parece tender a la más pura intimidación y, en el caso de que ésta no fuera suficiente, a la inocuización del reincidente durante largos períodos de tiempo.

## 2. Regulación positiva

Con base en el Código Penal francés de 1810, el Código Penal de 1822 reguló el fenómeno de la recaída en el delito, en tres lugares sistemáticamente diferenciados<sup>41</sup>:

a) Como norma básica y general, en el Capítulo V del Título Preliminar se contiene la definición y se regulan los efectos de las dos modalidades de reincidencia, entendida ésta en su sentido amplio: de una parte el art. 116 regula la denominada *reincidencia*, que en sentido propio se configura sobre la recaída en delitos del mismo Título del Código; y de la otra el art. 121 regula la que nosotros denominamos siguiendo a la mayor parte de la doctrina como *reiteración*, que en este primer Código aparece innominada, y que consiste en la recaída en delitos de distinto Título<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> Vid. LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y OTROS, *Códigos penales españoles...*, cit., pp. 179 ss.

<sup>40</sup> Vid. SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones...*, cit., p. 220; en el mismo sentido ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia. Su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los códigos penales españoles del S. XIX*. Bilbao, 1982, p. 104, que menciona la ideología utilitarista de BECCARIA, ROMAGNOSI o BENTHAM, como inspiradora del Código de 1822.

<sup>41</sup> Véase ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., en cuyas pp. 21 y ss. encontramos un amplio y detallado estudio de la reincidencia en el Código Penal de 1822.

<sup>42</sup> Siguiendo a ASUA BATARRITA, *La reincidencia...*, cit., p. 21, denominamos *reiteración* a la recaída en delitos de distinto Título del código (códigos de 1822 y 1870), o en delitos de distinta especie (código de 1848-50). Se sigue así la terminología inaugurada por el Código de 1928, posteriormente trasladada al de 1944 y sucesivos textos refundidos. Sin embargo, se debe tener en cuenta que hasta finales del s. XIX la palabra *reiteración* se utilizaba para designar la mera repetición de delitos sin condena intermedia; otros autores también denominan *reincidencia genérica* a lo que nosotros ahora denominamos *reiteración*, por oposición a *reincidencia específica*, que coincide con lo que nosotros conocemos por *reincidencia*, y así por ejemplo MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia*. Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1971, p. 110.

b) En el Capítulo III del Título Preliminar, se regulan las fugas y quebrantamientos de condena, previniéndose especiales reglas de agravación de la pena para las recaídas durante el cumplimiento de cierto tipo de condenas, o después de la fuga o quebrantamiento de la condena anterior<sup>43</sup>.

c) Finalmente, en la Parte Primera y Segunda del Código, que tratan respectivamente de los delitos y de las culpas en particular, encontramos la reincidencia regulada especialmente respecto de ciertos delitos, en particular hurtos y robos.

Se debe precisar que el catálogo general de agravantes aparece regulado en el art. 106 (Capítulo IV), con nueve circunstancias<sup>44</sup>, aunque la reincidencia no aparece en este catálogo como una agravante ordinaria más, sino que es regulada en un Capítulo separado (Capítulo V) como una circunstancia especial de obligada apreciación para la que se previene una escala autónoma de penas, y que además no es susceptible de ser compensada con las atenuantes ordinarias. La reiteración, sin embargo, y según dispone el art. 121, sí se considera como una circunstancia agravante ordinaria que permite la compensación con otras atenuantes, ello a pesar de aparecer regulada en el mismo Capítulo que la reincidencia. El artículo 116 define la reincidencia del siguiente modo:

**Artículo 116.-** *“Los que hayan sido condenados judicialmente por alguna culpa o delito de los que no tengan señalada por la Ley pena corporal ni infamatoria, ni inhabilitación perpetua para obtener empleos o cargos públicos, incurrirán en reincidencia cuando dentro de los dos años siguientes al día en que hubieren cumplido su condena, u obtenido indulto particular por aquella culpa o delito, cometan otra u otro que esté comprendido en el mismo Título de este código que el primer delito o la primera culpa”.*

A pesar de que el plazo para computar el término de la reincidencia queda fijado de forma general por el art. 116 en dos años, el artículo 117 establece un plazo de seis años para los supuestos delictivos de mayor gravedad. Por otra parte, el art. 118 dispone que si el reincidente hubiere sido apercibido judicialmente en la sentencia por el primer delito o culpa, será de tres años el término de la reincidencia en el caso del art. 116, y de ocho años en el supuesto regulado en el art. 117. A la vista de la regulación positiva de la reincidencia

---

<sup>43</sup> Este tipo de reglas, relativas a la recaída durante el cumplimiento de la condena o después de su quebrantamiento, desaparecen a partir del Código Penal de 1928; sobre ello veáse más ampliamente ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 22.

<sup>44</sup> No se trata de un catálogo cerrado, pues el art. 109 admite atenuantes y agravantes analógicas.

contenida en los arts. 116 a 118 del CP 1822, ASUA BATARRITA nos indica los elementos necesarios para la apreciación de la agravante<sup>45</sup>:

- a) Condena previa<sup>46</sup>.
- b) Sentencia firme<sup>47</sup>.
- c) No necesidad de condena cumplida<sup>48</sup>.
- d) Comisión de un nuevo delito o culpa<sup>49</sup>.
- e) Del mismo Título<sup>50</sup>.
- f) Cumplir unos plazos determinados<sup>51</sup>.

Concebida la reincidencia como una institución especial, distinta de todas las demás circunstancias agravantes del art. 106, sus efectos sobre la pena son también distintos. Así, la consecuencia de la apreciación de la reincidencia no sería la graduación al alza de la pena señalada por la Ley para el delito o culpa, como sucede con las agravantes ordinarias, sino la imposición obligatoria de una pena distinta y superior en gravedad a la señalada por la

---

<sup>45</sup> Cfr. ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., pp. 30 ss.

<sup>46</sup> Cfr. ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 30, esta exigencia aparece por primera vez en las leyes españolas, y en la práctica supone la definitiva diferenciación entre la reincidencia y la mera repetición delictiva, pues hasta entonces la cuestión relativa a la necesidad de existencia de una condena anterior era discutida en la doctrina. Por otra parte, y hasta la creación del Registro Central de Penados en 1879, la comprobación de las condenas anteriores -una vez suprimida la marca con hierro ardiente- se hacía revisando los registros y archivos de los Juzgados.

<sup>47</sup> Cfr. ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 31: “En el art. 116 que tratamos, no se hace mención a esta ejecutoriedad, pero lo lógico es que efectivamente se exigiese, pues mientras una sentencia sea revocable la apreciación de una reincidencia podía quedar desvirtuada al obtenerse un posible fallo definitivo absolutorio por aquel primer hecho enjuiciado”.

<sup>48</sup> Cfr. ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 34: “Una primera lectura de este requisito nos llevaría a sostener la exigencia de que la condena anterior hubiese sido cumplida (o indultada) para que exista reincidencia. Sin embargo, por razones de congruencia con otros preceptos del Código, llegaremos por interpretación sistemática a la conclusión contraria”.

<sup>49</sup> El art. 1 nos ofrece la definición de delito al disponer que “comete delito el que libre y voluntariamente y con malicia hace u omite lo que la Ley prohíbe o manda bajo alguna pena. En toda infracción libre de la Ley se entenderá haber voluntad y malicia, mientras el infractor no pruebe o no resulte claramente lo contrario”; por su parte el art. 2 define las culpas disponiendo que “comete culpa el que libremente, pero sin malicia, infringe la Ley por alguna causa que puede y debe evitar”.

<sup>50</sup> Criterio objetivo y formalista que pretendía un mejor manejo por los Tribunales, si bien se reveló pronto insuficiente pues, por una parte existían casos de delitos semejantes regulados en distintos títulos, y, por otra, supuestos de delitos que a pesar de no guardar relación de semejanza o analogía aparecían regulados en el mismo Título; sobre ello *vid.* ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., pp. 38 ss.

<sup>51</sup> Institución laudable y moderna enmarcada en el humanismo del código que algunos autores denominan *prescripción de la reincidencia*. El plazo general es de 2 años (art. 116), si bien se amplía a 3 años si hubo apercibimiento judicial (art. 118); para delitos o culpas más graves el plazo general es de 6 años (art. 117), que se amplía a 8 años si hubo apercibimiento judicial (art. 118), sobre ello *vid.* ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., pp. 40 ss.

Ley para la infracción cometida según la escala contenida en el art. 119 CP. En concreto, el artículo 119 distingue según se trate de la primera o de la segunda reincidencia, disponiendo el doble de pena para la primera reincidencia si se trata de penas pecuniarias, de reclusión presidio, prisión, arresto, destierro temporal u obras públicas que no pasen de doce años; y el cuádruplo de pena en iguales casos si se trata de la segunda reincidencia<sup>52</sup>. Por otra parte, el mismo artículo 119 precisa que si se trata de delitos a los que la Ley señale pena diferente o más grave, los efectos de la primera y segunda reincidencia serán los descritos en la escala especial de penas contenida en la parte final del propio art. 119, y así por ejemplo en el caso de que la pena señalada para el primer delito fuera de trabajos perpetuos, la apreciación de la reincidencia daría lugar a la pena de muerte. Además del rigor punitivo que se manifiesta en el art. 119, debemos recordar que la especial configuración del régimen legal de la reincidencia impedía su compensación con las circunstancias atenuantes ordinarias que pudieran concurrir en el supuesto concreto objeto de enjuiciamiento<sup>53</sup>. Finalmente, además de sus negativos efectos sobre la pena, la reincidencia opera negativamente respecto de la gracia de indulto, ya que el artículo 161 dispone que “tampoco puede ser indultado en ningún caso el reo de reincidencia”.

Por su parte, la circunstancia que denominamos *reiteración*, esto es, la recaída en delitos de diferente naturaleza, carecía de precedente histórico legislativo, ya que la reincidencia venía tradicionalmente prevista únicamente para delitos iguales o semejantes. Quizá por esta razón el legislador, que por primera vez la incluye en el Código de 1822, no le asigna un nombre concreto cuando en el art. 121, último del Capítulo V del Título Preliminar, dispone lo siguiente<sup>54</sup>:

**Artículo 121.-** “El que habiendo sido condenado judicialmente por algún delito o culpa, cometa otro u otra, por diferente que sea, dentro de los términos respectivamente expresados en los artículos 116, 117 y 118, tendrá contra sí por esta razón una circunstancia agravante del segundo delito”.

---

<sup>52</sup> Artículo 119.- “La reincidencia por primera vez será castigada con doble pena de la que esté señalada por la ley para el delito, siempre que sea pecuniaria, o de reclusión, presidio, prisión, arresto, destierro temporal u obras públicas que no pasen de doce años. La reincidencia por segunda vez será castigada con pena cuádrupla en iguales casos. Por lo tocante a los delitos de pena diferente o más grave, se observará en una y otra reincidencia la escala siguiente (...); por su parte, el artículo 120 del CP 1822 recoge ciertas reglas para el caso de que la aplicación del artículo 119 lleve a imponer penas cuya duración exceda de los límites máximos marcados con carácter general.

<sup>53</sup> La reincidencia tiene su propia escala de penas en el artículo 119, de este modo en el caso de que el reo sea reincidente, se determinará en primer lugar la pena por reincidencia conforme a la escala del artículo 119, y en segundo lugar, se determinará la pena concreta a imponer tomando en consideración las atenuantes y agravantes genéricas, pero sólo para decidir el grado dentro de la pena establecida para la reincidencia según la escala del artículo 119.

<sup>54</sup> Cfr. ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., pp. 53 ss.



Los requisitos para apreciar la reiteración son semejantes a los que requiere la reincidencia, con la única particularidad de que se “cometa otro u otra (delito o culpa) por diferente que sea”. En cuanto a sus efectos sobre la pena, estos son sustancialmente distintos a los previstos para la reincidencia, pues a diferencia de ésta última la reiteración constituye una circunstancia agravante ordinaria, aunque por razones sistemáticas se sitúe fuera del catálogo del art. 106. Por ello, la reiteración, cuya naturaleza jurídica es análoga a la de las demás circunstancias agravantes ordinarias contenidas en el art. 106, sí puede ser compensada con las demás atenuantes ordinarias contenidas en el art. 107. En consecuencia, la incidencia de la reiteración sobre la pena es idéntica a la de cualquier otra circunstancia de las contenidas en el catálogo del art. 106, esto es, obligará a agravar la pena graduándola dentro del marco abstracto previsto por el legislador para el delito cometido<sup>55</sup>, sin que en ningún caso pueda superarse el límite máximo de la pena señalada por la Ley para el delito, a diferencia de lo que sucedía en el caso de reincidencia que como hemos visto disponía de una escala autónoma de penas<sup>56</sup>.

Junto a la general regulación de la reincidencia y la reiteración contenida en el Título Preliminar, encontramos en la Parte Segunda del Código -titulada “De los delitos contra los particulares”- toda una serie de disposiciones destinadas a regular de forma específica la recaída en determinados delitos. Así por ejemplo, en el Capítulo III del Título III -“De los delitos contra la propiedad de los particulares”- se contempla una especial regulación de la reincidencia contraída a los delitos de robo y hurto<sup>57</sup>. Así, el art. 753, disponía lo siguiente:

**Artículo 753.-** *“Los que después de haber sido condenados por un robo con fuerza o violencia contra las personas, cometieren cualquier otro robo o hurto, y los que habiendo sido condenados por algún hurto cometieren un robo de los primeros, sea dentro de los seis años siguientes al cumplimiento de su condena, sea habiéndose fugado sin cumplirla, sufrirán la pena de trabajos perpetuos; los que del mismo modo reúnan un robo con violencia y fuerza contra las cosas con otro cualquiera o con un hurto, sufrirán diez años de obras públicas con deportación. Un robo de los artículos 731 y 732 con otro de la misma clase o con un hurto, o*

---

<sup>55</sup> Si la pena señalada para el delito es indeterminada, esto es, fija tan sólo un mínimo y un máximo, lo que no sucede en el Código de 1822 en todos los casos, el Juez tiene la obligación cuando declare el delito de declarar también su grado según disponen los artículos 101 y 102, que señalan como primer grado el más grave, como segundo el de inferior gravedad, y como tercer grado el menos grave. Esta regulación es considerada como el antecedente legislativo de la división de la pena en tres grados que instaura el Código de 1848, sobre ello *vid.* ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 25.

<sup>56</sup> Vid. art. 108 CP 1822 en relación con los arts. 101, 102, 103 y 119.

<sup>57</sup> Cfr. ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., pp. 57 ss.; si bien existe reincidencia respecto de otras figuras delictivas además de los robos y los hurtos, nos limitaremos a estudiar como modelo para comprender la regulación de la reincidencia en cuanto a figuras delictivas concretas, la referida exclusivamente a los robos y hurtos.

*un hurto con otro cometido de manera expresada, serán castigados con la pena de quince a veinticinco años de obras públicas”.*

Esta disposición, a pesar de suprimir la pena de muerte prevista en leyes anteriores para la recaída en delitos patrimoniales de esta índole, no logra evitar la excesiva dureza de unas penas que suponen la incuización perpetua o cuasi perpetua del reo. La inercia del tratamiento que la legislación anterior propiciaba para los robos y los hurtos queda patente en este precepto legal, en el que el principio de utilidad, aun a costa de la segregación perpetua del reo, y la intimidación se manifiestan con todo su rigor<sup>58</sup>. Además, en los mismos capítulos destinados a la regulación de los robos y de los hurtos, el legislador establece una serie de disposiciones relativas a la mera repetición de estos delitos sin mediar condena entre uno y otro, asignando a estos casos penas tan graves como las previstas para la reincidencia en los mismos delitos. Así por ejemplo, encontramos disposiciones de esta índole, en los que el legislador expresa su voluntad de inocuizar al reo que muestra tendencia hacia la comisión de delitos contra la propiedad -incluso antes de que haya sido dictada sentencia condenatoria-, en los artículos 730.1 (robo); 732 (robos y hurtos); 738 (robos y hurtos); y 751 (hurtos). A título meramente expositivo, transcribimos a continuación el contenido del artículo 730.1 del CP de 1822:

**Artículo 730.-** *“Serán condenados a trabajos perpetuos:*

*Primero.- los que en distintas ocasiones hubieren cometido dos o más robos de los expresados en los tres artículos precedentes, o uno de ellos y otro de cualquier clase, o uno de los primeros y dos hurtos más, sin haber sido condenados por ninguno de ellos”.*

A pesar de tratarse de un concurso real de delitos, el legislador separa su regulación de las reglas generales del concurso establecidas en los artículos 113 y 114, lo que según ASUA BATARRITA supone un intento de reducir a toda costa los delitos de contenido patrimonial<sup>59</sup>.

Con independencia de lo anterior, se debe señalar finalmente que dentro del Capítulo III de la Parte Preliminar, bajo la rúbrica “De las penas, y sus efectos, y del modo de ejecutarlas”, se contienen una serie de supuestos en los que se sanciona especialmente la recaída durante el cumplimiento de determinadas condenas (art. 80), así como la recaída después del quebrantamiento de la condena (arts. 49, 51, 52, 58, 61, 71, 72, y 73).

---

<sup>58</sup> Cfr. ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 71 ss.

<sup>59</sup> *Ibidem*.

### III. Código penal de 1848/50

#### 1. Antecedentes

Las agitaciones del trienio liberal terminan con el regreso de FERNANDO VII bajo la protección inicial de los *Cien mil hijos de San Luís*. El regreso del Monarca en 1823, supuso un retorno al absolutismo así como la derogación de la legislación del Trienio, con la correlativa supresión del Código penal de 1822. Una vez más, se retrocedió hacia un desbarajuste penal del que se intentó salir mediante los diferentes proyectos que se ensayan sin éxito en los años posteriores. Entre los diferentes planes de legislación que no llegaron a ser promulgados, cabe citar el *Proyecto de Código Criminal de 1830*, elaborado en una Junta creada por Real Orden de FERNANDO VII de 30 de abril de 1829, que encontró una fuerte oposición de los absolutistas; el *Proyecto de Código Criminal de 1831*, que elaboró SAINZ DE ANDINO por encargo de FERNANDO VII mediante Real Orden de fecha 23 de octubre de 1829; y finalmente, el *Proyecto de Código Criminal de 1834*, que redactó una Junta nombrada por Real Orden de FERNANDO VII de fecha 9 de mayo de 1833<sup>60</sup>.

A pesar de los anteriores fracasos, al restablecerse en 1836 bajo la regencia de MARIA CRISTINA la vigencia de la Constitución de 1812, recobra plena actualidad su artículo 258, que prevenía un solo Código Criminal para toda la Monarquía. Con este objetivo, se crea una Comisión a la que se encarga poner al día el Código de 1822, si bien los trabajos terminan sobre el año 1839 con un nuevo proyecto que tampoco llegó a publicarse ni a presentarse en Cortes<sup>61</sup>. Derribado ESPARTERO en 1843, el gobierno moderado-progresista de JOAQUIN MARIA LOPEZ nombró el día 19 de agosto del mismo año, una *Comisión General de Codificación* a la que fue encomendada la redacción de los Códigos penal, civil y procesales. Los trabajos para la redacción del Anteproyecto de Código Penal fueron dirigidos por el abogado erudito MANUEL SEIJAS LOZANO, quien cumplió fielmente su encargo, siendo aprobado el Anteproyecto por la Comisión de Códigos y posteriormente remitido al Gobierno con fecha 24 de diciembre de 1845. Sin embargo, hasta el año 1847, el Gobierno no remite el Proyecto a las Cortes, que finalmente

---

<sup>60</sup> Vid. sobre ello TOMAS Y VALIENTE, F., *Manual de historia...*, cit., pp. 497 y 498; asimismo ESCUDERO, J.A., *Curso de historia del Derecho...*, cit., pp. 910 ss.; también SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones...*, cit., pp. 224 ss.

<sup>61</sup> Vid. SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones...*, cit., pp. 224 y 225.

lo aprueban tras debate en Congreso y Senado el día 16 de marzo de 1848, siendo promulgado el día 19 de marzo de 1848, y entrando en vigor el día 1 de julio siguiente<sup>62</sup>.

El Código de 1848, cuya estructura es idéntica a la del vigente Código Penal de 1995<sup>63</sup>, es reconocido como el antecedente de todos los posteriores códigos -salvo el de 1928-, y en lo esencial puede decirse que ha perdurado hasta nuestros días. Sus antecedentes legislativos se hallan en el propio Código Penal español de 1822, así como en los códigos penales brasileño (1830), napolitano (1819) y francés (1810). Se trata de un Código moderadamente liberal y ecléctico, en el que se intuye la influencia del pensamiento clásico de ROSSI<sup>64</sup>, lo que permite la coexistencia del principio de la retribución, predominante, junto con las ideas de prevención general<sup>65</sup>. Su entrada en vigor, después de largos años de vigencia de la antigua legislación no estuvo exenta de dificultades, razón por la cual hubieron de promulgarse toda una serie de decretos aclaratorios, adiciones y reformas que culminaron bajo el poder de NARVAEZ, con el *Real Decreto de 30 de junio de 1850*, que promulga una “Edición Oficial Reformada del Código” de corte más autoritario en buena parte a causa de los sucesos revolucionarios de 1848<sup>66</sup>.

Respecto de la reincidencia, el nuevo Código se muestra más benigno que el anterior, rebajando los límites de la agravación al dejar de constituir una figura especial y quedar equiparada en su naturaleza con el resto de las circunstancias agravantes ordinarias<sup>67</sup>. La desmedida punición que el Código anterior prevenía para el reincidente se templa, en fin, renunciando parcialmente a la intimidación y a la inocuización del reo en favor del principio retributivo clásico que proclama una adecuada proporción entre la sanción y el concreto hecho cometido. Excepcionalmente, para la recaída en ciertos delitos

---

<sup>62</sup> Vid. TOMAS Y VALIENTE, F., *Manual de historia...*, cit., pp. 498 ss.

<sup>63</sup> Constaba el Código Penal de 1848 de 494 artículos (el último una Disposición Final) de sobria factura, divididos en tres libros, dando origen a una estructura que se mantendrá en lo sucesivo: Libro I. *Disposiciones generales sobre los delitos y faltas, las personas responsables y las penas*; Libro II. *Delitos y sus penas*; y Libro III. *De las faltas*; más ampliamente sobre ello en LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y OTROS, *Códigos penales españoles...*, cit., pp. 313 ss.

<sup>64</sup> PELLEGRINO ROSSI (1787-1848), pertenece a la denominada Escuela Clásica aunque sigue una dirección ecléctica que ejerce gran influencia sobre J. FRANCISCO PACHECO (1808-1865), cuya participación en la elaboración del Código de 1848 fue notable.

<sup>65</sup> Cfr. SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones...*, cit., p. 226.

<sup>66</sup> La misma Ley de 19 de marzo de 1848 que autorizó al Gobierno a publicar el Código Penal, le facultaba para que en caso de urgencia pudiese realizar “por sí cualquier reforma”, dando cuenta de ella posteriormente a las Cortes; sobre ello véase TOMAS Y VALIENTE, F., *Manual de historia...*, cit., p. 500.

<sup>67</sup> Recordemos que en el Código de 1822 la reincidencia constituía una figura especial que disponía de una escala propia de penas e impedía su compensación con las atenuantes ordinarias.

de contenido patrimonial (hurtos y estafas), así como para las reincidencias durante el cumplimiento de la condena, se establecen unas severas agravaciones que recuerdan al texto de 1822, aunque de esta materia nos ocuparemos en detalle a continuación<sup>68</sup>.

## 2. Regulación positiva

Tanto la reincidencia entendida como la recaída en delitos de la misma especie, como la reiteración o recaída en delitos de diferente naturaleza, aparecen definidas dentro del catálogo general de circunstancias agravantes contenido en el Libro I, Título I del Código. En concreto, el artículo 10.17<sup>a</sup> regula la reiteración y el art. 10.18<sup>a</sup> la reincidencia, estando ambos preceptos comprendidos en el Capítulo IV titulado “De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal”. Por otra parte, cuando la comisión de un nuevo delito tiene lugar durante el cumplimiento de una condena, entra en juego el art. 125, que dentro del Capítulo II, del Título V, del Libro I del Código, dispone una serie de reglas particulares para la agravación de la pena. Finalmente, al igual que en el Código de 1822, la reincidencia aparece considerada de forma específica en relación con determinados tipos delictivos a todo lo largo del Libro II, si bien limitaremos nuestro análisis a la regulación de la recaída en determinados delitos contra la propiedad<sup>69</sup>.

Antes de entrar en el estudio de la reincidencia en su concreta regulación positiva, conviene hacer mención a la imposibilidad que previene la regla 6<sup>a</sup> del artículo 74 del Código de 1848, de superar el marco legalmente previsto por la Ley para el delito a través del juego de las circunstancias agravantes ordinarias. Esto significa que la pena máxima señalada por la Ley para el delito en abstracto funciona como un límite general que no es posible rebasar ni aún en el caso de que concurran varias circunstancias agravantes<sup>70</sup>. Este tope máximo sólo podía ser franqueado de forma excepcional en dos supuestos: en primer lugar, en el caso de recaída durante la condena (art. 125); y en segundo lugar, en todos

---

<sup>68</sup> Cfr. ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., pp. 125 ss.

<sup>69</sup> Cfr. ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 128, quien afirma que en la edición del código de 1848, en los delitos contra la propiedad no aparece alusión específica a la *reincidencia*, sino a la *habitualidad*, y sólo para los hurtos y para determinadas estafas. Será en la reforma de 1850, cuando se sustituye la agravación del habitual por la de reincidencia.

<sup>70</sup> La regla 6<sup>a</sup> del artículo 74 del Código de 1848, disponía que “cualquiera que sea el número y entidad de circunstancias agravantes, los Tribunales no podrán imponer pena mayor que la designada por la Ley en su grado máximo”. Este límite, es una consecuencia del principio de legalidad penal y parece coincidir con el establecido en la regla 3<sup>a</sup> del artículo 66 de la L.O. 10/1995 en su redacción original; sobre ello veáse ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 128; asimismo *vid.* la Exposición de Motivos de la L.O. 8/83 de 25 de junio sobre reforma urgente y parcial del Código penal.

aquellos supuestos del Libro II -Parte Especial-, en los que el tipo delictivo en concreto contemplaba la reincidencia como circunstancia agravante específica.

La regulación de la reincidencia en el Código de 1848 sigue el mismo sistema que el Código Penal de Brasil de 1830, renunciando a ubicarla en un capítulo especial como se hizo en el Código de 1822, para el que sirvió de referencia el Código Penal francés de 1810<sup>71</sup>. De este modo, la reincidencia pasa a ser una más dentro del catálogo de agravantes genéricas contenido en el art. 10 CP. En concreto, el número 18 del artículo 10, disponía lo siguiente:

**Artículo 10.-** *Son circunstancias agravantes: (...) 18ª.-Ser reincidente de delito de la misma especie.*

Una definición tan lacónica planteó no pocos inconvenientes a la hora de fijar los requisitos de la agravante, si bien coincidimos con ASUA BATARRITA cuando afirma que son los siguientes<sup>72</sup>:

- a) Condena anterior<sup>73</sup>.
- b) Sentencia firme.
- c) No necesidad de condena cumplida<sup>74</sup>.
- d) Comisión de un nuevo delito<sup>75</sup>.
- e) De la misma especie<sup>76</sup>.
- f) No existencia de límite temporal<sup>77</sup>.

---

<sup>71</sup> El artículo 16 del Código penal de Brasil de 1830 recogía una lista de hasta 17 agravantes, siendo la reincidencia contemplada en su nº 3, con la siguiente redacción: “Cuando el delincuente sea reincidente en un delito de la misma naturaleza”.

<sup>72</sup> Véase ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., pp. 132 ss, quien fundamenta sus conclusiones sobre el estudio de la doctrina de la época.

<sup>73</sup> Para facilitar la comprobación de la condena previa, se crea por Real Decreto e Instrucción de fecha 22 de septiembre de 1848, el Registro Central de Penados en el Ministerio de Gracia y Justicia; véase también ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 150.

<sup>74</sup> Sobre este elemento existe cierta polémica, y así se muestra partidario de exigir el cumplimiento efectivo de la condena MIR PUIG, S., *La reincidencia en el Código Penal*. Bosch, Barcelona, 1974, pp. 40 ss.; por el contrario, en favor de exigir únicamente condena previa, sin necesidad de cumplimiento se pronuncia ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 143.

<sup>75</sup> Lo que deja fuera de su ámbito de aplicación a las faltas.

<sup>76</sup> La exigencia de delitos de la misma especie supone una ruptura con el régimen excesivamente rígido y formalista del Código de 1822, en cuyo artículo 116 se exigía que los delitos estuvieran comprendidos en el mismo título. Al mismo tiempo, la nueva regulación supone un mayor margen de arbitrio judicial, pues queda en manos del Juzgador la concreción de lo que deba entenderse por *delitos de la misma especie*, ya que la expresión permitía diferentes interpretaciones (como delitos comprendidos en el mismo Título; Capítulo; o como los castigados en el mismo artículo).

Los efectos de la reincidencia sobre la pena son análogos a los de cualquiera otra circunstancia agravante genérica (reglas 3ª, 4ª y 6ª del art. 74). Así, la concurrencia de una sola circunstancia agravante daba lugar a la imposición de la pena en su grado máximo (artículo 74.3ª); y la concurrencia de atenuantes y agravantes permitía su compensación racional para la determinación de la pena, graduando el valor de unas y otras (artículo 74.4ª). Por su parte, la regla 6ª del artículo 74, establecía un límite que fue elogiado por algunos autores de la época como humanitario y justo, pues impedía a los Tribunales imponer una pena superior a la designada por la Ley para el delito en su grado máximo, cualquiera que fuera el número y entidad de las circunstancias agravantes concurrentes<sup>78</sup>. Además, la reincidencia deplegaba sus efectos respecto de la *Gracia de Indulto*<sup>79</sup>, imposibilitando su obtención a los reincidentes, e invalidando el indulto previamente concedido por delitos anteriores<sup>80</sup>. Asimismo, se debe tener en cuenta que el *Real Decreto de 9 de octubre de 1853* disponía el abono de la mitad del tiempo pasado en prisión preventiva a efectos de cumplimiento de la condena, quedando excluidos de este beneficio los reincidentes.

Al igual que sucedía en el Código de 1822, el Código de 1848 se ocupaba de regular junto con la reincidencia la recaída en delitos de distinta especie, institución que también en el Código de 1848 aparece innominada y a la que nosotros venimos designando bajo el término de *reiteración*, ello a pesar de que según nos advierte ASUA BATARRITA los comentaristas de la época denominaban *reiteración* a la mera repetición de delitos sin

---

<sup>77</sup> El Código de 1848 suprime la institución que aparece por primera vez en el Código de 1822 y que algunos autores denominan *prescripción de la reincidencia*. De este modo, la nueva regulación legal no establece ninguna limitación para la reincidencia por razón del tiempo transcurrido entre la primera condena y el segundo delito cometido, lo que en la práctica suponía que incluso las condenas impuestas diez o quince años antes de cometido el segundo delito pudieran constituir base suficiente para la apreciación de reincidencia. A diferencia del Código de 1822, la reincidencia no se condiciona al cumplimiento de determinados plazos, y así podrá apreciarse reincidencia si el reo tiene antecedentes con absoluta independencia de su antigüedad.

<sup>78</sup> Ello supone que en el caso de segunda, tercera o posteriores reincidencias, el efecto sigue siendo el mismo señalado de imposición de la pena en grado máximo; véase sobre ello ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 150.

<sup>79</sup> El artículo 2º del Real Decreto de 9 de octubre de 1853, dispone que no podrán gozar de la Real Gracia otorgada por este Decreto: “1º. Los reincidentes en la misma especie de delito”; “2º. Los que por cualquier otro delito hayan sido condenados a pena igual o mayor a la que nuevamente se les imponga”.

<sup>80</sup> Vid. sobre los efectos de la reincidencia respecto de la gracia de indulto, del cómputo de la prisión preventiva a efectos de cumplimiento, de la cláusula de retención, y respecto de la pérdida de peculio, ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., pp. 156 ss.

condena intermedia<sup>81</sup>. Como sucede en el caso de la reincidencia, la reiteración se configura como una más de las circunstancias agravantes genéricas, y como tal aparece regulada dentro del catálogo general de agravantes contenido en el artículo 10 del código de 1848<sup>82</sup>. Así, el nº 17 del artículo 10, disponía lo siguiente:

**Artículo 10.-** “*Son circunstancias agravantes: (...)*

*17ª. Haber sido castigado el culpable anteriormente por delito a que la Ley señale igual o mayor pena”.*

A diferencia de la reincidencia, que operaba como una circunstancia agravante genérica y, además, podía aparecer específicamente regulada respecto de algunos delitos en concreto, la reiteración sólo funcionaba como circunstancia agravante genérica. Merece especial atención la crítica de la doctrina de la época hacia la agravación de la pena que la reiteración suponía, toda vez que la comisión de delitos heterogéneos no parecía constituir indicio suficiente de una especial peligrosidad o perversa inclinación hacia ciertos tipos delictivos<sup>83</sup>. Para apreciar la reiteración, era necesario constatar la existencia de los siguientes elementos comunes con la reincidencia:

- a) Condena anterior.
- b) Sentencia firme.
- c) No necesidad de condena cumplida.
- d) Comisión de un nuevo delito.
- e) No existencia de límite temporal.

Además, para poder apreciar la reiteración habrían de concurrir los siguientes elementos específicos:

- f.) Que el primero y el segundo delito sean de distinta especie.
- g.) Que el primer delito tenga señalada igual o mayor pena que el segundo<sup>84</sup>.

---

<sup>81</sup> Sobre las diferentes acepciones del término *reiteración* véase ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 163.

<sup>82</sup> El Código de Brasil de 1830 no contempla la reiteración como agravante, aunque sí lo hacen los otros dos códigos que sirvieron de modelo al español de 1848, esto es, el Código francés de 1810 y el napolitano de 1819, si bien con características particulares y diferentes al texto español; sobre ello *vid.* ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 162.

<sup>83</sup> Véase ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 164.

<sup>84</sup> Lo que supone una restricción del alcance de la agravación por reiteración respecto de la establecida en el Código de 1822, si bien resulta difícil comprender porqué se exige que el delito



Los efectos de la reiteración sobre la pena son análogos a los de cualquier otra circunstancia agravante, incluida la reincidencia, por lo que nos remitimos a las reglas del artículo 74 antes mencionadas<sup>85</sup>. Además, hemos de señalar que las agravantes de reincidencia y reiteración eran compatibles entre sí, esto es, podían ser formalmente apreciadas sobre un mismo delito, pues cada una de ellas respondía a presupuestos distintos<sup>86</sup>.

Además de su consideración como circunstancia genérica, la reincidencia aparecía regulada como agravante específica en determinados delitos contra la Religión (arts. 128, 130 o 135); en delitos cometidos por eclesiásticos (art. 145); o en casos de vagancia (art. 252). También la habitualidad, con sus especiales características diferenciadoras de la reincidencia<sup>87</sup>, venía especialmente considerada en el texto de 1848 respecto de los delitos de hurto y estafa (arts. 428 y 443). La habitualidad del código de 1848 será sustituida en el texto de 1850, por la reincidencia para los delitos de hurto (art. 438) y estafa (art. 454), extendiéndose la agravación a determinadas modalidades de robo con fuerza en las cosas (artículo 431)<sup>88</sup>. Finalmente, cabe señalar que en el seno del Título V del Libro Primero del texto de 1848, se contiene la regulación de la recaída en el delito durante el cumplimiento de la condena o habiéndola quebrantado (art. 125 CP).

#### **IV. Código penal de 1870**

##### **1. Antecedentes**

La revolución burguesa fundamentada en ideas liberales y progresistas que tuvo lugar en 1868, generalmente conocida como *La Gloriosa*, pone fin al reinado de ISABEL II. El Gobierno provisional que se hizo cargo del poder tras la *Batalla de Alcolea* y la entrada triunfal en Madrid de los generales SERRANO y PRIM, convocó en 1869 unas nuevas Cortes Constituyentes que aprueban y promulgan ese mismo año una Constitución

---

anterior tuviera señalada una pena igual o mayor que el posterior y no a la inversa; sobre ello *vid.* ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., pp. 167 ss.

<sup>85</sup> Los efectos de la reiteración sobre el indulto se suavizan respecto de la reincidencia; si bien los efectos negativos de la reiteración respecto de la cláusula de retención, el abono de prisión provisional, o la retención del peculio, son idénticos que para la reincidencia; sobre estos efectos *vid.* ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., pp. 171 y 172.

<sup>86</sup> *Ibidem*.

<sup>87</sup> Sobre la diferencia entre habitualidad y reincidencia véase JIMENEZ DE ASUA, L., *Principios de Derecho penal. La Ley y el delito*. 3ª Ed. Buenos Aires, 1958, pp. 542 ss.

<sup>88</sup> *Vid.* ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., pp. 191 ss.

revolucionaria de tinte marcadamente liberal. En un contexto histórico favorecido por los insatisfactorios resultados de la reforma de 1850, y por la necesidad de adecuar la legislación punitiva a los principios de la nueva Constitución de 1869, aparece el Código Penal de 1870, que en realidad no constituye más que una profunda reforma del de 1848, cuyas líneas fundamentales llegan hasta el día de hoy.

A pesar de que el Código de 1870 responde a la necesidad de adaptar el texto de 1850 al nuevo orden político, se hace necesario destacar que el deseo de reforma era anterior al cambio político. Así, cabe reseñar la encuesta dirigida el 16 de abril de 1851 por el Ministerio de Gracia y Justicia a los Colegios de Abogados y Corporaciones Científicas, con el ruego de que informasen sobre las modificaciones y reformas que debían establecerse en la ley penal<sup>89</sup>. Unos años más tarde, en 1856, se reorganiza la *Comisión de Codificación* (suprimida en 1854), que bajo la dirección de GOMEZ DE LA SERNA asumió el encargo de formar un extracto de todos los informes que con motivo de la encuesta realizada en 1851 habían llegado al Ministerio de Gracia y Justicia. Esta *Comisión de Codificación* logró mantenerse a lo largo de diversos Gobiernos, llegando a elaborar un Proyecto de Parte General o Libro I antes de su completa dimisión por diferencias de criterio con el Gobierno en el año 1869<sup>90</sup>. La urgente necesidad de adaptar el ordenamiento punitivo a los nuevos principios liberales proclamados por la Constitución, dió lugar en el mismo año 1869, al nombramiento de una nueva *Comisión Legislativa*, presidida por el Ministro de Justicia y cuya sección penal fue encomendada a NICOLAS MARIA RIVERO, bajo cuya dirección y con la colaboración del magistrado y político ALEJANDRO GROIZARD, se redacta un Proyecto de Código conforme a las exigencias apuntadas. El 30 de mayo de 1870, el Ministro de Gracia y Justicia MONTERO RIOS, presenta a las Cortes Constituyentes el texto del Proyecto elaborado por la *Comisión Legislativa*, junto con una autorización al Gobierno para publicarlo provisionalmente como Código Penal. En sólo dos sesiones -las de los días 15 y 17 de junio-, las Cortes discuten el dictamen de la Comisión, y mediante la Ley de 17 de junio de 1870 se autoriza al Gobierno para publicar el Código Penal, lo que tiene lugar posteriormente mediante Decreto de 30 de agosto de 1870. Se debe señalar que la autorización dada por las Cortes al Gobierno era sólo *provisional*, aplazando la discusión final hasta que, pasado el verano, se reanudaran las sesiones. Por esta razón, el Código de 1870 -que estuvo en vigor hasta 1932 con el

---

<sup>89</sup> Cfr. SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones...*, cit., p. 232.

<sup>90</sup> Vid. SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones...*, cit., p. 232; asimismo ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 240.

paréntesis de los escasos años en los que tuvo vigencia el Código de 1928-, fue calificado por el diputado FRANCISCO SILVELA como *Código de verano*<sup>91</sup>.

Se trata de un texto que consta de un total de 626 artículos divididos en tres Libros: el Libro I lleva por rúbrica “Disposiciones generales sobre los delitos y faltas, las personas responsables y las penas”; la rúbrica del Libro II es “Delitos y sus penas”; y la del Libro III es “De las faltas y su penas”<sup>92</sup>. El objetivo de la reforma era triple: a.) adaptar la ley penal a los nuevos principios constitucionales; b.) mitigar el rigor punitivo del texto de 1848, endurecido en 1850, suavizando y humanizando las penas; y c.) corregir los defectos técnicos del texto anterior<sup>93</sup>. Entre las reformas de carácter técnico contenidas en el Código de 1870, merece ser destacada la importante modificación de la reincidencia, al introducirse una nueva definición de la agravante en el nº 18 del artículo 10, que a pesar de presentarse como novedosa fue objeto de las más duras críticas por los comentaristas de la época.

El día 11 de febrero de 1873 y ante la indiferencia generalizada, AMADEO DE SABOYA abdica por sí mismo y por sus descendientes de la Corona española<sup>94</sup>. Ese mismo día quedó constituida la República en sesión conjunta del Congreso y Senado, aunque poco tiempo después, el día 3 de enero de 1874, el Capitán General de Madrid MANUEL PAVÍA ejecutó un golpe militar en pleno Congreso de los Diputados, que resultó en la disolución de las Cortes republicanas y en el desalojo del poder de su último Presidente EMILIO CASTELAR. Este golpe militar abrió paso al breve Gobierno del general SERRANO, que llegó a un pacífico fin con la proclamación por parte del general ARSENIO MARTINEZ CAMPOS, el día 29 de diciembre de 1874 en la plana mayor de

---

<sup>91</sup> *Diario de sesiones de las Cortes Constituyentes 1869-1870*, XIV, p. 8.883: “y aunque este Código sea, por decirlo así, código de verano, sus efectos se han de sentir por mucho más tiempo que el de una estación tan corta.”, decía el diputado de la oposición FRANCISCO SILVELA; sin embargo, el asesinato de PRIM, la elección el 16 de noviembre de 1870 de AMADEO I como nuevo Rey de España, así como su posterior *dimisión* y correlativa proclamación de la República por las Cortes el día 11 de febrero de 1873, retrasaron las previsiones iniciales de revisión e hicieron del Código de 1870 el de más larga vida de todos los códigos españoles; sobre ello *vid.* ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 240; DE LA CIERVA, R. *Historia básica de la España actual*. Planeta, Barcelona, 1974, p. 92; ESCUDERO, J.A., *Curso de Historia...*, cit., p. 911 y 912.

<sup>92</sup> El Código Penal de 1870 constaba de 626 artículos, el último de los cuales era una disposición derogatoria, y estaba dividido en tres libros: Libro I “Disposiciones generales sobre los delitos y faltas, las personas responsables y las penas”; Libro II “Delitos y sus penas”; y Libro III “De las faltas y sus penas”; sobre ello véase RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *Derecho Penal español, Parte General*. 17ª ed., Dykinson, Madrid, 1994, p. 105; asimismo LOPEZ BARJA DE QUIROGA Y OTROS, *Códigos penales españoles...*, cit., p. 489.

<sup>93</sup> Cfr. SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones...*, cit., p. 233.

<sup>94</sup> Vid. LOPEZ BARJA DE QUIROGA Y OTROS, *Códigos penales españoles...*, cit., p. 486.

Sagunto, de ALFONSO XII como Rey de España. La Restauración de la Monarquía encarnada en el hijo de ISABEL II, trae consigo la formación y apertura el día 15 de febrero de 1876, de unas nuevas Cortes Constituyentes que elaboran y finalmente aprueban la Constitución de la Monarquía española de 1876, que viene a sustituir con un talante más moderado la Constitución nacida de la revolución de 1868. El nuevo cambio político y el transcurso del tiempo, dió lugar a diversos Proyectos y Anteproyectos que intentaron adaptar el ordenamiento punitivo al nuevo orden político, introducir nuevas orientaciones de signo correccionalista y más adelante defensista, y realizar ciertas reformas técnicas tradicionalmente reivindicadas. A pesar de que ninguno de estos proyectos de reforma global llega a convertirse en Ley, y que sólo algunos alcanzan el Parlamento, el Código penal de 1870 fue objeto de algunas reformas parciales<sup>95</sup>. Entre las citadas reformas cabe reseñar las operadas mediante *Ley de 17 de julio de 1876* y mediante *Ley de 3 de enero de 1907*, que afectan a la reincidencia en las faltas de hurto y cuyo efecto principal era el de convertir la falta en delito. Asimismo, cabe mencionar el *Real Decreto de 14 de noviembre de 1925*, que introduce la prescripción de las condenas a efectos de las agravantes de reiteración y reincidencia, añadiendo alguna restricción a la apreciación de esta última<sup>96</sup>.

Como síntesis, podemos afirmar desde una perspectiva política que el Código de 1870 es netamente liberal, como corresponde a la Constitución que motivó su promulgación. Por otra parte, desde una perspectiva sistemática y de forma análoga a su predecesor, la estructura del nuevo código mantiene la división en tres Libros, por lo que algunos comentaristas afirman que se trata del mismo código de 1848 con algunas modificaciones, más o menos atinadas<sup>97</sup>. Finalmente, desde un punto de vista estrictamente dogmático merece ser destacado el fuerte legalismo y el restringido arbitrio judicial característico del Código de 1870, así como la evidente impronta del retribucionismo

---

<sup>95</sup> Los Proyectos que llegan al Parlamento son los del Ministro de Gracia y Justicia SATURNINO ALVAREZ BUGALLAL, presentado al Senado en 1880, siendo Presidente del Consejo de Ministros Cánovas del Castillo; el de LUIS SILVELA, presentado al Congreso por su hermano FRANCISCO, Ministro de Gracia y Justicia, en el año 1884; y dos del Ministro de Gracia y Justicia ALONSO MARTINEZ, el primero fechado en 1882, y el segundo presentado al Parlamento en 1887 siendo Presidente del Gobierno Sagasta; sobre ello *vid.* SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones...*, cit., pp. 237 y 238; otros proyectos son el de MONTILLA de 1902, cuyo autor fue CONSTANCIA BERNALDO DE QUIRÓS, tomando como modelo el anteproyecto suízo de C. STOOS en su versión de 1896; el proyecto de Ley de Bases de UGARTE de 1905, en el que colabora RAFAEL SALILLAS; y el Proyecto de Reforma del Código Penal redactado por la Comisión de Codificación en 1912, que sigue de cerca el proyecto de SILVELA de 1884, y que se reimprime en 1920 siendo ampliamente utilizado en la elaboración del Código Penal de 1928.

<sup>96</sup> Cfr. ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 241.

<sup>97</sup> Sobre ello véase SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones...*, cit., p. 235.

ecléctico de ROSSI que tal y como sucedió en el texto de 1848/50, determinó la primacía de la idea de retribución sobre la de intimidación. En cuanto a la influencia de las nuevas ideas penales encarnadas por el correccionalismo y por las corrientes de defensa social propias del positivismo, se debe señalar que si bien tuvieron buena acogida en la doctrina e influyeron en algunos de los proyectos de legislación criminal, no llegaron a plasmarse de forma efectiva en el texto de 1870<sup>98</sup>. A continuación, estudiaremos con más detalle la influencia de todo este contexto histórico, social y político, en la regulación positiva de la reincidencia.

## 2. Regulación positiva

Tal y como sucedía en el Código de 1848, el Código de 1870 mantiene la consideración de la reincidencia y de la reiteración como circunstancias agravantes de naturaleza ordinaria incluídas en el catálogo general del artículo 10. Sin embargo, se producen modificaciones en ambas circunstancias, y así la reiteración por una parte amplía su ámbito de aplicación a los casos en los que el reo ha sido condenado por dos o más delitos de pena menor, y por otra reduce su eficacia al quedar facultados los Tribunales para apreciarla o no según las circunstancias del delincuente y la naturaleza y efectos del delito. Pero la modificación más importante según nos indica ASUA BATARRITA tiene lugar respecto de la reincidencia, ya que la desgraciada redefinición de la circunstancia en el n° 18 del artículo 10, además de suponer un retorno a la rígida fórmula de los delitos comprendidos en el mismo Título, permitirá la apreciación de la agravante aun en supuestos de mera repetición delictiva sin existencia de condena intermedia<sup>99</sup>. En los últimos años de vigencia del Código, el Real Decreto de 15 de noviembre de 1925, aliviara en parte la criticable concepción legal admitiendo la prescripción de las condenas a efectos de reincidencia y reiteración<sup>100</sup>. En particular, el Código penal de 1870 regulaba la reincidencia en el n° 18 del artículo 10, que disponía lo siguiente:

**Artículo 10.-** *“Son circunstancias agravantes: (...)*

*18ª. Ser reincidente.*

*Hay reincidencia cuando al ser juzgado el culpable por un delito, estuviere ejecutoriamente condenado por otro comprendido en el mismo Título de este Código”.*

---

<sup>98</sup> Cfr. ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 242.

<sup>99</sup> Cfr. ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 249.

<sup>100</sup> *Ibidem*.

Esta nueva definición supone un criticable retorno a la rígida fórmula de los delitos comprendidos en el *mismo Título* (CP 1822), pues como ya dijimos anteriormente la expresión utilizada en el código de 1848 era *delito de la misma especie*. Además, contiene un grave defecto, cual es la consideración del momento del *enjuiciamiento* en lugar del de la *comisión* del delito a efectos de reincidencia. Ello supone una franca contradicción con la doctrina de la época, que encontraba el fundamento de la agravación en la experiencia de una condena anterior. Con la nueva definición sin embargo, la reincidencia recibe el mismo trato que la mera repetición delictiva, pues basta con que en el momento del juicio se pruebe por sentencia firme que con anterioridad a este enjuiciamiento se cometió otro delito, cualquiera que fuese el momento de esta comisión. La referencia al momento del enjuiciamiento en lugar de al momento de comisión del delito, supone en la práctica la posibilidad de que por meras razones de agilidad procesal ajenas al reo, sea enjuiciado en segundo lugar el primer delito cometido, en cuyo caso deberá apreciarse reincidencia en el momento de enjuiciar este primer delito, aun a pesar de que en el momento de enjuiciar el segundo delito cometido, que es donde debería haber desplegado sus efectos naturales la agravante, no pueda apreciarse reincidencia por no haber sido todavía enjuiciado el primero. Asimismo, se da la paradoja de que si el sujeto es juzgado en un solo proceso por los dos delitos cometidos, resulten de aplicación las reglas del concurso de delitos con exclusión de la reincidencia, y por el contrario se aplique la reincidencia si los dos delitos se enjuician en un proceso separado y con posterioridad al enjuiciamiento del otro delito cometido, lo que supone una evidente inseguridad jurídica<sup>101</sup>.

Se trata, en definitiva, de una defectuosa redacción que no fue corregida durante la vigencia del Código de 1870, y ello a pesar de las críticas generalizadas de la doctrina y de algunos Fiscales<sup>102</sup>. Así, ASUA BATARRITA nos cita como ejemplo la Memoria del Fiscal del Tribunal Supremo del año 1879, donde SALVADOR VIADA pone de relieve la

---

<sup>101</sup> Es claro que si al delinquir el reo ha sido ya condenado anteriormente por delito del mismo Título, se trata de un supuesto natural de reincidencia y no de concurso de delitos. Sin embargo, para la apreciación de la agravante del n° 18 bastaría con que la condena sea anterior al momento del enjuiciamiento, por lo que si el reo cometiera dos delitos serían posibles dos hipótesis: a.) que ambos delitos se enjuiciaran en la misma causa, lo que supondría la aplicación de las reglas del concurso con exclusión de la reincidencia, toda vez que ésta exige que la condena por uno de ellos sea anterior al enjuiciamiento del otro; y b.) que ambos delitos se enjuicien en causas separadas y que, además, el segundo delito cometido sea enjuiciado antes que el primero, lo que impediría apreciar reincidencia respecto de este segundo delito por falta de condena previa; facilitando sin embargo la posibilidad de que al ser enjuiciado el primero de los delitos cometidos fuera apreciada reincidencia, a pesar de que en el momento de la comisión de este primer delito no se hubiera todavía cometido, ni tal vez pensado cometer, el segundo delito.

<sup>102</sup> Vid. ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 267.

injusticia de la fórmula, que puede conducir en casos por delitos graves a la pena de muerte por el hecho de una condena anterior por delito cometido después<sup>103</sup>. En el mismo sentido, la Memoria de 1894, en la que JUAN DE ALDANA Y CARVAJAL insiste en la irracionalidad de la utilización de la expresión *al ser juzgado*, que conduce con demasiada frecuencia a casos como los que hemos citado, denominando a esta circunstancia del n° 18 como “reincidencia peregrina”, por obligar en ocasiones a efectos gravísimos “por un delito que no se había cometido todavía, ni tal vez pensado cometer”<sup>104</sup>. En cualquier caso, los requisitos exigidos por la Ley para la apreciación de la agravante, son los siguientes:

- a) Condena anterior<sup>105</sup>.
- b) Sentencia firme.
- c) No necesidad de condena cumplida.
- d) Comisión de un nuevo delito.
- e) Del mismo Título<sup>106</sup>.
- f) Inexistencia de límite temporal<sup>107</sup>.

En cuanto a los efectos sobre la pena de la reincidencia, se debe recordar que éstos son análogos a los de cualquiera otra circunstancia agravante genérica, imponiéndose la pena en grado máximo cuando no concurrieren atenuantes (art. 82.3), pues en el caso de concurrencia con alguna atenuante procedería la compensación racional de circunstancias

---

<sup>103</sup> Cfr. ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 263.

<sup>104</sup> Vid. ALDANA Y CARVAJAL, J., *Memoria elevada al Gobierno de S.M. el 15 de septiembre de 1894*. Madrid, 1894, p. 35; citado por ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 263.

<sup>105</sup> Como ya hemos tenido ocasión de exponer, la condena ha de ser anterior al momento del enjuiciamiento de cualquier otro delito del mismo Título, no es necesario pues que la condena por el primero de los delitos haya recaído con anterioridad al momento de comisión del segundo delito, como había sido habitual hasta la nueva redacción contenida en el n° 18 del artículo 10 del código de 1870.

<sup>106</sup> La exigencia de delitos del mismo Título supone una ruptura con el régimen flexible del Código de 1848, que exigía delitos de la *misma especie*, así como un retorno al régimen formalista del Código de 1822, en cuyo artículo 116 se exigía que los delitos estuvieran comprendidos en el mismo Título. La nueva regulación supone un menor margen de arbitrio judicial, quedando sometido el Tribunal a una regla formalista y rígida. Asimismo en determinados supuestos encontramos delitos que, a pesar de regularse en el mismo Título, carecen de toda analogía o semejanza entre sí.

<sup>107</sup> El Código de 1870 sigue la línea del Código de 1848, que suprimió la institución que aparece por primera vez en el Código de 1822 y que algunos autores denominan *prescripción de la reincidencia*. De este modo, la regulación de 1870 se mantuvo durante largo tiempo en la línea de no establecer ninguna limitación para la reincidencia por razón del tiempo transcurrido entre las distintas infracciones, lo que supuso una crítica generalizada de los comentaristas que finalmente culminó con la promulgación del R.D. Ley de 14 de noviembre de 1925, que recoge la denominada prescripción de la reincidencia y de la reiteración; más ampliamente sobre la reforma promovida por el R.D. Ley de 14 de noviembre de 1925, véase ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., pp. 289 ss.

(art. 82.4). Sobre esta materia resulta importante recordar que el art. 82.6 impedía imponer pena mayor que la designada por la Ley para el delito en su grado máximo cualquiera que fuera el número y entidad de las circunstancias agravantes concurrentes. Además de los efectos sobre la pena, la reincidencia supone un especial obstáculo a la hora de obtener el indulto según el artículo 2º de la *Ley de 18 de junio de 1870*. Asimismo, el reincidente recibe un peor trato a la hora de obtener el abono del tiempo pasado en prisión preventiva, quedando totalmente excluido de tal beneficio. Posteriormente, mediante *Ley de 17 de enero de 1901* y *Real Orden de 29 de enero* del mismo año, se establece que para los reincidentes será abonada únicamente la mitad del tiempo pasado en prisión preventiva<sup>108</sup>. Además de todo lo anterior, la reincidencia despliega sus negativos efectos cerrando las puertas a la posibilidad de obtener la Condena Condicional, institución que con evidente retraso respecto al resto de Europa, aparece por primera vez regulada en España mediante *Ley de 17 de marzo de 1908*, para penas privativas de libertad inferiores a un año<sup>109</sup>.

Por otra parte, sólo dos novedades cabe destacar en la regulación de la agravante de reiteración contenida en el número 17 del artículo 10 del Código penal de 1870, respecto de su homólogo de 1848. En primer término, la ampliación de su ámbito de aplicación a los supuestos en los que el sujeto hubiere sido condenado anteriormente por dos delitos con pena menor a la señalada por la Ley para el nuevo delito cometido. En segundo lugar, la posibilidad de apreciación facultativa por parte del Tribunal en atención a la naturaleza y efectos del delito así como a las circunstancias del delincuente. Asimismo, merece ser destacado el hecho de que si bien la circunstancia agravante del nº 17 continúa innominada, como en los Códigos de 1848/50 y 1822, tanto la doctrina como la jurisprudencia comienzan a referirse a ella con el término *reiteración*, cuyo uso se generaliza a finales del s. XIX<sup>110</sup>. La regulación legal de esta agravante se contiene, como hemos señalado

---

<sup>108</sup> Vid. con mayor detalle ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 300, según la cual hasta el Código Penal de 1932 no se instaura con carácter general y sin excepciones el abono total de la prisión preventiva.

<sup>109</sup> Vid. más ampliamente sobre los negativos efectos de la reincidencia sobre la remisión condicional, e incluso sobre la libertad condicional ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 302; un requisito esencial para obtener la remisión condicional era “que el reo haya delinquirido por primera vez”; además, era posible revocar la remisión condicional ya concedida si el reo cometía otro delito durante el plazo de suspensión; respecto de la libertad condicional, establecida por Ley de 23 de julio de 1914 para los penados sentenciados a más de un año de privación de libertad que se encuentren en el cuarto período de condena y que hayan extinguido las tres cuartas partes de ésta, no existe en principio limitación de acceso por razón de reincidencia, si bien el Reglamento de 28 de octubre de 1914 establece como criterio orientador para su concesión los antecedentes penales del reo.

<sup>110</sup> Cfr. ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 308.



anteriormente, en el catálogo general de circunstancias agravantes del art. 10, cuyo nº 17 dispone lo siguiente:

**Artículo 10.-** “*Son circunstancias agravantes: (...)*”

*17ª. Haber sido castigado el culpable por delito a que la Ley señale igual o mayor pena, o por dos o más delitos a que la Ley señale pena menor.*

*Esta circunstancia la tomarán en consideración los Tribunales según las circunstancias del delincuente y la naturaleza y efectos del delito”.*

La principal característica de la nueva regulación es la posibilidad de apreciación facultativa por parte del Tribunal, dando así respuesta a la crítica generalizada de la doctrina de la época del Código 1848 que había repudiado esta agravante por no responder a un criterio de *semejanza* entre los distintos delitos. Los requisitos para que los Tribunales puedan apreciar la agravación, eran los siguientes<sup>111</sup>:

- a) Condena anterior.
- b) Sentencia firme.
- c) No necesidad de condena cumplida.
- d) Que el primer delito tenga señalada igual o mayor pena, o que el reo haya sido condenado anteriormente por dos o más delitos con pena menor<sup>112</sup>.
- e) De distinto Título<sup>113</sup>.
- f) Inexistencia de límite temporal<sup>114</sup>.

Recordemos que aún concurriendo los citados requisitos, el Tribunal queda facultado para apreciar o no la reiteración en atención a las circunstancias del delincuente y la naturaleza y efectos del delito<sup>115</sup>. En cuanto a los efectos de la reiteración sobre la pena,

---

<sup>111</sup> Cfr. ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 310 ss.

<sup>112</sup> Según ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., pp. 322 a 324, la comparación de las penas se ha de realizar en abstracto, esto es, según la pena que “la ley señale” para el delito pasado y presente, y no según la efectivamente impuesta para el delito pasado y la que se vaya a imponer al que se enjuicia. Sin embargo, la comparación de algunas penas en abstracto a efectos de determinar su respectiva gravedad, resultó en ocasiones una labor complicada.

<sup>113</sup> Pues en el caso de delitos del mismo Título, se apreciaría reincidencia (nº 18,) cualquiera que fuere la pena señalada para ambos delitos.

<sup>114</sup> El Código de 1870 -como el de 1848 y al contrario que el de 1822-, mantuvo la línea de no establecer ninguna limitación para la reiteración por razón del tiempo transcurrido entre las distintas infracciones. Si bien esta situación termina a raíz de la promulgación del R.D. de 14 de noviembre de 1925, que recoge la denominada *prescripción* de la reincidencia y de la reiteración.

<sup>115</sup> Un estudio en profundidad de los criterios *circunstancias personales del delincuente y naturaleza y efectos del delito*, que orientaban la citada cláusula facultativa, en ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., pp. 329 ss.

se debe señalar que son idénticos a los de cualquier otra circunstancia agravante genérica, esto es, suponen la imposición de la pena en grado máximo cuando no concurren atenuantes (art. 82.3), pues en caso de concurrir con alguna atenuante procede su compensación racional (art. 82.4). Asimismo, se debe recordar que tal y como sucede respecto de la reincidencia, en ningún caso puede superarse por razón de reiteración el límite máximo de la pena señalada por la Ley para el delito cometido (art. 82.6). Además de lo anterior, el reiterante queda también excluido de posibles indultos, y no puede obtener la remisión condicional de la pena. Respecto de la libertad condicional en el último período de cumplimiento de la condena, aunque no se excluye a los reincidentes ni a los reiterantes, normalmente tenían más dificultades para acceder a este beneficio ya que para su concesión se tomaban en consideración los antecedentes penales del reo. Además de lo anterior, en algunos supuestos el reiterante vendrá excluido del abono total de la prisión preventiva<sup>116</sup>.

Con independencia de su consideración como circunstancia agravante genérica en el nº 18 del art. 10, la reincidencia aparece en el código de 1870 -como ya sucediera en códigos anteriores-, como una circunstancia agravante específica para determinados delitos (p. ej: en el delito contra las Cortes previsto en el art. 176; y en el delito de juego ilícito previsto en el art. 358). Pero donde tradicionalmente la reincidencia ha desplegado sus efectos como circunstancia agravante específica, ha sido respecto a determinados delitos patrimoniales. En particular, el Código de 1870 previene una agravación específica para la reincidencia en más de una ocasión respecto de los delitos de robo, hurto y estafa. Así, el artículo 527 disponía lo siguiente respecto del delito de robo:

**Artículo 527.-** *“El robo de que se trata en los artículos 524, 525 y 526 se castigará con la pena inmediatamente superior si el culpable fuere dos o más veces reincidente”.*

En el mismo sentido se prevenía una agravación específica para la reincidencia en más de una ocasión en el delito de hurto (art. 533) y estafa (art. 549). El efecto sobre la pena de la apreciación de la reincidencia en más de una ocasión en los delitos de robo, hurto y estafa, era siempre el mismo, esto es, la imposición de la pena inmediatamente superior en grado. Además de lo anterior, el Código de 1870 establece por primera vez en la historia una división de los hurtos en delitos y faltas, considerándose falta si se trataba de un hurto de cuantía inferior a 10 pesetas, o a 20 pesetas si se trataba de sustancias

---

<sup>116</sup> Cfr. más ampliamente ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 344.

alimenticias o similares<sup>117</sup>. Sin embargo, la nueva regulación establecía ciertas reservas respecto del reincidente, pues en el caso de reos condenados anteriormente por dos faltas de hurto o por robo, la falta de hurto se convertía en delito. Así, cabe citar el artículo 531. 5º del texto de 1870, en su primera edición<sup>118</sup>:

**Artículo 531.-** “*Los reos de hurto serán castigados: (...)*”

*5º. Con arresto mayor en sus grados mínimo y medio si no excediere de 10 y el reo hubiere sido condenado dos veces por hurto en juicio de faltas”.*

En un sentido semejante, el art. 532 disponía lo siguiente<sup>119</sup>:

**Artículo 532.-** “*No obstante lo dispuesto en el nº 4 del artículo anterior, no se considerará delito, sino que se castigará como falta, el hurto de semillas alimenticias, frutos y leñas, cuando el valor de la cosa sustraída no excediere de 20 pesetas y el reo no fuere dos o más veces reincidente”.*

Finalmente, al igual que sucedía en el artículo 125 del Código de 1848, el Código de 1870 regula en su artículo 131 la recaída durante el período de ejecución de una condena, disponiendo lo siguiente<sup>120</sup>:

**Artículo 131.-** “*Los que cometieren algún delito o falta después de haber sido condenados por sentencia firme no empezada a cumplir, o durante el tiempo de su condena, serán castigados con sujeción a las reglas siguientes:*

*1ª. Se impondrá en su grado máximo la pena señalada por la Ley al nuevo delito o falta.*

*2ª. Los Tribunales observarán, en cuanto sean aplicables a este caso, las disposiciones comprendidas en el artículo 88 y regla 1ª del artículo 89 de este Código.*

*3ª. El penado comprendido en este artículo será indultado a los setenta años si hubiere ya cumplido la condena primitiva, o cuando llegare a cumplirla después de la edad sobredicha, a no ser que por su conducta o por otras circunstancias no fuere digno de la gracia”.*

---

<sup>117</sup> Vid. ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., pp. 380 ss.

<sup>118</sup> Por Decreto de 1 de enero de 1871, se modifica este artículo quedando redactado de la siguiente forma: Art.- 531. 5º: “Con arresto mayor en sus grados mínimo y medio, si no excediere de 10 y el reo hubiere sido condenado por delitos de robo o hurto o dos veces por hurto en juicio de faltas”; veáse ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 382.

<sup>119</sup> Este artículo también resulta modificado por el Decreto de 1 de enero de 1871, quedando redactado de la siguiente manera: Art. 532.- “No obstante lo dispuesto en el nº 4 del artículo anterior, no se considerará delito, sino que se castigará como falta, el hurto de semillas alimenticias, frutos y leñas, cuando el valor de la cosa sustraída no excediere de 20 pesetas y el reo hubiese sido condenado por delitos de robo o hurto o dos veces por falta de hurto”; sobre ello *vid.* ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 383, quien además hace referencia a las reformas de esta regulación hechas por Ley de 3 de enero de 1907, y por Ley de 23 de enero de 1907.

<sup>120</sup> El antecedente inmediato de esta disposición se halla en el artículo 125 del Código de 1848.

El artículo 131 del Código de 1870 suaviza las consecuencias previstas en artículo 125 del Código de 1848, toda vez que previene la imposición de la pena en grado máximo, pero impide la imposición de penas superiores en grado tal y como sucedía en el texto de 1848. Sin embargo, sus consecuencias siguen siendo más perjudiciales para el reo que las derivadas de una agravante ordinaria, toda vez que al no tener la agravación prevista en el artículo 131 la naturaleza de circunstancia agravante genérica u ordinaria, resultaba imposible su compensación racional con posibles atenuantes que pudieran concurrir en el hecho. Este y otros argumentos, motivaron las duras críticas con las que fue recibido el artículo 131 del Código de 1870 por una buena parte de la doctrina de la época<sup>121</sup>.

### 3. Real Decreto Ley de 14 de noviembre de 1925

El *Real Decreto Ley de 14 de noviembre de 1925* contenía importantes modificaciones en materias tales como la responsabilidad penal del menor, la reiteración y la reincidencia<sup>122</sup>. En su artículo 1º, se modifica el nº 3 del artículo 8 del Código, que excluía de responsabilidad criminal al “mayor de nueve años y menor de quince, a no ser que haya obrado con discernimiento”. La nueva regulación establece la exención para el “mayor de nueve años y menor de diez y seis a no ser que haya obrado con discernimiento. El Tribunal sentenciador hará declaración expresa sobre este punto para imponerle la pena o declararle irresponsable<sup>123</sup>”. Asimismo, el *Real Decreto de 14 de noviembre de 1925* modifica la regulación de la reiteración contenida en el artículo 10. 17ª, incluyendo la prescripción de las condenas anteriores a efectos de reincidencia. Sin embargo, la modificación más relevante se produce al darse nueva redacción a la circunstancia nº 18 del artículo 10 del Código de 1870, que a partir de 1925 queda como sigue:

**Artículo 10.-** “*Son circunstancias agravantes: (...)*

*18. Ser reincidente.*

*Hay reincidencia cuando al ser juzgado el culpable por un delito estuviere ejecutoriamente condenado por otro comprendido en el mismo Título de este Código o en la misma ley especial, siempre que la pena señalada al delito castigado anteriormente sea superior o igual a la que esté asignada al delito que se pena o, por lo menos, contenga aquella alguno de los grados integrantes de ésta.*

---

<sup>121</sup> Sobre la crítica de la doctrina al artículo 131 del texto punitivo de 1870, ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., pp. 411 ss.

<sup>122</sup> Real Decreto Ley de 14 de noviembre de 1925, publicado en la *Gaceta de Madrid* el día 15 de noviembre.

<sup>123</sup> Cfr. ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., pp. 289 ss.

*Los efectos de la reincidencia, como circunstancia agravante cesarán cuando haya pasado el tiempo necesario para la prescripción del delito que sirva para apreciarla.*

*En ningún caso se estimará la circunstancia agravante de reincidencia cuando el reo haya delinquirido antes de cumplir dieciséis años; y nunca podrán ser apreciadas como determinantes de reincidencia cuando se trate de reos mayores de dieciséis años las condenas que les hayan sido impuestas por delitos cometidos antes de cumplir dicha edad”.*

La nueva redacción de la agravante debe ser alabada por incluir la prescripción de la reincidencia, sin embargo debe criticarse el mantenimiento de la referencia al momento de *ser juzgado* así como el rígido formalismo del criterio basado en delitos del *mismo Título*. La inclusión de un nuevo elemento basado en la gravedad de las penas, a pesar de su originalidad, no gozó de una buena acogida llegando a ser fuertemente criticado por buena parte de los comentaristas de la época<sup>124</sup>. De cualquier modo, la vigencia de este precepto fue breve, pues a partir del Código de 1928 la reincidencia recibe una redacción diferente, y en el Código de 1932 se retorna la misma redacción contenida en el Código de 1870.

## **V. Código penal de 1928**

### **1. Antecedentes**

Avanzado ya el siglo XX, continuaba conservando su vigencia el Código penal de 1870, lo que suponía una evidente falta de concordancia entre la Constitución -que continuaba siendo la de 1876- y la legislación punitiva. Esta situación se mantuvo hasta la promulgación del Código Penal de 1928, que vino a relevar al viejo texto ochocentista. Sin embargo, no debemos olvidar que hasta la fecha de promulgación del nuevo Código y ya en pleno s. XX, hubo varios intentos de reforma, entre los que cabe destacar el *Proyecto de Montilla de 1902* realizado por BERNALDO DE QUIRÓS bajo inspiración correccionalista y positivista; el *Proyecto de Ugarte de 1905*, en el que colabora SALILLAS; el *Proyecto de la Comisión de Codificación de 1912* basado en el de SILVELA de 1884; el *Proyecto de la Comisión de*

---

<sup>124</sup> Así, la propia *Exposición de Motivos* del Código Penal reformado de 27 de octubre 1932, dice que “la Dictadura de PRIMO DE RIVERA introdujo un disparatado cambio en el concepto de la reincidencia, que quedaba subordinada a la gravedad de los delitos cometidos, por el llamado *Real decreto-ley de 14 de noviembre de 1925*. Tan absurdas eran estas normas facciosas, que el propio Código gubernativo no las recogió en sus preceptos sobre reincidencia”; a pesar de esta crítica, el Gobierno de la República mantiene en vigor el Real Decreto de 14 de noviembre -en lo referido a los menores delincuentes-, lo que fue expresado en la Exposición de Motivos del Código de 1932 del siguiente modo: “pero no deja de ser exacto que hoy la legalidad vigente es la del Real decreto antedicho, que es, sin dubitaciones, mucho más benigno que la antedicha Ley de 1870. Nos ha parecido que, a pesar de nuestro oriente humanitario, era insostenible la concepción que de la reincidencia tenía el mentado Real decreto, y hemos vuelto a los justos conceptos del Código legítimo”.

*Codificación de 1920*; y el *Proyecto de Saldaña de 1921*<sup>125</sup>. Junto a estos intentos de reforma global, existieron también otros ensayos de reforma parcial, tales como el *Proyecto de Maura de 1895*, que inspiró la *Ley de 13 de enero de 1907*, por la que se transforman en contravenciones algunos delitos del Código Penal; y el *Proyecto de Piniés de 1921*, cuya finalidad era castigar con más rigor los delitos político-sociales<sup>126</sup>. Además, ya entrado el s. XX, se promulgaron diversas leyes especiales que complementaron al Código de 1870, entre las que cabe destacar la *Ley de 9 de abril de 1900*, que suprime la publicidad en la ejecución de la pena de muerte; la *Ley de 17 de enero de 1901*, que dispone el abono de la prisión preventiva; la *Ley de 17 de marzo de 1908*, que establece la condena condicional; la *Ley de 27 de abril de 1909*, que derogó el artículo 556 del Código Penal que castigaba con carácter general las huelgas; la *Ley de 25 de julio de 1914*, que establece la libertad condicional; y las *leyes de 2 de agosto y 25 de noviembre de 1918*, que establecen los Tribunales para niños<sup>127</sup>.

El día 13 de septiembre de 1923, tiene lugar el golpe de Estado del general MIGUEL PRIMO DE RIVERA, al que sigue un *Real Decreto de 15 de septiembre* por el que se constituye un *Directorio Militar* presidido por el general golpista, que pasa así a proclamarse Jefe de Gobierno y Ministro Universal con la anuencia del Monarca ALFONSO XIII. La formación del *Directorio* supone la suspensión de la Constitución de 1876 -no así del Código Penal de 1870 que continúa en vigor-, promulgándose múltiples disposiciones en forma de Real Decreto para acomodar el ordenamiento penal a la nueva situación política. Entre las reformas de carácter político y de tinte más autoritario, cabe reseñar los *Reales Decretos de 15 de noviembre de 1923* y de *17 de marzo de 1926*, sobre represión de actividades separatistas; el *Real Decreto de 21 de septiembre de 1923*, que suspende el funcionamiento del jurado; el *Real Decreto de 13 de abril de 1924* sobre el robo a mano armada de personas que custodien valores; el *Real Decreto de 25 de diciembre de 1925*, que atribuye a la jurisdicción militar los delitos contra la seguridad exterior del Estado y los de lesa majestad;

---

<sup>125</sup> Cfr. *Real Decreto Ley de 8 de septiembre de 1928, publicando el Código Penal*, Edición Oficial, Reus, Madrid, 1928. En cuya *Exposición de Motivos* firmada por el Ministro de Gracia y Justicia PONTE ESCARTIN, se afirma que “más de una vez, en el transcurso de su reinado, fueron sometidos a la sanción de Vuestra Majestad Decretos autorizando la presentación a las Cortes de proyectos de reforma del Código penal que desde 1870 rige España. Nunca se logró convertir en ley uno de ellos y, cualesquiera que fuesen las causas que lo impidieron, innegable es que no fueron ni la falta de necesidad de hacerlo, ni la falta de convencimiento en los gobernantes ni en los gobernados de que la reforma era necesaria”.

<sup>126</sup> Vid. sobre el Código Penal de 1928 y sus antecedentes, SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones...*, cit., pp. 239 ss.

<sup>127</sup> Cfr. SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones...*, cit., p. 240.

y el *Real Decreto de 28 de febrero de 1927*, que intensifica la persecución del cohecho<sup>128</sup>. Por otra parte, y entre las disposiciones de carácter técnico, cabe citar el *Real Decreto de 14 de noviembre de 1925*, que eleva a 16 años la mayoría de edad penal; y el *Real Decreto de 21 de febrero de 1926*, que reformó la cuantía de la estafa en el artículo 457 del Código Penal e introdujo el delito de chantaje<sup>129</sup>.

Todas estas disposiciones preceden a la publicación del llamado *Código Penal de la Dictadura*, cuya génesis se encuentra en una *Real Orden de fecha 12 de marzo de 1926*, por la que se encarga a la *Comisión General de Codificación*, presidida por JUAN DE LA CIERVA, la elaboración de un Proyecto de nueva edición de Código Penal que refundiera las modificaciones verificadas en el Código de 1870, e introdujera una serie de reformas que el propio Gobierno enumeraba. En principio no se trató de elaborar un nuevo Código Penal, sino de adaptar y reeditar el texto de 1870, si bien la *Comisión de Codificación* fue más allá superando el objetivo inicialmente planteado<sup>130</sup>. De este modo, en el otoño de 1926 y bajo la presidencia de FRANCISCO GARCIA-GOYENA, comienza la Sección 3ª de la *Comisión* su trabajo. En el Proyecto participa inicialmente JIMENEZ DE ASUA, quien posteriormente renuncia por entender que el texto vulneraba a Constitución. El lugar que ocupaba este último pasa a ocuparlo CUELLO CALON, cuya influencia junto a la de QUINTILIANO SALDAÑA se hizo notar en el texto definitivo. El Proyecto queda concluso a finales del mes de junio de 1927 y se remite al Gobierno con fecha 12 de julio, rebasando con creces el inicial propósito de reforma pues se trataba de un nuevo Código Penal<sup>131</sup>. Sometido el Proyecto a discusión en la Asamblea Nacional, y después de hacer en él algunas modificaciones a instancia del propio SALDAÑA y del ministro ESCARTIN, el nuevo Código Penal fue promulgado por ALFONSO XIII, mediante *Real Decreto de 8 de septiembre de 1928*, entrando en vigor durante breve lapso el día 1 de enero de 1929<sup>132</sup>.

Los 1.074 artículos del Proyecto, quedan en el Código reducidos a 858 artículos, a los que se habrían de añadir aquéllos que quedaron vigentes del Código de 1870 referidos a los delitos de lesa Majestad; contra las Cortes; contra el Consejo de Gobierno; así como los delitos cometidos por particulares y funcionarios en el ejercicio de los derechos individuales

---

<sup>128</sup> Cfr. SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones...*, cit., pp. 240 y 241.

<sup>129</sup> Cfr. RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *Derecho Penal...*, cit., p. 108.

<sup>130</sup> Vid. Exposición de Motivos del *Real Decreto Ley de 8 de septiembre de 1928, publicando el Código Penal*, cit.; asimismo RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *Derecho Penal...*, cit., p. 109.

<sup>131</sup> Cfr. RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *Derecho Penal...*, cit., p. 109.

<sup>132</sup> Vid. SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones...*, cit., p. 241.

garantizados por la Constitución<sup>133</sup>. Con una redacción prolija y un exagerado casuismo, el texto se estructura a partir de un Título Preliminar “De la Ley penal y de sus esfera de aplicación”, al que acompañan tres Libros: el primero nominado “De la infracción criminal y de su represión”; el segundo “Delitos y sus penas”; y el tercero “De las faltas y sus penas”. Desde un punto de vista político ha sido calificado como un Código de talante autoritario. Por otra parte, y desde una perspectiva estrictamente científica, se trata de un Código influido por el pensamiento de las denominadas escuelas intermedias y, en cierta medida, por el correccionalismo español. El principio de defensa social tiene un peso destacado en el texto, lo que se evidencia a través de la introducción en el propio Código del denominado *dualismo*, esto es, de un sistema integrado de penas y medidas de seguridad. Otras manifestaciones de su orientación científica, son la sentencia indeterminada para los delincuentes habituales o incorregibles (artículos 103 y 157), o la toma en consideración de la peligrosidad del reo como criterio para la medición de la pena<sup>134</sup>.

Por primera vez en la historia de la legislación punitiva española, el Código incluye en su seno la medida de seguridad, como consecuencia jurídica del delito distinta de la pena<sup>135</sup>. Se trata de un sistema integrado de medidas de seguridad postdelictuales, pues se contemplan “como consecuencia de los delitos o faltas, o como complemento de la pena” (artículo 90), debiendo destacarse la posibilidad de aplicar las medidas de seguridad tanto a personas físicas (imputables, semiimputables e inimputables) como a personas jurídicas. La

---

<sup>133</sup> Véase la Exposición de Motivos del *Real Decreto Ley de 8 de septiembre de 1928, publicando el Código Penal*, cit., en la que se justifica la vigencia de ciertos preceptos del Código derogado afirmando que “ha sido criterio del Gobierno, anunciado ya a la Asamblea Nacional, eliminar del Código todos los preceptos relativos a la Constitución política del país y a las leyes complementarias de la misma, para no tener que alterar el texto del nuevo Cuerpo legal en plazo breve y no prejuzgar nada sobre lo que en la nueva Constitución haya de estatuirse. Claro es que esta solución impone un período en el cual habrán de regir ciertos preceptos del Código hasta hoy vigentes”; asimismo *vid.* SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones...*, cit., p. 242.

<sup>134</sup> Cfr. Exposición de Motivos del *Real Decreto Ley de 8 de septiembre de 1928, publicando el Código Penal*, cit., en la que se afirma que “en el nuevo Código se coordinan perfectamente los preceptos que responden al principio de defensa social, evidenciado en muchos preceptos y claramente expresado en algunos como los de los artículos 70 y 71 que autorizan las declaraciones de delincuencia habitual y peligro social criminal, con los que tienden principal y exclusivamente a obtener la corrección de los culpables y su rehabilitación”; asimismo *vid.* RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *Derecho Penal...*, cit., p. 110; SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones...*, cit., p. 242.

<sup>135</sup> Cfr. Exposición de Motivos del *Real Decreto Ley de 8 de septiembre de 1928, publicando el Código Penal*, cit., en la que se dice: “se otorga desarrollo conveniente a las medidas de seguridad, más confiadas que las penas al arbitrio judicial (...) En el art. 90 se enumeran y en otros muchos se regula la aplicación de tales medidas (...) que contribuirán eficazmente a evitar la extensión de plagas tan dañosas para la sociedad como el alcoholismo y la vagancia.”; sobre ello *vid.* SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones...*, cit., p. 245.



inclusión de las medidas de seguridad incide en una simplificación del catálogo de penas, que se reduce notablemente, al tiempo que se suprimen las escalas graduales y se modernizan las reglas para su determinación. Entre otras innovaciones características que llevan al legislador a afirmar en la Exposición de Motivos que se trata de una legislación punitiva de las más humanitarias, cabe destacar la desaparición de las penas perpetuas; la desaparición de la prisión sustitutoria por impago de multa; la elevación de la edad penal a los dieciséis años; o la ampliación de la condena condicional para las penas privativas de libertad de hasta dos años de duración<sup>136</sup>. Finalmente, cabe reseñar que el Código Penal de 1928 supone una cierta ampliación del margen de arbitrio judicial, lo que por primera vez en la historia de la codificación penal posibilitará a los Tribunales apreciar facultativamente la circunstancia agravante de reincidencia, aunque sobre esta materia pasamos a ofrecer mayor detalle a continuación<sup>137</sup>.

## 2. Regulación Positiva

Siguiendo la tradición legislativa instaurada por el Código de 1848, el Código Penal de 1928 contempla tanto la reincidencia como la reiteración dentro del catálogo de circunstancias agravantes genéricas. Así, los números 2 y 3 del artículo 67, regulan respectivamente, la reiteración y la reincidencia como dos circunstancias agravantes ordinarias. Ambas circunstancias mantienen por tanto su configuración tradicional y comparten sus efectos respecto de la pena concreta a imponer. De este modo, la apreciación de una o más agravantes supondrá la imposición de una pena que no podrá ser inferior de la mitad superior de la penalidad respectiva siempre y cuando no concurren con alguna circunstancia atenuante (art. 151.2), pues en el caso de concurrencia con alguna atenuante, el Tribunal habrá de compensar racionalmente las circunstancias de ambos signos para determinar la pena a imponer (art. 151.4). Por su parte, el art. 70 regula la *multirreincidencia* como una circunstancia agravante extraordinaria que permite imponer la pena superior en grado a la señalada por la Ley además de una medida de seguridad

---

<sup>136</sup> Véase la Exposición de Motivos del *Real Decreto Ley de 8 de septiembre de 1928, publicando el Código Penal*, cit., en la que se afirma que “se amplía hasta dos años (término al que ningún país ha llegado aún) la duración de las condenas que pueden disfrutar del beneficio de suspensión, cuya aplicación (...) ha dado resultados tan excelentes”.

<sup>137</sup> Cfr. Exposición de Motivos del *Real Decreto Ley de 8 de septiembre de 1928, publicando el Código Penal*, cit., en la que se alude al mayor arbitrio judicial, manifestando que “de ahí las diversas manifestaciones del arbitrio judicial, que se otorga y amplía en gran medida con relación a la extensión en que ahora podía realizarse, arbitrio de cuyo ejercicio hay que esperar satisfactorio resultado, dadas la rectitud, cultura y celo de la magistratura española”.

consistente en el internamiento en un establecimiento de custodia por tiempo indeterminado (art. 157). Se debe destacar que, a pesar de que en general la concurrencia de varias circunstancias agravantes no permitía la imposición de una pena superior a la señalada por la Ley para el delito, esta regla encuentra una excepción a partir de la segunda reincidencia, en cuyo caso el artículo 156 permitía elevar la pena al doble de la señalada por la Ley. Finalmente, y como novedad más significativa respecto de la regulación de la reiteración y de la reincidencia en el Código de 1928, cabe reseñar la ausencia de obligatoriedad en su apreciación, lo que no ha de extrañar en el marco de un texto que ampliaba considerablemente el margen de arbitrio judicial tal y como expresamente se afirma en la Exposición de Motivos. La reincidencia aparece regulada en el número 3º del artículo 67 el texto de 1928, como una circunstancia agravante ordinaria de apreciación facultativa. En concreto, el mencionado número 3º disponía lo siguiente:

**Artículo 67.-** *“Las condiciones personales que agravan la responsabilidad son:*

*3ª. La reincidencia; cuando al ejecutar el delito el culpable estuviere castigado, con anterioridad y ejecutoriamente, por otro comprendido en el mismo Título de este Código.*

*Las infracciones anteriores no podrán ser apreciadas cuando el infractor las hubiere cometido no siendo mayor de diez y seis años.*

*Esta circunstancia y las dos anteriores las tomarán o no en consideración los Tribunales según las personales del 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”.*

Según la definición legal de reincidencia, los requisitos para su apreciación son los siguientes:

- a) Condena anterior.
- b) Sentencia firme.
- c) No necesidad de condena cumplida.
- d) Comisión de un nuevo delito.
- e) Del mismo Título.
- f) Inexistencia de límite temporal.

Tal y como se puede observar a tenor de los requisitos que contempla la definición legal contenida en el nº 3 del artículo 67, la reincidencia no presenta novedades en cuanto a su configuración legal, si bien se ha de destacar, tal y como mencionamos anteriormente, que por primera y única vez en la historia de la codificación española la reincidencia se

presenta como una circunstancia agravante de apreciación facultativa. El antecedente de esta nueva facultad de los Tribunales se ha de buscar en la potestad de apreciar o no la circunstancia agravante de reiteración establecida por vez primera en el Código de 1870, así como en la buena acogida que tuvo por parte de la mayoría de los comentaristas de la época esta ampliación del arbitrio judicial. Quizá por esta razón, y considerada la “rectitud, cultura y celo de la Magistratura española”<sup>138</sup>, el legislador de 1928 amplía el margen de libertad de los Tribunales, otorgándoles la facultad de apreciar o no la circunstancia de reincidencia, según las circunstancias personales del infractor, la naturaleza de las infracciones y el tiempo transcurrido entre su ejecución (art. 67).

A pesar de que el texto de 1928 no disponía expresamente un plazo de *prescripción* para la reincidencia, sí que lo establecía de forma tácita, ya que concedía al Juez la potestad facultativa de apreciar la reincidencia atendiendo, entre otros factores al “tiempo transcurrido entre su ejecución o bien al tiempo que el delincuente perseveró en el delito, si éste fuere continuo”<sup>139</sup>. En cuanto al control de las condenas anteriores, se contaba ya con el *Registro Central de Penados y Rebeldes* establecido en el Ministerio de Gracia y Justicia. Además, el *Real Decreto de 10 de septiembre de 1896* implantó en las cárceles españolas el Servicio de Identificación Antropométrico-Fotográfico, y mediante *Orden de fecha 31 de mayo de 1907* se implantó el Sistema Dactiloscópico.

Los efectos de la reincidencia sobre la pena tampoco sufren ninguna variación respecto del Código de 1870, toda vez que la apreciación de la circunstancia agravante de reincidencia implicará la imposición de la pena señalada por la Ley para el delito en su mitad superior, siempre y cuando no concurra con alguna circunstancia atenuante (art. 151.2), en cuyo caso el Tribunal vendrá obligado a su compensación racional (art. 151.4). Así, el artículo 151 disponía lo siguiente:

**Artículo 151.-** “En la aplicación de las penas señaladas por la Ley en consideración a las causas de atenuación o agravación que concurran, se observarán las siguientes reglas: (...)”

---

<sup>138</sup> Vid. Exposición de Motivos del Código de 1928.

<sup>139</sup> De esta opinión es MARIN ESPINOSA CEBALLOS, E., *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*. Comares, Granada, 1999, p. 25, quién cita a JIMENEZ DE ASUA y ANTON ONECA en su obra *Derecho Penal conforme al Código de 1928*. Madrid, ed. Reus, 1929, p. 42: “el nuevo Código hace extensivo ese arbitrio a la apreciación de la reincidencia y con mejor acuerdo que el Decreto ley de 1925, en vez de establecer legalmente la prescripción de la circunstancia agravante, sigue, en parte, un sistema mixto, puesto que establece que los Tribunales podrán tomarla o no en consideración al tiempo transcurrido”.

*2ª. Si sólo concurren una o más circunstancias agravantes, la pena que se imponga al culpable no podrá bajar de la mitad superior de la penalidad respectiva. (...)*

*4ª. Cuando concurren causas de atenuación y de agravación las compensarán los Tribunales, a su prudente arbitrio, atendido el valor y trascendencia de las mismas, para aplicar la pena procedente, dentro de los límites señalados en las reglas anteriores”.*

En el caso de concurrencia de varias agravantes, la regla general es la imposibilidad de superar el máximo de pena legalmente establecido para el delito, si bien esta regla quiebra a partir de la segunda reincidencia. De este modo, en el caso de apreciación de dos o más reincidencias, el artículo 156 permitía imponer hasta el doble de la pena señalada para el delito correspondiente. Y así se deduce del tenor literal del art. 156 CP 1928:

**Artículo 156.-** *“Cuando el culpable fuere reincidente más de una vez, los Tribunales, a su prudente arbitrio, podrán aplicar, según las circunstancias y el número de reincidencias, la pena superior; pero sin que exceda la condena impuesta, cuando sea de privación o de restricción de libertad, del doble de la pena señalada al delito, salvo lo que para determinados delitos establezca este Código”.*

Con independencia de sus efectos sobre la pena, la reincidencia también desplegaba sus efectos respecto de la libertad condicional. Así, el artículo 174 disponía la revocación de este beneficio y la pérdida del tiempo pasado en libertad si el reo reincidía. Finalmente, cabe destacar que el reincidente queda prácticamente excluido -salvo circunstancia excepcional- del indulto, según dispone la regla 3ª del artículo 2º de la ley de 18 de junio de 1870.

Por su parte, la reiteración también aparece regulada en el texto de 1928 como una circunstancia agravante ordinaria de apreciación facultativa. Su regulación positiva se encuentra en el número 2º del artículo 67, que en concreto disponía lo siguiente:

**Artículo 67.-** *“Las condiciones personales que agravan la responsabilidad son: (...)*

*2º. La reiteración; cuando el culpable hubiere sido ejecutoriamente condenado con anterioridad a la comisión del nuevo delito, por otro a que la Ley señale igual o mayor pena o por dos o más delitos a que señale pena menor”.*

A tenor de la anterior definición, los requisitos legales para la apreciación de la circunstancia agravante de reiteración eran los siguientes:

- a) Condena anterior.
- b) Sentencia firme.

- c) No necesidad de condena cumplida.
- d) Comisión de un nuevo delito.
- e) Que el primer delito tenga señalada igual o mayor pena, o que el reo haya sido condenado anteriormente por dos o más delitos con pena menor.
- f) Inexistencia de límite temporal.

La regulación de la reiteración en el Código de 1928, no difiere sustancialmente del régimen legal previsto en el derogado Código de 1870, conservando su naturaleza de circunstancia agravante ordinaria y genérica. Además de mantener el régimen de apreciación facultativa de la agravante de reiteración instaurado en 1870, el texto de 1928 previene el mismo efecto sobre la pena que su antecesor, esto es, la imposición en su mitad superior de la pena señalada por la Ley para el delito siempre y cuando no concurra con ninguna circunstancia atenuante<sup>140</sup>. En el caso de concurrencia de agravantes y atenuantes, habrán de compensarse racionalmente todas las circunstancias<sup>141</sup>, y en el caso de concurrencia de la agravante de reiteración con otras circunstancias agravantes, rige plenamente la regla general -cuya excepción ya destacamos al estudiar la reincidencia- según la cual no es posible superar el límite máximo de pena señalado por la ley para el delito cometido<sup>142</sup>. Finalmente, se debe recordar que aunque el texto de 1928 no disponía expresamente un plazo de *prescripción* para la reiteración, sí que lo establecía de forma tácita, pues concedía al Juez la facultad de apreciar la reiteración atendiendo entre otros factores al “tiempo transcurrido entre su ejecución o bien al tiempo que el delincuente perseveró en el delito, si éste fuere continuo”.

Por otra parte, merece destacarse la presunción contra los reincidentes contenida en el artículo 39 del Código de 1928, que disponía lo siguiente:

**Artículo 39.-** *“Cuando no apareciere indudablemente determinado el delito que se propuso cometer el culpable, se presumirá que sus actos se dirigían al de menor gravedad entre aquéllos a que racionalmente pueda presumirse que iban encaminados.*

*Cuando se tratase de un reincidente, se estimará que el culpable intentaba repetir el delito que cometió”.*

Además de su consideración como agravante genérica, la reincidencia venía especialmente prevista como circunstancia específica para determinados delitos, como (p.

---

<sup>140</sup> Vid. regla 2º del artículo 151.

<sup>141</sup> Vid. regla 4ª del artículo 151.

<sup>142</sup> Vid. regla 2º del artículo 151.

ej.: delito de funcionarios previsto en el art. 490)<sup>143</sup>. Por su parte, el *Real Decreto-Ley de 10 de diciembre de 1928*, otorgaba nueva redacción al artículo 704, añadiendo en su regla 5ª lo siguiente:

**Artículo 704.-** “*Los reos de hurto serán castigados: (...)*”

*5ª. Con la pena de dos meses y un día a cuatro meses de reclusión, cuando no excediere de 100 pesetas y el reo haya sido condenado anteriormente dos veces por falta de hurto o una por delito de robo o hurto”.*

De este modo, la reincidencia específica en delitos o faltas de hurto operaba como un factor que facilitaba una mayor punibilidad de estas infracciones, aún tratándose de hurtos de escasa cuantía. También respecto de los delitos de hurto, robo sin violencia, daños, y estafa, el art. 757 permitía al Tribunal atenuar la pena correspondiente en atención al escaso perjuicio causado, excluyendo expresamente de este beneficio punitivo a los reincidentes<sup>144</sup>. En este mismo sentido, el art. 758 facultaba al Tribunal para atenuar la pena en el caso de que el culpable restituyere lo robado, hurtado o estafado, excluyendo expresamente a los reincidentes de la posibilidad de obtener una reducción de la pena a través de la reparación del daño causado<sup>145</sup>.

Además de todo lo anterior, el art. 70 regulaba la circunstancia extraordinaria de *multirreincidencia*, que además de permitir la imposición de la pena superior en grado a la señalada por la Ley para el delito, suponía la aplicación de una medida de seguridad de internamiento en establecimiento destinado a incorregibles por tiempo indeterminado (art. 157). La nueva regulación de la multirreincidencia merece una especial consideración, pues abre la posibilidad -inédita hasta el Código de 1928- de aplicar una medida de seguridad junto con la pena en la forma de sentencia indeterminada a los delincuentes habituales o incorregibles, todo ello según expresa disposición de los arts. 70, 90.7, 103 y 157. Como ya

---

<sup>143</sup> Artículo 490.- “El funcionario público que exigiere directa o indirectamente mayores derechos que los que le estuvieren señalados por razón de su cargo, será castigado con la pena de multa de 1.000 a 10.000 pesetas. El culpable reincidente de este delito incurrirá además en la pena de inhabilitación especial de seis años a veinte”.

<sup>144</sup> Artículo 757.- “En los delitos de robo sin violencia en las personas, hurto, estafa y daños, cuando la cosa objeto de los mismos resulte de escaso valor y a la persona ofendida por su estado económico, no se le haya ocasionado perjuicio de alguna consideración, los Tribunales podrán estimar estas circunstancias como motivo de atenuación a los efectos de la imposición de las penas (...) No se otorgará el beneficio concedido por el párrafo primero al reincidente”.

<sup>145</sup> Artículo 758.- “Cuando los culpables de los delitos comprendidos en el artículo anterior no fueren reincidentes, y antes de su procesamiento restituyeren total y espontáneamente lo robado, hurtado, sustraído o apropiado, o, si por la naturaleza del hecho no fuere precisa la restitución, indemnicen también por completo al ofendido, los Tribunales podrán imponer la pena inferior a la señalada”.

dijimos anteriormente, la primera vez que aparece en la historia de la codificación española un sistema completo de medidas de seguridad es en el texto de 1928, que siguiendo la tendencia iniciada por CARL STOOB en su *Anteproyecto de Código Penal Suízo de 1893*, adopta un sistema *dualista* de penas y medidas de seguridad que podríamos calificar de moderno<sup>146</sup>. En concreto, el artículo 90 del Código de 1928, disponía lo siguiente:

**Artículo 90.-** *“Las medidas de seguridad que, como consecuencia de los delitos o faltas, o como complemento de pena, podrán acordarse con arreglo a este Código, son las siguientes: (...)*

*7ª. La retención en establecimiento especial de los delincuentes habituales o incorregibles.”*

Como complemento de lo anterior, el art. 103 disponía lo siguiente:

**Artículo 103.-** *“Los Tribunales podrán acordar la retención, en establecimiento especial, de los delincuentes habituales o incorregibles, en los términos y forma señalada en el artículo 157 de este Código”.*

Por su parte, el tenor literal del art. 157 era el siguiente:

**Artículo 157.-** *“Cuando el reo sea multirreincidente según el artículo 70, y por virtud de los datos aportados al proceso adquieran los jueces el convencimiento de que la nueva pena no ha de producir la enmienda del culpable, se impondrá siempre la pena superior a la señalada para el delito que haya ejecutado, y en la parte dispositiva de la sentencia, se ordenará que permanezca en un establecimiento o departamento destinado a incorregibles por tiempo indeterminado.*

*Del mismo modo, y en el caso de que al sentenciar no se hubiere adoptado la medida expresada en el párrafo anterior, cuando, en la fecha en que un penado multirreincidente hubiere de dejar extinguida su condena de privación de libertad, bien normalmente o por indulto general, estimare la Junta de disciplina de la prisión respectiva que no está corregido, podrá, en vez de su licenciamiento, proponer al Tribunal sentenciador, en detallado informe, la continuación del mismo en prisión o reclusión, medida que el Tribunal, oyendo al Fiscal y al recluso, y consultando al Gobierno en casos de indulto general, podrá acordar por un tiempo indeterminado, durante el cual permanecerá en un establecimiento o dependencia destinado a incorregibles.*

*La disposición a que se refiere el párrafo primero será objeto de revisión por el Tribunal que la adoptó en la fecha en que el reo debiera cumplir la condena impuesta, y si fuera confirmada, cada dos años posteriormente. El acuerdo previsto en el párrafo segundo será revisado en la misma forma cada dos años. La revisión se ha de referir al grado de peligro social subsistente en el penado y a su capacidad de reintegración social”.*

---

<sup>146</sup> El texto de 1928 dispone en sus artículos 90 y ss. de todo un sistema integrado de medidas de seguridad sin precedentes, que permitía la imposición de medidas tanto a sujetos inimputables como imputables; asimismo era posible ordenar el cumplimiento de la medida en lugar de la pena (inimputables), junto con la pena o después de la pena. No se debe olvidar si embargo que existen ciertos antecedentes legislativos en los textos de 1848, 1850 y 1870, que disponían medidas de seguridad para los inimputables, tales como el internamiento en Hospital o la Custodia Familiar de los locos, imbéciles, dementes, etc.; sobre ello *vid.* más ampliamente JORGE BARREIRO, A. *Las medidas de seguridad en el Derecho español*. Civitas, Madrid, 1976, pp. 47 ss.

Asimismo, el art. 70 definía la circunstancia extraordinaria de *multirreincidencia*, poniéndola en relación con el concepto de habitualidad:

**Artículo 70.-** *“Cuando el culpable hubiere sido condenado anteriormente dos o más veces por delitos graves, o cinco o más por delitos menos graves comprendidos en el mismo Título, el Tribunal podrá apreciar la circunstancia extraordinaria del multirreincidencia. En estos casos, el autor será declarado delincuente habitual, si la naturaleza y modalidad de los delitos cometidos, o los motivos determinantes, o las condiciones personales o el género de vida llevado anteriormente, demuestran en él una tendencia persistente al delito a juicio del Tribunal. Para la aplicación de esta circunstancia y las 2ª y 3ª del artículo 67, serán tenidas en cuenta las penas impuestas por los Tribunales de Guerra y Marina y por los extranjeros de jurisdicción ordinaria, siempre que fuere por delitos penados en este Código, tanto en el caso de delito frustrado, tentativa, conspiración, proposición y provocación, como de delito consumado”.*

Finalmente, resulta interesante transcribir el contenido del art. 71:

**Artículo 71.-** *“El estado especial de predisposición de una persona, del cual resulte la probabilidad de delinquir, constituye peligro social criminal.*

*En las sentencias condenatorias, podrán los Tribunales hacer declaración de peligro social criminal cuando resulte de la especial predisposición del delincuente probabilidad de volver a delinquir, dictando en tal caso las medidas de seguridad procedentes”.*

Esta disposición define de una forma un tanto ambigua lo que se entiende por peligrosidad social-criminal, y al mismo tiempo expresa rotundamente el principio de defensa social, verdadero fundamento de las medidas de seguridad<sup>147</sup>.

## VI. Código penal de 1932

### 1. Antecedentes

Tras la dimisión del General PRIMO DE RIVERA (1929) y la asunción del poder por el General BERENGUER en 1930, la situación política española atraviesa unos momentos cruciales que desembocan en la proclamación de la Segunda República el día 14 de abril de 1931<sup>148</sup>. Con ella se pone fin al régimen anterior y junto con él al reinado de ALFONSO XIII, que pone rumbo al destierro<sup>149</sup>. Al día siguiente de la proclamación de la

---

<sup>147</sup> En un sentido semejante se expresa el art. 203 del vigente CP italiano, que regula la denominada *peligrosidad social* con base en la *probabilidad* de cometer nuevos delitos.

<sup>148</sup> Vid. sobre ello LOPEZ BARJA DE QUIROGA Y OTROS, *Códigos penales españoles...*, cit., p. 969.

<sup>149</sup> Las nuevas Cortes constituyentes de mayoría republicana -presididas por JULIAN BESTEIRO-, debaten un nuevo texto constitucional que verá la luz el día 9 de diciembre de 1931. El día 10 de



República, un Decreto del *Gobierno provisional* de fecha 15 de abril anulaba el denominado *Código Gubernativo* de 1928, así como todos los Decretos-leyes promulgados por la Dictadura, restituyendo a su legítima vigencia el Código penal de 1870 en toda su extensión<sup>150</sup>. Pocos días más tarde, mediante *Decreto de fecha 2 de mayo de 1931*, el recién estrenado *Gobierno provisional* introdujo parcas reformas en el Código resucitado, tendentes a poner en armonía su texto con el nuevo régimen democrático instaurado el día 14 de abril. Esta labor se encargó a JIMENEZ DE ASUA, quien la realizó con la urgencia que requería la situación, enmendando los artículos del texto de 1870 en los que se hablaba del *Reino*, del *Rey*, de los *Ministros de la Corona*, o de *Real Decreto*, que fueron sustituidos por los términos más actuales de *República Española*, *Jefe del Estado*, *Ministros de la República*, y *Decreto* a secas.

Posteriormente, mediante *Decreto de 6 de mayo de 1931*, el Gobierno provisional suprime la *Comisión General de Codificación*, existente desde el 10 de mayo de 1875, creando en su lugar la *Comisión Jurídica Asesora*, dividida en varias Subcomisiones, una de las cuales era la de Derecho Penal, de la que fue Presidente JIMENEZ DE ASUA hasta que pasó a presidir la *Comisión Jurídica Asesora*. El entonces Ministro de Justicia FERNANDO DE LOS RIOS, encomendó a los técnicos de la *Subcomisión penal* un doble cometido: en primer lugar, y con la máxima premura, la reforma urgente del Código penal de 1870 adaptando sus artículos a la nueva Ley constitucional, y humanizando sus preceptos; en segundo lugar, y después de verificada la tarea preliminar, la *Subcomisión* debería esforzarse en otra empresa de mayor calado, sin plazos perentorios, la de redactar el nuevo Código penal español<sup>151</sup>.

Fieles a su cometido, los miembros de la *Subcomisión penal* reformaron el Código de 1870, poniéndolo en condición de extender su vida durante el tiempo preciso para componer una nueva legislación punitiva. El Gobierno hizo suya la labor de la *Subcomisión*, y el Ministro de Justicia presentó a las Cortes Constituyentes, el día 19 de noviembre de 1931, el *Proyecto de reforma del Código penal*, que pasó a la Comisión parlamentaria de Justicia. Los diputados de la Comisión parlamentaria emitieron su dictamen el 19 de junio de 1932, y por entender que en “épocas legislativas de tan apretado trabajo hubiese sido harto difícil

---

diciembre es elegido Presidente de la segunda República ALCALÁ-ZAMORA, quien encarga a MANUEL AZAÑA la formación de un primer gobierno constitucional.

<sup>150</sup> Vid. Exposición de Motivos del *Código Penal Reformado de 27 de octubre de 1932*; asimismo SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones...*, I, cit., p. 248.

<sup>151</sup> Sin embargo, por los avatares políticos de todos conocidos sólo se alcanzó el primero de los objetivos, que se encarna en el Código Penal reformado de 27 de octubre de 1932.

discutir artículo por artículo la completa reforma del Código<sup>152</sup>», concretaron las modificaciones en una *Ley de Bases* que las Cortes aprobaron en una sola sesión, tras breve debate y leves enmiendas suscritas por el Presidente de la República NICETO ALCALA ZAMORA, el día 8 de septiembre de 1932. Pocos días después, el 27 de octubre de 1932, se aprobó la Ley que autorizaba al Gobierno para publicar el articulado del Código Penal reformado con arreglo a las Bases establecidas en la ley de 8 de septiembre. Finalmente, el día 5 de noviembre de 1932, se publica en la *Gaceta de Madrid* el Código penal, que en virtud de una disposición transitoria, habría de entrar en vigor el primero de diciembre del mismo año<sup>153</sup>. El texto aprobado en 1932 consta de 600 artículos y tres disposiciones transitorias, manteniendo de forma consecuente con su carácter de mera reforma la misma estructura que el Código de 1870, esto es: un Libro I titulado “Disposiciones Generales sobre los delitos y faltas, las personas responsables y las penas”; un Libro II “Delitos y sus penas”; y un Libro III “Faltas y sus penas”.

Las reformas insertadas en esta nueva edición del Código de 1870 eran fundamentalmente de tres clases: políticas, técnicas y humanizadoras, siendo las de carácter político obligadamente impuestas por la nueva Constitución de 1931<sup>154</sup>. Por su parte, las reformas técnicas trataban de corregir algunos errores en los que incurría el texto de 1870, pudiendo destacarse el abandono del sistema tripartito para la clasificación de las infracciones, así como la adopción del sistema bipartito; la inclusión en el Código de los preceptos relativos a la condena condicional y a la libertad condicional, que antes figuraban en leyes especiales de 1908 y 1914; la supresión de las penas aflictivas y correccionales<sup>155</sup>; el ensanchamiento del beneficio de la Ley de 1901 que permitía el abono de la prisión preventiva; o la remisión a las leyes y reglamentos penitenciarios de las normas relativas a la ejecución de la pena. Otra decisión técnica del legislador de 1932, fue la de no incorporar al Código un sistema integrado de medidas de seguridad, tal y como sucedió en el Código de 1928. En su lugar, tanto las medidas de seguridad como los estados peligrosos fueron objeto de regulación separada en la muy criticada *Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933*. Finalmente, las reformas más abundantes son las de carácter humanitario, entre las que cabe reseñar la abolición de la pena de muerte y de las cadenas; la ampliación del

---

<sup>152</sup> Vid. Exposición de Motivos del *Código Penal Reformado de 27 de octubre de 1932*.

<sup>153</sup> Cfr. SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones...*, I, cit., p. 249.

<sup>154</sup> Véase la Exposición de Motivos del *Código Penal Reformado de 27 de octubre de 1932*.

<sup>155</sup> Véase la Exposición de Motivos del *Código Penal Reformado de 27 de octubre de 1932*, que con apreciable ironía afirma que “puesto que sólo de nombre había penas *correccionales* y no debe ser la expiación fin confesado del tratamiento punitivo, se hacía imprescindible suprimir las penas *aflictivas* y *correccionales*”.

arbitrio judicial; el ensanchamiento de la eximentes y atenuantes; la suavización de las penas; y la reducción del catálogo de agravantes que pasan de las veintitrés contenidas en el art. 10 del CP de 1870 a ser tan sólo quince. Asimismo, se previene la posibilidad de apreciación facultativa de algunas agravantes, entre las que lamentablemente no se encuentra la reincidencia, que vuelve a ser de apreciación obligatoria por parte de los Tribunales.

## 2. Regulación Positiva

Tal y como hemos tenido ocasión de apuntar anteriormente, el catálogo de agravantes ordinarias contenido en el art. 10 del Código de 1932 contempla hasta quince circunstancias de diversa índole, entre las que se encuentran tanto la reincidencia (nº 14), como la reiteración (nº 13). Por otra parte, la posibilidad de apreciar de forma facultativa la reincidencia desaparece en el texto de 1932, quedando el arbitrio judicial únicamente reducido a las circunstancias previstas con los números 6ª, 7ª, 12ª, 13ª y 15ª, según expreso mandato contenido en el último inciso del art. 10. Asimismo, y por expresa imposición contenida en la regla 6ª del artículo 67 del Código de 1932, cualquiera que fuera el número y la entidad de las circunstancias agravantes concurrentes, los Tribunales no podían imponer pena mayor que la designada por la ley para el delito en su grado máximo, con la señalada excepción de la agravante de reincidencia, cuya apreciación facultaba para aplicar la pena inmediatamente superior en el grado que los Tribunales estimaran conveniente. En caso de concurrencia de circunstancias agravantes y atenuantes, la regla 4ª del artículo 67, imponía a los jueces la obligación de compensarlas racionalmente, graduando el valor de una y otras a la hora de individualizar la pena.

El viejo artículo 131 del Código de 1870 desaparece<sup>156</sup>, pues el legislador de 1932 lo considera un precepto superfluo y perjudicial, al regular de forma autónoma la recaída en el

---

<sup>156</sup> Disponía el artículo 131 del Código de 1870, que “los que cometieren algún delito o falta después de haber sido condenados por sentencia firme no empezada a cumplir o durante el tiempo de su condena, serán castigados con sujeción a las reglas siguientes: 1ª. Se impondrá en su grado máximo la pena señalada por la ley al nuevo delito o falta. 2ª. Los Tribunales observarán en cuanto sean aplicables a este caso, las disposiciones comprendidas en el artículo 88 y regla 1ª del artículo 89 de este Código. 3ª. El penado comprendido en este artículo será indultado a los setenta años si hubiere ya cumplido la condena primitiva, o cuando llegare a cumplirla después de la edad sobredicha, a no ser que por su conducta o por otras circunstancias no fuere digno de la gracia”.

delito durante el cumplimiento de la condena<sup>157</sup>. Además, la recaída opera negativamente de cara a la prescripción del delito (art. 119), y los arts. 121 y 122 del Código de 1932 -sobre la rehabilitación-, excluyen al reincidente o reiterante de este beneficio. Asimismo, como viene siendo tradición en nuestros códigos, la reincidencia despliega sus efectos de forma específica respecto a determinadas figuras delictivas, destacando especialmente la regulación de la recaída en delitos de contenido patrimonial, como por ejemplo el hurto (art. 508) o la estafa (art. 524).

Además de todo lo anterior, el Código de 1932 presenta como novedad la regulación en su seno de la denominada condena condicional -antes regulada en una Ley especial de 17 de marzo de 1908-, limitando el art. 96 el beneficio a los reos que hubieran delinquirido por primera vez. Lo mismo sucede con la libertad condicional -antes regulada por una Ley especial de 1914-, que pasa a formar parte del Código de 1932, en cuyo art. 102 se dispone la revocación del beneficio para el caso de que el reo reincida. Así, el último inciso del artículo 102, redactado conforme al *Decreto de 22 de marzo de 1932*, y a las *Ordenes de 17 y 20 de diciembre de 1932*, dispone que tanto la reincidencia como la reiteración en el delito llevarán aparejada la pérdida del tiempo pasado en libertad condicional.

En concreto, la reincidencia aparece regulada en el núm. 14º del art. 10 CP 1932, como una circunstancia agravante ordinaria de apreciación obligatoria:

**Artículo 10.-** “*Son circunstancias agravantes: (...)*

*14ª. Ser reincidente.*

*Hay reincidencia cuando al ser juzgado el culpable por un delito, estuviere ejecutoriamente condenado por otro, comprendido en el mismo Título de este Código”.*

Se trata de una definición idéntica a la contenida en el núm. 18 del art. 10 CP 1870, por lo que merece las mismas críticas que en su lugar hicimos al texto decimonónico. En particular, supone un censurable retorno a la rígida fórmula de los delitos comprendidos en el *mismo Título*. Otra crítica a esta definición, a la que ya tuvimos ocasión de referirnos al estudiar el Código de 1870, se basa en el grave error que supone considerar el momento del *enjuiciamiento* en lugar del momento de la *comisión* del delito a efectos de reincidencia, toda

---

<sup>157</sup> Así, en la Exposición de Motivos del Código Penal reformado de 27 de octubre de 1932, se afirma que las reglas del artículo 131 del Código de 1870 “eran más graves que la reincidencia estricta, pues ésta, como incluida en el elenco de circunstancias, era compensable con atenuantes, en tanto que el artículo 131 imponía una agravación inexorable. Por eso se ha tachado”.

vez que de este modo la reincidencia recibe el mismo trato que la mera repetición delictiva. En cualquier caso, los requisitos para la apreciación de agravante en el texto de 1932, son los que siguen:

- a) Condena anterior.
- b) Sentencia firme.
- c) No necesidad de condena cumplida.
- d) Comisión de un nuevo delito.
- e) Del mismo Título.
- f) Inexistencia de límite temporal.

En cuanto a los efectos sobre la pena de la reincidencia, éstos son más severos que los de las demás circunstancias agravantes, y así lo dispone la regla 6ª del artículo 67 del Código de 1932, que transcribimos literalmente:

**Artículo 67.-** *“En los casos en que la pena señalada por la Ley contenga tres grados, los Tribunales observarán para su aplicación, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las reglas siguientes: (...)*

*6ª. 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 en que concurra la agravante decimocuarta del artículo 10 en que será posible aplicar la pena inmediatamente superior, en el grado que estimen conveniente”.*

Según esta regla, la reincidencia operaba como una circunstancia agravante de excepcional fuerza, toda vez que permitía superar el límite máximo señalado por la Ley para el delito cometido, lo que como hemos visto supone una excepción a la regla general que impedía superar el máximo señalado por la ley aún cuando concurrieran varias circunstancias agravantes<sup>158</sup>. En el caso de concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia junto a otras circunstancias atenuantes, operaba la regla 4ª del artículo 67, que disponía lo siguiente:

**Artículo 67.-** *“En los casos en que la pena señalada por la Ley contenga tres grados, los Tribunales observarán para su aplicación, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las reglas siguientes: (...)*

---

<sup>158</sup> Sobre la extraordinaria agravación por reincidencia, la Exposición de Motivos del Código de 1932 se manifestaba diciendo que “damos a los jueces el arbitrio para que, en caso de reincidencia, puedan aplicar la pena inmediatamente superior, y así se declara en el número 6º del artículo 67, añadiéndole un inciso más”.

4ª. *Cuando concurrieren circunstancias atenuantes y agravantes, las compensarán racionalmente para la designación de la pena, graduando el valor de unas y otras*”.

Además de los efectos sobre la pena, la reincidencia suponía un grave obstáculo de cara a la obtención del indulto según el artículo 2º de la *Ley de Indulto de 1870*. Sin embargo, a partir del Código de 1932, y a diferencia de los textos anteriores, se instaura con carácter general y sin excepciones el abono total de la prisión preventiva, por lo que el reincidente no va a recibir un peor trato en esta materia<sup>159</sup>.

Además de todo lo anterior, y como se dijo anteriormente, la reincidencia despliega sus negativos efectos cerrando las puertas a la posibilidad de obtener la *condena condicional*, pues constituía un requisito esencial para obtener la remisión -según el art. 96 del Código de 1932- *que el reo haya delinquido por primera vez*<sup>160</sup>. Por otra parte, y respecto de la *libertad condicional*<sup>161</sup>, disponía el artículo 102 la posibilidad de revocar el beneficio ya concedido por causa de reincidencia, así como la pérdida del tiempo pasado en libertad condicional tanto para los reiterantes como para los reincidentes<sup>162</sup>. Otro efecto de la reincidencia es el establecido en el párrafo segundo del art. 119, que al referirse a la prescripción de la pena, dispone la interrupción del plazo, quedando sin efecto el tiempo transcurrido *cuando el reo cometiere otro delito antes de completar el tiempo de la prescripción*. Además, cabe destacar los negativos efectos de la reincidencia de cara a la rehabilitación del delincuente, tal y como dispone el párrafo primero del artículo 121 del Código de 1932, que en el seno de un Capítulo íntegramente dedicado a la rehabilitación, dispone:

**Artículo 121.-** *“Los reos no reincidentes ni reiterantes podrán obtener del Ministerio de Justicia, previo informe del Tribunal sentenciador, la cancelación de la inscripción de su condena en los Registros de antecedentes penales, siempre que hayan observado buena conducta, que hayan satisfecho, en cuanto les fuere posible, las responsabilidades civiles provenientes del delito y que hubieren transcurrido, después de la*

---

<sup>159</sup> Recordemos que anteriormente, y desde la Ley de 17 de enero de 1901 y la Real Orden de 29 de enero del mismo año, se establecía para los reincidentes la posibilidad de abonar únicamente la mitad del tiempo pasado en prisión preventiva; sobre ello y con mayor detalle en ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 300.

<sup>160</sup> Institución que aparece por primera vez regulada en España mediante Ley de 17 de marzo de 1908, y que aparece regulada en los artículos 95 y ss. del Código de 1932.

<sup>161</sup> Establecida por primera vez mediante Ley de 23 de julio de 1914, y que aparece regulada en los artículos 101 y ss. del Código de 1932.

<sup>162</sup> Artículo 102.- “El período de libertad condicional durará todo el tiempo que al liberado le falte por cumplir su condena. Si en dicho período reincide u observa mala conducta se revocará la libertad concedida y el penado volverá a su situación anterior, reingresando en la prisión en que la obtuvo y en el período penitenciario que corresponda según las circunstancias. La reincidencia o reiteración en el delito llevarán aparejada la pérdida del tiempo pasado en libertad condicional”; redactado según el Decreto de 22 de marzo de 1932 y las Ordenes de 17 y 20 de diciembre de 1932.

*extinción de la condena quince años en las privativas de libertad de duración superior a seis, y diez años en todas las demás”.*

Merece también ser destacado el contenido del art. 122, según el cual era posible recuperar los antecedentes ya cancelados en el caso de autores reincidentes<sup>163</sup>.

Por su parte, la reiteración vuelve a aparecer como una circunstancia innominada dentro del catálogo de agravantes genéricas del art. 10 CP 1932. Tal y como venía siendo tradición, la reiteración constituye una circunstancia agravante de apreciación facultativa reservada para los supuestos en los que el autor hubiere sido anteriormente condenado por un delito al que la Ley señale igual o mayor pena, o por dos o más delitos a que aquella señale pena menor. La regulación legal de esta circunstancia se contiene en el art. 10, cuyo núm. 13 dispone lo siguiente:

**Artículo 10.-** *“Son circunstancias agravantes: (...)*

*13ª. Haber sido castigado el culpable anteriormente por delito a que la Ley señale igual o mayor pena, o por dos o más delitos a que aquella señale pena menor”.*

Tal y como hemos tenido ocasión de exponer con anterioridad, la reiteración viene configurada como una circunstancia agravante de apreciación facultativa para el Tribunal, y así se deduce del tenor literal del último inciso del art. 10, que dispone lo siguiente:

**Artículo 10.-** *“(...) Las circunstancias 6ª, 7ª, 12, 13 y 15, las tomarán o no en consideración los Tribunales, según las condiciones del delincuente y la naturaleza, los motivos y los efectos del delito”.*

Según lo expuesto hasta ahora, los requisitos para que los Tribunales pudieran apreciar la reiteración, eran los siguientes:

- a) Condena anterior.
- b) Sentencia firme.
- c) No necesidad de condena cumplida.
- d) Que el primer delito tenga señalada igual o mayor pena, o que el reo haya sido condenado anteriormente por dos o más delitos con pena menor.

---

<sup>163</sup> Artículo 122.- *“Si el rehabilitado cometiere un nuevo delito comprendido en el mismo Título que el que originó la inscripción cancelada, recobrará ésta su vigor para los efectos de la reincidencia”.*

- e) De distinto Título<sup>164</sup>.
- f) Inexistencia de límite temporal.

Se debe recordar que aún concurriendo los citados requisitos, el Tribunal podría no apreciar la reiteración en atención a las condiciones del reo y a la naturaleza, motivos y efectos del delito<sup>165</sup>. En cuanto a los efectos de la reiteración sobre la pena, son análogos a los de cualquier otra circunstancia agravante genérica, quedando facultado el Tribunal para imponer la pena en grado máximo cuando no concurren atenuantes (art. 67.3), pues en el caso de concurrencia con alguna circunstancia atenuante procede su compensación racional (art. 67.4). A diferencia de la reincidencia, la circunstancia agravante de reiteración no permite superar en ningún caso el límite máximo de la pena señalada por la Ley para el delito (art. 67.6). Además de sus efectos sobre la pena, la reiteración suponía un grave inconveniente para la obtención del indulto según la Ley de 1870, quedando también excluido el reiterante de la remisión condicional de la pena (art. 96). Asimismo, tanto la reincidencia como la reiteración suponían la revocación de la libertad condicional según expresa disposición del art. 102, así como la pérdida del tiempo pasado en libertad condicional. En cuanto a la prescripción de la pena, la recaída en el delito suponía que quedara sin efecto el tiempo transcurrido, sin perjuicio de que ésta pudiera comenzar a correr de nuevo (art. 119). Finalmente, y de cara a la rehabilitación de los penados, regulada en los artículos 121 y siguientes del Código de 1932, cabe recordar lo mencionado cuando estudiamos la reincidencia, pues tanto ésta última como la reiteración imposibilitaban la rehabilitación del reo.

Además de su consideración como agravante genérica, la reincidencia venía especialmente prevista para determinados tipos delictivos. Entre los supuestos en los que la reincidencia venía prevista como circunstancia específica, cabe destacar el art. 508, que permitía imponer la pena inmediatamente superior en grado a los dos o más veces reincidentes en el delito de hurto<sup>166</sup>. Asimismo, análogas consecuencias cabe destacar respecto del delito de estafa, y en este sentido el art. 524 disponía lo siguiente:

---

<sup>164</sup> Pues en el caso de delitos del mismo Título, sería de apreciar la reincidencia del nº 14, cualquiera que fuere la pena señalada para ambos delitos.

<sup>165</sup> Vid. último inciso del artículo 10 del Código de 1932.

<sup>166</sup> Artículo 508.- “El hurto se castigará con las penas inmediatamente superiores en grado a las respectivamente señaladas en los artículos anteriores: 1º. Si fuere doméstico o interviniere grave abuso de confianza. 2º. Si el culpable fuere dos o más veces reincidente”.



**Artículo 524.-** “Los delitos expresados en los números anteriores serán castigados con la pena respectivamente superior en un grado, si los culpables fueren dos o más veces reincidentes en el mismo o semejante especie de delito”.

Finalmente, la propia Exposición de Motivos del Código de 1932, da cuenta de la supresión de la reincidencia específicamente considerada en el artículo 527 del Código de 1870 para el robo, manifestando al respecto que “en los robos con violencia o intimidación en las personas se hace facultativa, en el artículo 495, la agravante de des poblado y cuadrilla, que era forzosa en el viejo artículo 517, y la agravante de reincidencia del antiguo artículo 527 se radia, dejándola entregada al juego técnico común de las disposiciones dadas sobre circunstancias agravantes<sup>167</sup>”.

## VII. Texto refundido de 1944

### 1. Antecedentes

El régimen político que se instaura en España tras los sucesos del día 18 de julio de 1936, y de la Guerra Civil que mantuvo enfrentados a los españoles hasta el día 1 de abril de 1939, conservó durante algunos años la vigencia del Código penal de 1932. La falta de concordancia entre los principios ideológicos del nuevo Estado y los de la República, plasmados en el Código de 1932, así como la falta de adecuación de la Constitución republicana al nuevo contexto político nacido de la contienda, fue salvada mediante la promulgación de un gran número de leyes penales especiales<sup>168</sup>. Entre las normas que vinieron a complementar el Código de 1932, cabe destacar la *Ley de 5 de julio de 1938*, que restablecía la pena de muerte para los delitos de parricidio, asesinato y robo con homicidio<sup>169</sup>; la *Ley de 9 de febrero de 1939 sobre responsabilidades políticas*; la de *1 de marzo de 1940 de represión del comunismo y la masonería*; la *Ley de 24 de enero de 1941 de represión del aborto y la propaganda anticoncepcionista*; la *Ley de 29 de marzo de 1941*, llamada de *Seguridad del Estado*; la de *12 de marzo de 1942* que creó el *delito de abandono de familia*; o la *Ley de 11 de mayo de 1942*

---

<sup>167</sup> Recordamos el contenido del suprimido artículo 527 del Código de 1870, que disponía que “El robo de que se trata en los artículos 524, 525 y 526 se castigará con la pena inmediatamente superior si el culpable fuere dos o más veces reincidente”.

<sup>168</sup> El Bando de 28 de julio de 1936 declarando el estado de guerra, sustrajo a la legislación común gran número de delitos, que pasaron a la jurisdicción de guerra; sobre ello *vid.* RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *Derecho Penal...*, cit., pp. 113 y 114.

<sup>169</sup> Ya durante la República fueron promulgadas distintas leyes penales especiales tratando de poner freno a los incesantes problemas de orden público, y así por ejemplo cabe citar la Ley de 11 de octubre de 1934, que restableció la pena de muerte para los delitos cometidos por medio de explosivos.

que volvió a incriminar el *delito de adulterio y amancebamiento*, entre muchas otras que por brevedad no mencionaremos<sup>170</sup>. Tampoco faltan en los primeros años del nuevo régimen los intentos orientados hacia la reforma global del viejo Código penal, y así recordamos dos proyectos que no llegaron a discutirse: el primero preparado por la Delegación Nacional de Justicia y Derecho de Falange Española Tradicionalista y de las J.O.N.S. en el año 1938<sup>171</sup>; y el segundo por el Ministerio de Justicia en 1939<sup>172</sup>.

Ante este panorama de leyes especiales y proyectos frustrados, se hacía necesaria sino la génesis de un nuevo Código penal adaptado al nuevo contexto político, sí al menos una refundición de la legislación punitiva vigente. Este fue precisamente el propósito de la reforma, que comenzó mediante una *Orden de 8 de febrero de 1944* por la que se vetaba la edición de leyes penales especiales salvo licencia del Ministro de Justicia. Algo más tarde, el 2 de marzo de ese mismo año, el Gobierno acordó enviar a las Cortes un *Proyecto de Ley de Bases* redactado por el Ministerio y aprobado por el Consejo de Ministros, que no suponía más que una reforma del Código de 1932 y de nuestro viejo cuerpo de leyes penales, basado en su sistema fundamental y en muchas de sus definiciones en el Código promulgado el día 19 de marzo de 1848<sup>173</sup>. Aprobadas las Bases por las Cortes el día 14 de julio de 1944, mediante *Ley de 19 de julio* se autorizó al Gobierno para redactar el Código penal conforme a las Bases previamente acordadas<sup>174</sup>. Posteriormente, la *Orden de 27 de julio de 1944* confió la redacción del texto articulado a la resucitada *Comisión General de Codificación*, quedando finalmente aprobado y promulgado el nuevo Código mediante *Decreto de 23 de diciembre de 1944*, bajo la denominación de *Código Penal Texto Refundido de 1944*.

---

<sup>170</sup> Vid. con mayor detalle RODRIGUEZ DEVESA, J.M., *Derecho Penal...*, cit., pp. 113 y 114.

<sup>171</sup> Cfr. *Anteproyecto de Código penal formulado por la Delegación Nacional de Justicia y Derecho de Falange Española Tradicionalista y de las JONS*. Salamanca, 1938; según SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones...*, I, cit., p. 252, este proyecto constituye un “curioso documento”.

<sup>172</sup> Ministerio de Justicia, *Proyecto de Código penal. Diciembre de 1939. Año de la Victoria*, sobre ello vid. RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *Derecho Penal...*, cit., p. 115; asimismo SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones...*, I, cit., p. 255; se trata de un Proyecto que parece elaborado por la Comisión General de Codificación, que se restablece en lugar de la Comisión Jurídica Asesora cuya disolución se ordena por Decreto de 25 de marzo de 1938.

<sup>173</sup> Véase la Exposición de Motivos del *Código Penal, Texto Refundido de 1944*; asimismo SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones...*, I, cit., pp. 256 ss.

<sup>174</sup> Según la Exposición de Motivos del *Código Penal, texto refundido de 1944*, la autorización dada al Gobierno mediante Ley de 19 de julio de 1944, se orientaba básicamente en cuatro direcciones: a.) Insertar las disposiciones posteriores a 1870, establecidas o aceptadas por el nuevo Estado; b.) Suprimir las alusiones al régimen republicano; c.) Depurar las erratas, antinomias y errores técnicos; y d.) Introducir modificaciones respecto de la edad penal, el estado de necesidad, o la redención de penas por el trabajo, entre otras; La propia Exposición de Motivos hace referencia a otros orientaciones de la reforma, si bien las que anteceden son las enumeradas en primer lugar (la lista sin embargo contempla hasta 12 objetivos de la reforma).

Publicado en el BOE núm. 13, de 13 de enero de 1945, entró en vigor a los veinte días, esto es, el 3 de febrero de 1945<sup>175</sup>.

Su estructura fundamental es la del Código de 1932, con la que ya podía ser calificada como tradicional división en tres libros: Libro I “Disposiciones generales sobre los delitos y faltas, las personas responsables y las penas”; Libro II “Delitos y sus penas”; y Libro III “De las faltas y sus penas”. Constaba de 604 artículos, siendo el último una Disposición Derogatoria por la que quedaba derogado el texto de 1932, al tiempo que se disponía que las leyes penales especiales incorporadas al nuevo Código se aplicarían con arreglo a las disposiciones del mismo, quedando subsistentes los preceptos de las leyes especiales no incorporados<sup>176</sup>. En cuanto a sus principios informadores, cabe señalar su orientación hacia la defensa social, así como la protección penal de las ideas políticas, religiosas y sociales del nuevo Régimen<sup>177</sup>. Se trata de un Código de inspiración ecléctica, con una cierta tensión interna debida a su falta de armonía, y en el que la prevención general negativa o intimidatoria asume junto a la prevención especial un papel preponderante<sup>178</sup>.

Entre las novedades más destacadas, cabe señalar la incorporación de la redención de penas por el trabajo<sup>179</sup>; la reincorporación de la pena de muerte (anteriormente restablecida por Ley de 5 de julio de 1938)<sup>180</sup>; la ampliación de la condena condicional en los delitos atenuados a las penas de hasta dos años de duración<sup>181</sup>; el aumento del número de agravantes -que pasan a ser dieciocho-, suprimiendo la facultad existente de dejar de apreciar alguna de ellas<sup>182</sup>; así como el aumento del arbitrio judicial cuando no concurren atenuantes ni agravantes<sup>183</sup>. Sin embargo, es en la Parte Especial del Código de 1944 donde

---

<sup>175</sup> Cfr. RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *Derecho Penal...*, cit., p. 115.

<sup>176</sup> Cfr. SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones...*, I, cit., p. 257.

<sup>177</sup> Véase la Exposición de Motivos del *Código Penal, texto refundido de 1944*.

<sup>178</sup> Cfr. SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones...*, I, cit., pp. 257 y 258.

<sup>179</sup> La redención de penas por el trabajo nace en el Derecho penal militar para mitigar las largas penas privativas de libertad que resultaban de la aplicación del Código de Justicia Militar de 1890 a los condenados por rebelión militar. Después se extiende a las penas de Derecho común, quedando incorporada a la reforma de 1944 (art. 100); sobre ello véase RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *Derecho Penal...*, cit., p. 116.

<sup>180</sup> Si bien la pena de muerte deja de figurar como sanción única para ningún delito; sobre ello véase también la Exposición de Motivos del *Código Penal, texto refundido de 1944*.

<sup>181</sup> Véase la Exposición de Motivos del *Código Penal, texto refundido de 1944*.

<sup>182</sup> Cfr. RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *Derecho Penal...*, cit., p. 116.

<sup>183</sup> Vid. regla 4ª del artículo 61: “Cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes, los Tribunales, teniendo en cuenta la mayor o menor gravedad del hecho y la personalidad del delincuente, impondrán la pena señalada por la Ley en el grado que estimen conveniente”.

las reformas son más abundantes, a causa principalmente de la masiva incorporación de los preceptos de la *Ley para la Seguridad del Estado de 1941*, y de las leyes que vagaban fuera del Código<sup>184</sup>. Por su parte, las medidas de seguridad y los estados peligrosos quedan fuera del Código Penal, manteniéndose la vigencia de la *Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933*, en la que se realizaron algunas reformas parciales. En lo referido a la materia que nos ocupa, cabe destacar el excesivo rigor con el que trata al multirreincidente, así como la *imprescriptibilidad* tanto de la reiteración como de la reincidencia que, además, serán de apreciación obligatoria.

## 2. Regulación positiva

Como ya hemos tenido ocasión de adelantar, en el *Código Penal Texto refundido de 1944*, tanto la reiteración como la reincidencia se regulan como sendas circunstancias agravantes ordinarias en los números 14<sup>a</sup> y 15<sup>a</sup> del artículo 10 respectivamente. Se trata de dos circunstancias de apreciación obligatoria e *imprescriptibles* según el Texto de 1944, que obligan a la imposición de la pena en grado máximo (art. 61.2<sup>a</sup>) cuando no concurren con otras circunstancias atenuantes que permitan su compensación racional (art. 61.3<sup>a</sup>). En el caso de segunda o posteriores reincidencias, se aplicará la pena superior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito (art. 61.6<sup>a</sup>). Además, tanto la reincidencia como la reiteración interrumpen el tiempo para la prescripción de la pena (art. 116); e impiden la rehabilitación del reo (art. 118), pudiendo los antecedentes ya cancelados recobrar su primitiva vigencia a efectos de reincidencia (art. 118). Por otra parte, se previene la reincidencia específica para determinados delitos de la Parte especial; se posibilita la conversión de las faltas de hurto o estafa en delitos si el autor es reincidente; y, finalmente, se faculta para la imposición de la pena en grado superior en el caso de que el condenado por delitos de hurto o estafa fuera dos o más veces reincidentes.

Como se dijo anteriormente, la reincidencia se regulaba como una circunstancia agravante ordinaria dentro del catálogo general del art. 10, en cuyo n° 15 se disponía lo siguiente:

**Artículo 10.-** “Son circunstancias agravantes: (...) 15<sup>a</sup>. Ser reincidente.

*Hay reincidencia, cuando al delinquir el culpable estuviere ejecutoriamente condenado por otro u otros delitos comprendidos en el mismo Título de este Código”.*

---

<sup>184</sup> Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, J.M., *Derecho Penal...*, cit., p. 117.

Los requisitos para la apreciación de la agravante, eran los siguientes:

- a) Condena anterior.
- b) Sentencia firme.
- c) No necesidad de condena cumplida.
- d) Comisión de un nuevo delito.
- e) Del mismo Título.
- f) Inexistencia de límite temporal.

Se trata de una circunstancia de apreciación obligatoria e imprescriptible, que obliga a la imposición de la pena en grado máximo, según la regla 2ª del art. 61:

**Artículo 61.-** *“En los casos en que la pena señalada por la Ley contenga tres grados, los Tribunales observarán para su aplicación, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las reglas siguientes: (...)*

*2ª. Cuando concurriere sólo alguna circunstancia agravante, la impondrán en su grado máximo”.*

Si concurriere con otras circunstancias atenuantes, procede su compensación racional según expreso mandato contenido en la regla 3ª del art. 61. En el caso de segunda o posteriores reincidencias, se aplicaba la pena superior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito, según disponía el artículo 61, en cuya regla 6ª se decía lo siguiente:

**Artículo 61.-** *“(...) 6ª. 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 en el caso de que concurra la agravante decimoquinta del artículo 10, en que se aplicará la pena superior en uno o dos grados, a partir de la segunda reincidencia, en la extensión que aquéllos estimen conveniente”.*

Además, la reincidencia interrumpía el tiempo para la prescripción de la pena según expresa disposición contenida en el artículo 116, cuyo tenor literal era el siguiente:

**Artículo 116.-** *“(...) Se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el reo cometiere otro delito antes de completar el tiempo de la prescripción, sin perjuicio de que ésta pueda comenzar a correr de nuevo”.*

La reincidencia impide asimismo la rehabilitación del reo, siendo además posible que los antecedentes ya cancelados recobraran su vigencia a efectos de reincidencia, y así el artículo 118 disponía lo siguiente:

**Artículo 118.-** “Los reos no reincidentes ni reiterantes podrán obtener del Ministerio de Justicia, previo informe del Tribunal sentenciador, la cancelación de la inscripción de su condena en los Registros de antecedentes penales (...).

*Si el rehabilitado cometiere un nuevo delito comprendido en el mismo Título que el que originó la inscripción cancelada, recobraré ésta su vigor para los efectos de la reincidencia”<sup>185</sup>.*

Además de lo anterior, la apreciación de esta circunstancia hacía muy difícil el acceso al indulto, según la regla 3ª del artículo 2 de la *Ley de Indulto de 1870*.

Por su parte, en el Texto refundido de 1944 la reiteración constituye una circunstancia agravante ordinaria, imprescriptible, y de obligada apreciación. Y así se deduce del tenor literal del n° 14 del art. 10, que disponía lo siguiente:

**Artículo 10.-** *Son circunstancias agravantes: (...)*

*14ª. 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”.*

A diferencia del Código penal de 1932, la reiteración constituye en el Texto de 1944 una circunstancia agravante de apreciación obligatoria, siendo los requisitos para su apreciación los siguientes:

- a) Condena anterior.
- b) Sentencia firme.
- c) No necesidad de condena cumplida.
- d) Comisión de un nuevo delito.
- e) Que el primer delito cometido tenga señalada igual o mayor pena, o que el reo haya sido condenado anteriormente por dos o más delitos con pena menor.
- f) Inexistencia de límite temporal.

El principal efecto de su apreciación es la imposición de la pena en grado máximo cuando no concurra con otras circunstancias atenuantes que permitan su compensación racional (regla 2ª del art. 61), en cuyo caso desplegaría sus efectos la regla 3ª del art. 61. Además, tal y como sucedía en el caso de la reincidencia, la reiteración interrumpe el

---

<sup>185</sup> Vid. sobre ello el Decreto de 3 de mayo de 1932; Decreto de 23 de junio de 1932; así como la Orden de 1 de diciembre de 1932.

tiempo para la prescripción de la pena según dispone el art. 116, e impide la rehabilitación del reo según expresamente dispone el art. 118.

Finalmente, el Texto de 1944 regula la reincidencia específica respecto de los juegos ilícitos (art. 349), posibilita el castigo como delito de las faltas de hurto o estafa (arts. 515.4º y 528.4º), faculta para la imposición de una pena en grado superior para el culpable de un delito de hurto que fuere dos o más veces reincidente (art. 516.3º), y también permite la imposición de una pena en grado superior para los culpables de estafa u otros engaños que fueren dos o más veces reincidentes (art. 530).

## VIII. Texto revisado de 1963 y regulación posterior

### 1. Texto Revisado de 1963

Apenas transcurrido el primer año de vigencia del Código de 1944, tuvieron lugar algunas reformas parciales tendentes a: a) prevenir la comisión de nuevos hechos delictivos facilitados por la coyuntura socio-económica; b) mejorar técnicamente el Código; y c) adaptar la legislación penal a los compromisos internacionales asumidos por el Estado<sup>186</sup>. Entre las modificaciones más señaladas, cabe destacar la operada mediante *Ley de 27 de abril de 1946*, que equipara el percibo de primas por arriendo de pisos a las maquinaciones para alterar el precio de las cosas de los artículos 540 y 541; la *Ley de 9 de mayo de 1950*, sobre uso y circulación de vehículos de motor, creando nuevas figuras de delito; la de *17 de julio de 1951*, que incorporó al Código los delitos de omisión del deber de socorro y del deber de impedir determinados delitos; así como la *Ley de 24 de abril de 1958*, que introdujo entre los delitos contra la salud pública el de propagación maliciosa de enfermedad transmisible a las personas, suprimió algunas figuras delictivas de matrimonios ilegales, e introdujo los artículos 344 bis. y 492 bis<sup>187</sup>. Toda esta intensa actividad legislativa culmina con la reforma de 1963, que no introduce modificación alguna en la regulación relativa a la reincidencia y a la reiteración, razón por la cual sólo nos referiremos a ella brevemente.

El origen de la reforma de 1963, se halla en un acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 26 de mayo de 1961 a raíz del cual se remite a las Cortes un *Proyecto de revisión parcial*

---

<sup>186</sup> Cfr. SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones...*, I, cit., p. 258.

<sup>187</sup> Vid. con mayor amplitud SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones...*, I, cit., pp. 258 y 259; asimismo RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *Derecho Penal...*, cit., p. 118.

*del Código penal y otras leyes penales* que constaba de un preámbulo y tres artículos, el primero de los cuales contenía veinte bases, una relativa a la elevación de la cuantía en la pena de multa; otra ampliando el beneficio de la redención de penas por el trabajo; y el resto dedicadas a preceptos de la Parte Especial<sup>188</sup>. El Proyecto fue discutido y ampliamente enmendado en las Cortes, dando lugar a la *Ley de Bases de 23 de diciembre de 1961*, que como el *Proyecto de 1961* comprendía tres artículos, disponiendo el último de ellos que fuera el Gobierno junto con la *Comisión General de Codificación*, quien se encargara de elaborar el texto articulado<sup>189</sup>. Posteriormente, mediante el *Decreto 168/1963 de 24 de enero* se articulan las reformas propuestas por la Ley de Bases, y finalmente por *Decreto 691/1963 de 28 de marzo* se aprueba el *Código Penal Texto Revisado de 1963*.

El Texto Revisado de 1963 constaba de 604 artículos, de los cuales el último era una Disposición Final. El nuevo texto operó una reforma muy limitada con especial incidencia en ciertos delitos de la Parte Especial, sin que fuera realizada ninguna modificación relevante respecto de la reincidencia y la reiteración. El Texto de 1963 mantuvo las líneas maestras del Código de 1848, a pesar de que su estructura descansaba en el Texto Refundido de 1944, y no obtuvo una valoración positiva por parte de la doctrina<sup>190</sup>. Posteriormente, el Texto de 1963 fue modificado por otras leyes, entre las que cabe reseñar por su importancia la *Ley de 21 de diciembre de 1965*, que daba nueva redacción al artículo 222 sobre huelgas punibles, así como la *Ley 3/1967, de 8 de abril*, que modificó o introdujo hasta un total de 56 artículos, sin producir alteraciones sobre las agravantes de reincidencia y reiteración<sup>191</sup>. Más tarde, la *Ley 44/1971 de 15 de noviembre*, que constaba de nueve artículos además de una Disposición Final que establecía que “el Gobierno, en el plazo de un año, contado a partir de la entrada en vigor de esta Ley, publicará un texto refundido del Código penal”, opera una amplia modificación en veintisiete artículos del precedente Texto de 1963, si bien la reforma tampoco afecta a las agravantes de reincidencia y reiteración<sup>192</sup>.

---

<sup>188</sup> Cfr. RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *Derecho Penal...*, cit., pp. 119 y 120.

<sup>189</sup> *Ibidem*.

<sup>190</sup> Vid. SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones...*, I, cit., p. 260; RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *Derecho Penal...*, cit., pp. 120 y 121.

<sup>191</sup> Vid. SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones...*, I, cit., pp. 260 y 261; asimismo RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *Derecho Penal...*, cit., pp. 120 y 121.

<sup>192</sup> Más ampliamente sobre esta reforma, alabada por la doctrina y que sobre todo incide en la protección penal de la persona y derechos del sucesor a la Jefatura del Estado; del genocidio, que aparece por primera vez en nuestro ordenamiento punitivo; de la libertad religiosa; y de los derechos sociales de los trabajadores, SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones...*, I, cit., pp. 262 y 263; RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *Derecho Penal...*, cit., pp. 120 a 126.



## 2. Texto Refundido de 1973 y Ley 39/1974, de 28 de noviembre

Con cierto retraso sobre el plazo concedido por la Disposición Final de la *Ley 44/1971*, el *Decreto 3096/1973 de 14 de septiembre* publicó como Ley un *Texto refundido del Código penal conforme a la Ley 44/1971 de 15 de noviembre*, donde fueron incluídas las modificaciones introducidas por la *Ley 44/1971*, aunque tampoco se produce modificación alguna en el régimen legal de la reincidencia y de la reiteración. Sin embargo, tan sólo un año después, la *Ley 39/1974 de 28 de noviembre* vuelve a modificar el Código penal afectando a 221 artículos de los 604 de que constaba el Código penal. En particular, cabe destacar la elevación de la cuantía de las multas, la elevación del límite entre los delitos y faltas contra la propiedad, así como la introducción en su artículo 2º del concepto de *doble reincidencia*, que será incorporado a la circunstancia 15ª del art. 10, sustituyendo la expresión *otro u otros delitos* por la expresión *algún delito*<sup>193</sup>.

En este mismo período, la *Ley de Vagos y Maleantes de 1933* es sustituida por la *Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970*, modificada posteriormente sin solucionar sus graves defectos mediante *Ley 43/1974 de 28 de noviembre*, y mediante *Ley 77/1978, de 26 de diciembre*<sup>194</sup>. Asimismo, en este mismo período cabe destacar el *Decreto Ley sobre prevención del terrorismo de 26 de agosto de 1975*, que supuso un endurecimiento de la legislación punitiva destinada a combatir la actividad terrorista, y que fue posteriormente suavizado mediante el *Decreto Ley de 18 de febrero de 1976*<sup>195</sup>.

## 3. Ley 81/1978, de 28 de diciembre

A raíz del cambio político operado a partir del 20 de noviembre de 1975, y ya en plena transición, se promulgan numerosas leyes tendentes a acomodar el ordenamiento punitivo al nuevo contexto político nacido de la Constitución de 1978<sup>196</sup>. De entre todas ellas, merece una especial atención la *Ley 81/1978 de 28 de diciembre de modificación del Código penal en materia de reincidencia y reiteración*. La mencionada Ley, deroga la redacción de la reincidencia contenida en el n.º. 15 del art. 10 del *Texto refundido de 1973*, proponiendo en su

---

<sup>193</sup> Más tarde, la Ley 81/1978, de 28 de diciembre, volvió a sustituir la expresión *algún delito*, por la mención *otro u otros delitos*.

<sup>194</sup> Cfr. RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *Derecho Penal...*, cit., pp. 127 y 128.

<sup>195</sup> Cfr. SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones...*, I, cit., pp. 264 y 265.

<sup>196</sup> Vid. ampliamente sobre el Derecho penal de la transición SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones...*, I, cit., pp. 265 ss; RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *Derecho Penal...*, cit., pp. 126 ss.

lugar una nueva definición para la circunstancia agravante de reincidencia que a pesar de la modificación sigue ubicada en el mismo n.º. 15 del art. 10. Asimismo, se suprime la *doble reincidencia*, que será sustituida por la denominada *multirreincidencia*. La nueva redacción dada por la *Ley 81/1978 de 28 de diciembre* al n.º 15 del art. 10, es la siguiente:

**Artículo 10.-** “*Son circunstancias agravantes: (...)*”

*15ª. Ser reincidente.*

*Hay reincidencia cuando al delinquir el culpable hubiere sido ejecutoriamente condenado por otro u otros delitos comprendidos en el mismo Título de este Código. Hay multirreincidencia cuando al delinquir el culpable hubiere sido ejecutoriamente condenado por dos o más delitos de los mencionados en el párrafo anterior en varias sentencias, siempre que en alguna de ellas se hubiere apreciado ya la circunstancia de reincidencia”.*

Se suprime por tanto el concepto de *doble reincidencia*, introducido por la *Ley 39/1974 de 28 de noviembre*, que es sustituido por el concepto de *multirreincidencia*, que queda así incorporado al n.º. 15 del art. 10. Como consecuencia de la supresión de la *doble reincidencia* y de la introducción del concepto de *multirreincidencia*, la *Ley 81/1978 de 28 de diciembre* dispuso la modificación de la regla 6ª del art. 61 del *Texto de 1973*, sustituyendo la frase “doble reincidencia, decimoquinta del artículo 10 en su segundo párrafo”, por la expresión “multirreincidencia, definida en el artículo 10, circunstancia decimoquinta”; así como la frase “se aplicará la pena superior en uno o dos grados” por “se podrá aplicar la pena superior en grado”<sup>197</sup>. Ello supuso una importante restricción en los negativos efectos de esta superagravante, que antes de la modificación permitía la imposición de la pena superior en uno o dos grados a partir de la segunda reincidencia<sup>198</sup>. Además, recuperando un elemento cuyo antecedente legislativo se hallaba en el Código Penal de 1822, la *Ley 81/1978 de 28 de diciembre* modifica los números 14ª y 15ª del art. 10 del Código Penal, añadiendo a los mismos un nuevo párrafo que contempla la denominada *prescripción* de la

---

<sup>197</sup> La regla sexta del artículo 61 del Código Penal de 1944 señalaba que no podría imponerse pena mayor que la señalada por la Ley para el delito en su grado máximo cualquiera que fuera el número de las circunstancias agravantes concurrentes; sin embargo y como excepción contenía esta misma regla la posibilidad de aumentar la pena en uno o dos grados para el caso de la circunstancia de reincidencia, prevista en el número 15ª del artículo 10. De este modo los jueces quedaban obligados a imponer la pena superior en uno o dos grados a partir de la segunda reincidencia. Esta excepción a la regla general que permitía superar en caso de reincidencia el grado máximo de la pena señalada por la Ley, ya era conocida en el Código de 1932.

<sup>198</sup> A partir de entonces, sólo será posible aumentar la pena en un grado.

reincidencia y de la reiteración<sup>199</sup>. En concreto y respecto de la reincidencia, se añadió un nuevo párrafo al n.º. 15 del art. 10, con el siguiente tenor literal:

**Artículo 10.-** “15ª. (...) En los casos en que se hubiere producido cancelación de la inscripción de los antecedentes en el Registro Central de Penados y Rebeldes, no serán considerados los mismos a los efectos de la apreciación de esta agravante cuando al tiempo de la comisión del delito enjuiciado hubiera transcurrido un tiempo doble del previsto, para cada caso, por el artículo 118, párrafo 3, de este Código, computado desde la fecha señalada en el mismo y, como máximo, el plazo de 10 años”.

Lo mismo sucedió respecto de la reiteración, añadiéndose un nuevo párrafo a la circunstancia n.º. 14ª del art. 10, con la siguiente redacción:

**Artículo 10.-** “14ª. (...) En los casos en que se hubiere producido cancelación de la inscripción de los antecedentes en el Registro Central de Penados y Rebeldes, no serán considerados los mismos a los efectos de la apreciación de esta agravante cuando al tiempo de la comisión del delito enjuiciado hubiera transcurrido un tiempo doble del previsto, para cada caso, por el artículo 118, párrafo 3, de este Código, computado desde la fecha señalada en el mismo y, como máximo, el plazo de 10 años”.

Finalmente, la misma *Ley 81/1978*, deroga respecto del hurto el núm. 3º del art. 516 del *Texto de 1973*, que permitía imponer la pena en superior grado al dos o más veces reincidente.

#### 4. Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio

A pesar de la evidente necesidad de promulgar un nuevo Código Penal que resultara adaptado al nuevo régimen constitucional vigente desde 1978, esta reforma global no se produjo. En su lugar, se realiza mediante *Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio*, una *reforma urgente y parcial del Código penal* que afecta de modo especial al tema que nos ocupa. Así, la misma Exposición de Motivos de *la Ley Orgánica 8/1983* manifiesta que “existe la necesidad de satisfacer las más apremiantes exigencias de un Derecho penal ajustado al Estado de Derecho y, por lo tanto, asentado en las garantías del llamado principio de culpabilidad y el de concreción al hecho<sup>200</sup>”. En concreto, la *Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio*, simplifica la formulación legal de la reincidencia refundiendo en una sola descripción

---

<sup>199</sup> La introducción de la denominada *prescripción* de la reincidencia, que ya había sido contemplada en el Código de 1822, desapareciendo posteriormente, supone adaptar la regulación de esta agravante a la legislación común a todos los países pertenecientes a nuestro ámbito de cultura, si bien los plazos resultan demasiado largos todavía en relación con el Derecho europeo; sobre ello véase RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *Derecho penal...*, cit., p. 136.

<sup>200</sup> Véase la Exposición de Motivos de *la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, sobre reforma urgente y parcial del Código penal*.

tanto la reincidencia como la reiteración. Para alcanzar este objetivo, se deja sin contenido el artículo 10.14<sup>a</sup> sobre la reiteración, y se otorga una nueva nueva redacción al art. 10. 15<sup>a</sup>, que queda redactado del siguiente modo:

**Artículo 10.-** “*Son circunstancias agravantes: (...)*

*15<sup>a</sup>. Ser reincidente.*

*Hay reincidencia cuando al delinquir el culpable hubiere sido condenado ejecutoriamente por un delito de los comprendidos en el mismo Capítulo de este Código, por otro, al que la Ley señale igual o mayor pena, o por dos o más a que aquella señale pena menor.*

*A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que hubieran podido serlo”.*

Además, se suprime el extremo efecto agravatorio de la *multirreincidencia* establecido hasta entonces en el art. 61.6 del Código Penal, que permitía la imposición de una pena superior en grado a la señalada por la Ley para el delito y que la *Ley Orgánica 8/1983* deja ahora sin contenido, ya que según la propia Exposición de Motivos:

“La exasperación del castigo del delito futuro, de por sí contraria al principio *non bis in idem*, puesto que conduce a que un solo hecho genere consecuencias punitivas en más de una sola ocasión, se ha mostrado además como poco eficaz solución en el tratamiento de la profesionalidad o habitualidad delictiva; a ello se une la intolerabilidad de mantener una regla que permite llevar la pena más allá del límite legal de castigo previsto para la concreta figura del delito, posibilidad que pugna con el cabal entendimiento del significado del principio de legalidad en un Estado de Derecho”<sup>201</sup>.

Asimismo, se suprime la eterna vigencia de los antecedentes penales en orden a la apreciación de la agravante de reincidencia, proponiéndose que con la rehabilitación se cancele definitivamente el antecedente inscrito, todo ello en los siguientes términos<sup>202</sup>:

**Artículo 118.-** “*Por la rehabilitación se extinguen de modo definitivo todos los efectos de la pena. (...)*

*Para obtener este beneficio, serán requisitos indispensables: (...)*

*3º. (...) En los casos en que, a pesar de cumplirse los requisitos establecidos en este artículo para la cancelación por solicitud del interesado, éste no hubiere instado la rehabilitación, el juez o Tribunal sentenciador, acreditadas tales circunstancias, no apreciará la agravante y ordenará la cancelación.*

*4º. En los supuestos de reincidencia, los términos de la cancelación se incrementarán en un 50 por 100”.*

---

<sup>201</sup> Ibidem.

<sup>202</sup> La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/1983, advertía que “la cancelación de antecedentes puede llevarse a cabo de oficio por el Ministerio de Justicia, y no sólo a instancia del interesado, como venía sucediendo”.

Finalmente, el nuevo tratamiento de la reincidencia obliga a la supresión del artículo 530, quedando también sin contenido el artículo 533 sobre la estafa, y eliminando definitivamente la mención a la reincidencia específica que hacía el artículo 537.

## IX. Proyectos de Código penal

Los diferentes proyectos de Código penal también han sometido a evolución al concepto de reincidencia<sup>203</sup>. Así por ejemplo, en el *Proyecto de Código Penal de 17 de enero de 1980*, la reincidencia aparece regulada en el art. 28.11 dentro del catálogo de circunstancias que agravan la responsabilidad criminal. Por primera vez, el legislador utiliza el término *reincidencia genérica* para referirse a la *reiteración*, y el de *reincidencia específica* para designar a la *reincidencia* en sentido propio, aunque esta nueva terminología legal ya venía siendo utilizada por la doctrina<sup>204</sup>. El principal efecto derivado de la apreciación de estas circunstancias, era la agravación de la pena por encima de la mitad superior a la señalada por la Ley para el delito cometido<sup>205</sup>. Siguiendo la misma orientación, el *Proyecto de Ley Orgánica de Reforma Parcial del Código Penal de 1982*, también regula la reincidencia como circunstancia modificativa en su art. 10.15<sup>a</sup>.

Un giro radical en la regulación tradicional de la agravante se produce en el *Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983*, que suprime el concepto de reincidencia y lo sustituye por el de habitualidad, más relacionado con la peligrosidad del autor a combatir mediante medidas de seguridad (internamiento en centros de terapia social)<sup>206</sup>. Esta última propuesta, sustituye la reincidencia como circunstancia que agrava automáticamente la pena por la figura de la habitualidad, más relacionada con la peligrosidad del autor. La habitualidad no incide sobre la pena, sino que opera como presupuesto de una medida de seguridad. Sin embargo, la medida de seguridad no se aplica automáticamente, sino que exige la previa realización de un juicio de pronóstico sobre la futura peligrosidad criminal del sujeto (art. 87), de manera que no procederá en todos los casos en los que se dan los requisitos objetivos de la habitualidad<sup>207</sup>. En definitiva, el *Anteproyecto de 1983* suprime la reincidencia del catálogo de circunstancias agravantes, y abre el paso al concepto

---

<sup>203</sup> Sobre los diferentes Proyectos de Código Penal desde el año 1980 hasta la vigente L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal véase VICENTE MARTINEZ, R., *La reincidencia en el Código penal de 1995*. pp. 172 ss.

<sup>204</sup> Vid. sobre ello MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 31.

<sup>205</sup> Vid. sobre ello MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., pp. 31 ss.

<sup>206</sup> Vid. más ampliamente sobre ello VICENTE MARTINEZ, R., *La reincidencia...*, cit., p. 173.

<sup>207</sup> Ibidem.

preventivo de la habitualidad, que opera como presupuesto para la aplicación de una medida de seguridad<sup>208</sup>. Este mismo sistema se reproduciría posteriormente en el borrador de *Anteproyecto de Código Penal de 1990*, que nunca llegó a ser publicado<sup>209</sup>.

Más tarde, el *Anteproyecto de Código Penal de 22 de abril de 1992*, elimina la reincidencia del catálogo general de circunstancias agravantes contenido en el art. 21, y en su lugar la sitúa en el art. 65 entre las reglas para la aplicación de las penas. A pesar de que el efecto de su apreciación era el mismo que el de una circunstancia agravante ordinaria, esto es, la imposición de la pena en la mitad superior, su especial ubicación y naturaleza hacían imposible su compensación con las atenuantes ordinarias<sup>210</sup>. Sin embargo, el *Proyecto de Código Penal de 1992*, vuelve a regular la reincidencia genérica y específica en el n° 7 del art. 21, dentro del catálogo general de circunstancias agravantes. Su efecto en este último texto era la imposición de la pena en la mitad superior a la establecida por la Ley (art. 63.3ª), siendo obligada la elevación en el caso de la *reincidencia específica* (reincidencia) y facultativa - atendidas las circunstancias del autor y del hecho- en el caso de la *reincidencia genérica* (reiteración)<sup>211</sup>. Posteriormente, tanto el *Anteproyecto*, como el *Proyecto de Código Penal de 1994*, regulan la *reincidencia específica* y *genérica* como circunstancias agravantes ordinarias cuyo principal efecto era la imposición obligatoria de la pena en su mitad superior. Finalmente, el *Proyecto de Código Penal de 1995*, suprime la *reincidencia genérica* y ubica la *reincidencia específica* dentro del catálogo general de circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal.

De este modo llegamos a la vigente *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal*, que suprime la reincidencia genérica y ubica la específica dentro del catálogo general de circunstancias agravantes (art. 22.8ª). El principal efecto de su apreciación sigue siendo la imposición de la pena en la mitad superior a la señalada por la Ley para el delito cometido (art. 66.3ª). Sin embargo, la nueva regulación ha modificado el régimen de la agravante, ya que además de requerir la clásica relación de identidad en el Título de las diversas infracciones ahora se exige que éstas sean de la misma naturaleza.

---

<sup>208</sup> Cfr. PUENTE SEGURA, L., *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*. Colex, Madrid, 1997.

<sup>209</sup> Cfr. MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 32.

<sup>210</sup> *Ibidem*.

<sup>211</sup> Más ampliamente sobre ello en MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 33.

## Bibliografía

ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia. Su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los códigos penales españoles del S. XIX*. Bilbao, 1982.

DE LA CIERVA, R. *Historia básica de la España actual*. Planeta, Barcelona, 1974.

ESCUADERO, J.A., *Curso de historia del Derecho*. Madrid, 1990.

JIMENEZ DE ASUA, L., *Principios de Derecho penal. La Ley y el delito*. 3ª Ed. Buenos Aires, 1958.

JORGE BARREIRO, A. *Las medidas de seguridad en el Derecho español*. Civitas, Madrid, 1976.

LARDIZABAL Y URIBE, M., *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*. Reimpresión por ed. Comares, Granada, 1997.

LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y OTROS, *Códigos penales españoles. Recopilación y concordancias*, Akal, Madrid, 1988.

MARIN ESPINOSA CEBALLOS, E., *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*. Comares, Granada, 1999.

MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia*. Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1971

MIR PUIG, S., *La reincidencia en el Código Penal*. Bosch, Barcelona, 1974.

PUENTE SEGURA, L., *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*. Colex, Madrid, 1997.

RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *Derecho Penal español, Parte General*. 17ª ed., Dykinson, Madrid, 1994.

SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones de Derecho penal. Parte General*. Vol. I. Bosch, Barcelona, 1982.

TOMAS Y VALIENTE, F., *Manual de historia del Derecho español*. 4ª ed., 10ª reimpresión, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 493 ss.

VICENTE MARTINEZ, R., *La reincidencia en el Código penal de 1995*.

# SEGUNDA PARTE

## LA REINCIDENCIA EN EL DERECHO PENAL COMPARADO

### SUMARIO:

**I.** Introducción. **II.** Alemania: **1.** Determinación e individualización de la pena. **2.** Reincidencia. **3.** Otros efectos de la recaída. **4.** Recaída y medidas de seguridad. **5.** Establecimientos de Terapia Social. **III.** Italia: **1.** Determinación e individualización de la pena. **2.** Reincidencia. **3.** Otros efectos de la recaída. **4.** Habitualidad, profesionalidad y tendencia. **5.** Recaída y medidas de seguridad. **IV.** Suíza: **1.** Determinación e individualización de la pena. **2.** Reincidencia. **3.** Otros efectos de la recaída. **4.** Recaída y medidas de seguridad. **V.** Portugal: **1.** Determinación e individualización de la pena. **2.** Reincidencia. **3.** Otros efectos de la recaída. **4.** Pena relativamente indeterminada. **5.** Recaída y medidas de seguridad. **VI.** Francia: **1.** Determinación e individualización de la pena. **2.** Reincidencia. **3.** Otros efectos de la recaída. **VII.** Argentina: **1.** Determinación e individualización de la pena. **2.** Reincidencia. **VIII.** Venezuela: **1.** Determinación e individualización de la pena. **2.** Reincidencia.

### **I. Introducción**

Aunque la investigación histórica constituye el modo más lógico de aproximarse a la actual configuración de la reincidencia en el Derecho positivo español, la adecuada comprensión de su sentido exige complementar el conocimiento histórico del fenómeno con el estudio de su tratamiento en otras legislaciones de nuestro entorno cultural. Para alcanzar este objetivo, centraremos a continuación nuestro interés en el análisis de algunos de los textos punitivos vigentes más representativos de la Europa continental y latinoamérica. El análisis ha sido sistematizado a partir de cuatro parámetros fundamentales, y así en primer lugar se estudiará el sistema general seguido para la determinación e individualización judicial de la pena; en segundo lugar, se expondrá la regulación positiva de la agravante con particular referencia a sus efectos sobre la pena; en tercer lugar, se verificará la existencia de otros posibles efectos jurídicos de la recaída (p.ej.: la existencia de restricciones en el acceso a ciertos beneficios penales y penitenciarios); y



finalmente, se pondrá de manifiesto la relación existente entre el fenómeno de la recaída en el delito y el sistema de medidas de seguridad.

Si bien el análisis de todos los textos legales se ha realizado a partir de los cuatro parámetros a los que se ha hecho referencia anteriormente, se debe precisar que este esquema básico se verá alterado en ocasiones a causa de las particularidades que ofrecen algunos de los textos objeto de estudio. Así por ejemplo, la reciente supresión de la reincidencia del Código penal alemán (StGB) ha hecho necesario añadir un panorama de los antecedentes que motivaron tal decisión legislativa, y la circunstancia de que el Código penal italiano trate como fenómenos íntimamente relacionados tanto la reincidencia como la habitualidad, la profesionalidad o la tendencia, ha hecho necesaria una referencia conjunta a todos estos fenómenos.

Como texto de referencia en todos y cada uno de los estudios realizados se ha tomado el Código penal respectivo en la última edición disponible, ya que tal y como ha sucedido en España a lo largo de la historia de su legislación punitiva, la reincidencia constituye una materia sometida a no pocas frecuentes modificaciones. Para terminar con esta breve introducción, podemos anticipar que la reincidencia en el Derecho penal comparado incide por regla general tanto en la pena a imponer al reo como en la concesión de determinados beneficios penales y penitenciarios, constituyendo además, en algunos casos, el presupuesto necesario para la aplicación de medidas de seguridad orientadas a neutralizar la tendencia al delito del autor así como el peligro que emana de éste.

## **II. Alemania**

### **1. Determinación e individualización de la pena**

El Código penal alemán (StGB), no contiene en su Parte General un catálogo cerrado de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal con efectos tasados<sup>212</sup>. Por el contrario, es a la hora de regular cada tipo penal en la Parte Especial cuando se establecen las conductas de mayor gravedad (p.ej.: parágrafo 243 StGB), o de menor gravedad (p.ej.: parágrafo 213). Consecuencias inmediatas de este modelo legal son tanto una simplificación general del sistema, como la atribución al Juez de un mayor

---

<sup>212</sup> Vid. *Código penal alemán (StGB)*, traducción coord. por EIRANOVA ENCINAS, E., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000.

margen de arbitrio en el momento de la individualización de la pena. A pesar de lo anterior, se debe tener en cuenta que el StGB regula en su Parte General los efectos de determinados fundamentos legales de atenuación previstos en la Parte Especial (p.ej.: parágrafo 239.a.IV), en los que el Juez debe considerar a la hora de individualizar la pena las reglas auxiliares contenidas en el parágrafo 49.I. Además, y junto a los anteriores, existen ciertas causas de atenuación también contenidas en la Parte Especial (p.ej.: parágrafo 157.I), en las que el Juez debe considerar las reglas del parágrafo 49.II<sup>213</sup>.

En cuanto a la medición de la pena, es el parágrafo 46 del StGB alemán el que ofrece al Juez las directrices para llevar a cabo esta tarea. Se trata de principios regulativos que la jurisprudencia venía ya considerando vinculantes con anterioridad por su larga aplicación<sup>214</sup>. Así, el parágrafo 46 dispone como *fundamentos de la medición de la pena*, los siguientes:

**Parágrafo 46.-** “I. *La culpabilidad del autor será el fundamento de la medición de la pena. Se deberán considerar los efectos derivados de la pena para la vida futura del autor en la sociedad.*

II. *En la medición de la pena el Tribunal ponderará las circunstancias favorables y contrarias al autor. Con este fin se contemplarán particularmente:*

*los fundamentos de la motivación y los fines del autor,  
la intencionalidad que se deduce del hecho y la voluntad con la que se realizó el hecho,  
la medida del incumplimiento del deber,  
el modo de ejecución y los efectos inculpatórios del hecho,  
los antecedentes del autor, su situación personal y económica,  
así como  
su conducta después del hecho, especialmente sus esfuerzos por reparar los daños, y sus esfuerzos para acordar una compensación con el perjudicado.*

III. *No podrán tomarse en consideración las circunstancias que ya caractericen el tipo penal”.*

Según esta disposición, la culpabilidad del reo es el fundamento de la individualización de la pena. En esta declaración básica se reconoce expresamente el principio de culpabilidad como principio de medida de la pena. Es claro que en este contexto la culpabilidad no debe entenderse como concepto sistemático de la estructura del delito (culpabilidad como presupuesto de la pena) sino como valoración del injusto

---

<sup>213</sup> Por su parte, el parágrafo 50 StGB dispone lo siguiente para el caso de concurrencia de causas atenuantes: “Una circunstancia que sólo o con otras circunstancias fundamente la aceptación de una menor gravedad del caso y, al mismo tiempo, sea una de las causas atenuantes especiales del parágrafo 49, podrá ser tomada sólo una vez en consideración”.

<sup>214</sup> Cfr. JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal. Parte General*. Trad. por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde. Comares, Granada, 1993, p. 796.

culpable en su totalidad, en este último sentido la culpabilidad es un concepto graduable de modo que hay una culpabilidad más grave y menos grave<sup>215</sup>. Al mismo nivel que la culpabilidad, se sitúa el deber del Juez de considerar en el momento de la individualización el probable efecto de la pena sobre la vida futura del reo ya en libertad<sup>216</sup>.

Por otra parte, el párrafo 46.II del StGB dispone que para la determinación de la medida de la culpabilidad en concreto es necesario ponderar recíprocamente las circunstancias favorables y contrarias al reo. Según JESCHECK, ello supone que en un primer momento el Juez debe poner en relación los elementos fácticos de la individualización con los fines de la pena, y sólo posteriormente sopesar los resultados<sup>217</sup>. Los elementos fácticos de la individualización son las circunstancias mencionadas en el catálogo abierto contenido en el párrafo 46.II, compuesto de elementos ambivalentes en un doble sentido: de una parte pueden favorecer o perjudicar al reo; y de otra parte hacen que aparezca bajo una luz diferente tanto la medida de la culpabilidad como las exigencias de la prevención especial<sup>218</sup>.

Finalmente, el párrafo 46.III prohíbe la doble valoración de los elementos fácticos de la individualización, lo que significa que los elementos del tipo legal que ya fueron tenidos en cuenta por el legislador a la hora de trazar el marco punitivo, no pueden ser nuevamente valorados en sentido agravatorio o atenuante en el momento de la individualización judicial de la pena.

## 2. Reincidencia

En el modelo alemán, la reincidencia no constituye actualmente una causa general de agravación de la pena, sin embargo sí que lo fue en el pasado. Para comprender mejor la reciente evolución del tratamiento dispensado al reincidente en Alemania, se debe considerar que el StGB sólo conocía antes una agravación penal por reincidencia referida a delitos de igual clase, y eso únicamente en algunos preceptos penales de la Parte Especial

---

<sup>215</sup> Cfr. JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal...*, cit., pp. 795 y 796.

<sup>216</sup> Cfr. JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal...*, cit., p. 796, para quien esta previsión constituye una cláusula de prevención especial que permite rechazar todas las teorías absolutas de la pena que entienden la compensación de la culpabilidad como un fin en sí mismo. La pena sólo se justifica “si se manifiesta simultáneamente como medio necesario para cumplir la protectora misión preventiva del Derecho penal” (BGH 24, 40 [42]).

<sup>217</sup> Cfr. JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal...*, cit., p. 796.

<sup>218</sup> Ibidem.

(p.ej.: párrafos 244, 250.I n.º. 5, 262 y 266 del viejo texto del StGB)<sup>219</sup>. Más tarde - siguiendo el modelo del párrafo 61 del Proyecto de 1962-, se introdujo en la Parte General un precepto sobre reincidencia no limitado a tipos concretos (párrafo 17), que con algunos cambios en su redacción originaria se convirtió en Ley (párrafo 48 del viejo texto)<sup>220</sup>. La regulación de la reincidencia contenida en el párrafo 48 del viejo texto del StGB fue objeto de polémica, ya que el Proyecto Alternativo se había pronunciado radicalmente en contra de una disposición general sobre reincidencia, rechazándolo como suplemento por desobediencia<sup>221</sup>. Además, fue planteada la posible incompatibilidad del párrafo 48 StGB con la Constitución. Ante este cuestionamiento, el Tribunal Constitucional alemán afirmó en su sentencia de 16 de enero de 1979, la adecuación del párrafo 48 a la Constitución siempre y cuando su aplicación no implique una presunción de mayor culpabilidad del reo, y se verifique en cada caso concreto si se le puede reprochar al autor reincidente que no haya tomado en consideración como advertencia las anteriores condenas<sup>222</sup>. A pesar de la declaración de constitucionalidad de la agravante, no cesaron las fuertes presiones críticas contra el párrafo 48 del StGB, lo que unido al escaso resultado del precepto en la práctica motivó que mediante la 23ª Ley de reforma del Código Penal alemán (23ª StÄG), de 13 de abril de 1986, el párrafo 48 del StGB fuera suprimido.

Actualmente, el párrafo 48 del StGB alemán no tiene contenido alguno. Las razones que se alegaron contra la agravación prevista en el derogado párrafo 48, que permitía elevar el mínimo de pena hasta seis meses, incluso en los delitos considerados bagatelas, fueron las siguientes<sup>223</sup>:

- a) Las dudas acerca de que la reincidencia sea una causa de aumento de la culpabilidad.
- b) El esquematismo en la admisión del efecto admonitorio de las condenas y ejecuciones precedentes.

---

<sup>219</sup> Cfr. JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal...*, cit., p. 811; sobre la reciente evolución del tratamiento de la reincidencia en Alemania véase también MARIN ESPINOSA CEBALLOS, E., *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*. Comares, Granada, 1999, pp. 38 ss.

<sup>220</sup> Cfr. JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal...*, cit., p. 811.

<sup>221</sup> Cfr. JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal...*, cit., pp. 811 y 812.

<sup>222</sup> Vid. BverfGE 50, pp. 125 ss.; asimismo véase el comentario a esta sentencia de JAEN VALLEJO, M., *Los principios superiores del Derecho penal*. Dykinson, Madrid, 1999, p. 78.

<sup>223</sup> Cfr. JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal...*, cit., p. 812.

c) La inoperancia del párrafo 48 desde la perspectiva de la prevención especial.

Después de la supresión del párrafo 48 del StGB, la recaída en el delito sólo constituye un factor más a tener en cuenta en el momento de la individualización judicial de la pena según lo dispuesto en el párrafo 46.II<sup>224</sup>. En concreto, el párrafo 46.II dispone que en la medición de la pena el Tribunal ponderará en favor o en contra del reo, y como uno más de los elementos fácticos a tener en cuenta en el momento de la individualización “los antecedentes del autor”.

### **3. Otros efectos de la recaída**

Además de los efectos de las anteriores condenas en el momento de la individualización judicial de la pena, los antecedentes del reo operan negativamente en orden a la concesión de la remisión condicional de las penas privativas de libertad no superiores a un año (párrafo 56.I). Por otra parte, en el caso de aquélla hubiera sido concedida, la comisión de un delito durante el plazo de prueba constituye causa de revocación del beneficio de remisión condicional (párrafo 56 f. I.). Asimismo, la comisión de un nuevo delito faculta al Tribunal -en determinados casos- para revocar la remisión de la pena, aún después de transcurrido el período de prueba (párrafo 56 g. II.).

En el mismo sentido negativo operan los antecedentes del reo para la obtención de la libertad condicional después de cumplidos dos tercios de la pena impuesta, y ello según expresa disposición contenida en el párrafo 57 del StGB. Además, los antecedentes también operan de forma negativa a la hora de valorar la posibilidad de conceder el beneficio de la amonestación con reserva de pena previsto en el párrafo 59. Finalmente, la recaída en el delito es causa para la revocación de la remisión del resto de la pena en caso de cadena perpetua (párrafo 57 a.).

### **4. Recaída y medidas de seguridad**

El modelo del StGB alemán previene un sistema de doble vía de reacción penal frente al delito, contemplando la posibilidad de imponer medidas de seguridad a los autores peligrosos, ya sean estos inimputables, semiimputables o plenamente imputables. Además,

---

<sup>224</sup> Cfr. JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal...*, cit., p. 812.

las medidas de seguridad previstas por el StGB pueden complementar la pena (p.ej.: párrafo 63); aplicarse en sustitución de la pena (p.ej.: párrafo 64); o imponerse en lugar de la pena según el sistema vicarial (p.ej.: párrafo 67 4. y 5.)<sup>225</sup>. En particular, merece ser destacado que en los casos de reiteración delictiva concernientes a la criminalidad grave, cabe imponer al culpable, además de la pena, el internamiento en establecimientos destinados a la custodia de seguridad. Dicho internamiento aparece regulado en el párrafo 66 del StGB como medida de seguridad aplicable junto con la pena, del siguiente modo:

**Parágrafo 66.-** *“I. Cuando alguien sea condenado por un delito premeditado a pena privativa de libertad temporal de, al menos, dos años, el Tribunal dispondrá junto a la pena el internamiento en un establecimiento de seguridad cuando*

1. *el autor, por delitos premeditados que ha cometido antes del nuevo hecho, ya haya sido condenado en dos ocasiones a penas privativas de libertad de, al menos, cada una, un año,*
2. *él, por una o varias de estas acciones anteriores a la nueva, haya cumplido pena privativa de libertad por un tiempo de al menos dos años o haya cumplido una medida de seguridad privativa de libertad y*
3. *resulte de la apreciación conjunta del autor y de sus hechos que él sea un peligro para la sociedad, como consecuencia de una tendencia a cometer actos delictivos de importancia, en particular aquellos con los cuales se hiera gravemente psicológica o corporalmente a la víctima o que produzcan graves daños económicos.*

*II. Cuando alguien haya cometido tres delitos premeditados por los que ha merecido penas privativas de libertad de, al menos, un año cada una, y sea condenado por uno o varios de estos hechos a pena privativa de libertad temporal de, al menos tres años, el Tribunal podrá, bajo el presupuesto indicado en el apartado I, número 3, ordenar el internamiento en un establecimiento de seguridad junto a la pena, incluso sin anterior condena o privación de libertad (apartado I. números 1 y 2).*

*III. De acuerdo al apartado I, número 1, será válida una condena de pena conjunta como única condena. Si se abona en cuenta como pena privativa de libertad la prisión preventiva u otra privación de libertad, valdrá como pena cumplida en el sentido del apartado I número 2. Una acción anterior no se tomará en consideración cuando entre ella y la siguiente hayan transcurrido más de cinco años. No se contabilizará en el plazo el tiempo en que el autor haya sido custodiado en un establecimiento por orden de la autoridad. Un hecho que haya sido juzgado fuera del ámbito de vigencia territorial de esta Ley equivaldrá a uno juzgado dentro de este ámbito, cuando el hecho fuese predeterminado de acuerdo al Derecho penal alemán”.*

El internamiento en custodia de seguridad regulado en el párrafo 66 del StGB, constituye la medida más gravosa del Derecho penal alemán, razón por la cual los Tribunales recurren a ella con mucha prudencia<sup>226</sup>. Su naturaleza es predominantemente asegurativa, y su aplicación exige la previa constatación de una *tendencia a cometer hechos punibles relevantes*, por lo que cabe excluir de su ámbito de aplicación a la criminalidad leve

<sup>225</sup> Vid. JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª Ed. corregida. Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo. Marcial Pons editores, Madrid, 1997, pp. 40 y 41.

<sup>226</sup> Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte General*. Trad. De la 7ª ed. alemana por J. Bofill Genzsch. Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 877.

(autores reiterados de pequeños delitos contra la propiedad y el patrimonio)<sup>227</sup>. En opinión de MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, la custodia de seguridad “podría constituir la *ultima ratio* para los casos poco frecuentes de autores especialmente peligrosos y que no pueden ser alcanzados de manera satisfactoria con la pena<sup>228</sup>”. Los presupuestos formales que motivan el planteamiento de la cuestión relativa a si el autor puede ser considerado como de *tendencia peligrosa* para la sociedad, se dividen en dos grupos<sup>229</sup>:

a) De una parte, la reiteración de condenas anteriores. Cumplidos los presupuestos de este primer grupo (parágrafo 66.I) y dada una prógnosis de peligrosidad ulterior, la custodia de seguridad adquiere carácter obligatorio. La hipótesis del parágrafo 66.I, presupone que el autor haya sido condenado anteriormente al menos en dos ocasiones por un hecho punible doloso, y en cada caso a una pena privativa de libertad no inferior a un año. Asimismo, se exige que el autor haya cumplido una pena de al menos dos años de privación de libertad, o haya sido sometido a una medida privativa de libertad de corrección o de seguridad en virtud de uno o más hechos anteriores a aquél sometido a enjuiciamiento (parágrafo 66.I. n° 1 y 2). A ello se debe agregar que el nuevo hecho que motiva el enjuiciamiento constituya un delito doloso, y que el autor sea condenado a una pena privativa de libertad de, por lo menos, dos años de duración<sup>230</sup>.

b) De otra parte, la repetida comisión de hechos punibles por el autor. Cumplidos los presupuestos de este segundo grupo (parágrafo 66.II), aún frente a una prógnosis desfavorable, la medida tiene carácter facultativo. Este instituto tiene por objeto evitar un premio inmerecido para “el autor en serie que no ha sido descubierto”<sup>231</sup>. El presupuesto formal para el planteamiento de la cuestión relativa a la peligrosidad es la comisión de al menos tres hechos punibles dolosos, para cada uno de los cuales el autor haya merecido una pena no inferior a un año habiendo sido condenado por uno o más de aquéllos a una pena privativa de libertad no inferior a tres años. La decisión final queda sometida a la discrecionalidad del Juez, que se halla vinculado por las representaciones valorativas y finales de la Ley<sup>232</sup>.

---

<sup>227</sup> Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal...*, cit., p. 877.

<sup>228</sup> Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal...*, cit., p. 878.

<sup>229</sup> Ibidem.

<sup>230</sup> Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal...*, cit., p. 879.

<sup>231</sup> Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal...*, cit., p. 880.

<sup>232</sup> Ibidem.

Por otra parte, los presupuestos materiales de la custodia de seguridad, son los siguientes<sup>233</sup>:

a) Una valoración conjunta del hecho y de la personalidad del autor que ofrezca como resultado la consideración de éste como *un autor de tendencia a la comisión de hechos punibles relevantes*. Lo importante es, exclusivamente, la existencia de tal tendencia, siendo indiferentes las razones que hayan conducido a ésta<sup>234</sup>.

b) Una prógnosis de peligrosidad que siga aquella valoración, pues no toda tendencia criminal funda la peligrosidad del autor, sino sólo aquella que conduce a hechos punibles relevantes<sup>235</sup>. Por esta razón, cabe descartar como sintomáticos los hechos punibles de criminalidad leve y, por lo general, los hechos de criminalidad media<sup>236</sup>. Un criterio ilustrativo sobre la concreta *relevancia* del delito es el contenido en el n° 3 del párrafo 66.I StGB, cuando se refiere a aquellos hechos punibles “con los cuales se hiera gravemente psicológica o corporalmente a la víctima o que produzcan graves daños económicos”. Si el Tribunal constata el cumplimiento de los presupuestos materiales, esto es, la existencia de un pronóstico desfavorable para el autor, la custodia de seguridad fundamentada en la peligrosidad demostrada por la existencia de condenas anteriores (párrafo 66.I) es de obligada imposición; en tanto que la peligrosidad derivada de la mera reiteración delictiva (párrafo 66.II) sólo faculta al Tribunal para la imposición de la medida<sup>237</sup>.

La custodia de seguridad se impone junto con la pena privativa de libertad y es ejecutada una vez cumplida la pena. Con excepción de la custodia de seguridad, todas las demás formas de internamiento se ejecutan antes de la pena<sup>238</sup>. Sobre este particular, debe ser tenido en cuenta el contenido del párrafo 67 StGB, que regula el orden de cumplimiento de penas y medidas de seguridad en el caso de imposición conjunta. A pesar de que la regla general es el cumplimiento previo de la medida de seguridad (párrafo

---

<sup>233</sup> Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal...*, cit., pp. 881 ss.

<sup>234</sup> Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal...*, cit., p. 881.

<sup>235</sup> Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal...*, cit., p. 882.

<sup>236</sup> Ibidem.

<sup>237</sup> Cfr. MAURACH, GÖSSEL, ZIPF, *Derecho penal...*, cit., p. 883.

<sup>238</sup> Para el caso de que la ejecución de la medida tenga lugar en primer término, la regla general es que el tiempo de ejecución de la medida sea abonado para la pena hasta el cumplimiento de dos tercios de ella (párrafo 67.IV.1).



67.I), el párrafo 67.II admite la ejecución anticipada de la pena o de una parte de ella, y así se dispone:

**Parágrafo 67. II.-** *“El Tribunal determinará, sin embargo, que la pena o una parte de ella deba cumplirse antes de la medida si la finalidad de ésta es así más fácilmente alcanzada”.*

Como complemento de lo anterior, es necesario considerar lo dispuesto en el número I de la letra c) del párrafo 67 StGB, que dispone lo siguiente:

**Parágrafo 67c. I.-** *“Cuando una pena privativa de libertad sea cumplida antes de un internamiento que se dispuso al mismo tiempo, el Tribunal comprobará, antes de finalizar el cumplimiento de la pena, si el objetivo de la medida todavía requiere el internamiento. Cuando éste no sea el caso, el Tribunal remitirá condicionalmente el internamiento. Con la remisión se establecerá vigilancia orientadora”.*

En cuanto a la duración del internamiento en custodia de seguridad, se debe tener en cuenta lo dispuesto en el párrafo 67.d StGB, que previene una duración máxima de diez años para el primer internamiento, e indefinida en caso de posteriores internamientos<sup>239</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, la custodia de seguridad puede ser remitida condicionalmente con arreglo a lo dispuesto en los párrafos 67. d) y e), quedando el autor sometido a vigilancia orientadora. Asimismo, se debe considerar que según el párrafo 79 IV. StGB, la ejecución del internamiento en custodia de seguridad (preventivo) no prescribe nunca, a diferencia de las restantes medidas de seguridad, cuyo plazo general de prescripción es de diez años.

## 5. Establecimientos de Terapia Social

Para finalizar, resulta obligado hacer una referencia a los denominados *establecimientos de Terapia Social*, instituciones de índole preventiva que no tuvieron la ocasión de demostrar su eficacia práctica en el tratamiento de la reincidencia a consecuencia de una serie de continuos aplazamientos legislativos que finalmente abocaron a su definitiva desaparición. La idea se introduce por vez primera en el párrafo 69 del Proyecto Alternativo, que propone una regulación de los establecimientos de terapia social para el tratamiento de ciertos grupos de autores peligrosos. Esta nueva regulación tenía como referente la existencia de similares establecimientos en Dinamarca (Horsens, Herstedvester) y Holanda (Utrech), así como las experiencias llevadas a cabo en el establecimiento alemán

---

<sup>239</sup> Cfr. MAURACH, GÖSSEL, ZIPF, *Derecho penal...*, cit., p. 884.

de Hohenasperg<sup>240</sup>. Con base en el párrafo 69 del Proyecto Alternativo, y con amplias modificaciones en su redacción original, el párrafo 65 del StGB disponía el internamiento en un establecimiento de seguridad para ciertos tipos de delincuentes peligrosos entre los que se encontraban los reincidentes peligrosos. El fin de esta medida era principalmente la resocialización del sometido a ella a través de la creación de un clima propicio acompañado de tratamiento terapéutico.

No obstante la buena voluntad con la que fueron concebidos, estos establecimientos no llegaron a cumplir sus objetivos, ya que a causa de los grandes esfuerzos requeridos para la preparación de las instalaciones y la formación del personal adecuado, la Ley de 30 de julio de 1973 (BGB1.I, 909) aplazó la entrada en vigor de las disposiciones relativas a los establecimientos de terapia social hasta el día 1 de enero de 1978. Más tarde, la Ley de 22 de diciembre de 1977 (BGB1.I, 3104) volvió a postergar su entrada en vigor hasta el día 1 de enero de 1985. Finalmente, el párrafo 65 del StGB quedó derogado definitivamente en virtud de la Ley de ejecución penal de 20 de diciembre de 1984 (BGB1, I, 1654)<sup>241</sup>. A pesar de ello, se debe precisar que la Ley de Ejecución Penal alemana previene actualmente en su párrafo 9, que un presidiario puede ser trasladado a un establecimiento de Terapia Social “cuando los medios especiales terapéuticos y de ayudas sociales de este establecimiento parezcan indicados para su resocialización”. En opinión de MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, este precepto permite aprovechar de manera óptima las instalaciones de terapia-social creadas al amparo de la anterior regulación y actualmente existentes<sup>242</sup>.

### III. Italia

#### 1. Determinación e individualización de la pena

El Código penal italiano dispone de un sistema de individualización penal de mayor complejidad que el alemán, y muy semejante al sistema de catálogo general de circunstancias modificativas que caracteriza el Código penal español<sup>243</sup>. Además de las circunstancias agravantes específicas contenidas en la Parte Especial (p.ej.: art. 576), en la

---

<sup>240</sup> Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal...*, cit., p. 861.

<sup>241</sup> Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal...*, cit., pp. 861 y 862.

<sup>242</sup> Cfr. MAURACH, GÖSSEL, ZIPF, *Derecho penal...*, cit., p. 862.

<sup>243</sup> Vid. PADOVANI, T, *Códice penale. I testi fondamentali commentati con la dottrina e annotati con la giurisprudenza*. 2ª Ed., Giuffrè editore, Milano, 2000.

Parte General se contiene un catálogo cerrado de hasta once diferentes circunstancias agravantes genéricas (art. 61), que pueden ser tomadas en consideración por el Juez en el momento de la individualización de la pena siempre y cuando no sean elementos constitutivos del tipo penal o constituyan circunstancias agravantes especiales. Por otra parte, el Código italiano contempla hasta 6 distintas circunstancias atenuantes genéricas que también pueden ser tomadas en consideración por el Juez en el momento de la individualización de la pena, siempre que no se incurra en doble valoración (art. 62). Se debe precisar que los Tribunales italianos están facultados para apreciar cualquiera otra circunstancia atenuante distinta de las contenidas en el artículo 62, siempre y cuando ésta pudiera justificar una disminución de la pena (art. 62. bis).

Como complemento a las anteriores disposiciones, los artículos 63 a 68 del Código penal italiano contienen las reglas auxiliares para la determinación judicial de la pena. Así, el art. 63 establece las reglas generales para la aplicación de aumentos o disminuciones de la pena en los casos previstos por la Ley. Respecto de los efectos de las causas generales de agravación, el art. 64 dispone el aumento en un tercio de la pena señalada para el delito en el caso de concurrencia de una sólo circunstancia agravante, sin que la pena de reclusión resultante de tal aumento pueda superar el límite de treinta años, mientras que el art. 66 establece el límite del aumento de la pena en el caso de concurrencia de más de una circunstancia agravante, estableciendo con carácter general el límite de la agravación en el triple del máximo previsto por la Ley para el delito cometido. En cuanto a los efectos de las atenuantes, el art. 65 contiene las reglas para la disminución de la pena en caso de concurrencia de una sólo circunstancia atenuante, estableciendo como regla general una disminución de la pena no superior a un tercio, mientras que el art. 67 establece el límite de la disminución de la pena en el caso de concurrencia de más de una circunstancia atenuante. Por otra parte, el art. 68 establece una hipótesis de concurso aparente de normas referido a supuestos en los que una circunstancia agravante comprenda en sí a otra circunstancia agravante, o a los supuestos en los que una atenuante comprenda en sí a otra circunstancia atenuante<sup>244</sup>. Además de lo anterior, el art. 69 contiene las reglas generales aplicables en caso de concurrencia de varias circunstancias de signo opuesto, encomendando al Juez la realización de un juicio de comparación para determinar su prevalencia o, en su caso, equivalencia de cara a la individualización. Por otra parte, el art. 70 distingue a efectos de la Ley penal, entre circunstancias modificativas de naturaleza

---

<sup>244</sup> Vid. PADOVANI, T, *Código penale...*, cit., p. 409.

objetiva y subjetiva. Asimismo, dentro del Libro I, el Capítulo II titulado “Del concurso de personas en el delito”, regula en sus arts. 112 y 114 respectivamente, otras circunstancias agravantes y atenuantes de general aplicación. Finalmente, el art. 118 regula la valoración de las circunstancias agravantes y atenuantes genéricas.

Por regla general, el Código italiano señala a cada delito previsto en la Parte Especial un marco punitivo delimitado entre un máximo y un mínimo (p.ej.: art. 367), aunque en no pocos casos se limita a señalar el límite máximo del marco penal sin establecer un límite mínimo (p.ej.: art. 613). Es en los arts. 132 a 139, dónde se contienen las disposiciones relativas a la modificación y aplicación de la pena, regulando el art. 132 las facultades discrecionales del Juez en el momento de la individualización de la pena, así como sus limitaciones, todo ello del siguiente modo:

**Artículo 132.-** *“Poder discrecional del Juez en la aplicación de la pena: límites.*

*Dentro del límite fijado por la Ley, el Juez aplicará la pena discrecionalmente; debiendo indicar los motivos que justifican el uso de tal poder discrecional. En el aumento y en la disminución de la pena no se puede sobrepasar el límite establecido para cada especie de pena, salvo en los casos expresamente previstos en la Ley”.*

Como complemento a esta disposición, el art. 133 dispone que la gravedad del delito y la capacidad de delinquir del reo constituyen las directrices básicas de la individualización, señalando a continuación una serie de elementos fácticos a tener en cuenta por el Juez. Y así, dispone este precepto lo siguiente:

**Artículo 133.-** *“Gravedad del delito: valoración a los efectos de la pena.*

*En el ejercicio del poder discrecional indicado en el artículo precedente, el Juez debe tener en cuenta la gravedad del delito, deducida de:*

- 1. la naturaleza, la especie, los medios, el objeto, el tiempo, el lugar y cualquier otra modalidad de la acción.*
- 2. la gravedad del daño o del peligro causado a la persona ofendida por el delito.*
- 3. la intensidad del dolo o el grado de culpa.*

*El Juez debe tener en cuenta, también, la capacidad de delinquir del culpable, deducida de:*

- 1. los motivos para delinquir y el carácter del reo.*
- 2. los antecedentes penales y judiciales y, en general, la conducta y la vida del reo, antes del delito.*
- 3. la conducta contemporánea o subsiguiente al delito.*
- 4. las condiciones personales, familiares y sociales del reo”.*

En cuanto a la individualización de la pena de multa, el art. 133 bis establece como criterio principal de la individualización la capacidad económica del reo.

## 2. Reincidencia

El efecto principal de la reincidencia en el Código penal italiano es la posibilidad de aumentar la pena a imponer al reo, posibilidad que depende en último término de la discrecionalidad del órgano judicial. Se debe precisar que la reincidencia no es una circunstancia agravante común como las restantes contenidas en el catálogo del art. 61, sino que constituye una institución especial regulada en un Título distinto. La regulación positiva del instituto se ubica en el Libro I, Título IV, Capítulo II. Sobre la ubicación sistemática de la regulación de la reincidencia, resulta interesante observar que mientras las circunstancias agravantes comunes del art. 61 se regulan en el Libro I, Título III “Del delito”, Capítulo II titulado “De las circunstancias del delito”, la reincidencia se ubica en el mismo Libro I, si bien en el Título IV bajo la rúbrica “Del delincuente y de la persona ofendida por el delito”, Capítulo II titulado “De la reincidencia, de la habitualidad y profesionalidad en el delito y de la tendencia a delinquir” (arts. 99 a 109). En concreto, el art. 99 regula la reincidencia del siguiente modo:

### **Artículo 99.- “Reincidencia.**

*Quien después de haber sido condenado por un delito, comete otro, puede ser sometido a un aumento de hasta un sexto de la pena que le corresponda por el nuevo delito<sup>245</sup>.*

*La pena podrá ser aumentada hasta un tercio en los siguientes casos:*

- 1. si el nuevo delito es de la misma índole.*
- 2. si el nuevo delito es cometido dentro de los cinco años de la condena precedente.*
- 3. si el nuevo delito ha sido cometido durante o después de la ejecución de la pena, o durante el tiempo en el que el condenado haya estado voluntariamente sustraído a la ejecución de la pena.*

*En el caso de que concurran varias de las circunstancias indicadas en los números anteriores, el aumento de la pena puede llegar hasta la mitad.*

*Si el reincidente comete otro delito, el aumento de la pena, en el caso previsto en la primera parte de este artículo, puede ser hasta la mitad y, en los casos previstos en los números 1) y 2) del primer párrafo, puede ser hasta dos tercios; en el caso previsto en el número 3) del mismo párrafo puede ser de un tercio a dos tercios.*

*En ningún caso el aumento de la pena por efecto de la reincidencia puede superar el cúmulo de la pena resultante de las condenas precedentes a la comisión del nuevo delito”.*

---

<sup>245</sup> A estos efectos se debe tener en cuenta el contenido del art. 63.

Ya hemos tenido ocasión de señalar que el aumento de la pena por reincidencia no es automático, sino que depende de la discrecionalidad del órgano judicial. Sobre este particular, se debe recordar que hasta su derogación por medio del art. 10 d) 1. de la Ley de 11 de abril de 1974, estuvo vigente el artículo 100 del Código penal (hoy suprimido), que sí permitía la aplicación automática de la agravante en determinados supuestos<sup>246</sup>. Actualmente sin embargo, la agravación de la pena por reincidencia es siempre una facultad del Tribunal, sin que exista ningún supuesto de agravación automática desde la derogación del mencionado art. 100 del Código penal. Según la Suprema Corte italiana, los criterios-guía que debe seguir el Juez en el ejercicio de tal facultad discrecional son los contenidos en el art. 133, esto es: la gravedad del delito; y la capacidad para delinquir del culpable<sup>247</sup>.

Por su parte, el art. 101 nos ofrece el concepto de *delito de la misma índole*, no sólo a efectos de reincidencia sino de la Ley penal en general, del siguiente modo:

**Artículo 101.-** *“Delitos de la misma índole.*

*A los efectos de la Ley penal, son considerados delitos de la misma índole no sólo aquellos que violan una misma disposición legal, sino también aquellos que, siendo previstos en disposiciones distintas de este Código o en leyes distintas, por la naturaleza de los hechos que los constituyen o por los motivos que los determinaron, presentan, en el caso concreto, caracteres fundamentales comunes”.*

En este precepto se ofrecen las pautas legales a considerar para determinar la homogeneidad de los delitos, distinguiéndose dos hipótesis fundamentales: de una parte la homogeneidad automática, cuando se trata de un supuesto que viola el mismo precepto penal (*ope legis*); y de otra la homogeneidad discrecional, cuando depende de una valoración del órgano jurisdiccional (*ope iudicis*)<sup>248</sup>.

### **3. Otros efectos de la recaída**

Además de facultar al Juez para aumentar la pena en los términos expresados en el art. 99, el legislador ha previsto otros efectos conexos a la declaración de reincidencia. Así, el art. 151 del Código penal italiano excluye de toda amnistía al reincidente, al delincuente habitual, profesional o por tendencia, salvo disposición expresa en contra del Decreto que

---

<sup>246</sup> El derogado art. 100, disponía: Artículo 100.- “Reincidencia facultativa. El Juez, salvo que se trate de delitos de la misma índole, tiene la facultad de excluir la reincidencia entre delitos y contravenciones, o entre delitos dolosos o preterintencionales y delitos culposos, o entre contravenciones”.

<sup>247</sup> Cfr. PADOVANI, T, *Código penale...*, cit., p. 511.

<sup>248</sup> Cfr. PADOVANI, T, *Código penale...*, cit., p. 516.

la declare. Por su parte, el art. 162 bis -que permite extinguir el delito en las contravenciones castigadas con pena alternativa de arresto o multa, si se paga antes de la celebración del juicio o de la sentencia de condena una suma correspondiente a la mitad del máximo de la multa señalada por la Ley para la contravención cometida-, excluye de su ámbito de aplicación al reincidente declarado según lo previsto en el tercer párrafo del artículo 99, al habitual declarado según lo previsto en el art. 104, y al profesional declarado según lo previsto en el art. 105. Además, el reincidente, el habitual, y el profesional, quedan excluidos de la posibilidad de obtener la suspensión condicional de la pena según dispone el art. 164. Asimismo, la recaída en el delito es causa suficiente para la revocación del beneficio de suspensión condicional ya concedido (art. 168). Además de todo lo anterior, el reincidente también queda excluido del perdón judicial previsto en el art. 169. Tampoco ha lugar a la extinción de la pena de reclusión o de multa por el transcurso del tiempo en caso de reincidencia, habitualidad, profesionalidad o tendencia (art. 172).

Por su parte, los arts. 151 y 174, excluyen del ámbito de aplicación de la gracia de indulto al reincidente, habitual, profesional o delincuente por tendencia, salvo expresa disposición en contra contenida en el Decreto de indulto. Asimismo, el art. 176 impone condiciones más gravosas al reincidente para la obtención de la libertad condicional, mientras que el art. 179 duplica los términos de la rehabilitación en el caso de reincidencia. Finalmente, el art. 62.3 también excluye de la aplicación de la atenuante consistente en *haber obrado por sugestión de un tumulto*, al delincuente habitual, profesional o por tendencia.

#### **4. Habitualidad, profesionalidad y tendencia**

En el mismo Capítulo II en el que se regula la reincidencia, se contienen ciertas disposiciones relativas a la habitualidad, a la profesionalidad y al delincuente por tendencia. Así, el art. 102 establece un supuesto de habitualidad presumida por la Ley:

**Artículo 102.-** *“Habitualidad presumida por la Ley.*

*Será declarado delincuente habitual quien, después de haber sido condenado conjuntamente en medida superior a cinco años por tres delitos no culposos, de la misma índole, cometidos dentro de diez años, vuelve a ser condenado por un delito no culposo de la misma índole, y cometido dentro de los diez años siguientes al último de los delitos precedentes.*

*En los diez años indicados en la disposición anterior no se computará el tiempo en el que el condenado ha estado sometido a una pena privativa de libertad o a una medida de seguridad privativa de libertad”.*

A continuación, el art. 103 establece un supuesto de habitualidad ya no presumida por la Ley, sino que se hace depender en último término de la consideración del Juez:

**Artículo 103.-** *“Habitualidad considerada por el Juez;*

*Fuera del caso indicado en el artículo anterior, la declaración de habitualidad en el delito será pronunciada también contra quien, después de haber sido condenado por dos delitos no culposos, es condenado por un nuevo delito no culposo, si el Juez, teniendo en cuenta la especie y gravedad de los delitos, el tiempo en el cual han sido cometidos, la conducta y el género de vida del culpable así como las otras circunstancias indicadas en el artículo 133, considera que el culpable está dedicado al delito”.*

Por su parte, el artículo 104, regula la habitualidad en las contravenciones del siguiente modo:

**Artículo 104.-** *“Habitualidad en las contravenciones.*

*Quien, después de haber sido condenado a pena de arresto por tres contravenciones de la misma índole, es condenado por otra contravención, también de la misma índole, será declarado contraventor habitual, si el Juez, teniendo en cuenta la especie y gravedad de los hechos, el tiempo en el cual han sido cometidos, la conducta y el género de vida del culpable y las demás circunstancias indicadas en el art. 133, considera que el culpable está dedicado al delito”.*

En cuanto a la profesionalidad en el delito, el art. 105 la define de la siguiente manera:

**Artículo 105.-** *“Profesionalidad en el delito.*

*Quien, encontrándose en las condiciones requeridas para la declaración de habitualidad, es condenado por otro hecho punible, será declarado delincuente o contraventor profesional, cuando, teniendo en consideración la naturaleza de los hechos punibles, la conducta y el género de vida del culpable y las demás circunstancias indicadas en el art. 133, deba considerarse que él vive habitualmente, aunque sólo en parte, de los productos del delito”.*

A los efectos de la reincidencia y de la declaración de habitualidad o profesionalidad, se tendrán también en consideración las condenas en las cuales ha intervenido una causa de extinción del delito o de la pena, excepto cuando tal causa extingue también los efectos penales (art. 106). Asimismo, el artículo 107 dispone que las disposiciones relativas a la habitualidad y a la profesionalidad también serán aplicables cuando la condena por varios delitos haya sido pronunciada en una sola sentencia.

Por otra parte, la tendencia a delinquir se regula en el art. 108, de la siguiente forma:



**Artículo 108.-** *“Tendencia a delinquir.*

*Será declarado delincuente por tendencia quien, aun no siendo reincidente, delincuente habitual o profesional, cometa un delito no culposo contra la vida o la integridad de las personas, aunque no esté previsto en el Capítulo I del Título XII del Libro II de este Código, siempre que, por sí mismo teniendo en cuenta las circunstancias indicadas en el art. 133, revele una especial inclinación al delito, que encuentre su causa en la índole particularmente malvada del culpable.*

*La disposición de este artículo no se aplicará si la inclinación al delito está originada por las enfermedades previstas en los artículos 88 y 89”.*

Los efectos de la declaración de habitualidad, profesionalidad o tendencia, vienen previstos en el art. 109, del siguiente modo:

**Artículo 109.-** *“Efectos de la declaración de habitualidad, profesionalidad o tendencia a delinquir.*

*Además del aumento de la pena establecido por la reincidencia y de los particulares efectos indicados en otras disposiciones legales, la declaración de habitualidad o de profesionalidad en el delincuente o de la tendencia a delinquir supone la aplicación de medidas de seguridad.*

*La declaración de habitualidad o profesionalidad en el delincuente puede ser pronunciada en cualquier tiempo, también después de la ejecución de la pena; pero si es pronunciada después de la sentencia de condena, no se tendrá en cuenta la posterior del culpable y permanecerá inalterable la pena impuesta.*

*La declaración de tendencia a delinquir no puede ser pronunciada más que con la sentencia de condena.*

*La declaración de habitualidad y profesionalidad en el delito así como la de tendencia a delinquir se extinguen por el efecto de la rehabilitación”.*

## **5. Recaída y medidas de seguridad**

El Código penal italiano también dispone de un sistema integrado de doble vía de reacción penal frente al delito. Las medidas de seguridad, cuya aplicación está prevista tanto para los autores inimputables, semiimputables, o plenamente imputables, se dividen en medidas personales (arts. 199 a 235) o patrimoniales (arts. 236 a 240). Su regulación se contiene en el Título VIII del Libro I del Código penal bajo el Título “De las medidas administrativas de seguridad”. La regla general contenida en el art. 202, es que las medidas de seguridad se aplicarán únicamente a las personas socialmente peligrosas que hayan cometido un hecho previsto por la Ley como delito. Por su parte, el art. 203 define la peligrosidad social del siguiente modo:

**Artículo 203.-** *“Peligrosidad social.*

*A los efectos de la Ley penal, es socialmente peligrosa la persona, aunque sea no imputable o no punible, que ha cometido alguno de los hechos indicados en el artículo precedente, cuando es probable que cometa nuevos hechos previstos en la Ley como delitos.*

*La cualidad de persona socialmente peligrosa se deduce de las circunstancias indicadas en el artículo 133”.*

En cuanto a la revocación de las medidas, el art. 207 dispone que no podrán ser revocadas mientras que la persona sometida a ellas no deje de ser socialmente peligrosa. Asimismo, dispone que la revocación no podrá ser ordenada si no ha transcurrido el período de tiempo correspondiente a la duración mínima prevista por la Ley para cada una de las medidas. Por regla general, el reexamen de la condición de peligroso será llevado a cabo por el Juez una vez haya transcurrido el tiempo mínimo de duración de la medida (art. 208). En cuanto al orden de ejecución de penas y medidas en caso de concurrencia de una y otras, se debe considerar el art. 211, que dispone lo siguiente:

**Artículo 211.-** *“Ejecución de las medidas de seguridad.*

*Las medidas de seguridad impuestas junto a una pena privativa de libertad serán cumplidas después de la extinción de la pena.*

*Las medidas de seguridad impuestas junto a una pena no privativa de libertad, serán cumplidas después de que la sentencia de condena haya devenido irrevocable.*

*La ejecución de las medidas de seguridad temporales no privativas de libertad impuestas junto a una medida de seguridad privativa de libertad, se cumplirán después de la ejecución de ésta última”.*

Por su parte, el art. 212 regula la posibilidad de suspender o transformar las medidas de seguridad impuestas; el art. 213 contiene las disposiciones relativas a los establecimientos destinados a la ejecución de medidas de seguridad privativas de libertad estableciendo el régimen educativo, curativo y de trabajo; y el art. 214 establece las consecuencias del quebrantamiento de las medidas de seguridad privativas de libertad.

Las medidas de seguridad personales, pueden ser de dos tipos (art. 215):

a) Privativas de libertad, entre las que se encuentran las siguientes:

1. Asignación a una colonia agrícola o a una casa de trabajo.
2. Remisión a una casa de cura o de custodia.
3. Remisión a un manicomio judicial.
4. remisión a un reformatorio judicial.

b) No privativas, entre las que se encuentran las siguientes:

1. Libertad vigilada.
2. Prohibición de residir en una localidad o Provincia.
3. Prohibición de visitar lugares públicos en los que se consuma alcohol.
4. Expulsión del extranjero del territorio del Estado.

Como regla general, serán asignados a una colonia agrícola o a una casa de trabajo los delincuentes que hayan sido declarados habituales, profesionales o por tendencia (art. 216). La duración mínima del internamiento en tales instituciones será de un año, si bien en el caso de los habituales la duración mínima será de dos años; en el de los profesionales de tres años; y en el de los delincuentes por tendencia de cuatro años (art. 217). Por otra parte, la medida consistente en la asignación a una casa de cura y custodia viene prevista como regla general para los autores semiimputables a causa de enfermedad psíquica, toxicomanía, alcoholismo, etc. (art. 219).

En cuanto al orden de ejecución de estas medidas cuando sean impuestas junto con una pena, el art. 220 normalmente previene la ejecución de la pena en primer lugar, si bien el Juez puede invertir este orden. Otras medidas especiales vienen previstas en el art. 221 para el ebrio o toxicómano habitual. Asimismo, la medida consistente en remisión a un manicomio judicial viene prevista en el art. 222 para los inimputables por causa de enfermedad psíquica, dependencia del alcohol u otras sustancias tóxicas, etc. Además de lo anterior, los menores pueden ser enviados a un reformatorio judicial según disponen los arts. 223 y siguientes, en los que se distingue entre menores de 14 años considerados como inimputables (art. 224), y menores entre 14 y 18 años considerados imputables (art. 225). Por su parte, el art. 226 contiene la regulación respecto de los menores habituales, profesionales o con tendencia a delinquir, previniendo el art. 227 el internamiento en reformatorios especiales para los menores particularmente peligrosos. Finalmente, los artículos 228 a 232 regulan la libertad vigilada; el art. 233 la prohibición de residir en determinados lugares; el art. 234 la prohibición de acudir a establecimientos en los que se despachen bebidas alcohólicas; y el art. 235 regula, como última medida de seguridad de carácter personal, la expulsión de los extranjeros del territorio nacional<sup>249</sup>.

## **IV. Suíza**

### **1. Determinación e individualización de la pena**

En materia de crímenes y delitos<sup>250</sup>, el Código penal suízo contiene en su Libro I, Título III, Capítulo II bajo la rúbrica “Fijación de la pena”, un precepto dedicado a

---

<sup>249</sup> Sobre las medidas de contenido patrimonial véanse los artículos 236 y siguientes.

<sup>250</sup> Cfr. *Code pénal suisse*, editado por la Chancellerie Fédérale. Berna, 1998.

establecer las directrices de la individualización judicial<sup>251</sup>. Se trata del art. 63, que dispone lo siguiente:

**Artículo 63.-** *“El Juez fijará la pena según la culpabilidad del reo, teniendo en cuenta los móviles, los antecedentes y la situación personal del delincuente”.*

Se debe señalar que en la Parte General del texto punitivo suízo no existe un catálogo cerrado de circunstancias generales de agravación de la responsabilidad criminal. Sin embargo, el art. 64 enumera una serie de circunstancias atenuantes de aplicación general, cuyos efectos vienen previstos en el art. 65. Por su parte, el art. 66 previene los efectos de la atenuación libre de la pena, del siguiente modo:

**Artículo 66.-** *“Atenuación libre.*

*En los casos en los que la Ley previene la atenuación libre de la pena, el Juez no está vinculado ni por el género, ni por el mínimo de la pena prevista por el crimen o delito.*

*El Juez queda vinculado por el mínimo legal de cada género de pena”.*

Algunos ejemplos de la atenuación libre de la pena regulada por el art. 66 son los contenidos en el art. 11 (semiimputables); en el art. 20 (error de prohibición); en el art. 22 (arrepentimiento activo en la tentativa); en el art. 23 (delito imposible); en el art. 33 (exceso en la defensa); y en el art. 34 (estado de necesidad no justificante).

En materia de contravenciones, existen reglas especiales sobre la individualización de la pena que se contienen en los artículos 101 y siguientes<sup>252</sup>. Además, se debe tener en cuenta que el Código penal suízo contiene disposiciones especiales para los *niños* de 7 a 15 años (arts. 82 a 88); *adolescentes* de más de 15 y menos de 18 años (arts. 89 a 99); y *jóvenes adultos* de más de 18 y menos de 25 años (arts. 100, 100 bis y 100 ter).

---

<sup>251</sup> Según el art. 9, son *crímenes* las infracciones punibles con la reclusión; y *delitos* las infracciones punibles con la prisión como pena más grave; por su parte el art. 35 dispone que la *reclusión* es la pena más grave y durará como mínimo un año y como máximo veinte años, si bien si la Ley lo previene expresamente puede ser de por vida; la duración de la *prisión* se contiene en el art. 36 y es de tres días como mínimo hasta tres años como máximo, salvo disposición expresa en contra de la Ley.

<sup>252</sup> El artículo 101 define la *contravención* como la infracción punible con arresto o multa. El *arresto* vienen definidos en el art. 39 como la pena privativa de libertad menos grave (de un día a tres meses); sobre la *multa* el art. 48.

## 2. Reincidencia

La principal regulación de la reincidencia en crímenes y delitos se contiene en el art. 67, que dispone como efecto principal de su apreciación la agravación obligatoria de la pena a imponer al reo.

### **Artículo 67.-** *“Agravación de la pena: reincidencia.*

*1. Si el delincuente ha cumplido, aunque sea parcialmente, una pena de reclusión o de prisión en los cinco años anteriores a la comisión de la infracción por la que es de nuevo condenado a una pena de reclusión o de prisión, el Juez aumentará su duración, si bien no podrá superar el máximo legal del género de pena<sup>253</sup>.*

*La ejecución en un establecimiento de de una medida de seguridad de las previstas en los artículos 42, 43 o 44<sup>254</sup>, o de una medida de las previstas en el art. 100 bis. así como la remisión de la pena por causa de indulto se asimilarán a la ejecución de de una pena anterior.*

*2. Se asimilará a la ejecución en Suiza, la ejecución en el extranjero de penas y medidas análogas a aquellas que previene el presente Código, si el procedimiento judicial seguido no es contrario al orden público suízo”.*

En cuanto a las contravenciones, el art. 108 regula especialmente la reincidencia del siguiente modo:

### **Art. 108.-** *“Reincidencia.*

*No será tenido en cuenta a efectos de reincidencia si, en el momento de la contravención, había pasado al menos un año desde que el contraventor cumplió una pena privativa de libertad o fue remitido a uno de los establecimientos previstos en los artículos 42 a 44 y 100 bis”.*

## 3. Otros efectos de la recaída

Los efectos de la recaída en el delito no se limitan al incremento de la pena establecido en el art. 67, pues la reiteración delictiva implica otras consecuencias desfavorables para el reo. Así, el art. 38 permite la libertad condicional siempre y cuando se hayan cumplido dos tercios de la pena impuesta, sin embargo la comisión de un delito durante la libertad condicional puede ocasionar la pérdida del beneficio según la gravedad de la pena impuesta por el nuevo delito cometido. De este modo, si durante el período de prueba el liberado comete un delito por el que sea condenado a una pena privativa de

---

<sup>253</sup> Vid. sobre los distintos géneros de pena y su respectiva duración los artículos 35 y siguientes.

<sup>254</sup> El art. 42 contempla el internamiento de seguridad para los delincuentes habituales; el art. 43 las medidas concernientes a los delincuentes que padecen anomalías psíquicas; el art. 44 las medidas para alcohólicos y toxicómanos; y el art. 100 bis. La remisión a una casa de educación o trabajo para los jóvenes adultos (entre 18 y 25 años) peligrosos.

libertad superior a tres meses, perderá irremisiblemente el beneficio (art. 38.4). Sin embargo, si la pena fuera inferior, la revocación del beneficio quedaría al arbitrio del Tribunal (art. 38.4).

Por su parte, el art. 41 permite la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dieciocho meses. Sin embargo, se excluye de la posibilidad de obtener este beneficio a los condenados que hayan cumplido, en razón de un crimen doloso, más de tres meses de reclusión o de prisión en los cinco años anteriores a la comisión de la infracción que dio lugar a la pena que se pretende suspender (art. 41.1). Además, la recaída en el delito durante el período de liberación a prueba implica el aumento de la duración del internamiento de seguridad de los delincuentes habituales según expresa disposición contenida en los arts. 42.4 y 45.3. Asimismo, el Juez tiene la facultad de expulsar de Suíza a los delincuentes extranjeros condenados a penas de reclusión o prisión. La expulsión durará de tres a quince años por regla general, si bien en el caso de reincidencia, la expulsión será pronunciada de por vida (art. 55). Por otra parte, se debe precisar que la reincidencia no afecta a la rehabilitación del reo (arts. 76 ss.); ni interrumpe el plazo para la prescripción de los delitos (art. 72) o de las penas (art. 75); y tampoco impide o dificulta el indulto (arts. 394 ss.).

#### **4. Recaída y medidas de seguridad**

También el Código penal suízo previene un sistema de doble vía de reacción penal frente al delito. La regulación de las medidas de seguridad se contiene en los arts. 42 a 47, resultando posible su aplicación tanto a los autores inimputables (art. 10), como a los semiimputables (art. 11), e incluso a los plenamente imputables (art. 42), siempre y cuando revelen *peligrosidad criminal*. Asimismo, se debe reseñar que el Código suízo previene la existencia de establecimientos privados para el cumplimiento de ciertas medidas de seguridad (art. 384). El art. 42 regula el internamiento de los delincuentes habituales, del siguiente modo:

**Artículo 42.-** *“Medidas de seguridad: internamiento de los delincuentes habituales.*

*1. El Juez podrá reemplazar la ejecución de una pena de reclusión o de prisión por el internamiento si, después de haber cometido numerosos crímenes o delitos intencionales por los cuales haya estado privado de libertad por un tiempo total de al menos dos años ya sea por penas de reclusión o de prisión, o por una medida de educación al trabajo o después de haber sido ya internado como delincuente habitual en lugar de*

*cumplir las penas privativas de libertad, el delincuente comete, en los cinco años siguientes a su liberación definitiva, un nuevo crimen o delito intencional que denote su tendencia a la delincuencia.*

*Si fuera necesario, el Juez hará examinar el estado mental del delincuente.*

*2. El internamiento será ejecutado en un establecimiento abierto o cerrado, con la excepción de los establecimientos dedicados a los condenados por primera vez, a los arrestados, a la educación al trabajo o al tratamiento de los alcohólicos.*

*3. El interno estará obligado a ejecutar el trabajo que le será asignado.*

*Después de un tiempo igual a la mitad de la pena, pero de al menos dos años, el interno que haya observado buen comportamiento podrá ser ocupado fuera del establecimiento. Excepcionalmente, esta mejora podrá ser acordada a otros internos, si su estado lo exige.*

*4. El interno permanecerá en el establecimiento durante un tiempo igual a dos tercios de la pena, pero de al menos tres años, deducción hecha de la prisión preventiva sufrida (art. 69).*

*La autoridad competente ordenará la liberación condicional por tres años en el momento en el que el plazo mínimo fijado para esta liberación sea cumplido, si el internamiento no parece más necesario; la autoridad someterá al liberado a Patronaje<sup>255</sup>.*

*En caso de recaída, el nuevo internamiento durará como regla general al menos cinco años.*

*5. Bajo proposición de la autoridad competente, el Juez podrá excepcionalmente poner fin al internamiento antes de la expiración de su duración mínima, si el internamiento no se justifica más y si los dos tercios de la duración de la pena han sido cumplidos”.*

Debe precisarse que el art. 103, excluye expresamente de la aplicación del internamiento previsto en el art. 42, el caso de las contravenciones (infracciones castigadas con arresto o multa). Asimismo, el art. 43 dispone el internamiento de seguridad en un hospital para los delincuentes que hayan cometido el delito a causa de anomalías mentales si son muy peligrosos, o el tratamiento ambulatorio en los mismos casos si el delincuente no es peligroso para los demás. Por otra parte, el art. 44 previene el internamiento de seguridad en un establecimiento especial u hospital, para los autores alcohólicos o toxicómanos que hayan cometido un delito a causa de su dependencia de tales sustancias. El art. 45 regula la posibilidad de liberar condicionalmente o a prueba, a los sometidos a cualquiera de las medidas previstas en los arts. 42, 43 y 44, previniendo una serie de revisiones periódicas sobre el estado de los sujetos a las mismas. Finalmente, el art. 47 regula el denominado *patronaje*, como institución común para los condenados a penas y para los sometidos a medidas de seguridad, del siguiente modo<sup>256</sup>:

---

<sup>255</sup> Más ampliamente sobre la institución del *patronaje* el art. 47.

<sup>256</sup> Véase también sobre el *patronaje*, los arts. 374 ss.

#### **Artículo 47.- “Patronaje.**

- 1. El patronaje tiende a la reclasificación de aquellos que son sometidos a penas o medidas, a través de una asistencia moral y material, en particular procurándoles alojamiento y trabajo.*
- 2. El patronaje tiene por misión vigilar a los sujetos al mismo con discreción, de manera que no se comprometa su situación.*
- 3. Se velará por el emplazamiento en un medio favorable y, según la necesidad, por el control médico de aquéllos a los que el alcoholismo, la toxicomanía, el estado mental o físico predispongan a la reincidencia”.*

Al patronaje se verán sometidos, entre otros supuestos: los beneficiarios de la libertad condicional durante el período señalado por la Ley (art. 38.2); los beneficiados por la suspensión condicional de la pena (art.41.2); los delincuentes habituales sometidos a la medida de internamiento de seguridad prevista en el art. 42 durante el período de liberación condicional (art. 42.4); los reos que padezcan alguna enfermedad mental (art. 43.4); así como los delincuentes alcohólicos o toxicómanos (art. 44.4).

## **V. Portugal**

### **1. Determinación e individualización de la pena**

El Código penal portugués no contiene en su Parte General un catálogo cerrado de circunstancias generales de agravación o atenuación de la responsabilidad criminal, siendo necesario acudir a la Parte Especial para determinar las conductas agravadas (p.ej.: art. 146) o atenuadas (p.ej.: art. 147)<sup>257</sup>. Sin embargo, en la Parte General dentro del Libro I, Título III, Capítulo IV, Sección I, el art. 72 enumera una serie de circunstancias que permiten una especial atenuación de la pena según las reglas previstas en el art. 73. Por su parte, el art. 74 regula la posibilidad de renunciar a la pena de forma general en determinados supuestos de criminalidad leve. En cuanto a la individualización de la pena, se debe considerar que el Código portugués traza por regla general para cada uno de los delitos descritos en la Parte Especial un marco penal establecido entre un máximo y un mínimo (p.ej.: art. 165), si bien existen determinados delitos respecto de los cuales únicamente se señala el límite máximo de la pena a imponer (p.ej.: art. 167).

Teniendo en consideración lo anterior y en lo que a la individualización judicial de la pena se refiere, se debe atender a lo dispuesto en el art. 70, que dispone lo siguiente:

---

<sup>257</sup> Cfr. LOPES MAIA GONÇALVES, M., *Código Penal Português. Anotado e comentado*. Ed. Almedina, 15ª ed., Coimbra, 2002.



**Artículo 70.-** *“Criterio para la elección de la pena.*

*Si al crimen fueran aplicables, de forma alternativa, pena privativa y pena no privativa de libertad, el Tribunal dará preferencia a la segunda siempre que ésta permita realizar de forma adecuada y suficiente las finalidades de la punición”.*

Por su parte, el art. 71 establece las directrices de la individualización judicial de la pena, y enumera en la forma de catálogo abierto una serie de elementos fácticos que el Juez debe tomar en consideración:

**Artículo 71.-** *“Determinación de la medida de la pena.*

*1. La determinación de la medida de la pena, dentro de los límites definidos por la Ley, será hecha en función de la culpa del agente y de las exigencias de prevención.*

*2. En la determinación concreta de la pena el Tribunal debe atender a todas las circunstancias que, sin formar parte del tipo penal, operen a favor o en contra del agente, considerando especialmente:*

*a.) El grado de ilicitud del hecho, el modo de ejecución de éste y la gravedad de sus consecuencias, así como el grado de violación de los deberes impuestos al agente;*

*b.) La intensidad del dolo o de la negligencia;*

*c.) Los sentimientos manifestados en la comisión del delito así como los fines o motivos que lo determinaron;*

*d.) Las condiciones personales del agente así como su situación económica;*

*e.) La conducta anterior al hecho y posterior a éste, especialmente cuando ésta sea destinada a reparar las consecuencias del delito.*

*f.) La falta de preparación para mantener una conducta lícita, manifestada en el hecho, cuando esa falta debe ser censurada a través de la aplicación de una pena.*

*3. En la sentencia, serán especialmente referidos los fundamentos de la medida de la pena”.*

## **2. Reincidencia**

Esta institución se encuentra regulada en la Parte General, Libro I, Título III, Capítulo IV, dentro de la Sección II, titulada “Reincidencia”, que consta de dos artículos. De una parte, el art. 75 enumera los presupuestos de la reincidencia; y de otra, el art. 76 regula los efectos derivados de su apreciación. En concreto, el art. 75 exige los siguientes presupuestos para poder apreciar la reincidencia:

**Artículo 75.-** *Presupuestos.*

*1. Será castigado como reincidente el que, por sí o bajo cualquier forma de participación, cometa un crimen doloso que deba ser castigado con pena de prisión efectiva superior a 6 meses, después de haber sido condenado por sentencia judicial a una pena de prisión efectiva superior a 6 meses por otro crimen doloso, si, de acuerdo con las circunstancias del caso, pudiera censurarse al autor que la condena o condenas anteriores no le han servido de suficiente advertencia contra el crimen.*

2. *El crimen anterior por el que el autor había sido condenado no será computado a efectos de reincidencia si entre su comisión y la del crimen siguiente hubieran transcurrido más de cinco años; en este plazo no se computará el tiempo durante el cual el autor haya estado cumpliendo medidas procesales<sup>258</sup>, penas o medidas de seguridad privativas de libertad.*

3. *Las condenas impuestas por los Tribunales extranjeros serán computadas a efectos de reincidencia en los términos indicados en los dos números anteriores, siempre que el hecho constituya un crimen de acuerdo con la Ley portuguesa.*

4. *La prescripción de la pena, la amnistía, el perdón genérico o el indulto no obstan a la verificación de la reincidencia”.*

Se debe señalar que el art. 75 del Código penal portugués fue reformado por el Dec. Lei nº 48/95, de 15 de marzo. Anteriormente, los presupuestos de la reincidencia se regulaban en el art. 76, que exigía el cumplimiento total o parcial de la pena impuesta con anterioridad. Actualmente, esta exigencia ha desaparecido, si bien se ha añadido la fijación de un límite mínimo de prisión efectiva superior a 6 meses, tanto para el delito que da lugar a la apreciación de la reincidencia como para el anteriormente sancionado<sup>259</sup>. Según la actual redacción del art. 75, la reincidencia no opera de forma automática, sino que su apreciación exige, además de la comprobación de la concurrencia de sus presupuestos formales - existencia de condena o condenas anteriores-, la constatación de un presupuesto de carácter material: que pueda censurarse al autor que éstas no le han servido como advertencia suficiente contra el crimen. De este modo, se distingue al verdadero reincidente del delincuente pluriocasional (no reincidente), cuya reiteración en el crimen obedece a causas meramente fortuítas o exógenas<sup>260</sup>.

En cuanto a los efectos de la reincidencia se ha de considerar lo dispuesto en el art. 76, resultante de la revisión llevada a cabo por el Dec. Lei nº 48/95, de 15 de marzo, que dispone lo siguiente<sup>261</sup>:

**Artículo 76.-** *“Efectos.*

1. *En caso de reincidencia, el límite mínimo de la pena aplicable al crimen será elevado un tercio permaneciendo el límite máximo inalterado. La agravación no puede exceder la medida de la pena más grave impuesta en las condenas anteriores.*

---

<sup>258</sup> Las medidas procesales se regulan en el art. 80 y son: la detención; la prisión preventiva; y la obligación de permanencia en habitación.

<sup>259</sup> Cfr. LOPES MAIA GONÇALVES, M., *Código Penal...*, cit., p. 261.

<sup>260</sup> Cfr. LOPES MAIA GONÇALVES, M., *Código Penal...*, cit., p. 263 y 264.

<sup>261</sup> Cfr. LOPES MAIA GONÇALVES, M., *Código Penal...*, cit., p. 265, en la versión originaria este artículo 76 correspondía al art. 77 sin que haya variado sustancialmente su actual redacción.

*2. Las disposiciones referidas a la pena relativamente indeterminada, cuando sean aplicables, prevalecen sobre las reglas de punición de la reincidencia”.*

### **3. Otros efectos de la recaída**

Con independencia de los negativos efectos sobre la pena que puede implicar la apreciación de la reincidencia, los antecedentes del reo serán tomados en consideración a la hora de valorar la posibilidad de conceder la suspensión de la ejecución de la pena de prisión no superior a tres años (art. 50). Asimismo, la recaída en el delito es causa de revocación de la suspensión ya concedida según expresa disposición del art. 56. De igual modo, la recaída supone la revocación del beneficio de sustitución de las penas de prisión no superiores a un año por trabajos en beneficio de la comunidad (art. 59), así como de la libertad condicional (art. 64). En el caso de condena a sentencia relativamente indeterminada, tanto la libertad condicional como la libertad a prueba pueden ser revocadas si el reo comete un nuevo delito (art. 90 en relación con los arts. 64 y 56.1). Merece ser destacado que en la nueva redacción de los artículos 127 y 128, no se hace sin embargo referencia alguna a los efectos de la reincidencia o de la recaída en el delito sobre la amnistía o el indulto. Finalmente, y como veremos más adelante, la reincidencia faculta al Juez para la imposición de una medida de seguridad además de la pena (art. 102).

### **4. Pena relativamente indeterminada**

Dentro del Libro I, Título III, se encuentra el Capítulo V titulado “Pena relativamente indeterminada”. Este Capítulo se compone de tres Secciones y de un total de ocho artículos (arts. 83 a 90). En Portugal existe desde hace décadas un intenso debate doctrinal sobre la naturaleza de esta institución, ya que tal y como pone de manifiesto LOPES MAIA GONÇALVES, las opiniones doctrinales se encuentran divididas a la hora de calificarla como pena, como medida de seguridad, como pena de seguridad, o incluso como sanción de naturaleza mixta<sup>262</sup>. La Sección Primera del mencionado Capítulo V, rubricada “Delincuentes por tendencia”, cuenta con tres artículos (arts. 83 a 85). En concreto, el art. 83 dispone lo siguiente:

---

<sup>262</sup> Cfr. LOPES MAIA GONÇALVES, M., *Código Penal...*, cit., p. 286.

**Artículo 83.-** *“Presupuestos y efectos.*

*1. Quien cometiera un crimen doloso al que se deba aplicar en concreto prisión efectiva por más de dos años y hubiera cometido anteriormente dos o más crímenes dolosos, a cada uno de los cuales hubiere sido aplicada prisión efectiva también por más de dos años, será castigado con una pena relativamente indeterminada, siempre que la evaluación conjunta de los hechos y de la personalidad del autor revele una acentuada inclinación al crimen, que en el momento de la condena aún persista.*

*2. La pena relativamente indeterminada tiene un mínimo correspondiente a dos tercios de la pena de prisión que concretamente cabría imponer al crimen cometido y un máximo correspondiente a esta pena aumentada en seis años, sin exceder de 25 años en total.*

*3. Cualquier crimen anterior dejará de ser tomado en cuenta, a los efectos de lo dispuesto en el n° 1, cuando entre su práctica y la del crimen siguiente hubieren transcurrido más de cinco años; en este plazo no será computado el período durante el cual el autor haya cumplido una medida procesal, pena de prisión, o medida de seguridad privativa de libertad.*

*4. Serán tomados en cuenta, en los términos de los números anteriores, los hechos juzgados en país extranjero que hayan conducido a la aplicación de prisión efectiva durante más de dos años, siempre que a ellos sea aplicable, según la Ley portuguesa, pena de prisión superior a dos años”.*

Este precepto viene a ser complementado por el art. 84, que establece otros supuestos de aplicación de la pena relativamente indeterminada del siguiente modo:

**Artículo 84.-** *“Otros casos de aplicación de la pena.*

*1. Quién cometiera crimen doloso al que fuera aplicable en concreto prisión efectiva y hubiera cometido anteriormente cuatro o más crímenes dolosos, a cada uno de los cuales haya sido o sea aplicada pena de prisión efectiva, será castigado con una pena relativamente indeterminada siempre que se verificaran los restantes presupuestos fijados en el n° 1 del artículo anterior.*

*2. La pena relativamente indeterminada tendrá un mínimo correspondiente a dos tercios de la pena de prisión que concretamente sería impuesta al crimen y un máximo correspondiente a esta misma pena aumentada en cuatro años, sin exceder de 25 años en total.*

*3. Será correspondientemente aplicable lo dispuesto en el n° 3 del artículo anterior.*

*4. Serán tomados en cuenta, en los términos de los números anteriores, los hechos juzgados en país extranjero que hayan conducido a la aplicación de prisión efectiva, siempre que a ellos sea aplicable, según la Ley portuguesa, pena de prisión”.*

Por su parte, el art. 85 establece ciertas restricciones para los menores de 25 años:

**Artículo 85.-** *“Restricciones.*

*1. Si los crímenes fueran cometidos antes de que el autor haya cumplido 25 años de edad, lo dispuesto en los artículos 83 y 84, sólo será aplicable si aquél hubiera cumplido por lo menos un año de prisión.*

*2. En el caso del número anterior, el límite máximo de la pena relativamente indeterminada corresponde a un incremento de 4 o de 2 años sobre la prisión que concretamente habría sido impuesta al crimen cometido, según se verifiquen los presupuestos del artículo 83 ó del artículo 84.*

*3. El plazo referido en el nº 3 del artículo 83 será, a los efectos de lo dispuesto en este artículo, de tres años”.*

Con independencia de lo anterior, la Sección Segunda cuyo título es el de “Alcohólicos y equiparados”, se compone de tres artículos en los que se regulan los presupuestos y los efectos de la pena relativamente indeterminada en los casos de autores alcohólicos (art. 86) o toxicómanos (art. 88) con tendencia a cometer delitos por esta causa. En particular, merece especial atención el art. 87, que ofrece las reglas para la ejecución de la pena relativamente indeterminada en los casos de alcohólicos y toxicómanos:

**Artículo 87.-** *“Reglas para la ejecución de la pena.*

*La ejecución de la pena prevista en el artículo anterior estará orientada en el sentido de eliminar el alcoholismo del agente y combatir su tendencia a abusar de bebidas alcohólicas”.*

Finalmente, la Sección Tercera (arts. 89 y 90) contiene las disposiciones comunes a las dos Secciones anteriores. Así, el art. 89 previene la confección en caso de imposición de una pena relativamente indeterminada, de un plan individual de readaptación del condenado, que podrá ser modificado durante el transcurso del cumplimiento de la pena a tenor del progreso del delincuente. Por su parte, el art. 90 regula la posibilidad de obtener la libertad condicional o la libertad a prueba en el caso de los reos condenados a penas relativamente indeterminadas, siempre y cuando se halla cumplido su límite mínimo de duración.

## **5. Recaída y medidas de seguridad**

El Código penal portugués, también dispone de un sistema de doble vía de reacción penal frente al delito, regulando junto con las penas las medidas de seguridad. Estas medidas vienen contenidas en el Libro I, Título III, Capítulo VI titulado “Medidas de Seguridad”, que consta de trece artículos (arts. 91 a 103) divididos en cuatro secciones.

La Sección Primera se dedica al internamiento en establecimiento de cura, tratamiento, o seguridad, de los inimputables en razón de anormalidad psíquica (art. 20), regulándose en el art. 91 los presupuestos y duración mínima de la medida; en el art. 92 la cesación y posible prórroga del internamiento; y en el art. 93 el procedimiento de revisión de la medida. Por otra parte, los arts. 94 y 95 regulan la libertad a prueba, y el art. 96 la posibilidad de reexamen de la medida. Además, el art. 97 permite la sustitución del

internamiento de los imputables extranjeros por la expulsión del territorio nacional. La Sección Segunda, que sólo consta de una disposición (art. 98), regula los presupuestos y el régimen de la suspensión de la ejecución del internamiento. La Sección Tercera, que consta también de un solo precepto (art. 99), regula el régimen de cumplimiento de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad, estableciendo como regla general el cumplimiento de la medida de internamiento antes que el de la pena en los casos de aplicación conjunta (sistema vicarial). Finalmente, la Sección Cuarta (arts. 100 a 103) regula las medidas de seguridad no privativas de libertad, que pueden ser impuestas tanto a los imputables como a los inimputables<sup>263</sup>. En concreto, el art. 103 establece las condiciones de extinción de las medidas de seguridad no privativas de libertad, y respecto del reincidente merece especial atención el art. 102, cuyo tenor literal es el siguiente:

**Artículo 102.-** *“Aplicación de reglas de conducta.*

*1. En el caso de que se verificaran los presupuestos de la reincidencia, previstos en el artículo 75, o en el caso de que su ausencia se deba a la falta de imputabilidad, el Tribunal puede imponer al agente el cumplimiento de las reglas de conducta previstas en los párrafos b) a g) del n° 1 del artículo 52, cuando éstas se revelaren adecuadas para evitar la realización de otros hechos ilícitos típicos de la misma especie.*

*2. Será correspondientemente aplicable lo dispuesto en los artículos 51 n° 2 y 3; 100 n° 2, 3 y 4; y 103 n° 1 y 2”.*

Por otra parte, dentro del Libro I, Título III, y a continuación del Capítulo dedicado a las medidas de seguridad, se ubica el Capítulo VII titulado “Internamiento de los imputables portadores de anomalías psíquicas”, integrado por cinco artículos (arts. 104 a 108) en los que se regula la posibilidad de internamiento en establecimientos destinados a inimputables, de los autores imputables que sufran algún tipo de alteración psíquica siempre que el sometimiento al régimen de los establecimientos comunes previstos para los imputables se revele perjudicial (art. 104); o en el caso de anomalía psíquica sobrevinida con posterioridad al delito (arts. 105 y 106). Asimismo, el art. 107 regula la posibilidad de revisar las medidas previstas en el Capítulo VII para los imputables con algún tipo de anomalía psíquica, mientras que el art. 108 contiene una disposición relativa a aquéllos autores que simulen la anomalía psíquica, en cuyo caso serán reintegrados al régimen normal de ejecución de la pena.

---

<sup>263</sup> Entre ellas la prohibición de ejercer profesión, comercio o industria (art. 100); la retirada o prohibición de obtener permiso de conducción de vehículos de motor (art. 101); así como el cumplimiento de reglas de conducta (art. 102).

## VI. Francia

### 1. Determinación e individualización de la pena

El Código penal francés otorga al Juez un amplio margen de libertad en el momento de la determinación e individualización de la pena, pues si bien contiene en su Parte General un catálogo de causas de exclusión y de atenuación de la responsabilidad (arts. 122.1 a 122.8), así como un catálogo de definiciones relativas a ciertas circunstancias que agravan la responsabilidad (arts. 132.71 a 132.75), éstas no vienen acompañadas de un sistema de reglas fijas para la determinación de la pena en función de la concurrencia de circunstancias de uno u otro signo<sup>264</sup>. A diferencia de lo que sucede con las circunstancias atenuantes, cuyos efectos son de libre apreciación, las circunstancias definidas en la Parte General como agravantes tienen previsto su propio efecto en el mismo tipo de la Parte Especial en el que concurren (p.ej: art. 132.71 en relación con el art. 222.35). Su apreciación implica siempre una modificación al alza del límite máximo de pena asignado al tipo básico, lo que supone una alteración del marco penal asignado a éste. Así por ejemplo, el art. 132.72 define la premeditación como circunstancia agravante y el art. 222.1 previene una pena de 15 años de reclusión para el autor de un delito de torturas, por su parte el art. 222.3.º previene una pena de 20 años de reclusión para el mismo delito si en el mismo concurre la circunstancia agravante de premeditación. Además, existen en la Parte Especial ciertas circunstancias agravantes no descritas en la Parte General, consideradas como circunstancias especiales (p.e.: art. 222.28.3) cuyo efecto es también elevar el límite máximo de pena señalado para el tipo básico.

El catálogo de penas aplicables a las personas físicas se contiene en los arts. 131.1 y siguientes. El art. 131.1 define como penas criminales la reclusión o la detención criminal, que puede ser temporal (de 10 a 30 años) o a perpetuidad. Se debe subrayar que el art. 131.3 contiene hasta seis tipos diferentes de penas correccionales, que son: la prisión; la multa; el día multa; el trabajo para la comunidad; las penas privativas o restrictivas de derechos del art. 131.6; o las penas complementarias del art. 131.10. Por su parte, el art. 131.4 establece una escala de siete tramos para las penas de prisión: diez años como máximo; siete años como máximo; cinco años como máximo; tres años como máximo; dos años como máximo; un año como máximo; y seis meses como máximo. Las penas

---

<sup>264</sup> Cfr. MAYAUD, Y., *Code Pénal. Annotations de jurisprudence et bibliographie*, ed. Dalloz, 99ª Édition, 2002.

complementarias se regulan en los arts. 131.10 a 131.11, y las penas contravencionales vienen definidas y reguladas en los art. 131.12 a 131.18. En cuanto a las penas previstas para las personas morales, estas vienen reguladas en los artículos 131.37 a 131.49.

El Código penal francés establece en la Parte Especial para cada tipo de delito una pena máxima, pero no un límite mínimo. El Juez no puede imponer una pena distinta de la señalada por la Ley para el delito, y tampoco puede superar el límite máximo de la pena establecido en cada precepto de la Parte Especial (art. 132.17) salvo que concurra alguna circunstancia agravante especial, alguna de las circunstancias agravantes descritas en la Parte General, o reincidencia (arts. 132.8 a 132.15) . Sin embargo, el Juez sí que puede establecer penas por debajo del máximo señalado por la Ley, sin más límites que los establecidos en las reglas contenidas en los arts. 132.18 a 132.20. Teniendo en consideración todo lo anterior, el Juez debe individualizar la pena con arreglo a lo dispuesto en el art. 132.24, que establece las directrices de la individualización del siguiente modo:

*Art. 132.24.- “Dentro de los límites fijados por la Ley, la jurisdicción pronunciará las penas y fijará su régimen en función de las circunstancias de la infracción y de la personalidad de su autor. Cuando la jurisdicción pronuncie una pena de multa, determinará su montante teniendo en consideración asimismo los recursos y las cargas del autor de la infracción”.*

## **2. Reincidencia**

La regulación positiva de la reincidencia se contiene en los artículos 132.8 a 132.16.1 del Código penal francés, fuera del catálogo general de circunstancias agravantes contenido en los artículos 132.71 a 132.75. En particular, los arts. 132.8 a 132.11 regulan la reincidencia de las personas físicas y los arts. 132.12 a 132.15 la reincidencia de las personas morales. Por otra parte, los arts. 132.16 y 132.16.1 contienen las disposiciones de común aplicación a ambos tipos de reincidentes. En cuanto a las personas físicas, el art. 132.8 regula una especie de reincidencia que podemos calificar como *genérica*, pues no distingue entre delitos de igual o diferente naturaleza, y *perpetua*, toda vez que no señala el transcurso de un período de tiempo entre la comisión del primer y del segundo delito susceptible de eliminar los efectos de la primera condena. Según lo dispuesto en el art. 132.8, si la primera infracción tiene señalada pena de 10 años de prisión y la segunda reclusión de 20 a 30 años, el efecto de la reincidencia será la elevación del límite de la reclusión por el segundo delito hasta la perpetuidad, sin embargo, si la segunda infracción sólo tiene señalada pena de 15



años, el efecto de la agravación será la elevación del límite de la reclusión hasta los 30 años.

A continuación transcribimos el contenido de esta disposición:

**Artículo 132.8.-** *“Cuando una persona física, anteriormente condenada de forma definitiva por un crimen o por un delito castigado con diez años de prisión por la Ley, cometa un crimen, el máximo de la pena de la reclusión criminal o de la detención criminal será la perpetuidad si el máximo fijado por la Ley para ese crimen es de veinte o treinta años. El máximo de la pena será de treinta años de reclusión criminal o de detención criminal si el crimen está castigado con quince años”.*

Por su parte, el art. 132.9 regula una especie de reincidencia que podemos calificar como *genérica*, porque no distingue entre delitos de igual o diferente naturaleza; y *temporal*, porque establece un plazo transcurrido el cual no surtirán efecto las anteriores condenas. Así, si el primer delito tiene señalada pena de 10 años y se comete un segundo castigado con la misma pena dentro de un plazo de 10 años, el límite máximo de la pena elevado hasta el doble; por otra parte, si el primer delito tiene asignada una pena de 10 años y se comete un segundo castigado con pena de más de un año y menos de diez en un plazo de 5 años, el límite máximo de la pena será elevado también hasta el doble. En concreto, este precepto dispone lo siguiente:

**Artículo 132.9.-** *“Cuando una persona física, anteriormente condenada de forma definitiva por un crimen o por un delito castigado con diez años de prisión por la Ley, cometa, en un plazo de diez años a contar desde la expiración o la prescripción de la precedente pena, un delito castigado con la misma pena, el máximo de las penas de prisión y de multa señaladas será doble.*

*Cuando una persona física, anteriormente condenada de forma definitiva por un crimen o por un delito castigado con diez años de prisión por la Ley, cometa, en un plazo de cinco años a contar desde la expiración o la prescripción de la precedente pena, un delito castigado con una pena de prisión de una duración superior a un año e inferior a diez años, el máximo de las penas de prisión y de multa señaladas será el doble”.*

Asimismo, el art. 132.10 regula una hipótesis de reincidencia que podemos calificar como *específica*, pues exige la comisión de delitos de similar o idéntica especie, y *temporal*, pues establece un plazo transcurrido el cual no surtirán efecto las anteriores condenas. Así, si el autor comete un primer delito y en un plazo de 5 años comete un segundo delito similar, el máximo de la pena será elevado al doble. En concreto, dispone este artículo lo siguiente:

**Artículo 132.10.-** *“Cuando una persona física, anteriormente condenada de forma definitiva por un delito, cometa, en el plazo de cinco años a contar desde la expiración o de la prescripción de la precedente pena, el mismo delito, o un delito que le sea asimilado atendiendo a las reglas de la reincidencia, el máximo de las penas de prisión y de multa señaladas será el doble”.*

En cuanto a la reincidencia de las personas físicas en las contravenciones, el artículo 132.11 dispone lo siguiente:

**Artículo 132.11.-** *“En los casos en los que la Ley así lo prevea, cuando una persona física anteriormente condenada de forma definitiva por una contravención de la 5ª clase<sup>265</sup>, cometa, en el plazo de un año a contar desde la expiración o de la prescripción de la precedente pena, la misma contravención, el máximo de la pena de multa señalada será elevado a 20.000 francos”.*

Por su parte, la reincidencia de las personas morales viene regulada en los artículos 132.12 a 132.15, si bien dado lo limitado del presente estudio sólo indicaremos respecto de esta modalidad de reincidencia que las precedentes condenas siguen siendo el presupuesto necesario para su apreciación, así como que su principal efecto es el incremento del límite máximo de la multa a imponer, que por regla general aumentará hasta diez veces en su cuantía original. Finalmente, en los artículos 132.16 y 132.16.1 se contienen las disposiciones generales para la reincidencia, tanto de las personas físicas como jurídicas. En concreto, estos preceptos de común aplicación disponen lo siguiente:

**Art. 132.16.-** *“El robo, la extorsión, el chantaje, la estafa y el abuso de confianza son considerados, a los efectos de la reincidencia, como una misma infracción”.*

**Art. 132.16.1.-** *“Los delitos de agresión sexual y de ataque sexual son considerados, a los efectos de la reincidencia, como una misma infracción”.*

### **3. Otros efectos de la recaída**

Además de los negativos efectos sobre la pena que supone la apreciación de la reincidencia, la recaída en el delito despliega también efectos negativos de cara a la denominada *suspensión simple* de la ejecución de la pena según los artículos 132.29 y siguientes, ya que puede impedir la concesión de este beneficio (art. 132.30) o facilitar su revocación (art. 132.36 ss.). Además, la recaída en el delito puede ser causa de revocación del beneficio de *suspensión a prueba* de la ejecución de la pena (art. 132.48), y los mismos efectos negativos tiene la recaída en el delito respecto de la *suspensión con obligación de realizar trabajo social* según los arts. 132.54 a 132.57. La recaída en el delito no afecta sin embargo de modo general a la *dispensa de pena* según los arts. 132.58 y 132.59. Por el contrario, sí que

---

<sup>265</sup> Vid. sobre el montante de la multa según las diferentes clases de contravenciones el art. 131.13, siendo las contravenciones de la 5ª clase las más graves, ya que previenen una multa de 10.000 francos como máximo, que puede ser elevado hasta 20.000 francos en caso de reincidencia si así lo previene la Ley.

afecta al aplazamiento de la pena regulado en los artículos 132.64 y demás concordantes. Tampoco afecta la reincidencia por regla general a la posibilidad de cumplir la pena en régimen de semi-libertad (arts. 132.25 y 132.26); ni al fraccionamiento de la pena (arts. 132.27 y 132.28); ni a la concesión del indulto (arts. 133.7 y 133.8); o a la posibilidad de amnistía (arts. 133.9 a 133.11); y tampoco afecta a la prescripción de la pena según lo dispuesto en los arts. 133.2 a 133.6. Sin embargo, la recaída en el delito sí que impide la rehabilitación del reo a tenor de lo dispuesto en los artículos 133.12 a 133.17.

Finalmente, se debe precisar que el Código penal francés no contiene un sistema integrado de doble vía de reacción frente al delito, razón por la cual este texto legal no previene medida de seguridad alguna para el reincidente.

## VII. Argentina

### 1. Determinación e individualización de la pena

El Código penal argentino no contiene en su Parte General un catálogo cerrado de circunstancias agravantes y atenuantes de la responsabilidad criminal. Es en la Parte Especial donde se reseñan, junto a la descripción de cada uno de los tipos delictivos, las circunstancias de agravación (p.ej.: art. 80) o de atenuación (p.ej.: art. 81)<sup>266</sup>. Por lo general, la Ley señala para cada tipo delictivo un marco penal definido entre un máximo y un mínimo, dentro del cual el Juez puede moverse e individualizar la pena según las circunstancias concurrentes. Así, el art. 40 dispone lo siguiente:

**Artículo 40.-** *“En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los Tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente”.*

En cuanto a los criterios rectores de la individualización judicial, éstos vienen previstos en el art. 41 del siguiente modo:

**Artículo 41.-** *“A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:*

*1. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados;*

---

<sup>266</sup> Cfr. *Código penal de la nación argentina*, Ley 11.179. Texto ordenado 1985 por Decreto 3992/85 (B.O. 16/01/85) y modificaciones posteriores. Ed. de Of, Buenos Aires, 1997.

*2. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El Juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso”.*

## **2. Reincidencia**

El principal efecto de la reincidencia en el Código penal argentino es el incremento de la pena a imponer al reo, según disponen los arts. 40 y 41. Tal y como se dijo más arriba, el art. 40 ordena que las penas divisibles se fijen de acuerdo con las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes. A estos efectos, se habrán de tener en cuenta según expresa disposición del art. 41: “las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales”. A efectos de la reincidencia, se debe subrayar que su apreciación exige el previo cumplimiento (total o parcial) de la pena o penas impuestas con anterioridad. En concreto, la regulación positiva de la reincidencia se contiene en el Título VIII del Libro I, íntegramente dedicado a esta institución. Se trata de cuatro disposiciones, cuyo contenido se expone a continuación:

**Artículo 50.-** *“Habrá reincidencia siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente, pena privativa de libertad impuesta por un Tribunal del país cometiere un nuevo delito punible también con esta clase de pena.*

*La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta para la reincidencia si ha sido pronunciada por razón de un delito que pueda, según la Ley argentina, dar lugar a extradición.*

*No dará lugar a reincidencia la pena cumplida por delitos políticos, los previstos exclusivamente en el Código de Justicia Militar, los amnistiados o los cometidos por menores de dieciocho años de edad.*

*La pena sufrida no se tendrá en cuenta a los efectos de la reincidencia cuando desde su cumplimiento hubiera transcurrido un término igual a aquel por la que fuera impuesta, que nunca excederá de diez ni será inferior a cinco años”.*

**Artículo 51.-** *“Todo ente oficial que lleve registros penales se abstendrá de informar sobre datos de un proceso terminado por sobreseimiento o sentencia absolutoria. En ningún caso se informará la existencia de detenciones que no provengan de la formación de causa, salvo que los informes se requieran para resolver un habeas corpus o en causas por delitos de que haya sido víctima el detenido.*

*El registro de las sentencias condenatorias caducará a todos sus efectos:*

- 1. Después de transcurridos diez años desde la sentencia (art. 27) para las condenas condicionales;*
- 2. Después de transcurridos diez años desde su extinción para las demás condenas a penas privativas de la libertad;*

3. *después de transcurridos cinco años desde su extinción para las condenas a penas de multa o inhabilitación”.*

*En todos los casos se deberá brindar la información, cuando mediare expreso consentimiento del interesado. Asimismo, los jueces podrán requerir la información excepcionalmente, por resolución que sólo podrá fundarse en la necesidad concreta del antecedente como elemento de prueba de los hechos en un proceso judicial (...).”*

**Artículo 52.-** *“Se impondrá reclusión por tiempo indeterminado, como accesoria de la última condena, cuando la reincidencia fuere múltiple en forma tal que mediaren las siguientes penas anteriores:*

1. *Cuatro penas privativas de libertad, siendo una de ellas mayor de tres años;*
2. *Cinco penas privativas de libertad, de tres años o menores.*

*Los Tribunales podrán, por una única vez, dejar en suspenso la aplicación de esta medida accesoria, fundando expresamente su decisión en la forma prevista en el artículo 26<sup>267</sup>”.*

**Artículo 53.-** *“En los casos del artículo anterior, transcurridos cinco años del cumplimiento de la reclusión accesoria, el Tribunal que hubiera dictado la última condena o impuesto la pena única estará facultado para otorgarle la libertad condicional, previo informe de la Autoridad penitenciaria, en las condiciones compromisorias previstas en el artículo 13, y siempre que el condenado hubiera mantenido buena conducta, demostrando aptitud y hábito para el trabajo, y demás actitudes que permitan suponer verosimilmente que no constituirá un peligro para la sociedad. Transcurridos cinco años de obtenida la libertad condicional, el condenado podrá solicitar su libertad definitiva al Tribunal que la concedió, el que decidirá según sea el resultado obtenido en el periodo de prueba y previo informe del patronato, institución o persona digna de confianza, a cuyo cargo haya estado el control de la actividad del liberado. Los condenados condenados con la reclusión accesoria por tiempo indeterminado deberán cumplirla en establecimientos federales.*

*La violación por parte del liberado de cualquiera de las condiciones establecidas en el artículo 13, podrá determinar la revocatoria del beneficio acordado y su reintegro al régimen carcelario anterior. Después de transcurridos cinco años de su reintegro al régimen carcelario podrá en los casos de los incisos 1, 2, 3 y 5 del artículo 13, solicitar nuevamente su libertad condicional”<sup>268</sup>.*

El Código penal argentino no dispone de un sistema integrado de medidas de seguridad, por lo que sólo hace uso de la pena como medio de reacción frente al delito. A pesar de ello, algunas penas -denominadas accesorias- tienen un contenido análogo al de ciertas medidas de seguridad previstas en otras legislaciones. Un ejemplo de lo anterior es el art. 52, que previene la reclusión por tiempo indeterminado (semejante a la medida de custodia de seguridad alemana) como pena accesoria para los multirreincidentes.

---

<sup>267</sup> El art. 26 se refiere a la condena condicional, que permite mediante resolución motivada dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a tres años si concurren ciertos requisitos.

<sup>268</sup> El artículo 13 regula las condiciones de la libertad condicional.

## VIII. Venezuela

### 1. Determinación e individualización de la pena

El Código penal venezolano delimita por lo general entre un máximo y un mínimo las penas señaladas para cada delito contenido en la Parte Especial (p.ej.: art. 407)<sup>269</sup>. Asimismo, contiene en su Parte General un extenso catálogo de circunstancias agravantes y atenuantes de la responsabilidad criminal que el Juez habrá de tomar en consideración en el momento de la individualización de la pena según las reglas auxiliares previstas en la propia Parte General del Código. Así, en cuanto a las atenuantes, el art. 74 contiene un catálogo de circunstancias de general aplicación que -salvo excepción legal- no permiten rebajar la pena más allá del límite inferior que señala la Ley para el delito cometido. Además, el último inciso del art. 74 contempla la posibilidad de atenuación analógica. En concreto, este artículo dispone lo siguiente:

**Artículo 74.-** *“Se considerarán circunstancias atenuantes que, salvo disposiciones especiales de la Ley, no dan lugar a rebaja especial de pena, sino a que se las tome en cuenta para aplicar ésta en menos del término medio, pero sin bajar del límite inferior de la que al respectivo hecho punible asigne la Ley, las siguientes:*

1. *Ser el reo menor de veintitún años y mayor de dieciocho cuando cometió el delito.*
2. *No haber tenido el culpable la intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo.*
3. *Haber precedido injuria o amenaza de parte del ofendido, cuando no sea de tal gravedad que dé lugar a la aplicación del artículo 67.*
4. *Cualquier otra circunstancia de igual entidad que, a juicio del Tribunal, aminore la gravedad del hecho”.*

Respecto de las circunstancias agravantes de general aplicación, el art. 77 contiene un extenso catálogo de hasta veinte circunstancias distintas, cuyos efectos vienen previstos en el art. 78, que dispone lo siguiente:

**Artículo 78.-** *“Las circunstancias enumeradas en el artículo anterior se tendrán en cuenta para el cálculo de la pena que ordena el artículo 37 en su primera parte, pero pueden dar lugar a la aplicación del máximo y también a un aumento excepcional que exceda al extremo superior de los dos que al delito asigne la Ley, cuando ésta misma disponga especialmente que en la concurrencia de alguna o algunas de dichas circunstancias se imponga una pena en su máximo o se la aumente en una cuota parte”.*

Por su parte, el art. 79 prohíbe la doble valoración tanto de las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la Ley, como de aquéllas que son de tal manera inherentes al delito que sin su concurrencia no pudiera

---

<sup>269</sup> Cfr. *Código penal de Venezuela*, según Gaceta Oficial n° 5.494, Extraordinario de 20 de octubre de 2000, ed. Vadell, Caracas, 2001.

cometerse. Además, los arts. 63 y 64 regulan el efecto de reducción sobre la pena de las eximentes incompletas; el art. 66 dispone la reducción de la pena por causa de exceso en la defensa o en el estado de necesidad; y el art. 67 regula los efectos del arrebató, obcecación, y otras circunstancias semejantes. Finalmente, es en el Título III del Libro I donde se contienen las reglas generales de aplicación de las penas, debiendo considerarse especialmente el contenido del art. 37, que determina las directrices de la individualización judicial del siguiente modo:

**Artículo 37.-** *“Cuando la Ley castiga un delito o falta, con pena comprendida entre dos límites, se entiende que la normalmente aplicable es el término medio que se obtiene sumando los dos números y tomando la mitad; se la reducirá hasta el límite inferior o se la aumentará hasta el superior, según el mérito de las respectivas circunstancias atenuantes o agravantes que concurran en el caso concreto, debiendo compensárselas cuando las haya de una u otra especie.*

*No obstante, se aplicará la pena en su límite superior o en el inferior, cuando así lo disponga expresamente la Ley, y también se traspasará uno u otro límite cuando así sea menester en virtud de disposición legal que ordene aumentar o rebajar la pena correspondiente al delito en una cuota parte, que entonces se calculará en proporción a la cantidad de pena que el Juez habría aplicado al reo si no concurriese el motivo de aumento o de la disminución. Si para el aumento o rebaja se fijaren también dos límites, el Tribunal hará dentro de éstos el aumento o rebaja respectivo, según la mayor o menor gravedad del hecho.*

*En todos estos casos se tendrá siempre presente la regla del artículo 94<sup>270</sup>”.*

## 2. Reincidencia

La principal consecuencia de la apreciación de la reincidencia en el Código penal venezolano es la agravación de la pena a imponer al reo. En ningún caso se exige el previo cumplimiento (total o parcial) de la condena anterior para su apreciación. Se debe señalar que la reincidencia no viene contemplada como una más de las circunstancias agravantes genéricas contenidas en el catálogo del art. 77, sino que dispone de todo un Título especialmente consagrado a su regulación positiva. En concreto, el Título IX del Libro I viene íntegramente dedicado a la regulación de esta agravante, y comprende un total de tres disposiciones cuyo contenido se expone a continuación:

**Artículo 100.-** *“El que, después de una sentencia condenatoria y antes de los diez años de haberla cumplido o de haberse extinguido la condena, cometiere otro hecho punible, será castigado por éste con pena comprendida entre el término medio y el máximo de la que le asigne la Ley.*

*Si el nuevo hecho punible es de la misma índole que el anteriormente perpetrado, se aplicará la pena correspondiente con aumento de una cuarta parte”.*

---

<sup>270</sup> Por su parte, el art. 94 dispone que en ningún caso excederá del límite máximo de 30 años la pena restrictiva de libertad que se imponga conforme a la Ley.

En este precepto se distingue entre la *reincidencia genérica*, que supone la comisión de un delito cualquiera por el precedentemente condenado; y la *reincidencia específica*, que supone la comisión de un delito de la misma índole que el anteriormente cometido. La consecuencia jurídica de la reincidencia genérica es menos grave que la de la reincidencia específica, toda vez que la primera no permite superar el marco penal asignado por la Ley al delito, mientras que la segunda permite superar en una cuarta parte el límite máximo de pena señalado por la Ley para el delito.

**Artículo 101.-** *“El que, después de dos o más sentencias condenatorias a pena corporal, incurriere en hecho punible que la merezca de la misma especie y sea de la misma índole, en el término indicado en el artículo anterior, será castigado con la pena correspondiente al nuevo hecho, aumentada en la mitad”.*

En este precepto se regula la *multirreincidencia específica*, esto es, la comisión de un nuevo hecho punible por el precedentemente condenado, dos o más veces, a causa de delitos de la misma índole que, además, merezcan pena corporal. En este supuesto, también es posible superar el límite máximo de pena señalado por la Ley para el delito, y en este sentido se dispone que la pena señalada por la Ley para el último de los delitos será aumentada en la mitad.

**Artículo 102.-** *“Para los efectos de la Ley penal, se consideran como delitos de la misma índole no sólo los que violan la propia disposición legal, sino también los comprendidos bajo el mote del mismo Título de este Código y aun aquellos que, comprendidos en Títulos diferentes, tengan afinidad en sus móviles o consecuencias”.*

Esta disposición hace una interpretación del concepto normativo de *delito de la misma índole* que podría calificarse como extensiva, ya que comprende no sólo los delitos iguales, sino también aquéllos que se hallan ubicados en un mismo Título, y aún aquéllos que a pesar de ubicarse en Títulos distintos presentan afinidad en sus móviles o consecuencias. Por ello, es posible afirmar que la reincidencia tiene en el Código penal venezolano un ámbito de aplicación muy extenso. Para finalizar, debe señalarse que el Código penal venezolano tampoco dispone de un sistema integrado de medidas de seguridad que puedan complementar, sustituir, o imponerse en lugar de la pena.

## Bibliografía

*Código penal de la nación argentina* (Ley 11.179). Texto ordenado por Decreto 3992/85 (B.O. 16/01/85) y modificaciones posteriores. Ed. deOf, Buenos Aires, 1997.



*Código penal de Venezuela.* Gaceta Oficial nº 5.494. Extraordinario de 20 de octubre de 2000. Ed. Vadell, Caracas, 2001.

*Code pénal suisse.* Editado por la Chancellerie Fédérale, Berna, 1998.

*Código penal alemán (StGB).* Trad. y coord. EIRANOVA ENCINAS, E., Marcial Pons editores. Madrid, 2000.

JAEN VALLEJO, M., *Los principios superiores del Derecho penal.* Dykinson, Madrid, 1999.

JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación.* 2ª Ed. corregida. Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Marcial Pons editores, Madrid, 1997.

JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal. Parte General.* Trad. por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde. Comares, Granada, 1993.

LOPES MAIA GONÇALVES, M., *Código Penal Português. Anotado e comentado.* Ed. Almedina, 15ª ed., Coimbra, 2002.

MARIN ESPINOSA CEBALLOS, E., *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales.* Comares, Granada, 1999.

MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte General.* Trad. De la 7ª ed. alemana por J. Bofill Genzsch. Astrea, Buenos Aires, 1995.

MAYAUD, Y., *Code Pénal. Annotations de jurisprudence et bibliographie.* Dalloz, 99ª Édition, 2002.

PADOVANI, T., *Códice penale. I testi fondamentali commentati con la dottrina e annotati con la giurisprudenza.* 2ª Ed., Giuffrè editore, Milano, 2000.

# TERCERA PARTE PRESUPUESTOS DOGMATICOS

## Capítulo I Teoría de la pena

### SUMARIO:

**I.** Introducción. **II.** Concepto de pena. **III.** Teorías de la pena. **IV.** Teorías absolutas: **1.** Teoría de la expiación. **2.** Teoría de la retribución: **A)** Posición de KANT. **B.)** Posición de HEGEL. **3.** Crítica a las teorías absolutas. **V.** Teorías relativas: **1.** Teoría de la prevención general negativa. **2.** Teoría de la prevención general positiva. **3.** Teoría de la prevención especial. **4.** Crítica a las teorías relativas. **VI.** Teorías de la unión: **1.** Teorías unificadoras retributivas: **A)** Teorías que otorgan preferencia a la retribución. **B)** Teorías que no otorgan preferencia a la retribución. **2.** Teorías unificadoras preventivas. **3.** Crítica a las teorías de la unión.

### **I. Introducción**

Una vez expuestos los antecedentes históricos de la reincidencia, así como las líneas maestras de su actual regulación en algunas de las legislaciones más próximas a nuestra cultura, y antes de abordar el análisis de la agravante tal y como viene configurada en la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal, resulta conveniente realizar algunas precisiones relacionadas con determinados conceptos dogmáticos susceptibles de ser entendidos de diferentes formas. Por este motivo, en esta tercera parte dedicaremos nuestra atención a exponer el actual estado de la doctrina respecto de la cuestión relativa a la justificación y a la función de la pena y de las medidas de seguridad, así como respecto del papel que generalmente se asigna a la culpabilidad y a la peligrosidad del autor en el sistema penal, todo ello con el objetivo final de establecer, razonadamente, los presupuestos esenciales de un posterior análisis dogmático.

### **II. Concepto de pena**

Como sucede en general con todas las demás circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal, el principal efecto de la reincidencia es el incremento en la pena a

imponer al reo. Precisamente por este motivo, consideramos que la cuestión relativa a la función de la pena constituye el punto de partida más lógico para abordar el estudio de los presupuestos que más tarde nos permitirán acometer el análisis de la regulación positiva de la reincidencia. Actualmente, es generalmente aceptado que tanto la pena como la medida de seguridad constituyen los dos principales instrumentos de los que se sirve el Derecho penal para cumplir con su misión. Sin embargo, lo anterior nada nos dice acerca de la función de la pena y tampoco resta dificultad a la tarea de ofrecer una definición de la pena admitida de forma unánime. Prueba evidente de la dificultad de esta última tarea, es la innumerable cantidad de ensayos que con mayor o menor acierto ha realizado la doctrina, siendo posible afirmar que prácticamente todos los autores dedicados a la ciencia del Derecho penal han intentado su propia y particular definición de la pena<sup>271</sup>. Por este motivo, no trataremos de definir ésta, sino únicamente de señalar el conjunto de características que constituyen la esencia representada por su concepto<sup>272</sup>.

En este sentido, coincidimos con JAKOBS cuando afirma que *“el contenido y la función de la pena no se pueden configurar (ni siquiera limitándose a la pena estatal) con independencia de la existencia del orden en el que se pune, ni de la comprensión de su sentido”*<sup>273</sup>. Sin embargo, a pesar de las diferencias que puedan existir teniendo en consideración la existencia de distintos

---

<sup>271</sup> Así por ejemplo la definición de GROCIO en su obra *De Iure belli ac pacis*, liber II, cap. XX, *De poenis*: “Poena est malum passionis, quod infligitur propter malum actionis”, citada por JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª Ed. corregida. Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo. Marcial Pons editores, Madrid, 1997, p. 9 - nota nº 3; o la de MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*. 5ª ed., Barcelona, 1998, p. 9: “La pena es un mal con el que amenaza el Derecho Penal para el caso de que se realice una conducta considerada como delito”; hasta dieciocho diferentes definiciones de la pena correspondientes a otros tantos autores en SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones de Derecho penal. Parte General*. Vol. I. Bosch, Barcelona, 1982, pp. 7 y 8.

<sup>272</sup> Sobre el concepto de pena, véase LANDROVE DIAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª ed. Tecnos, Madrid, 1996, pp. 17 ss.

<sup>273</sup> Vid. JAKOBS, G., *Derecho Penal...* cit., pp. 8, en cuya opinión “se trata por tanto de un problema normativo: de la asignación de un suceso perturbador a quien ha de soportar aquéllos costes que son necesarios para eliminar la perturbación”.

órdenes y de distintos entendimientos sobre los mismos<sup>274</sup>, existen ciertos rasgos comunes que nos permiten referirnos a la pena de una forma unitaria<sup>275</sup>:

- a) La pena es siempre reacción ante la infracción de una norma.
- b) Mediante la reacción siempre se pone de manifiesto que ha de observarse la norma.
- c) La reacción demostrativa siempre tiene lugar a costa del responsable por haber infringido la norma.

En un sentido semejante ya se pronunció KELSEN, en cuya opinión la técnica social que llamamos *Derecho* consiste en inducir al individuo a abstenerse de la interferencia violenta en la esfera de los intereses de los demás, gracias al empleo de un medio específico: si tal interferencia existe, la comunidad jurídica reacciona interfiriendo en la esfera de intereses del responsable de la interferencia previa<sup>276</sup>. La idea de retribución se encuentra en la base de esta técnica social y solamente en un estadio relativamente avanzado de la evolución aquélla idea es sustituida por la de prevención. Pero entonces sólo se opera un cambio en la ideología que justifica la técnica específica del Derecho, pues la técnica sigue siendo la misma<sup>277</sup>.

### III. Teorías de la pena

Las denominadas *teorías de la pena* no tratan de expresar de forma estática el significado del término, sino que más bien tratan de justificarla buscando la respuesta a

---

<sup>274</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 8, propone este autor distintos ejemplos sobre: a) la existencia del orden; y b) la comprensión del sentido de ese orden; así, un Estado con problemas de existencia (p. ej. en guerra) empleará la pena para que ésta garantice su eficacia a corto plazo (penas severas); mientras que un Estado consolidado puede asumir la infektividad de ésta a corto plazo para conseguir a largo la paz interna (evitando las penas severas con el fin de no embotar la sensibilidad ante la violencia).

<sup>275</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho Penal...* cit., p. 8, afirma que los conceptos empleados para caracterizar la pena dependen del contexto, especialmente los de “infracción de la norma” y “responsabilidad”, ilustrando su afirmación con varios ejemplos.

<sup>276</sup> De un modo semejante, KELSEN también propone definir el término *sanción* -incluyendo la civil y la penal- a partir de una serie de propiedades que él mismo considera necesarias y suficientes: a) se trata de un acto coercitivo, o sea de un acto de fuerza efectiva o latente; b) tiene por objeto la privación de un bien; c) quien lo ejerce debe estar autorizado por una norma válida; y d) debe ser la consecuencia de una conducta de algún individuo (en el ámbito penal la sanción siempre es la consecuencia de la conducta del sancionado); sobre ello *vid.* NINO, C. S., *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1983, pp. 168 ss.

<sup>277</sup> Cfr. KELSEN, H., *Teoría general del Derecho y del Estado*. Trad. García Maynez, E., 5ª reimpression, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995, pp. 7 y 8.

cuestiones tales como: “¿bajo qué condiciones es legítima la aplicación de una pena?”<sup>278</sup>; o “¿de qué manera debería surtir efecto la pena para cumplir con la misión del Derecho penal?”<sup>279</sup>. En otras palabras, las teorías de la pena tratan de encontrar una justificación adecuada al fenómeno de la pena<sup>280</sup>. Según KELSEN, constituye una peculiaridad del ser humano la de tener una profunda necesidad de justificar su conducta, la expresión de sus emociones, sus anhelos y deseos, a través de la función de su intelecto, su pensamiento y su facultad cognoscitiva<sup>281</sup>. Esto es posible, al menos en principio, en la medida en que los anhelos y deseos se refieran a medios por los cuales alguna finalidad pueda alcanzarse, pues la relación entre medios y fines es una relación de causa a efecto, y puede determinarse sobre la base de la experiencia, esto es, racionalmente. Sin embargo, de acuerdo con el estado actual de la ciencia social muchas veces ello no es posible, ya que en gran número de ocasiones no tenemos una experiencia adecuada que nos capacite para determinar en qué forma ciertas finalidades sociales pueden ser realizadas con mayor eficacia<sup>282</sup>. En consecuencia, este problema de los medios adecuados es a menudo resuelto de acuerdo con juicios subjetivos de valor, más bien que por un conocimiento objetivo de la conexión entre medios y fines, esto es, entre causas y efectos<sup>283</sup>. De ello deduce KELSEN que el problema de la Justicia, incluso como determinación de los medios adecuados para alcanzar un fin generalmente reconocido, no siempre puede ser resuelto racionalmente sobre la base de la experiencia<sup>284</sup>.

El juicio por el cual se declara que algo es un medio eficaz para un fin postulado de antemano, no es para KELSEN un verdadero juicio de valor, sino que más bien constituye un juicio relativo a la conexión entre causa y efecto, y como tal constituye un juicio sobre la realidad<sup>285</sup>. El verdadero juicio de valor es la aserción por la cual se declara que algo es un fin, un último fin que no puede servir como medio para el logro de otro fin ulterior, pues

---

<sup>278</sup> Cfr. BACIGALUPO, E. *Principios*, cit., p. 9, considera este autor que las teorías de la pena no responden a la pregunta ¿qué es la pena?, dado que el *ser* de la pena depende de la naturaleza que se le atribuya.

<sup>279</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho Penal...* cit., p. 81.

<sup>280</sup> Según ZUGALDIA ESPINAR, J.M., *Fundamentos de Derecho penal*. 3ª Ed., Valencia, 1993, pp. 59 y 60, “las llamadas teorías de la pena no son sino puntos de vista que, de una u otra forma, intentan explicar racionalmente -y legitimar o justificar- la existencia del Derecho penal, que permite que unos ciudadanos (constituídos en Jueces o Tribunales), en nombre de la sociedad, causen a sus semejantes (los que son considerados delincuentes) el daño o mal que supone (en todo caso, y por mucho que se suavice su ejecución) el sufrimiento de una pena”.

<sup>281</sup> Cfr. KELSEN, H., *Teoría general...*, cit., pp. 7 y 8.

<sup>282</sup> *Ibidem*.

<sup>283</sup> *Ibidem*.

<sup>284</sup> *Ibidem*.

<sup>285</sup> Cfr. KELSEN, H., *Teoría general...*, cit., p. 8.

semejante juicio se halla siempre determinado por factores emocionales<sup>286</sup>. En opinión de KELSEN, la justificación racional basada en la experiencia se halla excluida cuando se trata de identificar los últimos fines que ya no pueden ser medios para finalidades más elevadas<sup>287</sup>. Si la afirmación de los últimos fines aparece en la forma de postulados o normas de Justicia, éstos descansan siempre en juicios de valor puramente subjetivos y, por ende, relativos<sup>288</sup>. En opinión de KELSEN, los sistemas de valores, especialmente la moral y su idea central de la Justicia, son fenómenos colectivos, productos sociales, y por consiguiente difieren en cada caso de acuerdo con la naturaleza de la sociedad en cuyo seno surgen<sup>289</sup>.

A la vista de lo anterior, es posible afirmar que la respuesta a los problemas de legitimación que plantea la pena se halla estrechamente vinculada con la función legítima que asignemos al Derecho Penal. Y así coincidimos con BACIGALUPO cuando afirma que “*toda teoría de la pena es una teoría de la función que debe cumplir el Derecho penal*”<sup>290</sup>. Por otra parte, la función del Derecho penal está estrechamente vinculada con las concepciones relacionadas con su legitimidad. Si se piensa que el Estado tiene por objeto la realización de una cierta idea metafísica de Justicia, como pudiera ser la que la identifica con la “*constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo*”<sup>291</sup>, entonces el Derecho penal podrá ser entendido como un instrumento al servicio del valor Justicia así concebido. Por el contrario, si se considera que el fin legítimo del Estado no es la realización de un determinado ideal de Justicia en el mundo, sino tan sólo la consecución de la *mayor felicidad para el mayor número*, entonces será posible justificar el Derecho penal en razón de su utilidad social<sup>292</sup>. En este

---

<sup>286</sup> Ibidem.

<sup>287</sup> Ibidem.

<sup>288</sup> Ibidem.

<sup>289</sup> Cfr. KELSEN, H., *Teoría general...*, cit., p. 9, en cuya opinión “la circunstancia de que muchos individuos coincidan en sus juicios estimativos no prueba que tales juicios sean correctos. Del mismo modo, la circunstancia de que un gran número de gente crea o haya creído que el sol gira alrededor de la tierra, no es ni era una prueba de la verdad de dicha idea”.

<sup>290</sup> Cfr. BACIGALUPO, E. *Principios*, cit., p. 7; en semejante sentido MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*. Bosch. 2ª Ed. Barcelona, 1982, p. 15, para quien la función de la pena “constituye un tema inevitablemente valorativo, opinable, pues, y sustraído a la posibilidad de una respuesta independiente del punto de vista que se adopte ante la cuestión de la función a atribuir al Estado”.

<sup>291</sup> Cfr. CATHREIN, V., *Filosofía del Derecho*, 7ª ed., Reus, Madrid, 1958, pp. 43 y 44, que responde a la fórmula clásica de ULPIANO, recogida en la *Instituta* y en las *Pandectas* que fue comúnmente adoptada por los juristas y teólogos posteriores: “Iustitia est perpetua et constans voluntas ius suum cuique tribuendi”.

<sup>292</sup> Vid. sobre ello BACIGALUPO, E. *Principios*, cit., p. 8.

sentido, KELSEN afirma que la tendencia a identificar Derecho y Justicia es la tendencia a justificar un orden social dado, y que esta tendencia no es científica sino política<sup>293</sup>.

Las denominadas *teorías de la pena* han tratado de ofrecer, a partir de distintos puntos de vista y desde los albores de la moderna ciencia del Derecho penal, una adecuada explicación sobre las condiciones en las resulta legítimo recurrir a ella<sup>294</sup>. Sin embargo, más que verdades o falsedades en sentido científico estricto, estas construcciones contienen conclusiones sobre los principios legitimantes y el contenido de la pena, que a pesar de hallarse fundamentadas en la razón no resulta posible verificar empíricamente<sup>295</sup>. Como sucede en otras ramas de la ciencia jurídica, la dogmática penal precisa en ocasiones enunciar proposiciones indemostrables, que se dan por verdaderas en el seno de una teoría y de las que se derivan deductivamente el resto de las proposiciones del sistema lógico que esa misma teoría desarrolla. Estos primeros principios no son susceptibles de ser verificados mediante la experiencia, por ello BACIGALUPO sostiene que en realidad las teorías de la pena no son tales en sentido científico estricto, sino que más bien enuncian principios o axiomas legitimantes cuya función en la ciencia del Derecho penal es la de fundamentarlo en último término<sup>296</sup>.

Desde el punto de vista de la teoría pura del Derecho de KELSEN, que distingue claramente entre Derecho empírico y Justicia trascendente, el problema de la Justicia queda fuera de la ciencia del Derecho positivo y debe ser resuelto por la filosofía de la Justicia<sup>297</sup>. Según este autor, no es posible en absoluto responder científicamente a la cuestión de si un

---

<sup>293</sup> Cfr. KELSEN, H., *Teoría general...*, cit., p. 6.

<sup>294</sup> Vid. en este sentido véase BACIGALUPO, E. *Principios de Derecho penal. Parte General*. 4ª ed. Akal/Iure, Madrid, 1997, pp. 8 y 9; asimismo ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Trad. de la 2ª ed. alemana por Luzón Peña, D.M., Díaz y García-Conlledo, M., Vicente Remesal, J. Civitas, Madrid, 1997, p. 81.

<sup>295</sup> Vid. NINO, C. S., *Introducción al análisis del Derecho...*, cit., pp. 319, sabemos que una teoría científica puede definirse, en general, como aquella que estructura de forma sistemática y racional los datos observacionales de algún aspecto de la naturaleza, de la sociedad, de la cultura o del espíritu, ofreciendo interpretaciones ordenadas de los mismos, pues bien, éste autor considera la vaguedad de la palabra “ciencia” en el lenguaje ordinario, y citando a MAX BLACK llama nuestra atención sobre la particularidad de cada una de las ramas de la ciencia: la astronomía no hace experimentación, las matemáticas no hacen observación, etc...; por ello propone no dar una respuesta rápida y simple a la pregunta sobre el carácter científico de la jurisprudencia.

<sup>296</sup> Cfr. BACIGALUPO, E. *Principios*, cit., p. 9.

<sup>297</sup> Según esto, el objeto específico de la ciencia jurídica es el Derecho real o positivo, en oposición a un Derecho ideal, meta de la política. En opinión de KELSEN, H., *Teoría general...*, cit., Prólogo VI y VII, únicamente separando la teoría pura del Derecho de la filosofía de la justicia (cuyo objeto es cómo el Derecho “debe ser”) y de la sociología (cuyo objeto es el comportamiento de los hombres tal y como “es” en la realidad natural), resulta posible establecer una ciencia jurídica específica (que estudie como el Derecho “es”; y como el comportamiento de los hombres “debe ser”).

determinado Derecho es justo o no lo es, y tampoco al problema de cuál sea el elemento esencial de la Justicia<sup>298</sup>. La solución a estos problemas no viene dada de la mano del conocimiento racional basado en la experiencia, sino que implica un juicio de valor determinado por factores emocionales y tiene, por ende, carácter relativo. En síntesis, KELSEN considera que la Justicia es un ideal inaccesible al conocimiento humano<sup>299</sup>, y por este motivo concluye que todas las fórmulas de la Justicia tienen por objeto la justificación del orden jurídico positivo: “permiten que cualquier orden positivo deseado por nosotros aparezca como justo”<sup>300</sup>.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, es posible afirmar que la opción entre las diversas teorías de la pena es *libre*<sup>301</sup>. En todo caso y por razones de método, la elección de una u otra teoría de la pena es una decisión que conviene adoptar cuanto antes, pues los postulados de la teoría elegida van a operar como los primeros principios de una argumentación tendente, si no a demostrar, si al menos a persuadir al interlocutor de que no resulta adecuado desde un punto de vista dogmático reaccionar frente al reincidente mediante una agravación de la pena, resultando preferible orientar la reacción penal hacia el terreno de las medidas de seguridad, siempre y cuando en el autor reincidente concurra peligrosidad criminal<sup>302</sup>.

#### IV. Teorías absolutas

Las teorías absolutas rechazan predicar de la pena una finalidad relacionada con la realidad social, pues aquélla es considerada de un modo absoluto, esto es, desprendida de

---

<sup>298</sup> Cfr. KELSEN, H., *Teoría general...*, cit., p. 6.

<sup>299</sup> Cfr. KELSEN, H., *Teoría general...*, cit., p. 15 a 17, para quien sólo en el sentido de legalidad puede el concepto de la Justicia entrar en el ámbito de la ciencia jurídica. Justicia es en este sentido legalidad; justo es que una regla general sea efectivamente aplicada en aquellos casos en que, de acuerdo con su contenido, debe aplicarse; injusto sería que la regla fuese aplicada en un caso y dejase de aplicarse en otro similar. Y esto parece injusto independientemente de cuál sea el valor intrínseco de la regla general cuya aplicación es examinada. Justicia en el sentido de legalidad, es una cualidad que no se refiere al contenido de un orden positivo, sino a su aplicación.

<sup>300</sup> Cfr. KELSEN, H., *Teoría general...*, cit., p. 6.

<sup>301</sup> Vid. en este sentido ZUGALDIA ESPINAR, J.M., *Fundamentos de Derecho penal*. 3ª Ed., Valencia, 1993, p. 89, para quien “la opción en favor de alguna de las teorías de la pena es, lógicamente, libre”.

<sup>302</sup> En este sentido, utilizamos la argumentación para persuadir, para plantear nuestro punto de vista como preferible a otros; aunque en el campo de los valores la argumentación no tenga la fuerza para convencer, ya que en el resbaladizo terreno de la teoría de la pena no es posible imponer conclusiones con la necesidad de la demostración o con la irrefutabilidad del experimento; sobre ello véase LUMIA, G. *Principios de teoría e ideología del Derecho*. Trad. de Ruíz Miguel, A., 8ª reimpresión. Debate, Madrid, 1985, p. 142.



toda función social<sup>303</sup>. Agrupadas bajo el término latino *absolutus*, cuyo significado es equivalente al término *desvinculado*, los partidarios de estas concepciones no buscan en la pena la consecución de un determinado fin en el campo de lo empíricamente demostrable<sup>304</sup>, ya que la pena tiene en sí misma un valor propio e independiente de toda finalidad según la fórmula *poena absoluta est ab effectu*<sup>305</sup> que agota su contenido al provocar en el autor un mal que compense el mal por él causado libremente<sup>306</sup>. Según estas teorías, la pena será legítima siempre que constituya la justa retribución de una lesión cometida culpablemente<sup>307</sup>.

Como punto de partida, los partidarios de estas teorías asignan al Derecho penal una función metafísica, consistente en la realización de un determinado ideal abstracto de Justicia<sup>308</sup>. De forma consecuente con lo anterior, la pena encuentra su justificación en la idea de Justicia<sup>309</sup>. Así concebida, la pena es la realización de la Justicia entendida como necesidad moral (KANT); o la realización de la Justicia entendida como afirmación del

---

<sup>303</sup> Cfr. LESCH, H., *La función de la pena*. Dykinson, Madrid, 1999. p. 5.

<sup>304</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho Penal...* cit., p. 82; también en el mismo sentido JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 20.

<sup>305</sup> Según ROXIN, C., *Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad*. Trad. de Patricia S. Ziffer y Daniel R. Pastor en la obra *Determinación judicial de la pena*. Del Puerto Editores, Buenos Aires, 1993, p. 16: “Se encuentra discutido si, según esta teoría, se puede caracterizar a la retribución justa como *fin* de la pena. Con frecuencia, la pena retributiva es caracterizada como *libre de finalidad*, y se ve en la compensación de la culpabilidad sólo su *sentido* o *esencia*. La decisión de la cuestión depende de si el concepto de fin es considerado como aplicable sólo a objetivos sociales, empíricos, o si lo es también a la realización de una dea (de Justicia). Si se responde afirmativamente a la segunda posibilidad, lo cual es una cuestión puramente terminológica, puede decirse sin objeciones que la teoría absoluta ve el *fin* de la pena en la retribución justa”.

<sup>306</sup> Cfr. BACIGALUPO, E. *Principios...*, cit., p. 9; LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p. 8.

<sup>307</sup> Cfr. BACIGALUPO, E. *Principios...*, cit., p. 9: “La lesión del orden jurídico cometida libremente presupone un abuso de la libertad que es reprochable, y por lo tanto, culpable. El fundamento de la pena será exclusivamente la Justicia o la necesidad moral. Las teorías absolutas, en consecuencia, legitiman la pena si ésta es Justa. La pena necesaria, para estas teorías, será aquella que produzca al autor un mal (una disminución de sus derechos) que compense el mal que él ha causado libremente”.

<sup>308</sup> Vid. BACIGALUPO ZAPATER, E. *Principios...*, cit., p. 7.

<sup>309</sup> Aparece entonces el problema de la Justicia proporcional, auténtico principio rector para determinar la medida de la pena en las teorías retributivas. Según VON LISZT, F. *La idea del fin en el Derecho Penal. Programa de la Universidad de Marburgo, 1882*. Trad. de Pérez del Valle, C., e Introducción de Zugaldía Espinar, J.M., Comares, 1995, p. 74 ss., la “Justicia absoluta” como ideal metafísico, no existe, y por consecuencia no sirve como criterio orientador en la medida de la pena. La idea de Justicia proporcional a la que -como medida de la pena- hacen referencia las teorías absolutas depende por completo del concreto sistema penal ante el que nos encontremos, no es absoluta: “Si se me proporciona el sistema penal, yo proporcionaré la Justicia. Sin embargo, a partir de esa “Justicia” no es posible conocer cuál sea el sistema de penas que haya de ser adoptado”; asimismo *vid.* MEYER, H., *Lehrbuch*, 3ª Ed., p. 15: “Además, la magnitud de la pena es asunto de apreciación del legislador (...)”, citado por VON LISZT, F. *La idea del fin...*, cit., p. 75 nota nº 62.

imperio del Derecho (HEGEL)<sup>310</sup>. El contenido de las teorías absolutas se puede sintetizar en la conocida fórmula latina *punitur, quia peccatum est*, cuyo significado es que el castigo se impone al culpable de una forma retrospectiva *porque ha delinquido*<sup>311</sup>. Desde este punto de vista, tanto el *sí* de la pena, como su *medida* o límite máximo, se configuran de una forma absoluta, esto es, atendiendo exclusivamente a la circunstancia de que se ha lesionado una norma<sup>312</sup>. Consecuencia lógica de esta concepción absoluta es que la *utilidad*, entendida como posibilidad de obtener un determinado provecho social a través de la pena, queda totalmente excluida de su fundamentación jurídica, de modo tal que sólo será legítima la pena justa aunque no sea útil<sup>313</sup>. Se debe precisar, sin embargo, que la ausencia de utilidad social no significa que la pena carezca de contenido, pues para los partidarios de las teorías absolutas el contenido de la la pena es precisamente la realización de un determinado ideal de Justicia<sup>314</sup>.

En general, los partidarios de las teorías absolutas admiten que la pena sólo será legítima si supone la justa retribución de una lesión cometida culpablemente, esto es, si la infracción de la norma penal por parte del hombre libre puede serle reprochada como un abuso de tal libertad<sup>315</sup>. Por ello, la pena justa será sólo aquella que inflinja al culpable un mal que compense la lesión libremente causada<sup>316</sup>. De lo anterior, se deduce el importante papel que juega la idea de libertad en la configuración de la responsabilidad jurídico-penal

---

<sup>310</sup> Cfr. MARIN ESPINOSA CEBALLOS, E., *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*. Comares, Granada, 1999, p. 143; asimismo ZUGALDIA ESPINAR, J.M., *Fundamentos...*, cit, p. 67, que presenta a KANT como ejemplo de la retribución en sentido moral y a HEGEL en sentido jurídico; en el sentido de considerar tanto la doctrina de KANT como la de HEGEL dentro de las teorías de la retribución moral, *vid.* la cita de CATTANEO que hace ALVAREZ GARCIA, F.J., *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*. Comares, Granada, 2001, p. 91, nota nº 197.

<sup>311</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho Penal...* cit., p. 20, las fórmulas se remontan a *Protágoras*; su forma actual se debe a *Grocio*, que a su vez parte de una sentencia de *Séneca*: “Nam, ut Plato ait, nemo prudens punit quia peccatum est, sed in peccetur. Revocari enim praeterita non possunt, futura prohibentur”.

<sup>312</sup> *Ibidem*.

<sup>313</sup> En este sentido BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 9.

<sup>314</sup> Vid. LESCH, H., *La función de la pena...*, cit. p. 9; BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios...*, cit. p. 9; según MIR PUIG, S., *Derecho Penal...* cit., pp. 47 y 48, la función de realización de la Justicia “se funda en una exigencia incondicionada -ya sea religiosa, moral o jurídica- de Justicia, puesto que ésta no puede depender de conveniencias utilitarias relativas de cada momento, sino que se impone con carácter *absoluto*”.

<sup>315</sup> BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 9; en el mismo sentido ZUGALDIA ESPINAR, J.M., *Fundamentos...*, cit, p. 67.

<sup>316</sup> Vid. LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p. 5: “la concepción de las teorías absolutas permanece unida al principio de compensación de la culpabilidad -*punitur, quia peccatum est*”.

según la concepción absoluta de la pena en cualquiera de sus orientaciones. A continuación, estudiaremos las dos principales direcciones seguidas por las teorías absolutas de la pena:

## 1. Teoría de la expiación

La pena como expiación moral supone una reconciliación del delincuente consigo mismo, con el ordenamiento quebrantado y con la comunidad<sup>317</sup>. Así concebida, la pena no sólo supone el libre arrepentimiento del culpable, sino que además este acto de contricción sea aceptado por el grupo social como redención, esto es, como liberación de su culpa<sup>318</sup>. Actualmente, no puede ser defendida como una función principal de la pena la de estimular la disposición del autor a la expiación. Así, en un sentido crítico se manifiesta JAKOBS, para quien la expiación supone el reconocimiento activo de la norma y exige la *“comprensión por parte del autor del injusto realizado, así como de la necesidad de la pena, con la consecuencia de una reconciliación con la sociedad”*, pero *“no constituye motivo para no punir”*, de lo que deduce que la expiación no puede servir como justificación de la pena<sup>319</sup>.

Otra crítica a estas teorías la pone de manifiesto LESCH, al considerar que un Estado secularizado, neutral, y respetuoso con el fuero interno del individuo, no puede obligar a la persona autónoma a realizar un acto de contricción que depende de su disposición psíquica individual y que ha de producirse en lo más profundo de su ser<sup>320</sup>. Como conclusión de todo lo anterior, podemos afirmar que si bien la pena puede posibilitar la expiación, ésta no se ha de pretender con carácter forzoso si se pretende ser respetuoso con el fuero interno del individuo<sup>321</sup>. Por esta razón, la expiación moral no puede justificar la pena aunque, según JAKOBS, sí que *“puede contribuir a la legitimación de la pena como efecto secundario”*<sup>322</sup>.

---

<sup>317</sup> Cfr. LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p.7.

<sup>318</sup> Cfr. LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p.7 y 8; asimismo sobre la diferencia entre retribución y expiación *vid.* ALVAREZ GARCIA, F.J., *Consideraciones...*, cit., p. 87, nota nº 191.

<sup>319</sup> JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 25; en idéntico sentido LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p. 8: “Además hay que tener en cuenta que en la sociedad actual no se reconoce carácter exculpativo a la expiación del delincuente sometido a pena”.

<sup>320</sup> Cfr. LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p. 8, así frente a un autor que no muestre el más mínimo sentimiento de culpabilidad, fallaría por tanto de raíz la función de la pena. La cita pertenece a SCHMIDHAÜSER, *Vom Sinn der Strafe*, p. 46; y KÖHLER, *Der Begriff der Strafe*, p. 67.

<sup>321</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 25, esto implicaría que si bien la pena puede alentar la expiación, no ha de imponerla forzosamente.

<sup>322</sup> En este sentido JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 25, quien propone propone como otro ejemplo de efecto secundario de la pena privativa de libertad “el aseguramiento del autor”.

## 2. Teoría de la retribución

La teoría de la retribución parte de dos postulados básicos. En primer lugar, se afirma que la pena no debe garantizar el estado real de la sociedad, sino la realización de la Justicia entendida como necesidad moral o como imperio del Derecho. Y en segundo lugar, que la pena no puede servirse del individuo como medio para fomentar el bien de los demás<sup>323</sup>. Desde un punto de vista histórico, son KANT Y HEGEL los que sentaron los fundamentos de las teorías de la retribución.

### A. Posición de KANT

Como punto de partida, considera KANT (1724-1804) al hombre como un fin en sí mismo, razón por la cual niega toda posibilidad de utilizarlo como si fuera un instrumento al servicio del grupo social<sup>324</sup>. Según este principio, la pena no puede ser impuesta como medio para procurar una utilidad a la sociedad civil (prevención) o al propio delincuente (expiación), sino que debe ser impuesta como necesidad moral porque se ha delinquido: *quia peccatum est*<sup>325</sup>. A pesar de que algunos autores consideran que concebida de esta manera, la pena se configura como un fin en sí misma, esto es, *absolutus a finibus*<sup>326</sup>, también resulta posible pensar que según KANT la pena tiene como finalidad alcanzar una determinada idea de Justicia, o lo que es lo mismo, que la función de la pena es precisamente la realización de la Justicia a través del restablecimiento del orden moral que ha sido perturbado por el delito<sup>327</sup>.

---

<sup>323</sup> Vid. JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 20; asimismo ZUGALDIA ESPINAR, J.M, *Fundamentos...*, cit, p. 68, considera como una característica propia de las teorías absolutas la de entender que la pena, al ser una exigencia de valores absolutos, tiene que ejecutarse siempre y en su totalidad: “la no ejecución de la pena, o su ejecución solamente parcial, es inimaginable en el contexto teórico de las teorías absolutas de la pena por cuanto ello frustraría las exigencias irrenunciables de la Justicia o el Derecho”; sobre la irrenunciabilidad a la pena en las teorías absolutas ALVAREZ GARCIA, F.J, *Consideraciones...*, cit., p. 92.

<sup>324</sup> Cfr. KANT, *Grundlegung zur Metaphysic der Sitten*, p. 52, citado por LESCH, H. *La función de la pena...*, cit., p. 9: “El imperativo práctico es por tanto el siguiente: actúa de tal manera que nunca utilices la humanidad como mero instrumento ni en tu persona ni en la persona de los demás, sino siempre como fin”; asimismo véase KANT, I, *Introducción a la teoría del Derecho. Introducción a la metafísica de las costumbres*. Trad. por F. González Vicen. Marcial Pons, Madrid, 1997.

<sup>325</sup> Si lo que se persigue es la prevención general o especial se trata a la persona como un medio para los propósitos de otro; en este sentido JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 21.

<sup>326</sup> Así por ejemplo SCHOPENHAUER, *Die Welt als Wille und Vorstellung*, p. 411; SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, p. 17; y GÖSSEL, *FS Pfeiffer*, P. 14; citados todos ellos por LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., pp. 5 y 9.

<sup>327</sup> Sin embargo, es posible pensar que la teoría dejaría de ser absoluta en el caso de asignar a la pena una función, cualquiera que fuera ésta, incluso la de realizar la justicia

Para comprender la teoría de la pena defendida por KANT, se ha de indicar que parte de una ética deontológica o formalista, según la cual el orden moral puro es un orden formal y autónomo<sup>328</sup>. Se trata de un orden objetivo *a priori*, universal y necesario, de un estado ideal, extraestatal, y metafísico, que sólo por medio de la razón práctica resulta accesible al conocimiento humano<sup>329</sup>. La razón impone la adecuación del comportamiento moral a la Ley práctica<sup>330</sup>, por lo que la acción que transgrede esta última debe ser vista como un quebrantamiento del orden ideal, desequilibrio que ha de ser restablecido de forma incondicional e indefectible a través de la pena<sup>331</sup>. La pena es por tanto una exigencia de la Ley moral que no puede impedir el injusto ya concluído en la realidad, sino que tiende exclusivamente a la eliminación de la perturbación del estado ideal que implica la transgresión de la norma. Según esto, el restablecimiento del orden moral tiene lugar mediante la causación de un mal que resulte proporcionado al mal previamente causado según la fórmula clásica *quia peccatum est*<sup>332</sup>. Con el objeto de ilustrar la idea de que la pena es una exigencia de la Ley moral, concebida ésta como un *imperativo categórico*<sup>333</sup>, propone KANT el conocido ejemplo de que aún en el caso de que una sociedad civil decidiera disolverse de mutuo acuerdo dispersándose sus miembros por todo el mundo, sería necesario ejecutar antes al último de los asesinos que se encontrara en prisión, pues de lo

---

<sup>328</sup> Vid. AMERIO, F. *Historia de la Filosofía*, Madrid, 1954, p. 353 y 354, la moral kantiana es puramente *formal*, es decir, para ella la moralidad depende de la forma y no del contenido de la Ley moral; además es *autónoma*, esto es, que tiene su origen último en la misma razón (no en Dios).

<sup>329</sup> En este sentido LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p. 9.

<sup>330</sup> Vid. sobre el particular AMERIO, F. *Historia de la Filosofía...*, cit., p. 353, según su propia concepción formal y autónoma de la moral, KANT afirma que el hombre obra moralmente cuando observa la Ley y, además, cuando observa la Ley exclusivamente por la Ley; Asimismo, y partiendo de considerar que la Ley es Ley por su forma y no por su contenido, distingue KANT entre legalidad y moralidad: a) obra *legalmente* el que hace lo que la Ley manda, pero por motivos ajenos a la Ley; por contra, b) obra *moralmente* no sólo el que hace lo que la Ley manda, sino el que lo hace porque la Ley lo manda; Como quiera que obrar por la ley quiere decir ser movidos en el obrar por la *forma* legislativa, no obra moralmente el que da limosna conmovido por las miserias de otros, sino el que lo hace porque está mandado, porque tal acción está formulada imperativamente.

<sup>331</sup> Cfr. LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p. 10.

<sup>332</sup> Cfr. LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p. 10; en las pp. 50 y 51, propone una *teoría funcional retributiva y compensadora de la culpabilidad* liberada del idealismo que va asociado a ella y en la que la pena derive su legitimidad de la legitimidad del orden mismo para cuyo sostenimiento se impone.

<sup>333</sup> Vid. AMERIO, F. *Historia de la Filosofía...*, cit., p. 352, la ley moral tomada en sí misma como pura ley, es *a priori*, y se puede enunciar así: “Obra de manera que la norma de tu acción pueda ser el principio de una legislación universal”; se denomina *imperativo* para distinguir el mandato de la ley moral de toda forma mitigada de exhortación, solicitud, invitación, etc; y *categórico* en contraposición a condicionado, porque la ley moral no pone condición alguna a su mandato, no lo subordina a ninguna hipótesis; asimismo *vid.* JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 21; en el mismo sentido QUINTERO/MORALES/PRATS, *Manual de Derecho Penal, Parte General*. 2ª Ed. Aranzadi, 2000, p. 118.

contrario el pueblo sería “cómplice en la vulneración pública de la Justicia”, y si la Justicia desapareciera “ya no tendrá valor alguno que vivan los hombres sobre la tierra”<sup>334</sup>.

Según KANT, el contenido y la magnitud de la pena habrán de ser determinados según el *principio del talión* (si ha matado, debe morir)<sup>335</sup>, pues sólo el principio de igualdad imaginado como la balanza de la Justicia y entendido como compensación del mismo género, es susceptible de convertir la Justicia pública en medida indicativa<sup>336</sup>. En cuanto a la justificación de la pena, KANT parte de una premisa indeterminista según la cual el hombre es concebido como un ser libre y por consecuencia responsable de sus actos<sup>337</sup>. La pena no es en este contexto teórico más que la consecuencia necesaria del mal uso que el Hombre hace de su libertad. De este modo, la pena se justifica a partir de la culpabilidad del autor que se compensa mediante la imposición de un mal<sup>338</sup>. Finalmente, y a pesar de que pueda ser fácilmente deducido a partir de los anteriores planteamientos, se debe recordar que KANT no concibe el delito como un menoscabo material de los bienes o derechos de otro, sino como una lesión inmaterial del orden moral racional, razón por la cual la eliminación de la perturbación a través de la pena no supone necesariamente la restitución de las relaciones externas o materiales originalmente quebrantadas<sup>339</sup>.

---

<sup>334</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 21; LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., pp. 9 y 10.

<sup>335</sup> Sobre la diferencia entre retribución y venganza, *vid.* ALVAREZ GARCIA, F.J., *Consideraciones...*, cit., p. 88.

<sup>336</sup> Cfr. LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p. 11; en idéntico sentido JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 21; sobre la relación de KANT con el talión véase también ALVAREZ GARCIA, F.J., *Consideraciones...*, cit., p. 95, según este autor KANT no postula un principio de igualdad real entre delito y castigo, como tradicionalmente se ha entendido, sino un principio de igualdad simbólica.

<sup>337</sup> La *libertad* es una exigencia de la razón práctica, un *postulado* de la Ley moral. Sobre la libertad del querer según KANT, véase AMERIO, F. *Historia de la Filosofía...*, cit., p. 355: “Es evidente que si yo debo, puedo; el imperativo del deber resonaría en vano si no se diera ese poder, es decir, la libertad.

<sup>338</sup> Vid. ZUGALDIA ESPINAR, J.M., *Fundamentos...*, cit., p. 67: “desde este punto de vista, la pena - retribución o pago por el mal uso de la libertad- es porque debe ser, porque debe imperar la Justicia”; como ejemplo de esta construcción, cita asimismo el autor un pasaje de la sentencia del Gran Senado penal de la Corte del Tribunal Federal Alemán del año 1952, que dice: “La pena presupone culpabilidad. Culpabilidad es reprochabilidad. El fundamento interior del reproche de culpabilidad consiste en que el hombre dispone de una capacidad libre, responsable y moral de autodeterminación y que, por lo tanto, puede decidirse por el derecho contra su negación”; asimismo MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 143.

<sup>339</sup> Posteriormente HEGEL distinguiría entre injusto penal (lesión del Derecho como Derecho) e injusto civil (lesión del Derecho sólo como *existencia externa*); sobre ello véase LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p. 11.

## B. Posición de HEGEL

Tomando también como punto de partida la fórmula *punitur quia peccatum est*, aunque asignando a la pena un contenido más allá del puro talión, HEGEL (1770-1831) propone un concepto de pena cuyo contenido sea algo más que un mal que se impone porque se ha causado otro mal<sup>340</sup>. Para ello, parte de considerar el delito no sólo como un ataque a una forma de *existencia jurídica externa* (p.ej.: la propiedad, o la vida), sino además, como una ataque dirigido frente a la propia *existencia del Derecho*<sup>341</sup>. A partir de esta concepción bifrente del delito, HEGEL concluye que la pena como reacción ante la lesión producida en las formas de *existencia externa* llega siempre demasiado tarde, y sólo la restitución civil puede reparar el daño causado por una tal lesión. Como conclusión lógica del anterior planteamiento, afirma HEGEL que el Derecho penal no debe dirigirse a subsanar las consecuencias externas del delito -piénsese por ejemplo en los supuestos delictivos que no causan un daño externo, como la tentativa o los actos preparatorios punibles-, sino que debe orientarse hacia la superación dialéctica del ataque a la propia *existencia del Derecho* que el delito supone<sup>342</sup>.

La comisión de un delito es pues considerada como una afirmación de lo injusto por parte del delincuente, que pretende imponer su voluntad particular frente a la voluntad general<sup>343</sup>. Este ataque a la *existencia del Derecho* constituye algo negativo (a pesar de que la procedencia de un ser racional le confiera una apariencia externa de validez), y sirve de fundamento para que la pena salga a su encuentro dentro de un proceso dialéctico como la *negación de tal negación*, proceso que resultará finalmente en la afirmación y el *restablecimiento del Derecho*<sup>344</sup>. De este modo, HEGEL considera delito y pena en una relación dialéctica de discurso y réplica, de forma tal que el mal en que la realidad empírica de la pena consiste sea equivalente al del delito mismo. La imposición de la pena equivale a la negación de la ley particular proclamada por el delincuente al realizar el delito (negación de la negación), por lo que con ella queda superado el delito y restablecido el Derecho<sup>345</sup>. Se debe precisar

---

<sup>340</sup> Véase HEGEL, G.W., *Principios de la filosofía del Derecho*. Trad. Por J.L. Vermal. Edhasa, Barcelona, 1999.

<sup>341</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 23.

<sup>342</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., pp. 12 y 13.

<sup>343</sup> Cfr. HEGEL, G.W., *Principios...*, cit., parágrafo nº 99.

<sup>344</sup> Cfr. HEGEL, *Principios...*, cit., parágrafos nº 99 y 100; sobre ello también JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 23.

<sup>345</sup> Cfr. HEGEL, G.W., *Principios...*, cit., parágrafos nº 97, 100 y 101; asimismo LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p. 16.

que esta secuencia es absoluta, ya que el Derecho ha de ser necesariamente, siempre, Derecho impuesto<sup>346</sup>, y que la pena ya no se configura entonces como un imperativo categórico, esto es, como una necesidad moral, sino como parte necesaria de un proceso dialéctico dirigido a restablecer el imperio del Derecho<sup>347</sup>.

Según HEGEL, desde un punto de vista *subjetivo-formal* la pena retributiva se justifica a partir de la naturaleza de ser racional del que comete el injusto, pues a diferencia de los actos de los animales, en toda acción humana siempre late lo racional que, en el caso de la acción injusta es sólo una racionalidad formal y aparente. La acción del delincuente tiene en consecuencia la apariencia de algo racional, y contiene un principio que declara como general que está permitido delinquir (p.ej: el que mata declara que está permitido matar). Así, el delincuente mediante su acción formula una Ley en la que él mismo se reconoce, pudiendo por tanto ser subsumido bajo ella como bajo su propio Derecho: lo mismo que él ha hecho le debe suceder a él, pues se trata de su voluntad, de su propia ley<sup>348</sup>. De esta manera, se reconstruye de nuevo la igualdad que él ha quebrantado. Según HEGEL, el delincuente otorga su consentimiento para el castigo mediante la realización libre de su propio hecho, por ello y como la pena contiene el propio Derecho promulgado y reconocido por el delincuente, ésta le “*honra como un ser racional (...) reconociendo su propia voluntad como ley*”<sup>349</sup>. Al igual que en KANT, la concepción del hombre como un ser racional y libre, lleva a HEGEL a establecer una relación sinalagmática entre la libertad individual y la responsabilidad personal, de modo tal que quien reclama para sí un ámbito de libertad, debe asumir la responsabilidad por las consecuencias que se deriven de su forma de administrar esa misma libertad. Como quiera que la libertad sin responsabilidad no es verdadera libertad -sino mero arbitrio subjetivo-, existe una relación bilateral y recíproca entre libertad y culpabilidad jurídico-penal<sup>350</sup>.

Además de justificar la pena de una forma *subjetivo-formal* frente al delincuente mismo (retribución positiva), propone HEGEL una legitimación *objetiva* de la pena como *en sí*

---

<sup>346</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 23.

<sup>347</sup> Vid. sobre ello QUINTERO/MORALES/PRATS, *Manual de Derecho penal...*, cit. p. 118.

<sup>348</sup> Cfr. HEGEL, G.W., *Principios...*, cit., parágrafo nº 101.

<sup>349</sup> Cfr. HEGEL, G.W., *Principios...*, cit., parágrafo nº. 100; en semejante sentido KANT en su obra *Die Methaphysic der Sitten*, B 232: “La pena es sufrida por alguien, no porque él la haya querido, sino porque ha querido la acción punible. En efecto, no existe pena cuando a uno le sucede lo que él quiere, y es imposible querer ser penado”; sobre la concepción hegeliana de la pena como un *derecho del culpable* véase ALVAREZ GARCIA, F.J., *Consideraciones...*, cit., p. 91.

<sup>350</sup> Cfr. LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p. 16.



*misma justa* lo que se logra mediante la *superación del delito* (retribución negativa). La pena se justifica entonces a partir de la necesaria afirmación del Derecho y es porque *debe ser*, porque para el mantenimiento del orden ideal y metafísico previo, accesible mediante la razón, debe imperar el Derecho<sup>351</sup>. La pena queda pues definida como una réplica que elimina la perturbación y confirma simbólicamente el orden, esta confirmación simbólica del ordenamiento posee según LESCH dos dimensiones<sup>352</sup>:

a) Una dimensión *histórico-dialéctica*, para cuya explicación parte HEGEL de la necesidad *interna* de la pena, entendida ésta como la que trata del mantenimiento del Derecho en cuanto Derecho<sup>353</sup>. El Derecho según HEGEL es un concepto cuyo contenido se fundamenta en la razón, pues su existencia deriva de un orden previo sólo accesible mediante la razón<sup>354</sup>. Como el Derecho es absoluto, no puede ser eliminado, por ello el injusto se concibe como una fase histórica o un *momento del Derecho*<sup>355</sup>. Así, si se considera el delito como algo negativo y nulo por ir contra el Derecho absoluto, la pena puede configurarse como una réplica capaz de neutralizar ese acto nulo, como la negación de la negación en que el delito consiste. De esta manera, se proclama la existencia y validez del Derecho<sup>356</sup>, pues la pena niega el delito y afirma el Derecho que a su vez había sido previamente negado por el delito<sup>357</sup>.

---

<sup>351</sup> Vid. en este sentido ZUGALDIA ESPINAR, J.M, *Fundamentos...*, cit, p. 67: “La teoría de la retribución jurídica considera que como el delito es la negación del derecho y la pena la negación del delito, la pena viene a ser, en última instancia, la afirmación del derecho y encontraría en ello su fundamentación (la pena es porque debe ser, porque debe imperar el Derecho)”; en el mismo sentido MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 143; proponiendo una teoría de la pena fundamentada en los planteamientos hegelianos, pero liberada del idealismo y de la creencia de que el Estado y el Derecho son lo *absolutamente racional*, LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p. 51.

<sup>352</sup> Cfr. HEGEL, G. W., *Principios...*, cit., parágrafo nº 96; asimismo LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p. 17.

<sup>353</sup> Cfr. HEGEL, G. W., *Principios...*, cit., parágrafo nº 97; asimismo LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p. 17.

<sup>354</sup> Cfr. QUINTERO/MORALES/PRATS, *Manual de Derecho penal...*, cit. p. 119.

<sup>355</sup> Cfr. AMERIO, F. *Historia de la Filosofía...*, cit., p. 377, se debe tener en cuenta que según la terminología idealista la expresión “momento” significa siempre lo abstracto respecto de lo concreto, la apariencia respecto de la realidad. En este sentido los “momentos” no son realidades, sino abstracciones lógicas. Entendido el término abstracción en sentido diverso al aristotélico, como “deformación de la realidad concreta”.

<sup>356</sup> Vid. MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, cit., p. 47, según el cual y siguiendo la ley dialéctica de HEGEL la voluntad general (orden jurídico) es la “tesis”; la negación de la misma por el delito es la “antítesis”; y la negación de esta negación será la “síntesis”; Recordemos a este respecto que según HEGEL la tesis y la antítesis, en cuanto tales, no son verdaderamente reales, porque lo estrictamente real es sólo la síntesis. La tesis y la antítesis son los momentos abstractos de la síntesis concreta; sobre el particular veáse también AMERIO, F. *Historia de la Filosofía...*, cit., p. 377.

<sup>357</sup> Cfr. QUINTERO/MORALES/PRATS, *Manual de Derecho penal...*, cit. p. 118.

b) Una dimensión *funcional-social*, para cuya explicación parte HEGEL de una necesidad *externa* de la pena según la cual ésta trata de mantener la identidad social<sup>358</sup>. Como punto de partida se admite que si el delito queda sin pena arruina a la sociedad, por lo que hay que demostrar que la norma quebrantada sigue vigente incluso contra lo que el delincuente proclama en su acción delictiva como ley particular. Esta demostración ha de tener lugar mediante el sistema judicial y en el ejercicio de una Justicia no vengativa sino punitiva<sup>359</sup>. La pena debe ser justa retribución, pero si ésta proviene de la voluntad subjetiva particular se convierte en una nueva lesión, en una venganza susceptible de prolongar el conflicto hasta el infinito<sup>360</sup>. Por ello, exige una Justicia liberada de los intereses y de las formas subjetivas<sup>361</sup>, en la que tanto el acusador público como el Juez sean los que asuman la función neutral y objetiva de un tercero designado por la voluntad general, convirtiendo así a la Justicia en punitiva y no vengativa<sup>362</sup>.

Sobre la *magnitud* de la pena y a diferencia de la tesis kantiana, postula HEGEL un principio del talión simbólico que compense los valores. La igualdad de la lesión que la pena supone no debe buscarse en las características específicas de la lesión causada por el delito sino en su valor<sup>363</sup>, y este valor no está determinado de forma fija sino que depende del estado de la sociedad civil, de lo que se deduce que un Código penal pertenece a la época y a la situación de la comunidad social en cuyo contexto despliega sus efectos<sup>364</sup>. Así, es posible afirmar que si la sociedad está segura de sí misma el delito tendrá un posición débil y la pena también será débil, por el contrario, si la sociedad es frágil el delito pone en

---

<sup>358</sup> Cfr. HEGEL, G.W., *Principios...*, cit., parágrafos n° 96 y 99; asimismo LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p. 18.

<sup>359</sup> Cfr. HEGEL, G.W., *Principios...*, cit., parágrafo n° 99 y ss; asimismo LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p. 18.

<sup>360</sup> A este respecto ALVAREZ GARCIA, F.J., *Consideraciones...*, cit., p. 91.

<sup>361</sup> Cfr. HEGEL, G.W., *Principios...*, cit., parágrafos n° 102 y 103; LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p. 18.

<sup>362</sup> Cfr. LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p. 19, tales restos de venganza se hallarían por ejemplo en los denominados delitos privados.

<sup>363</sup> Cfr. HEGEL, G.W., *Principios...*, cit., parágrafos n° 101, 102 y 103; LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p. 18; en el mismo sentido JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 23 y 24, quien afirma que el paso de KANT a HEGEL supone el adiós definitivo al talión ya que la pena no se puede determinar sin consideración a la concreta experiencia valorativa social, es decir del estadio evolutivo de la sociedad civil.

<sup>364</sup> De ello dependerá el castigar el hurto de unas pocas monedas con la muerte o el imponer una pena más leve al robo de un tesoro, sobre ello véase HEGEL, G.W., *Principios...*, cit., parágrafo n° 218; LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p. 19 y 20.

peligro su propia existencia y la pena será más grave<sup>365</sup>. La pena estará en consecuencia en relación con la situación de cada época, pues “un Código penal no puede tener vigencia para todos los tiempos, y los delitos son existencias aparentes que pueden acarrear consigo una mayor o menor repulsa<sup>366</sup>”.

Más modernamente, la teoría de la retribución fue defendida por BINDING, quien de forma coherente con su punto de vista desarrolló una teoría de las normas a partir de la distinción entre *norma* penal y *ley* penal<sup>367</sup>. Según esta concepción, todo precepto penal contiene una *norma penal* en forma de mandato dirigido al ciudadano (p.ej.: no mates) que éste puede libremente obedecer o no. Al mismo tiempo, todo precepto penal contiene una *ley penal*, en forma de mandato dirigido al Juez (p.ej.: al que mate debes castigarlo con prisión de 15 años). Con esta diferenciación, se pretende que el ciudadano a la hora de decidir libremente sobre su comportamiento, no se vea amenazado por la pena, pues la *ley penal* en que dicha pena se contiene no se dirige a él<sup>368</sup>.

### 3. Crítica a las teorías absolutas

Han sido muchas las críticas dirigidas a los planteamientos retributivos, tanto en su versión moral como jurídica, a continuación trataremos de dar cuenta de las más significativas<sup>369</sup>:

1º. En primer lugar, y siguiendo los razonamientos de JAKOBS respecto de las teorías de la retribución, la consecución del ideal de Justicia no puede ser defendido hoy en día en la doctrina penal como el único y exclusivo fin de la pena, e incluso históricamente

---

<sup>365</sup> Cfr. HEGEL, G.W., *Principios...*, cit., parágrafo nº 218; JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 23. según este último autor la pena para HEGEL es “absoluta en lo conceptual, pero en su concreta configuración es relativa al respectivo estado de la sociedad”.

<sup>366</sup> Cfr. HEGEL, G.W., *Principios...*, cit., parágrafo nº 218; LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., pp. 19 y 20; en el mismo sentido JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 8.

<sup>367</sup> Cfr. BINDING, K. *Die Normen und ihr Übertretung*, Vol. I., citado por MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 143.

<sup>368</sup> Vid. BINDING, *Die normen...*, pp. 89 ss., citado por ZUGALDIA ESPINAR, J.M., *Fundamentos...*, cit., p. 68; asimismo sobre la distinción entre normas primarias y secundarias véase LUMIA, G., *Principios...*, cit., pp. 45 ss.

<sup>369</sup> Vid. una amplia crítica al retribucionismo en ALVAREZ GARCIA, F.J., *Consideraciones...*, cit., pp. 91 ss.

sólo habría sido propugnado como tal en casos aislados<sup>370</sup>. En este sentido, se afirma que el Estado no está capacitado ni legitimado para realizar un ideal metafísico de Justicia<sup>371</sup>.

2º. Además, se afirma que el Derecho penal de un Estado moderno no puede ser concebido con total independencia del orden social<sup>372</sup>, por ello uno de los argumentos con mayor peso a la hora de rechazar estas teorías ha sido precisamente la circunstancia de que prescindan de manera expresa de cualquier fin social<sup>373</sup>. En este sentido, se afirma que la concepción absoluta de la pena “encierra una fe absoluta en un orden social que es además un orden racional<sup>374</sup>”.

3º. En tercer lugar, la imposibilidad de demostrar empíricamente alguno de los fundamentos de las teorías absolutas, como por ejemplo sucede con la idea de culpabilidad basada en el libre albedrío, ha sido causa de que tales construcciones sean tachadas de irracionales<sup>375</sup>.

4º. En cuarto lugar, se ha afirmado que “la supresión del mal causado por el delito mediante la aplicación de la pena es puramente ficticio porque, en realidad, el mal de la pena se suma al mal del delito”<sup>376</sup>.

---

<sup>370</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 20; según MARIN ESPINOSA, E.: *La reincidencia...*, cit., p. 143, entre los últimos defensores de las teorías absolutas destaca BINDING.

<sup>371</sup> Cfr. ROXIN, C., *Fin y justificación...*, cit. p. 19.

<sup>372</sup> Véase el Preámbulo de la Constitución Española, así como los arts. 1.1 y 10; en el sentido de considerar que la ejecución de la pena debe atender a sus consecuencias sociales se manifiesta BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 10.

<sup>373</sup> Una forma de superar esta crítica la expone BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 18; sin embargo mantienen esta crítica ROXIN, C., *Fin y justificación...*, cit., p. 19; asimismo MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 144.

<sup>374</sup> Cfr. QUINTERO/MORALES/PRATS, *Manual de Derecho penal...*, cit. p. 119: “Todo ello constituye un conjunto de presupuestos filosóficos con la pretensión de *indiscutibles* (...) que da por válido lo que no se demuestra: cuál es ese *orden* y porqué se ha *roto* y cuál es la capacidad *restauradora* de la pena; en este sentido afirma JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 20, que según KANT la pena es justa sólo si el delito está definido legítimamente, si bien ésta legitimidad se da por supuesta al considerarse la Ley penal como un “imperativo categórico”. De esta manera el problema de la legitimación se soluciona en sentido absoluto, en favor de unas normas que no vienen proporcionadas por una situación social concreta.

<sup>375</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 9; asimismo ROXIN, C., *Fin y justificación...*, cit. p. 19: “La pena tampoco puede ser portadora únicamente de la creencia en una “culpabilidad” que debe ser retribuida; la culpabilidad individual está vinculada a la existencia del libre albedrío, el cual por ser improbable resulta inadecuado como único fundamento de la injerencia estatal”.

<sup>376</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 9; en el mismo sentido ROXIN, C., *Fin y justificación...*, cit. p. 19: “la idea de que se puede compensar o eliminar un mal mediante la imposición de otro mal (el sufrimiento de la pena) sólo es accesible a una creencia a la cual el Estado no puede obligar a nadie, a partir de que él ya no deriva su poder de Dios sino del pueblo”; el mismo autor en *Sentido y límites de la pena estatal...*, cit., p. 14, manifiesta que “la idea misma de retribución

5°. En quinto lugar, se afirma que el ideal metafísico de Justicia (del que deriva el concepto de Justicia proporcional al que hacen referencia las teorías retributivas), tampoco es idóneo para determinar la medida de la pena, ya que la Justicia absoluta no existe, sino que depende del concreto sistema penal<sup>377</sup>.

6°. Finalmente, también han sido criticadas las consecuencias político criminales no deseadas que conlleva la asunción de los postulados propios de las teorías retributivas clásicas, pues según se afirma los planteamientos originales de KANT y HEGEL suponen la irrenunciabilidad de la pena, lo que contrasta con instituciones tales como la condena condicional, la prescripción del delito, o el indulto<sup>378</sup>.

Partiendo de las anteriores consideraciones, podemos concluir que en la actualidad los postulados de las teorías clásicas de la retribución no pueden sostenerse válidamente como la justificación única y absoluta de la pena, sino en todo caso en consonancia con un fundamento cifrado en su utilidad social. En este sentido, afirma JAKOBS que los postulados retributivos sólo pueden ser entendidos como límites absolutos de una pena concebida relativamente, pues la pena absolutamente justa es socialmente útil<sup>379</sup>. Como ejemplo de lo anterior, nos ofrece JAKOBS el principio retributivo clásico del talión, según el cual el mal causado se retribuye con otro de igual entidad<sup>380</sup>. Con ello pretende demostrar que este principio funciona, cuando menos, como un límite de la pena, esto es, limita la reacción a la medida de la pérdida del bien ocasionada por el hecho, todo ello según la máxima clásica del “ojo por ojo”<sup>381</sup>. En este mismo sentido se manifiesta BACIGALUPO,

---

compensadora sólo se puede hacer plausible mediante un acto de fe. Pues considerándolo racionalmente no se puede comprender cómo se puede borrar un mal cometido, añadiendo un segundo mal, sufrir la pena”, esta última cita es de ALVAREZ GARCIA, F.J., *Consideraciones...*, cit., p. 97, quien en las pp. 89 y 90. expone la durísima crítica contra este planteamiento formulada por STRATENWERTH y KLUG, así como una cita de SCHOPENHAUER que reproducimos a continuación: “Sólo la debilidad senil de KANT explica su teoría del Derecho, que no es más que un conjunto de errores nacidos unos de otros”.

<sup>377</sup> Cfr. HOLTZENDORFF, *Das Verbrechen des mordes und die Todesstrafe*, 1875, p. 223: “La Justicia, que nunca es absoluta, no puede significar sino que, conforme al estado de desarrollo jurídico de cada pueblo, los delitos más graves deban ser conminados con penas más graves que una contravención de menor gravedad”; citado este autor por VON LISZT, F. *La idea del fin...*, cit., p. 74; en igual sentido JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 23.

<sup>378</sup> Vid. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 10, para quien: “La necesidad de ejecución de la pena sin ninguna consideración de sus consecuencias sociales, por el contrario, choca con el sentimiento jurídico moderno”; sobre esta crítica a las teorías absolutas *vid.* ALVAREZ GARCIA, F.J., *Consideraciones...*, cit., p. 93.

<sup>379</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 20.

<sup>380</sup> Cfr. Libro de Moisés 21, versículo 24.

<sup>381</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 20.

en cuya opinión las teorías absolutas clásicas sólo pueden ser defendidas actualmente por su sentido limitador de la gravedad de la pena aplicable<sup>382</sup>. Es posible por tanto articular las teorías absolutas clásicas con la moderna teoría de la prevención general positiva en la forma propia de las teorías de la unión, pues de esta manera desaparecerían las razones para sostener que la teoría de la prevención general positiva “carece de un criterio propio para la limitación de la duración de la pena”<sup>383</sup>. Lo anterior supone admitir, en primer lugar que la medida de la pena puede ser determinada según el principio que establece que la pena debe ser proporcionada a la gravedad de la culpabilidad; y en segundo lugar, que el principio que establece que las necesidades de prevención no pueden justificar una pena que supere en gravedad a la de la culpabilidad cumple una esencial función limitadora de la injerencia estatal<sup>384</sup>.

Una teoría que articulara en la forma en la que lo hacen las teorías de la unión los postulados propios de la prevención general positiva con los postulados de las teorías absolutas, permitiría superar las críticas dirigidas contra estas últimas basadas en su irracionalidad, esto es, en la ausencia de una función social que justifique la aplicación de las penas. Según BACIGALUPO, ello posibilitaría asignar a la pena una función social utilitaria, consistente en la comunicación de un determinado mensaje destinado a fortalecer la confianza en la vigencia de la norma vulnerada por el autor, de modo tal que la pena constituyera un medio para lograr un fin socialmente positivo<sup>385</sup>. Al mismo tiempo, la articulación de los principios propios de las teorías absolutas antes mencionados, impediría la utilización del condenado para fines preventivo generales, es decir “para intimidar a la generalidad mediante la aplicación de penas al que ha cometido un delito (finalidad para cuya realización la pena no necesitaría guardar relación de proporcionalidad con la

---

<sup>382</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 10, además considera este autor que en favor de las teorías absolutas cabe sostener que impiden la utilización del reo para fines preventivo generales, o lo que es lo mismo, “impiden sacrificar al individuo en favor de la generalidad”.

<sup>383</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 18; por su parte es ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., p. 93, quien afirma que la prevención general al igual que la prevención especial, “no incluye ninguna medida para la delimitación de la duración de la pena”.

<sup>384</sup> Vid. sobre ello BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 109; críticamente sobre el denominado *mito de la retribución* como límite de la pena vid. ALVAREZ GARCIA, F.J., *Consideraciones...*, cit., pp. 98 y 99, según este autor “la existencia en el Derecho positivo del tal proporcionalidad no constituye una confirmación legal de la idea de retribución, pues la proporcionalidad entre delito y pena es perfectamente comprensible y explicable partiendo únicamente de la prevención general”. En las páginas 142 ss., este autor expone con detalle las razones por las cuales considera posible deducir la idea de proporcionalidad de la prevención general.

<sup>385</sup> Vid. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 18.

gravedad del mismo) (...). En otras palabras, impiden sacrificar al individuo en favor de la generalidad”<sup>386</sup>.

## V. Teorías relativas

Como punto de partida, estas teorías adoptan como fundamento legitimante de toda pena una idea de la Justicia basada en la utilidad<sup>387</sup>. El contenido de estas teorías se sintetiza en la conocida fórmula *punitur, ne peccetur*<sup>388</sup>, cuyo significado es que el castigo se impone *para que no delinca*<sup>389</sup>. La pena no se impone retrospectivamente en razón del delito cometido en el pasado, ya que no cabe deshacer lo mal hecho, sino de una forma prospectiva en razón del futuro, para que no se cometan más delitos<sup>390</sup>. Este punto de vista, parte de asignar al Derecho penal una función social, caracterizada por la prevención del delito con miras a proteger ciertos intereses sociales reconocidos por el Derecho positivo (bienes jurídicos), lo que en definitiva supone proteger el orden social<sup>391</sup>. En este contexto, la función esencial de la pena consiste en la evitación de futuros delitos<sup>392</sup>, de modo tal que tanto la justificación de la pena como su medida o límite máximo se configuran de un modo relativo, esto es, considerando exclusivamente la contribución de la pena a la prevención del delito y con ello a la protección del orden social<sup>393</sup>. Según las diferentes formulaciones de las teorías relativas, la función de la pena sería la siguiente:

---

<sup>386</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 10: “En la actualidad las teorías absolutas sólo pueden ser defendidas sobre estas bases, es decir, por su sentido limitador de la gravedad de la pena aplicable. La necesidad de ejecución de la pena sin ninguna consideración de sus consecuencias sociales, por el contrario, choca con el sentimiento jurídico moderno”.

<sup>387</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 10, la capacidad de la pena para obtener un determinado fin, o la tendencia a obtenerlo.

<sup>388</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 20, las fórmulas se remontan a *Protágoras*; su forma actual se debe a *Grocio*, que a su vez parte de una sentencia de *Séneca*: “Nam, ut Plato ait: nemo prudens punit quia peccatum est, sed in peccetur. Revocari enim praeterita non possunt, futura prohibentur”.

<sup>389</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 20.

<sup>390</sup> Vid. en este sentido LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p. 21, con cita del *Diálogo de Protágoras* de PLATÓN; también QUINTERO/MORALES/PRATS, *Manual de Derecho penal...*, cit. p. 119.

<sup>391</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 7.

<sup>392</sup> En este sentido ya BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*. Trad. De Las Casas, J.A. Ed. Alianza, Madrid, 1995, Cap. XII: “Es evidente que el fin de las penas no es atormentar y afligir a un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido (...)” sino “impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales”.

<sup>393</sup> Vid. sobre ello JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 20, para quien “en la actualidad puede considerarse demostrado que sólo se castiga para mantener el orden social, de modo que todas las teorías se insertan en el *ne peccetur*, o, más precisamente: en el interés por la estabilización de la norma”. De esta manera son relativos “aquellos elementos de las teorías de la pena cuyo contenido lo proporciona la función de la pena para el orden social”.

- a) Intimidar a la generalidad al objeto de inhibir los impulsos delictivos de autores potenciales indeterminados, lo que se conoce como *prevención general negativa*<sup>394</sup>.
- b) Ejercitar en el reconocimiento de la norma, según la teoría de la *prevención general positiva*<sup>395</sup>.
- c) Corregir o resocializar al delincuente, según la denominada *prevención especial positiva*<sup>396</sup>.
- d) Asegurar a la sociedad frente a los delincuentes mediante su inocuización, lo que se ha dado en llamar *prevención especial negativa*<sup>397</sup>.

## 1. Teoría de la prevención general negativa

Desde esta perspectiva, la pena cumple una función de intimidación de los autores potenciales<sup>398</sup>, de modo tal que mediante la amenaza y posterior ejecución de la pena se logre hacer desistir a los ciudadanos de la posible comisión de delitos<sup>399</sup>. Es a finales del s. XIX, cuando FEUERBACH (1775-1833) expone la más conocida formulación de la teoría de la prevención general negativa, esto es, la teoría de la *coacción psicológica*<sup>400</sup>. Como punto de partida, considera FEUERBACH al hombre como un ser racional y, además, como un ser instintivo, resultando que quien delinque no obra racionalmente, sino de acuerdo a sus instintos, movido por su codicia<sup>401</sup>. Según esta teoría, el Estado tiene la misión de evitar la

<sup>394</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 10.

<sup>395</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 18; en igual sentido LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p. 28.

<sup>396</sup> Cfr. LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p. 31.

<sup>397</sup> Ibidem.

<sup>398</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 26.

<sup>399</sup> En ello late la idea de la “ejemplaridad del castigo”; sobre ello *vid.* QUINTERO/MORALES/PRATS, *Manual de Derecho penal...*, cit. p. 120.

<sup>400</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 10; JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 26; acerca de que la idea ya podía encontrarse apuntada en ARISTOTELES, GROCIO y HOBBS, *vid.* QUINTERO/MORALES/PRATS, *Manual de Derecho penal...*, cit. p. 120; asimismo sobre los antecedentes de la idea de coacción psicológica véase ALVAREZ GARCIA, F.J., *Consideraciones...*, cit., p. 120; esta misma idea también la encontramos en el año 1764 en BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas...*, cit., Cap. XII: “El fin (de la pena), pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales”; según SAINZ CANTERO, J.A. *Lecciones...*, T.I., cit., pp. 115 ss., esta misma idea la encontramos ya apuntada en el pensamiento de FILANGIERI (1752-1788) y de ROMAGNOSI (1761-1835).

<sup>401</sup> Vid. LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p. 22.



injuria, entendida como cualquier ataque al Derecho ajeno<sup>402</sup>, objetivo que no es posible alcanzar únicamente a través de la coacción física, debiendo recurrirse a la *coacción psicológica*, que consiste en amenazar con un mal al que infrinja el Derecho<sup>403</sup>. Asimismo, y para que la conminación penal resulte eficaz, es necesario que el Estado garantice la ejecución de la amenaza cuando se produzca su presupuesto, esto es, el delito. En opinión de FEUERBACH, el impulso hacia la acción delictiva sólo puede ser neutralizado cuando el ciudadano sabe con certeza que a la infracción sigue un mal mayor que el potencial beneficio del hecho<sup>404</sup>.

Como buen seguidor de la filosofía kantiana<sup>405</sup>, FEUERBACH encuentra la justificación de la pena en el delito cometido según la tradicional fórmula *quia peccatum est*<sup>406</sup>, pues de otra manera, si se justificara la pena en el provecho del Estado, se estaría tratando al hombre como a una cosa<sup>407</sup>. De lo anterior, se deduce que el efecto disuasorio de la pena no se predica en primer lugar de la pena, sino de la amenaza de la pena<sup>408</sup>. Para alcanzar el objetivo de la *coacción psicológica*, FEUERBACH propone que la Ley de forma previa al hecho amenace a sus destinatarios con un mal de mayor entidad que el potencial beneficio, describiendo con precisión y exactitud tanto el hecho como la pena<sup>409</sup>. Asimismo, el Estado debe poner de manifiesto la seriedad de la amenaza mediante la ejecución de la pena en

---

<sup>402</sup> Vid. LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p. 22.

<sup>403</sup> Cfr. SAINZ CANTERO, J.A. *Lecciones...*, T.I., cit., pp. 120 y 121; en igual sentido JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 26.

<sup>404</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., pp. 26 a 28, según este autor se parte de una base equivocada, ya que se mide el beneficio potencial del delincuente y se compensa esa ventaja mediante un mal, pero no atiende al daño que el hecho produce en el orden social. Principalmente por esta razón el autor considera que el modelo de la intimidación no es apto como teoría de la pena. Aunque no descarta que en casos singulares (por ejemplo, en estados de excepción) la pena se imponga con el propósito de intimidar.

<sup>405</sup> Aunque posteriormente FEUERBACH abandona sus premisas kantianas para formular de una forma coherente su teoría de la pena; sobre ello *vid.* LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., pp. 23 y 24.

<sup>406</sup> Cfr. LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p. 26, donde se pone en tela de juicio que la pena se imponga según predicaba aparentemente FEUERBACH “*quia peccatum est*” y no “*ne peccetur*”.

<sup>407</sup> Vid. ALVAREZ GARCIA, F.J., *Consideraciones...*, cit., p. 114.

<sup>408</sup> Según JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 28: “En la teoría de FEUERBACH, el doble valor de la punición no está nada claro”.

<sup>409</sup> Consencuencia de ello es la clásica formulación del principio de legalidad “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” de FEUERBACH; si bien éste principio ya había sido proclamado por BECCARIA, C., en *De los delitos y de las penas...*, cit, Cap. III: “sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que presenta toda la sociedad unida por el contrato social”.

todos los casos de infracción en los que el autor sea capturado<sup>410</sup>. Tanto BENTHAM (1748-1832) en Inglaterra, como FILANGIERI (1752-1788) en Italia, siguieron las líneas marcadas por la teoría de la *coacción psicológica*, y actualmente también algunos autores defienden la teoría de la prevención general intimidatoria excluyendo de la misma toda noción de ejemplaridad en el castigo. De este modo, la pena cumpliría una función de intimidación dirigida a todos los posibles infractores de la norma<sup>411</sup>.

## 2. Teoría de la prevención general positiva

También conocida como *prevención-integración*<sup>412</sup>, concibe la pena como un medio para lograr un fin socialmente útil<sup>413</sup>, por lo que cabe incardinarla dentro de las denominadas *teorías relativas* de la pena<sup>414</sup>. Según JAKOBS, su principal representante, la pena no debe ser definida como un mal que se inflige a causa del mal cometido (GROCIO). Desde este punto de vista, se considera absurdo “querer un mal porque ya se ha dado otro mal”, pues este proceso dialéctico de males describe a la pena sólo según su carácter superficial<sup>415</sup>. En su lugar, el autor citado propone definir la pena positivamente, como “*una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable. De ahí surge un mal, pero la pena no ha cumplido ya su cometido con tal efecto, sino sólo con la estabilización de la norma lesionada*”, de este modo la pena se concibe como una “*réplica ante la infracción de la norma, ejecutada a costa de su infractor*”<sup>416</sup>.

Como punto de partida, se concibe el Derecho penal como un instrumento orientado al mantenimiento del orden social<sup>417</sup>. La función del Derecho penal es la de

---

<sup>410</sup> Sobre el particular *vid.* JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 26; LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., pp. 23 y 25, la pena y el delito están mutuamente condicionados, quien comete el delito tiene que sufrir la pena, nadie que realice la acción debe librarse de la pena.

<sup>411</sup> Partidario de esta postura se muestra ALVAREZ GARCIA, F.J., *Consideraciones...*, cit., pp. 116, 117, y 157 ss., para quien la concepción preventivo general de la pena como intimidación, no excluye sin embargo el cumplimiento de otras finalidades subsidiarias de índole preventivo especial, tales como la reeducación y la reinserción, e incluso la inclusión de elementos positivas tales como la confirmación de la vigencia del Derecho o la aseveración de la conciencia jurídica general.

<sup>412</sup> *Vid.* LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p. 28.

<sup>413</sup> *Cfr.* BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 18.

<sup>414</sup> *Vid.* JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 20, quien considera “relativos aquellos elementos de las teorías de la pena cuyo contenido lo proporciona la función de la pena para el orden social”.

<sup>415</sup> *Vid.* LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p. 48.

<sup>416</sup> *Cfr.* JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., pp. 9 y 13; asimismo LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p. 49: “Pena y delito son actos simbólicos, tienen un contenido simbólico-comunicador; deben ser entendidos como discurso y réplica”.

<sup>417</sup> *Cfr.* JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 20.

mantener la identidad de una sociedad mediante la protección de las normas que la configuran. Se debe precisar que según el *funcionalismo sistémico* representado por JAKOBS<sup>418</sup>, la identidad social se determina por las reglas que la configuran, es decir, por sus normas<sup>419</sup>. Como consecuencia de ello, son las propias normas el objeto de protección de las normas penales<sup>420</sup>. Coincidimos por tanto con BACIGALUPO cuando afirma que en la teoría de la prevención general positiva “las normas son el objeto de protección de las normas penales. Los valores superiores del ordenamiento jurídico (libertad, justicia, igualdad y pluralismo político), así como los llamados fundamentos del orden político y la paz social y los derechos fundamentales de ellos derivados, marcan los límites del legislador para la creación de normas penales<sup>421</sup>.” El orden social se configura así como un modelo de orientación para los contactos sociales, de forma tal que los hombres puedan siempre esperar, en su relación con los demás hombres, que las normas vigentes serán respetadas<sup>422</sup>.

Desde este punto de vista, la amenaza y el castigo constituyen los medios a través de los cuales el Derecho penal trata de mantener, y reparar en su caso, el equilibrio del sistema social<sup>423</sup>. En definitiva, la función del ordenamiento jurídico-penal es la de garantizar en último término la vigencia de las normas a cuya observancia general no sea posible renunciar para el mantenimiento de una configuración social básica<sup>424</sup>. Como consecuencia de lo anterior, la pena tiene como función esencial la de garantizar que las expectativas en los contactos sociales no sean decepcionadas, posibilitando así la existencia de la propia sociedad. El modelo no justifica porqué ha de procederse así, sino que más bien presupone que el orden social bien vale el coste que se le impone al infractor de la norma<sup>425</sup>. La infracción de la norma sucede cuando se da una “contradicción a la norma

---

<sup>418</sup> Según ALVAREZ GARCIA, F.J, *Consideraciones...*, cit., pp. 161 y 162, la teoría de la pena de JAKOBS se halla basada en la teoría sistémica desarrollada por LUHMANN y en las concepciones de DURKHEIM; sobre ello véase LUHMANN, N. *Teoría política en el Estado del Bienestar*. Versión española e introducción de F. Vallespín. Alianza Universidad, Madrid, 2002.

<sup>419</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 17: “Las expectativas sociales se expresan en normas, o sea, a través de la comunicación deseos en la forma de órdenes o imperativos”.

<sup>420</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 20: “Dado que se trata de la configuración y no de la consolidación de un estado de cosas, la identidad de la sociedad se determina por las reglas que la configuran, es decir, por las normas y no por estados de cosas o bienes”, citando a JAKOBS, G., *Gesellschaft-Norm-Person in einer Theorie funktionalen Strafrechts*, p. 4.

<sup>421</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 20, con cita de los arts. 1, 10, 14 ss. y 53 de la Constitución española.

<sup>422</sup> Vid. JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., pp. 9 y 10.

<sup>423</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 17: “El Derecho penal, contemplado desde esta perspectiva, cumple -junto con otros ordenamientos normativos- una función reparadora del equilibrio de un sistema social perturbado por el delito”.

<sup>424</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 12.

<sup>425</sup> *Ibidem*.

por medio de una conducta<sup>426</sup>”, lo que supone admitir que toda infracción normativa constituye una desautorización de la norma<sup>427</sup>. La conducta de aquél que infringe la norma provoca un conflicto en el sistema de relación social, toda vez que “pone en tela de juicio la norma como modelo de orientación”<sup>428</sup>. La pena surge entonces como reacción al conflicto, como una “réplica ante la infracción de la norma, ejecutada a costa de su infractor<sup>429</sup>”, y esta réplica es precisamente el contenido de la pena<sup>430</sup>. Es importante precisar que según JAKOBS, tanto la infracción de la norma como la pena se ubican en la esfera de sus respectivos significados y no en la de las consecuencias externas de la conducta, pues la misión de la pena no es evitar la lesión de bienes jurídicos, sino más bien la de reafirmar la vigencia de la norma<sup>431</sup>.

En cualquier caso, la función asignada a la pena es la de mantener la norma como modelo de orientación para los contactos sociales<sup>432</sup>. Teniendo en cuenta lo anterior, se debe precisar que la afirmación de que la función de la pena es la protección de las condiciones de la interacción social permite a JAKOBS asignar a la pena una función

---

<sup>426</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 13: “La determinación exacta de cuándo concurre una contradicción a la norma es el problema de la teoría de la imputación, en especial de la imputación en calidad de comportamiento típico y antijurídico”.

<sup>427</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., pp. 12 y 13.

<sup>428</sup> Sobre el carácter público del conflicto véase JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 12 y 13: “La protección jurídico-penal de la propiedad tiene lugar sin atender precisamente al propietario (...) por orientarse de la protección al significado de la propiedad en su conjunto”; Lo que en todo caso no excluye que en los delitos contra la propiedad se considere la “afección individual” de la víctima, si bien esta afección “debe ser demostrada a su vez como asunto público”.

<sup>429</sup> Sobre el significado de la pena *vid.* JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., pp. 12 y 13: “La pena significa algo (...) que la significación del comportamiento infractor no es determinante y que lo determinante sigue siendo la norma. Se demuestra así que el autor no se ha organizado correctamente: Se le priva de medios de organización”.

<sup>430</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 14, asimismo en la p. 20 afirma este autor: “En HEGEL, la teoría absoluta recibe una configuración que en poco se diferencia de la prevención general positiva aquí representada. El sistema de referencia de HEGEL para fundamentar la pena es el concepto de Derecho; el sistema de referencia actual lo forman las condiciones de existencia de la sociedad”; asimismo véase BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 15; en opinión de ALVAREZ GARCIA, F.J., *Consideraciones...*, cit., p. 163, la teoría de la pena de JAKOBS es una “reproposición de la teoría retribucionista de HEGEL”; en semejante sentido LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p. 51, para quien “la teoría de la pena de HEGEL ha demostrado ser pues una concepción ciertamente moderna. Solamente hay que liberarla del idealismo que va asociado a ella, de la creencia por tanto, de que el Estado y el Derecho son lo *absolutamente racional* (hoy en día se definiría más bien el Derecho como un intento de alcanzar una convivencia racional)”.

<sup>431</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 13; asimismo LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., pp. 48 y 49 afirma que “delito (quebrantamiento de la norma) y pena se localizan pues en el mismo plano, en el plano del significado, y no en aquél, tan sólo exterior, empíricamente tangible, de los resultados materiales del delito. Pena y delito son actos simbólicos, tiene un contenido simbólico-comunicador; deben ser entendidos como discurso y réplica”.

<sup>432</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 14; BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 16.

preventiva<sup>433</sup>. Pero no todos los autores coinciden con esta opinión, y nos parece más acertada la posición de LESCH cuando afirma que la denominación de *prevención general positiva* es poco afortunada, pues “no se trata aquí de fines preventivos, esto es, no se trata de la evitación futura de determinadas formas de comportamiento<sup>434</sup>”. En cualquier caso, JAKOBS considera que la protección que ofrece la pena tiene lugar mediante sus tres efectos principales<sup>435</sup>:

- a) *Ejercitando en la confianza hacia la norma*, pues la pena reafirma al que confía en la norma en su confianza. Esta reafirmación no tiene por objeto hacer desistir a los delincuentes potenciales o realizar pronósticos de comportamiento futuro del autor, toda vez que la norma se dirige a todos los ciudadanos y no sólo a los autores potenciales<sup>436</sup>.
- b) *Ejercitando en la fidelidad al Derecho*, pues como la pena grava el comportamiento infractor, aumenta la probabilidad de que ese comportamiento sea considerado como una alternativa a no tener en cuenta.
- c) *Ejercitando en la aceptación de las consecuencias*, pues mediante la pena se aprende la conexión entre el comportamiento y el deber de asumir los costes.

Los tres efectos reseñados, a través de los cuales la pena alcanza la función de protección que le asignan los partidarios de estas teorías, se pueden resumir en uno sólo: *ejercitar en el reconocimiento de la norma*. De un modo sintético, JAKOBS configura la pena como “prevención general mediante el ejercicio en el reconocimiento de la norma”<sup>437</sup>. Coincidimos con BACIGALUPO cuando afirma que la función asignada a la pena por los partidarios de la prevención general positiva es la de ratificar las normas que han sido vulneradas, reforzando de este modo la confianza general en las mismas. Sin embargo, se debe precisar que esta reafirmación en la confianza general en las normas, no consiste en la creencia de que nunca más vaya nadie a infringir la norma, porque la pena no tiene por objeto hacer desistir a los delincuentes potenciales. Tampoco se trata de realizar

---

<sup>433</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 18.

<sup>434</sup> Cfr. LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p. 50.

<sup>435</sup> La exposición que sigue, ha sido tomada de la obra de JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 18 ss.

<sup>436</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 16.

<sup>437</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 18; asimismo BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 16, para quien según la teoría de la prevención general positiva “la función de la pena es, resumiendo, prevención general mediante ejercicio del reconocimiento de la norma”.

pronósticos de comportamiento futuro del autor<sup>438</sup>, a pesar de lo cual y de una forma secundaria JAKOBS considera posible que “la pena pueda impresionar de tal modo al que la sufre o a terceros que éstos se abstengan de realizar hechos futuros”, pues si bien “no es función de la pena provocar tales efectos” si cabe desear que se produzcan por añadidura en la pena<sup>439</sup>. En definitiva, JAKOBS admite que la teoría de la prevención general positiva pueda dejar lagunas susceptibles de ser llenadas por otras teorías, pero a un *nivel inferior*, considerando como teoría subsidiaria la de la prevención especial, y rechazando expresamente las demás<sup>440</sup>.

Tal y como el propio JAKOBS reconoce, la teoría de la prevención general positiva nada aporta en el momento de la ejecución de la pena, que debe configurarse con arreglo a criterios de prevención especial. Asimismo, afirma que la prevención especial influye tanto en la concreción del marco penal establecido por el legislador como en la fase de individualización de la pena, pues la teoría de la prevención general positiva no permite calcular magnitudes de pena claramente definidas, sino que ésta indica tan sólo “un marco formado por la reacción que ya puede tomarse en serio y por la reacción drástica que aún no es exagerada”. Este marco se puede completar mediante la prevención especial si ésta ofrece alternativas eficaces, en cualquier otro caso “no se debe sobrepasar la medida mínima de la reacción que ya puede tomarse en serio”<sup>441</sup>. Finalmente, admite este autor la posibilidad de prescindir de la pena si “cabe discutir la competencia del autor para desautorizar la norma”, lo que será determinado según la teoría de la culpabilidad<sup>442</sup>, e incluso la posibilidad de sustituir la pena por *equivalentes funcionales*<sup>443</sup>.

---

<sup>438</sup> Vid. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 16: “Con esta formulación del problema se obvian, sin duda, las objeciones que, por lo general, han invalidado otras teorías de la pena, en la medida en que éstas hacían referencia a ciertas consecuencias que requerían una verificación empírica”; asimismo JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 18: “Destinatarios de la norma no son primariamente algunas personas en cuanto autores potenciales, sino todos, dado que nadie puede pasar sin interacciones sociales y dado que por eso todos deben saber lo que de ellas pueden esperar”.

<sup>439</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 19.

<sup>440</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 35.

<sup>441</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 35 y 36; Interpretando a este autor MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 152 ss., afirma que el marco penal propuesto por la prevención general positiva “se completa desde la perspectiva de la prevención especial no sobrepasando la medida de la culpabilidad del autor. Esa pena adecuada a la culpabilidad del autor es por definición la pena necesaria para la estabilización de la norma (...) Para JAKOBS, la función de la culpabilidad no puede reducirse a servir de límite de la pena, sino que también debe fundamentarla”.

<sup>442</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 14.

<sup>443</sup> Como ejemplo de “equivalentes funcionales” de la pena propone JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., pp. 14 a 18: las medidas de seguridad; la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad; la reparación; o la denominada *poena naturalis*; entre otras.

### 3. Teoría de la prevención especial

La posición contraria a la teoría de la retribución, es la concepción que únicamente asigna a la pena la función evitar que el autor cometa en el futuro hechos punibles. Como la función de la pena es la prevención dirigida al autor individual, la teoría se desarrolla bajo el nombre de *prevención especial*. A diferencia de la retribución se trata de una teoría relativa, porque está referida a la evitación del delito según la fórmula clásica *ne peccetur*<sup>444</sup>. Aunque es posible encontrar los antecedentes de esta posición en los inicios del pensamiento penal, el contenido de esta teoría en la forma en la que la conocemos actualmente se debe a la reelaboración efectuada por VON LISZT<sup>445</sup> (1851-1919) a finales del s. XIX, en el seno de la denominada *Escuela sociológica*<sup>446</sup>. Tomando como punto de partida las nuevas ideas que desde el ideal científico del positivismo dominaron la Ciencia del Derecho penal durante el último cuarto del siglo XIX<sup>447</sup>, y con fundamento teórico en la idea encarnada por la máxima *punitur, ne peccetur*, nació la moderna teoría de la prevención especial<sup>448</sup>, que como se

---

<sup>444</sup> Cfr. ROXIN, C., *Fin y justificación...*, cit. p. 20.

<sup>445</sup> ROXIN considera que VON LISZT (Viena, 1851- Seheim, 1919) fue el político criminal alemán más importante, véase ROXIN, C., *Fin y justificación...*, cit. p. 20; asimismo *vid.* LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p. 31, quien afirma que cuando a finales del s. XIX, v. LISZT obtiene su cátedra, ya ha sucumbido la filosofía idealista de KANT y HEGEL, y el naturalismo domina la filosofía y la ciencia penal. Según las nuevas corrientes naturalistas el hombre no es completamente libre (indeterminismo), sino que su comportamiento se halla predeterminado según condicionantes externos e internos relacionados con las leyes de la naturaleza (determinismo). Ello no impide que el Hombre pueda ser mejorado y su comportamiento enderezado operando sobre su entorno, sus costumbres, su educación, etc.; según QUINTERO/MORALES/PRATS, *Manual de Derecho penal...*, cit. p. 122: “A los positivistas se debe la destrucción del mito del indeterminismo (...) la colocación del Hombre, y no de la institución jurídica “delito” en el centro del problema penal”.

<sup>446</sup> Cfr. ROXIN, C., *Fin y justificación...*, cit. p. 20: “Ya se encuentra en SENECA (65 d.de C.) con relación a la concepción de PROTAGORAS (485 a 415 a. de C.), transmitida por PLATON (427 a 347 a. de C.), la formulación clásica de todas las teorías preventivas: *Nam, ut Plato ait: Nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur*” (pues, como dice Platón: ningún hombre prudente pena porque se ha pecado, sino para que no se peque).

<sup>447</sup> Para el positivismo sólo podían considerarse científicos los conceptos nacidos de la experiencia, lo que implicaba el rechazo de toda dependencia respecto de la filosofía, o lo que es lo mismo, de la metafísica; sobre ello *vid.* la introducción de ZUGALDIA ESPINAR, J.M., a la obra de von LISZT, F. *La idea del fin...*, cit., pp. 9 y 10.

<sup>448</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 11, la prevención especial ha sido sostenida en diferentes momentos de la historia del Derecho penal, si bien la fisonomía de esta teoría cambió cuando el positivismo hizo de ella su teoría de la pena, pudiéndose afirmar que la “moderna” teoría de la prevención especial fue formulada por LISZT; véase también JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 33, quien poco antes de referirse a los postulados de la *Defensa Social* de GRAMATICA y ANCEL, afirma que “ciertamente la prevención especial no está definida para siempre en la forma en la que la esbozó LISZT; asimismo *vid.* QUINTERO/MORALES/PRATS, *Manual de Derecho penal...*, cit. p. 123: “Las ideas de prevención especial fueron recogidas en España principalmente por los correccionistas (...)”; sobre el correccionismo español de GINER DE LOS RIOS (1839-1914); CONCEPCION ARENAL (1820-1893) y DORADO MONTERO (1861-1919), véase SAINZ CANTERO, J.A. *Lecciones...*, T.I, cit. pp. 185 ss.

dijo más arriba asigna en exclusiva a la pena la función de evitar que el autor cometa delitos en el futuro<sup>449</sup>.

Según VON LISZT, su más significado defensor, la Justicia absoluta entendida como ideal metafísico según lo hacen los partidarios de las teorías retributivas clásicas no existe, por lo que no cabe deducir de la Justicia así entendida un principio para la determinación de la medida de la pena<sup>450</sup>. Partiendo de un Derecho penal basado en la *idea del fin*<sup>451</sup>, y de una configuración de la pena como medio dirigido a un fin, considera VON LISZT que la pena justa es la pena necesaria<sup>452</sup>, y únicamente la pena necesaria es la pena justa<sup>453</sup>. Desde este punto de vista, la pena es *coacción*, y actúa como una espada de doble filo, pues protege los “bienes jurídicos a través de la lesión de bienes jurídicos<sup>454</sup>”. La *coacción* en que la pena consiste puede tener una naturaleza indirecta o psicológica (lo que se logra mediante la *corrección* o la *intimidación*), o directa y física (lo que sucede a través de la *inocuidización*). Los efectos inmediatos de la pena son pues “la corrección, la intimidación y la inocuidización (...) por medio de los cuales se consigue la protección de los bienes jurídicos<sup>455</sup>”. Cada una de estas tres formas de reacción se corresponde con una categoría de delincuente, por tanto “la pena no se dirige contra el delito, sino contra los delincuentes<sup>456</sup>”. Según VON LISZT, la función de la pena se puede delimitar según el tipo de autor, del siguiente modo<sup>457</sup>:

---

<sup>449</sup> Cfr. LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p. 31; asimismo *vid.* QUINTERO/MORALES/PRATS, *Manual de Derecho penal...*, cit. p. 121.

<sup>450</sup> Cfr. VON LISZT, F. *La idea del fin...*, cit., pp. 70 a 78.

<sup>451</sup> Cfr. Introducción de ZUGALDIA ESPINAR, J.M., a la obra de VON LISZT, F. *La idea del fin...*, cit., p. 10: “La función *finalista* -es decir, utilitarista- de la pena (...) resultaba en este contexto una consecuencia esencial y lógica”. Se refiere el autor al contexto histórico del positivismo; sobre ello también MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, cit., p. 54: “LISZT consideró que la pena sólo podía justificarse por su finalidad preventiva”.

<sup>452</sup> Cfr. VON LISZT, F. *La idea del fin...*, cit., p. 78: “Justicia en el Derecho penal es la observancia de la medida de la pena exigida a través de la idea del fin”; del mismo modo, afirma: “La vinculación total del poder de imponer penas a la idea del fin es el ideal de la Justicia penal”.

<sup>453</sup> Cfr. VON LISZT, F. *La idea del fin...*, cit., p. 78.

<sup>454</sup> *Ibidem*.

<sup>455</sup> Cfr. VON LISZT, F. *La idea del fin...*, cit., p. 81.

<sup>456</sup> Conclusión a la que llega VON LISZT, F. *La idea del fin...*, cit., p. 83, a través de “los resultados obtenidos hasta el momento por la antropología criminal”.

<sup>457</sup> Cfr. VON LISZT, F. *La idea del fin...*, cit., p. 83; según LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p. 33, las líneas generales del pensamiento de LISZT se encuentran casi cien años antes en KLEINSHROD, *Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts nach der Natur der sache und der positiven Gesetzgebung*, 2ª parte, 1794, c. 4.1, párrafos 45 ss., pp. 102 ss.



- a) Corrección, del delincuente capaz de corregirse y necesitado de corrección.
- b) Intimidación, del delincuente que no requiere corrección.
- c) Inocuidad, del delincuente que carece de capacidad de corrección.

Con base en lo anteriormente expuesto, coincidimos con BACIGALUPO cuando afirma que la moderna teoría de la prevención especial “se caracteriza por el desplazamiento del acento del Derecho penal desde el hecho cometido al autor mismo<sup>458</sup>”.

#### 4. Crítica a las teorías relativas

Como quiera que la crítica de las teorías relativas ha sido dirigida en muchos casos contra todas ellas en general, hemos optado por realizar una sucinta reseña conjunta de las mismas al objeto de evitar inútiles reiteraciones. En todo caso, si alguna de las críticas está dirigida en particular contra alguna de las teorías relativas expuestas con exclusión de las demás, se indicará expresamente<sup>459</sup>.

1º. Las teorías relativas en general, y en particular las preventivo especiales, encuentran muchas dificultades a la hora de fundamentar el sistema dualista, toda vez que carecen de la posibilidad conceptual de distinguir entre pena y medida, ya que ambas instituciones persiguen la misma finalidad de *evitar el delito en el futuro*, aunque se debe precisar que por parte de JAKOBS y desde el punto de vista de la prevención general positiva, se han intentado ofrecer criterios de distinción entre la medida y la pena<sup>460</sup>.

2º. Las teorías de la prevención general positiva han sido criticadas porque no incluyen ninguna medida para la delimitación de la duración de la pena, lo que las hace susceptibles de derivar hacia el denominado *terror estatal*<sup>461</sup>. Por otra parte, se ha dicho que la

---

<sup>458</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 11.

<sup>459</sup> Se debe advertir que la exposición crítica que sigue a continuación no constituye más que un panorama general de los argumentos más relevantes; asimismo hemos de indicar que no tratamos de ofrecer una exposición exhaustiva, pues ello excedería los límites de este trabajo.

<sup>460</sup> Vid. JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., pp. 40 ss.; asimismo BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 23: “Una estricta separación entre penas y medidas sólo es posible en tanto la pena se entienda desde el punto de vista de las teorías absolutas”.

<sup>461</sup> Vid. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 18, en cuya opinión es posible articular la teoría de la prevención general positiva con teorías absolutas en la forma propia de las teorías de la unión, superando de este modo las razones para sostener que la teoría de la prevención general positiva *carece de un criterio para la limitación de la duración de la pena*; sobre ello *vid.* ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit., p. 93; en contra de esta crítica se manifiesta ALVAREZ GARCIA, F.J., *Consideraciones...*, cit., p. 138 ss.

función de la pena que postulan los partidarios de la prevención general negativa es admisible en el momento de la amenaza de la pena<sup>462</sup>, sin embargo en el momento de la individualización de la pena, estas consideraciones carecen de legitimación constitucional en cuanto “conduzcan a una pena superior a la que corresponda por la gravedad del hecho”<sup>463</sup>. Según MIR PUIG, una prevención general ilimitada debe ser criticada, ya que según sus postulados los hechos menos graves, que no se ven obstaculizados por fuertes barreras de moral social, deberían ser castigados con las penas más graves para contrarrestar la frecuencia de su realización y la debilidad del contraestímulo social, por el contrario, deberían ser castigados con penas de escasa gravedad los hechos más graves, que precisamente por serlo encuentran ya un firme obstáculo a su realización en la firme reprobación ético-social que les rodea y son, por ello, de escasa comisión<sup>464</sup>. Una crítica semejante es la que pone de manifiesto LESCH respecto de la prevención especial, pues “el principio de culpabilidad no armoniza con el concepto de resocialización<sup>465</sup>”. En opinión de este autor, un desarrollo consecuente de los postulados de la teoría de la prevención especial llevaría a concluir que los delitos graves que respondan a motivos que no se vayan a repetir, si son la obra de un autor perfectamente socializado, deberían quedar impunes, por el contrario, una severa intervención del Estado quedaría justificada en el caso de delitos leves (o bagatela), siempre y cuando éstos revelaran en el autor la amenaza de futuras lesiones del orden jurídico<sup>466</sup>.

---

<sup>462</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 10: “por ejemplo cuando el Código Penal en su art. 138 amenaza con privación de libertad al que matare a otro”.

<sup>463</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., pp. 10 y 11, la función disuasoria de la pena permitiría elevar ésta indefinidamente, pues cuanto más grave fuera el mal amenazado, mayor sería su efecto intimidante. Lo anterior hace necesario poner unos límites a la pena, límites que no es posible extraer de la lógica interna de estas construcciones, debiendo recurrir a límites “externos” (por ejemplo, la culpabilidad del autor); asimismo y en un sentido crítico con la función de una culpabilidad totalmente normativa que propone JAKOBS, *vid.* PEREZ MANZANO, M. *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*. Universidad Autónoma de Madrid, 1986, p. 174 ss. donde afirma y explica por qué “la prevención general positiva no sirve para una culpabilidad que pretenda individualizar la responsabilidad penal”.

<sup>464</sup> Véase MIR PUIG, S. *Derecho penal...*, cit., p. 52, para lo que propone limitar la prevención general mediante la exigencia de proporcionalidad entre delito y pena; asimismo *vid.* ALVAREZ GARCIA, F.J., *Consideraciones...*, cit., p. 154, en la p. 147 propone el autor citado en último lugar la posibilidad de deducir el principio de proporcionalidad a partir de un entendimiento constitucional de la prevención general.

<sup>465</sup> Cfr. LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., pp. 36 y 37: “El principio de culpabilidad establece que la pena sólo debe compensar la culpabilidad que el autor mediante el hecho ha cargado sobre sus espaldas”; “El principio de culpabilidad no armoniza pues con el concepto de resocialización”.

<sup>466</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 11.

3°. Otra de las críticas formuladas se basa en que hasta la fecha no haya sido demostrada empíricamente la capacidad disuasoria que los partidarios de la prevención general negativa asignan a la pena<sup>467</sup>. Tampoco ha sido demostrada empíricamente la función protectora que a la pena asignan los partidarios de la teoría de la prevención especial<sup>468</sup>. Por esta razón, afirma BACIGALUPO que la prevención por medio de la coacción psicológica, o la resocialización, constituye un fin “que no se puede verificar como verdaderamente alcanzable”<sup>469</sup>, si bien este mismo autor manifiesta que la crítica queda superada por la teoría de la prevención general positiva, toda vez que la protección de las condiciones de interacción social tiene lugar reafirmando al que confía en la norma en su confianza, y no consiste en la creencia de que nunca más se cometerán hechos semejantes<sup>470</sup>.

4°. Asimismo, el modelo de la intimidación es objeto de crítica en tanto en cuanto toma como medida de la pena el potencial beneficio del delincuente -que se compensa con un mal-, olvidando el daño social<sup>471</sup> que el hecho causa así como a los destinatarios finales del funcionamiento de la pena -los ciudadanos-, para quienes el delito no se considera como “un suceso potencialmente provechoso para el autor, sino potencialmente perjudicial para ellos mismos”<sup>472</sup>.

5°. Del mismo modo, las teorías de la prevención general positiva han sido criticadas si se concibieran “en términos tales que permitiesen ampliar la injerencia del Derecho penal a la esfera de actitud interna del ciudadano<sup>473</sup>”, ya que la imposición de una

---

<sup>467</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 10; asimismo véase ALVAREZ GARCIA, F.J., *Consideraciones...*, cit., p. 125.

<sup>468</sup> Cfr. LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p. 33: “Hoy día se puede afirmar con perfecto derecho que la teoría de la prevención especial positiva ha dado pruebas de ser una utopía”.

<sup>469</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 15; sobre la crisis de la idea de la *resocialización*, vid. LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., pp. 35 y 36.

<sup>470</sup> Vid. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 16; asimismo vid. JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 18.

<sup>471</sup> Sin embargo, ya BECCARIA, C., afirmaba en 1764 en su obra *De los delitos y de las penas...*, cit., Cap. VII, que la “única y verdadera medida de los delitos es el daño hecho a la nación, y por eso han errado los que creyeron que lo era la intención del que los comete”; y en el Cap. VIII, afirma “que el daño hecho a la sociedad es la verdadera medida de los delitos”

<sup>472</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 28; en el mismo sentido LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., pp. 26 y 27; vid. asimismo supra nota n° 104.

<sup>473</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, cit., p. 51.

actitud interna de fidelidad al Derecho supone incidir en la conciencia ético-social de los individuos<sup>474</sup>.

6°. También en un sentido crítico con las teorías relativas se manifiestan algunos autores que consideran el entendimiento de la pena propio de la prevención general intimidatoria como una cosificación del hombre, ya que castiga a éste no por el delito cometido, sino para que otros no delinca<sup>475</sup>. En semejante sentido, se orienta la crítica vertida contra la prevención especial y la idea de resocialización a partir del argumento kantiano según el cual el derecho a educar y a tratar a las personas adultas contra su voluntad, supone eliminar al individuo como persona libre y utilizarlo como a un instrumento al servicio de la colectividad estatal<sup>476</sup>. Finalmente, contra la prevención general positiva se manifiesta BARATTA, quien considera que esta teoría otorga preferencia a la conservación del sistema social respecto de los individuos, a los que utiliza como meros instrumentos para la consecución de fines sociales<sup>477</sup>.

7°. En contra de la prevención especial se ha afirmado que vulnera la conquista liberal del denominado “principio del hecho”<sup>478</sup>. Así, en opinión de JAKOBS “el principio del hecho debe su origen a las teorías de la pena que propugnan graduar la pena según la magnitud del daño causado, pero carece de función en un modelo orientado a la prevención especial”, y ello porque para estas teorías el hecho no es más que “un motivo para el tratamiento”<sup>479</sup>. En el modelo preventivo especial, no están vinculadas la magnitud del daño social y la de la reacción, por lo cual cabe encontrarse ante desproporciones extremas (p. ej.: que al reincidente le sean aplicadas largas penas privativas de libertad con el fin de inocularlo o asegurarlo, ello a pesar de que el daño social derivado de sus delitos

---

<sup>474</sup> Cfr. MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 154; sobre una prevención general que rechaza toda idea de ejemplaridad en el castigo, y que sólo admite la idea de intimidación, *vid.* ALVAREZ GARCIA, F.J., *Consideraciones...*, cit., pp. 111 ss.

<sup>475</sup> Cfr. ALVAREZ GARCIA, F.J., *Consideraciones...*, cit., p. 118.

<sup>476</sup> Cfr. LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p. 34.

<sup>477</sup> Vid. BARATTA, A., *Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistemática*. Doctrina Penal. 1985, pp. 16 a 22, citado por MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 155.

<sup>478</sup> Vid. JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 31; en opinión de LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p. 37, según el principio del hecho “el Derecho penal no conoce de límites difusos, sino que la responsabilidad se establece sólo a través de un marco fijado por las descripciones del comportamiento punible recogidas en el tipo”.

<sup>479</sup> Según LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p. 39, aunque VON LISZT tiene en cuenta el hecho para imponer una pena, ésta se impone con “ocasión de un hecho, y no precisamente a causa de un hecho, no *quia peccatum est*, esto es, no por el *hecho mismo*, sino porque mediante el hecho el *autor* se ha mostrado como un factor perturbador de la sociedad”.

sea escaso)<sup>480</sup>. Por lo anterior, se afirma que una prevención especial consecuentemente desarrollada llevaría a una intromisión del Estado en los ámbitos de la vida privada, pues permitiría la reacción penal incluso antes de que se haya cometido delito alguno. En palabras de LESCH “esperar a que se produzca el hecho es verdaderamente un mal comienzo desde el punto de vista preventivo”, siendo desde este punto de vista más correcto iniciar el procedimiento resocializador cuando alguien se encuentra ya con una gran predisposición a la criminalidad (p.e.: en el caso de vagos, mendigos, toxicómanos, etc.) aunque no haya cometido todavía ningún delito. Por lo anterior, afirma LESCH que las ideas político-criminales de VON LISZT “conducen en definitiva al más puro Derecho penal de autor<sup>481</sup>”.

8°. Asimismo, se ha dicho que la corrección, entendida en el sentido de hacer retornar al camino correcto al que se ha desviado, es un objetivo factible en el caso de jóvenes y adolescentes y por esta razón “el Derecho penal juvenil es el reino de la prevención especial<sup>482</sup>”, sin embargo, “¿cómo funciona una educación coactiva estatal con Hombres adultos de treinta o cuarenta años?”. Simplemente no funciona, y “lo que queda pues, es pura intimidación<sup>483</sup>”.

9°. Por otra parte, la teoría de la prevención general positiva ha sido atacada porque se considera que niega la ideología de la resocialización sin acompañar a su crítica instrumentos alternativos. Esta crítica ha sido contestada por BACIGALUPO, afirmando que la teoría de la prevención general positiva no impide -aunque no exige- un desarrollo del tratamiento en la fase de la ejecución penal, teniendo además el mérito de no generar falsos optimismos en relación “a las posibilidades de la ejecución de la pena privativa de libertad y, de esta manera, origina necesariamente, una discusión sobre las alternativas reales a esta pena<sup>484</sup>”.

---

<sup>480</sup> Vid. sobre esto JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., pp. 31 y 32; en este sentido LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p. 37; asimismo VON LISZT, F. *La idea del fin...*, cit., pp. 86.: “La sociedad ha de protegerse frente a los sujetos incorregibles. Sin embargo, si nosotros no queremos decapitar ni ahorcar, únicamente nos queda la *cadena perpetua* (o, en su caso, por un tiempo indeterminado)”.

<sup>481</sup> Cfr. LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., pp. 37 y 38, aunque VON LISZT a causa de su convencimiento jurídico liberal se mantuvo, paradójicamente, aferrado al sistema del Derecho penal del hecho.

<sup>482</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 30.

<sup>483</sup> Cfr. LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p. 33, no considera este autor que ello sea posible, y cita a LISZT quien -siempre según este autor- llegó a reconocer que la corrección resulta imposible en autores mayores de veintinueve años de edad.

<sup>484</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 16.

10°. Finalmente, LESCH afirma que una concepción consecuente de la resocialización no puede seguirse como teoría de la pena, pues en el fondo conduce a la abolición del Derecho penal y su sustitución por un sistema de medidas terapéuticas que, llevado a sus últimas consecuencias, resultaría de tendencia totalitarista<sup>485</sup>.

## VI. Teorías de la unión

Las teorías de la unión intentan ofrecer una explicación sobre la función de la pena, combinando los principios legitimantes de las teorías absolutas y de las relativas en una misma teoría unificadora<sup>486</sup>. Según las teorías unificadoras retributivas, únicamente será legítima la pena en la medida en la que ésta resulte justa y, además, sea útil<sup>487</sup>. Desde este punto de vista, a la pena se le asigna una función retributiva y preventiva al mismo tiempo<sup>488</sup>. Por otra parte, para las teorías unificadoras de base preventiva, la pena será legítima en la medida en la que resulte útil y, además, proporcionada a la culpabilidad del autor. Desde este punto de vista, a la pena se le asigna una función preventiva si bien limitada por la culpabilidad del autor. La pena se configura pues, como un fenómeno complejo en el que la retribución, la prevención general y la prevención especial constituyen distintos aspectos<sup>489</sup>.

Se debe precisar sin embargo, que la *combinación* de los principios legitimantes de las teorías absolutas y relativas no debe entenderse en el sentido de que una teoría deficiente

---

<sup>485</sup> Cfr. LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p. 39, aclara sin embargo el autor que no está en contra de “una ejecución de la pena que cree posibilidades de resocialización. Al contrario: Pero resocialización no es en sí un fin, ni siquiera un fundamento de la pena”; además, según afirma este autor en la p. 21 de la obra citada, entre los partidarios de la teorías relativas reina unanimidad en considerar a la pena, al menos según su concepto, como retribución, entendida ésta como una reacción a algo que ya ha sucedido; por ello el fundamento real de la pena (la culpabilidad) descansa en el pasado, aunque su fundamento final (aquello que se pretende alcanzar) se refiere al futuro; en contra QUINTERO/ MORALES/PRATS, *Manual de Derecho penal...*, cit. p. 120.

<sup>486</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 13; ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit., p. 94.

<sup>487</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 13: “Los valores de Justicia y utilidad que en las teorías absolutas resultan excluyentes y en las relativas son contemplados sólo a través de la preponderancia de la utilidad (social), resultan unidos”.

<sup>488</sup> Es el caso de las teorías unificadoras retributivas; sobre ello véase BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 13: “se trata de teorías que procuran justificar la pena en su capacidad para reprimir (retribución) y prevenir (protección) al mismo tiempo”; en el mismo sentido MUÑOZ CONDE, F., GARCIA ARAN, M., *Derecho Penal. Parte General. 2ª Ed.* Tirant lo Blanch. Valencia, 1996, p. 49; asimismo *vid.* MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, cit., p. 58, quien afirma que las teorías eclécticas de base retributiva asignan al Derecho penal una doble función de protección de la sociedad (prevención) y de realización de la Justicia (represión), mientras que las de base preventiva únicamente asignan a la pena una función de protección.

<sup>489</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, cit., p. 57.

pueda ser suplida en su aplicación práctica por otra teoría, pues en ese caso “la teoría defectuosa no es apta en absoluto”<sup>490</sup>. Tampoco debe entenderse la *combinación* como la simple acumulación de diversas teorías, ya que la acumulación de fines divergentes puede conducir a *antinomias*<sup>491</sup>. En opinión de JAKOBS, la *combinación* sólo es aceptable cuando se ha desarrollado “una teoría para una pena practicable”, en cuyo caso y si quedaran algunos “huecos por configurar”, sería aceptable que éstos fueran “colmados por otras teorías, pero a un *nivel inferior*”<sup>492</sup>.

Dejando a un lado los innumerables matices existentes, y según se otorgue preponderancia a unas u otras funciones y criterios legitimantes, podemos distinguir dos orientaciones distintas dentro las teorías de la unión<sup>493</sup>: de una parte, las teorías unificadoras de base retributiva; y de la otra, las teorías unificadoras de base preventiva<sup>494</sup>.

## 1. Teorías unificadoras retributivas

Estas concepciones parten de la idea de la retribución, si bien la contemplan en combinación con los fines preventivos.

### A. Teorías que otorgan preferencia a la retribución

La pena debe perseguir simultáneamente fines retributivos, de prevención general y de prevención especial, si bien la retribución tiene asignada una función absolutamente preponderante<sup>495</sup>. De esta manera, se concede primacía a una determinada idea de la Justicia

---

<sup>490</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., pp. 34 y 35.

<sup>491</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 35; Por antinomia entendemos la contradicción que se da entre dos argumentos opuestos cada uno de los cuales parece, no obstante, verdadero; en este sentido afirma BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 13, que “las teorías de la unión deben admitir que el fin represivo y el preventivo de la pena pueden no coincidir e inclusive ser antinómicos”.

<sup>492</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 35, pone el autor el ejemplo de la teoría de la prevención general positiva (como teoría principal), que puede ser completada por la prevención especial (como teoría subsidiaria) en el momento en el que el legislador elige los marcos penales, en el momento de la individualización judicial de la pena y en el momento de su ejecución, “pues con la teoría de la prevención general positiva (...) no se pueden calcular *quanta* de pena claramente definidos”; desecha el autor expresamente como subsidiarias las teorías de la retribución, de la expiación y de la prevención general negativa.

<sup>493</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 14.

<sup>494</sup> Cfr. ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 93 ss.

<sup>495</sup> Cfr. ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., p. 93; esta es según MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, cit., p. 57, “una posición *conservadora*, representada por el Proyecto Oficial de StGB alemán de 1962”; sobre ello también MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 148.

no basada exclusivamente en la utilidad, lo que en la práctica supone que la utilidad podrá sólo ser contemplada como justificación de la pena si de ello no se deriva una exasperación o una atenuación de la pena Justa<sup>496</sup>. Por esta razón, sus partidarios admiten tan sólo la consecución de una finalidad preventiva dentro del marco trazado por la retribución<sup>497</sup>.

## B. Teorías que no otorgan preferencia a la retribución

En las formulaciones más recientes, la retribución, la prevención especial y la prevención general se tratan como fines de la pena de igual rango o jerarquía<sup>498</sup>. Esta es la posición que asume el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo Federal alemán, y que ROXIN denomina *teoría unificadora aditiva*<sup>499</sup>.

## 2. Teorías unificadoras preventivas

Las teorías unificadoras de base preventiva, parten de una expresa renuncia a toda idea de retribución, asignando a la pena una función de exclusiva prevención<sup>500</sup>. Justifican la pena a partir de premisas utilitarias, por lo que sólo consideran legítima la pena que cumpla con una determinada *función de utilidad* (prevención)<sup>501</sup>. Según hemos tenido ocasión de exponer anteriormente, según las concepciones absolutas sólo está justificada la pena que se adecúa a una determinada concepción de la Justicia, excluyendo expresamente de su fundamento toda consideración relacionada con la utilidad. Por el contrario, según las teorías relativas sólo es legítima la pena que cumple una *función de utilidad*, excluyendo expresamente toda idea relacionada con la hipotética consecución de un determinado ideal de Justicia separado de ésta. La novedad que suponen las teorías unificadoras preventivas,

---

<sup>496</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 14, según este autor ello supone dar preponderancia a la *represión* sobre la *protección*.

<sup>497</sup> En este sentido MAURACH, *AT*, 1971, parágrafo 6 I D, citado por ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., p. 94.

<sup>498</sup> Cfr. ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., p. 94.

<sup>499</sup> Cfr. ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 94 y 95, según este autor el Tribunal Constitucional alemán aboga por una pena criminal que, sin perjuicio de su cometido de intimidar y resocializar, sea retribución por el injusto cometido. En opinión de este autor la “teoría aditiva” merece ser desechada toda vez que sus partidarios se limitan a poner uno al lado del otro, como fines de la pena, la retribución, la prevención general y la especial, lo que imposibilita una concepción unitaria de la pena; además, según ROXIN, una *teoría de la unión* con pretensiones actuales de validez debe renunciar a todo pensamiento retributivo; sobre la denominada “teoría del espacio de juego” y su asimilación a las “teorías unificadoras retributivas” MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, cit., p. 61; asimismo MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia*, cit., p. 161.

<sup>500</sup> ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., p. 95.

<sup>501</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 14.



se basa en la admisión de la función de utilidad de la pena como justificación de la misma, siempre y cuando sea respetado el límite absoluto que determina la pena adecuada a la culpabilidad del autor<sup>502</sup>. Según las teorías unificadoras preventivas, una pena que no cumpla con la función de utilidad que se le asigna no será legítima en ningún caso, ni aún resultando ajustada a la culpabilidad del autor<sup>503</sup>, y tampoco será legítima una pena útil que exceda del límite marcado por la culpabilidad del autor<sup>504</sup>.

Con base en lo anteriormente expuesto, y al objeto de limitar una intervención estatal que amparada en razones preventivas pudiera resultar desmesurada, propone ROXIN -quien a pesar de todo se muestra partidario de renunciar a toda retribución-, que “un elemento decisivo de la teoría de la retribución” pase a formar parte también de la teoría unificadora preventiva, admitiendo expresamente: “el principio de culpabilidad como medio de limitación de la pena”. Con fundamento en estos postulados, ROXIN construye una teoría unificadora de base preventiva que denomina *dialéctica*, en la que renunciando expresamente a todo pensamiento retributivo combina los distintos aspectos acertados de las diferentes teorías de la pena en una concepción amplia en la que “las deficiencias de cada una sean amortiguadas a través de un sistema de recíproca complementación y restricción”. A través de este proceso, considera este autor que las tesis tradicionales y sus objetivos antitéticos, se transforman en una síntesis<sup>505</sup>.

Como punto de partida, ROXIN asigna a la pena una función de tipo exclusivamente preventivo tendente a la protección de la libertad individual y del orden social que a ésta sirve. Según este autor, el significado de la prevención general y especial varía en las distintas fases del proceso de aplicación del Derecho, y así<sup>506</sup>:

---

<sup>502</sup> Vid. MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, cit., p. 57: “y a la retribución (con éste u otro nombre) corresponde únicamente la función de *límite máximo* de las exigencias de la prevención, impidiendo que conduzcan a una pena *superior* a la merecida por el hecho cometido”.

<sup>503</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, cit., p. 57, esta concepción es la mantenida por el Proyecto Alternativo de StGB alemán propuesto por un grupo de profesores frente al oficial de 1962 y “permitiría disminuir o incluso prescindir de la pena por debajo de lo que exigiría la retribución”.

<sup>504</sup> Vid. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 14: “Pero la utilidad está sometida a un límite: por consiguiente, sólo es legítima mientras no supere el límite de la pena justa”.

<sup>505</sup> Para HEGEL la dialéctica es un proceso de conocimiento que avanza superando obstáculos en una secuencia de oposiciones: tesis, antítesis, síntesis; sobre la teoría “dialéctica de la unión” *vid.* ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 95 ss.; una teoría de la unión diferente es la que propone SCHMIDHÄUSER bajo el nombre de *teoría de la diferenciación*; sobre ello véase MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, cit., p. 59; asimismo sobre la “teoría de la diferenciación” véase MORILLAS CUEVA, L. *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*. Tecnos, Madrid, 1991, p. 33 ss.

<sup>506</sup> La exposición sobre los fines de la pena en cada uno de los momentos de aplicación del Derecho que sigue a continuación también en ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit., pp. 97 a 103.

- a) En el momento de la amenaza a través de la *conminación* penal por parte del legislador, a la pena se le asigna un fin de pura prevención general.
- b) En la fase de *individualización* de la pena por parte del Juez en la sentencia, a la pena se le asignan en la misma medida funciones preventivo generales y preventivo especiales.
- c) Por último, en el momento de la *ejecución* de la pena pasa a un primer plano la prevención especial.

El proceso indicado no debe entenderse en el sentido de una tajante y nítida diferenciación por fases, sino en un sentido orientador susceptible de ponderación<sup>507</sup>. No duda sin embargo ROXIN en excluir de la concepción anteriormente enunciada toda retribución, a cuya consideración entre los fines de la pena renuncia, rechazándola expresamente “ni siquiera como un fin atendible junto a la prevención”<sup>508</sup>. Por el contrario, sí admite la inclusión dentro de su teoría *dialéctica* de un elemento decisivo que ha sido tradicionalmente vinculado con la teoría de la retribución, esto es, el principio de culpabilidad<sup>509</sup>. De esta manera, pone remedio a la crítica de la que es objeto toda teoría preventiva, y según la cual éstas no contemplan un límite al poder sancionador del Estado. Según ROXIN, la pena no puede en ningún caso ser superior a la culpabilidad del autor<sup>510</sup>, y ello aunque los intereses preventivos del tratamiento, de la seguridad colectiva, o de la

---

<sup>507</sup> Así, ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit., pp. 97 ss., admite que la ejecución mantenga una componente preventivo general (cual es la necesidad de que la pena sea cumplida para que la comunidad tome en serio la amenaza), y afirma que cuando ambos fines preventivos entren en conflicto el fin preventivo especial de resocialización se coloca en primer lugar.

<sup>508</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit., p. 98.

<sup>509</sup> Vid. ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit., p. 100: “El principio de culpabilidad tiene, pues, una función liberal absolutamente independiente de toda retribución, y por mor de la libertad de los ciudadanos también debería conservarse en un Derecho penal moderno”; en el mismo sentido ROXIN, C., *Culpabilidad y Prevención en el Derecho Penal. Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad*. Traducción y notas de Muñoz Conde, F., ed. Reus, Madrid, 1981, p. 46: “El principio de que la pena no puede traspasar, ni en su gravedad ni en su duración, el grado de culpabilidad, al contrario de lo que sucede con el principio retributivo, no tiene un origen metafísico. Más bien es producto del liberalismo ilustrado y sirve para lmitar el poder de intervención estatal”; De otra opinión, sin embargo ALVAREZ GARCIA, FJ, *Consideraciones...*, cit., p. 147, para quien una función semejante de relación entre la entidad del delito y de la pena a imponer, la cumple la idea de proporcionalidad, función que en su opinión le está vedada a la culpabilidad, pudiendo decucirse más correctamente a partir de un entendimiento constitucional de la prevención general.

<sup>510</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit., p. 98: “el grado o la cuantía de la culpabilidad se determina por factores internos en la persona del autor y por la dimensión de los daños ocasionados”.

intimidación, revelen como deseable una intervención más prolongada<sup>511</sup>. Sin embargo, considera que no existe inconveniente alguno contra una pena cuya magnitud quede por debajo de la medida de la culpabilidad, lo que podrá suceder siempre y cuando así lo permita su finalidad preventiva<sup>512</sup>.

Para comprender correctamente lo anterior, resulta necesario precisar, aunque ello suponga adelantarnos al estudio de la culpabilidad, que al efecto de superar el problema de la culpabilidad entendida como libertad de voluntad<sup>513</sup>, ROXIN parte de una concepción de la culpabilidad que no se fundamenta en declaraciones ontológicas sobre la existencia del libre albedrío, pues en su opinión se trata más bien de la aceptación de una suposición normativa, de una regla del juego social que ayuda a la ordenación de la convivencia humana y que no debe enjuiciarse según los criterios *verdadero* o *falso*, sino según su utilidad o dañosidad social<sup>514</sup>. En opinión de ROXIN, la solución al problema que tradicionalmente ha planteado el libre albedrío parte de formular un postulado político-criminal dirigido a los jueces: “debéis tratar al ciudadano en virtud de su libertad como persona capaz de una decisión autónoma y de responsabilidad, siempre que su capacidad de motivación normal no esté anulada por perturbaciones psíquicas<sup>515</sup>”. Lo decisivo entonces, no es el indemostrable poder actuar de otro modo, sino que el legislador desde puntos de vista jurídico-penales quiera hacer responsable al autor de su actuación<sup>516</sup>. En definitiva, lo que postula este autor es que “los principios político-criminales de la teoría del fin de la pena sustentan la categoría sistemática que comúnmente se denomina *culpabilidad*”<sup>517</sup>. Sobre la culpabilidad y su relación con los fines de la pena volveremos más adelante, si bien sirva lo que se acaba de exponer para evidenciar la trascendencia de una certera decisión sobre la justificación y la función de la pena, de cara a un posterior desarrollo de la culpabilidad,

---

<sup>511</sup> Podría considerarse que una pena que sobrepasa la medida de la culpabilidad atenta contra la dignidad del hombre (art. 10 C.E.); aunque según ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit., p. 100: “Esto es dudoso”; en el mismo sentido ROXIN, C., *Culpabilidad y Prevención en el Derecho Penal: Reflexiones...*, cit., p. 47.

<sup>512</sup> De este modo, se pone de manifiesto una diferencia esencial con las teorías retributivas, toda vez que, según éstas, la pena adecuada a la medida de la culpabilidad no puede superarse, pero tampoco puede atenuarse por razones preventivas; sobre ello véase ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit., p. 98.

<sup>513</sup> Cfr. ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., p. 101: “La pregunta relativa a la existencia real de la libertad de voluntad puede y debe ser excluida debido a su imposibilidad de decisión objetiva”.

<sup>514</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit., p. 101; en el mismo sentido ROXIN, C., *Culpabilidad y Prevención en el Derecho Penal: Reflexiones...*, cit., pp. 48 y 49.

<sup>515</sup> Cfr. ROXIN, C., *Culpabilidad y Prevención en el Derecho Penal: Reflexiones...*, cit., pp. 48 y 49.

<sup>516</sup> Por ello ROXIN, C., *Culpabilidad y Prevención en el Derecho Penal: Culpabilidad y Responsabilidad como categorías sistemáticas jurídico penales*. Traducción y notas de Muñoz Conde, F., ed. Reus, Madrid, 1981, p. 71, prefiere la utilización del término *responsabilidad* en lugar del menos afortunado *culpabilidad*.

<sup>517</sup> Cfr. ROXIN, C., *Culpabilidad y Prevención en el Derecho Penal: Culpabilidad...*, cit., p. 70.

entendida ésta, tanto como categoría sistemática de la teoría del delito, como factor de limitación en la intervención del poder punitivo<sup>518</sup>.

### 3. Crítica a las teorías de la unión

Según LESCH, el problema principal de las teorías de la unión es su carácter ambiguo, pues no están en condiciones ni de dar a la finalidad de la pena estatal una dirección y un fundamento consistente, ni de proponer una regla funcional que conceda preferencia a una u otra teoría en los puntos de colisión. Según este autor, las teorías de la unión sólo pueden entenderse como meras propuestas que no pueden ser fundamentadas de una forma convincente. Además, se afirma que en estas teorías el principio de culpabilidad pierde su función originaria de fundamentación de la pena, quedando únicamente reducido a ser un mero criterio delimitador de la pena que no puede ser aclarado funcionalmente<sup>519</sup>.

Por otra parte y como se dijo más arriba, JAKOBS no considera posible suplir mediante la *combinación* las deficiencias de una teoría mediante otra teoría, pues en tales supuestos “la teoría defectuosa no es apta en absoluto<sup>520</sup>”. Tampoco puede considerarse la *combinación* como la acumulación de varias teorías, ya que en el ámbito de fines divergentes de los modelos combinados conduce a la indeterminabilidad de la pena<sup>521</sup>. Por el contrario, sí considera posible colmar con otras teorías los huecos que queden por configurar en la teoría de la prevención general positiva, pero a un nivel inferior<sup>522</sup>.

### Bibliografía

ALVAREZ GARCIA, F.J., *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*. Comares, Granada, 2001.

AMERIO, F. *Historia de la Filosofía*, Madrid, 1954.

BACIGALUPO, E. *Principios de Derecho penal. Parte General*. 4ª ed. Akal/Iure, Madrid, 1997.

---

<sup>518</sup> Cfr. ROXIN, C., *Culpabilidad y Prevención en el Derecho Penal. Culpabilidad...*, cit., p. 78: “el principio de culpabilidad supone una creación normativa tendente a proteger al ciudadano frente a desmesuradas ingerencias estatales, y cuya legitimidad propia de un Estado de Derecho es totalmente independiente de la existencia del libre albedrío humano”.

<sup>519</sup> Cfr. LESCH, H., *La función de la pena...*, cit, p. 42.

<sup>520</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 34 y 35.

<sup>521</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 34 y 35.

<sup>522</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 34 y 35: quien propone como teoría subsidiaria tan sólo la prevención especial, pues las teorías de la retribución, la de la expiación y la de a prevención general negativa han de desecharse.

- BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*. Trad. De Las Casas, J.A. Ed. Alianza, Madrid, 1995.
- CATHREIN, V., *Filosofía del Derecho*. 7ª ed. Reus, Madrid, 1958.
- HEGEL, G.W., *Principios de la filosofía del Derecho*. Trad. Por J.L. Vermal. Edhasa, Barcelona, 1999.
- JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª Ed. corregida. Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo. Marcial Pons editores, Madrid, 1997.
- KANT, I., *Introducción a la teoría del Derecho. Introducción a la metafísica de las costumbres*. Trad. por F. González Vicen. Marcial Pons, Madrid, 1997.
- KELSEN, H., *Teoría general del Derecho y del Estado*. Trad. García Maynez, E., 5ª reimpresión, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995.
- LANDROVE DIAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª ed. Tecnos, Madrid, 1996.
- LESCH, H., *La función de la pena*. Dykinson, Madrid, 1999.
- LUHMANN, N., *Teoría política en el Estado del Bienestar*. Versión española e introducción de F. Vallespín. Alianza Universidad, Madrid, 2002.
- LUMIA, G., *Principios de teoría e ideología del Derecho*. Trad. de Ruíz Miguel, A., 8ª reimpresión. Debate, Madrid, 1985.
- MARIN ESPINOSA CEBALLOS, E., *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*. Comares, Granada, 1999.
- MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*. Bosch. 2ª Ed. Barcelona, 1982.
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*. 5ª ed., Barcelona, 1998.
- MORILLAS CUEVA, L., *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*. Tecnos, Madrid, 1991.
- MUÑOZ CONDE, F., GARCIA ARAN, M., *Derecho Penal. Parte General*. 2ª Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1996.
- NINO, C. S., *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1983.
- PEREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*. Universidad Autónoma de Madrid, 1986.
- QUINTERO/MORALES/PRATS, *Manual de Derecho Penal, Parte General*. 2ª Ed. Aranzadi, 2000.
- ROXIN, C., *Culpabilidad y Prevención en el Derecho Penal: Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad*. Traducción y notas de F. Muñoz Conde, F., ed. Reus, Madrid, 1981.
- ROXIN, C., *Culpabilidad y Prevención en el Derecho Penal: Culpabilidad y Responsabilidad como categorías sistemáticas jurídico penales*. Traducción y notas de Muñoz Conde, F., ed. Reus, Madrid, 1981.
- ROXIN, C., *Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad*. Trad. de Patricia S. Ziffer y Daniel R. Pastor en la obra *Determinación judicial de la pena*. Del Puerto Editores, Buenos Aires, 1993.

ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Trad. de la 2ª ed. alemana por Luzón Peña, D.M., Díaz y García-Conlledo, M., Vicente Remesal, J. Civitas, Madrid, 1997.

SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones de Derecho penal. Parte General*. T. I-II-III. Bosch, Barcelona, 1982.

VON LISZT, F. *La idea del fin en el Derecho Penal. Programa de la Universidad de Marburgo, 1882*. Trad. de C. Pérez del Valle e introducción de J.M. Zugaldía Espinar, Comares, 1995.

ZUGALDIA ESPINAR, J.M, *Fundamentos de Derecho penal*. 3ª Ed., Valencia, 1993.

## Capítulo II

### Los valores constitucionales como criterios orientadores de la convivencia:

#### Derecho penal y control social

##### SUMARIO:

I. El Estado. II. El modelo constitucional: 1. Valores superiores del Ordenamiento Jurídico. 2. Fundamentos del orden político. 3. Orientación constitucional de penas y medidas. III. Constitución y teoría de la pena. IV. Sociedad y Derecho penal. V. Derecho penal y control social. VI. La norma penal: 1. Estructura. 2. Función: A) Función de valoración. B) Función imperativa. 3. Conclusión.

##### I. El Estado

Desde el punto de vista político, y teniendo en cuenta los problemas que plantea toda definición<sup>523</sup> cabe concebir el Estado como una “comunidad organizada en un territorio definido, mediante un orden jurídico definido y garantizado por un poder jurídico autónomo y centralizado, que tiende a realizar el bien común en el ámbito de esa comunidad”<sup>524</sup>. Por otra parte, en el seno de la denominada *Escuela Formalista* y desde un punto de vista estrictamente jurídico, define KELSEN el Estado como la totalidad de un Orden Jurídico en cuanto constituye un sistema, esto es, una unidad cuyas partes son interdependientes, que descansa sobre una norma hipotética fundamental<sup>525</sup>. Desde este

---

<sup>523</sup> Según JIMENEZ DE ASUA, L., *Principios de Derecho penal. La Ley y el delito*. 3ª Ed. Buenos Aires, 1958, p. 18, “toda definición es un silogismo, que si bien plantea correctamente los problemas, los resuelve luego tautológicamente”.

<sup>524</sup> Cfr. SANCHEZ AGESTA, L., *Principios de Teoría Política*. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1990. p. 106; asimismo sobre el concepto de “bien común” véase también el Preámbulo de la Constitución española, que literalmente dispone como uno de los deseos de la Nación española el de “promover el bien de cuantos la integran”.

<sup>525</sup> Vid. KELSEN, H., *Teoría general del Derecho y del Estado*. Trad. García Maynez, E., 5ª reimpresión, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995, pp. 224 ss., según este autor la norma fundamental no es una norma positiva, sino una hipótesis lógico-trascendental, en cuanto que, si se admite la validez de la norma fundamental, entonces todo el ordenamiento jurídico que se apoya en ella debe considerarse válido. A su vez, la norma fundamental deriva su validez de un hecho: que el ordenamiento jurídico sea efectivamente observado por la generalidad de sus destinatarios; un ordenamiento es válido en la medida en que es eficaz. La existencia de un ordenamiento jurídico se identifica con su validez y ésta depende de su eficacia, todo ello constituye el normativismo de

último punto de vista, la Constitución se configura como la norma primaria de la producción jurídica, y en ese sentido -como cabecera del Ordenamiento- despliega y proyecta su incidencia sobre el resto del sistema jurídico. Asimismo, constituye un elemento esencial de todo Estado, entendido en su sentido clásico de comunidad política, la existencia de un grupo humano sobre el que el Estado se organiza<sup>526</sup>. Todo lo anterior, nos permite definir el Estado como *una comunidad política estable, organizada en torno a valores garantizados jurídicamente, que agrupa a una población en continua interacción social*.

En concreto, la Constitución española declara en su Preámbulo tanto la voluntad de la Nación española de establecer la Justicia, la libertad y la seguridad, como la de promover el bien de cuantos la integran<sup>527</sup>. Asimismo, en el Título Preliminar, la Nación española se constituye en un Estado social y democrático de Derecho<sup>528</sup>, que propugna como valores superiores de su Ordenamiento Jurídico la libertad, la Justicia, la igualdad y el pluralismo político<sup>529</sup>. Finalmente, en el Título Primero se establecen los fundamentos del orden político y de la paz social<sup>530</sup>, y se reconocen y protegen toda una serie de Derechos que tradicionalmente se han calificado como inviolables e inherentes a toda persona humana y no como una concesión de la sociedad política. De todo ello trataremos con más detalle a continuación.

---

KELSEN; sobre lo expuesto y la diferencia existente entre normativismo y realismo jurídico, *vid.* LUMIA, G. *Principios de teoría e ideología del Derecho*. Trad. de Ruíz Miguel, A., 8ª reimpresión. Debate, Madrid, 1985, pp. 67 y 68.

<sup>526</sup> Véase SANCHEZ AGESTA, L., *Principios...*, cit., pp. 112 ss., son elementos históricos del Estado como comunidad política, los siguientes: a) un territorio, como soporte físico; b) un grupo humano sobre el que el Estado se organiza; c) un orden jurídico que organiza la unidad social; y d) un poder (jurídico, independiente o soberano, unificado o jerarquizado, y territorialmente determinado).

<sup>527</sup> A cuyo efecto la Nación española proclama en el Preámbulo de la CE, entre otros medios para la consecución de sus fines: la voluntad de garantizar la convivencia democrática dentro de la Ley conforme a un orden social justo; la voluntad de consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la Ley; así como la voluntad de proteger a todos los españoles en el ejercicio de los derechos humanos.

<sup>528</sup> Vid. art. 1.1. de la CE.

<sup>529</sup> A estos efectos, el artículo 9.2 CE atribuye a los Poderes públicos la función de promover las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad del individuo sean reales y efectivas, así como de remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud.

<sup>530</sup> El art. 10.1 de la CE, establece como fundamento del orden político y de la paz social “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, así como el respeto a la ley y a los derechos de los demás”.



## II. El modelo constitucional

Coincidimos con BACIGALUPO cuando afirma que las teorías jurídicas están estrechamente vinculadas con la estructura jerárquica del sistema normativo<sup>531</sup>. Desde el punto de vista jerárquico, la Constitución es la norma de grado más alto<sup>532</sup>, y en ella se contienen tanto los valores superiores del Ordenamiento Jurídico (art. 1 y 10.1 CE); como los Derechos fundamentales y las libertades públicas (arts. 14 ss.); así como toda una serie de disposiciones relativas a la organización política y territorial del Estado<sup>533</sup>. Desde que fuera promulgada nuestra actual Constitución (1978), la autoridad del constituyente se sitúa jerárquicamente por encima de la autoridad del legislador, que queda sometido en su actividad tanto a los límites derivados de los valores superiores del Ordenamiento Jurídico como a los que se derivan de los Derechos y libertades de la persona expresamente reconocidos en la Norma Fundamental<sup>534</sup>. Por esta razón, se muestra acertado BACIGALUPO cuando afirma que en un sistema en el que la aplicación de los textos legales depende de su compatibilidad con los valores contenidos en la Constitución, existe una continuidad entre el orden normativo constitucional y el legal, que se manifiesta en dos direcciones<sup>535</sup>:

- a) De una parte, existe un *efecto irradiante* de los derechos fundamentales y de los valores superiores del Orden Jurídico, que determina el contenido de las normas legales<sup>536</sup>.
- b) De otra parte, la interpretación de los textos legales se debe realizar *de acuerdo con* la Constitución, es decir, otorgando preferencia entre todos los significados posibles a aquéllos que resultan compatibles con la Constitución<sup>537</sup>.

---

<sup>531</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad e individualización de la pena. El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Angel Torío López*, Comares, Granada, 1999, p. 33.

<sup>532</sup> Cfr. KELSEN, H., *Teoría general...*, cit., p. 146.

<sup>533</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad...*, cit., p. 33.

<sup>534</sup> Ibidem.

<sup>535</sup> Ibidem.

<sup>536</sup> Ibidem; sobre la misión de realizar valores sociales asignada al Ordenamiento Jurídico, veáse también GARCIA MAYNEZ, E., *Positivism Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo*. Fontamara, México, 1996, pp. 158 ss.

<sup>537</sup> Ibidem.

## 1. Valores superiores del Ordenamiento Jurídico

Comencemos con una lectura del *Preámbulo* de la Constitución, al objeto de constatar que el poder constituyente afirma la voluntad de la Nación española de establecer la *Justicia*, la *libertad* y la *seguridad*, así como de *promover el bien* de cuantos la integran. Sobre este particular, se debe recordar que según KELSEN el juicio por el cual se declara que algo es un fin, un último fin que no puede servir como medio para el logro de otro fin ulterior, constituye un auténtico juicio de valor y, como tal viene siempre determinado por factores emocionales<sup>538</sup>. En opinión de KELSEN, toda ideología política tiene sus raíces en la voluntad y no en el conocimiento científico basado en la experiencia, debiendo buscarse el sustrato de toda ideología política en el elemento emocional de nuestra conciencia y no en el elemento racional basado en la experiencia científica<sup>539</sup>. Desde la perspectiva kelseniana, como no existe la posibilidad de adoptar una decisión racional entre los diversos valores opuestos, el jurista se halla en permanente conflicto entre la verdad, como principio fundamental de la ciencia, y la Justicia como supremo *desideratum* de la política<sup>540</sup>.

De forma congruente con los anteriores planteamientos, KELSEN considera que si la afirmación de los últimos fines aparece en la forma de postulados o normas de Justicia, éstos descansan siempre en juicios de valor puramente subjetivos y, por ende, relativos<sup>541</sup>. Según el mencionado autor, un sistema positivo de valores no parte de la creación arbitraria del individuo aislado, sino que siempre es resultado de la influencia recíproca que los individuos ejercen unos sobre otros dentro de un determinado grupo social<sup>542</sup>. Los sistemas de valores, especialmente la moral y su idea central de la Justicia, son fenómenos colectivos, productos sociales y, por consiguiente, difieren en cada caso de acuerdo con la naturaleza

---

<sup>538</sup> Vid. KELSEN, H., *Teoría general del Derecho...*, cit., p. 8.

<sup>539</sup> Al contrario de KELSEN, sí considera posible llegar de forma racional al conocimiento de la Justicia RAWLS; véase sobre ello RAWLS, J., *Justicia como equidad*. Trad. por M.A. Rodilla. Tecnos, Madrid, 2002, pp. 61 ss.

<sup>540</sup> Vid. prólogo de KELSEN, H., a la *Teoría general...*, cit., por ello en la *teoría pura del Derecho* de KELSEN se insiste en una clara distinción entre derecho empírico y justicia trascendnet, excluyendo a esta última de su objeto específico. El objeto específico de la ciencia jurídica es el Derecho real o positivo, en oposición a un Derecho ideal, meta de la política. Asimismo afirma este autor: “La ciencia tiene que describir su objeto tal como realmente es, y no prescribir como debiera o no debiera ser desde el punto de vista de determinados juicios estimativos. Este último es un problema político y, como tal, concierne al arte del gobierno, que es una actividad dirigida hacia valores, no un objeto de la ciencia, ya que ésta estudia realidades”; “únicamente separando la Teoría del Derecho de la filosofía de la Justicia y de la sociología, será posible establecer una ciencia jurídica específica”.

<sup>541</sup> Cfr. KELSEN, H., *Teoría general...*, cit. p. 8.

<sup>542</sup> *Ibidem*.

de la sociedad en cuyo seno surgen<sup>543</sup>. Por todo ello, concluye KELSEN que existe una gran multiplicidad de ideas sobre lo justo, tantas que resulta imposible hablar simplemente de *Justicia*<sup>544</sup>.

Realizadas las anteriores precisiones, y una vez delimitados los valores finales que según la Constitución orientan a la Nación española, es posible constatar que el mismo Preámbulo de la norma Fundamental dispone los medios para alcanzarlos, y así dispone el constituyente que “la Nación española (...) en uso de su soberanía” proclama su voluntad de “garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo”, así como de “consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la Ley como expresión de la voluntad popular”, y de “proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los Derechos Humanos”. Sobre la idoneidad de los medios a los que hace referencia el Preámbulo de la Constitución para alcanzar los valores por ella misma proclamados, debemos recordar una vez más que según KELSEN el juicio por el cual se declara que algo es un medio eficaz para un fin postulado de antemano, no es un verdadero juicio de valor, por el contrario se trata de un juicio relativo a la conexión entre causa y efecto y, como tal, de un juicio sobre la realidad que puede determinarse sobre la base de la experiencia científica, esto es, racionalmente<sup>545</sup>. Teniendo en cuenta lo anterior, es posible afirmar que mientras la proclamación del deseo de alcanzar un determinado valor final se basa siempre de una decisión política -y en algunos casos democrática- basada principalmente en criterios emocionales, la determinación de los medios más eficaces para la consecución de tal valor final no constituye un juicio de valor, sino un juicio sobre la realidad que puede determinarse sobre la base de la experiencia, esto es, racionalmente<sup>546</sup>.

---

<sup>543</sup> Cfr. KELSEN, H., *Teoría general...*, cit. p. 9.

<sup>544</sup> Ibidem; sin embargo, RAWLS, J., *Justicia como equidad...*, cit., p. 102, sí considera posible establecer un concepto de Justicia de aplicación general basado en la idea de *equidad*.

<sup>545</sup> Véase KELSEN, H., *Teoría general...*, cit. p. 8, si bien de acuerdo con el estado actual de la ciencia social en muchos casos carecemos de la experiencia social adecuada que nos capacite para determinar en qué forma ciertas finalidades sociales pueden ser realizadas con mayor eficacia. Por ello, “el problema de los medios adecuados es a menudo resuelto de acuerdo con juicios subjetivos de valor, más bien que por un conocimiento objetivo de la conexión entre medios y fines, esto es, entre causas y efectos; de aquí que, al menos por el momento, el problema de la Justicia, incluso como determinación de los medios adecuados para alcanzar un fin generalmente reconocido, no siempre pueda ser resuelto en una forma racional”.

<sup>546</sup> En este sentido, véase la exposición sobre la obra *Principia Ethica*, de G.E. MOORE, que realiza SALMERON, F., *Ética analítica y Derecho*. Fontamara, México, 2000, p. 27: “Para MOORE es muy obvio que no puede haber una respuesta correcta a la cuestión acerca de los fines, a menos que nombremos algo que pueda ser obtenido realmente, porque considera que esta posibilidad es esencial a los fines propios de la acción humana. Cuando hablamos, en cambio, de la bondad de los

Por otra parte, y en desarrollo de las declaraciones contenidas en el Preámbulo de la Constitución, el Título Preliminar proclama que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la Libertad, la Justicia, la Igualdad y el pluralismo político” (art. 1.1). A partir de las anteriores consideraciones, el art. 9.2 atribuye al poder público la función de *promover las condiciones necesarias para que la Libertad y la Igualdad del individuo sean reales y efectivas así como de remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud*. Y finalmente, el mismo Título Preliminar afirma la vigencia de un principio esencial cual es el que afirma el *sometimiento de los ciudadanos y de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico* (art. 9.1).

## 2. Fundamentos del orden político

Ya en el Título Primero de la Constitución, bajo la rúbrica “De los Derechos y deberes fundamentales”, se encuentra el art. 10, en cuyo número 1º se establecen como fundamentos del orden político y de la paz social: *la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás*<sup>547</sup>. Estos intereses se complementan con la previsión contenida en el número 2º del art. 10, en el que el constituyente nos remite de forma expresa a la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, así como a los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España sobre la materia.

## 3. Orientación constitucional de penas y medidas

Para finalizar con este sucinto repaso del orden valorativo constitucional, recordaremos el tenor literal el art. 25.2 de la CE, incardinado en la Sección 1ª titulada “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, ubicado en el Capítulo II del Título Primero de la Norma Fundamental, que dispone lo siguiente<sup>548</sup>:

---

medios, tan sólo tenemos que establecer las relaciones causales entre estos y aquello que queremos realizar por considerarlo intrínsecamente bueno”.

<sup>547</sup> La *igualdad* se reconoce en el art. 14; el *derecho a la vida y a la integridad física*, en el art. 15, prohibiéndose expresamente la tortura así como las penas o tratos inhumanos o degradantes, quedando abolida la pena de muerte -con la excepción de la ley penal militar en tiempo de guerra-; por su parte, *la libertad* y el *derecho a la seguridad* se reconocen en el art. 17.

<sup>548</sup> Un análisis del contenido y alcance del artículo 25.2 de la CE, en CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización judicial de la pena*. Colex, Madrid, 1997, pp. 91 ss.

**Artículo 25.-** “(...) 2. Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los Derechos Fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la seguridad Social, así como el acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad”.

En este precepto se establece la orientación de penas y medidas, esto es, su valor final desde la perspectiva constitucional. Como todo valor final, contiene una decisión política, que según KELSEN estará basada más en consideraciones emocionales que racionales. Por otra parte, el problema de los medios más adecuados para alcanzar el valor final que por medio de una decisión política hemos erigido como intrínsecamente bueno, es un problema susceptible, en principio, de ser resuelto racionalmente a partir de la experiencia científica, pues tan sólo se trata de establecer las relaciones causales entre los medios empleados y los fines que queremos realizar.

### III. Constitución y teoría de la pena

Teniendo en cuenta todo lo anterior, podemos afirmar que el camino hacia la justificación de la pena ha de tomar como punto de partida el marco trazado por los valores constitucionales. En este sentido, conviene recordar que coincidimos plenamente con JAKOBS cuando afirma que el contenido y la función de la pena no pueden ser configuradas de forma universal y abstracta, sino con relación al concreto orden en el que se pune<sup>549</sup>. En un sentido semejante se manifiesta MIR PUIG, al afirmar que la función que asignemos a la pena dependerá del modelo de Estado que tomemos como referencia, de modo tal que entre la función asignada a la pena, al Derecho penal y al propio Estado, existe una vinculación axiológica<sup>550</sup>. Esta es la dirección correcta, aunque hemos de mostrar un ligera discrepancia respecto de las tesis de MIR PUIG<sup>551</sup> si lo que pretende este autor es

---

<sup>549</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª Ed. corregida. Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo. Marcial Pons editores, Madrid, 1997, p. 8; asimismo ROXIN, C., *Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad*. Trad. de Patricia S. Ziffer y Daniel R. Pastor. Del Puerto Editores, Buenos Aires, 1993, p. 15, quien afirma que “con esto todavía no está decidido, sin más ni más, de qué modo debe actuar la pena para cumplir con la misión del Derecho penal. Esta pregunta es respondida por la teoría del fin de la pena, la cual, por cierto, siempre debe quedar referida al fin del Derecho penal que se encuentra detrás de aquél -lo cual, con frecuencia, no es suficientemente tenido en cuenta-”.

<sup>550</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*. Bosch. 2ª Ed. Barcelona, 1982, p. 15.

<sup>551</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *Función de la pena...*, cit., pp. 25 ss.

vincular rígidamente los distintos modelos teóricos de Estado<sup>552</sup> (p. ej.: liberal, social o democrático) con determinadas justificaciones éticas de la pena (p. ej.: la utilidad o la Justicia), con su función social (p. ej.: retribución, prevención general o especial), o incluso con sus límites (p. ej.: principio de utilidad, de culpabilidad o de proporcionalidad)<sup>553</sup>. Y ello porque consideramos que *la determinación del orden concreto en el que se pune*, que sí consideramos esencial a la hora de indagar sobre la justificación, la función, y los límites de la pena, se determina de una forma más precisa atendiendo en concreto al sistema positivo de valores que configura la Norma Fundamental, que haciendo una referencia general a los estrechos postulados de un determinado modelo teórico-político de Estado<sup>554</sup>.

Entendemos que el punto de partida del camino hacia la justificación de la pena se halla por tanto en el seno de los valores contenidos en el propio texto constitucional, pues en ellos se halla ínsito el fundamento y el fin del Orden estatal así como los intereses de la sociedad en cuyo seno surgen<sup>555</sup>. Por lo anterior, proponemos tomar como punto de partida para indagar sobre la justificación de la pena tanto los valores que presiden el Ordenamiento jurídico<sup>556</sup> como todos los demás fines, principios e intereses<sup>557</sup> a los que la

---

<sup>552</sup> En el sentido de configurar la pena y el Derecho penal a partir de la idea de Estado social y democrático de Derecho, *vid.* MIR PUIG, S., *Función de la pena...*, cit., pp. 19 a 23, que realiza un análisis histórico de los elementos que integran este concepto.

<sup>553</sup> Según MIR PUIG, S., *Función de la pena...*, cit., p. 17, la idea de Estado democrático de Derecho “se convierte así en el soporte (valorativo) de los dos pilares sobre los que gravita todo el sistema (teleológico) de la Parte General del Derecho penal”. Siendo los dos pilares a los que se refiere el autor: la pena y el delito.

<sup>554</sup> Así, afirma BACIGALUPO, E. *Principios de Derecho penal. Parte General*. 4ª ed. Akal/Iure, Madrid, 1997, p. 8, que no existe, por lo tanto, una correspondencia que permita asociar las teorías fundadas en la justicia con el Estado liberal y las teorías utilitarias con el Estado social; asimismo *vid.* ALVAREZ GARCIA, F.J., *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*. Comares, Granada, 2001, p. 173, nota nº 377, quien afirma que “a pesar de esta fuerte limitación - en realidad un cambio total de perspectiva- que impone MIR PUIG a las teorías de la prevención general positiva, coincido con SILVA SANCHEZ en las críticas que dirige a la posición de MIR PUIG -*Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, pp. 240 ss.- en el sentido, fundamentalmente, de preferir una referencia estable y basada en una clara legitimación -el programa político jurídico de la Constitución- antes que en unas indefinidas convicciones sociales sobre lo *proporcional* o sobre exigencias que se derivarían de la referencia al *Estado social y democrático de Derecho*, que en ocasiones pueden estar muy por detrás de lo que permite su propio concepto”.

<sup>555</sup> Cfr. KELSEN, H., *Teoría general...*, cit. p. 9; en el mismo sentido MARTIN REBOLLO, L., *La Constitución de 1978: Elaboración, significado e incidencia en el Ordenamiento jurídico general*. Aranzadi, 1996, p. 57.

<sup>556</sup> Como son la libertad, la justicia y la igualdad según el artículo 1.1 CE.

<sup>557</sup> Tal como hemos visto, la propia Constitución en su Título Primero reconoce y protege una serie de Derechos fundamentales que son caracterizados como inviolables e inherentes a la persona humana (art. 10.1). A nuestro parecer, estos Derechos los posee el hombre por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad. Se trata pues, de Derechos inviolables que le son inherentes, y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados, lo que sin duda habrá también de ser tenido en cuenta a la hora de

Constitución dota de especial relevancia<sup>558</sup>. Tomando en consideración lo anteriormente expuesto, nos parece adecuado afirmar que la Constitución española fija en su texto toda una serie de premisas valorativas que deben inspirar el sistema dogmático de Derecho penal. Para alcanzar un desarrollo consecuente del sistema, habremos de tomar en consideración los valores superiores del Ordenamiento Jurídico proclamados en el art. 1. 1º de la CE y, junto a éstos últimos, habremos también de considerar los fines declarados por la comunidad política en el Preámbulo de la Constitución; los fundamentos del orden político y de la paz social (entre los cuales cabe destacar la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás); y, finalmente, los derechos inviolables que son inherentes a la persona humana. Por esta razón, consideramos preferible tomar como punto de partida no un determinado modelo teórico de Estado -como p. ej.: el Estado social y democrático de Derecho<sup>559</sup>, sino más bien aquellos valores e intereses superiores proclamados por un determinado modelo positivo constitucional, esto es, por el texto de la Constitución española de 1978<sup>560</sup>.

Como conclusión, cabe admitir la existencia de una serie de elementos que condicionan el Derecho penal del Estado de acuerdo con la Constitución: a) El respeto a la dignidad de la persona y de los derechos que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10); b) El respeto de la proporcionalidad de las penas (art. 15); c) La prohibición de las penas inhumanas o degradantes (art. 15), así como de la pena de muerte; d) La distinción entre Derecho penal y la moral, así como la no utilización del Derecho

---

determinar el contenido de la pena; sobre ello *vid.* TRUYOL SERRA, A., *Los Derechos Humanos*. Tecnos, Madrid, 1968, p. 11.

<sup>558</sup> El propio Preámbulo de la CE establece la voluntad de la Nación española de garantizar la convivencia democrática conforme a un orden social justo, consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la Ley, proteger a todos los españoles en el ejercicio de los derechos humanos, etc.; asimismo y ya en el art. 9.2 de la CE se asigna al Poder público la promoción de las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas, así como la remoción de los obstáculos que impidan su plenitud.

<sup>559</sup> Esto es así, porque entendemos la Constitución como el reflejo de una múltiple y plural realidad social, que contiene instituciones y principios que responden a intereses sociales diferentes, y aun contradictorios, cuya inclusión es posible gracias al consenso; así, por ejemplo, no consideramos las ideas de Libertad y Justicia como una característica diferencial del modelo de Estado proclamado en el art. 1.1º de la CE, sino que es nota común a otros modelos constitucionales que no necesariamente comparten las notas características del Estado social y democrático de Derecho.

<sup>560</sup> Entendemos que de este modo nos acercamos a la postura de MIR PUIG en cuanto concebimos la pena de un modo relativo a partir de un determinado contexto, si bien este contexto no lo vinculamos indisolublemente con un concreto modelo teórico de Estado, sino con un determinado texto positivo constitucional. Las consecuencias prácticas de ambos puntos de partida son muy semejantes, pues en ambos casos se trata de un planteamiento funcionalista y en ambos casos se toma como punto de partida el texto constitucional de 1978. Por todo ello la diferencia entre ambos planteamientos se puede calificar como formal y no material.

penal para imponer una determinada ideología (art. 16)<sup>561</sup>; y e) La afirmación de que las penas no pueden alcanzar sino al culpable por su propia acción (art. 17.1)<sup>562</sup>.

#### IV. Sociedad y Derecho penal

En opinión de JAKOBS, es imposible separar el Derecho penal de la sociedad pues “el Derecho penal constituye una tarjeta de presentación de la sociedad altamente expresiva”<sup>563</sup>. Ello implica aceptar la existencia de una dependencia recíproca entre la sociedad y el Derecho penal. Ya hemos delimitado anteriormente el contenido constitucional a partir del cual se determina el sistema de valores hacia el que se orienta la sociedad en cuyo seno han surgido. Asimismo, hemos afirmado que los valores constitucionales constituyen la referencia del sistema jurídico y, como consecuencia de ello, determinan el contenido de las normas jurídico-penales. Por todo ello, estamos ya en condiciones de afirmar que un Derecho penal respetuoso con el sistema positivo de valores contenido en la Constitución española, debe necesariamente orientarse hacia la Justicia, hacia la libertad individual, y hacia la seguridad de cuantos integran el cuerpo social<sup>564</sup>. A partir de este contexto podemos determinar *el orden concreto en el que se pune*, así como alcanzar una mejor *comprensión de su sentido*, pues todo orden normativo tiende a la realización de los valores que lo sustentan y configuran la identidad social<sup>565</sup>. En este

---

<sup>561</sup> Vid. KELSEN, H., *Teoría general...*, cit., p. 6: “Liberar el concepto del Derecho de la idea de Justicia es difícil, porque ambos se confunden constantemente en el pensamiento político no científico, así como en el lenguaje cotidiano, y porque esta confusión corresponde a la tendencia ideológica que trata de aparecer el derecho positivo como justo. Si el Derecho y la Justicia son identificados y sólo un orden justo es llamado Derecho, un orden social presentado como jurídico aparece –al mismo tiempo– como justo, esto es, como moralmente justificado. La tendencia a identificar Derecho y Justicia es la tendencia a justificar un orden social dado. No se trata de una tendencia científica, sino política”.

<sup>562</sup> Cfr. CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 89.

<sup>563</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Trad. por Cancio Meliá, M, y Feijóo Sánchez, B. Civitas, Madrid, 1996, p. 22.

<sup>564</sup> Que el orden social ha de ser *justo*, deriva de la declaración contenida en los párrafos 1º y 2º del Preámbulo de la CE, así como del art. 1.1 CE; que el orden social ha de estar presidido por la libertad individual, se desprende del párrafo 1º del Preámbulo de la CE, así como de los arts. 1.1, 9.2, 10.1, 16.1, 17.1, 19, 20.1 de la CE; que el orden social ha de ser seguro, se deduce de los párrafos 1º y 4º del Preámbulo de la CE, así como de los arts. 9.2, 10.1, 15, y 17.1 de la CE; que el orden social debe facilitar las condiciones necesarias para el bien de cuantos lo integran, se desprende del párrafo 1º y 5º del preámbulo de la CE, así como de los arts. 9.2, 10.1, 21, 22, 23, 24, 27, 28, 35, 39 y ss. de la CE; sobre ello véase también GARCIA MAYNEZ, E., *Filosofía del Derecho*. Ed. Porrúa, 5ª ed. revisada, México, 1986, p. 413, citado por PUY MUÑOZ, F. (coord.), *Manual de Filosofía del Derecho*. Colex, Madrid, 2000, p. 363.

<sup>565</sup> Sobre ello véase PUY MUÑOZ, F. (coord.), *Manual de Filosofía...*, cit., p. 363.



sentido, la Norma Fundamental proclama que tanto los ciudadanos como los Poderes públicos “están sujetos a la Constitución y al resto el Ordenamiento jurídico”<sup>566</sup>.

Ya hemos visto que la Constitución contiene una expresa afirmación del sujeto libre como uno de los elementos determinantes en la autodescripción de la sociedad<sup>567</sup>. Ello implica que un Derecho penal que pretenda estabilizar un orden social configurado a partir del contexto constitucional, debe necesariamente tomar en consideración al individuo libre a la hora de delimitar su contenido<sup>568</sup>. Lo anterior no implica, por el contrario, afirmar al sujeto libre como el contenido principal del Derecho penal, pues aceptamos la posición de JAKOBS cuando afirma que resulta erróneo contraponer las condiciones de constitución de la subjetividad a las condiciones de constitución de la socialidad en el sentido de “aquí libertad” *versus* “aquí colectivismo”<sup>569</sup>. Por ello, lo más correcto es considerar al sujeto libre no sólo como un presupuesto, sino también como una consecuencia de la socialidad, en el sentido de afirmar que sin un mundo objetivo vinculante no hay subjetividad, y viceversa<sup>570</sup>. Asimismo, tal y como se dijo más arriba, la Constitución proclama la voluntad del pueblo soberano del que emanan los poderes del Estado<sup>571</sup>, de garantizar la convivencia democrática conforme a un orden social que, según expresa declaración Constitucional, debe ser Justo<sup>572</sup>. Además, asumimos como premisa que todo orden social supone un condicionamiento de las acciones individuales al objeto de alcanzar determinados fines<sup>573</sup>.

---

<sup>566</sup> Vid. art. 9.1 CE.

<sup>567</sup> Vid. JAKOBS, G., *Sociedad, norma...*, cit., p. 29.

<sup>568</sup> De la anterior premisa derivamos tres postulados fundamentales: 1º.) Sólo gozará de legitimación constitucional un orden social respetuoso con la libertad del individuo; 2º.) Sólo un orden social constitucionalmente legítimo es susceptible de ser calificado como justo; y 3º.) Sólo a través de un orden social justo es posible alcanzar la paz social (art. 10.1 CE).

<sup>569</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Sociedad, norma...*, cit., pp. 31 a 33: “Sin una sociedad en funcionamiento, faltan las condiciones empíricas de la subjetividad” (p. 32); “Por lo tanto, quien examina, por ejemplo, si la sociedad puede o no puede asimilar una conducta desviada sin una reacción formal, y denomina a la suma de aquellos presupuestos bajo los cuales esto no resulta posible *culpabilidad*, no comete de ningún modo con ello un pecado contra el espíritu de la libertad, sino que formula algo que ciertamente puede que establezca también sociedades sin libertad, pero a lo que tampoco las sociedades libres pueden renunciar (...) Sin proceso de comunicación no se generan sujetos libres” (p.33).

<sup>570</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Sociedad, norma...*, cit., p. 34.

<sup>571</sup> Vid. art. 1.2 CE.

<sup>572</sup> Véase el Preámbulo de la Constitución española, en el que se afirma que: “La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran (...)”. Lo que supone en nuestra opinión la promoción del “bien común” entendido como bien social (aquel que el individuo puede conseguir sólo insertándose en la sociedad) y no como “bien colectivo” (que es el bien de todos por oposición al bien de los particulares); sobre ello *vid.* LUMIA, G. *Principios...*, cit., p. 135.

<sup>573</sup> Lo que ya implica que el individuo acepta unas ciertas restricciones en su libertad individual, como pueden ser el respecto a la Ley y a los Derechos de los demás, todo ello como fundamento

En este sentido, es posible afirmar que todo orden normativo supone la subordinación de la conducta individual a un sistema de normas cuyo cumplimiento posibilita la realización de los valores plasmados en el texto constitucional como configuradores de la identidad social<sup>574</sup>. Según KELSEN, “es función de todo orden social provocar cierta conducta recíproca en los seres humanos: hacer que se abstengan de determinados actos que por alguna razón se consideran perjudiciales a la sociedad, y que realicen otros que por alguna razón se reputan útiles a la misma”<sup>575</sup>. En este sentido, es posible afirmar que el hombre es *persona* precisamente en cuanto portador o realizador de valores: la persona es *libre* para optar entre la realización o no de lo valioso, posibilidad que condiciona su carácter específico de portador de valores, lo mismo que condiciona su *responsabilidad* como ser personal<sup>576</sup>. Desde este punto de vista, la metafísica de lo valioso se revela así como metafísica de la persona.

Es posible por tanto concebir el Derecho como un orden concreto creado por el hombre para la realización de valores colectivos, es un orden de finalidad fundamentado en valores<sup>577</sup>. Teniendo en cuenta lo anterior, la primera cuestión a resolver será la relativa a la determinación de los fines asignados al orden social<sup>578</sup>. De una forma coherente con nuestros anteriores planteamientos, aceptamos que los principales fines a tener en cuenta por el orden social son aquéllos que proclama la propia Constitución, esto es, el

---

del orden político y de la paz social; véase art. 10 CE; sin embargo, en nuestra opinión ello no supone una utilización del individuo como mero instrumento al servicio del orden social, dado que se trata de una limitación voluntariamente aceptada, pues la Constitución no es un texto sacro que encadene a las generaciones que no participaron en su elaboración, por contra, se trata de un instrumento de convivencia, de una herramienta racional de integración social permanentemente abierta al debate y al diálogo desde la diversidad, razón por la cual previene en su Título X los mecanismos para su reforma; asimismo *vid.* MARTIN REBOLLO, L. *La Constitución...*, cit., pp. 58 y 59.

<sup>574</sup> Sobre ello véase PUY MUÑOZ, F. (coord.), *Manual de Filosofía...*, cit., p. 363.

<sup>575</sup> Cfr. KELSEN, H., *Teoría general...*, cit. p. 17.

<sup>576</sup> Cfr. GARCIA MAYNEZ, E., *Ética. Ética empírica. Ética de bienes. Ética formal. Ética valorativa*. Ed. Porrúa, 21ª ed. revisada, México, 1976, pp. 261 a 267, citado por PUY MUÑOZ, F. (coord.), *Manual de Filosofía...*, cit., pp. 362 y 363.

<sup>577</sup> Cfr. GARCIA MAYNEZ, E., *Filosofía del Derecho...*, cit., p. 413, citado por PUY MUÑOZ, F. (coord.), *Manual de Filosofía...*, cit., p. 363, el Derecho es un orden de finalidad fundamentado en valores (los valores jurídicos sirven de fundamento a los fines), dirigido a realizar tres clases de valores: a) los *fundamentales* (justicia, seguridad jurídica y bien común); b) los *consecutivos* (libertad, igualdad y paz social entre otros); y c) los *instrumentales* (garantías constitucionales y, en general, todas las garantías de procedimiento que son medios para la realización de los valores jurídicos fundamentales y consecutivos).

<sup>578</sup> Vid. LUMIA, G. *Principios...*, cit., pp. 11 ss.; asimismo véase PUY MUÑOZ, F. (coord.), *Manual de Filosofía...*, cit., pp. 362 y 363.

establecimiento de la justicia, la libertad, la seguridad, y el bien de cuantos lo integran<sup>579</sup>. Sobre ello, debemos recordar una vez más que según KELSEN la afirmación de los últimos fines contenida en postulados o normas de Justicia descansa siempre en juicios de valor puramente subjetivos y, por ende, relativos<sup>580</sup>. El hecho de que en una determinada sociedad haya ciertos valores generalmente aceptados, en modo alguno contradice el carácter subjetivo y relativo de esos juicios de valor, pues la circunstancia de que muchos individuos coincidan en sus juicios estimativos no prueba que tales juicios sean correctos<sup>581</sup>.

Desde un punto de vista sociológico es posible afirmar que cualquier orden social supone una cierta uniformidad en los comportamientos, de forma tal que sean -en alguna medida- previsibles las reacciones de los individuos que lo integran<sup>582</sup>. Ello es así porque el hombre despliega su actividad de una manera esencialmente proyectiva, esto es, de cara al futuro. Sin embargo, ningún proyecto podría ser útilmente formulado más que a partir de la previsión de que ciertos datos permanecerán constantes dentro de unos límites de tiempo razonables. Y es evidente que entre estos datos ocupa un lugar privilegiado el comportamiento de los demás componentes del grupo<sup>583</sup>. La conformidad de los modelos individuales con el modelo universalmente reconocido, o de una forma más restringida, con el modelo constitucionalmente aceptado, se produce principalmente a través de una serie de procesos dinámicos estudiados y definidos por la Sociología, como son los procesos de socialización y de interiorización<sup>584</sup>. Sin embargo, cuando los procesos de socialización e interiorización antes citados se muestran insuficientes para que los individuos conformen su comportamiento al modelo deseado, surgen fenómenos tales como la *variación* y la *desviación*<sup>585</sup>. Se debe precisar sin embargo, que no toda *desviación* suscita

---

<sup>579</sup> Véase el Preámbulo de la CE.

<sup>580</sup> Cfr. KELSEN, H., *Teoría general...*, cit. p. 8.

<sup>581</sup> Cfr. KELSEN, H., *Teoría general...*, cit. p. 9.

<sup>582</sup> En este sentido LESCH, H., *La función de la pena*. Trad. por J. Sánchez Vera. Dykinson, Madrid, 1999, p. 47.

<sup>583</sup> Cfr. LUMIA, G. *Principios...*, cit., p. 12.

<sup>584</sup> Véase LUMIA, G. *Principios...*, cit., p. 12 y 13, se denomina “socialización” al proceso continuo que se desarrolla a lo largo de toda la vida del individuo a través del cual se aprenden los valores y las normas de la cultura en la que se vive, integrándose así en el contexto del grupo como personas socialmente competentes, esto es, capaces de asumir las tareas correspondientes a los roles que poco a poco van asumiendo; el proceso de socialización conduce a la denominada “interiorización”, merced a la cual el individuo hace suyas las normas que la sociedad prescribe a sus miembros y los valores en los que aquéllas se inspiran, de forma tal que la obediencia a tales normas no se considera como una imposición exterior, sino como la satisfacción de una necesidad interior.

<sup>585</sup> Cfr. LUMIA, G. *Principios...*, cit., p. 13 ss, la “variación” es un comportamiento no conforme que, sin embargo, se juzga favorablemente por el grupo, que termina aceptándolo; la “desviación” sin embargo es un comportamiento no conforme que el grupo, además no aprueba.

la reacción del grupo, sino sólo aquéllas que despiertan una particular desaprobación o alarma<sup>586</sup>.

El conjunto de instrumentos y técnicas a través de los cuales se produce la reacción del grupo frente a la *desviación*, constituye lo que en Sociología se denomina *control social*, que puede ser *informal* si es difuso y permanente, como sucede en el caso de la presión social que se ejerce a través de los gestos de reprobación, el menosprecio, la murmuración o la negación del cariño de los padres a los hijos desobedientes. Por el contrario, hablamos de un control social de tipo *formal* cuando éste proviene de una organización altamente organizada como puede ser la que constituye el sistema judicial. El esquema básico de toda forma de *control social* puede ser reconducido al siguiente juicio lógico: *a un comportamiento A le sigue como consecuencia B*<sup>587</sup>.

El orden social puede enlazar ciertas ventajas a su observancia y ciertos perjuicios a su inobservancia y, por tanto, convertir el deseo de las ventajas prometidas o el temor de los perjuicios en motivo determinante del comportamiento<sup>588</sup>. Según KELSEN “el principio de la recompensa y el castigo –o principio de la retribución-, fundamental para la vida social, consiste en ligar la conducta que se ajusta al orden establecido y la contraria a éste, con la ventaja prometida o con el perjuicio objeto de la amenaza”<sup>589</sup>. En este sentido, KELSEN afirma que a partir del hecho de que en gran medida los individuos se comporten de acuerdo con las normas jurídicas, no es posible deducir que ello se debe a la

---

<sup>586</sup> Vid. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 17, quien refiriéndose al concepto de delito de los partidarios de la teoría de la prevención general positiva, afirma: En este sentido, el delito será una forma de comportamiento desviado que se considera grave dentro de un sistema social y que es calificado como tal por órganos legislativos con competencia para ello; sobre el concepto de desviación también ZUGALDIA ESPINAR, J.M., *Fundamentos de Derecho penal*. 3ª Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p.43 y 44, quien después de afirmar que no todo comportamiento desviado es delictivo, manifiesta “El criterio fundamental que se utiliza para seleccionar determinados *comportamientos desviados* como *delictivos* es el de su *dañosidad social*”. Asimismo mantiene que “La concepción del delito como un hecho socialmente dañoso excluye de toda consideración los puntos de vista que vinculan la selección de los hechos delictivos a la actitud o a la personalidad *dañina* del autor”, pues en su opinión lo contrario conduciría a un *Derecho penal de autor* que castigaría el *sentimiento jurídico depravado* del autor, con las desagradables consecuencias que ello supondría (p.e.: concepciones tales como la del nacional-socialismo).

<sup>587</sup> Cfr. LUMIA, G. *Principios...*, cit., p. 14.

<sup>588</sup> Vid. KELSEN, H., *Teoría general...*, cit. p. 17.

<sup>589</sup> Vid. KELSEN, H., *Teoría general...*, cit. p. 18; por otra parte afirma este autor en la p. 20 que “por lo que toca a la organización del grupo, únicamente es tomado en cuenta de manera esencial un método para lograr la conducta socialmente deseada: la amenaza y la aplicación de un mal en caso de conducta contraria; esto es, la técnica del castigo. La de la recompensa desempeña un papel importante sólo en las relaciones privadas entre individuos”.

compulsión psíquica que el temor a sus sanciones ejerce sobre las personas<sup>590</sup>. Decir que un orden jurídico es *eficaz* significa simplemente que la conducta de los miembros que integran el grupo se ajusta a dicho orden, pero con ello nada se afirma acerca de los motivos de tal conducta ni, en particular, sobre la *compulsión psíquica* que pueda emanar del orden jurídico<sup>591</sup>. El problema de la coacción no es para KELSEN un problema de aseguramiento de la eficacia de las normas, sino un problema sobre el contenido de las mismas, por ello coincidimos con este autor cuando afirma que “el elemento de coerción esencial al Derecho consiste, entonces, no en la llamada compulsión psíquica, sino en el hecho de que actos específicos de coerción, considerados como sanciones, son establecidos para casos también específicos, por las reglas que forma el orden jurídico. El elemento de coerción únicamente tiene importancia cuando forma parte del contenido de la norma jurídica, como acto estipulado por ésta y no como un proceso en la mente del individuo sujeto a la propia norma”<sup>592</sup>.

## V. Derecho penal y control social

De entre todos los instrumentos de *control social*, destaca por sus especiales características el Derecho penal, elemento esencial de todo sistema social estructurado<sup>593</sup>. En su carácter de instrumento de control social, el Derecho penal se caracteriza por dos notas fundamentales: por ser un medio de control social *primario*; y por ser un instrumento de control social *formalizado*<sup>594</sup>. Además, el Derecho penal es un orden *coactivo*, pues hace

---

<sup>590</sup> Vid. KELSEN, H., *Teoría general...*, cit. p. 28.

<sup>591</sup> Vid. KELSEN, H., *Teoría general...*, cit. p. 28, ya que “no conocemos exactamente los motivos que inducen a los hombres a cumplir con las normas jurídicas. Ningún orden jurídico positivo ha sido nunca investigado en una forma científica satisfactoria con el propósito de responder a esta pregunta”.

<sup>592</sup> Vid. KELSEN, H., *Teoría general...*, cit. p. 34 y 35, el que los hombres se comporten o no realmente de manera de evitar la sanción con que amenaza la norma jurídica, y el que la sanción sea o no realmente ejecutada en el caso de que se llenen las condiciones de ejecución, son cuestiones que atañen a la eficacia del Derecho, pero no a su validez. Por validez se entiende la existencia específica de la norma, decir que una norma es válida equivale a reconocer que tiene fuerza obligatoria. Una norma es válida incluso en aquéllos casos concretos en los que carece de eficacia, es decir, no es obedecida por el súbdito o aplicada por el Juez (p.e.: cuando el ladrón escapa y el Juez no puede castigarlo).

<sup>593</sup> Sobre este particular, afirma ZUGALDIA ESPINAR, J.M. *Fundamentos...*, cit., p.33 que “desde una óptica sociológica, como se ha dicho, el derecho penal se configura como un instrumento de control social, esto es, como un mecanismo para obtener determinados comportamientos individuales en la vida social. Sin control social, en general, la convivencia no sería posible.”

<sup>594</sup> Cfr. ZUGALDIA ESPINAR, J.M. *Fundamentos...*, cit., pp. 34 ss., para quien la característica de control *primario* deriva de que el Derecho penal pretende alcanzar sus fines mediante el procedimiento de amenazar con sanciones penales (penas) la realización de los comportamientos prohibidos o la no realización de las acciones mandadas (delitos); por su parte, la característica de

uso de la fuerza para garantizar el mantenimiento de las condiciones fundamentales de la coexistencia social<sup>595</sup>. El Derecho penal se configura por tanto como un orden establecido para promover la paz a través del empleo de la fuerza socialmente organizada. Según KELSEN “el Derecho hace del uso de la fuerza un monopolio de la comunidad. Y precisamente al proceder así, pacifica a ésta”<sup>596</sup>.

En este sentido, se debe distinguir el Derecho penal de otros órdenes sociales que en parte tienen los mismos fines, si bien los persiguen por medios enteramente diversos, nos referimos a la moral o a la religión. El Derecho penal es un instrumento social específico, no un fin. Tanto el Derecho penal como la moral o la religión proscriben el asesinato, pero el Derecho penal lo hace estableciendo que si un hombre mata a otro, entonces otro hombre, designado por el Orden Jurídico, debe aplicar contra el asesino cierta medida de coacción prescrita por el mismo Orden. La moral, sin embargo, se limita a decirnos *no matarás*, por ello la diferencia esencial con el Derecho es, según KELSEN “que la reacción del Derecho consiste en una medida coactiva impuesta por el orden y socialmente organizada, mientras que la reacción moral contra la conducta contraria a las normas éticas no está establecida por el orden moral ni, en caso de existir, se halla socialmente organizada”<sup>597</sup>. Por otra parte, y a pesar de que las normas religiosas amenazan al asesino con el castigo de una autoridad sobrehumana, la diferencia esencial con las normas propias del Derecho penal radica en que las sanciones establecidas por las normas religiosas tiene un carácter trascendente y no se hallan socialmente organizadas<sup>598</sup>.

El Derecho penal se construye de este modo a partir de la previa existencia de un Poder, que se concibe como fuerza organizada y revestida de alguna forma de legitimación<sup>599</sup>. La existencia del Derecho penal presupone por tanto la configuración - dentro del propio Estado- de un Poder distinto de la mera fuerza individual de sus

---

control formalizado deriva de que su aplicación debe estar rodeada de garantías que hagan de la misma una actividad perfectamente reglada y, por consiguiente, segura, previsible y perfectamente controlable.

<sup>595</sup> Vid. en este sentido LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p. 50.

<sup>596</sup> Cfr. KELSEN, H., *Teoría general...*, cit. p. 25: “La idea de la retribución se encuentra en la base de esta técnica social. Solamente en un estadio relativamente avanzado de la evolución aquella idea es sustituida por la de prevención. Pero entonces sólo se opera un cambio en la ideología que justifica la técnica específica del Derecho. La técnica sigue siendo la misma”.

<sup>597</sup> Cfr. KELSEN, H., *Teoría general...*, cit. p. 23.

<sup>598</sup> Cfr. KELSEN, H., *Teoría general...*, cit. p. 23.

<sup>599</sup> Cfr. LUMIA, G. *Principios...*, cit., p. 15; en el mismo sentido KELSEN, H., *Teoría general...*, cit. p. 24.

ciudadanos<sup>600</sup>. Este Poder, deriva de la idea de Soberanía, que expresa el momento político fundante en el que los ciudadanos, sin ninguna autoridad previa ni superior a ellos, otorgan al Estado el Poder público. El hecho de que nuestra Constitución contemple la soberanía popular, así como el sufragio universal, nos permite afirmar que la legitimidad del Estado en el ejercicio del Poder público emana del pueblo<sup>601</sup>. Por lo tanto, la fuente y origen de todo poder estatal se halla en el consenso de todos los ciudadanos.

Una facultad ínsita en dicho Poder soberano es el denominado *ius puniendi* o derecho a castigar, y es monopolio exclusivo del Estado, que se erige así como su único titular. La legitimación y el fundamento del *ius puniendi* la hemos de buscar, de forma coherente con nuestro planteamiento inicial, en la voluntad de todos los ciudadanos expresada a través del sufragio universal y plasmada en un concreto modelo constitucional<sup>602</sup>. Asimismo, los límites del *ius puniendi*, como los de cualquier otro poder público, se han de buscar en la propia Constitución y en el Ordenamiento jurídico<sup>603</sup>.

Una simple lectura del texto constitucional, nos permite constatar que la Norma Fundamental institucionaliza la reacción frente a la *desviación* situando en manos del Estado el recurso al *ius puniendi*, si bien este recurso no ha de utilizarse frente a cualquier comportamiento desviado, sino tan sólo frente a aquellos considerados como merecedores de especial tutela. El fundamento de una tal limitación lo halla MIR PUIG en una exigencia

---

<sup>600</sup> A este respecto conviene recordar el Preámbulo de la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre*, Nueva York, 10 de diciembre de 1948, a la que expresamente nos remite el art. 10.2 de la CE: “Considerando esencial que los derechos del hombre sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión”.

<sup>601</sup> Y así el art. 1.2º de la CE: “La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado”.

<sup>602</sup> Así el art. 1.2 de la CE establece que los poderes del Estado emanan del pueblo español; en favor de una fundamentación del *ius puniendi* y de sus límites a partir del modelo de Estado social y democrático de Derecho MIR PUIG, S. *Derecho penal...*, cit., pp. 74 ss.

<sup>603</sup> Vid. art. 9.1 CE “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”; sobre ello *vid.* MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*. 5ª ed., Barcelona, 1998, pp. 74 ss, quien deriva los límites del *ius puniendi* de la noción de Estado social y democrático de Derecho, vinculando al Estado de Derecho el límite del principio de legalidad; al Estado social el principio de utilidad, el de intervención mínima y el de exclusiva protección de bienes jurídicos; y al Estado democrático el principio de humanidad de las penas, el de culpabilidad, el de proporcionalidad y el de resocialización; en nuestra opinión, sin embargo -y ello es opinable- los citados límites se hallan en el texto constitucional positivo, lo que hace innecesario acudir a modelos teóricos de organización estatal, y así por ejemplo sin ánimo exhaustivo, cabe mencionar que: el principio de legalidad deriva del Preámbulo y de los arts. 9.1, 9.3, 24.2, 25.1 y 25.2 de la CE; el de utilidad del Preámbulo y del art. 9.2; el de intervención mínima del Preámbulo y del art. 10.1; el de culpabilidad del art. 10.1 y 14 CE; el de resocialización del art. 25.2, etc.

lógica del concepto de Estado Social, toda vez que la pena será legítima únicamente en cuanto sea necesaria<sup>604</sup>. El proceso de institucionalización de la reacción contra los comportamientos desviantes de mayor gravedad que implica el Derecho penal, se configura en la Constitución a partir de dos momentos: a) en primer lugar, se dispone que todas las personas tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley (art. 24.1); y, b) en segundo lugar, se prohíbe que alguien pueda ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito o falta (art. 25.1 CE). Actualmente, existe consenso en admitir que ambos momentos son la expresión del denominado *principio de legalidad* (art. 9.3 de la CE), así como que éste es uno de los límites del *ius puniendi*<sup>605</sup>.

La concepción del Derecho penal como técnica de control social caracterizada por un alto grado de formalización de la reacción frente a los comportamientos desviados que suscitan una mayor desaprobación<sup>606</sup>, aparece como hemos visto indisolublemente ligada al fenómeno social<sup>607</sup>. Todo comportamiento susceptible de ser controlado a través del Derecho penal es un comportamiento social. Es decir, toda conducta jurídico-penalmente relevante (especie) se presenta como un subconjunto de las conductas sociales (género). De esta forma, es posible afirmar que tanto la función como el contenido asignado al Derecho

---

<sup>604</sup> Vid. MIR PUIG, S. *Derecho penal...*, cit., pp. 89 y 90 ss., hoy en día, existe consenso en admitir que el recurso al Derecho penal como una de las más agresivas técnicas de “control social”, debe limitarse a los casos en que sea estrictamente necesario, debiendo renunciarse a la protección que dispensa cuando sea posible reaccionar con otros medios menos lesivos para los derechos individuales. De esta limitación del Derecho penal a lo estrictamente necesario, se deducen dos principios fundamentales de todo sistema dogmático moderno, que se integran en uno superior denominado “principio de intervención mínima: a) De una parte, aquél que postula el carácter fragmentario del Derecho penal, según el cual éste no ha de reaccionar ante todas las formas de desviación social, sino sólo ante aquéllas que supongan una mayor desaprobación; b) De otra parte, el principio de subsidiariedad, según el cual el Derecho penal ha de ser la “ultima ratio”, el último instrumento de control social a utilizar a falta de otros medios menos lesivos (como la política social, las sanciones administrativas, etc.).

<sup>605</sup> Vid. MIR PUIG, S. *Derecho penal...*, cit., pp. 75. ss., quién considera el principio de legalidad como una exigencia del Estado de Derecho.

<sup>606</sup> Vid. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 15, quien al estudiar la teoría de la prevención general positiva, afirma: “En resumen, cabe señalar que el Derecho penal forma parte del *aparato de imposición* (PARSONS) necesario para el mantenimiento de la estabilidad de una sociedad. se trata de la última instancia de dicho aparato: la que *consiste en la utilización de fuerza física para impedir acciones perturbadoras*”.

<sup>607</sup> Precisamente es el alto grado de institucionalización de la reacción frente al comportamiento desviante, lo que nos permite distinguir el Derecho penal de los preceptos morales o de los usos sociales; sobre este particular también LUMIA, G. *Principios...*, cit., p. 17; asimismo sobre la distinción entre moral y Derecho MIR PUIG, S. *Derecho penal...*, cit., pp. 91 ss.



penal no ha de buscarse de un modo absoluto, sino de una forma relativa a partir de un determinado modelo social<sup>608</sup>.

Por todo ello, coincidimos con JAKOBS cuando concibe un Derecho penal orientado a garantizar la identidad normativa, la Constitución y la sociedad<sup>609</sup>. Según esta concepción, el Derecho penal confirma la identidad social pues la *prestación* que realiza consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad<sup>610</sup>. En otras palabras, la tarea del Derecho penal es el mantenimiento de la norma, como modelo orientador del contacto social<sup>611</sup>. Se debe precisar que no tratamos aquí del Derecho penal de una sociedad deseable, sino del Derecho penal de la concreta sociedad que ha generado el sistema jurídico. Por ello, si la sociedad está inmersa en una tendencia hacia la disminución de los Derechos de libertad, o en una tendencia de signo absolutamente contrario, debemos convenir que cualquiera de estas dos tendencias no se darán tan sólo en el Derecho penal. La decisión que marca una tendencia es puramente política pero no jurídico-penal, pues de una forma semejante a la que se había expresado algunos años antes KELSEN, considera JAKOBS que el Derecho penal “es impotente frente a los cambios políticos de valores, y no puede optar en favor de los cambios políticos de valores”<sup>612</sup>.

---

<sup>608</sup> Véase LUMIA, G. *Principios...*, cit., p. 17, quien afirma como verdadera la proposición *ubi ius, ibi societas*; no así su contraria, ya que no todas las sociedades producen Derecho, sino sólo aquéllas que hayan alcanzado un cierto nivel de estructuración interna caracterizada por el nacimiento del fenómeno del poder y por la consiguiente institucionalización de las sanciones.

<sup>609</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Sociedad, norma...*, cit., p. 15.

<sup>610</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Sociedad, norma...*, cit., pp. 18 y 19, si bien no puede aprehenderse empíricamente el fenómeno de la confirmación de la identidad normativa; pues ésta no es una consecuencia del proceso, sino su significado; además, en opinión de este autor “la pena no es tan sólo un medio para mantener la identidad social, sino que ya constituye ese mantenimiento mismo” (p. 18); sobre los conceptos de *función* y *prestación* en la teoría de los sistemas, véase LUHMANN, N., *Teoría política en el Estado de Bienestar*. Trad. de F. Vallespín. Alianza Universidad, Madrid, 2002, pp. 93 ss.

<sup>611</sup> Vid. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 15.

<sup>612</sup> Vid. JAKOBS, G., *Sociedad, norma...*, cit., pp. 40 y 41, asimismo afirma el autor (p. 30): “Por lo tanto, el punto de partida funcional no desplaza nada, sino que es neutral”; “la perspectiva funcional no está atada a un modelo social determinado” (p. 36); “Quien sólo sabe que una sociedad está organizada de modo funcional, no sabe nada acerca de su configuración concreta, es decir, no sabe nada sobre los contenidos de las comunicaciones susceptibles de ser incorporadas” (p. 36).

## VI. La norma penal

Una vez expuesta nuestra concepción del Estado, del orden social, así como del Derecho penal como medio de confirmación de la identidad social, y de forma previa a la exposición sobre la justificación de la pena, consideramos necesario hacer siquiera una breve referencia a la estructura y a la función de la norma penal. Se debe precisar, sin embargo, que el estudio de la estructura de la norma no plantea cuestiones específicamente penales, sino de Teoría General del Derecho<sup>613</sup>. Tal y como se dijo más arriba, como punto de partida se debe admitir que la identidad de la sociedad se configura por medio de normas. Una buena parte de estas normas viene dada por el mundo racional y no necesita de una estabilización especial, pues se encuentra asegurada de forma suficiente por vía cognitiva<sup>614</sup>; sin embargo, otra buena parte de las normas constitutivas de la sociedad carece por completo de tal fuerza genuína para autoestabilizarse, concretamente todas aquellas normas que no pueden representarse como leyes naturales, sino como normas hechas, aunque hechas por buenas razones<sup>615</sup>. A causa precisamente de la evidente contingencia de las normas citadas en el último lugar, entre las que se hallan las normas penales<sup>616</sup>, su vigencia ha de garantizarse de otro modo, esto es, a través de una sanción, que en el caso de las normas jurídico penales constituye la pena<sup>617</sup>.

### 1. Estructura

Para determinar la estructura de la norma penal, partimos de aceptar como primera premisa de nuestra argumentación que el Derecho penal lo constituyen un conjunto de normas, de reglas de comportamiento, cuya observancia viene impuesta a sus

---

<sup>613</sup> Cfr. GARCIA PABLOS, A., *Derecho penal. Introducción*. Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense. Madrid, 2000, p. 239.

<sup>614</sup> Vid. JAKOBS, G., *Sociedad, norma...*, cit., p. 26 y 27, que pone un ejemplo: “quien no viva sobre la base de una imagen del mundo más o menos acertada desde el punto de vista de las ciencias naturales, pronto pierde en una sociedad moderna de corte occidental todas aquellas oportunidades que se estiman ventajosas”.

<sup>615</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Sociedad, norma...*, cit., p. 27.

<sup>616</sup> Vid. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 17, quien afirma que desde el punto de vista de la teoría de la prevención general positiva, una norma puede caracterizarse como una orden que pone de manifiesto un comportamiento que no debe realizarse o reclama la realización de un comportamiento necesario para la conservación de un cierto estado social.

<sup>617</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Sociedad, norma...*, cit., p. 27: “La sanción contradice el proyecto del mundo del infractor de la norma: éste afirma la no-vigencia de la norma para el caso en cuestión, pero la sanción confirma que esa afirmación es irrelevante”.

destinatarios<sup>618</sup>. Mientras que el estudio de la estructura formal de tales normas entendidas como proposiciones lógico-lingüísticas, pertenece al campo de la Teoría General o Teoría Pura (KELSEN) del Derecho, el estudio de los contenidos de las normas penales viene asignado a la dogmática penal<sup>619</sup>. En este punto de nuestro estudio, prescindiremos del contenido de la norma penal, para centrarnos en su estructura lógico-formal. Así, en primer lugar constatamos que toda norma penal se presenta desde una perspectiva lingüística como una proposición prescriptiva<sup>620</sup> que no va dirigida exclusivamente a los delincuentes potenciales, sino a todos los ciudadanos<sup>621</sup>. De este modo, la Ley jurídica contenida en las proposiciones prescriptivas, se distingue de la Ley científica contenida en las proposiciones descriptivas, pues mientras estas últimas reflejan el *ser* de las cosas, la Ley jurídica plantea un *deber ser*<sup>622</sup> en forma de proposición prescriptiva que refleja un modelo orientador del

---

<sup>618</sup> Véase GARCIA PABLOS, A., *Derecho penal...*, cit., p. 240, señala la importancia de distinguir entre: a) “principios” que a diferencia de la “normas” expresan criterios para la decisión, pero no determinan ésta, no contienen supuesto de hecho y consecuencia jurídica, la norma se cumple o no se cumple, el principio sin embargo admite situaciones intermedias; b) “normas” que son mensajes prescriptivos expresados a través de símbolos, normalmente consistentes en “enunciados o preceptos”; y c) “enunciado o precepto” que es el conjunto de símbolos lingüísticos a través de los que se expresa el mensaje prescriptivo (norma). Según este autor no debe confundirse “precepto” y “norma”, ya que por ej.: todas las disposiciones de la Parte Especial contienen dos normas: una dirigida al Juez (norma primaria) y otra al ciudadano (norma secundaria).

<sup>619</sup> Cfr. LUMIA, G., *Principios...*, cit., pp. 27 y 28.

<sup>620</sup> Vid. LUMIA, G., *Principios...*, cit., p. 30, para quien a diferencia de las proposiciones prescriptivas, sólo las proposiciones descriptivas, esto es, aquéllas que describen un contenido de experiencia o un estado de cosas efectivamente existente, pueden ser verdaderas o falsas. Para las proposiciones prescriptivas no se plantea sin embargo el problema de verdad o falsedad, sino problemas de validez/invalidéz (según el sujeto del que emana esté o no provisto de autoridad); eficacia/ineficacia (según sea o no conforme al contenido del precepto el comportamiento de los destinatarios); justicia/injusticia (según el intrínseco valor que se atribuya al precepto mismo).

<sup>621</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 17: “De esta forma se puede afirmar que el derecho penal procura mantener un determinado equilibrio del sistema social, amenazando y castigando. El castigo entra en consideración cada vez que la amenaza fracasa en su intención de motivar”; asimismo véase JAKOBS, G., *Derecho Penal...* cit., p. 18; además, según JAKOBS, G., *Sociedad, norma...*, cit., pp. 38 a 40, el destinatario de la norma penal es la “persona”, entendida ésta como alguien que potencialmente tiene derechos y obligaciones. Si bien la cuestión relativa a las condiciones mínimas que deben cumplirse para que alguien pueda ser considerado “persona” no puede ser resuelta en el plano interno del Derecho penal, pues se trata de una materia valorativa puramente política.

<sup>622</sup> En este sentido KELSEN, H., *Teoría general...*, cit., p. 41 a 43: “cualquier ensayo para presentar la significación de las normas jurídicas como reglas que describen la conducta real de los hombres y ofrecer así la significación de tales normas sin recurrir al del deber ser, está condenado al fracaso (...) declarar que una norma es válida para ciertas personas no equivale a decir que los individuos realmente se comportan en determinada forma; pues la norma es válida para tales individuos aun cuando se conduzcan de otro modo. La distinción entre el deber ser y el ser es fundamental para la descripción del Derecho”; asimismo vid. CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: Concepto y principios constitucionales*. 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 44, las descripciones pertenecen al mundo de los hechos, del *ser*; las normas, al mundo del Derecho, al del *deber ser*.

contacto social<sup>623</sup>. Entre las proposiciones prescriptivas, que tal y como hemos visto presentan un modelo orientador para el contacto social, revisten especial significación por su fuerza vinculante los imperativos<sup>624</sup>, cuyo objeto pueden ser tanto las acciones como las omisiones<sup>625</sup>. Además, los imperativos contenidos en la norma penal pueden presentarse bajo diversas formas, en particular se suele distinguir entre los mandatos (imperativos positivos); y las prohibiciones (imperativos negativos); si bien a estas dos formas básicas es posible añadir una tercera, esto es, el permiso, que a su vez puede ser positivo (permiso de hacer), o negativo (permiso de no hacer). El permiso positivo se configura como la negación de una prohibición, mientras que el permiso negativo es concebido como la negación de un mandato<sup>626</sup>.

Por otra parte, el Derecho penal -que como hemos señalado anteriormente se orienta a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad<sup>627</sup>-, opera a partir de un esquema típico según el cual a un determinado comportamiento de un sujeto se le hace seguir una cierta consecuencia. Por lo tanto, la estructura lógica de toda norma penal se puede representar bajo el esquema general: *si es A, debe ser B*; teniendo siempre en consideración que la relación entre la condición A y la consecuencia B, no es una relación de implicación lógica o de causalidad natural, sino que se trata de lo que en la terminología

---

<sup>623</sup> Vid. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 15; asimismo KELSEN presenta la norma jurídico bajo la siguiente estructura: “Si es A, debe ser B”, en donde A es la condición, esto es, el ilícito, y B la consecuencia, esto es, la sanción. Sin embargo en las normas jurídicas la relación de conexión que une la condición a la consecuencia no es una relación de causalidad natural, sino una relación especial que KELSEN denomina de imputación. La Ley científica dice: “Si es A, debe (muss) ser B”, en el sentido de que B es la consecuencia necesaria de A; sin embargo la Ley jurídica dice: “Si es A, debe (soll) ser B”, en el sentido de que B es la consecuencia que la propia norma une a A. En otras palabras, mientras que la Ley científica refleja el ser de las cosas, la ley jurídica implica un deber ser; sobre ello *vid.* LUMIA, G., *Principios...*, cit., p. 31.

<sup>624</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 17: “Estas expectativas se expresan en normas, o sea, a través de la comunicación de deseos en la forma de órdenes o imperativos”; con independencia de lo anterior, se debe señalar que además de los imperativos se suelen incluir entre las proposiciones prescriptivas a los consejos y a las prohibiciones, con una menor fuerza vinculante.

<sup>625</sup> Cfr. LUMIA, G., *Principios...*, cit., p. 31, según el cual procede de THOMASIVUS la opinión de que mientras la moral consistiría en una serie de mandatos positivos, el Derecho, en cambio, resultaría de una serie de prohibiciones. Según THOMASIVUS la moral manda hacer el bien (*bonest vivere*) y el derecho prohíbe hacer el mal (*neminem laedere*); la máxima de la moral sería: “Haz a los demás lo que quisieras que te hicieran a tí”; y la del Derecho: “No hagas a los demás lo que no quisieras que te hicieran a tí”.

<sup>626</sup> Cfr. LUMIA, G., *Principios...*, cit., p. 34, quien pone de manifiesto que algunos autores han puesto en duda el carácter imperativo de las normas permisivas, si bien él se muestra partidario de asignar también a las normas permisivas una sustancial eficacia imperativa; con independencia de lo anterior y sobre la polémica existente entre quienes rechazan el carácter imperativo de las denominadas normas declarativas, instrumentales, finales, directivas, supletorias, o dispositivas, Vid. el mismo autor en la obra citada, pp. 35 ss.

<sup>627</sup> Vid. JAKOBS, G., *Sociedad, norma...*, cit., p. 15.

kelnesiana se conoce como *relación de imputación*. Esto significa que la relación entre la condición A y la consecuencia B no expresa un *ser*, sino un *deber ser*, ya que no nos dice lo que ocurrirá en el caso de que se verifique el evento condicionante A, sino lo que debe hacerse en tal caso<sup>628</sup>. Teniendo en cuenta lo anterior, KELSEN concluye que como la norma no expresa un juicio sobre la realidad, ningún juicio sobre un hecho real puede contradecirla, y de ello deduce que por su propia naturaleza la norma jurídica es inviolable. Por este motivo, declarar que una norma es *violada* por cierta conducta, supone hacer un uso incorrecto de una expresión figurada, pues una tal declaración nada nos dice acerca de la norma sino que simplemente describe la conducta real como contraria a la que la norma prescribe<sup>629</sup>.

A partir de los anteriores planteamientos, es posible afirmar que la norma jurídico penal se construye a partir de dos elementos esenciales<sup>630</sup>: de una parte, el precepto o supuesto de hecho que contiene el modelo de comportamiento prescrito; y de la otra, la sanción o consecuencia jurídica<sup>631</sup>. Aunque resulta importante precisar que no siempre ambos elementos aparecen enunciados conjuntamente, pues en ocasiones es posible hallar el supuesto de hecho en una disposición y la consecuencia jurídica en otra<sup>632</sup>.

En otro orden de cosas y de forma general aunque no unánime, se entiende por *norma primaria* aquella que se dirige al ciudadano prohibiéndole actuar de una determinada manera o exigiéndole un determinado comportamiento; y por *norma secundaria* la que se

---

<sup>628</sup> Vid. KELSEN, H., *Teoría general...*, cit., p. 54: “El principio según el cual la ciencia natural describe su objeto es la causalidad; el principio de acuerdo con el cual la ciencia del derecho describe el suyo es la normatividad”; asimismo *vid.* LUMIA, G., *Principios...*, cit., p. 41; también sobre ello CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: Concepto...*, cit., pp. 43 ss.

<sup>629</sup> Vid. KELSEN, H., *Teoría general...*, cit., p. 54: “La ley de la naturaleza no es sin embargo inviolable. Es posible que una Ley natural tenga verdaderas excepciones. El enlace entre causa y efecto establecido en una Ley natural descriptiva de la realidad física, tiene sólo el carácter de probabilidad, no el de necesidad absoluta pretendido por la vieja filosofía de la naturaleza”; y en p. 55: “La ley social fundamental es aquella que establece que el bien debe ser recompensado, y el mal castigado. Trátase del principio de retribución”.

<sup>630</sup> Vid. sobre la diferencia entre los términos precepto/supuesto de hecho; sanción/consecuencia jurídica, GARCIA PABLOS, A., *Derecho penal...*, cit., p. 241.

<sup>631</sup> Según JAKOBS, G., *Sociedad, norma...*, cit., p. 28, es precisamente por el carácter contingente de las normas penales por lo que su vigencia ha de garantizarse a través de una sanción; En opinión de LUMIA, G., *Principios...*, cit., p. 42, el modelo que distingue en la norma jurídica la unión de un precepto y de una sanción, también puede entenderse en un sentido tan amplio que, siguiendo la propuesta de ENGISCH, parezca más exacto hablar de supuesto de hecho (pródosis) y de consecuencia jurídica (apódosis) que de precepto y sanción.

<sup>632</sup> Como por ejemplo sucede en el caso de los artículos 237 y 240 del vigente Código penal; utilizando los conceptos de precepto y sanción para explicar la estructura de la norma penal; sobre ello *vid.* CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: Concepto...*, cit., p. 44.

dirige al Juez obligándole a aplicar la consecuencia jurídica cuando concurra el supuesto de hecho<sup>633</sup>. Según la opinión tradicional, los destinatarios de la *norma primaria* son todos los ciudadanos, mientras que los destinatarios de la norma secundaria son los órganos públicos encargados de hacer respetar las primeras<sup>634</sup>. Se ha de subrayar la circunstancia de que *norma primaria* y *norma secundaria* no son dos normas diferentes, sino los aspectos complementarios de una misma norma, la cual, como ya señalamos, consta de dos elementos: de una parte un precepto o supuesto de hecho; y de la otra una sanción o consecuencia jurídica. En opinión de GARCIA PABLOS, en toda norma penal cabe apreciar dos preceptos distintos, esto es, dos enunciados distintos, y ambos preceptos son imperativos y tienen su sanción: para la *norma primaria* la prevista en el tipo penal; y para la *norma secundaria* la responsabilidad en la que puede incurrir el órgano que incumple el mandato de aplicar la sanción legal<sup>635</sup>. Una concepción sobre la estructura de la norma penal diferente de la expuesta aunque revolucionaria en su tiempo fue la mantenida por BINDING, si bien ha sido actualmente superada<sup>636</sup>. Asimismo, cabe mencionar para evidenciar las diferentes posibilidades de

---

<sup>633</sup> Cfr. GARCIA PABLOS, A., *Derecho penal...*, cit., p. 242; de otra opinión sin embargo KELSEN, H., *Teoría general...*, cit., pp. 71 ss., quien considera que la norma jurídica genuína, la norma primaria, es la que dispone que un individuo (el Juez) debe ejecutar la sanción en caso de un comportamiento opuesto a la norma secundaria; por norma secundaria entiende, sin embargo, la que estipula la conducta que el orden jurídico trata de provocar o evitar mediante el establecimiento de la sanción.

<sup>634</sup> Cfr. LUMIA, G., *Principios...*, cit., p. 45; asimismo según CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: Concepto...*, cit., p. 45, la norma primaria se dirige a los ciudadanos mientras que la norma secundaria se dirige a los jueces. Pese a la denominación, se ha de tener en cuenta que la norma es sólo una, aún cuando pueda dividirse en esas dos partes, cada una de las cuales recoge un mensaje diferente.

<sup>635</sup> Cfr. GARCIA PABLOS, A., *Derecho penal...*, cit., p. 242, en cuya opinión “la formulación de la proposición jurídico penal tiene inequívoco carácter hipotético, con lo que se pone el acento –al formularse la misma– en la norma dirigida al Juez, en la norma secundaria. Dicho de otro modo: la norma primaria, la que prohíbe u ordena al ciudadano una conducta, no se formula directamente por la Ley, sino que se desprende indirectamente de la misma”.

<sup>636</sup> Vid. GARCIA PABLOS, A., *Derecho penal...*, cit., pp. 243 ss., con un extenso análisis sobre la distinta concepción de la norma sostenida por BINDING, para quien la Norma penal (*Norm*) era un imperativo primario y autónomo, situado fuera del Derecho penal y de cualquier otra rama del Derecho: en un lugar especial dentro del Derecho público; por su parte, la Ley penal (*Strafgesetz*) era un mero complemento de la norma, en cuanto se limitaba a establecer las consecuencias que se derivaban de la violación de ésta y contenía, únicamente, la autorización para castigar que corresponde al Estado. Con arreglo a esta concepción, distinguía BINDING entre Norma (*Norm*) y Ley penal (*Strafgesetz*). La Ley penal, pues, no es un imperativo: el imperativo se encuentra en las normas que preceden a la Ley, la Ley se limita a establecer las correspondientes sanciones. De este modo, cuando alguien comete un delito viola la Norma pero no infringe la Ley penal, sino que la cumple, dando lugar a su aplicación. La Norma favorece al Estado otorgándole un derecho subjetivo a exigir la obediencia al imperativo que en la misma se contiene, cuando este Derecho subjetivo se viola, se viola el Derecho y el acto que entraña tal violación será un delito; en cambio, la Ley penal favorece también al Estado pero esta vez otorgándole el Derecho subjetivo a castigar; cuando esta autorización para castigar exista, la violación de la norma (delito) llevará aparejada una sanción penal, por constituir una infracción delictiva; sobre ello también CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: Concepto...*, cit., p. 46.

entendimiento de la norma penal, que más recientemente CALLIES ha construido una teoría sobre la *estructura comunicativa* de la norma en la que abandona como punto de partida su estructura lógico-formal en favor de una perspectiva vinculada con la teoría de la pena y con el Derecho positivo<sup>637</sup>.

## 2. Función

Después de analizada su estructura, y antes de estudiar la función de la norma penal, se debe señalar que en la Teoría General del Derecho es clásico el enfrentamiento entre las posiciones *imperativistas*, partidarias de asignar a la norma una función de determinación; y las *no imperativistas*, partidarias de asignar a la norma una función de valoración; polémica que ha tenido una especial incidencia en el campo penal<sup>638</sup>. Actualmente, GARCIA PABLOS afirma que “tras una dilatada hegemonía de la concepción de la norma penal como norma de valoración, reaparecen las teorías imperativistas, más acordes con las modernas tesis finalistas y subjetivistas de la antijuricidad; aunque no se trate ya del imperativismo *ingenuo* voluntarista auténtico, sino de un *pseudo* imperativismo poco parecido a aquél, impuesto por las nuevas corrientes que dominan la teoría del delito<sup>639</sup>”. La polémica en cualquier caso sigue abierta, y su tratamiento en profundidad excedería con mucho los límites de este trabajo, por ello y dado que en la actualidad existe un cierto dominio de las tesis conciliadoras o mixtas<sup>640</sup>, asumiremos una postura ecléctica que admita la doble función de la norma, esto es, tanto la de valoración como la de determinación.

Dos son, por tanto, las funciones que cabe asignar a la norma penal, entendida como instrumento para la configuración de la identidad social: de una parte, una función de valoración; y de la otra, una función imperativa<sup>641</sup>. Coincidimos por tanto con GARCIA PABLOS cuando afirma que la función de valoración y la función de determinación constituyen dos momentos, aspectos o perspectivas de la norma penal, quedando a salvo su

---

<sup>637</sup> Vid. un amplio estudio de la tesis de CALLIES sobre la denominada “estructura comunicativa” de la norma en GARCIA PABLOS, A., *Derecho penal...*, cit., pp. 266 ss.

<sup>638</sup> Cfr. GARCIA PABLOS, A., *Derecho penal...*, cit., pp. 272 ss.

<sup>639</sup> Cfr. GARCIA PABLOS, A., *Derecho penal...*, cit., pp. 273 y 274.

<sup>640</sup> Cfr. GARCIA PABLOS, A., *Derecho penal...*, cit., p. 285.

<sup>641</sup> Además de estas dos funciones, hace referencia CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: Concepto...*, cit., p. 59, a una función motivadora de la norma penal, que se alcanza a través de unos procesos psicológicos que el mismo autor refiere vinculándolos con lo que en la terminología clásica se entiende por culpabilidad.

unidad inescindible<sup>642</sup>. Sin embargo, se debe precisar que en opinión de algunos autores, en particular de los partidarios de una concepción imperativa de la norma, se mantiene que ésta carece de toda función de valoración. A continuación, trataremos de exponer en qué consisten las dos funciones de la norma penal anteriormente mencionadas, así como de explicar las razones que llevan a los imperativistas a excluir de la norma penal todo momento valorativo.

### A. Función de valoración

Tal y como señalábamos anteriormente, partimos de considerar la norma penal como un instrumento de tutela para los valores constitucionalmente relevantes<sup>643</sup>. Como resulta evidente, de forma previa a la creación de una norma penal, se hace necesario determinar aquéllos valores que por su especial trascendencia son considerados esenciales para la configuración de la identidad social<sup>644</sup>. Sólo después de efectuada esta selección previa, será posible describir las conductas que la norma penal desea evitar, todo ello en función de su contradicción hacia dichos valores<sup>645</sup>. Sobre este particular, es necesario precisar que algunos autores se muestran partidarios de asignar un carácter prenormativo a los valores tutelados por el ordenamiento penal, de forma tal que la creación de una norma penal no suponga un acto de valoración, sino tan sólo el establecimiento de una directiva de conducta cuya desobediencia implicará la realización de una conducta antijurídica<sup>646</sup>. Frente a la anterior posición, que básicamente corresponde a la de aquéllos autores que

---

<sup>642</sup> Cfr. GARCIA PABLOS, A., *Derecho penal...*, cit., p. 290.

<sup>643</sup> O lo que es lo mismo, para el mantenimiento de un modelo orientador del contacto social; véase sobre ello CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: Concepto...*, cit., p. 49.

<sup>644</sup> Vid. JAKOBS, G., *Sociedad, norma...*, cit., p. 41, para quien se trata de una decisión puramente política; asimismo véase BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 17; también ZUGALDIA ESPINAR, J.M. *Fundamentos...*, cit., p.47, sobre el problema de la selección y jerarquización de los valores merecedores de tutela penal, véanse pp. 50 y 51: “De todos modos, y con carácter general, hay que reconocer que no es posible deducir de la Constitución -ni de ningún otro lugar- un catálogo de reglas *matemáticas* y exactas para dar solución definitiva a los problemas de la selección y jerarquización de los bienes jurídicos: ambas cuestiones, en el fondo, están abiertas a las más variadas valoraciones jurídicas y apreciaciones de tipo subjetivo (consideraciones ideológicas, éticas, políticas, etc.)”.

<sup>645</sup> Según BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 17, para los partidarios de la prevención general positiva la selección de los comportamientos desviados que se consideran más graves dentro de un sistema social y su calificación como delitos corresponde a los órganos legislativos con competencia para ello; sobre ello también CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: Concepto...*, cit., p. 49.

<sup>646</sup> Según esta concepción el valor es previo a la Ley y emana de la realidad social; sobre los partidarios del criterio de la ética social o del bien jurídico como forma de determinación de la dañosidad social de un hecho desviado ZUGALDIA ESPINAR, J.M., *Fundamentos...*, cit., p.46.



consideran la norma exclusivamente como un imperativo<sup>647</sup>, se mantiene la postura contraria, según la cual el hecho de que normalmente exista una correspondencia entre los valores tutelados y los socialmente asumidos no implica negar que la creación de una norma penal supone una decisión política: se otorga valor de bien jurídico al interés que se pretende tutelar mediante la selección de la conducta que se quiere evitar. Según los partidarios de esta última posición, es evidente que la vida es un valor social y, como tal, previo a la Ley, pero tan sólo adquiere trascendencia jurídica a partir de su reconocimiento por el Derecho, y tal reconocimiento supone una valoración<sup>648</sup>.

En este sentido KELSEN distingue entre los conceptos de *mala in se* y *mala prohibita*. Según esta distinción, *mala in se* es la conducta que es mala en sí misma; mientras que *mala prohibita*, es la conducta que tiene tal carácter sólo en cuanto está prohibida por un orden social positivo. En opinión de KELSEN, en la Teoría Pura del Derecho no hay conductas *mala in se*, y únicamente existen conductas *mala prohibita*, pues un comportamiento es *malum* sólo cuando es *prohibitum*. Ello es la consecuencia de los principios *nulla poena sine lege*, *nullum crimen sine lege*, que significan que la conducta humana puede ser considerada como delito únicamente si una norma jurídica positiva enlaza a esa conducta, considerada como condición, una sanción considerada como consecuencia<sup>649</sup>.

En cualquier caso, es posible considerar la creación de una norma penal como un acto de valoración. De este modo, el interés previamente seleccionado como objeto de tutela queda incorporado a la norma penal desde el mismo momento de su creación. La

---

<sup>647</sup> Según CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: Concepto...*, cit., p. 56 y 57, para los partidarios de la teoría de los imperativos la norma consiste sólo y exclusivamente en un imperativo, de modo que cualquier momento valorativo queda fuera de ella. El Ordenamiento penal no es sino un conjunto de imperativos (mandatos, prohibiciones, o autorizaciones). De este modo, o no existe un sistema de valores (y entonces los mandatos no responden formalmente a ninguna lógica de tutela: son simples órdenes que el Poder transmite a sus súbditos tal y como se mantuvo en la Escuela de Kiel); o se trata de un orden de valores prenormativo (de manera que las directivas de conducta están a su servicio, con la consecuencia de que no es el legislador quien valora o selecciona, sino la ética dominante, lo que da lugar a una concepción claramente iusnaturalista como la mantenida por WELZEL y el finalismo más ortodoxo).

<sup>648</sup> Cfr. CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: Concepto...*, cit., p. 50, para quien “las valoraciones sociales carecen de significación jurídica si no son integradas formalmente por el Ordenamiento Jurídico, a través de la Ley, expresión de la voluntad general. Es al Parlamento, donde reside el ejercicio de la soberanía popular, a quien corresponde otorgar a los valores sociales la categoría de jurídicos. Y esa función se realiza precisamente mediante la creación de la norma. En el caso del Derecho penal, la creación de la norma supone, insisto, una decisión política: se otora valor de bien jurídico al interés que se pretende tutelar mediante la selección de la conducta que se pretende evitar. Así, se otorga valor de bien jurídico a la vida en el preciso instante en que se selecciona el *matar a otro* como conducta a evitar”.

<sup>649</sup> Vid. KELSEN, H., *Teoría general...*, cit., pp. 59 a 61.

norma describe entonces la conducta que pretende evitar precisamente por su carácter contrario a dichos valores previamente seleccionados<sup>650</sup>. De acuerdo con esta concepción, la norma penal es *norma objetiva de valoración: objetiva* por ser expresión de la voluntad general; y de *valoración* por establecer el deber ser ideal que esa generalidad proclama<sup>651</sup>. Desde este punto de vista, los valores e intereses proclamados por la Constitución servirán de punto de referencia para la creación de normas penales<sup>652</sup>. Por tanto y como conclusión, cabe afirmar que la norma penal cumple una función de valoración que básicamente consiste en el establecimiento de un *deber ser* ideal. Esta función se alcanza por medio de la incorporación a la norma de los valores e intereses constitucionalmente relevantes dignos de tutela, así como a través de la descripción de las conductas (delitos) que se pretenden evitar por ser negativas para los mismos<sup>653</sup>.

## B. Función imperativa

De la *norma objetiva de valoración* que establece el *deber ser ideal*, nace la *norma subjetiva de determinación* que establece el *deber de obligación* de someter la conducta a aquél<sup>654</sup>. Según la terminología kelseniana, junto al deber ser ideal de carácter eminentemente objetivo, toda

---

<sup>650</sup> Vid. KELSEN, H., *Teoría general...*, cit., pp. 55 a 58, según este autor es posible distinguir entre: a.) valor de legalidad, que es aquel implicado en el juicio que afirma que cierta conducta es legal (debida) o ilegal (indebida); y b.) valor de Justicia, que es aquél implicado en el juicio que afirma que una determinada regulación jurídica es justa o injusta. Mientras que la existencia del valor de legalidad es objetivamente comprobable, el valor Justicia es sin embargo subjetivo y relativo, pues no existe un solo criterio de Justicia, sino gran número de criterios distintos y contradictorios entre sí. Por otra parte, los juicios morales y políticos son de la misma naturaleza que los juicios de justicia.

<sup>651</sup> Cfr. CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: Concepto...*, cit., p. 51: “Obviamente, la desvaloración de las conductas definidas como delitos proviene de su carácter negativo para los valores. Lo que la voluntad general quiere es que se afirmen los valores seleccionados: el deber ser ideal es que no se produzcan las conductas delictivas”.

<sup>652</sup> Según CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: Concepto...*, cit., p. 52, la Constitución es la norma valoadora por excelencia.

<sup>653</sup> Cfr. CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: Concepto...*, cit., p. 53.

<sup>654</sup> Con independencia del problema del libre albedrío y del “poder actuar de otro modo”, que trataremos más adelante, conviene recordar que según KELSEN, citado por CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: Concepto...*, cit., p. 55, la *teoría pura del Derecho* “sólo ve en el deber jurídico la norma jurídica en su referencia a la conducta concreta por ella establecida, de un individuo bien determinado, es decir, la norma jurídica individualizada, y emancipa totalmente el concepto de deber jurídico del de deber moral, interpretándolo en la forma siguiente: un ser humano está jurídicamente obligado a una conducta determinada, en tanto que la conducta contraria está puesta en la norma jurídica como condición para un acto coactivo calificado de consecuencia jurídica”. En opinión de CARBONELL, siguiendo a KELSEN, tal cosa ocurre cuando la conducta antijurídica (contraria al *sollen*) puede serle imputada como propia al auctor en la medida en que pudo y debió (*konnte und musste*) llevar a cabo una conducta distinta: precisamente aquella que respetaba el deber ser ideal.

norma penal incorpora un deber de obligación de carácter subjetivo. Este segundo momento de la norma penal, es conocido como *norma subjetiva de determinación*: *subjetiva* porque se dirige a cada uno de los destinatarios de la norma en particular; y de *determinación* porque tiene por objeto incidir en el comportamiento de los mismos<sup>655</sup>. Por otra parte, toda infracción del deber de obligación exige como presupuesto la imputación subjetiva de la conducta a su autor, esto es, que la conducta que infringe un tal deber pueda serle imputada a su autor como propia, tema que será tratado con más detalle al estudiar la culpabilidad<sup>656</sup>.

### 3. Conclusión

Como conclusión de todo lo anterior, considerando la estructura de la norma penal en su carácter de proposición lógico-lingüística, así como la función de la norma penal en su relación con el sistema social, cabe afirmar que únicamente la infracción del *deber de obligación* puede justificar la imposición de una pena. A partir de la anterior afirmación, es posible deducir que la culpabilidad constituye un principio estructural básico del Derecho penal, de modo tal que cualquier pena que se imponga sin la comprobación de una previa infracción del *deber de obligación* en que consiste la norma subjetiva de determinación, o que supere la medida de esta infracción, supondrá una retroceso de la dignidad de la persona y un avance hacia un ilimitado poder punitivo del Estado<sup>657</sup>. En este sentido, coincidimos con CARBONELL MATEU cuando afirma que “es así cómo la retribución adquiere un carácter profundamente garantista y cómo puede entenderse la posición de KANT como profundamente humana: al Estado sólo le es lícito privar a un ciudadano de su libertad si es como consecuencia de una conducta agresiva para los valores libremente realizada”, pues “no sólo no es respetuosa con la dignidad de la persona la imposición de una pena sin culpabilidad, sino también la de cualquier pena que supere un ápice la medida de ésta. En otras palabras, sólo por la infracción del deber de obligación, y exactamente en su medida,

---

<sup>655</sup> Vid. CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: Concepto...*, cit., pp. 53 y 54. Mientras que la cuestión relativa a la infracción de la norma objetiva de valoración se encuentra vinculada con la antijuridicidad, la infracción de la norma subjetiva de determinación ha sido tradicionalmente vinculada con el juicio de culpabilidad.

<sup>656</sup> Según CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: Concepto...*, cit., p. 55, el juicio de culpabilidad es puramente jurídico (sin reminiscencias moralizantes) y consiste en la comprobación de la infracción del deber y la correlativa imputación subjetiva. Tal comprobación exige, a su vez, un ciudadano que pueda ser centro de imputación (imputable); esto es, que pueda someter sus decisiones a las normas.

<sup>657</sup> En este sentido, si bien asignando a la retribución el papel de fundamento y límite de la pena, y considerando la prevención como el fin de pena CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: Concepto...*, cit., p. 71.

puede aplicarse una pena: sólo de la completa comprobación del presupuesto puede desprenderse la consecuencia prevista por la norma jurídica<sup>658</sup>.

## Bibliografía

ALVAREZ GARCIA, F.J., *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*. Comares, Granada, 2001.

BACIGALUPO, E. *Principios de Derecho penal. Parte General*. 4ª ed. Akal/Iure, Madrid, 1997.

BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad e individualización de la pena. El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Angel Torío López*. Comares, Granada, 1999.

CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: Concepto y principios constitucionales*. 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización judicial de la pena*. Colex, Madrid, 1997.

GARCIA MAYNEZ, E., *Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo*. Fontamara, México, 1996.

GARCIA PABLOS, A., *Derecho penal. Introducción*. Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense. Madrid, 2000.

JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, (trad. de Cancio Meliá, M, y Feijóo Sánchez, B.). Civitas, 1996.

JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª Ed. corregida. Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo. Marcial Pons editores, Madrid, 1997.

JIMENEZ DE ASUA, L., *Principios de Derecho penal. La Ley y el delito*. 3ª Ed. Buenos Aires, 1958.

KELSEN, H., *Teoría general del Derecho y del Estado*. Trad. García Maynez, E., 5ª reimpresión, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995.

LESCH, H., *La función de la pena*. Trad. por J. Sánchez Vera. Dykinson, Madrid, 1999.

LUHMANN, N., *Teoría política en el Estado de Bienestar*. Trad. de F. Vallespín. Alianza Universidad, Madrid, 2002.

LUMIA, G. *Principios de teoría e ideología del Derecho*. Trad. de Ruíz Miguel, A., 8ª reimpresión. Debate, Madrid, 1985.

MARTIN REBOLLO, L., *La Constitución de 1978: Elaboración, significado e incidencia en el Ordenamiento jurídico general*. Aranzadi, 1996.

MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*. Bosch. 2ª Ed. Barcelona, 1982.

---

<sup>658</sup> Cfr. CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: Concepto...*, cit., p. 71.

- MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*. 5ª ed., Barcelona, 1998.
- PUY MUÑOZ, F. (coord.), *Manual de Filosofía del Derecho*. Colex, Madrid, 2000.
- RAWLS, J., *Justicia como equidad*. Trad. por M.A. Rodilla. Tecnos, Madrid, 2002, pp. 61 ss.
- ROXIN, C., *Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad*. Trad. de Patricia S. Ziffer y Daniel R. Pastor. Del Puerto Editores, Buenos Aires, 1993.
- SALMERON, F., *Ética analítica y Derecho*. Fontamara, México, 2000.
- SANCHEZ AGESTA, L., *Principios de Teoría Política*. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1990.
- TRUYOL SERRA, A., *Los Derechos Humanos*. Tecnos, Madrid, 1968.
- ZUGALDIA ESPINAR, J.M., *Fundamentos de Derecho penal*. 3ª Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

# Capítulo III

## Justificación ética, fundamento real y función social de la pena

### SUMARIO:

**I.** Introducción. **II.** Ética: **1.** Ética analítica. **2.** Ética normativa: **A)** Éticas teleológicas. **B)** Éticas deontológicas. **3.** Toma de Postura. **III.** Justificación, fundamento y función de la pena: **1.** Justificación ética de la pena. **2.** Fundamento real de la pena. **3.** Función social de la pena. **IV.** Significado de la pena. **V.** Culpabilidad y prevención. **VI.** Conclusión.

### I. Introducción

En los capítulos anteriores ya hemos expuesto las características que pueden considerarse esenciales al concepto de pena, y que nos permiten referirnos a ella de una forma unitaria. Asimismo, hemos estudiado las principales teorías que intentan ofrecer algo de luz sobre la cuestión referida a la justificación de la pena. Finalmente, hemos hecho referencia al modelo de Estado que configura nuestra Constitución así como a los valores que ésta proclama, todo ello al objeto de delimitar las características básicas de un orden social en el que el Derecho penal, a través de la norma penal, viene a desempeñar una esencial función de control y mantenimiento de las condiciones fundamentales para la coexistencia<sup>659</sup>. A partir de todo lo anterior, llegamos a la conclusión de que la cuestión relativa a la justificación de la pena constituye una materia eminentemente valorativa y susceptible de diversos entendimientos. Por ello, resulta adecuado abordar el estudio de la pena, no de un modo universal y abstracto, sino a partir de un determinado contexto histórico y cultural, esto es, de una forma relativa.

La conocida fórmula latina *ubi ius, ibi societas*, resulta muy expresiva en este contexto, pues si en el seno de una determinada comunidad política es posible afirmar que la pena constituye una réplica que tiene lugar a costa del infractor frente al cuestionamiento de la

---

<sup>659</sup> Vid. BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho penal*. 3ª ed., Akal/Iure, 1994, p. 9; vid. asimismo supra Caps. I y II.

norma<sup>660</sup>, entonces la pena presupone siempre la existencia de una norma jurídica, y si toda norma jurídica presupone, a su vez, la existencia de una sociedad organizada que crea el Derecho conforme a los criterios ideales que deben presidir la buena dirección y el ordenado desarrollo de la comunidad<sup>661</sup>, entonces, es posible concluir finalmente que la cuestión referente a la justificación de la pena se halla estrechamente vinculada con los valores propios de la concreta comunidad política que crea el Derecho. Por ello, no consideramos adecuado abordar el estudio de la pena de forma independiente a la existencia del orden social en el que aquella despliega sus efectos, ni de los valores esenciales que orientan la organización comunitaria<sup>662</sup>.

## II. Etica

Aunque el Derecho penal cuenta en última instancia con la posibilidad de recurrir a la fuerza para imponer coactivamente su observancia, nos mostramos partidarios de aquéllas posiciones teóricas que afirman que la eficacia del Derecho penal se afianza sobre todo en el consenso de los destinatarios de sus normas<sup>663</sup>. De este modo, consideramos que el individuo ajusta generalmente de forma espontánea su comportamiento a la norma penal en la convicción de que tal norma no es la expresión del mero arbitrio de quienes detentan el monopolio de la fuerza, sino que representa la reglamentación oportuna y conveniente de las relaciones humanas intersubjetivas<sup>664</sup>. De la anterior proposición se deriva, precisamente, la exigencia de que el Derecho penal sea también una expresión de la identidad social, esto es, que sea conforme a los valores y criterios ideales conforme a los que la comunidad política desea que sean reguladas las relaciones sociales<sup>665</sup>. Como punto de partida consideramos que tanto el orden jurídico como el orden moral tienen por objeto el comportamiento de los hombres, por ello es posible afirmar que el reconocimiento del enjuiciamiento ético de los comportamientos implica también la posibilidad de un juicio

---

<sup>660</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª Ed. corregida. Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Marcial Pons editores, Madrid, 1997, p. 14.

<sup>661</sup> Cfr. LUMIA, G. *Principios de teoría e ideología del Derecho*. Trad. de Ruíz Miguel, A., 8ª reimpresión. Debate, Madrid, 1985, p. 113.

<sup>662</sup> En semejante sentido JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 8; asimismo *vid.* MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*. Bosch. 2ª Ed. Barcelona, 1982, p. 15, quien vincula la función de la pena con la función que sea atribuida al Estado.

<sup>663</sup> *Vid.* LUMIA, G. *Principios...*, cit., p. 49.

<sup>664</sup> Cfr. LUMIA, G. *Principios...*, cit., p. 113; véase también GARCIA MAYNEZ, E., *Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Insnaturalismo*. Fontamara, México, 1996, p. 19.

<sup>665</sup> En este sentido también JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Trad. por Cancio Meliá, M. y Feijóo Sánchez, B. Civitas, Madrid, 1996, pp. 18 y 22.

ético-valorativo sobre las normas jurídicas que ordenan o prohíben conductas<sup>666</sup>. A pesar de ello, hemos de precisar que es absolutamente necesario separar convenientemente el orden moral del orden jurídico-penal, toda vez que éste último no tiene por objeto imponer un orden superior de virtudes y verdades, sino garantizar la identidad normativa reflejada en la Constitución, y a través de ello promover las condiciones necesarias para la consecución de un orden social basado en la paz y en la libertad<sup>667</sup>.

Uno de los problemas a los que ha de enfrentarse el Derecho penal es el de encontrar un criterio en base al cual pueda valorarse como justa o injusta una conducta determinada y la norma que en ésta se inspira. La justicia se erige de este modo como un criterio de valoración, o más brevemente, como un valor al que debe orientarse toda norma penal si pretende alcanzar la adhesión espontánea de sus destinatarios, y así lograr la máxima eficacia con el mínimo empleo de la fuerza coactiva<sup>668</sup>. A continuación ofreceremos una pequeña síntesis de las posiciones éticas que consideramos han ejercido mayor influencia en el pensamiento penal<sup>669</sup>.

## 1. Ética analítica

El significado del valor Justicia o la posibilidad misma de justificar racionalmente el juicio de valor en que la justicia consiste, es objeto de estudio por parte de la denominada *ética analítica o metaética*<sup>670</sup>. El objeto de la *ética analítica* consiste, pues, en determinar si existe algún procedimiento racional para justificar la validez de los juicios de valor, es decir, si hay alguna forma de demostrar que un juicio de justicia es verdadero o válido<sup>671</sup>. Se trata por

---

<sup>666</sup> Vid. PEREZ DEL VALLE, C., *Conciencia y Derecho penal*. Comares, Granada, 1994, p. 6.

<sup>667</sup> Véase el art. 10.1 de la Constitución española; asimismo JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona...*, cit., p. 15; también PEREZ DEL VALLE, C., *Conciencia...*, cit., p. 5, en cuya nota nº 2 se contiene una cita de SPECHT, R. referida a su obra *Derecho Natural español. Clasicismo y modernidad*. Trad. por Gil Cremades, en A.F.D., pp. 343 ss., coincidente con esta posición.

<sup>668</sup> Según ROXIN, C., *Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad*. Trad. de Patricia S. Ziffer y Daniel R. Pastor en la obra *Determinación judicial de la pena*. Del Puerto Editores, Buenos Aires, 1993, p. 39: “El sentimiento de Justicia, al que se atribuye gran importancia para la estabilización de la conciencia jurídica general, exige que nadie sea penado más allá de lo que se *merece*, y *merecida* es solamente una pena que se corresponde con la culpabilidad”.

<sup>669</sup> Una síntesis de las teorías expuestas en LUMIA, G. *Principios...*, cit., pp. 113 ss.; asimismo NINO, C. S., *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1983, pp. 353 ss.

<sup>670</sup> Véase NINO, C.S., *Introducción...*, cit, pp. 353 ss.; asimismo ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 51 ss. por medio de la *metaética* se trata de responder a la pregunta de si “es posible la justificación de convicciones morales?” (p. 52); véase también sobre ello LUMIA, G. *Principios...*, cit., pp. 117 ss.

<sup>671</sup> Cfr. NINO, C.S., *Introducción...*, cit, p. 353.



tanto de responder a las siguientes preguntas: ¿es posible justificar una convicción moral?, y en caso afirmativo y respecto de la justicia ¿cómo se puede justificar un juicio de que una cierta norma o comportamiento es justo?; de entre todas las respuestas ofrecidas por los filósofos del Derecho a este interrogante, es posible tomar como punto de referencia la denominada *teoría intuicionista*<sup>672</sup>, formulada por G. E. MOORE y posteriormente desarrollada por D. ROSS, en cuya opinión *todo aquél que tiene una conciencia moral desarrollada percibe en qué medida la justicia de un acto sobrepasa su injusticia*<sup>673</sup>.

## 2. Ética normativa

Con independencia de lo anterior, existe un segundo problema de singular relevancia en el seno de cualquier sistema de Derecho penal que no constituye objeto de la *ética analítica*, sino de la denominada *ética normativa*<sup>674</sup>. Nos referimos al problema que supone la determinación de los principios de justicia social que permiten enjuiciar las normas, instituciones jurídicas, o prácticas sociales, así como la influencia de dichos principios en

---

<sup>672</sup> El antecedente clásico de esta teoría se halla en PLATÓN, para quien el Bien y la Justicia -a él ligada- son realidades trascendentes que existen en un mundo ideal separado de nuestro mundo sensible y, sin embargo, evidentes a la conciencia no como las cosas sensibles, porque el Bien o la Justicia no son accesibles a los sentidos, sino a través de una especie de intuición intelectual de la que el Hombre se hace capaz por medio de un constante ejercicio de meditación y ascesis; sobre ello más ampliamente LUMIA, G. *Principios...*, cit., p. 123; un repaso de posiciones metaéticas tales como el denominado *naturalismo*, *emotivismo*, e *intuicionismo*, entre otras, en ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica...*, cit., pp. 52 ss.; sobre la idea de *intuición* en G.E. Moore, véase también SALMERON, F., *Ética analítica y Derecho*. Fontamara, México, 2000, pp. 19 ss: “el término *intuición* sólo afirma la imposibilidad de la prueba y, según MOORE, no contiene ninguna implicación sobre la manera de conocer o sobre el origen del conocimiento moral” (p. 24).

<sup>673</sup> Cfr. NINO, C.S., *Introducción...*, cit, p. 360; asimismo PUY MUÑOZ, F. (Coord.), LOPEZ MORENO, A., CARPINTERO BENITEZ, F., OTERO PARGA, M., RUS RUFINO, S., *Manual de Filosofía del Derecho*. Colex, Madrid, 2000, p. 293, donde se afirma que para MAX SCHELER “el contenido de los valores es emotivo y, por ello, no pueden ser captados por la inteligencia, sino a través de la *intuición emocional*”; en este mismo sentido NICOLAI HARTMANN afirma que los valores que la persona percibe son los destellos de los auténticos valores que no existen en este mundo real nuestro, sino que existen y son reales en el mundo de las ideas y se manifiestan al hombre en los fenómenos de la conciencia a través de la aprehensión emocional (p. 294); por su parte, D. HILDEBRAND también considera que el conocimiento del valor es intuitivo si bien a diferencia de SCHELER Y HARTMANN considera este autor que el conocimiento intuitivo no se basa en las emociones, sino en el la razón (p. 297); finalmente H. REINER (p. 299) considera que los valores se nos representan a través de una vía intermedia, mezcla de sentimiento y razón, siendo *sentimientos racionales*.

<sup>674</sup> Finalmente, existe un tercer nivel constituido por lo que se denomina *ética descriptiva* o *sociológica*, que trata simplemente de describir los juicios de valor que se formulan en cierta sociedad en determinada época, dando cuenta de qué cosas los miembros de esa sociedad consideran justas o buenas; véase también NINO, C.S., *Introducción...*, cit, p. 354.

determinadas materias (p.ej.: la justificación ética de la pena)<sup>675</sup>. La ética normativa trataría de responder a la siguiente pregunta: *¿cuando una norma, comportamiento o práctica social es justo?* A muy grandes rasgos, son dos las principales direcciones seguidas por la ética normativa<sup>676</sup>:

### A) Éticas teleológicas

De una parte las teorías teleológicas, que no juzgan las acciones por ciertas cualidades intrínsecas, sino por cómo ellas y sus consecuencias contribuyen a realizar o maximizar cierto estado de cosas intrínsecamente bueno<sup>677</sup>. La posición ética que defiende el denominado *utilitarismo*<sup>678</sup>, cuya relevancia en el ámbito del Derecho penal nadie discute, no trata de ofrecer el significado del valor Justicia, sino de determinar qué normas o comportamientos han de considerarse justos, por lo que no se trata de una posición de ética analítica, sino de una posición de ética normativa -y ello con independencia de que el utilitarismo se halle conectado con diferentes teorías metaéticas-<sup>679</sup>. El utilitarismo constituye pues una doctrina consecuencialista, esto es, que no afirma que la norma penal es justa o injusta en sí misma, sino en relación a sus consecuencias<sup>680</sup>. Desde una perspectiva utilitarista, el valor Justicia se identifica con la idea de utilidad, lo que permite

---

<sup>675</sup> Vid. NINO, C.S., *Introducción...*, cit, pp. 353 ss.; en este sentido afirma HOERSTER, N., *Problemas de ética normativa*. Trad. por Garzón Valdés, E., Fontamara, México, 1998, p. 41, que el objeto de la ética normativa es la cuestión acerca de los principios según los cuales el hombre debe actuar éticamente.

<sup>676</sup> Una interesante exposición de las diferentes teorías de ética normativa se halla en NINO, C.S., *Introducción...*, cit, pp. 382 ss.; asimismo en LUMIA, G. *Principios...*, cit., pp. 113 ss.; véase también JULIÁ, S., MARTINEZ, A., *Teoría e historia de los sistemas sociales*, UNED, séptima reimpresión, Madrid, 2003, p. 237: “Max Weber ha señalado el creciente proceso de racionalización de la acción humana. De acuerdo con su esquema formal típico ideal, la acción social puede dividirse en *tradicional*, si aparece determinada por una costumbre arraigada; *afectiva*, si determinada por afectos o estado sentimentales; *racional con arreglo a valores*, si por la creencia consciente en el valor -ético, estético, religioso o cualquier otro- de una conducta sin relación con su resultado; y *racional con arreglo a fines*, cuando aparece determinada por expectativas -en el comportamiento de otros hombres o de objetos del mundo exterior- que se utilizan como condiciones o medios para el logro de fines racionalmente sopesados y perseguidos”.

<sup>677</sup> Sobre ello véase HOERSTER, N., *Problemas de ética normativa...*, cit., p. 42.

<sup>678</sup> El utilitarismo asume el valor Justicia como una cualidad de las normas o acciones que, además puede ser demostrada empíricamente. Esto supone su adscripción a las teorías cognitivas de la Justicia. Asimismo se trata de teorías teleológicas, esto es, que consideran algo en relación a un fin (hacen prevalecer lo bueno sobre lo moralmente correcto); si el fin perseguido es la felicidad, hablamos de eudemonismo; por contraposición, encontramos las teorías deontológicas (que se refieren a mandatos que son deberes sin referencia a fin), que dan prioridad a lo moralmente correcto sobre lo bueno.

<sup>679</sup> Cfr. NINO, C.S., *Introducción...*, cit, p. 382, el utilitarismo ha sido defendido por naturalistas, intuicionistas y prescriptivistas (doctrinas metaéticas).

<sup>680</sup> Sobre el utilitarismo como posición teleológica de ética normativa, véase HOERSTER, N., *Problemas de ética normativa...*, cit., pp.41 ss.

concluir desde este punto de vista que la pena Justa es la pena útil<sup>681</sup>. A partir de lo anterior, se deduce que según el planteamiento utilitarista las ideas de Justicia y de utilidad no se excluyen, sino que se complementan, de modo tal que la utilidad de la pena nos sirve para demostrar empíricamente su adecuación al valor Justicia<sup>682</sup>.

El problema del utilitarismo estriba en la concreción de lo que debe ser considerado como útil, y así han existido utilitarismos egoístas, universalistas, hedonistas o idealistas, por poner algunos ejemplos<sup>683</sup>. De cualquier modo, la pena será Justa si se adecúa al principio de utilidad, esto es, si de su concreción se deriva un máximo de aquéllo que le asignemos como *función de utilidad*. Para determinar el valor de pena desde una perspectiva utilitarista, es preciso conocer previamente la denominada *función de utilidad* que se predica de ella, o lo que es lo mismo, qué concreta función asignamos a la pena<sup>684</sup>. Como se dijo más arriba, la cuestión relativa a la función de la pena se halla directamente relacionada con la función que asignemos al Derecho penal e, indirectamente, con la función asignada al propio Estado. La determinación de la *función de utilidad* constituye por tanto el problema de fondo de las teorías utilitaristas, ya que exige tomar una decisión sobre lo que es o no es útil, decisión que en última instancia habrá de fundamentarse en un juicio subjetivo de valor. Una vez más, recordamos que según KELSEN el aserto por el cual se declara que algo es un fin, un último fin que no puede servir como medio para el logro de otro fin ulterior constituye siempre un juicio de valor subjetivo<sup>685</sup>. De cualquier modo una vez determinada la *función de utilidad*, sea cual sea ésta, la perspectiva utilitarista nos permitirá considerar como racional, ética o justificada, toda pena que maximice dicha *función*, es decir, que ofrezca un resultado máximo de la misma<sup>686</sup>.

---

<sup>681</sup> Cfr. LUMIA, G., *Principios...*, cit., p. 118.

<sup>682</sup> Sobre el utilitarismo como teoría teleológica, véase HOERSTER, N., *Problemas de ética normativa...*, cit., pp. 42 ss.

<sup>683</sup> Cfr. NINO, C.S., *Introducción...*, cit, p. 392.

<sup>684</sup> El utilitarismo clásico de BENTHAM entiende que la función de utilidad se establece por el placer (hedonismo); por su parte STUART MILL la establece a partir de el bienestar o la felicidad; sobre ello *vid.* NINO, C.S., *Introducción...*, cit, p. 392.

<sup>685</sup> En este sentido KELSEN, H., *Teoría general del Derecho y del Estado*. Trad. García Maynez, E., 5ª reimpresión, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995, p. 8.

<sup>686</sup> Así por ejemplo, desde un punto de vista utilitarista que asigne a la norma penal una “función de utilidad” consistente en la prevención del delito, será considerada justa, racional y plenamente justificada toda norma que maximice dicha función, esto es, que prevenga el delito.

## B) Éticas deontológicas

El utilitarismo ha sido criticado como posición de ética normativa porque llevado a sus últimos términos provoca consecuencias no deseadas. Así, se ha dicho que el utilitarismo podría llegar a justificar la condena de un inocente si con ello se detiene una intensa ola de criminalidad, o incluso a considerar correcto desde el punto de vista ético la supresión de una minoría molesta en el seno de un cuerpo social dominado por la mayoría utilitarista<sup>687</sup>. Ante estos inconvenientes, se hace necesario considerar otras teorías éticas de tipo deontológico o formalista<sup>688</sup>. A diferencia del utilitarismo, las éticas deontológicas no hacen depender la justicia de un comportamiento de la circunstancia de que sus consecuencias maximicen cierta *función de utilidad*, sino del hecho de que por su naturaleza inherente constituya el cumplimiento de un deber<sup>689</sup>. Desde este punto de vista, es el concepto de *deber ser* el que debe orientar la valoración sobre la Justicia de un acto, pues el valor moral estriba en hacer el bien no por inclinación sino por deber<sup>690</sup>.

El mayor exponente de las éticas deontológicas es KANT, quien considera al hombre como un ser puramente racional, libre, y capaz de guiarse por la Ley universal de la razón práctica<sup>691</sup>. Tomando como punto de partida estas consideraciones sobre la naturaleza humana, deduce este autor que los principios morales son autónomos, categóricos y universales<sup>692</sup>. El carácter universal de todo principio moral deriva del principio fundamental de toda moralidad, de la regla entre las reglas que constituye el denominado *imperativo categórico*, enunciado bajo la conocida fórmula *obra sólo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne en Ley universal*. Una vez enunciado el

---

<sup>687</sup> Estas y otras críticas al utilitarismo en NINO, C.S., *Introducción...*, cit, pp. 398 ss.

<sup>688</sup> Véase GARCIA MAYNEZ, E., *Positivismo jurídico...*, cit., p. 29: “el representante más conspicuo del formalismo ético es KANT, para quien la simple concordancia de un comportamiento con la norma engendra lo que el filósofo de Königsberg llama *legalidad*, es decir, algo radicalmente diverso de la *moralidad*”.

<sup>689</sup> Véase HOERSTER, N., *Problemas de ética normativa...*, cit., p. 43, según las teorías deontológicas “las consecuencias de una acción no cuentan (por lo menos no exclusivamente) como criterio de su corrección”.

<sup>690</sup> Cfr. NINO, C.S., *Introducción...*, cit, p. 405.

<sup>691</sup> Véase KANT, I, *Introducción a la teoría del Derecho. Introducción a la metafísica de las costumbres*. Trad. por González Vicen, F., Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 27 a 43.

<sup>692</sup> Autónomos, porque son leyes que se da uno a sí mismo con abstracción de los dictados de cierta autoridad divina o humana o de nuestros propios deseos o impulsos; Categóricos, porque lo que ordenan no está condicionado a que tengamos ciertos fines o deseos; y Universales porque si son los principios que queremos como puros seres racionales con abstracción de nuestras inclinaciones y deseos particulares, entonces cada ser racional querrá la misma Ley que querría cualquier otro ser racional y, por tanto, esa Ley moral obliga a todos los seres racionales por igual; más ampliamente sobre la ética kantiana en NINO, C.S., *Introducción...*, cit, pp. 403 ss.

imperativo categórico, se encuentra KANT con la necesidad de fundamentarlo, para lo cual precisa encontrar algún fin absoluto de todos los seres racionales (a diferencia de los fines relativos, supeditados a deseos, que sólo fundamentan imperativos hipotéticos). Si se encuentra algo que tenga valor absoluto, que sea un *fin-en-sí*, entonces se habrá encontrado el fundamento del imperativo categórico. Afirma entonces KANT que el Hombre y en general todo ser racional existe como *fin en sí mismo*, y en consecuencia todo Hombre debe en sus acciones tratarse a sí mismo y tratar a los demás como fines y no sólo como medios o instrumentos para ciertos usos. De ello deduce que la humanidad entera es un fin en sí misma, ella es un fin para todos, y, en consecuencia puede servir de fundamento de una práctica universal. Lo anterior le permite formular el siguiente principio que, en ocasiones, parece presentar como una segunda formulación del imperativo categórico: *obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu propia persona como en los demás, siempre como fin en sí misma y nunca solamente como un medio*. Este principio actualmente se vincula con la idea de dignidad de la persona, que como recordamos ha sido elevada a fundamento del orden político y de la paz social por la Constitución Española<sup>693</sup>.

Tal y como hemos indicado anteriormente, el concepto kantiano de bondad moral está subordinado al de obligación moral. Para explicar esta idea, KANT toma como punto de partida la idea de felicidad, que no considera buena si no es con calificaciones, esto es, la única felicidad buena es la merecida, la que premia la virtud (p.ej.: un hombre puede merecer la felicidad y no alcanzarla, o a la inversa). De lo anterior se deduce que la única cosa que es buena sin restricciones es la *buena voluntad*, sin embargo las consecuencias de un acto no son relevantes porque ellas están en gran medida fuera de nuestro control<sup>694</sup>. Alguien obra con *buena voluntad* cuando obra no por inclinación, sino por respeto o conciencia del deber<sup>695</sup>. No basta con hacer objetivamente lo que es nuestro deber para obrar con *buena voluntad*, hay que obrar en aras del cumplimiento del deber. El valor del carácter moral de alguien estriba en hacer el bien no por inclinación sino por deber<sup>696</sup>. El deber ha de cumplirse en aras del deber y no de la felicidad, de esta manera el Hombre es libre y descubre que sus propias acciones no están sujetas a la inexorable determinación que

---

<sup>693</sup> Véase el artículo 10.1 CE.

<sup>694</sup> Vid. asimismo sobre la ética kantiana la obra de AMERIO, F., *Historia de la Filosofía*. Ed. Ibérica, Madrid, 1954, pp. 352 ss.

<sup>695</sup> Véase GARCIA MAYNEZ, E., *Positivismo jurídico...*, cit., p. 29.

<sup>696</sup> Cfr. NINO, C.S., *Introducción...*, cit, p. 405.

supondría atender únicamente a sus inclinaciones<sup>697</sup>. De este modo, el Hombre descubre su libertad en la conciencia de que debe hacer ciertas cosas porque son debidas y no porque las desea.

En materia política, KANT se adscribió a la gran tradición contractualista de HOBBS, LOCKE y ROUSSEAU, según la cual el origen del Estado se halla en el contrato original por el cual el pueblo se despoja de la libertad de la que gozaba en el estado de naturaleza, para volver inmediatamente a recobrarla bajo un orden jurídico<sup>698</sup>. Según esta concepción, el Derecho a diferencia de la moral regula solamente acciones exteriores, siendo su principio universal aquél que califica como Justa toda acción que no interfiera con la libertad de los demás según leyes universales<sup>699</sup>.

### 3. Toma de postura

Es evidente que la decisión en favor de una u otra de las diversas teorías de la pena ha de fundamentarse en la razón, pues carecemos de una experiencia adecuada que nos permita demostrar de un modo absoluto la veracidad de sus primeros principios o axiomas legitimantes. Recordamos que las teorías absolutas basadas en posiciones de ética deontológica<sup>700</sup>, han sido tachadas de irracionales dada su incapacidad para demostrar empíricamente que a través de la imposición de la pena -entendida como retribución del mal causado culpablemente- sea realizado el valor Justicia<sup>701</sup>. En el mismo sentido se dirige la crítica contra las teorías relativas que identifican el valor Justicia con el principio de utilidad<sup>702</sup>. Así, las teorías relativas de la prevención general negativa han sido criticadas

---

<sup>697</sup> Sobre los motivos que inducen a los hombres a someterse a los preceptos del Derecho según ALF ROSS, véase GARCIA MAYNEZ, E., *Positivismo jurídico...*, cit., p. 29.

<sup>698</sup> Vid. JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona...*, cit., pp. 15 y 16.

<sup>699</sup> En la opinión de PEREZ DEL VALLE, C., en *Conciencia y Derecho penal...*, cit., pp. 5 y 6, no es cierto que el Derecho se refiera a lo externo y la moral a lo interno: en lo material, el objeto de ambos órdenes es, sin exclusión de fuero externo o interno, el comportamiento de los hombres.

<sup>700</sup> Afirma LUMIA, G. *Principios...*, cit., p. 121, que KANT postulaba una doctrina metaética cognoscitiva racionalista, según la cual la Justicia es una cualidad que pertenece a las normas o a los comportamientos, pero cuya existencia no es posible demostrar empíricamente, sino que únicamente se revela a través de la razón.

<sup>701</sup> Vid. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 9.

<sup>702</sup> El utilitarismo es una doctrina metaética cognoscitiva y naturalista que sostiene que la Justicia es una cualidad que pertenece a las normas o a las acciones y que puede ser comprobada empíricamente, para lo cual identifican el valor Justicia la Utilidad (BENTHAM, STUART MILL, etc.). La crítica de la que ha sido tradicionalmente objeto esta concepción se basa en las indeseables consecuencias a las que conduce un utilitarismo a ultranza, que subordina el interés del individuo al de la mayoría.

porque hasta la fecha no ha sido posible verificar empíricamente su utilidad social, esto es, la capacidad disuasoria real que los partidarios de estas concepciones asignan a la pena, llegándose a afirmar que en la propia comisión del delito se halla la mejor prueba del fracaso de esta función disuasoria<sup>703</sup>. Del mismo modo, han sido criticados los defensores de las teorías relativas de corte preventivo especial, que no han logrado apoyar en datos empíricos una justificación utilitaria de la pena, esto es, la efectiva consecución de la función de protección que asignan a la pena<sup>704</sup>.

Las muy serias objeciones que opone la doctrina a la hora de justificar la pena como la realización de un determinado ideal metafísico de Justicia, o por el contrario, como la expresión de un determinada *función de utilidad*, hacen necesario preguntarse si es verdaderamente posible formular una teoría de la pena capaz de ofrecer una solución a válida para todos los problemas planteados en las páginas anteriores. La respuesta debe ser en todo caso afirmativa, ya que no es posible concebir un sistema dogmático de Derecho penal que no se halle fundamentado en una determinada concepción de la pena<sup>705</sup>. La decisión sobre la cuestión relativa a la justificación de la pena, constituye pues un *prius* lógico e ineludible en el sistema dogmático a partir del cual vendrá condicionado todo su posterior desarrollo. Asimismo, se debe tener en cuenta que la decisión acerca de la teoría de la pena debe hacerse tomando como punto de partida un determinado contexto histórico y cultural<sup>706</sup>, así como unas determinadas premisas valorativas, como pueden ser las contenidas en el vigente texto constitucional<sup>707</sup>.

Por ello, debemos recordar una vez más las palabras de JAKOBS cuando manifiesta que “el contenido y la función de la pena no se pueden configurar (ni siquiera limitándose a la pena estatal) con independencia de la existencia del orden en el que se pune, ni de la comprensión de su sentido”<sup>708</sup>. Con base en la anterior afirmación proponemos una configuración de la teoría de la pena que respete los principios

---

<sup>703</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 10.

<sup>704</sup> Véase LESCH, H., *La función de la pena*. Trad. por J. Sánchez Vera. Dykinson, Madrid, 1999, p. 33: “Hoy día se puede afirmar con perfecto derecho que la teoría de la prevención especial positiva ha dado pruebas de ser una utopía”.

<sup>705</sup> Ya hemos tenido ocasión de afirmar que la función de la pena y a función del Derecho penal son cuestiones estrechamente vinculadas; sobre ello *vid.* BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 7; asimismo existe una vinculación axiológica entre la función del Derecho penal y la función del Estado y en este sentido MIR PUIG, S., *Función de la pena...*, cit., p. 15.

<sup>706</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*. 5ª ed., Barcelona, 1998, p. 64.

<sup>707</sup> Vid. MIR PUIG, S., *Función de la pena...*, cit., p. 13.

<sup>708</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 8.

fundamentales de la comunidad social que viene diseñada a partir del vigente ordenamiento constitucional. Y es precisamente en esta dirección en la que se orienta nuestra posición, coincidente en parte con la teoría de la prevención general positiva, a la que además se dota de postulados propios de las teorías absolutas en la forma en la que lo hacen las teorías de la unión<sup>709</sup>. Se trata de ofrecer una justificación ética y racional de la pena a la luz de los valores constitucionales<sup>710</sup>.

Desde este punto de vista, es posible tomar como punto de partida el art. 10.1 de la Constitución, en donde la *dignidad* de la persona humana se eleva y constituye como valor supremo del orden jurídico-constitucional, fundamentando desde una perspectiva ético-valorativa los *inviolables e inalienables* Derechos del Hombre<sup>711</sup>. Por otra parte, ya dijimos que la fundamentación racional, material o filosófica de la idea de dignidad de la persona ha de tener un sentido ético, si bien el problema se plantea cuando se formula la siguiente pregunta: ¿qué doctrina ética es la adecuada o apta para su fundamentación?<sup>712</sup> De entre todas las respuestas posibles a esta cuestión, nos parece más adecuada aquella surgida en la Ilustración europea a partir de la concepción de la persona como *fin-en sí*. Por el contrario, descartamos el utilitarismo como posición válida de ética normativa porque su principio fundamental –basado en la utilidad del mayor número– no permite reconocer una esfera intangible e inviolable del individuo<sup>713</sup>. Si no se reconoce esa suprema individualidad, no es con la persona en cuanto persona con quien nos relacionamos, sino con un conglomerado de individuos que buscan satisfacer el mayor grado de necesidades aunque sean buscadas para el mayor número<sup>714</sup>. Y así, si la dignidad de la persona, entendida ésta en su especificidad, es aquella *excelencia* correlativa a un tal grado de interioridad que permite al

---

<sup>709</sup> Véase sobre esta posibilidad BACIGALUPO, E., *Principios...* cit., p. 10 y p.18; una teoría mixta de la pena que tiene en cuenta tanto las necesidades preventivo especiales como generales y el límite marcado por la pena adecuada a la culpabilidad en PEREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*. Universidad Autónoma de Madrid, 1986, p. 289 ss.; asimismo partiendo de la prevención general positiva pero sin asignar a la pena una función preventiva -en contra de lo postulado por JAKOBS- la teoría funcional retributiva y compensadora de la culpabilidad de LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p. 50.

<sup>710</sup> En este sentido MIR PUIG, S., *Función de la pena...*, cit., p. 42, lo que implica un planteamiento funcionalista de la teoría de la pena.

<sup>711</sup> En este sentido véase PUY MUÑOZ, F. (coord.), *Manual de Filosofía...*, cit., pp. 370 a 372, y así en la Constitución alemana (Ley Fundamental de Bonn de 23 de mayo de 1.949) el reconocimiento de la dignidad humana se realiza, de forma significativa, en el art. 1º. Véase también p. 386 y 387.

<sup>712</sup> Cfr. PUY MUÑOZ, F. (coord.), *Manual de Filosofía...*, cit., p. 387, con cita de la obra de RODRIGUEZ PANIAGUA, J.Mª, *Lecciones de Derecho natural como introducción al Derecho*, Universidad Complutense. Madrid, 1985.

<sup>713</sup> *Ibidem*.

<sup>714</sup> *Ibidem*.



sujeto manifestarse como *autónomo*, al considerarla como colectivo, estamos desvirtuando lo más específico de la misma<sup>715</sup>.

### III. Justificación, fundamento y función de la pena

Teniendo en cuenta todo lo anterior, adoptaremos como punto de partida la teoría de la pena que LESCH defiende bajo la denominación de *teoría funcional retributiva y compensadora de la culpabilidad*<sup>716</sup>, que articula y combina postulados propios de las teorías absolutas junto a premisas práctico-utilitaristas<sup>717</sup>. Se trata de una posición teórica que nos permitirá posteriormente enunciar las premisas básicas de una argumentación que, no lo olvidemos, tiende finalmente a persuadir sobre la inconveniencia de reaccionar frente al reincidente con un incremento de la pena, así como a poner de manifiesto que resulta preferible conectar el fenómeno de la recaída en el delito con la idea de peligrosidad criminal y con la correlativa reacción a través de las medidas de seguridad.

Para comprender mejor la teoría de la pena defendida por LESCH, es preciso aclarar de forma previa que como punto de partida este autor estima correcta la diferenciación que propone JAKOBS entre las denominadas *normas de la naturaleza* y las denominadas *normas sociales*. Así, de una parte se admite que las *normas de la naturaleza* dan lugar a expectativas cognitivas del tipo “los árboles no se caen” y se hallan suficientemente aseguradas por vía cognitiva, por lo que no precisan de una estabilización especial<sup>718</sup> debiendo ser reconducida la defraudación al comportamiento propio. Por otra parte, las denominadas *normas sociales* dan lugar a expectativas sociales del tipo “el compañero de clase no me hurtará la cartera”, que permiten orientar las relaciones sociales y confiar en determinadas regularidades cuando nos aventuramos en un contacto social<sup>719</sup>. Al igual que sucede con las expectativas cognitivas, las expectativas sociales también pueden ser defraudadas, si bien en este último caso el sujeto no debe adaptarse a la defraudación y

---

<sup>715</sup> Ibidem.

<sup>716</sup> Según esta posición teórica, fundamentalmente sostenida por LESCH, la teoría de la prevención general positiva de JAKOBS encuentra un precedente fundamental en la teoría de la pena de HEGEL, sobre ello véase LESCH, H., *La función de la pena...*, cit. p. 46 y 50.

<sup>717</sup> Cfr. LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p. 50.

<sup>718</sup> Cfr. LESCH, H., *La función de la pena...*, cit. p. 47; asimismo JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona...*, cit., pp. 26 y 27, estas expectativas denominadas “cognitivas” o de la naturaleza se ven en ocasiones defraudadas -p.ej.: el árbol se cae-, pero se asume como un suceso de la naturaleza y se aprende para tener más cuidado en el futuro: es el aprendizaje cognitivo.

<sup>719</sup> Vid. LESCH, H., *La función de la pena...*, cit. p. 47: “Ya el hecho de aventurarse en un contacto social es una señal de que en realidad no se espera del otro un *output* totalmente indeterminado”.

reconducirla al comportamiento propio, sino que se asocia el conflicto con un comportamiento incorrecto del autor de la defraudación, de tal forma que la víctima se mantiene contrafácticamente en su expectativa<sup>720</sup>.

A diferencia de lo que sucede en el caso de las normas de la naturaleza, las normas sociales carecen de fuerza propia para autoestabilizarse, por ello cuando las expectativas sociales a que dan lugar estas últimas son defraudadas -p.ej.: el compañero de clase me hurta la cartera-, entonces su vigencia debe ser garantizada a través de una sanción<sup>721</sup>. La sanción contradice el proyecto del mundo del infractor de la norma social, pues este afirma con su comportamiento la *no-vigencia* de la norma para el caso concreto, sin embargo la sanción confirma que esa afirmación es irrelevante<sup>722</sup>. Según LESCH, es aquí donde se fija la función de la pena, pues “hay que demostrar, no sólo para la persona que ha sido defraudada en el caso concreto, sino también para todo ciudadano, para toda la sociedad, que el fallo se produjo en el comportamiento del autor, y que en el futuro uno se encuentra de todas formas en consonancia con el Derecho cuando atiende a la expectativa garantizada mediante la norma penal, aunque esta expectativa fuese ya en una ocasión defraudada”<sup>723</sup>.

En este contexto, la pena constituye una reacción al conflicto que no debe ser contemplada como un mero suceso exterior causal, como tampoco lo es el quebrantamiento de la norma, pues en ese caso se llegaría a la ya censurada por HEGEL secuencia de dos males<sup>724</sup>. Por el contrario, la pena tiene un significado muy concreto, ya que demuestra que el comportamiento contrario a la norma del autor no marca la pauta, y que la norma en cambio mantiene su vigencia<sup>725</sup>. El delito, entendido como quebrantamiento de la norma y la pena como reacción, se localizan en el mismo plano del significado, y no en aquél exterior empíricamente tangible de los resultados materiales del delito<sup>726</sup>. La pena y el delito se configuran entonces como actos simbólicos dotados de un

---

<sup>720</sup> Vid. LESCH, H., *La función de la pena...*, cit. p. 48, “contrafácticamente significa: en contra de lo sucedido”.

<sup>721</sup> Vid. JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona...*, cit., p. 27.

<sup>722</sup> Vid. JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona...*, cit., p. 28.

<sup>723</sup> Cfr. LESCH, H., *La función de la pena...*, cit. p. 48.

<sup>724</sup> Cfr. LESCH, H., *La función de la pena...*, cit. p. 48.

<sup>725</sup> Véase GARCIA MAYNEZ, E., *Positivismo jurídico...*, cit., p. 106.

<sup>726</sup> Sobre el significado del comportamiento humano contrario a la norma y de la pena misma *vid.* JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit., p. 13; asimismo LESCH, H., *La función de la pena...*, cit. p. 48 y 49: “Pena y delito son actos simbólicos, tienen un contenido simbólico-comunicador; deben ser entendidos como discurso y réplica.

contenido comunicador, esto es, como discurso y réplica<sup>727</sup> La pena sirve por tanto para la estabilización de expectativas<sup>728</sup> que se pueden abrigar en la vida social y que en caso de defraudación no deben decaer, sino que pueden mantenerse contrafácticamente<sup>729</sup>. La pena significa en este sentido que todos pueden confiar en la vigencia de la norma, por lo que su contenido no es, pues, que el autor en el futuro no delinca, sino únicamente que es correcto confiar en la vigencia de las normas<sup>730</sup>. Esto no supone afirmar que la finalidad del Derecho penal sea “ejercitar en el reconocimiento de la norma”<sup>731</sup> en un sentido real-psicológico susceptible de demostración empírica, “algo así como un querer y poder que la pena despliegue sus efectos realmente de forma contrafáctica, que se confíe en la vigencia de la norma. Por el contrario, se trata tan sólo de demostrar que en el futuro también uno *puede continuar* orientándose según la norma; que uno se encuentra *en consonancia con el Derecho* cuando confía en la vigencia de la norma”<sup>732</sup>. Con base en lo anteriormente expuesto, centraremos nuestro esfuerzo en buscar la respuesta a la pregunta *¿bajo qué condiciones es legítima la aplicación de una pena?*<sup>733</sup>.

## 1. Justificación ética de la pena

Es evidente que el Derecho penal mantiene una estricta interdependencia con la sociedad, pues la identidad del grupo se determina precisamente a través de las reglas de su configuración, esto es, a través de sus normas<sup>734</sup>. De entre todas las normas, destaca especialmente como norma configuradora básica la Constitución. Tomando como punto

---

<sup>727</sup> Cfr. LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., pp. 48 y 49.

<sup>728</sup> Vid. LESCH, H., *La función de la pena...*, cit. p. 49, las expectativas estabilizadas por la pena son expectativas normativas, generalizadas y garantizadas por el Estado.

<sup>729</sup> Ibidem.

<sup>730</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit., p. 18; asimismo LESCH, H., *La función de la pena...*, cit. p. 49.

<sup>731</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit., p. 18; asimismo LESCH, H., *La función de la pena...*, cit. pp. 49 y 50.

<sup>732</sup> Cfr. LESCH, H., *La función de la pena...*, cit. p. 50; asimismo JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona...*, cit., pp. 18 y 19: “Por ello los estudios empíricos sobre la prevención general positiva han de dar necesariamente la impresión de estar algo descolocados. Pues afectan al entorno, es decir, a las consecuencias de psicología individual o social, pero no al núcleo de la teoría: el Derecho penal restablece en el plano de la comunicación la vigencia perturbada de la norma (...). Y esto significa, al mismo tiempo, que con ello se representa la identidad no modificada de la sociedad. En este proceso en el plano empírico únicamente se pueden aprehender el delito, el proceso y su relación, pero, desde luego, no puede aprehenderse empíricamente el fenómeno de la confirmación de la identidad, pues ésta no es una consecuencia del proceso, sino su significado”.

<sup>733</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 5; asimismo ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Trad. de la 2ª ed. alemana por Luzón Peña, D.M., Díaz y García-Conlledo, M., Vicente Remesal, J. Civitas, Madrid, 1997, p. 81.

<sup>734</sup> En este sentido JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona...*, cit., p. 22.

de partida el modelo social construido a partir del vigente texto constitucional, es posible afirmar que el Derecho penal también se orienta a garantizar -como parte de la identidad normativa de la sociedad-, que ninguna forma de constricción, física o de otra naturaleza, puede ser utilizada más que en los casos y modos permitidos por el Ordenamiento jurídico, uno de cuyos valores superiores es precisamente la Justicia (art. 1.1. CE)<sup>735</sup>.

La concreción del contenido asignado a la idea de Justicia proclamada por la CE, habrá de realizarse a partir de una determinada fundamentación racional, material o filosófica, y de una forma relativa -esto es, no absoluta- para un determinado contexto histórico y cultural. En este punto, resulta conveniente recordar la necesaria separación que debe existir entre los conceptos de Derecho y Justicia, pues si identificamos ambos, corremos el peligro de caer en una tendencia ideológica que trate de hacer aparecer un determinado contenido del Derecho como Justo. Según KELSEN, la tendencia a identificar Derecho y Justicia es la tendencia a justificar un orden social dado, y ello no constituye una tendencia científica, sino política<sup>736</sup>. Lo anterior no significa que el Derecho penal no deba o no pueda ser Justo, pues tan sólo se afirma que desde el punto de vista científico la cuestión acerca de si un determinado Derecho es Justo o no lo es, o acerca de cuál es el elemento esencial de la Justicia, no puede ser resuelta de un modo absoluto<sup>737</sup>. No es posible por tanto resolver científicamente de un modo absoluto la cuestión que consiste en saber si los bienes espirituales o materiales, si la libertad, la igualdad, la dignidad o la utilidad, representan el valor supremo de la Justicia<sup>738</sup>. La solución a estos problemas pasa, necesariamente, por la formulación de juicios de valor subjetivos válidos para el sujeto que juzga y, por tanto, relativos<sup>739</sup>.

---

<sup>735</sup> Así, el complemento que el valor Justicia ofrece al principio de utilidad, deriva de un entendimiento del Derecho penal al modo kelseniano como un conjunto de normas que regula el uso de la fuerza. Si entendemos el término Fuerza como sinónimo de poder jurídico (Dürfen), o lo que es lo mismo, como la fuerza utilizada de conformidad con el Derecho (art. 9.1 CE). La fuerza no es entonces el instrumento esgrimido para asegurar la observancia de las normas, sino que es ella misma el objeto del Derecho penal, que no tiene más función que la de establecer las condiciones de legitimidad del uso de la fuerza, designando a los sujetos a los que se pide que la utilicen y determinando los modos y formas en los que debe recurrirse a ella. Ello nos permite afirmar que el Derecho penal constituye un límite y una garantía frente al uso indiscriminado de la fuerza; sobre ello *vid.* LUMIA, G. *Principios...*, cit., pp. 19 y 20; asimismo BACIGALUPO, E. *Principios...*, cit., p. 9, este autor considera que las “teorías” de la pena no tratan de expresar de forma estática la significación del término, sino más bien de responder a la cuestión de “¿bajo qué condiciones es legítima la aplicación de una pena?”.

<sup>736</sup> Cfr. KELSEN, H., *Teoría general...*, cit., p. 6.

<sup>737</sup> Cfr. KELSEN, H., *Teoría general...*, cit., pp. 6 y 7.

<sup>738</sup> Cfr. KELSEN, H., *Teoría general...*, cit., p. 7.

<sup>739</sup> *Ibidem*.

A pesar de que la Justicia como ideal no resulta accesible al conocimiento humano de un modo absoluto, resulta indispensable acudir a ella desde el punto de vista de las voliciones y de los actos humanos<sup>740</sup>. Por esta razón, porque el Hombre no puede prescindir de la idea de Justicia en la orientación de sus contactos sociales, la Constitución la consagra como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico. Se debe tener en cuenta que la Constitución es por definición una norma abierta, y que al propugnar la Justicia en forma abstracta como un valor superior del ordenamiento jurídico, evita cerrar la puerta a ninguna de las fórmulas posibles de Justicia. Cuando decimos que la pena se justifica como retribución del injusto culpable, estamos justificando racionalmente la pena, pues consideramos preferible el principio de la retribución basado en la culpabilidad, que el de la prevención basado en la utilidad. Y ello porque el principio de la retribución es el que garantiza más firmemente la libertad individual y la dignidad de la persona frente al peligro siempre latente de una excesiva injerencia estatal basada en pretendidas necesidades de índole utilitaria. En este sentido, coincidimos con WELZEL cuando afirma que “todas las consideraciones de finalidad pueden demostrar lo útil o conveniente de la pena para una finalidad presupuesta, pero no la pueden legitimar como justificada. La justificación de la finalidad sola no es suficiente para ello, pues aquí el fin como tal, no justifica los medios. La contemplación de la finalidad debe renunciar de por sí a una justificación moral, ya que considera al hombre solamente como un medio y no también como fin en sí mismo, esto es, como persona moral. El utilitarismo de las teorías de finalidad separa forzosamente el Derecho penal de su base ética”<sup>741</sup>.

En opinión de KELSEN, el principio de la retribución es fundamental para la vida social, y consiste en esencia en ligar la conducta que no se ajusta al orden establecido con el perjuicio objeto de la sanción<sup>742</sup>. En la concepción aquí mantenida, la idea de la retribución se encuentra en la base de la técnica social que denominamos Derecho penal, pues no impide que la pena cumpla adecuadamente su función y al mismo tiempo protege al individuo frente a desmesurados intentos de injerencia estatal basados exclusivamente en la idea de utilidad. La retribución del injusto culpable opera como un límite de garantía para el

---

<sup>740</sup> Vid. KELSEN, H., *Teoría general...*, cit., p. 15.

<sup>741</sup> Cfr. WELZEL, H., *Derecho penal. Parte General*. Trad. por Fontán Balestra, C. De Palma, Buenos Aires, 1956, p. 237: “En cambio, la reflexión de las teorías relativas es útil para comprender los factores de impresión de la pena”; en particular, sobre estos factores p. 234.

<sup>742</sup> Cfr. KELSEN, H., *Teoría general...*, cit., p. 18.

ciudadano<sup>743</sup> de modo tal que “la pena está justificada como retribución, de acuerdo con la medida de la culpabilidad”<sup>744</sup>. Se debe precisar, sin embargo, que si en la construcción propuesta sustituyéramos la idea de la retribución por la idea de la prevención, sólo se operaría un cambio en la ideología que justifica la técnica específica del Derecho penal, pero la técnica en sí misma seguiría siendo la misma<sup>745</sup>.

En síntesis, la función de garantía individual basada en una idea de la Justicia respetuosa con la suprema dignidad de la persona entendida como *fin-en-sí* (art. 10.1 CE), es la que nos conduce directamente a afirmar la retribución como justificación ética *absoluta* de la pena: se pena *quia peccatum est* y no *ne peccetur*; esto significa que el autor responde sólo por su culpabilidad<sup>746</sup>.

## 2. Fundamento real de la pena

Ya hemos visto que el retribucionismo clásico de KANT y HEGEL parece satisfacer casi todas nuestras convicciones intuitivas de Justicia, pues excluye la posibilidad de penar a un inocente, exige que sólo se penen las acciones voluntarias y prescribe penas más severas para los hechos más graves, pero también requiere de nosotros una intuición ética básica que muy pocos comparten, esto es, que la suma de dos males ofrezca como

---

<sup>743</sup> Asignando a la retribución una función de garantía para el ciudadano CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: Concepto y principios constitucionales*. 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 71; asimismo sobre el límite que supone el principio de culpabilidad *vid.* MORILLAS CUEVA, L. *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*. Tecnos, Madrid, 1991, p. 46: “Ello se puede ampliar en sus diferentes vertientes: por un lado, representa un criterio de atribuibilidad del hecho delictivo a su autor para responsabilizarlo por él; por otro lado, supone la determinación de la pena adecuada a la medida de la culpabilidad”.

<sup>744</sup> Vid. WELZEL, H., *Derecho penal...*, cit., p. 234, quien además de estudiar el “sentido de la pena” se refiere al problema de la “impresión de la pena”, donde estudia los factores preventivo generales y preventivo especiales.

<sup>745</sup> Vid. sobre este particular KELSEN, H., *Teoría general...*, cit., p. 25.

<sup>746</sup> Vid. LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p. 50; se debe precisar como veremos más adelante, que la retribución justa no *fundamenta* la pena, esto es, no la hace necesaria, sino que tan sólo la legitima, esto es, *justifica* su imposición al autor; véase ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica...*, cit., p. 52: “Entre los conceptos de justificación y fundamentación de una convicción, aserción, proposición, etc, existen algunas diferencias, pero también importantes coincidencias. El concepto de justificación es, por una parte, más amplio que el de fundamentación. Así, se puede hablar de justificación de una oración tanto si el hablante concede que aunque no esté fundamentada es, sin embargo, necesaria para evitar males, como también si la misma está fundamentada. Por otra parte, el concepto de justificación es más estrecho. De una justificación se hablará sobre todo cuando se ofrecen razones frente a una objeción o duda. Sin embargo, en muchos contextos se pueden usar ambas expresiones”; aceptando la retribución como fundamento y límite de la pena CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal...*, cit., p. 71, si bien este autor asigna a la pena fines preventivos.

resultado un bien<sup>747</sup>. En contraste, el utilitarismo clásico desde BENTHAM a LISZT aparece como el enfoque racional y humano de la cuestión, pues nos induce a no dejarnos llevar por el ánimo de venganza ante la impotencia para deshacer el mal que ha acaecido, y a mirar en cambio hacia el futuro buscando únicamente la prevención del delito. Sin embargo, una aplicación consecuente de los postulados utilitaristas podría acarrear consecuencias que chocan frontalmente con nuestro sentido de la Justicia, tales como la posibilidad de castigar a inocentes si de ello se deriva un beneficio social, o incluso admitir la irrelevancia del principio de culpabilidad a la hora de justificar y limitar la injerencia estatal<sup>748</sup>.

Para salir de este dilema, proponemos una fundamentación *relativa* de la pena que no abrace el oscuro mito de concebir como buena la suma de dos males, sino que presente a ésta como algo positivo, como una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable. De ahí surge un mal, pero la pena no agota su contenido con tal efecto, sino sólo con la estabilización de la norma lesionada. El Derecho penal garantiza la identidad social, pero la pena no se concibe como un medio para mantener la identidad social, sino que ya constituye ese mantenimiento mismo<sup>749</sup>. De este modo, la pena se configura como algo positivo, como una muestra de la vigencia de la norma a costa de su infractor. En el sentido aquí defendido, la pena y el delito son actos simbólicos que no deben ser vistos como meros sucesos exteriores causales –pues de otro modo se llega a la secuencia de dos males–, sino como actos dotados de un contenido comunicador: “deben ser entendidos como discurso y réplica”<sup>750</sup>.

---

<sup>747</sup> Todo ello con independencia de otras cuestiones problemáticas tales como la irrenunciabilidad a la pena que postula el retribucionismo clásico; o si el Estado está legitimado para realizar a través de la pena el valor de Justicia; sobre ello *vid.* NINO, C.S., *Introducción...*, cit., p. 429; superando la crítica según la cual pena y delito son dos males, y asignando a la pena un significado positivo dotándola de un contenido simbólico-comunicador LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., pp. 48 y 49; en el mismo sentido JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 9.

<sup>748</sup> Cfr. NINO, C.S., *Introducción...*, cit., pp. 430 y 431.

<sup>749</sup> Vid. JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona...*, cit., pp. 18 y 19: “Sólo sobre la base de una comprensión comunicativa del delito, entendido como afirmación que contradice la norma y de la pena, entendida como respuesta que confirma la norma puede hallarse una relación ineludible entre ambas”; “Ciertamente, puede que se vinculen a la pena determinadas esperanzas de que se produzcan consecuencias de psicología social o individual de muy variadas características, como, por ejemplo, la esperanza de que se mantenga o solidifique la fidelidad al ordenamiento jurídico. Pero la pena ya significa algo con independencia de estas consecuencias: significa una autocomprobación”; “no puede aprehenderse empíricamente el fenómeno de la confirmación de la identidad; pues ésta no es una consecuencia del proceso, sino su significado”.

<sup>750</sup> Cfr. LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., pp. 48 y 49.

Si de una forma consecuente con la teoría de JAKOBS, partimos de considerar la pena como una de las prestaciones del Derecho penal, el fundamento o principal apoyo de la pena también habrá de buscarse a partir de la función que le haya sido asignada al propio Derecho penal<sup>751</sup>. Pues bien, tomando como punto de partida la concepción según la cual el ordenamiento jurídico es parte integrante de la identidad de una sociedad configurada a partir de valores constitucionales, asignamos al Derecho penal la función de garantizar esta misma identidad normativa<sup>752</sup>. En este sentido, el Derecho penal contribuirá a alcanzar un orden social justo y pacífico<sup>753</sup> garantizando las normas que así lo configuran<sup>754</sup>. Si, además, tenemos en cuenta que los valores contenidos en las normas constituyen la expresión del consenso ideal de todos los miembros de la comunidad política manifestado a través del sufragio universal<sup>755</sup>, entonces debemos convenir que el Derecho penal puede cumplir adecuadamente su función admitiendo la renuncia a la pena cuando existan otras alternativas que al igual que aquella permitan mantener la identidad social. Y ello porque hoy en día no es posible admitir la existencia de una necesidad absoluta de pena derivada de la realización de una determinada idea metafísica de la Justicia, sino que es la propia identidad normativa de la sociedad la que de una forma relativa, esto es, no absoluta,

---

<sup>751</sup> Sobre el concepto de *función y prestación* en la teoría véase LUHMANN, N., *Teoría política en el Estado del bienestar*. Alianza Universidad, Madrid, 2002, pp. 93 ss.; por otra parte, como ya tuvimos ocasión de exponer anteriormente, el Derecho penal surge en el seno de una sociedad determinada como una de las más depuradas técnicas de “control social”, como un modo de reacción altamente formalizado frente a las más graves formas de desviación.

<sup>752</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona...*, cit., p. 17.

<sup>753</sup> Véase el Preámbulo y el art. 10.1 de la CE.

<sup>754</sup> Así, la utilidad deriva de una concepción tradicional del Derecho penal según la cual éste constituye un conjunto de normas cuya eficacia está reforzada por la amenaza del uso del poder (a través de la pena). Si entendemos el Poder como poder político (*Können*), o lo que es lo mismo, como la fuerza creada por el Derecho, debemos convenir en que ésta (la fuerza) viene legitimada por el pueblo (del que emanan los poderes del Estado según el art. 1.2 de la CE) y sometida imperativamente a la Constitución y a la Ley (art. 9.1 CE). Lo que nos permite afirmar que la función de ratificar la norma quebrantada asignada a la pena constituye la exigencia de un Poder político respetuoso con los fines constitucionales; sobre ello *vid.* Preámbulo de la Constitución española, así como los artículos 9, 10 y 25.2 de la norma fundamental; asimismo véase LUMIA, G. *Principios...*, cit., p. 19.

<sup>755</sup> Vid. JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona...*, cit., p. 40 y 41, la ciencia del Derecho penal “es impotente frente a los cambios políticos de valores, y no puede optar en favor de los cambios políticos de valores”, según este planteamiento la tendencia hacia una sociedad inmersa en una disminución de los Derechos de libertad lo marcan decisiones puramente políticas, pero no jurídico-penales; asimismo véase NINO, C.S., *Introducción...*, cit., p. 431, en cuya opinión con el consentimiento de los destinatarios de la norma penal, esto es, de los posibles afectados por la pena, expresado a través del sufragio universal, se salva la objeción kantiana según la cual una pena útil trata al hombre como a una cosa, pues la imposición a un individuo de una carga o sacrificio socialmente útil está justificada si es consentida por éste. Ello es así porque del principio de dignidad de la persona se infiere que cuando los hombres son tratados según su consentimiento no son tratados sólo como medios en beneficio de otros.



determinará cuando la pena deba considerarse como expresión del mantenimiento de esta misma identidad.

Por ello, la pena sólo se puede fundamentar realmente de una forma *relativa*, esto es, según su indispensabilidad para mantener la identidad de una comunidad configurada normativamente a partir de los valores constitucionales<sup>756</sup>. Teniendo en cuenta que en el seno de una comunidad política orientada hacia valores constitucionales, no es posible mantener que la función del Derecho penal sea la estabilización absoluta de un orden ideal de Justicia en el mundo<sup>757</sup>, debe descartarse *a priori* que la pena sea siempre y en todo caso absolutamente imprescindible<sup>758</sup>. Por el contrario, sí es posible admitir que la pena se fundamenta de un modo real en razón de su *necesidad* para mantener las condiciones esenciales de la coexistencia social<sup>759</sup>. Se debe precisar que esta *necesidad* no viene determinada por un orden metafísico ideal, sino por los valores contenidos en las normas que configuran la propia identidad de la sociedad. En una línea semejante a lo anteriormente expuesto, WELZEL considera que “el Estado no está facultado ni obligado a establecer la Justicia por un acontecimiento en la historia del mundo. *En caso* de penar, debe penar justamente; pero *si pena* o no, depende de que la pena sea necesaria para la existencia del orden jurídico. El fundamento real de la pena estatal radica en su indispensabilidad para mantener el orden de la comunidad. Por eso, la realidad de la pena estatal se puede fundamentar sólo *relativamente*, esto es, en lo referente a su necesidad para la existencia del orden de la comunidad”<sup>760</sup>. Lo anterior significa que la justificación de la pena es *absoluta* porque el Estado en caso de penar debe penar justamente; pero también que en su conformación concreta la pena es *relativa* según el estado correspondiente de la sociedad,

---

<sup>756</sup> Vid. WELZEL, H., *Derecho penal...*, cit., p. 235, el mismo autor en la p. 236, afirma que “no es función del Estado defender el mantenimiento de la Justicia en el curso general del mundo, aparte de lo que es necesario para su propia existencia como comunidad jurídica. El Estado no pena a fin de que exista, en general, en el mundo Justicia, sino a fin de que exista un orden jurídico en la vida de la comunidad (validez y observancia de su orden jurídico)”.

<sup>757</sup> Vid. LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p. 51: “La teoría de la pena de HEGEL ha demostrado ser pues una concepción ciertamente moderna. Solamente hay que liberarla del idealismo que va asociado a ella, de la creencia por tanto, de que el Estado y el Derecho son lo *absolutamente racional* (...). La pena se legitima sólo mediante la legitimidad del orden mismo para cuyo sostenimiento se impone”.

<sup>758</sup> Ello sin perjuicio de considerar que una pena justa es una pena útil.

<sup>759</sup> Vid. LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p. 50.

<sup>760</sup> Cfr. WELZEL, H., *Derecho penal...*, cit., p. 235; LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p. 51.

pues si el Estado pena o no, depende de que la pena sea necesaria para la solución del conflicto<sup>761</sup>.

En conclusión, el fundamento real de la pena estatal se halla en *necesidad*<sup>762</sup> para el mantenimiento de la identidad normativa de la sociedad, pues en el campo de los actos de contenido simbólico comunicador tanto la pena como otras alternativas posibles pueden significar igualmente que el comportamiento del infractor no es determinante y que lo determinante sigue siendo la norma infringida<sup>763</sup>. Por esta razón, no existe inconveniente alguno en admitir la *renuncia* a la pena si ésta no es necesaria, e incluso la posibilidad de acudir a *equivalentes funcionales* que permitan al Derecho penal solucionar el conflicto social que el delito plantea sin necesidad de acudir a la pena<sup>764</sup>.

### 3. Función social de la pena

Ya hemos tenido ocasión de señalar anteriormente que el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la Constitución y la sociedad. Asimismo, la pena no se concibe tan sólo como un medio para mantener la identidad social, sino que ya constituye ese mantenimiento mismo<sup>765</sup>. La función de la pena es la de atender y canalizar la defraudación de expectativas normativas para permitir seguir esperando contrafácticamente en contra de la defraudación, esto es, para permitir seguir esperando de forma normativa.

---

<sup>761</sup> Según LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p. 51, esto ya fue conocido por HEGEL, al menos en parte; según JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona...*, cit., p. 36: “la perspectiva funcional no está atada a un modelo social determinado (...) Quien sólo sabe que una sociedad está organizada de modo funcional no sabe nada acerca de su configuración concreta...”; “no se trata del Derecho penal de una sociedad deseable, sino del Derecho penal de aquella sociedad que ha generado el sistema jurídico” (p.40); “Por lo tanto, el punto de partida funcional no desplaza nada, sino que es neutral” (p. 30); el mismo autor en *Derecho penal...*, cit., p. 23: “Así pues, en HEGEL la pena es absoluta en lo conceptual, pero en su concreta configuración es relativa al respectivo estado de la sociedad”.

<sup>762</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit., p. 23: “En las teorías absolutas más recientes, incluidas las teorías de la unidad, la propia pena se halla sometida a la reserva de su necesidad social. Ello se corresponde también con la posición aquí mantenida; cuando hay equivalentes funcionales de la vulneración de la vulneración de HEGEL, la pena no es necesaria”.

<sup>763</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit., p. 13; en otro sentido ZUGALDIA ESPINAR, J.M., *Fundamentos de Derecho penal*. 3ª Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 89; asimismo *vid.* MORILLAS CUEVA, L., *Teoría de las consecuencias...*, cit., p. 46.

<sup>764</sup> Vid. LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p. 51; sobre la solución del conflicto sin pena mediante equivalentes funcionales JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit., pp 14 ss.; asimismo respondiendo a la pregunta relativa a “¿por qué la confirmación de la identidad normativa que realiza el derecho penal resuelve un problema social?” véase JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona...*, cit., p. 25.

<sup>765</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona...*, cit., pp. 17 y 18.

Según LESCH, “hay que demostrar, no sólo para la persona que ha sido defraudada en el caso concreto, sino también para todo ciudadano, para toda la sociedad, que el fallo se produjo en el comportamiento del autor, y que en el futuro uno se encuentra de todas formas en consonancia con el Derecho cuando atiende a la expectativa garantizada mediante la norma penal, aunque esta expectativa fuese ya en una ocasión defraudada”<sup>766</sup>. Como se dijo más arriba, la técnica social que llamamos *Derecho penal* está orientada a garantizar la identidad normativa de la sociedad<sup>767</sup>. Este objetivo se cumple gracias al empleo de una técnica específica, de modo tal que si una persona comete un delito y defrauda con ello una expectativa garantizada normativamente, la comunidad jurídica reacciona manteniendo a la víctima contrafácticamente en su expectativa. Aquí es donde se fija la función de la pena, cuyo significado consiste en aclarar que el comportamiento contrario a la norma por parte del autor no marca la pauta, y que la norma, en cambio, mantiene su vigencia<sup>768</sup>. La *teoría funcional retributiva* es *absoluta* porque se pena *quia peccatum est* y no *ne peccetur*, y es *relativa* porque esa punición no es *absoluta ab effectu* -no es un fin en sí misma-, sino que tiene una función. Esta función consiste, precisamente, en el mantenimiento de las condiciones fundamentales para la coexistencia social, a través de la conservación de la identidad normativa de la sociedad<sup>769</sup>.

Como se dijo anteriormente, toda norma penal tiene un contenido de valor. Lo considerado como valioso debe ser traído a la existencia y *debe ser* precisamente porque es valioso, por el contrario, lo considerado como contrario al valor no *debe ser*, y por tanto se prohíbe porque es disvalioso. Si los valores contenidos en la norma penal resultan congruentes con los valores a los que hace referencia la Constitución, entendida ésta como portadora de los valores esenciales de la realidad social, entonces, es posible afirmar que cuando la pena confirma la vigencia de la norma penal, no sólo está conservando la identidad normativa de la sociedad, sino que también está reafirmando los valores que la comunidad política estima esenciales para su existencia, que queda asegurada a través, precisamente, de la conservación de su propia identidad normativa.

Por lo tanto, y desde un punto de vista formal, la función de la pena es la de confirmar siempre la vigencia de la norma, entendida ésta como estructura lógico

---

<sup>766</sup> Cfr. LESCH, H. *La función de la pena...*, cit., p. 48.

<sup>767</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona...*, cit., p. 15.

<sup>768</sup> Vid. LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p. 48.

<sup>769</sup> Cfr. LESCH, H. *La función de la pena...*, cit., p. 50.

lingüística. Además de lo anterior, y desde una perspectiva material, la confirmación de la vigencia de la norma penal implica la afirmación de los valores en ella contenidos y, junto con ello, la confirmación de la identidad valorativa de la sociedad política en cuyo seno surge. Se debe precisar que la decisión de positivizar en la norma penal un valor que se estima determinante para la realidad social es una decisión política, pues tal y como afirma KELSEN “los sistemas de valores, especialmente el moral y su idea central de la Justicia, son fenómenos colectivos, productos sociales, y, por consiguiente, difieren en cada caso de acuerdo con la naturaleza de la sociedad en cuyo seno surgen. El hecho de que en una determinada sociedad haya ciertos valores generalmente aceptados, en modo alguno contradice el carácter subjetivo y relativo de esos juicios de valor<sup>770</sup>”. Cuando se afirma que la pena confirma la vigencia de la norma, nada se dice acerca del contenido material (positivo o negativo) del concreto valor al que hace referencia la norma penal, cuestión que en última instancia dependerá de consideraciones filosóficas o políticas. En cualquier caso, es posible afirmar que una sociedad política construida sobre valores positivos –p. ej.: sobre el valor Justicia, cuyo concreto contenido habrá de determinarse con arreglo a consideraciones de índole metafísico-, estará siempre mejor configurada y tendrá más posibilidades de desarrollo desde una perspectiva puramente cognitiva, que una sociedad construida sobre valores negativos -p.ej: injusticia-.

Todo lo anterior no debe entenderse en el sentido de que a la pena le sea asignada una función preventiva, pues el hecho de que la pena garantice el mantenimiento de las condiciones para la coexistencia social no tiene nada que ver con consideraciones relativas a si la pena es o no eficaz para prevenir futuros delitos. El aserto según el cual se afirma que la pena es eficaz para prevenir el delito, es un juicio sobre la realidad del que no podemos actualmente predicar su verdad o falsedad, por lo que constituye un auténtico juicio de valor subjetivo que puede ser o no ser compartido. Ello no impide, sin embargo, asignar a la pena determinados *factores de impresión*, susceptibles de operar desplazando los instintos, aspiraciones y sentimientos contrarios al Derecho, tanto inmediatamente en el autor (prevención especial intimidatoria), como también mediatamente en sus contemporáneos (prevención general); o despertando y afirmando en el autor instintos útiles para la comunidad (prevención especial resocializadora)<sup>771</sup>.

---

<sup>770</sup> KELSEN, H., *Teoría general...*, cit., pp. 8 y 9.

<sup>771</sup> En este sentido WELZEL, H., *Derecho penal...*, cit., p. 234.

Tampoco se trata de buscar el fin último de la pena en la hipotética realización de un determinado orden ideal de Justicia en el mundo<sup>772</sup>, pues coincidimos con JAKOBS cuando afirma que la consecución del ideal de Justicia no puede ser defendido hoy en día en la doctrina penal como el único y exclusivo fin de la pena<sup>773</sup>. Las razones que nos conducen a negar la posibilidad de asignar a la pena la función de reparar un orden superior de Justicia fundamentado de una forma metafísica<sup>774</sup>, pueden ser fácilmente deducidas a partir de lo expuesto en las páginas precedentes. Coincidimos por tanto con LESCH, cuando afirma que la teoría de la pena de HEGEL ha demostrado ser una concepción ciertamente moderna, si bien ha de ser liberada del idealismo que va asociado a ella, esto es, de la creencia de que el Estado y el Derecho son lo absolutamente racional<sup>775</sup>. La teoría *funcional retributiva* queda liberada del idealismo que caracterizaba las concepciones retributivas clásicas, pues la pena se legitima sólo mediante la legitimidad del orden mismo para cuyo sostenimiento se impone<sup>776</sup>.

#### IV. Significado de la pena

Desde el punto de vista de la *teoría funcional retributiva*, el quebrantamiento de la norma exteriorizado por el delito no representa un conflicto penalmente relevante por sus consecuencias externas, ya que el Derecho penal no puede sanar tales consecuencias, esto es, no puede reparar el daño<sup>777</sup>. El comportamiento humano que vulnera la norma no es sólo un suceso que surte efectos en el mundo exterior, sino que en la medida en que la persona domina o puede dominar su comportamiento, éste significa algo. El delito se define pues como contradicción a la norma por medio de una conducta, o lo que es lo

---

<sup>772</sup> Entre las críticas de mayor peso contra la función de la pena postulada por las teorías de la retribución, se halla, precisamente, la circunstancia de que prescindan de manera expresa de cualquier fin social; asimismo véase ROXIN, C., *Fin y justificación...*, cit., p. 19; asimismo MARIN ESPINOSA CEBALLOS, E., *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*. Comares, Granada, 1999, p. 144.

<sup>773</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., p. 20; según MARIN ESPINOSA, E.: *La reincidencia...*, cit., p. 143, entre los últimos defensores de las teorías absolutas destaca BINDING.

<sup>774</sup> Vid. LESCH, H., *La función de la pena...*, cit. p. 46: "KANT y HEGEL intentaron volver hacia atrás. Fundamento y función de la pena sí que podían englobarse bajo la misma categoría, porque el punto de vista de ambas era retrospectivo, su mirada se dirigía al orden perturbado mediante el hecho, que había de ser reparado mediante la pena. En KANT, de todas formas, todavía se trata de un orden de Justicia fundamentado de una forma metafísica, pero en la teoría de la pena de HEGEL se trata ya de un fenómeno social, a saber, del Estado, del ordenamiento jurídico, esto es, de aquel orden que en definitiva sienta las bases elementales de la coexistencia social".

<sup>775</sup> Cfr. LESCH, H., *La función de la pena...*, cit. p. 51.

<sup>776</sup> Vid. LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p. 51.

<sup>777</sup> Cfr. LESCH, H. *La función de la pena...*, cit., pp. 50 y 51; asimismo JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit. pp. 12 y 13.

mismo, como afirmación que contradice la norma<sup>778</sup>. Por otra parte, tal y como se dijo más arriba, la pena como reacción al conflicto tampoco debe ser contemplada como un mero suceso exterior causal negativo, sino como un suceso no-exterior dotado de significado<sup>779</sup>. La pena tiene un significado positivo muy concreto, consistente en aclarar que el comportamiento contrario a la norma por parte del autor no marca la pauta, y que la norma, en cambio, mantiene su vigencia<sup>780</sup>. La pena se concibe pues como una réplica ante la infracción de la norma, ejecutada a costa de su infractor<sup>781</sup>. Tanto el quebrantamiento de la norma como la pena se localizan en el mismo plano no-exterior del significado y no tan sólo en el plano exterior de los resultados materiales<sup>782</sup>.

Según JAKOBS, el contenido de la pena es una réplica que tiene lugar a costa del infractor<sup>783</sup> frente al cuestionamiento de la norma<sup>784</sup>. Esto no permite sin embargo afirmar que la finalidad del Derecho penal sea ejercitar en la confianza normativa en un sentido real-psicológico demostrable empíricamente, pues tan sólo se trata de “mostrar que en el futuro también uno *puede continuar* orientándose según la norma; que uno se encuentra *en consonancia con el Derecho* cuando confía en la vigencia de la norma”<sup>785</sup>.

---

<sup>778</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit. pp. 12 y 13; el mismo en *Sociedad, norma y persona...*, cit., p. 18.

<sup>779</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit. p. 13, definiendo la pena positivamente se evita la censurada secuencia de dos males. La pena es “una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable. de ahí surge un mal, pero la pena no ha cumplido ya su cometido con tal efecto, sino sólo con la estabilización de la norma lesionada” (p. 9).

<sup>780</sup> Cfr. LESCH, H. *La función de la pena...*, cit., p. 48; véase también GARCIA MAYNEZ, E., *Positivism Jurídico...*, cit., p. 106, quien al estudiar el *Realismo Sociológico* de ALF ROSS, afirma que según este último autor “hay que advertir, por otra parte, que la reacción jurídica que se funda en el uso de la fuerza posee, al propio tiempo, el carácter de desaprobación pública e indica que la conducta sancionada es socialmente indeseable. Pero las sanciones jurídicas no se manifiestan siempre en esta forma, puesto que *algunas implican y otras no implican un reproche*. En ausencia de tal distinción, no podríamos entender, por ejemplo, la diferencia entre responsabilidad por culpa y responsabilidad absoluta, o la que existe entre penas y medidas de seguridad”.

<sup>781</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit. p. 13.

<sup>782</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona...*, cit., p. 18: “Por ello los estudios empíricos sobre la prevención general positiva han de dar necesariamente la impresión de estar algo descolocados. Pues afectan al entorno, es decir, a las consecuencias de psicología individual o social, pero no al núcleo de la teoría”.

<sup>783</sup> Según ROXIN, C., *Fin y justificación...*, cit., p. 36: “decretar unas vacaciones de descanso en Mallorca no podría ser calificado como una pena. Pero esto no se debe a un carácter retributivo de la pena conforme a su esencia, sino a que su irrenunciable componente de finalidad de prevención general fracasaría si ella motivara a la comisión de hechos punibles en lugar de a su omisión”.

<sup>784</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit. p. 14.

<sup>785</sup> Cfr. LESCH, H. *La función de la pena...*, cit., pp. 49 y 50; asimismo JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona...*, cit., p. 18.

## V. Culpabilidad y prevención

De forma consecuente con los anteriores planteamientos, la culpabilidad se constituye como el punto de referencia a la hora de justificar, limitar, y determinar la medida de la pena<sup>786</sup>. Según LESCH “el autor responde sólo por su culpabilidad”<sup>787</sup>, y en el mismo sentido se expresa CARBONELL MATEU cuando afirma que “la retribución es el fundamento y el límite de la pena, y aparece (...), íntimamente ligada al principio de culpabilidad como límite al poder punitivo del Estado”<sup>788</sup>. De este modo, la culpabilidad sirve tanto como principio de medida y como límite de la pena, pues la magnitud de la pena no puede exceder la medida de la culpabilidad ni siquiera cuando intereses de tratamiento, de seguridad o de intimidación hicieran parecer deseable una intervención más intensa. En tales casos, el poder de injerencia del Estado se halla limitado en interés de la libertad individual. Como se explicará con más detalle en el próximo capítulo, el principio de culpabilidad se vincula generalmente con una concepción de la persona humana como *fin-en-sí*, así como con la idea de *dignidad* humana derivada de ésta<sup>789</sup>. Por esta razón, se reconoce de forma general que el citado principio tiene rango constitucional (art. 10.1 CE). Pero aún en el caso de que esta fundamentación constitucional del principio de culpabilidad no fuera aceptada<sup>790</sup>, el Derecho penal debería asumir este principio como el “medio más liberal y psico-socialmente más efectivo que hasta ahora se ha encontrado para limitar el poder punitivo del Estado”<sup>791</sup>. Por su parte, MIR PUIG considera que bajo la expresión *principio de culpabilidad*, se pueden incluir diferentes límites del *ius puniendi* que tienen en común exigir como presupuesto de la pena que pueda *culpase* a quien la sufre del hecho que la motiva<sup>792</sup>.

---

<sup>786</sup> Sobre ello PEREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención...*, cit., p. 290; asimismo véase WELZEL, H., *Derecho penal...*, cit., p. 234.

<sup>787</sup> Cfr. LESCH, H., *La función de la pena...*, cit. p. 50.

<sup>788</sup> Cfr. CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal...*, cit., p. 71: “No sólo no es respetuosa con la dignidad de la persona la imposición de una pena sin culpabilidad, sino también la de cualquier pena que supere un ápice la medida de ésta”.

<sup>789</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, cit., p. 97.

<sup>790</sup> Según ROXIN, C., *Fin y justificación...*, cit., p. 38, resulta dudoso asignar como fundamento constitucional del principio de culpabilidad en la medida de la pena la dignidad del hombre, pues en modo alguno se cuestiona la constitucionalidad de las medidas de seguridad, ello a pesar de que no resultan limitadas por el principio de culpabilidad.

<sup>791</sup> Cfr. ROXIN, C., *Fin y justificación...*, cit., p. 38.

<sup>792</sup> Vid. MIR PUIG, S. *Derecho penal...*, cit., p. 95, los citados principios, son: el principio de personalidad de las penas (que impide castigar al sujeto por delitos ajenos); el de responsabilidad por el hecho (que exige un *Derecho penal del hecho*); el principio de dolo o culpa (que exige que el hecho haya sido querido o debido a imprudencia); y el principio de imputación personal -o de culpabilidad en sentido estricto- (que exige que el hecho sea fruto de una motivación racional); lo que supone aceptar la culpabilidad como límite del *ius puniendi*, si bien este autor prefiere hablar de

La culpabilidad, entendida como principio de medida de la pena, es por tanto un concepto graduable<sup>793</sup>. Según la concepción que defendemos, la culpabilidad puede ser medida y con ello determinada la medida de la pena adecuada al autor de un delito. En este sentido, la magnitud de la pena resultante de la valoración de la culpabilidad revelada en el hecho concreto realizado por el autor de un delito, constituye el límite infranqueable de la potestad punitiva del Estado. El límite que marca la medida de la culpabilidad por el hecho no puede ser rebasado en ningún caso, pues de otra manera se correría el peligro de hacer uso del hombre para la consecución de fines que son ajenos a su propia naturaleza individual.

Por otra parte, una correcta comprensión del papel asignado a la prevención en la teoría de la pena debe tomar como punto de partida un postulado esencial, esto es, que la medida de la pena resultante de la valoración de la culpabilidad por el injusto culpable realizado no puede ser superada en ningún caso invocando razones preventivas. La aceptación de este postulado fundamental, derivado de la propia justificación de la pena y del respeto a la dignidad de la persona, no implica negar que por razones vinculadas con el fundamento real de la pena estatal, esto es, con su necesidad para el mantenimiento de la identidad normativa, sea posible renunciar a la pena total o parcialmente si existen *equivalentes funcionales* para la solución del conflicto. El hecho de afirmar que hoy por hoy no sabemos si la pena es o no es eficaz para la prevención del delito, o la circunstancia de

---

“proporcionalidad” cuando se refiere al criterio de graduación de la pena y de limitación de las medidas de seguridad, excluyendo en este ámbito toda referencia a la culpabilidad (p. 100).

<sup>793</sup> La cuantificación de la culpabilidad del autor tiene como punto de referencia el hecho concreto y no la “conducción de su vida”. Nos puede servir de orientación la regla 1ª del art. 66, que señala dos factores para individualización de la pena en ausencia de circunstancias modificativas: a.) las circunstancias personales del reo; y b.) la mayor o menor gravedad del hecho (o del injusto: acción dolosa/culpable y antijurídica que comprende tanto el disvalor de acción como del resultado); sobre ello *vid.* CHOCLAN MONTALVO, J.A. *Individualización judicial de la pena*. Colex, 1997, pp.178 ss.; asimismo ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., p. 100; afirmando la culpabilidad como un concepto graduable CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: concepto...*, cit., p. 221; por el contrario, negando a la culpabilidad la capacidad para indicar la medida de la pena se manifiesta MIR PUIG, S., *El Derecho penal en el estado social y democrático de Derecho*. Ariel Derecho, Barcelona, 1994, p. 179: “la culpabilidad no indica la cuantía de la gravedad del mal que debe servir de base para a graduación de la pena. Dicha cuantía viene determinada por la gravedad del hecho antijurídico del cual se culpa al sujeto. La concepción contraria sólo puede ser admitida por quien acepte que la pena no se impone para prevenir hecho lesivos, sino como retribución de la actitud interna que el hecho refleja en el sujeto (...). En nuestra concepción, en cambio, la medida de la pena no puede basarse en la culpabilidad, pura atribuibilidad, sino en otro principio: el de proporcionalidad de la pena con el delito”. Para este autor, a la hora de determinar judicialmente la pena, el Derecho español exige atender tanto a la proporcionalidad con la gravedad del hecho (desvalor objetivo y subjetivo de la acción, desvalor del resultado y grado de imputación personal), como a razones de prevención especial que se tiene en cuenta al contemplar el art. 66 las *circunstancias personales del delincuente*; *vid.* MIR PUIG, S. *Derecho penal...*, cit., p. 757.



negar que el exclusivo fin de la pena sea la prevención del delito futuro, no nos impide afirmar como segundo postulado que una pena innecesaria es una pena injusta. Por ello, no existe inconveniente en afirmar que las razones vinculadas a una concepción utilitaria relacionadas con el concepto de su necesidad, pueden fundamentar una renuncia total o parcial a la pena si existen otras alternativas que la hagan innecesaria.

En otro orden de cosas, es claro que de un modo secundario la pena puede *impresionar* de tal modo al que la sufre (prevención especial intimidatoria), o a terceros (prevención general negativa), que éstos se abstengan de realizar hechos futuros. Estos efectos son algo que según JAKOBS cabe desear que se den por añadidura en la pena, pero no es función de la pena provocar tales efectos<sup>794</sup>. En semejante sentido ya se manifestó WELZEL, quién consideraba que el contenido de la pena se agotaba en la justa retribución si bien “todas las otras consecuencias (intimidación, mejoramiento) son, en el mejor de los casos, efectos favorables secundarios que no tienen nada que ver con la naturaleza de la pena”<sup>795</sup>. Asimismo, el autor citado en último lugar admitía la posibilidad de que -dentro de la medida de la culpabilidad- fuera reafirmada la fuerza resocializadora de impresión de la pena, lo que podría tener lugar mediante una configuración inteligente de la ejecución de la pena privativa de libertad<sup>796</sup>. Por estas razones, no existe obstáculo para admitir que una vez impuesta la pena, ésta sea suspendida con fundamento en razones preventivas, y tampoco existe inconveniente en admitir que por razones vinculadas con la prevención sean sustituidas las penas privativas de libertad por otras con un menor contenido aflictivo.

Por otra parte, el postulado según el cual las razones preventivas no pueden nunca justificar la imposición de una pena por encima de la medida de la culpabilidad del autor por el concreto injusto realizado, no impide que por razones vinculadas con la falta de necesidad preventiva -ya sea por no ser ésta necesaria desde un punto de vista preventivo general o especial-, la medida de la pena efectivamente impuesta quede por debajo del límite máximo determinado a partir de la valoración de la culpabilidad por el hecho concretamente realizado.

---

<sup>794</sup> Vid. JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit., p. 19; asimismo WELZEL, H., *Derecho penal...*, cit., pp. 233 y 234, se refiere al problema de la “impresión” de la pena, que al afectar como un mal a las funciones bajas del Hombre, puede servir a la intimidación individual o general e incluso a la mejoría preventivo especial.

<sup>795</sup> Cfr. WELZEL, H., *Derecho penal...*, cit., p. 236.

<sup>796</sup> Cfr. WELZEL, H., *Derecho penal...*, cit., p. 240.

Todo lo anterior, no implica afirmar que la pena sea eficaz para prevenir el delito, pues un tal juicio sobre la realidad todavía no puede ser afirmado como verdadero. Tampoco supone aceptar el juicio según el cual el fin último de la pena es la prevención, ya que éste último sí constituye un auténtico juicio subjetivo de valor que no compartimos, pues si así lo hiciéramos quedaría abierta la puerta a un Derecho penal orientado exclusivamente hacia la utilidad con el evidente riesgo que ello supone para la naturaleza libre del individuo.

## VI. Conclusión

Nos mostramos partidarios de una *teoría funcional retributiva de la pena y compensadora de la culpabilidad*, como la que postula LESCH<sup>797</sup>. En ella la justificación y la función de la pena se unifican y adquieren no sólo una dimensión dialéctico-hegeliana, sino también práctico-utilitarista. Se trata de una teoría *absoluta*, porque se pena *quia peccatum est* y no *ne peccetur*, y al mismo tiempo *relativa* porque la punición no es *absoluta ab effectu*, no es un fin en sí misma, sino que cumple la función de mantener las condiciones fundamentales de la coexistencia social<sup>798</sup>. Esto es lo único que respeta el principio de culpabilidad<sup>799</sup>.

La pena adquiere una dimensión dialéctico-hegeliana desde el mismo momento en que se admite que la única forma de justificar frente al autor la imposición de una pena, es a través de la retribución por el delito cometido según la máxima absoluta *quia peccatum est*. Si se tratara de justificar la imposición de una pena a un determinado autor por razón de evitar futuros delitos (prevención), no trataríamos al hombre como a un fin-en-sí, sino como a un mero objeto del Derecho de cosas, como a un instrumento para la consecución de fines que le son ajenos<sup>800</sup>.

Por otra parte, tomando como punto de partida el aspecto estatal de la pena, ésta se configura, además, de modo relativo<sup>801</sup>. Y ello porque la pena no es *absoluta ab effectu*, no es

---

<sup>797</sup> Cfr. LESCH, H., *La función de la pena...*, cit. p. 50.

<sup>798</sup> Una teoría de la pena *absoluta* no tiene que carecer necesariamente de finalidad y sentido; sobre este particular LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p. 50, nota n° 236.

<sup>799</sup> Cfr. LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p. 50.

<sup>800</sup> De forma independiente de lo anterior, la pena puede impresionar de tal manera al que la sufre o a sus contemporáneos, que produzca ciertos efectos de índole preventivo especial o preventivo general, sobre ello WELZEL, H., *Derecho penal...*, cit., p. 235.

<sup>801</sup> Según WELZEL, H., *Derecho penal...*, cit., pp. 233 ss., la naturaleza y función de la pena se manifiestan desde dos aspectos: por una parte, desde el condenado que la sufre y desde los terceros

un fin en sí misma, sino que adquiere también una dimensión práctico-utilitarista desde el mismo momento en que le es asignada una función, a saber, el *mantenimiento de la identidad social*. De acuerdo con lo anterior, el fundamento real de la pena estatal radica en su *indispensabilidad para mantener el orden de la comunidad*. Por eso, la realidad de la pena estatal se puede fundamentar sólo de forma relativa, esto es, de acuerdo a su necesidad para la *existencia del orden*<sup>802</sup>.

Es cierto que el Estado no está ni facultado ni obligado a establecer un orden ideal de Justicia en el mundo, pero ello no implica que en caso de penar deje de tomarse en consideración uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico establecidos en el artículo 1.1º CE, esto es, el valor Justicia. Por lo anterior es posible afirmar que el Estado en caso de penar, debe hacerlo justamente. Por otra parte, tal y como se dijo más arriba el fundamento de la pena se halla en su indispensabilidad para el mantenimiento de las condiciones esenciales de la coexistencia social. Ello permite afirmar que corresponde al propio Estado decidir *si* pena o *no*, tomando como punto de referencia el hecho de que la pena sea o no *necesaria* para mantener la identidad normativa de la sociedad. De este modo también la pena se orienta al valor Justicia, toda vez que una pena innecesaria, una pena que no cumpla función alguna, es desde este punto de vista una pena injusta. De acuerdo con todo lo anterior, si existen *equivalentes funcionales* para la solución del conflicto, la pena no será necesaria. En definitiva: la pena es, según su concepto **absoluta**, si bien en su conformación concreta es **relativa** según el estado correspondiente de la sociedad.

La retribución se erige como justificación, y la culpabilidad como medida y límite de la pena. Con ella no se trata de alcanzar un fin preventivo, sino de cumplir una esencial función de mantenimiento de las condiciones básicas de la coexistencia social. Se debe precisar que el principio de medida de la pena que constituye la culpabilidad<sup>803</sup> no es patrimonio exclusivo de la *teoría funcional retributiva* que se postula, sino que también se acepta por los partidarios de las teorías retributivas clásicas<sup>804</sup>; por aquéllos que defienden teorías unificadoras de base preventivo especial<sup>805</sup> o de base retributiva<sup>806</sup>; e incluso por los

---

que asisten a su aplicación (aspecto personal); por otra, desde el Estado que la dicta (aspecto estatal).

<sup>802</sup> Cfr. WELZEL, H., *Derecho penal...*, cit., p. 235.

<sup>803</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 109.

<sup>804</sup> Por ejemplo KANT y HEGEL.

<sup>805</sup> Así ROXIN y los demás defensores de una “teoría dialéctica” de la unión con base preventiva.

<sup>806</sup> Así CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal...*, cit., p. 71, que mantiene una teoría retributiva con fines preventivos; o MAURACH, como defensor de una teoría de la unión de base retributiva.

que proponen una teoría mixta de la pena que tenga en cuenta tanto las necesidades preventivo especiales como generales<sup>807</sup>. Por otra parte, algunos defensores de las teorías de la prevención general negativa o intimidatoria<sup>808</sup>, prefieren hablar del *principio de proporcionalidad*<sup>809</sup> que según el propio Tribunal Constitucional ha declarado en su STC 150/1991, se halla íntimamente vinculado con “el valor de la Justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad penal derivado de ella”.

Como se dijo anteriormente, si existen *equivalentes funcionales* para la pena, ésta no será necesaria. Así pues, si bien es cierto que la pena, según su concepto es *absoluta*, también lo es que en su conformación concreta es *relativa* según el estado de la sociedad<sup>810</sup>. Con arreglo al planteamiento expuesto, es posible pensar que una pena que se halle debidamente justificada como retribución acorde a la medida de la culpabilidad del reo, puede no estar fundamentada desde el punto de vista de su necesidad para el mantenimiento de la identidad normativa<sup>811</sup>. Por ello, según lo expuesto, no existe inconveniente alguno en solucionar el conflicto sin pena<sup>812</sup>. Según LESCH, si hay equivalentes funcionales para la pena, ésta no sería necesaria<sup>813</sup>. De forma consecuente con lo anterior, la pena sólo se halla fundamentada si cumple con la que hemos denominado *función de utilidad*<sup>814</sup>, que en el caso de la pena, es siempre el mantenimiento de las condiciones fundamentales de la

---

<sup>807</sup> Así PEREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención...*, cit., p. 288.

<sup>808</sup> A través de la idea de proporcionalidad; sobre ello *vid.* ALVAREZ GARCIA, F.J., *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*. Comares, Granada, 2001, p. 147.

<sup>809</sup> En contra de la sustitución del principio de culpabilidad por el de proporcionalidad SCHÜNEMANN, B., *Nuevas tendencias en el concepto jurídico-penal de culpabilidad*. Trad. por Sacher, M., en *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Tecnos, Madrid, 2002, pp. 120 y 121.

<sup>810</sup> Cfr. LESCH, H., *La función de la pena...*, cit. p. 51.

<sup>811</sup> Vid. JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit., p. 14.

<sup>812</sup> Según ROXIN C., *Derecho penal...*, cit., pp. 792 ss., quién propone sustituir el concepto “culpabilidad” por el de “responsabilidad” en el que engloba tanto la culpabilidad como la necesidad preventiva, la renuncia a la pena por razones de falta de “necesidad preventiva”, se da en los supuestos de estado de necesidad disculpante, exceso en la legítima defensa, hechos realizados por motivos de conciencia, etc; de otra opinión MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, cit., pp. 616 y ss., que no habla de “culpabilidad” ni de “responsabilidad” sino de “imputación personal” y basa la renuncia a la pena en los casos de miedo insuperable en la “no exigibilidad”, que se fundamenta en anormalidad en la “situación”; a diferencia de los casos de imputabilidad o error (fundamentados en una anormalidad motivacional en el sujeto); diferente es la posición de BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., pp. 278 ss., que se muestra partidario de la categoría denominada “responsabilidad por el hecho”, para este autor la renuncia a la pena en los casos de estado de necesidad por colisión de intereses de igual jerarquía, miedo insuperable, etc. se fundamenta en la insuficiencia de la gravedad de la ilicitud para justificar la aplicación de una pena.

<sup>813</sup> Cfr. LESCH, H. *La función de la pena...*, cit., p. 51; sobre los denominados *equivalentes funcionales* véase JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit. p. 14.

<sup>814</sup> Vid. supra apartado nº 3.

coexistencia social a través de la estabilización de la norma vulnerada<sup>815</sup>. De lo anterior, se deduce que no existe motivo para imponer o ejecutar una pena privativa de libertad, por más que ésta se halle debidamente justificada como retribución adecuada a la medida de la culpabilidad del autor, si existen equivalentes funcionales para la solución del conflicto sin pena<sup>816</sup>, esto es, si falta su fundamento real<sup>817</sup>.

Además, coincidimos plenamente con BACIGALUPO cuando afirma que “la gravedad de la culpabilidad determina el límite máximo de la pena, pero no obliga –como en la concepción de KANT- a la aplicación de la pena adecuada a la culpabilidad. Por debajo de ese límite es posible observar exigencias preventivas que, inclusive, pueden determinar una reducción de la pena adecuada a la culpabilidad. Dicho de otra manera, la retribución de la culpabilidad que proviene de las teorías absolutas, sólo determina el límite máximo de la pena aplicable al autor, sin excluir la posibilidad de dar cabida a las necesidades preventivas, proveniente de las teorías relativas, hasta el límite fijado por la culpabilidad<sup>818</sup>”.

El concepto de culpabilidad, entendido como principio de medida para una justa retribución, se halla íntimamente ligado con la idea de libertad e indisolublemente unido el concepto de responsabilidad jurídico-penal (que no moral). Precisamente por la vinculación existente entre los mencionados conceptos, la culpabilidad se presenta como una cuestión problemática, y si bien ello será objeto de un ulterior y más profundo desarrollo en el siguiente capítulo, resulta conveniente anticipar que la opción<sup>819</sup> en favor del determinismo,

---

<sup>815</sup> Cfr. LESCH, H. *La función de la pena...*, cit., p. 50; también JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit. p. 9.

<sup>816</sup> Cfr. LESCH, H. *La función de la pena...*, cit., p. 51; asimismo JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit. p. 14; sobre los denominados *sustitutivos penales* véase ZUGALDIA ESPINAR, J.M., *Fundamentos...*, cit. pp. 100 ss, instituciones tales como la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (arts. 80 ss. CP), la sustitución de las penas privativas de libertad (arts. 88 ss.), o la libertad condicional (arts. 90 ss. CP), responden por tanto al razonamiento expuesto. En ellas se parte de una constatación de la culpabilidad del autor, que como fundamento de la pena da lugar a su imposición, si bien por razones vinculadas con el criterio de la necesidad de la pena, es posible considerar la posibilidad de solucionar el conflicto sin recurrir a ésta, todo ello amparados por valores constitucionales que también configuran la identidad social

<sup>817</sup> Véase sobre ello SCHÜNEMANN, B. *Libertad de voluntad y culpabilidad en Derecho penal* (trad. Baza, L.), en *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 25: “la culpabilidad no hace necesaria la pena, sino que tan sólo legitima=justifica su imposición al autor”.

<sup>818</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad e individualización de la pena. El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos*. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Angel Torío López. Comares, Granada, 1999, p. 38.

<sup>819</sup> Sobre la irrelevancia del libre albedrío véase JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit., p. 584; asimismo ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., p. 101: “La pregunta relativa a la existencia real de la libertad de

del indeterminismo, o de una construcción que compatibilice determinismo e indeterminismo<sup>820</sup> es libre a los efectos de delimitar el contenido de la culpabilidad jurídico-penal, pues con independencia de toda discusión en torno a la existencia o no de la libertad de voluntad, el Derecho penal puede y debe asumir como presupuesto de toda responsabilidad el concepto de libertad. Éste sin embargo, puede estar configurado a partir de la afirmación de la libertad de voluntad, o por el contrario a partir de una suposición de libertad configurada socialmente<sup>821</sup> desde datos empíricos, normativos, o mixtos empírico-normativos<sup>822</sup>. Si el Derecho penal no pudiera tomar como punto de partida el par dialéctico formado por los conceptos libertad-responsabilidad<sup>823</sup>, quedaría descompensada la relación entre subjetividad y socialidad<sup>824</sup> que configura nuestra Constitución<sup>825</sup>, abriéndose la puerta hacia un sistema de medidas inhibitorias puramente defensivo, desvinculado de toda idea de libertad y orientado exclusivamente hacia un utilitarismo ilimitado. Todo ello supondría dejar en manos del Estado la posibilidad de servirse de la pena como si de levantar un palo contra un perro se tratara, olvidando que el Hombre debe ser tratado siempre como un ser racional y libre<sup>826</sup>. Coincidimos con WELZEL cuando

---

voluntad puede y debe ser excusada debido a su imposibilidad de decisión objetiva”; el mismo autor en *Determinación...*, cit., p. 40.

<sup>820</sup> Vid. en favor de no renunciar a la idea de libertad de voluntad, SCHÜNEMANN, B., *Libertad de voluntad...*, cit., pp. 27, 28 y 33.

<sup>821</sup> Cfr. SCHÜNEMANN, B., *Libertad de voluntad...*, cit., p. 24.

<sup>822</sup> Véase ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., p. 808 a 810. Por otra parte, debemos subrayar que la afirmación o la negación de la libertad, no supone optar por la prevención -si esta se niega- o por la retribución -si esta se afirma-, porque la suposición de la libertad, y las ideas de culpabilidad y responsabilidad jurídica -que no moral- de ella derivadas, no excluyen la prevención ni son exclusivas de la retribución.

<sup>823</sup> Siquiera sea de una suposición de libertad configurada normativamente.

<sup>824</sup> Desde una perspectiva funcional el sujeto libre estará presente en las normas que configuran la sociedad -y por tanto en el sistema jurídico-, exactamente en la misma medida en que sea determinante de la autodescripción de la sociedad; sobre este particular véase JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona...*, cit., pp. 29 y 31; asimismo sobre la función liberal, independiente de toda retribución, y en favor de la libertad del ciudadano del principio de culpabilidad *vid.* ROXIN, C., *Fin y justificación...*, cit., p. 38.

<sup>825</sup> Desde una perspectiva funcional el sujeto libre estará presente en las normas que configuran la sociedad -y por tanto en el sistema jurídico-, exactamente en la misma medida en que sea determinante de la autodescripción de la sociedad; sobre ello *vid.* JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona...*, cit., p. 29; sobre la función liberal, independiente de toda retribución, y en favor de la libertad del ciudadano del principio de culpabilidad ROXIN, C., *Fin y justificación...*, cit., p. 38.

<sup>826</sup> Favorable a la consideración del Hombre como un fin en sí mismo WELZEL, H., *Derecho penal...*, cit., p. 237; asimismo *vid.* HEGEL, *Líneas fundamentales de la Filosofía del Derecho*, 1821, adición al párrafo n° 99; ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., p. 83; también LIBORIO L. HIERRO, *Libertad y responsabilidad penal*, p. 569: “Si no se supone la libertad de voluntad, la moralidad no surge. Por tanto, la cuestión no es una cuestión metafísica ni científica, es una elección que tenemos que hacer sobre la función social del Derecho penal”.

afirma que “si la pena deja de ser la retribución por la culpa, entonces no se diferencia esencialmente de las medidas de seguridad contra los individuos peligrosos<sup>827</sup>”.

En conclusión, partimos de aceptar la recíproca relación existente entre las ideas de libertad y culpabilidad, si bien admitimos la posibilidad de configurar la culpabilidad tanto a partir de concepciones tales como las que postulan los indeterministas<sup>828</sup>, como a partir de concepciones que intenten compatibilizar determinismo y comportamiento libre a partir de conceptos “sociales” de la culpabilidad basados en datos empíricos, normativos, o si se prefiere, a partir de una mezcla de datos empírico-normativos<sup>829</sup>. A partir de la configuración de la idea de libertad de voluntad que se considere más adecuada se construye la culpabilidad, que en todo caso constituye el límite y el principio de medida de la pena<sup>830</sup>, tal y como se expondrá con más detalle en el Capítulo siguiente<sup>831</sup>.

## Bibliografía

ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Trad. de M. Atienza e Isabel Espejo. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

ALVAREZ GARCIA, F.J., *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*. Comares, Granada, 2001.

AMERIO, F., *Historia de la Filosofía*. Ed. Ibérica, Madrid, 1954.

BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho penal*. 3ª ed., Akal/Iure, 1994.

---

<sup>827</sup> Cfr. WELZEL, H., *Derecho penal...*, cit., p. 237.

<sup>828</sup> Lo que podrá hacer sin ningún problema un indeterminista.

<sup>829</sup> Entre otras propuestas puede ser citada aquella según la cual la libertad puede ser configurada de modo empírico normativo ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., p. 808 a 810, manteniendo así el concepto al margen del problema del libre albedrío, más propio de la teoría del conocimiento o de las ciencias naturales. Esta suposición jurídico-penal de libertad también podría ser aceptada por un determinista como una regla del juego social.

<sup>830</sup> Cfr. WELZEL, H., *Derecho penal...*, cit., p. 234 y 236.

<sup>831</sup> Adelantándonos al estudio de la culpabilidad que será objeto del próximo Capítulo, podemos afirmar que según ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., p. 810, la culpabilidad es un dato mixto empírico-normativo. Es empíricamente constatable la capacidad psíquica general de autocontrol y la asequibilidad normativa que con ella se produce. En cambio, se atribuye normativamente la posibilidad, derivada de esa constatación, de conducta conforme a Derecho. Si se parte de la base de que la cuestión del efectivo poder actuar de otro modo sigue sin poder responderse, entonces tal concepto de culpabilidad resulta sin duda inadecuado para legitimar el que se cargue al sujeto con la retribución y el reproche moral. El concepto de culpabilidad mantenido por ROXIN sólo fundamenta el deber jurídico penal de responder por la conducta social incorrecta y previene de injerencias más intensas, que serían posibles en virtud de un puro Derecho preventivo. Sin embargo este concepto toma del “poder actuar de otro modo” todo lo que es apreciable en el ámbito forense. En esta medida puede ser también aceptado desde una posición indeterminista. Esta concepción no ha de estar necesariamente ligada a la retribución y a los reproches morales, que resultan de todos modos cuestionables desde un punto de vista político-criminal.

- BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad e individualización de la pena. El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Angel Torío López*. Comares, Granada, 1999.
- CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: Concepto y principios constitucionales*. 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- CHOCLAN MONTALVO, J.A. *Individualización judicial de la pena*. Colex, 1997.
- GARCIA MAYNEZ, E., *Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Insnaturalismo*. Fontamara, México, 1996.
- HEGEL, G.W., *Principios de la filosofía del Derecho*. Trad. Por J.L. Verma. Edhasa, Barcelona, 1999.
- HOERSTER, N., *Problemas de ética normativa*. Trad. de E. Garzón Valdés. Fontamara, México, 1998.
- JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, (trad. de Cancio Meliá, M. y Feijóo Sánchez, B.). Civitas, 1996.
- JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª Ed. corregida. Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Marcial Pons editores, Madrid, 1997.
- JULIÁ, S., MARTINEZ, A., *Teoría e historia de los sistemas sociales*, UNED, séptima reimpression, Madrid, 2003.
- KANT, I, *Introducción a la teoría del Derecho. Introducción a la metafísica de las costumbres*. Trad. por F. González Vicén. Marcial Pons, Madrid, 1997.
- KELSEN, H., *Teoría general del Derecho y del Estado*. Trad. García Maynez, E., 5ª reimpression, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995.
- LESCH, H., *La función de la pena*. Trad. por J. Sánchez Vera. Dykinson, Madrid, 1999.
- LIBORIO L. HIERRO, *Libertad y responsabilidad penal*.
- LUHMANN, N., *Teoría política en el Estado del bienestar*. Alianza Universidad, Madrid, 2002.
- LUMIA, G. *Principios de teoría e ideología del Derecho*. Trad. de Ruíz Miguel, A., 8ª reimpression. Debate, Madrid, 1985.
- MARIN ESPINOSA CEBALLOS, E., *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*. Comares, Granada, 1999.
- MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*. Bosch. 2ª Ed. Barcelona, 1982.
- MIR PUIG, S., *El Derecho penal en el estado social y democrático de Derecho*. Ariel Derecho, Barcelona, 1994.
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*. 5ª ed., Barcelona, 1998.
- MORILLAS CUEVA, L. *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*. Tecnos, Madrid, 1991.
- NINO, C. S., *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1983.
- PEREZ DEL VALLE, C., *Conciencia y Derecho penal*. Comares, Granada, 1994.



PEREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*. Universidad Autónoma de Madrid, 1986.

PUY MUÑOZ, F. (Coord.), LOPEZ MORENO, A., CARPINTERO BENITEZ, F., OTERO PARGA, M., RUS RUFINO, S., *Manual de Filosofía del Derecho*. Colex, Madrid, 2000.

ROXIN, C., *Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad*. Trad. de Patricia S. Ziffer y Daniel R. Pastor en la obra *Determinación judicial de la pena*. Del Puerto Editores, Buenos Aires, 1993.

ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Trad. de la 2ª ed. alemana por Luzón Peña, D.M., Díaz y García-Conlledo, M., Vicente Remesal, J. Civitas, Madrid, 1997.

SALMERON, F., *Ética analítica y Derecho*. Fontamara, México, 2000.

SCHÜNEMANN, B., *Nuevas tendencias en el concepto jurídico-penal de culpabilidad* (trad. Sacher, M.) en *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Tecnos, Madrid, 2002.

SCHÜNEMANN, B., *Libertad de voluntad y culpabilidad en Derecho penal* (trad. Baza, L.), en *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Tecnos, Madrid, 2002.

WELZEL, H., *Derecho penal. Parte General*, (trad. Fontán Balestra, C.). De Palma, Buenos Aires, 1956.

ZUGALDIA ESPINAR, J.M., *Fundamentos de Derecho penal*. 3ª Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

## Capítulo IV

### La culpabilidad

#### SUMARIO:

**I.** Introducción. **II.** Principio de culpabilidad: **1.** Fundamento constitucional. **2.** Contenido. **3.** Crítica. **III.** Culpabilidad por el hecho y culpabilidad de autor: **1.** Antecedentes. **2.** Tendencia actual. **3.** Toma de postura. **IV.** Concepto material de culpabilidad: **1.** Teorías absolutas. **2.** Teorías relativas. **3.** Teorías de la unión. **4.** Teoría de la prevención general positiva. **V.** Concepto dogmático de culpabilidad: **1.** Concepción psicológica. **2.** Concepción normativa. **3.** Concepción finalista. **4.** Culpabilidad como actitud interna. **5.** Responsabilidad por el hecho. **6.** Concepción político-criminal. **7.** Concepción funcional. **VI.** El problema de la libertad de voluntad: **1.** Panorama. **2.** Toma de postura. **VII.** Conclusión.

#### I. Introducción

Tomando en consideración que la actual reacción frente al reincidente consiste precisamente en el incremento de la pena a imponer al reo, así como la concepción expuesta en el Capítulo precedente según la cual la pena se justifica como retribución del injusto culpable realizado por el autor, resulta imprescindible abordar el estudio de la culpabilidad de forma previa al análisis de la regulación positiva de la agravante. Para ello, debemos admitir como punto de partida que la culpabilidad constituye “el conjunto de condiciones que determinan que el autor de una acción típica y antijurídica sea criminalmente responsable de la misma”, y que “la cuestión de cuáles son esas condiciones dependerá del punto de vista que se adopte respecto de la pena<sup>832</sup>”.

#### II. Principio de culpabilidad

Antes de iniciar el estudio de la culpabilidad como categoría sistemática de la teoría del delito, conviene recordar el fundamento y contenido del denominado *principio de culpabilidad*, si bien se debe precisar que éste “no es determinante en forma absoluta del

---

<sup>832</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho penal*. 3ª ed., Akal/Iure, 1994, p. 298.

concepto de culpabilidad de la teoría del delito<sup>833</sup>”. Asimismo, es importante recordar que la culpabilidad como presupuesto de la pena y la culpabilidad como fundamento de la determinación cuantitativa de la pena aplicable difieren en su contenido, pues “mientras la primera tiene la misión de *constatar* los elementos que fundamentan la reprochabilidad del autor, la segunda tiene que *establecer los criterios de la medición* de la gravedad del reproche<sup>834</sup>”.

## 1. Fundamento constitucional

El Tribunal Constitucional vinculó el principio de culpabilidad con la tradicional exigencia de dolo y culpa en la STC 76/90<sup>835</sup>. Por otra parte, el mismo Tribunal Constitucional ha reconocido el rango constitucional del principio de culpabilidad como principio de medida de la pena en la STC 65/86, en la que se afirma que “las cuestiones relacionadas con la medida de la pena y la culpabilidad sólo se podrían plantear (...), cuando la gravedad de la pena atribuida al condenado fuese superior a la legalmente imponible en relación a la gravedad de su culpabilidad<sup>836</sup>”. Asimismo, el Tribunal Constitucional confirmó la relevancia del principio de culpabilidad en el seno del sistema penal en la STC 150/91, en la que se afirmó lo siguiente<sup>837</sup>:

*“En efecto, la C.E. consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal, de manera que no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal «de autor» que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos -SSTC 65/1986, 14/1988 (RTC 1988\14) y otras-”.*

A pesar de que el Tribunal Constitucional no ha declarado expresamente de dónde deriva el principio *estructural* de culpabilidad, coincidimos con BACIGALUPO cuando

---

<sup>833</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 110.

<sup>834</sup> Ibidem; asimismo véase BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad, carácter de autor y poena naturalis en el Derecho penal actual*, en la obra *Justicia penal y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 111 ss.

<sup>835</sup> Véase la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 76/1990 (Pleno), de 26 abril, Recurso de Inconstitucionalidad núm. 695/1985 y Cuestiones de Inconstitucionalidad núms. 889/1988 y 1960/1988 (acum.).

<sup>836</sup> Véase la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 65/1986 (Sala Segunda), de 22 mayo, Recurso de Amparo núm. 858/1983; asimismo véase el comentario que hace BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad e individualización de la pena. El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Angel Torío López*; Comares, Granada, 1999, p. 34.

<sup>837</sup> Véase la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 150/1991 (Pleno), de 4 julio, Cuestión de Inconstitucionalidad núm. 1407/1989; asimismo BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad e individualización...*, cit., p. 34.

afirma que “es evidente que existen tres puntos de apoyo indudables en la Constitución que fundamentan el rango constitucional del principio de culpabilidad”<sup>838</sup>:

- a) En primer lugar, la *Justicia*, considerada como valor superior del orden jurídico (art. 1 CE)<sup>839</sup>.
- b) En segundo lugar, la *dignidad de la persona*, considerada como fundamento del orden político<sup>840</sup>.
- c) Y en tercer lugar, el *libre desarrollo de la personalidad*, considerado también como fundamento del orden político<sup>841</sup>.

Del valor Justicia se deduce tanto que la pena sea proporcionada a la gravedad del hecho, como que ésta dependa de la reprochabilidad del autor<sup>842</sup>. Por su parte, la dignidad entendida como cualidad moral, indica el valor absoluto del ser humano en cuanto tal. Según KANT, los seres humanos a diferencia de los objetos que tienen valor, tienen dignidad, y la igual dignidad de todos los seres humanos se expresa en la idea de la persona como fin-en-sí<sup>843</sup>. En la actualidad, constituye un presupuesto filosófico generalmente aceptado, aquél según el cual el Hombre debe ser siempre considerado como un fin en sí mismo<sup>844</sup>. De la idea de dignidad de la persona se deduce que ésta no pueda ser utilizada como instrumento para la consecución de fines que le son ajenos<sup>845</sup>. Finalmente, también coincidimos con BACIGALUPO cuando manifiesta que el libre desarrollo de la

---

<sup>838</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad e individualización...*, cit., p. 34.

<sup>839</sup> Ibidem.

<sup>840</sup> Ibidem; asimismo véase BACIGALUPO, E., *La jerarquía constitucional del principio de culpabilidad*, en la obra *Justicia penal y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 99 ss.

<sup>841</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad e individualización...*, cit., p. 34: “Precisamente de estos dos últimos derechos ha deducido el Tribunal Federal Constitucional alemán el principio de culpabilidad. La notoria similitud de la CE y de la Ley Fundamental alemana en este punto permite tomar en consideración los precedentes del Tribunal Constitucional Federal”.

<sup>842</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad e individualización...*, cit., p. 35.

<sup>843</sup> Vid. KANT, *Die Methaphysik der Sitten*, B 255 ss., citado por LESCH, H., *La función de la pena*. Trad. por J. Sánchez Vera. Dykinson, Madrid, 1999, p. 9, afirma KANT: “El hombre no es una cosa, y por tanto no es algo que pueda ser usado como mero instrumento, sino que tiene que ser tenido en todas sus acciones siempre como fin en sí mismo”; “El imperativo práctico es por tanto el siguiente: actúa de tal manera que nunca utilices la humanidad como mero instrumento ni en tu persona ni en la persona de los demás, sino siempre como fin”; véase también KANT, I, *Introducción a la teoría del Derecho. Introducción a la metafísica de las costumbres*. Trad. por F. González Vicen. Marcial Pons, Madrid, 1997.

<sup>844</sup> Un análisis de la dignidad de la persona como principio de la filosofía liberal, en SANTIAGO NINO, C., *Introducción al análisis del Derecho*. Ariel, 2ª Ed, Barcelona, 1984, pp. 421 ss.

<sup>845</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad e individualización...*, cit., p. 35.

personalidad “presupone que la actuación penal del Estado sea previsible y ajustada a límites que no conviertan la libertad en excepción, y que la libertad sea protegida dentro del marco jurídico de la Constitución<sup>846</sup>”.

Tomando como punto de partida las anteriores consideraciones, podemos concluir que la Constitución española consagra como valor superior del ordenamiento jurídico a la Justicia (art. 1.1 CE), y reconoce tanto la dignidad de la persona como el libre desarrollo de su personalidad entre los fundamentos del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE)<sup>847</sup>. Con base en el valor Justicia, en el derecho al libre desarrollo de la personalidad y en la dignidad de la persona<sup>848</sup>, la Constitución consagra el principio de culpabilidad como un principio estructural básico del Derecho Penal<sup>849</sup>.

## 2. Contenido

Al objeto de evitar que la persona sea utilizada como un medio para la realización de fines que le son ajenos y quebrantar con ello su dignidad humana, el principio de culpabilidad excluye la legitimidad de toda pena que no tenga por presupuesto la culpabilidad del autor y que exceda la gravedad equivalente a la misma<sup>850</sup>. En opinión de BACIGALUPO, si tal y como postula el Tribunal Constitucional en su sentencia 150/91, se asume que la pena debe ser determinada en atención a la culpabilidad del autor exteriorizada en la comisión del hecho, es porque “implícitamente, se la reconoce también como un presupuesto de la pena, es decir, como una condición de la responsabilidad penal”<sup>851</sup>. Según este autor, de la jurisprudencia constitucional “se deduce que el principio de culpabilidad tiene una doble dimensión: actúa determinando los presupuestos de la pena

---

<sup>846</sup> Ibidem.

<sup>847</sup> En el mismo sentido de reconocer la dignidad como una cualidad inherente a la persona, la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre* (Nueva York, 10 de diciembre de 1948); y la *Convención contra la tortura y otros malos tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes* (Nueva York, 10 de diciembre de 1984), en cuyo preámbulo se afirma el reconocimiento de los derechos fundamentales del Hombre como base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo, así como que “estos derechos emanan de la dignidad inherente a la persona humana”.

<sup>848</sup> En este sentido BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 108, quien manifiesta que el Tribunal Constitucional en su sentencia 150/1991 reconoce el principio de culpabilidad, si bien no establece claramente de dónde surge tal reconocimiento.

<sup>849</sup> Así lo reconoce el Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico IV letras a.) y b.) de su sentencia nº 150/1991, de 4 de julio: “siempre y cuando no exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio de Estado de Derecho, el valor de la Justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad penal derivado de ella (STC 65/1986, antes citada)”.

<sup>850</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 108.

<sup>851</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 109.

y, además, en el marco de la individualización de la pena, es decir, tanto significa que no hay pena sin culpabilidad, como que la pena no puede superar la gravedad de la culpabilidad<sup>852</sup>. Partiendo de este contexto, el principio de culpabilidad cumple dos funciones básicas en la estructura del sistema penal<sup>853</sup>:

a) De una parte, condiciona el *sí* de la pena, pues sólo será legítima la pena que tenga como presupuesto la culpabilidad del autor<sup>854</sup>. Desde este punto de vista, la culpabilidad tiene por objeto la constatación de los elementos que fundamentan la reprochabilidad del autor y se erige como la justificación de la imposición de la pena<sup>855</sup>.

b) De otra parte, condiciona el *quantum* de pena, dado que sólo se considerará legítima la pena que resulte adecuada a la culpabilidad del autor<sup>856</sup>. Desde esta perspectiva, la culpabilidad tiende a establecer los criterios de la medición de la gravedad del reproche<sup>857</sup>. Se trata de la relación de proporcionalidad entre la gravedad de la pena y la gravedad del reproche, pues dentro del marco penal legalmente determinado los Tribunales deben fijar la pena en un punto que

---

<sup>852</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad e individualización...*, cit., p. 35: “El principio de culpabilidad, por lo tanto, va mucho más lejos que el modesto art. 5 CP, en que sólo se hace referencia al dolo y la imprudencia como presupuestos de la pena”.

<sup>853</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 109; en idéntico sentido ROXIN, C., *Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad*, trad. por MUÑOZ CONDE. Ed. Reus, Madrid, 1981, pp. 42 y 43.

<sup>854</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 109, desde este punto de vista el principio de culpabilidad determina las siguientes consecuencias: a) No es admisible la responsabilidad objetiva, sin dolo o imprudencia (art. 5 CP); b) Se debe reconocer la relevancia del error sobre los hechos y, al menos, sobre la antijuridicidad (art. 14 CP); y, c) Sólo puede ser responsable quien tenga las condiciones espirituales para cumplir con el Derecho (arts. 19, 20.1º, 2º y 3º CP); el mismo autor en *Principio de culpabilidad e individualización...*, cit., p. 35.

<sup>855</sup> Vid. SCHÜNEMANN, B. *Libertad de voluntad y culpabilidad en Derecho penal*, trad. por Baza, L., en *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 25.

<sup>856</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., pp. 109 y 110, desde este punto de vista el principio de culpabilidad determina las siguientes consecuencias: a) La pena debe ser proporcionada a la gravedad de la culpabilidad; y, b) Las necesidades preventivas no pueden justificar una pena que supere en gravedad a la de la culpabilidad; Con base en lo anterior, afirma este autor que el mencionado principio resulta desconocido en el Derecho vigente a la vista de la actual regulación de la agravante de reincidencia (art. 20. 8ª CP), cuya aplicación automática descarta cuando ello suponga una vulneración del principio de culpabilidad; véase también BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad, carácter de autor y poena naturalis...*, cit., pp. 118 ss.

<sup>857</sup> De otra opinión MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*. 5ª ed., Barcelona, 1998, pp. 95 ss., para quien el principio de culpabilidad nada dice sobre la gravedad de la lesión ni sobre la cuantía de la pena. Según su concepción este principio engloba los siguientes subprincipios: 1. principio de personalidad de las penas; 2. principio de responsabilidad por el hecho; 3. principio de dolo o culpa; y 4. principio de imputación personal (también denominado principio de culpabilidad en sentido estricto); y se debe distinguir del principio de proporcionalidad que sirve de límite del *ius puniendi*.

resulte adecuado a la gravedad de la culpabilidad, es decir a la reprochabilidad del autor<sup>858</sup>.

Sólo mediante esta doble influencia del principio de culpabilidad en el Derecho penal, es posible evitar una instrumentalización de la persona que debe sufrir la pena. En definitiva, se trata “de la prohibición de que la gravedad de la pena que se impone por un delito supere la gravedad de la culpabilidad referida al concreto delito, aunque ello pudiera ser justificado por necesidades preventivas (especiales o generales)”<sup>859</sup>.

En cualquier caso, es necesario separar el análisis de la culpabilidad como presupuesto de la pena de su estudio como límite y criterio para la determinación cuantitativa de la pena aplicable, pues ambos conceptos difieren en su contenido de manera clara<sup>860</sup>. Además, es necesario aclarar que el principio de culpabilidad no se dirige sólo al legislador, imponiendo la renuncia a las soluciones legislativas que lo contradicen, sino que también se dirige al Juez que en el marco de la individualización debe establecer la gravedad de la culpabilidad para adaptar la sanción aplicable al concreto delito cometido<sup>861</sup>.

### 3. Crítica

El principio de culpabilidad ha sido criticado por la doctrina desde diferentes puntos de vista. Así, se ha afirmado en primer lugar que la culpabilidad presupone la libertad de voluntad, siendo ésta indemostrable empíricamente<sup>862</sup>. A esta crítica generalmente se ha respondido afirmando que tampoco es posible demostrar lo contrario, esto es, que las acciones del hombre vengan condicionadas por mecanismos o leyes naturales, o por mandatos divinos. En segundo lugar, un sector de la doctrina (HASSEMER) propone reemplazar el principio de culpabilidad por el de

---

<sup>858</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad e individualización...*, cit., pp. 35 y 36.

<sup>859</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad e individualización...*, cit., p. 36; en este sentido ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Trad. de la 2ª ed. alemana por Luzón Peña, D.M., Díaz y García-Conlledo, M., Vicente Remesal, J. Civitas, Madrid, 1997, p. 99; en sentido crítico JAKOBS, G., *El principio de culpabilidad. Estudios de Derecho penal*. Civitas, 1997, pp. 366 ss.

<sup>860</sup> Véase BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 110, para quien mientras la culpabilidad como presupuesto de la pena tiene la misión de *constatar* los elementos que fundamentan la reprochabilidad del autor; la culpabilidad como medida de la pena tiene que *establecer los criterios de la medición de la gravedad del reproche*.

<sup>861</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad e individualización...*, cit., p. 36.

<sup>862</sup> Véase GIMBERNAT, E. *Estudios de Derecho Penal*. 3ª ed., 1990, pp. 140 ss., citado por BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 110; asimismo SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones de Derecho penal. Parte General*. Vol. I. Bosch, Barcelona, 1982, p. 12.

proporcionalidad<sup>863</sup>. A ello se ha contestado afirmando que el principio de culpabilidad ya contiene, aunque no sólo, un principio de proporcionalidad que establece la relación que debe existir entre la pena y determinados elementos de la conducta<sup>864</sup>.

Por último, se afirma que una formulación del principio de culpabilidad que limite los fines preventivos a la gravedad de la culpabilidad es incompatible con la idea de que “una pena inútil carece de legitimidad en un Estado secularizado”<sup>865</sup>. Con ello se pretende describir la paradójica situación en la que nos sitúa el hecho de que una pena adecuada a los fines preventivos que sobrepase el límite marcado por la culpabilidad suponga tratar a la persona como a una “cosa”, mientras que una pena preventiva limitada por la culpabilidad puede suponer la pérdida de su idoneidad para alcanzar tal finalidad preventiva. Según esta crítica, cuando la necesidad preventiva supere la pena adecuada a la culpabilidad, la pena aplicable (limitada por la culpabilidad) no será útil (por no poder alcanzar su fin preventivo) y al dejar de ser socialmente útil perderá su legitimidad. Como ejemplo de lo anterior, considera JAKOBS que “no se puede fundamentar con los fines preventivos *educación* o *intimidación* la imposición de una pena que es demasiado corta para educar o intimidar (pero sí adecuada a la culpabilidad)”<sup>866</sup>.

Con razón responde a esta última crítica BACIGALUPO, afirmando que aquella toma como punto de partida la posibilidad de determinar de una manera exacta la idoneidad de la pena para alcanzar un determinado fin. Ello requeriría, al menos, una demostración empírica de que la pena es idónea para alcanzar los fines de prevención general o especial que tradicionalmente se le han asignado, demostración ésta que la ciencia

---

<sup>863</sup> Cfr. MIR PUIG, S. *Derecho penal...*, cit. p. 100.

<sup>864</sup> Así BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 110; en contra de sustituir la culpabilidad por la proporcionalidad SCHÜNEMANN, B. *Nuevas tendencias en el concepto jurídico-penal de culpabilidad*, trad. por Sacher, M., en *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Tecnos, 2002, pp. 120 y 121; asimismo JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª ed. corregida, trad. por Cuello Contreras, J., y Serrano González de Murillo, J.L., Marcial Pons editores, Madrid, 1997, pp. 567 y 568, se manifiesta contrario a sustituir el principio de culpabilidad por el de proporcionalidad, porque la proporcionalidad “no aporta imputación alguna y sin el juicio de culpabilidad no consta a qué sujeto ha de castigarse -proporcionalmente-”; además, “la proporcionalidad no puede indicar si un hecho antijurídico menoscaba la validez de la norma y en qué medida”; La proporcionalidad es, pues, “demasiado formal para resolver el problema de la imputación”.

<sup>865</sup> Cfr. JAKOBS, G. *Das Schuldprinzip*, 1993, pp. 7 ss., citado por BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 110.

<sup>866</sup> Véase JAKOBS, G. *Derecho Penal...*, cit., p. 24: “Una pena preventiva, limitada por una pena adecuada a la culpabilidad, si acaso sólo por casualidad seguiría siendo preventivamente idónea si prevención y culpabilidad fuesen dos magnitudes independientes una de otra; pues si no se le da a la prevención lo que necesita, desaparece”.



actual no ha podido proporcionar<sup>867</sup>. La misma respuesta puede hacerse extensiva a la prevención general positiva, toda vez que esta teoría sólo puede afirmar que la estabilización de la norma requiere la aplicación de una pena, pero no permite calcular cantidades de pena claramente definidas<sup>868</sup>.

### III. Culpabilidad por el hecho y culpabilidad de autor

Entendemos como culpabilidad por el hecho aquella que se vincula a una acción concreta descrita típicamente, sin consideración alguna a la conducción de la vida del autor con anterioridad al hecho, o a los peligros que en el futuro se puedan esperar de él<sup>869</sup>. Una tal concepción de la culpabilidad encuentra su fundamento filosófico en la afirmación de la libertad de voluntad, y se halla estrechamente vinculada con las teorías absolutas de la pena, según las cuales el hombre es libre de determinarse a favor o en contra del Derecho, siendo la decisión contraria a Derecho la base del juicio sobre la culpabilidad<sup>870</sup>. En opinión de BACIGALUPO, un concepto *puro* de la culpabilidad por el hecho requiere “excluir de las consideraciones referentes a la culpabilidad las que se refieren a una ponderación general de la personalidad como objeto del juicio de reproche. Concretamente, el juicio de culpabilidad relevante para la individualización de la pena debe excluir como objeto del mismo las referencias a la conducta anterior al hecho (sobre todo las penas sufridas), a la peligrosidad, al carácter del autor, así como a la conducta posterior al hecho (que sólo puede compensar la culpabilidad del momento de la ejecución del delito)<sup>871</sup>”.

Por otra parte, se considera culpabilidad de autor aquella que se vincula con la total personalidad de éste, considerando el hecho delictivo como el producto de un carácter

---

<sup>867</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 111, según este autor “las teorías relativas de la pena sólo constituyen una racionalización aparente del *ius puniendi*, pues su validez depende de una demostración empírica de la que carecen”, y por ello considera que “la limitación de la pena aplicable a una que equivalga a la culpabilidad impide la utilización de las personas para obtener fines que no se sabe si son alcanzables”.

<sup>868</sup> Y así lo reconoce JAKOBS, G. *Derecho Penal...*, cit., pp. 35 y 36: “pues con la teoría de la prevención general positiva (como tampoco con otras teorías de la pena) no se pueden calcular *quanta* de pena claramente definidos, sino que ésta indica un marco formado por la reacción que ya puede tomarse en serio y por la reacción drástica que aún no es exagerada”.

<sup>869</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 298 y 299, lo que según este autor implica que “no importa una mayor culpabilidad (...) la circunstancia de haber sido ya condenado con anterioridad (reincidencia)”; asimismo sobre Derecho penal del hecho y de autor, ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit., pp. 176 y 177.

<sup>870</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 299.

<sup>871</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad e individualización...*, cit., p. 38.

asocial o el *síntoma* de una personalidad anómala<sup>872</sup>. Los partidarios de esta concepción parten de una premisa determinista, cual es que el hecho se explica por la persona del autor y como síntoma de ella, razón por la cual suelen asignar a la pena un fin preventivo especial<sup>873</sup>. Hablamos de un Derecho penal de autor, cuando la pena se vincula con la personalidad del reo y es su asocialidad y el grado de la misma lo que decide sobre la sanción. De este modo “lo que hace culpable aquí al autor no es ya que haya cometido un hecho sino que sólo el que el autor sea *tal* se convierte en objeto de la censura legal (...) allí donde entre los presupuestos de la conminación penal se incluye algo distinto y más que el sí y el cómo de una acción individual, y donde ese algo más debe buscarse en la peculiaridad humana del autor, estamos ante un sistema en el que la pena se dirige al autor como *tal*”<sup>874</sup>.

## 1. Antecedentes

A pesar del positivismo que latía en sus construcciones y de la defensa de una concepción finalista, esto es, utilitarista de la pena, VON LISZT nunca se manifestó a favor de configurar la punibilidad atendiendo a la forma de existencia o a la posición interna del autor (real o incluso sólo potencial), en lugar de al hecho<sup>875</sup>. También él proponía castigar al autor sólo por el hecho cometido, por esta razón reconocía que "que quizás lo consecuente con nuestra concepción sería atender sólo a la actitud interna, y no tener que aguardar hasta el hecho; del mismo modo que el médico de familia no espera hasta que aparezca la enfermedad, sino que trata de prevenirla”<sup>876</sup>. Si bien según ROXIN, no se decidió a dar este paso por razones de salvaguarda de la libertad<sup>877</sup>. Por su parte, los seguidores de VON LISZT tampoco fueron más allá de su concepción dualista según la cual los presupuestos de la punibilidad debían determinarse con criterios de Derecho penal del hecho, mientras que las consecuencias jurídicas debían determinarse más bien por criterios propios de un Derecho penal de autor. Así, TESAR (1907) y KOLLMANN (1908), sustentaron la denominada *concepción sintomática* del delito, que partía de la premisa de que no se debía enjuiciar el hecho por su repercusión en el mundo exterior, sino sobre lo que nos revela sobre el interior del autor, aunque ambos autores siguieron manteniendo que el hecho

---

<sup>872</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 298 y 299; ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit., pp. 176 y 177.

<sup>873</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 299.

<sup>874</sup> Cfr. BOCKELMANN, 1939, 3 ss., citado por ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., p. 177.

<sup>875</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., p. 178.

<sup>876</sup> Véase ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., p. 178.

<sup>877</sup> Ibidem.

concreto era el presupuesto de la sanción, por lo que tampoco superaron el marco trazado por VON LISZT<sup>878</sup>.

Por su parte, RADBRUCH, KOHLRAUSCH, GRÜNHUT y otros epígonos de VON LISZT, defendieron una *concepción caracterológica* de la culpabilidad, según la cual el hecho se concibe como plasmación del carácter, como expresión de la personalidad del autor. Desde esta perspectiva, que como punto de partida asume premisas deterministas, la culpabilidad del autor reside en la responsabilidad del hombre por su carácter, por lo que la peligrosidad del delincuente condicionada por su personalidad se presenta directamente como elemento de la culpabilidad<sup>879</sup>. En opinión de ROXIN, tampoco éstos últimos, por razones propias del Estado de Derecho, siguieron la vía del Derecho penal de autor radical<sup>880</sup>. Más tarde, en los años treinta, retroceden en Alemania los esfuerzos por desarrollar un Derecho penal de autor de índole preventivo especial según las concepciones de VON LISZT, y ello debido al descrédito del pensamiento liberal y del preventivo especial.

En su lugar, se desarrollan bajo el nombre de Derecho penal de autor otros enfoques<sup>881</sup>. Así, ERIK WOLF (1932) caracteriza al *autor* como a "un miembro personal de la comunidad jurídica con una actitud interna corrompida", y describe esa corrupción o depravación de la actitud interna mediante los denominados *tipos de autoría*, que suponen la peligrosidad, la hostilidad o la dañosidad para la sociedad<sup>882</sup>. Este concepto de Derecho penal de autor, fundamentado en el concepto de corrupción interna, ya no vincula el pensamiento del Derecho penal de autor a la prevención, sino a la ética y a la culpabilidad. Se debe precisar que en Alemania, la *Ley de delincuentes habituales de 1933* facilitó la penetración del Derecho penal de autor<sup>883</sup>, pues en este sentido se interpretaron unos preceptos que describían tipos criminológicos relacionados con la *profesionalidad* o la *habitualidad*, con la punición del *mendigo* y del *rufián*, e incluso de este modo fue interpretada la propia agravante de reincidencia<sup>884</sup>. El problema con el que se enfrentó la teoría del *tipo*

---

<sup>878</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., p. 179.

<sup>879</sup> Ibidem.

<sup>880</sup> Ibidem.

<sup>881</sup> La siguiente exposición más detallada en ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., pp. 179 ss.

<sup>882</sup> Cfr. WOLF, E., 1932, 28-31, citado por ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., p. 180.

<sup>883</sup> En España la *Ley de Vagos y Maleantes*, de 4 de agosto de 1933, preveía medidas de seguridad (que no penas).

<sup>884</sup> En España se articuló un sistema de medidas de seguridad en la *Ley de Vagos y Maleantes* de 1933, cuyo artículo 2º disponía que "podrán ser declarados en estado peligroso, y sometidos a las medidas

*criminológico de autor*, consistió en resolver la cuestión de cómo se puede compatibilizar la dependencia de la pena de la pertenencia a un tipo determinado de autor con la idea de la pena por la culpabilidad, en la que se basaba en los demás casos el Derecho penal<sup>885</sup>.

La explicación más coherente a la anterior cuestión la ofreció MEZGER, con su teoría de la *culpabilidad por la conducción de la vida* (1938), que debía añadirse a la culpabilidad por el hecho concreto<sup>886</sup>. Sólo esta teoría podía explicar las consecuencias jurídicas de los citados preceptos de la *Ley de delincuentes habituales* alemana como *pena*, es decir, como respuesta a la culpabilidad, pues "la culpabilidad jurídico penal del autor no es sólo la culpabilidad por el hecho aislado, sino también su total culpabilidad por la conducción de su vida, que le ha hecho degenerar"<sup>887</sup>. Esta concepción de la culpabilidad propia de un Derecho penal de autor, abarca toda la personalidad del autor, pues se considera que éste ha llegado a ser lo que es por llevar una vida equivocada. La dificultad de esta teoría radica según ROXIN, en que resulta casi imposible separar culpabilidad y destino (no provocado culpablemente) en la evolución de un ser humano<sup>888</sup>.

Posteriormente, BOCKELMANN (1940) transformó las ideas de MEZGER en una teoría de la *culpabilidad por la decisión sobre la vida*, afirmando que "la esencia de la culpabilidad del autor no consiste en una conducción incorrecta de la vida, pero sí en una decisión incorrecta sobre su vida"<sup>889</sup>. En esta misma línea ENGISCH (1942) invocando a SCHOPENHAUER y a SIMMEL, mantiene la responsabilidad del individuo incluso por los rasgos no reprochables de sus ser, ya que si un sujeto con ciertas acciones ha puesto de manifiesto un carácter malvado, tiene que responder y expiar por ese carácter<sup>890</sup>. Así, la *teoría del tipo criminológico de autor* se vuelve a unir con la idea de la culpabilidad por el carácter tal y como se sostenía por los seguidores de VON LISZT<sup>891</sup>.

---

de seguridad de la presente Ley: 1º. Los vagos habituales; 2º. Los rufianes y proxenetas; 3º. Etc..."; asimismo el artículo 7º de esta misma Ley, declaraba que "los reiterantes, reincidentes y delincuentes peligrosos serán internados en un Establecimiento de custodia después de cumplir la pena que les fuere impuesta por sentencia judicial".

<sup>885</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., p. 180.

<sup>886</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., p. 180.

<sup>887</sup> Cfr. MEZGER, ZStW 57 (1938), p. 688, citado por ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., p. 180.

<sup>888</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., pp. 180 y 181.

<sup>889</sup> Cfr. BOCKELMANN, 1940, 145 ss., citado por ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., p. 181.

<sup>890</sup> Cfr. ENGISCH, ZStW 61 (1942), 174, citado por ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., p. 181.

<sup>891</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., p. 181: "Hoy en día la doctrina dominante rechaza por razones propias del estado de Derecho todas esas teorías que van más allá de la culpabilidad por el hecho concreto".

Durante el régimen nacional-socialista, en Alemania se operó una transformación de la teoría del tipo de autor, y así por ejemplo en las *Ordenanzas contra sujetos nocivos para el pueblo*, o contra *delincuentes violentos*, ambas fechadas en el año 1939, también se incluyeron tipos de personalidad. En este contexto surgió, encabezada por DAHM, la teoría del *tipo normativo de autor*<sup>892</sup>. Según esta teoría, la expresión *normativo* significa que "se establece un baremo o módulo valorativo; es decir, que se mide el hecho concreto por el baremo de una imagen o modelo del autor típico, y sólo si el hecho se ajusta al baremo, se subsume en el tipo"<sup>893</sup>. Según ROXIN, la diferencia con la teoría del *tipo criminológico de autor*, consiste en que mientras que en éste lo que cuenta es que la personalidad totalmente individual del autor concuerde con las características criminológicas del delincuente habitual, del rufián, etc. (lo que constituye una constatación empírica), aquí se trata sólo de si el hecho concreto se ajusta a la representación que se hace el intérprete del modo de actuar de un típico autor (lo que presupone un juicio de valor), y así en el Código Penal alemán de 1941 se incluían en los tipos conceptos tales como "el asesino" o "el homicida"<sup>894</sup>.

## 2. Tendencia actual

Actualmente, y respecto de la *pena*, es posible afirmar que en España es predominante la concepción del Derecho penal del hecho, aunque existen reminiscencias del Derecho penal de autor. Así por ejemplo, la agravante de reincidencia, tal y como viene configurada en el n° 8 del art. 22 del Código Penal de 1995, sigue siendo considerada como una circunstancia agravante de la responsabilidad criminal de obligada apreciación y con incidencia directa sobre la medida de la pena. Ello a pesar de que tal y como afirma BACIGALUPO "la reincidencia es una circunstancia agravante que no resulta explicable por una mayor culpabilidad por el hecho cometido, como las restantes contempladas en el art. 22 CP", y que "la repetición del comportamiento delictivo tiene sobre todo un significado sintomatológico caracterológico", pues resulta "indicativa de la tendencia del autor y, por lo tanto, de otros posibles ataques a bienes jurídicos, o sea de su peligrosidad"<sup>895</sup>.

---

<sup>892</sup> Cfr. DAHM, *Der Tätertyp im Strafrecht*, 1940, citado por ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., p. 182.

<sup>893</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., p. 182.

<sup>894</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., p. 183.

<sup>895</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *La jurisprudencia sobre reincidencia y dilaciones indebidas: dos problemas del principio de culpabilidad*. Inédito, reproducido por gentileza del autor, pp. 1 ss; asimismo ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., p. 187 y 188, para quien la opinión dominante es unánime al considerar que no se puede castigar a nadie más gravemente de lo que resulte del hecho concreto porque la conducción de su vida es equivocada y hace temer su reincidencia. De lo contrario, dado que la

Asimismo, el Tribunal Constitucional español ha reconocido que “no sería constitucionalmente legítimo un Derecho penal de *autor* que determinara las *penas* en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos”<sup>896</sup>. Por ello, es posible afirmar que un concepto de la culpabilidad basado en el carácter, en la personalidad o en la conducta del autor a lo largo de su vida, sería incompatible con la Constitución<sup>897</sup>. En idéntico sentido se ha manifestado el Tribunal Supremo, en su sentencia de fecha 4 de abril de 1990, en la que se pronuncia sobre la adecuación de la agravante de reincidencia (art. 10, circ. 15ª, del Código Penal, en la redacción dada por el Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre) a la Constitución española<sup>898</sup>.

En el Derecho comparado, resulta interesante recordar que en el año 1986 fue derogado en Alemania el precepto que preveía una más fuerte punición para los reincidentes, y ello a causa de la fuerte presión crítica recibida a causa de su incompatibilidad con un Derecho penal del hecho<sup>899</sup>. Pese a todos los esfuerzos por darle una función distinta, la disposición derogada sólo se podía explicar partiendo de la admisión de una *culpabilidad por la conducción de la vida*, irreconciliable con el principio de culpabilidad por el hecho. En conclusión, y respecto de la *pena*, podemos afirmar que se encuentra fuera de discusión que el Derecho actualmente vigente es predominantemente un Derecho penal del hecho<sup>900</sup>. Sin embargo, en el Código Penal español aún encontramos

---

"culpabilidad por la conducción de la vida" a menudo es "solo una expresión conciliadora para indicar la peligrosidad", serían las necesidades de prevención especial las que determinarían la cuantía de la pena y se habría anulado el efecto limitador de la pena que, frente a las necesidades preventivas, despliega el principio de culpabilidad.

<sup>896</sup> Cfr. Fund. Jdco. IV. letra a.) de la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 150/1991, de 4 de julio. En este Fundamento Jutrídico IV se citan, a su vez, las SSTC 65/1986 y 14/1988.

<sup>897</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 110.

<sup>898</sup> Véase la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 06-04-1990, (Fdmt. Jdco. I): “El punto de partida de esta verificación es la comprobación de que el artículo 10.1 CE en tanto considera que la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad son fundamento del orden político y de la paz social, impone un Derecho penal respetuoso del principio de la culpabilidad por el hecho concretamente cometido. Dicho principio, a su vez, determina que la pena imponible no debe superar la medida determinada por la gravedad de tal culpabilidad por el hecho. Este punto de partida excluye, en consecuencia, que la pena aplicable sea establecida tomando en cuenta la culpabilidad de hechos anteriores ya sancionados o la personalidad del autor exteriorizada por hechos punibles cometidos en el pasado y que ya hayan sido motivo de sanción”.

<sup>899</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., p. 186.

<sup>900</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit., p. 184.

ciertas reminiscencias de un Derecho penal de autor<sup>901</sup>, como por ejemplo sucede con la agravación automática de la pena a causa de la reincidencia<sup>902</sup>.

Por el contrario, en lo que atañe a las medidas de seguridad existe un amplio consenso doctrinal en torno a la idea de que las *medidas de seguridad* son el fruto de un Derecho Penal de autor<sup>903</sup>. Toda medida de seguridad persigue en exclusiva un fin preventivo especial orientado a la personalidad del autor, hallándose su fundamento en la peligrosidad criminal del sujeto. La peligrosidad es en este sentido considerada como una cualidad del sujeto en el que se aprecia la probabilidad de cometer nuevos delitos en el futuro<sup>904</sup>. A diferencia de las penas, las medidas de seguridad y corrección son fruto del pensamiento del Derecho penal de autor y se orientan por principio a su personalidad. Según ROXIN, como las medidas de seguridad no requieren culpabilidad, existe un amplio retroceso del hecho concreto como fundamento de la responsabilidad, y aunque es cierto que se han introducido garantías propias del Estado de Derecho en el sistema de medidas, en comparación con la pena se han invertido los signos: la personalidad del autor está en el primer plano y el hecho sólo sirve para dar lugar a la sanción y para impedir excesos desproporcionados en su aplicación<sup>905</sup>.

El concepto de peligrosidad se orienta hacia el futuro, por esta razón su apreciación implica un juicio naturalístico (no ético, moral o de valor), un cálculo de probabilidades que se concreta finalmente en una prógnosis. En concreto, el juicio de peligrosidad se desarrolla en dos momentos: a) en primer lugar, se realiza un diagnóstico de peligrosidad, en el que se comprueba la cualidad sintomática de peligroso; y b) en segundo lugar, se lleva a cabo una prógnosis criminal, en la que a modo de pronóstico se establece la probabilidad de que el sujeto cometa delitos en el futuro<sup>906</sup>. Aunque en el sistema actual de medidas existen garantías propias del Estado de Derecho vinculadas al hecho concreto y a su peso

---

<sup>901</sup> Así por ejemplo, como paradigma de una genuína punición de autor encontramos la agravación de la pena prevista en el vigente Código Penal para el reincidente (art. 22, circ. 8ª); en este sentido BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 299; por otra parte, y en nuestra opinión, también el concepto de “reos habituales” del art. 94 CP podría ser considerado como expresión de un Derecho Penal de autor.

<sup>902</sup> Vid. sobre la incompatibilidad de la reincidencia con el principio de culpabilidad por el hecho BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad e individualización...*, cit., p. 39; véase también BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad, carácter de autor y poena naturalis...*, cit., pp. 118 ss.

<sup>903</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit., p. 189.

<sup>904</sup> Cfr. ROMEO CASABONA, C.M., *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*. Bosch, Barcelona, 1986, p. 24; asimismo véanse los arts. 6 y 95.1 del Código Penal de 1995.

<sup>905</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit., p. 189.

<sup>906</sup> Cfr. ROMEO CASABONA, C.M., *Peligrosidad...*, cit., pp. 30 ss.

específico, se debe reconocer que en relación a la pena se han invertido los papeles. Como se dijo más arriba, la personalidad del autor aparece en primer plano del sistema de medidas de seguridad, a pesar de lo cual el hecho cometido sigue considerándose como condición necesaria para la imposición de la medida y para impedir excesos desproporcionados en su aplicación<sup>907</sup>.

Así por ejemplo, el vigente Código Penal español de 1995, establece que las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito (art. 6.1). Y en el mismo sentido se exige como presupuesto de toda medida “que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos” (art. 95.1.2ª CP). En conclusión, cabe afirmar que en la actualidad las medidas de seguridad son las sanciones con mayor referencia la autor en nuestro Derecho penal.

### 3. Toma de postura

Es claro que el principio constitucional *nullum crimen, nulla poena sine lege*, favorece más el desarrollo de un Derecho penal del hecho que el de un Derecho penal de autor. Y ello porque las descripciones de acciones y de penas por el hecho se acomodan más a las consecuencias de éste (*lex stricta, certa, scripta y praevia*), que unas disposiciones penales que atiendan a un elemento caracterológico en la persona del autor, o a la esencia criminal de la personalidad que hay que castigar, y que midan a partir de ese baremo la clase y cuantía de la sanción<sup>908</sup>. Según ROXIN, un ordenamiento jurídico que se fundamente en los principios propios de un Estado de Derecho Liberal, se inclinará siempre hacia un Derecho penal del hecho<sup>909</sup>. La decisión en favor de una u otra tendencia es tan importante, que puede afirmarse que el Derecho penal habrá de estructurarse de modo completamente distinto según se base en la idea del hecho o en la del autor. En palabras de ZIMMERL

---

<sup>907</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit., p. 189.

<sup>908</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., pp. 176 y 177.

<sup>909</sup> Véase ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., pp. 176 y 177, quien afirma que las fuertes tendencias preventivo-especiales, existentes desde los tiempos de LISZT, presionan en la dirección del Derecho penal de autor; pues la cuestión de qué intervención sobre el delincuente es precisa para evitar futuros delitos, depende más de su personalidad que del concreto hecho individual.



"hecho concreto o personalidad, ésta es la pregunta sobre el fundamento primario de todo sistema"<sup>910</sup>.

Para tomar una decisión adecuada sobre esta materia, se ha de admitir como punto de partida que tanto la afirmación del libre albedrío, como la afirmación de su contrario, esto es, la existencia de mecanismos o leyes naturales que condicionan el comportamiento humano, o incluso de posiciones que combinan determinismo y comportamiento libre, constituyen alternativas legítimas desde un punto de vista científico<sup>911</sup>. La cuestión relativa a la libertad de voluntad<sup>912</sup> ha sido estudiada intensamente durante el largo período de tiempo transcurrido desde el primer florecimiento de la filosofía griega hasta hoy<sup>913</sup>, aunque dada la complejidad de la materia no podemos detenernos en el estudio de la inabarcable literatura científica existente al respecto de una polémica que no ha pasado por alto ningún gran filósofo desde los tiempos de DEMOCRITO, PLATON, ARISTOTELES y EPICURO<sup>914</sup>. Lo anterior no significa, sin embargo, que mantengamos una posición neutral, pues la decisión que se adopte frente al problema de la libre voluntad, condicionará posteriormente el desarrollo de nuestra argumentación<sup>915</sup>. A este respecto, consideramos que el Derecho penal no puede renunciar a la idea de libertad de voluntad<sup>916</sup>.

La opción en favor de un Derecho penal configurado a partir de la libertad de voluntad que postula el indeterminismo, o en favor de un Derecho penal orientado hacia postulados deterministas, e incluso en favor de una compatibilización de ambas

---

<sup>910</sup> La cita de ZIMMERL, 1930, p. 4, 5 ss., es de ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., p. 177.

<sup>911</sup> Sobre estas tres alternativas véase SCHÜNEMANN, B., *Libertad de voluntad...*, cit., pp. 27 y 28.

<sup>912</sup> Véase ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit., p. 808, para quien se trata de una materia que ha de ser estudiada en el campo de las ciencias naturales o de la teoría del conocimiento.

<sup>913</sup> Cfr. SCHÜNEMANN, B., *Libertad de voluntad...*, cit., p. 26.

<sup>914</sup> Ibidem.

<sup>915</sup> Según ZIMMERL, *Der Aufbau des Strafrechts.systems*. 1930. pp. 4 ss, un sistema de Derecho Penal debe estructurarse de modo completamente distinto según se fundamente en un Derecho penal del hecho o de autor, llegando a considerar que en este punto reside la cuestión central o fundamento primario de todo sistema, citado por ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit., p. 177.

<sup>916</sup> Véase sobre la irrenunciabilidad a la libertad de voluntad como base del Derecho penal, SCHÜNEMANN, B., *Libertad de voluntad...*, cit., p. 34, en cuya opinión: "la imposición de la pena criminal sólo se puede legitimar frente al afectado cuando se puede decir con razones suficientes que el hecho fue individualmente evitable para el autor y, por ello, se le puede reprochar personalmente"; asimismo LIBORIO L. HIERRO, *Libertad y responsabilidad penal*, p. 568: "En conclusión, hay un error en la tesis de que el libre albedrío es indemostrable en el caso concreto, porque el tratar a los hombres como seres libres es un presupuesto valorativo general que no exige demostración o prueba en el caso concreto, más bien exige demostración en el caso concreto la negación del libre albedrío".

posiciones<sup>917</sup>, es libre. Y si bien consideramos preferible las posiciones teóricas que toman como punto de partida la afirmación de la libertad de voluntad<sup>918</sup>, se ha de matizar que la decisión que se adopte respecto a la defensa de una culpabilidad orientada al hecho concreto, o por el contrario a la conducción de la vida del autor, no se basa únicamente en la defensa de la idea de libertad de voluntad o de libertad de acción, pues existen otras razones para ello. Y así, coincidimos con BACIGALUPO cuando afirma el mayor grado de controlabilidad judicial y las mayores garantías para el ciudadano que ofrece el criterio de la culpabilidad por el hecho frente al criterio de la culpabilidad de autor<sup>919</sup>. En semejante sentido se manifiesta ROXIN, para quien la culpabilidad por la conducción de la vida no es apreciable en el ámbito forense habida cuenta la gran complejidad e inabarcable número de factores que entrarían en consideración<sup>920</sup>. Ello supondría, en la práctica, la disolución del efecto limitador que en Estado de Derecho se asigna al principio de culpabilidad, y que precisamente consiste en su referencia o adscripción al tipo<sup>921</sup>. Además, coincidimos con BACIGALUPO cuando afirma que aunque los puntos de vista del Derecho penal del hecho no garantizan los principios del Derecho penal liberal sí permiten desarrollarlos, mientras que el Derecho penal de autor sobre todo en la forma en que fue concebido por

---

<sup>917</sup> Véase SCHÜNEMANN, B., *Libertad de voluntad...*, cit., p. 28, quién critica las tesis compatibilizadoras: “La afirmación cardinal de los teóricos de la compatibilidad se puede expresar de la siguiente manera: se puede concebir un concepto de responsabilidad personal que es independiente de la cuestión de la libertad de voluntad y que solamente presupone libertad de acción”.

<sup>918</sup> Así, por ejemplo SCHÜNEMANN, B., *Libertad de voluntad...*, cit., p. 35, quien afirma: “el Derecho Penal encuentra la libertad de voluntad como una parte de la realidad social constituida previamente por el lenguaje, y no sólo puede conectarse con ella, sino que sería incapaz de ignorar esta construcción de la realidad social”; “como la libertad de voluntad y la posibilidad de actuar de otro modo son fenómenos reales, podemos reprochar también el crimen al autor mentalmente sano, esto es, atribuyéndole su culpabilidad” (p. 47); en parecido sentido ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., p. 808: “La suposición de libertad es una aserción normativa, una regla social de juego, cuyo valor social es independiente del problema de teoría del conocimiento y de las ciencias naturales”; asimismo WELZEL, H., *Derecho penal. Parte General*, (trad. Fontán Balestra, C.). De Palma, Buenos Aires, 1956, p. 161: “Libertad de voluntad es la capacidad de poder determinarse de acuerdo con el sentido. Es la libertad de orientar la fuerza causal, ciega e indiferente al sentido, hacia una autodeterminación adecuada al sentido. No es -como opina el indeterminismo- la libertad de poder actuar en forma distinta (por lo tanto, también peor o contrariamente al sentido), sino la libertad de un actuar de modo adecuado al sentido”; “culpabilidad es la falta de autodeterminación adecuada al sentido, en un sujeto que es capaz para esta determinación de acuerdo con el sentido”.

<sup>919</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 299, según este autor la racionalidad de esta decisión no podrá basarse en un fundamento empírico, pues ambas hipótesis son indemostrables, afirmando a continuación que: “La racionalidad de esta decisión estará, por el contrario, condicionada por el mayor grado de controlabilidad judicial que el criterio adoptado ofrezca. En este sentido la culpabilidad por el hecho es la que brinda mayores garantías”.

<sup>920</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit., p. 817.

<sup>921</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit., p. 817. Además, este es el criterio adoptado en el texto punitivo alemán, ya que el StGB parte en la fundamentación de la pena del principio de culpabilidad por el hecho individual (parágrafo nº 46).

ERIK WOLF<sup>F</sup> y otros autores, pone seriamente en peligro tales principios, cuando no los anula<sup>922</sup>.

Tanto por su mejor adecuación a la idea de libertad de voluntad, como por el mayor grado de controlabilidad judicial y garantía que ofrece al individuo, nos mostramos partidarios de un Derecho Penal orientado al hecho concreto y no a la conducción de la vida, al carácter, o a la total personalidad del autor. Ello supone, como consecuencia lógica, afirmar que la imposición de pena se justifica a partir de la culpabilidad manifestada en el hecho y no en el modo de ser del autor. De esta forma, sólo la culpabilidad existente durante la misma realización del tipo, sólo la culpabilidad existente en la concreta situación de hecho, puede justificar la responsabilidad jurídico-penal<sup>923</sup>, pues una conducción *culpable* de la vida no es una realización culpable del tipo, y sólo ésta es punible<sup>924</sup>. Como conclusión, afirmamos que la esencia de la culpabilidad no reside en el carácter del autor, ni en la conducción de su vida<sup>925</sup>, sino en la responsabilidad de éste en la comisión del hecho objeto de enjuiciamiento<sup>926</sup>.

#### **IV. Concepto material de culpabilidad**

Tradicionalmente, el concepto material de culpabilidad ha venido condicionado por la concepción mantenida respecto de la pena<sup>927</sup>. De esta forma, las diversas nociones de culpabilidad han oscilado entre una concepción basada en la libre voluntad propia de las teorías absolutas, y otras que reemplazan la libre voluntad por el carácter del autor, por la conducción de su vida, o incluso que proponen sustituir el concepto de culpabilidad por el de peligrosidad.

##### **1. Teorías absolutas**

Las teorías absolutas consideran la culpabilidad como fundamento legitimante y como presupuesto de la pena. Según la concepción ética y de teoría del Derecho del

---

<sup>922</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 142.

<sup>923</sup> Véase parágrafo nº 20 del StGB; asimismo SCHÜNEMANN, B., *Libertad de voluntad...*, cit., p. 25.

<sup>924</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit., p. 817.

<sup>925</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 108.

<sup>926</sup> Vid. STS 150/1991: “La CE consagra sin duda un principio estructural básico del Derecho penal de manera que no sería legítimo un Derecho penal de autor, que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos”.

<sup>927</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., pp. 299 y 300.

idealismo alemán, la pena requiere como presupuesto un *demeritum*, y la culpabilidad es *culpabilidad moral* basada en la libertad (KANT)<sup>928</sup>. Más tarde, aunque en semejante sentido, HEGEL afirma que “el hecho sólo puede ser imputado como culpabilidad de la voluntad”<sup>929</sup>. Esta es la concepción de la culpabilidad en la denominada *Escuela Clásica*, entre cuyos principales representantes podemos citar a CARRARA<sup>930</sup>. A partir de entonces, en el Derecho Penal se habla de la culpabilidad como *culpabilidad de voluntad*, y así BINDING afirma que “toda culpabilidad es culpabilidad de voluntad”<sup>931</sup>. Se debe precisar que tanto el concepto psicológico (existencia de la voluntad) como el normativo (juicio de valor sobre la voluntad) de la culpabilidad, se fundamentan en la idea de voluntad.

Del mismo modo, el concepto finalista de la culpabilidad se basa en la voluntad, y así, WELZEL define la culpabilidad como la “reprochabilidad por la configuración de la voluntad”<sup>932</sup>. Según la concepción absoluta de la pena, esta se configura como la justa retribución de la culpabilidad y ésta, a su vez, como el resultado de la libre voluntad del Hombre. La vinculación existente entre culpabilidad y responsabilidad, propia de las teorías absolutas de la pena, adopta como punto de partida característico la afirmación de la capacidad del Hombre para dirigir libremente su voluntad.

## 2. Teorías relativas

La generalizada convicción sobre la existencia del libre albedrío, dominante hasta el siglo XIX, encontró una firme oposición en el seno de la Escuela Positiva, que reacciona

---

<sup>928</sup> Cfr. KANT, *Metaphysic der Sitten*, 1797, p. 29, citado por BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 300; asimismo *vid.* AMERIO, F., *Historia de la Filosofía*. Ed. Ibérica, Madrid, 1954, p. 354, según KANT la libertad es una exigencia de la razón práctica, es un postulado de la Ley moral. Así como todo hombre siente la Ley moral, de la misma manera siente su libertad, como presupuesto y condición de la misma Ley; también JIMENEZ DE ASUA, L., *Principios de Derecho penal. La Ley y el delito*. 3ª Ed. Buenos Aires, 1958, pp. 331 y 332.

<sup>929</sup> Cfr. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, parágrafos nº 105 y 117, citado por BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 300; véase también HEGEL, G.W., *Principios de la filosofía del Derecho*. Trad. Por J.L. Vermaal. Edhasa, Barcelona, 1999.

<sup>930</sup> Cfr. JIMENEZ DE ASUA, L., *Principios...*, cit., p. 328.

<sup>931</sup> Cfr. BINDING, *Normen*, II, 1. 2ª Ed., 1914, p. 294, citado por BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 300; en el mismo sentido WELZEL, H., *Derecho penal...*, cit., p. 152: “culpabilidad es la reprochabilidad de la formación de voluntad”; el mismo en p. 148 y 149: “así, es objeto primario de la reprochabilidad la voluntad de acción”.

<sup>932</sup> Cfr. WELZEL, H., *Derecho penal...*, cit., p. 148 y 149, el mismo autor afirma que “en el Derecho penal el delito es el abuso de la libertad que es reprochado al autor como culpabilidad y retribuido con pena”; asimismo *vid.* la cita de BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 300.

frente a las teorías absolutas proponiendo una concepción relativa de la pena<sup>933</sup>. Así, en el seno del más radical positivismo italiano, FERRI asume como punto de partida la negación del libre albedrío y la afirmación de un determinismo social, buscando el fundamento del derecho a castigar no en una presunta e indemostrable imputabilidad moral basada en el libre albedrío, sino en la *responsabilidad social*, esto es: en la idea de que todo hombre por el hecho de vivir en sociedad y disfrutar de las ventajas que ofrece la vida asociada, debe responder de su comportamiento<sup>934</sup>. Lo que se castiga entonces no es una acción inmoral, sino un acto socialmente dañoso<sup>935</sup>. Desde este punto de vista, el delito no es más que un *síntoma* o *indicio* revelador de la *personalidad socialmente dañosa* de su autor, y a la sanción penal se le asigna un fin de protección que ha de adaptarse principalmente a la defensa de las condiciones básicas de existencia del cuerpo social<sup>936</sup>. La reacción penal se dirige frente al acto dañoso y no contra la acción inmoral, todo ello al objeto de alcanzar su exclusiva finalidad de defensa social<sup>937</sup>.

Posteriormente, a finales del s. XIX, en una época caracterizada por el auge de las ciencias naturales y el declive de la filosofía de KANT y HEGEL, surgen una serie de concepciones eclécticas de la culpabilidad que intentan darle contenido sin la intervención del libre albedrío<sup>938</sup>. Así, en el seno de la denominada *Escuela Sociológica* o *Joven Escuela alemana* encabezada por VON LISZT (1851-1919), nace la teoría de la prevención especial. Según este autor, que participa de las ideas deterministas y se enfrenta con todos aquéllos que pretenden convertir el dogma del libre albedrío en fundamento del Derecho penal, la culpabilidad no tiene nada que ver con la libertad de poder actuar de otro modo<sup>939</sup>. A partir

---

<sup>933</sup> Y así por ejemplo, ENRICO FERRI (1856-1929) titulaba su tesis doctoral *La teoría della imputabilità e la negazione del libero arbitrio*, fechada en el año 1878; sobre ello *vid.* SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones...*, I, cit., p. 135.

<sup>934</sup> Vid. al respecto FERRI, E., *Los nuevos horizontes del Derecho y del procedimiento penal*, (trad. de PEREZ OLIVA, I.). Madrid, 1887, pp. 68 ss., citado por SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones...*, I, cit., p. 135; asimismo JIMENEZ DE ASUA, L., *Principios...*, cit., p. 328, lo que se castiga no es una acción inmoral, sino un acto dañoso.

<sup>935</sup> Cfr. JIMENEZ DE ASUA, L., *Principios...*, cit., p. 328.

<sup>936</sup> Y así FERRI clasifica a los delincuentes como: a) natos; b) locos; c) habituales; d) ocasionales; y d) pasionales; véase FERRI, E., *Principii di Diritto Criminale*, 1928, p. 264, citado por BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 12.

<sup>937</sup> Cfr. SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones...*, I, cit., p. 138.

<sup>938</sup> Cfr. JIMENEZ DE ASUA, L., *Principios...*, cit., p. 329, el nombre de eclécticas se lo asigna FERRI al combatir estas teorías, entre las que cabe citar la de ALIMENA (teoría de la intimidabilidad), la de GABRIEL TARDE (teoría de la identidad individual y semejanza social), o la de MANZINI (teoría de la capacidad penal).

<sup>939</sup> Cfr. ZUGALDIA ESPINAR, J.M., *¿Otra vez la vuelta a Von Liszt?*, Introducción a la obra de VON LISZT, F. *La idea del fin en el Derecho penal*. Trad. por Pérez del Valle, C., Ed. Comares, 1995, p. 94.

de la anterior afirmación, se elabora un concepto de la pena desvinculado por completo de la ética o de la moral, determinado exclusivamente por la idea del fin y orientado hacia la protección de bienes jurídicos<sup>940</sup>. Así configurada la pena, el contenido material u objeto de la culpabilidad, viene exclusivamente determinado por la *capacidad de conducirse normalmente en sociedad*, es decir, de observar una conducta que responda a las exigencias ordinarias de la vida política común de los hombres<sup>941</sup>. La culpabilidad estará entonces determinada por la *actitud asocial del autor* que surge de la ejecución de una conducta antisocial<sup>942</sup>. De este modo, la culpabilidad se concibe con independencia de la voluntad y, en consecuencia, sin necesidad de afirmar el libre albedrío<sup>943</sup>.

También PRINS en el seno de la denominada *Joven Escuela*, afirma que la concepción kantiana de la libertad entendida como postulado de la Ley moral resulta incognoscible para el Hombre desde el punto de vista de la razón especulativa, por lo que sin llegar a negar el libre albedrío, califica como infecunda para el Derecho penal toda discusión al respecto, afirmando que para la resolución del problema -si es que puede tenerla- debemos remitirnos al campo de la Filosofía<sup>944</sup>. Tomando como base lo anterior, así como el concepto de *temibilidad* acuñado algunos años antes por GAROFALO, propone este autor sustituir el concepto de culpabilidad por el de *estado peligroso*. Según esta concepción, el penalista debe interesarse únicamente por el peligro que el delincuente representa para la sociedad, a cuyo efecto se debe prestar mucha más atención al *carácter asocial* del culpable y al grado de intensidad de los móviles antisociales que le empujan a cometerlo, que a una hipotética e indemostrable imputabilidad moral<sup>945</sup>.

---

<sup>940</sup> Cfr. VON LISZT, F. *La idea del fin en el Derecho penal. Programa de la Universidad de Marburgo*, 1882. Trad. por Pérez del Valle, C., Ed. Comares, 1995, pp. 61 y 67. Según la concepción de la pena de VON LISZT, en la que la protección de bienes jurídicos se alcanza a través de la prevención especial (corrección, intimidación e inocuización), la culpabilidad tiene un sentido *sintomático* respecto de la especie de autor, que puede incluso ser clasificado como: corregible; no necesitado de corrección; e incorregible.

<sup>941</sup> Cfr. JIMENEZ DE ASUA, L., *Principios...*, cit., p. 329, según este autor, VON LISZT define la imputabilidad como “facultad de determinación normal”, por tanto es susceptible de imputabilidad todo hombre con un desarrollo normal, mentalmente sano y cuya conciencia no se halle perturbada.

<sup>942</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 301; ello se puede contrastar con lo que afirma JIMENEZ DE ASUA, L. *Principios...*, cit., p. 329, sobre el concepto de imputabilidad de VON LISZT.

<sup>943</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 301.

<sup>944</sup> Citado por JIMENEZ DE ASUA, L., *Principios...*, cit., pp. 331 a 333.

<sup>945</sup> *Ibidem*.

### 3. Teorías de la unión

Desde el punto de vista de las teorías de la unión, se pretenden sintetizar los postulados de las teorías absolutas y relativas de la pena superando así el enfrentamiento entre los partidarios de ambas concepciones. Con este objetivo, se propone un concepto de la pena que sea susceptible de conjugar la finalidad preventiva y la represiva, así como de solucionar el problema práctico que presentan los autores peligrosos<sup>946</sup>. Desde la perspectiva ecléctica que procuran las primeras teorías de la unión, a la culpabilidad se le asigna la función de constatar tanto la libertad del autor -desde un punto de vista psicológico desvinculado de la idea metafísica del libre albedrío-, como su peligrosidad<sup>947</sup>. La culpabilidad se configura adicionando a los elementos clásicos de su concepto, un elemento caracterológico que permita referir la acción a la total personalidad del autor<sup>948</sup>. De este modo, JIMENEZ DE ASUA parte del psicoanálisis y rechaza la imputabilidad moral vinculada con la afirmación del libre albedrío, concibiendo en su lugar una imputabilidad psicológica, entendida ésta como la facultad de conocer y valorar el deber y de determinarse espontáneamente<sup>949</sup>. La imputabilidad así concebida, opera como un presupuesto de la culpabilidad, y se determina con independencia del problema filosófico de la libertad de voluntad<sup>950</sup>. Queda así configurado un concepto valorativo de la culpabilidad, que concibe ésta como un juicio de reproche (disvalioso). Se trata de una valoración jurídico-penal y no meramente ética, por lo que respecto de ella el debate sobre el libre albedrío resulta irrelevante<sup>951</sup>. La culpabilidad supone un contenido psicológico (motivos del autor), así como un aspecto caracterológico (referido a la personalidad del autor), pero sólo surge cuando es posible formular un juicio de reproche al autor<sup>952</sup>.

Una variante más moderna de las teorías de la unión es la *teoría dialéctica*, que propone una concepción de la culpabilidad basada en una convención normativa, lo que también le permite mantenerse al margen de la disputa filosófica sobre la libre voluntad.

---

<sup>946</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 301.

<sup>947</sup> Así, afirma JIMENEZ DE ASUA, L., *Principios...*, cit., p. 357, que constituyen elementos del juicio de culpabilidad: “Las referencias de la acción a la total personalidad del autor (parte integrante caracterológica). El acto debe ser adecuado a la personalidad del que lo causa. Aquí debe apreciarse (...) la peligrosidad (...). Es la única manera de enclavar jurídicamente el estado peligroso del culpable”.

<sup>948</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 301, quien cita a MEZGER como defensor de esta concepción mixta; asimismo *vid.* JIMENEZ DE ASUA, L., *Principios...*, cit., p. 357.

<sup>949</sup> Cfr. JIMENEZ DE ASUA, L., *Principios...*, cit., pp. 352 y 353.

<sup>950</sup> *Ibidem*.

<sup>951</sup> Cfr. JIMENEZ DE ASUA, L., *Principios...*, cit., p. 355.

<sup>952</sup> *Ibidem*.

Tomando como punto de partida los postulados de la denominada *teoría dialéctica de la unión*, ROXIN propone un concepto de culpabilidad desvinculado de la noción filosófica del libre albedrío, que no encontraría su fundamento en un ideal metafísico de libertad cuya verdadera existencia ni afirma ni desmiente, sino en consideraciones político-criminales vinculadas con la teoría de los fines de la pena. Asimismo, ROXIN desvincula el concepto de culpabilidad de la peligrosidad del autor, concepto éste último que relaciona de forma exclusiva con un sistema de medidas de seguridad, al que esencialmente asigna una función preventivo- especial<sup>953</sup>. Desde este punto de vista, la pena -que se orienta hacia la prevención general y especial-, excluye de sus fines toda referencia a la retribución. Así concebida la pena, se otorga al principio de culpabilidad una función limitadora de la punibilidad, rechazándose sin embargo la segunda función que las teorías absolutas asignan a la pena, esto es, la de justificarla<sup>954</sup>. El concepto material de culpabilidad deja por tanto de basarse en el indemostrable dogma del libre albedrío, para configurarse a partir de una suposición de libertad que se acepta como una “aserción normativa”<sup>955</sup>.

#### 4. Teoría de la prevención general positiva

Desde el punto de vista de la teoría de la prevención general positiva, JAKOBS asigna a la pena la finalidad de mantener la confianza general en la norma<sup>956</sup>. Según este autor, el concepto de culpabilidad no puede ser establecido de una forma universal y abstracta, sino que debe determinarse funcionalmente con referencia a un sistema social dado y a los fines que a la pena sean asignados dentro de ese sistema, debiendo ambos factores acomodarse recíprocamente<sup>957</sup>. El concepto de culpabilidad dependerá por tanto de la función que deba desempeñar -concepto funcional de la culpabilidad-, y ésta será

---

<sup>953</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit., pp. 103 ss., afirma este autor que “el fin de la pena y de las medidas de seguridad no se diferencia en esencia”; “En consecuencia, pena y medida de seguridad se diferencian no en el fin, sino en la limitación”; “La medida de seguridad no está ligada en su gravedad y duración a la medida de la culpabilidad, sino sólo al principio de proporcionalidad, que admite injerencias más amplias que las permitidas por la pena”.

<sup>954</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 301, según esta concepción, la pena está limitada por la gravedad de la culpabilidad; mientras que la medida queda limitada por el principio de proporcionalidad.

<sup>955</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit., pp. 791 ss.

<sup>956</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit., p. 584.

<sup>957</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit., p. 584: “El concepto de culpabilidad, por tanto, ha de configurarse funcionalmente, es decir, como concepto que rinde un fruto de regulación, conforme a determinados principios de regulación (de acuerdo con los requisitos del fin de la pena), para una sociedad de estructura determinada”.



distinta según el fin que se asigne a la pena y según la propia constitución de la sociedad<sup>958</sup>. Considerando lo anterior, la pena se impone para mantener la confianza general en la norma y con ello mantener la identidad del orden social, por lo que el concepto de culpabilidad no se orienta hacia el futuro, sino que de hecho está orientado al presente en la medida en que el Derecho penal funciona, es decir, contribuye a estabilizar el ordenamiento<sup>959</sup>.

La cuestión de que el hecho injusto pueda ser atribuido a quien actúa de forma inicua se decide con arreglo al criterio de *fidelidad al Derecho*, y constituye el problema de la culpabilidad<sup>960</sup>. La culpabilidad se concibe por tanto como *falta de fidelidad al Derecho*, o lo que es lo mismo, como *deslealtad al orden jurídico*, debiéndose precisar que con ello se hace referencia a la infidelidad por la que debe responder el autor. En este sentido, la culpabilidad entendida como deslealtad o infidelidad al Derecho es una construcción normativa, un concepto orientado normativamente<sup>961</sup>. Así, el autor de un hecho antijurídico obra con culpabilidad cuando dicha acción antijurídica no sólo indica una falta de motivación jurídica dominante -por eso es antijurídica-, sino cuando, además, el autor es competente por esa falta de motivación<sup>962</sup>. Cuando en el autor falta la disposición a motivarse conforme a la norma, y este déficit de motivación no es susceptible de ser explicado sin que ello afecte a la confianza general en la norma, entonces el autor será considerado competente por su falta de motivación y con ello culpable<sup>963</sup>. Siempre y cuando exista un déficit de motivación jurídica y el autor sea considerado competente por esa falta de motivación, ha de castigársele, salvo que concurren circunstancias excepcionales (por ej.: desistimiento, prescripción, etc.)<sup>964</sup>. Desde esta perspectiva, la culpabilidad se dará no sólo cuando el autor no se ha motivado por la norma, sino cuando, además, estuviera obligado a ello, es decir, cuando fuera competente por su falta de motivación. Desde este

---

<sup>958</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit., p. 567.

<sup>959</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit., p. 581.

<sup>960</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit., p. 582.

<sup>961</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit., p. 567; también BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., pp. 302 y 303, según este autor el concepto funcional de la culpabilidad supone un giro decisivo en la historia dogmática de la culpabilidad, que de forma tradicional y a partir de los fines de la pena ha venido relacionando ésta con la voluntad libre, con el carácter del autor, o con su tendencia. Sin embargo, el funcionalismo concibe la capacidad individual del autor de un modo exclusivamente normativo y determinado únicamente en base a presupuestos relativos a la seguridad del orden social.

<sup>962</sup> Vid. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 302.

<sup>963</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit., p. 566: “Esta responsabilidad por un déficit de motivación jurídica dominante, en un comportamiento antijurídico, es la culpabilidad”.

<sup>964</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit., p. 581.

punto de vista y a fin de determinar la culpabilidad en concreto, es necesario tener en cuenta cuántas presiones sociales se le pueden achacar al autor afectado por la atribución de la culpabilidad, y cuántas cualidades perturbadoras del autor han de ser aceptadas por el Estado y por la sociedad, o incluso han de ser soportadas por terceros incluida la propia víctima<sup>965</sup>.

Considera JAKOBS que con el juicio de culpabilidad no se ha de perseguir una desvaloración del individuo (reproche), si no tan solo un efecto de aseguramiento del orden social<sup>966</sup>. Por lo anterior, en la culpabilidad no se trata de averiguar si el autor tiene una alternativa real de comportamiento, sino de si existe una alternativa de organización que sea preferible a la imputación del hecho a su autor<sup>967</sup>. La alternativa de otra conducta se determinará normativamente<sup>968</sup>, por lo que JAKOBS propone que la conocida expresión de KOHLRAUSCH afirmando que el poder individual en la culpabilidad es una *ficción necesaria para el Estado*, debe ser modificada afirmando que “el poder, si es que se quiere atender a él, es una construcción normativa”<sup>969</sup>. En este sentido, la capacidad de culpabilidad “no es una cualidad que el autor tiene o no y que puede ser comprobada con ayuda de la psicología o de la psiquiatría, sino una capacidad que se atribuye al autor y que, por tanto, está orientada normativamente<sup>970</sup>”. En conclusión, JAKOBS propone un concepto de culpabilidad que no sólo encuentre su fundamento en la teoría de los fines de la pena, sino que además tenga en consideración la propia configuración de la sociedad. De esta forma, la culpabilidad vendrá determinada normativamente con exclusiva atención a las alternativas sociales para la solución penal del conflicto, y con total independencia de la cuestión del libre albedrío o del carácter del sujeto<sup>971</sup>.

---

<sup>965</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit., pp. 582 y 583: “El resultado -de esta ponderación- se rige en principio por el criterio dominante de aquéllas condiciones que deben ser consideradas imprescindibles para la existencia del sistema y de sus subsistemas esenciales”.

<sup>966</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit., p. 585.

<sup>967</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit., p. 585; sobre ello también BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 303.

<sup>968</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit., pp. 584 y 585.

<sup>969</sup> Ibidem.

<sup>970</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit., p. 645.

<sup>971</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit., pp. 584 y 585, según este autor un concepto de culpabilidad que prescinda del contenido de “reproche” y que se limite al aseguramiento del orden social, puede existir con independencia de suposiciones sobre si el autor, en el momento del hecho, está dotado de libre albedrío, cuestión que en términos semejantes a los empleados por ROXIN, califica de irrelevante a efectos de culpabilidad.

## V. Concepto dogmático de culpabilidad

El concepto de culpabilidad de la teoría del delito, trata de delimitar las condiciones bajo las cuales un autor puede ser considerado responsable de su acción típica y antijurídica. Recordemos que el *principio de culpabilidad* no es determinante en forma absoluta del concepto de culpabilidad de la teoría del delito, pues si bien influye en el mismo, no determina necesariamente su estructura<sup>972</sup>. Por otra parte, el *concepto material* de culpabilidad también está estrechamente vinculado con la configuración del concepto dogmático de culpabilidad<sup>973</sup>, aunque esta vinculación no afecta generalmente a los elementos del concepto dogmático de culpabilidad, que en la ciencia penal actual suelen ser los mismos, esto es, la imputabilidad, la conciencia de la antijuridicidad, y la exigibilidad<sup>974</sup>. Por el contrario, el contenido material de la culpabilidad del que se parta sí determina el contenido de cada uno de los elementos que componen el concepto dogmático, así como la concreta configuración de cada uno de los mismos<sup>975</sup>.

### 1. Concepción psicológica

El concepto causal-naturalista de delito de VON LISZT, RADBRUCH y BELING, se fundamentaba en una concepción psicológica de la culpabilidad, pues ésta era entendida como una relación psicológica entre el hecho y su autor<sup>976</sup>. De este modo, lo que interesaba en el ámbito de la culpabilidad era comprobar que entre la voluntad del autor y el hecho ilícito existiera una relación de causalidad psicológica<sup>977</sup>. Recordemos que el delito, concebido según las construcciones positivistas imperantes a finales del siglo XIX, se estructuraba a partir de la idea central de causalidad en dos planos diferentes: a) en primer lugar, la parte externa del hecho, que se identifica con el objeto de la antijuridicidad; y b) en

---

<sup>972</sup> Véase sobre este particular BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 110.

<sup>973</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 303.

<sup>974</sup> Ya hemos visto que en algunas ocasiones se ha añadido, además, un elemento caracterológico referido a la total personalidad del autor, y así por ejemplo JIMENEZ DE ASUA, L., *Principios...*, cit., p. 357; en este sentido también BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 303.

<sup>975</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 303, el concepto material de la culpabilidad será, por ejemplo determinante de la inclusión o no del dolo en el concepto dogmático de la culpabilidad (teoría psicológica/normativa), así como de su concreta configuración (dolus malus/dolo natural).

<sup>976</sup> Cfr. JESCHECK, H.H., *Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2003, núm. 05-01, p. 01:1-01:19. Esquinas Valverde, traductora. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc05-01.pdf>, p. 01:3; asimismo *vid.* MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, cit., pp. 540 y 541; SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones...*, cit., III, p. 5, quien relaciona como partidarios de esta concepción psicológica a RADBRUCH, KOHLRAUSCH, LISZT, BATAGLINI y RANIERI.

<sup>977</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 304.

segundo lugar, la parte interna del hecho, en la que se contiene el conjunto de elementos subjetivos del hecho y que se atribuye a la culpabilidad<sup>978</sup>.

El injusto se concibe a partir del concepto de causalidad, como causación de un resultado lesivo, y la culpabilidad como una relación de causalidad psíquica, como el nexo existente entre la voluntad del autor y el hecho ilícito<sup>979</sup>. La voluntad sólo es causal del hecho ilícito en dos casos: el dolo y la culpa, que constituyen las dos únicas formas posibles de conexión psíquica entre el autor y su hecho<sup>980</sup>. De esta forma, el delito aparece como el resultado de una doble relación de causalidad: a.) la relación de causalidad material, que configura la antijuricidad; y b.) la relación de causalidad psíquica, que constituye la culpabilidad<sup>981</sup>. Para comprender adecuadamente este concepto dogmático de la culpabilidad, se debe precisar que el dolo y la culpa no se configuran únicamente como elementos de la culpabilidad, sino que constituyen las dos *especies* del género que conforma la culpabilidad: son la culpabilidad misma en una u otra de sus formas<sup>982</sup>. Según JIMENEZ DE ASUA “las especies de la culpabilidad -el dolo y la culpa- no son características de aquélla, como MEZGER ha creído, ni formas de presentación. Constituyen auténticas especies en las que se encarna conceptualmente el género abstracto culpabilidad. Y son las únicas especies”<sup>983</sup>. Asimismo, resulta importante recordar que tanto el dolo como la culpa presuponen en esta concepción la imputabilidad del autor.

El concepto psicológico de la culpabilidad fracasa, sin embargo, ante la culpa sin representación o imprudencia inconsciente, ya que ésta no es susceptible de ser explicada como relación psicológica si partimos de admitir que el autor no ha querido la realización del hecho típico y antijurídico. Asimismo, el concepto psicológico de la culpabilidad carece de explicación para ciertas causas de inculpabilidad (p.ej.: estado de necesidad disculpante),

---

<sup>978</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, cit., p. 540.

<sup>979</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 304; asimismo véase MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, cit., p. 540; también SAINZ CANTERO, J.A., *Leciones...*, cit., III, p. 5.

<sup>980</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 304; MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, cit., p. 540.

<sup>981</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, cit., p. 541; en el mismo sentido BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 304.

<sup>982</sup> A este respecto afirma MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, cit., p. 541: “Así, el vínculo de voluntad que representa el dolo no constituye sólo un requisito de la culpabilidad, sino que es la culpabilidad específica del delito doloso. Es, más concretamente, la especie más perfecta de culpabilidad, porque supone la relación psíquica completa entre el hecho y su autor. Y la culpa se entiende como una conexión psíquica imperfecta con el hecho”.

<sup>983</sup> Cfr. JIMENEZ DE ASUA, L., *Principios...*, cit., p. 358.

en las que a pesar de concurrir la relación psíquica en la que el dolo consiste falta la culpabilidad<sup>984</sup>.

## 2. Concepción normativa

A principios de siglo, la teoría normativa reemplaza a la teoría psicológica a partir de las aportaciones de FRANK (1907), GOLDSCHMIDT (1913) y FREUDENTHAL (1922)<sup>985</sup>. Esta teoría surge en un marco cultural caracterizado por la superación del naturalismo positivista y su sustitución por la metodología neokantiana, que da lugar a un concepto *neoclásico* de delito según el cual ya no se trata de describir realidades naturalísticas internas o externas, sino de comprender el significado valorativo de los conceptos jurídicos<sup>986</sup>. La culpabilidad deja entonces de ser considerada como un hecho psíquico y pasa a ser configurada como un juicio de valor<sup>987</sup>.

Como punto de partida, se redefinen las relaciones entre el género -la culpabilidad- y la especie -el dolo y la culpa-, afirmando que dolo y culpa no son especies de la culpabilidad, y que cada uno de ellos no debe contener necesariamente los elementos que caracterizan el concepto genérico. Esto no supone que el dolo y la culpa dejen de ser consideradas en el seno de la culpabilidad -de la que pasan a formar parte como elementos necesarios pero no suficientes-, significa más bien que ya no pueden ser concebidos como la culpabilidad misma (en cualquiera de sus dos especies). Lo decisivo del concepto normativo es que la culpabilidad se concibe como un juicio de valor sobre la voluntad, o más bien de desvalor, esto es, como un reproche por la voluntad defectuosa: una conducta culpable es una conducta reprochable<sup>988</sup>. En este sentido, FRANK afirmaba en 1907 que “en la búsqueda de una expresión breve que contenga todos los mencionados componentes del concepto de culpabilidad, no encuentro otra que la reprochabilidad: culpabilidad es reprochabilidad<sup>989</sup>”.

---

<sup>984</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 304; también MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, cit., pp. 541 y 542.

<sup>985</sup> Véase JIMENEZ DE ASUA, L., *Principios...*, cit., p. 355.

<sup>986</sup> Véase sobre ello más ampliamente JESCHECK, H.H., *Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad...*, cit., p. 01:3.

<sup>987</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, cit., p. 542 y 543.

<sup>988</sup> La cita ha sido tomada de BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 304.

<sup>989</sup> Cfr. FRANK, R., *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, reimpresión de la obra original *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, editada por Alfred Töpelmann, Giessen, 1907, traducida por Eduardo Aboso y Tea Löw, ed. B de F, Montevideo, 2002, p. 39.

Algo más tarde, GOLDSCHMIDT (1913) completa este concepto normativo al afirmar que la reprochabilidad suponía un comportamiento interior opuesto a una *norma de determinación* (o de deber), entendida como imperativo personal, que se encontraría junto a la *norma de valoración* (o de Derecho), cuya lesión constituye la antijuridicidad<sup>990</sup>. Según GOLDSCHMIDT, la culpabilidad descansa en la contrariedad al deber y el elemento normativo es el juicio sobre la existencia de esa contrariedad. El deber es un *deber exigible*, por lo que se excluye -aún cuando concorra el nexo psicológico entre el autor y su hecho (dolo/culpa)- cuando no pueda exigirse a su autor que actuara de acuerdo con la norma de deber. La culpabilidad se configura por tanto como un juicio de reproche que versa sobre la exigibilidad<sup>991</sup>.

Posteriormente, FREUDENTHAL (1922) va más lejos al considerar que el reproche que la culpabilidad se justifica porque el autor se ha comportado contra el Derecho habiendo debido y podido comportarse de otra forma. El poder del agente es el límite de la culpabilidad. Si el autor en el caso concreto no ha podido conformar su conducta a la norma jurídica, el reproche desaparece y con él, la culpabilidad. Sin poder no hay deber, y sin este último no hay culpabilidad<sup>992</sup>. Así, un comportamiento antijurídico es reprochable si el autor: a) es capaz de culpabilidad (imputable); b) ha tenido, o ha podido tener una relación concreta respecto al hecho: dolo o culpa, que para ser defectuosos han de referirse tanto a los hechos como a su significación antijurídica (por lo que el dolo debe contener necesariamente la conciencia de la antijuridicidad)<sup>993</sup>; y c) ha obrado en circunstancias normales, sin la concurrencia de causas de que excluyen la culpabilidad, que impedirían el reproche por falta de exigibilidad<sup>994</sup>. De este modo, puede concurrir el dolo y faltar la culpabilidad, lo que sucede en las causas de inculpabilidad (p.ej: estado de necesidad disculpante), porque entonces el dolo no es reprochable en atención a las *circunstancias concomitantes*. Del mismo modo, el autor imprudente puede ser considerado culpable a pesar de que falte toda relación psíquica entre el autor y su hecho, toda vez que

---

<sup>990</sup> Cfr. GOLDSCHMIDT, J., *La concepción normativa de la culpabilidad*, reimpresión de la obra original *Normativer Schuld begriff*, en *Fest. Für Frank* (1930), traducida por Margarethe de Goldschmidt y Ricardo Núñez, ed. B de F, Montevideo, 2002, pp. 83 ss.; véase también BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 305; asimismo MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, cit., p. 542.

<sup>991</sup> Cfr. SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones...*, cit., III, p. 8.

<sup>992</sup> *Ibidem*.

<sup>993</sup> Cfr. SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones...*, cit., III, p. 9.

<sup>994</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 305; asimismo MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, cit., p. 543; según JIMENEZ DE ASUA, L., *Principios...*, cit., pp. 356 y 357: “El nexo común de dolo y culpa estriba en que en ambos casos se debe y se puede obrar de otro modo (es decir, de conformidad al Derecho). En suma: en la exigibilidad, que es el contenido de la culpabilidad normativamente concebida”.

lo decisivo es que la conducta sea reprochable y en la culpa lo es porque el sujeto actúa sin cumplir el deber de advertir el peligro<sup>995</sup>.

El concepto neoclásico de delito configura por tanto la culpabilidad desde una perspectiva valorativa (como valoración jurídico-penal y no meramente ética), aunque mantiene el contenido psicológico del hecho como objeto de la valoración<sup>996</sup>. La culpabilidad es una situación de hecho psicológica que, en virtud de una valoración jurídica, se determina como contraria al deber y reprochable<sup>997</sup>.

### 3. Concepción finalista

Según la concepción finalista de WELZEL, la acción puede ser definida como la conducta humana dirigida por la voluntad hacia un determinado resultado<sup>998</sup>. Este concepto final se contraponen al concepto puramente causal de acción propio del concepto clásico de delito de VON LISZT, o del concepto neoclásico de delito de MEZGER<sup>999</sup>. El finalismo, extrae el dolo y la culpa de su tradicional sede en la culpabilidad, que deja así de albergar como lo hizo hasta entonces la parte subjetiva del hecho. De esta forma, la totalidad del hecho - concebido éste como una unidad en la que se engloba lo subjetivo a la par que lo objetivo-, constituye el contenido del injusto. Así, se consigue despojar a la culpabilidad de todo elemento psicológico y convertir la culpabilidad en una categoría *puramente normativa*, en la que todos sus elementos son valorativos<sup>1000</sup>. A diferencia de la concepción normativa de FRANK y GOLDSCHMIDT, que mantiene un resto del psicologismo anterior al constituir la *voluntad defectuosa* como centro de la culpabilidad, la concepción puramente normativa elimina todo elemento psicológico de la culpabilidad, que queda entonces como un compendio de elementos, todos ellos valorativos, que permiten reprochar el hecho

---

<sup>995</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 304; MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, cit., p. 542.

<sup>996</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, cit., p. 543, acoge esta concepción normativa MEZGER, que ejerce gran influencia en España.

<sup>997</sup> Cfr. SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones...*, cit., III, p. 9.

<sup>998</sup> Cfr. WELZEL, H. *Derecho penal...*, cit., pp. 35 ss.; el mismo autor en *El nuevo sistema de Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, trad. de Cerezo Mir, J., ed. BdeF, Montevideo, 2001, pp 41 ss.

<sup>999</sup> Se denomina concepto causal de acción, porque la voluntad humana, que debe dominar la acción, se contempla solamente en su dimensión causal, no en su función conductora del curso causal. Se separa así, a efectos sistemáticos: a) el impulso volitivo, que es el único que interesa desde el punto de vista de la acción; y b) el contenido de la voluntad, que es cuestión sobre la que debe indagarse en la culpabilidad.

<sup>1000</sup> Cfr. SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones...*, cit., III, p. 9.

antijurídico a su autor<sup>1001</sup>. Todo el objeto del reproche se encuentra en el injusto, y en la culpabilidad sólo quedan las condiciones que permiten atribuirlo a su autor<sup>1002</sup>. De esta forma, el autor de una acción típica y antijurídica será culpable si podía motivarse por la norma, esto es, si *podía obrar de otra manera*<sup>1003</sup>.

Según la concepción finalista, los elementos de la culpabilidad son los siguientes: a) la imputabilidad, que se erige como la condición central de la reprochabilidad, sin cuya concurrencia se entiende que el sujeto carece de libertad o de *poder para actuar de otro modo*; b) la posibilidad de conocimiento de la antijuricidad del hecho, pues el dolo pasa al injusto como *dolo natural* sin incluir el conocimiento de la ilicitud (a diferencia del denominado *dolus malus* propio del causalismo, que sí incluía el conocimiento de la prohibición), lo que supone que la falta de tal conocimiento no excluye el *dolo natural* pero sí la culpabilidad; y c) la ausencia de causas que excluyan la culpabilidad (p.ej.: el estado de necesidad disculpante), que aunque no excluyen la posibilidad de actuar de otro modo, sí que la disminuyen de forma suficiente como para excluir el reproche de culpabilidad<sup>1004</sup>.

Esta concepción puramente normativa de la culpabilidad, que fundamenta el reproche en el *poder actuar de otro modo*, explica las situaciones que caracterizan las causas de inculpabilidad (p.ej.: el estado de necesidad disculpante) afirmando que en ellas no desaparece la capacidad de obrar de otra manera (pues siempre es posible cumplir con el Derecho y asumir el daño sobre los propios bienes), si bien en tales casos el Derecho no formula reproche alguno<sup>1005</sup>.

#### 4. Culpabilidad como actitud interna

Una ulterior fase en la evolución del concepto normativo de culpabilidad es la que representa la teoría de GALLAS, según la cual la culpabilidad es “reprochabilidad del hecho

---

<sup>1001</sup> Cfr. SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones...*, cit., III, p. 9; también MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, cit., p. 544.

<sup>1002</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, cit., p. 543, quien afirma que ya GRAF ZU DOHNA en 1935 había separado el “objeto de la valoración” (donde incluyó el dolo), de la “valoración del objeto” (a lo que redujo la culpabilidad); WELZEL dió el paso siguiente y encontró una ubicación coherente a todo el objeto de la valoración en el injusto; sobre ello *vid.* WELZEL, H. *Derecho penal...*, cit., p. 37 y 148.

<sup>1003</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 305; también WELZEL, H. *Derecho penal...*, cit., p. 147.

<sup>1004</sup> Cfr. SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones...*, cit., III, p. 9; asimismo MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, cit., p. 544 y 545; también WELZEL, H. *Derecho penal...*, cit., pp. 147 ss.

<sup>1005</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 305.



en consideración a la actitud interna jurídicamente desaprobada que se ha manifestado en el mismo<sup>1006</sup>. Según esta concepción, la culpabilidad tiene un objeto de referencia propio: objeto del juicio de culpabilidad es el hecho tenida en cuenta la actitud interna, jurídicamente desaprobada, de la cual ha surgido la resolución de cometerlo<sup>1007</sup>. Lo que se reprocha al autor es el hecho y no sólo la actitud interna, pero el hecho recibe, gracias a la actitud interna de la que surge, su propio contenido de valor o de desvalor<sup>1008</sup>. La diferencia entre injusto y culpabilidad, es entonces la diferencia entre desvalor de la acción y desvalor de la actitud interna del hecho<sup>1009</sup>.

En la esfera de la culpabilidad se emite por tanto un juicio de valor ético-social sobre toda la posición del autor frente a las exigencias del Derecho tal y como se ha actualizado en el hecho concreto<sup>1010</sup>. A diferencia de las anteriores concepciones de la culpabilidad, el objeto de la culpabilidad no es la voluntad de actuar, sino el hecho a la vista de la actitud interna jurídicamente desaprobada, entendida como disposición actual (no permanente) en la formación de la resolución del hecho<sup>1011</sup>. Según ROXIN, con el criterio de la actitud interna jurídicamente desaprobada, no se dota de nuevo contenido al concepto material de culpabilidad, pues este criterio no es más que otra denominación del criterio puramente formal de la reprochabilidad<sup>1012</sup>. Una concepción semejante, con algunas variaciones, es la que sigue SCHMIDHÄUSER<sup>1013</sup>.

## 5. Responsabilidad por el hecho

La dificultad existente a la hora de reducir a un fundamento material común los distintos supuestos de exclusión de la culpabilidad, ha llevado a MAURACH a realizar un desdoblamiento de la atribuibilidad en dos grados<sup>1014</sup>:

---

<sup>1006</sup> Cfr. GALLAS, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968, p. 56, citado por ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención en Derecho penal. Culpabilidad y Responsabilidad como categorías sistemáticas jurídico penales*, trad. de MUÑOZ CONDE. Ed. Reus, Madrid, 1981, pp. 63 ss; de la misma opinión sobre todo JESCHECK; véase también sobre ello SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones...*, cit., III, p. 10.

<sup>1007</sup> Cfr. SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones...*, cit., III, p. 10.

<sup>1008</sup> Ibidem.

<sup>1009</sup> Cfr. ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención: Culpabilidad y Responsabilidad...*, cit., p.64.

<sup>1010</sup> Ibidem.

<sup>1011</sup> Cfr. SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones...*, cit., III, p. 10.

<sup>1012</sup> Cfr. ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención: Culpabilidad y Responsabilidad...*, cit., p.64.

<sup>1013</sup> Cfr. SCHMIDHAUSER, *Strafrecht: Allg. Teil*. 1970, 10/2, p. 283, citado por ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención: Culpabilidad y Responsabilidad...*, cit., p.64.

<sup>1014</sup> Cfr. ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención: Culpabilidad y Responsabilidad...*, cit., p.68.

a) De una parte, la denominada *responsabilidad por el hecho*, que se introduce como categoría sistemática propia y adicional entre la antijuricidad y la culpabilidad<sup>1015</sup>. En esta categoría no se presta atención a las capacidades individuales del autor, sino a factores situacionales relacionados con el contexto, y se caracteriza por permitir en ciertos casos la exclusión de la punibilidad por la reducida ilicitud del hecho típico<sup>1016</sup>. De esta forma, el supuesto de estado de necesidad por colisión de intereses de igual jerarquía, o el del miedo insuperable, tradicionalmente considerados como causas de inculpabilidad, pasan a ser considerados como causas de exclusión de la responsabilidad por el hecho y, con ello, de la punibilidad.

b) De otra parte, la culpabilidad se presenta entonces como un *abuso de la imputabilidad*, pues el autor que puede elegir entre el bien y el mal, se decide por éste último<sup>1017</sup>. Según la concepción de MAURACH, la culpabilidad presupone el libre albedrío y queda reducida al *poder actuar de otro modo*. Además, y como consecuencia lógica de este planteamiento, la culpabilidad queda configurada a partir de dos únicos elementos: a) la imputabilidad; y b) la conciencia potencial de la antijuricidad<sup>1018</sup>.

## 6. Concepción político-criminal

Desde otro punto de vista, ROXIN pone en duda tanto el concepto finalista de la culpabilidad como sus posteriores desarrollos, y critica que su esencia sea el haber *podido actuar de otra manera*, pues considera que “ni siquiera bajo el presupuesto de una libertad de decisión teóricamente concebible, un poder de actuar de otro modo del sujeto individual en el momento del hecho es susceptible de constatación científica”<sup>1019</sup>. A tenor de lo anterior,

---

<sup>1015</sup> De acuerdo con esta categoría y ofreciendo una síntesis de su origen, fundamento y consecuencias prácticas BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., pp. 278 ss.; por el contrario, en un sentido crítico ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit., pp. 815 ss; el mismo en *Culpabilidad y prevención: Culpabilidad y Responsabilidad...*, cit., pp.68 y 69.

<sup>1016</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 306.

<sup>1017</sup> Cfr. ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención: Culpabilidad y Responsabilidad...*, cit., p.68.

<sup>1018</sup> Cfr. ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención: Culpabilidad y Responsabilidad...*, cit., p.68; asimismo BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 307, para quien el tercer elemento tradicional de la culpabilidad, esto es, la exigibilidad, es una cuestión que pertenece sistemáticamente al ámbito de lo ilícito (como casos de reducción del contenido de ilícito) y es, por tanto, ajena al concepto de culpabilidad. .

<sup>1019</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit., p. 799, con cita de BOCKELMANN en el mismo sentido crítico; asimismo veáse BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 305.

lo decisivo no es el *poder actuar de otro modo*, sino que el legislador desde puntos de vista jurídico-penales quiera hacer responsable al autor de su actuación<sup>1020</sup>. Según ROXIN, la culpabilidad -o la *responsabilidad* como él propone denominar a esta categoría sistemática-, tiene un fundamento político-criminal vinculado con la teoría de los fines de la pena. En este contexto, la polémica en torno al libre albedrío es, en todo caso, absolutamente irrelevante<sup>1021</sup>. En síntesis, considera ROXIN “que los principios político-criminales de la teoría del fin de la pena sustentan la categoría sistemática que comúnmente se denomina *culpabilidad*”<sup>1022</sup>.

El contenido de la culpabilidad se ha de establecer entonces de un modo más asequible para el conocimiento humano, a través de una regla social de juego, mediante una suposición de libertad basada en una *aserción normativa*. Según esto, el individuo será tratado como libre siempre y cuando disponga de una capacidad psíquica de control intacta -lo que será susceptible de constatación empírica con arreglo a criterios psicológicos y psiquiátricos-, que nos permita afirmar que en el caso concreto pudo ser alcanzado por el efecto convocante de la norma (asequibilidad normativa)<sup>1023</sup>. La culpabilidad entendida de esta forma, no determina por sí misma la responsabilidad del autor, pues no constituye el único presupuesto de la *responsabilidad* jurídico-penal. Junto a ella y como presupuesto de igual rango, sitúa ROXIN la necesidad preventiva de punición, de forma tal que el legislador -aún existiendo culpabilidad- puede renunciar a la pena allí donde no le parece preventivamente indispensable<sup>1024</sup>. De este modo, ROXIN separa la *culpabilidad* entendida en el sentido tradicional, de la denominada *responsabilidad*, categoría esta última orientada a los fines preventivos de la pena. Esta solución desemboca en una limitación recíproca de la prevención y la culpabilidad<sup>1025</sup>.

Partiendo de lo anterior, en el ámbito del injusto se decidirá si a la luz del Derecho penal una conducta es o no *ajustada a las reglas*, en cambio la categoría sistemática de la *responsabilidad* responde desde puntos de vista político criminales a la cuestión de la

---

<sup>1020</sup> Cfr. ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención: Culpabilidad y Responsabilidad...*, cit., p.71; sobre el concepto político-criminal de responsabilidad y de la culpabilidad como presupuesto de la misma vid. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 135.

<sup>1021</sup> Cfr. ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención: Culpabilidad y Responsabilidad...*, cit., pp. 76 ss.

<sup>1022</sup> Cfr. ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención: Culpabilidad y Responsabilidad...*, cit., p. 70.

<sup>1023</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit., pp. 791 ss.

<sup>1024</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit., pp. 792 y 793.

<sup>1025</sup> Vid. JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit., p. 580, nota nº 45.

necesidad jurídico-penal de sancionar en el caso concreto<sup>1026</sup>. La cuestión relativa a la *responsabilidad* solo puede ser respondida por el legislador y por el Juez, a partir de los postulados de la teoría del fin de la pena. Así por ejemplo, si suponemos el libre albedrío y comprobamos que el autor pudo haber actuado de otro modo en el caso concreto, todavía no está todo decidido respecto de la punibilidad, pues habrá que preguntarse si desde un punto de vista político-criminal, esto es, desde el punto de vista de la prevención general o especial, es necesario el castigo<sup>1027</sup>. En este marco, la culpabilidad cumple una función de límite de la intervención estatal análoga a la que desempeña en un Derecho penal basado en las teorías absolutas<sup>1028</sup>. Sin embargo, en opinión de ROXIN la segunda función que las teorías absolutas asignan a la culpabilidad, esto es, la de fundamentar la pena a partir de la constatación de la existencia de una culpabilidad que debe ser compensada, debe ser abandonada en favor de un fundamento orientado a los fines de prevención general y especial de la pena, con exclusión de toda referencia a la retribución<sup>1029</sup>.

La consecuencia práctica de toda esta nueva configuración de la culpabilidad, se manifiesta en la desvinculación de las causas de inculpabilidad y de exclusión de la culpabilidad del concepto dogmático de culpabilidad (p.ej.: estado de necesidad disculpante), y en la consiguiente referencia de aquéllas a los fines de la pena<sup>1030</sup>. Además, considera ROXIN que tanto la imputabilidad como el error de prohibición invencible pueden ser mejor explicados por la falta de necesidad de prevención jurídico-penal, que desde el punto de vista de la falta de culpabilidad entendida en el sentido tradicional<sup>1031</sup>. Según este autor, la idea de culpabilidad no cobra en absoluto su genuína importancia en la exclusión de la responsabilidad, que puede ser mejor explicada por la falta de necesidad de prevención (p. ej.: estado de necesidad disculpante), sino en el marco de la teoría de la medición de la pena, situada más allá del sistema del delito, y en la medida en que la culpabilidad pone un límite a las necesidades preventivas de imponer una sanción<sup>1032</sup>. Finalmente, define el principio de culpabilidad como “una creación normativa tendente a

---

<sup>1026</sup> Cfr. ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención: Culpabilidad y Responsabilidad...*, cit., p.72.

<sup>1027</sup> Cfr. ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención: Culpabilidad y Responsabilidad...*, cit., p.73.

<sup>1028</sup> En un sentido semejante se manifiesta MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*. Bosch. 2ª Ed. Barcelona, 1982, p. 27: “Una vez abandonado el planteamiento idealista del retribucionismo liberal, quedaría en pie la posibilidad de trazar un límite a la pena que impidiese castigar al delincuente más allá de la gravedad del hecho cometido. Ahora bien, como se verá, tal límite de garantía para el individuo también puede exigirse sin necesidad de renunciar a la función de prevención de la pena”.

<sup>1029</sup> Cfr. ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención: Reflexiones...*, cit., pp. 42 y 43.

<sup>1030</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 302.

<sup>1031</sup> Cfr. ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención: Culpabilidad y Responsabilidad...*, cit., p.77.

<sup>1032</sup> Cfr. ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención: Culpabilidad y Responsabilidad...*, cit., pp. 77 y 78.

proteger al ciudadano frente a desmesuradas injerencias estatales, y cuya legitimidad propia de un Estado de Derecho es totalmente independiente de la existencia del libre albedrío<sup>1033</sup>.

## 7. Concepción funcional

El concepto funcional de la culpabilidad propuesto por JAKOBS, parte de afirmar una interdependencia entre el concepto de culpabilidad y la función que se le asigne, que a su vez será distinta según el fin de la pena y la concreta configuración de la sociedad<sup>1034</sup>. La culpabilidad es considerada “como un escalón de la imputación, como la conexión entre sujeto y acción, de suerte que el sujeto no se puede desentender del injusto de su acción”<sup>1035</sup>. Según esta concepción, el autor de un hecho antijurídico obra culpablemente cuando dicha actuación antijurídica no sólo indica una falta de motivación jurídica dominante -por eso es antijurídica-, sino “cuando el autor es responsable de esa falta”<sup>1036</sup>. Esta responsabilidad concurre cuando falta la disposición de motivarse conforme a la norma, y este déficit no puede ser explicado sin que ello afecte a la confianza general en la norma: la responsabilidad por un déficit de motivación jurídica dominante, en un comportamiento antijurídico, es la culpabilidad<sup>1037</sup>. La culpabilidad se concibe por tanto como la falta de fidelidad al Derecho, aludiendo con ello a la falta de fidelidad por la que debe responder el autor, por esta razón la infidelidad al Derecho es un concepto determinado normativamente<sup>1038</sup>.

Según JAKOBS, “al igual que el injusto del hecho consiste en la realización del tipo faltando un contexto justificante, la culpabilidad consiste en la realización del tipo de

---

<sup>1033</sup> Cfr. ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención: Culpabilidad y Responsabilidad...*, cit., pp. 77 y 78, quien afirma que “en este sentido, la polémica en torno al libre albedrío es en cualquier caso absolutamente irrelevante”.

<sup>1034</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit., pp. 566 y 567: “Naturalmente, a partir del fin de la pena, únicamente, no se puede derivar ninguna teoría de la culpabilidad”; sobre el concepto funcionalista de una teoría de la culpabilidad que no trata de fundamentar un reproche hacia el autor, sino limitarse a asegurar el orden social; sobre ello también BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 136.

<sup>1035</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit., p. 567.

<sup>1036</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit., p. 566.

<sup>1037</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit., p. 566 y 574, critica el autor la concepción de la culpabilidad como un “poder actuar de otro modo” por su poco clara relación con el problema del libre albedrío.

<sup>1038</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit., p. 567.

culpabilidad faltando un contexto exculpante<sup>1039</sup>. Los requisitos positivos de la culpabilidad son cuatro elementos necesarios cumulativamente: a) El autor debe comportarse antijurídicamente; b) debe ser imputable, es decir, un sujeto con capacidad de cuestionar la validez de la norma; c) debe actuar no respetando el fundamento de validez de las normas; y d) según la clase de delito, a veces pueden concurrir especiales elementos de la culpabilidad<sup>1040</sup>. Por otra parte, y como elemento negativo de la culpabilidad, considera JAKOBS la que él mismo denomina *inexigibilidad*, cuyos elementos integra en un *tipo de exculpación*<sup>1041</sup>. La conexión de los elementos que conforman el tipo positivo de la culpabilidad (al que pertenece el injusto en su totalidad) con los elementos que constituyen el tipo negativo de la culpabilidad (*inexigibilidad*), da lugar al tipo total de la culpabilidad<sup>1042</sup>.

Si el injusto consiste en la realización del tipo faltando un contexto justificante, la culpabilidad consiste en la realización del *tipo de culpabilidad* faltando un contexto exculpante<sup>1043</sup>. En este sentido, JAKOBS considera necesario admitir la existencia de un *tipo de culpabilidad*, que como se dijo más arriba viene configurado a partir de la “conjunción de elementos que han de realizarse para poder determinar la deslealtad al Derecho del autor, es decir, la motivación jurídicamente incorrecta y la responsabilidad del autor por ello”<sup>1044</sup>. Junto al denominado *tipo de culpabilidad*, propone JAKOBS un *tipo de exculpación*, en el que engloba los elementos de la *inexigibilidad*. La conjunción de ambos *tipos* da lugar a lo que el mismo denomina como *tipo total de culpabilidad*<sup>1045</sup>. Se debe precisar que el injusto en su totalidad pertenece al tipo de culpabilidad, puesto que constituye la objetivación, necesaria para imputar, del defecto de motivación<sup>1046</sup>. La relación de las causas de *inexigibilidad* con el tipo de culpabilidad es análoga a la de las causas de justificación con el tipo de injusto, de tal modo que la ausencia de *inexigibilidad* no es condición de la culpabilidad<sup>1047</sup>. En conclusión y siguiendo la concepción de JAKOBS, es posible distinguir la existencia de un *tipo positivo* y de un *tipo negativo* de culpabilidad, según el siguiente esquema:

---

<sup>1039</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit., p. 567: “Un contexto disculpante existe cuando no se puede exigir que se obedezca la norma; tal es el caso cuando la falta de motivación jurídica dominante, a pesar de la concurrencia de los requisitos de la culpabilidad, se puede considerar dejando al margen al autor”.

<sup>1040</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit., p. 567.

<sup>1041</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit., p. 596.

<sup>1042</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit., pp. 596 ss.

<sup>1043</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit., p. 567.

<sup>1044</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit., p. 596.

<sup>1045</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit., p. 596, el denominado “tipo de culpabilidad” se forma en paralelo al “tipo de injusto”; sobre ello véase también BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 306.

<sup>1046</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit., p. 596.

<sup>1047</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit., p. 597.

a) *Tipo positivo de la culpabilidad*, que incluye los siguientes elementos:

a.1) El injusto en su totalidad, entendido como comportamiento típico evitable (doloso o imprudente) que no está justificado, se incluye como uno más de los elementos del Tipo Positivo de la culpabilidad. De este modo, JAKOBS afirma que “la culpabilidad presupone el injusto”<sup>1048</sup>.

a.2) La imputabilidad<sup>1049</sup>.

a.3.) La conciencia de lo ilícito o injusto<sup>1050</sup>.

a.4) Los especiales elementos de la culpabilidad<sup>1051</sup>.

b) *Tipo negativo de la culpabilidad*. La culpabilidad queda disminuía o excluída cuando el autor obra en una disposición de ánimo exculpante o en un contexto exculpante. Este elemento del tipo negativo se denomina *inexigibilidad*, e incluye en el mismo el estado de necesidad exculpante, el exceso en la legítima defensa, así como el supuesto de autor por convicción.

## VI. El problema de la libertad de voluntad

Coincidimos con BACIGALUPO cuando afirma que la esencia de la culpabilidad reside en la posibilidad de haber actuado de otro modo en el caso concreto<sup>1052</sup>. La anterior afirmación plantea, sin embargo, dos problemas fundamentales<sup>1053</sup>: de una parte la cuestión relativa a la libertad de voluntad, o lo que es lo mismo ¿es teóricamente imaginable la

---

<sup>1048</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit., p. 598.

<sup>1049</sup> Más detalladamente JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit., pp. 598 ss.

<sup>1050</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit., pp. 600 y 667 ss.

<sup>1051</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit., p. 600.

<sup>1052</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 108; en el mismo sentido WELZEL, H. *Derecho penal...*, cit., p. 147: “La culpabilidad (...) hace al autor el reproche personal por no haber omitido la acción antijurídica, a pesar de haberla podido omitir”; “En esta doble relación del no deber ser antijurídico, frente al poder ser adecuado a Derecho, radica el carácter específico de la culpabilidad. Si la antijuricidad es el juicio simple de disvalor, en el sentido de que la acción no es como hubiera debido ser, de acuerdo con el Derecho, sin considerar si el autor hubiera podido cumplir en general la exigencia del Derecho, entonces el juicio de disvalor de la culpabilidad va todavía más allá, y hace al autor el reproche personal de que no ha actuado correctamente, a pesar de haber podido actuar conforme a Derecho”.

<sup>1053</sup> Véase WELZEL, H. *Derecho penal...*, cit., p. 153.

posibilidad de la correcta formación de voluntad, en lugar de la equivocada?; y de otra parte, afirmada esta última posibilidad, se plantea el problema de si ¿ha sido capaz para ello el autor concreto? Ambas cuestiones nos conectan con el problema de la capacidad concreta de culpabilidad, que no puede ser resuelto adecuadamente sin conocer las distintas posiciones teóricas desde las cuales ha sido abordada la cuestión del libre albedrío, pues un Derecho penal orientado conforme al principio de culpabilidad no puede eludir el problema de la libertad de voluntad.

## 1. Panorama

En primer lugar y según el dogma clásico del indeterminismo incondicionado, se ha afirmado que el hombre podría seguir libremente en cada momento tanto la voz de la conciencia como la de la tentación, por lo que tanto el mérito como la culpabilidad se determinarían de acuerdo con su libre decisión. La crítica basada en el hecho de que una tal admisión de la libertad supone una quiebra científicamente insostenible del principio de causalidad, ha sido contestada con la tesis de que la ley de causalidad tampoco encuentra aplicación absoluta en las Ciencias de la Naturaleza, siendo necesario aceptar un *margin de libertad*<sup>1054</sup>.

Por otra parte, desde posiciones basadas en la antropología filosófica, se ha sostenido que en el área de la responsabilidad moral rige una forma especial de determinación, a saber, la proveniente de una ley moral por la que ciertamente debe determinarse el hombre pero frente a la cual conserva también su libertad<sup>1055</sup>. Así, se acoge junto a la forma mental de *causalidad* referida a la naturaleza, otra forma mental de *espontaneidad* conectada a la psique, en la que encuentra expresión lo creativo, autónomo y espiritual de la personalidad humana<sup>1056</sup>.

---

<sup>1054</sup> Vid. JESCHECK. H.H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, trad. de Manzanares Samaniego, ed. Comares, Granada, 1993, p. 368.

<sup>1055</sup> Vid. HARTMANN, N., *Ethik*, p. 594, 628 y 635, citado por JESCHECK. H.H., *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 368.

<sup>1056</sup> Cfr. MEZGER, E., *Willensfreiheit*, p. 13, citado por JESCHECK. H.H., *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 368; asimismo véase WELZEL, H., *Derecho penal...*, cit., quien al referirse al aspecto antropológico del problema de la libertad de voluntad recoge la siguiente cita de SCHILLER en *Anmut und Würde*: “en el animal y en la planta, la naturaleza no sólo indica la determinación, sino que también la ejecuta ella misma. Al hombre, en cambio, le da solamente la determinación y deja librado a él mismo su cumplimiento. Sólo el hombre, como persona, entre todos los seres vivientes, tiene el privilegio de entrar en el círculo de la necesidad inaccesible para meros seres naturales por medio de su voluntad, y empezar en sí mismo toda una serie nueva de fenómenos”.



En este último sentido, WELZEL considera que toda culpabilidad es culpabilidad de voluntad, y que la libertad de voluntad es la *capacidad de poder determinarse de acuerdo con el sentido*<sup>1057</sup>. Se trata de “orientar la fuerza causal, ciega e indiferente al sentido, hacia una autodeterminación adecuada al sentido”<sup>1058</sup>. Tomando como punto de partida una perspectiva basada en consideraciones de antropología filosófica, WELZEL considera que el hombre, en oposición fundamental al animal, está caracterizado por su amplia libertad frente a modos congénitos e instintivos de comportamiento. De este modo, la mente del hombre se vincula con los criterios de lo verdadero, del sentido y del valor, según los cuales él mismo debe dirigir su actuar en actos responsables<sup>1059</sup>. Según este autor, el hombre “es un ser responsable o, más exactamente, un ser con la predisposición de autorresponsabilidad: éste es el criterio decisivo que lo distingue ya existencialmente (como *homo phaenomenon*), y no sólo normativamente (como *homo noumenon*), de todo el mundo animal”<sup>1060</sup>. A diferencia del animal, el hombre no ha recibido biológicamente el orden de la formación de su existencia, sino que este orden es su tarea responsable como sentido que le impone la vida.

Combinando los anteriores presupuestos con consideraciones de índole psicológica<sup>1061</sup>, WELZEL concluye afirmando que la solución al problema de la libre voluntad no puede venir de la mano del indeterminismo tradicional<sup>1062</sup> sino más bien a

---

<sup>1057</sup> Cfr. WELZEL, H., *Derecho penal...*, cit., p. 152: “Culpabilidad es la reprochabilidad de la formación de voluntad. El autor hubiera podido formar una voluntad de acción adecuada a la norma en lugar de la voluntad antijurídica de acción, sea que ésta tienda dolosamente a la concreción de un tipo, sea que no aporte la medida mínima de dirección finalista impuesta. Por consiguiente, toda culpabilidad es culpabilidad de voluntad. Solamente lo que el hombre hace con voluntad, puede serle reprochado como culpabilidad. Sus dones y predisposiciones –todo lo que el hombre es en sí mismo- pueden ser más o menos valiosos (por tanto, pueden ser también valorados) pero solamente lo que de ellos hizo o cómo los empleó, en comparación con lo que hubiera podido hacer de ellos o como los hubiera o debido emplear, solamente esto puede serle computado como *mérito* o serle *reprochado* como *culpabilidad*”. Ante esta concepción se presentan dos problemas: a) ¿Es teóricamente imaginable la posibilidad de una correcta formación de la voluntad, en lugar de la equivocada? (problema de la libertad de voluntad); y b) Afirmado lo anterior, ¿ha sido capaz para ello el autor concreto? (problema de la capacidad de imputación o también llamado de la capacidad concreta de culpabilidad).

<sup>1058</sup> Cfr. WELZEL, H., *Derecho penal...*, cit., p.161; en un sentido semejante JESCHECK. H.H., *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 369: “La posibilidad de determinación de la actuación descansa en la capacidad del hombre para controlar los impulsos que inciden sobre él y dirigir sus decisiones conforme a sentido, valores y normas”.

<sup>1059</sup> Cfr. WELZEL, H., *Derecho penal...*, cit., p.154 y 155.

<sup>1060</sup> Cfr. WELZEL, H., *Derecho penal...*, cit., p. 155.

<sup>1061</sup> Cfr. WELZEL, H., *Derecho penal...*, cit., p. 156 y 157.

<sup>1062</sup> Cfr. WELZEL, H., *Derecho penal...*, cit., p. 158: “La contestación no puede ser dada por vía del indeterminismo tradicional, pues éste, precisamente, destruye al sujeto responsable: si el acto de voluntad del hombre ha de ser determinado por nada, entonces el acto posterior de voluntad no

través de la “comprensión de la superposición de varias formas de determinación<sup>1063</sup>”. La cuestión relativa a la posibilidad de que el hombre dirija conforme a sentido sus impulsos psíquicos no es un problema de libertad de acción, sino de voluntad<sup>1064</sup>. Por lo que finalmente concluye que la “libertad de voluntad es la capacidad de poder determinarse de acuerdo con el sentido. Es la libertad de orientar la fuerza causal, ciega e indiferente al sentido”<sup>1065</sup>. La libertad no se concibe entonces como un estado, sino como un acto: “el acto de la liberación de la fuerza causal de los impulsos, hacia una autodeterminación adecuada al sentido<sup>1066</sup>”. Sobre la falta de este acto se construye la culpabilidad: “culpabilidad es la falta de autodeterminación adecuada al sentido, en un sujeto que es capaz para esta determinación de acuerdo con el sentido”<sup>1067</sup>. Según WELZEL, la culpabilidad no significa una decisión *libre* a favor de lo malo, sino quedar dependiente de la fuerza causal de los impulsos por parte de un sujeto que es capaz para la autodeterminación adecuada a sentido. Todo ello lo expresa WELZEL a modo de conclusión cuando afirma que la “culpabilidad no es un acto de la determinación libre del sentido, sino, precisamente, la falta de la determinación del sentido en un sujeto autorresponsable”<sup>1068</sup>.

Por otra parte, y aunque minoritaria, cabe mencionar la posición de aquellos autores que no apoyan la culpabilidad en la formación de la voluntad que conduce al hecho en el caso concreto, sino en la disposición caracterológica del autor. En este sentido, se reprocha al individuo que en el curso de su vida no haya adquirido la fuerza de voluntad y el sentido ético precisos para resistir los impulsos hacia el hecho antijurídico<sup>1069</sup>.

Una explicación distinta a la anterior, es la que ofrece aquél sector de la doctrina que reputa indemostrable la fundamenación del reproche de culpabilidad por la libertad del hombre como persona individual, estimando en cambio que solo cabe un juicio de culpabilidad socialmente comparativo en el que nos preguntaríamos si una persona *cualquiera* (un hombre medio: *massgerechte Persönlichkeit*), colocado en el lugar del autor habría

---

puede estar relacionado en forma alguna con el anterior, ni inmediatamente, ni pasando por un sujeto idéntico, porque tendría que estar determinado por algo”.

<sup>1063</sup> Cfr. WELZEL, H., *Derecho penal...*, cit., p. 158: “El error del determinismo tradicional radica en aceptar que existe solamente una forma de determinación, que suele verse (...) en la causalidad”.

<sup>1064</sup> Cfr. WELZEL, H., *Derecho penal...*, cit., p. 158.

<sup>1065</sup> *Ibidem*.

<sup>1066</sup> Cfr. WELZEL, H., *Derecho penal...*, cit., p. 161.

<sup>1067</sup> *Ibidem*.

<sup>1068</sup> Cfr. WELZEL, H., *Derecho penal...*, cit., p. 163.

<sup>1069</sup> Así ENGISCH, *Willensfreiheit*, p. 65, citado por JESCHECK. H.H., *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 369.

estado en situación de actuar de otro modo<sup>1070</sup>. En un sentido crítico con esta última posición, afirma SCHÜNEMANN que “desde hace treinta años domina en Alemania el denominado *concepto social de la culpabilidad*, que elude conscientemente la cuestión del poder obrar de otra manera individual y reduce el juicio de culpabilidad a la constatación de que el autor es *capaz de reaccionar normativamente*, es decir, que sea motivable por las normas de forma normal y que un hombre medio en su situación no hubiera cometido el hecho. La cuestión ontológica acerca de la evitabilidad individual del hecho no es respondida, sino que es reemplazada por el juicio normativo de que debe pensarse al hombre medio por las lesiones de bienes jurídicos por él realizadas. La culpabilidad no está, pues, constatada como ya resaltó especialmente JAKOBS, sino sólo atribuída”<sup>1071</sup>.

Especial consideración merece la postura que actualmente defiende SCHÜNEMANN, para quien “la fundamentación de la culpabilidad penal, esto es, la reprochabilidad del hecho por la posibilidad que tiene el autor de comportarse de otro modo, presupone evidentemente la libertad para comportarse de otro modo y, con ello, el libre albedrío, puesto que no tendría sentido formular un reproche jurídico o moral contra un suceso determinado por la ley de la causalidad y que se produce, por eso, de forma necesaria”<sup>1072</sup>. En opinión de este autor, abiertamente contraria a un exceso de normativismo que abandone las bases ontológicas, no se debe tratar de sutillar más, pues la culpabilidad presupone libertad, y la libertad presupone que el autor puede actuar de otro modo en la realidad y no sólo en sentido jurídico<sup>1073</sup>.

Se debe precisar que, según SCHÜNEMANN, la culpabilidad no hace *necesaria* la pena, sino que tan sólo legitima, esto es, *justifica* su imposición<sup>1074</sup>. A partir de lo anterior, nos recuerda este autor que el problema de la libertad de voluntad ha sido afrontado desde tres posiciones distintas: a) indeterminismo; b) determinismo; y c) soluciones intermedias. Entre el indeterminismo que afirma la libre voluntad y el determinismo que la niega, se encuentran las denominadas *soluciones intermedias*, que tratan de compatibilizar la libertad del individuo con una visión determinista del mundo. Para ello, se ha recurrido a la

---

<sup>1070</sup> Así, NOWAKOWSKI, *Rittler-Festschrift*, p. 71, citado por JESCHECK. H.H., *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 368.

<sup>1071</sup> Cfr. SCHÜNEMANN, B., *Libertad de voluntad...*, cit., p. 24.

<sup>1072</sup> Cfr. SCHÜNEMANN, B., *Libertad de voluntad...*, cit., p. 24.

<sup>1073</sup> Vid. SCHÜNEMANN, B., *Libertad de voluntad...*, cit., p. 25, para quien la culpabilidad entendida como un concepto puramente social sin base ontológica, constituye un concepto totalmente carente de contenido que no responde a la pregunta acerca de la justificación de la pena.

<sup>1074</sup> Cfr. SCHÜNEMANN, B., *Libertad de voluntad...*, cit., p. 25.

diferenciación entre *libertad de acción* y *libertad de voluntad*, que en palabras de SCHOPENHAUER supone que “podemos hacer lo que queremos, pero no podemos querer lo que queremos”<sup>1075</sup>. A partir de esta diferenciación, se formularon las tesis de la compatibilidad según las cuales “se puede concebir un concepto de responsabilidad personal que es independiente de la cuestión de la libertad de voluntad y que solamente presupone libertad de acción”<sup>1076</sup>. Mientras que el indeterminismo y el determinismo formulan enunciados ontológicos, las posiciones compatibilizadoras intermedias enuncian un postulado normativo, esto es, postulan una aplicación socialmente adecuada del concepto de libertad, cuya respuesta depende del fin que se persiga con el reconocimiento de la libertad en la interacción social.

Según SCHÜNEMANN, la tesis de la compatibilidad está abocada al fracaso y es, además, inútil para el Derecho como justificación de la responsabilidad jurídica<sup>1077</sup>. En opinión de este autor, los partidarios de la tesis de la compatibilidad ya han detectado que la simple libertad externa de acción no puede fundamentar un reproche individual de culpabilidad y por ello no apoyan la responsabilidad penal en el principio de *poder obrar de otra manera* individual, sino sólo en la idoneidad y *necesidad* de la pena para la prevención de acciones socialmente dañosas, por lo que lo único que ofrecen para justificar la responsabilidad penal son los fines de la pena<sup>1078</sup>. Sin embargo, SCHÜNEMANN considera “imposible justificar la imposición del mal penal estatal, si es que no se puede reprochar al autor su acción como evitable individualmente”, pues los conceptos preventivos fracasan para la legitimación de la pena frente al propio afectado<sup>1079</sup>. En su opinión, el Derecho penal no puede renunciar a la libertad de voluntad, pues la imposición de la pena sólo se puede justificar frente al afectado cuando se puede afirmar “que el hecho fue individualmente evitable para el autor y, por ello, se le puede reprochar personalmente<sup>1080</sup>”. En definitiva, SCHÜNEMANN afirma la libertad de voluntad según la siguiente tesis: “El Derecho penal encuentra la libertad de voluntad como una parte de la realidad social constituída previamente por el lenguaje, y no sólo puede conectarse con ella, sino que sería incapaz de ignorar esta construcción de la realidad social<sup>1081</sup>”. A partir de esta

---

<sup>1075</sup> Cfr. SCHÜNEMANN, B., *Libertad de voluntad...*, cit., p. 27.

<sup>1076</sup> Cfr. SCHÜNEMANN, B., *Libertad de voluntad...*, cit., p. 28.

<sup>1077</sup> Ibidem.

<sup>1078</sup> Cfr. SCHÜNEMANN, B., *Libertad de voluntad...*, cit., p. 31.

<sup>1079</sup> Cfr. SCHÜNEMANN, B., *Libertad de voluntad...*, cit., p. 33.

<sup>1080</sup> Cfr. SCHÜNEMANN, B., *Libertad de voluntad...*, cit., p. 34.

<sup>1081</sup> Cfr. SCHÜNEMANN, B., *Libertad de voluntad...*, cit., p. 35: “Esta libertad de voluntad se manifiesta no como una mera ficción, sino como una parte de la realidad social tan real como ésta,

tesis, SCHÜNEMANN concluye que cómo “la libertad de voluntad y la posibilidad de actuar de otro modo son fenómenos reales, podemos reprochar también el crimen al autor mentalmente sano, esto es, atribuyéndole su culpabilidad<sup>1082</sup>”.

Finalmente, merece ser destacada la posición de ROXIN, quien considera el principio de culpabilidad como el medio liberal y psicológico-social más adecuado para la restricción de la coerción penal estatal que hasta ahora se ha encontrado. Según este autor, la circunstancia de que el grado de la culpabilidad pueda ser determinado mediante factores internos relacionados con la persona del autor y con la magnitud del daño ocasionado, permite contrarrestar eficazmente excesivas injerencias estatales basadas en las exigencias preventivas determinadas por los intereses de la sociedad. Según ROXIN “la sensación de Justicia, a la cual corresponde un gran significado para la estabilización de la conciencia jurídicopenal, exige que nadie pueda ser castigado más duramente que lo que se merece; y *merecida* es sólo una pena acorde con la culpabilidad”<sup>1083</sup>.

Como fundamento de esta concepción, ROXIN acude a un concepto de culpabilidad que trata de eludir los reparos que se plantean desde el punto de vista del determinismo. Así, la culpabilidad presupone en el fuero interno la libertad de comportarse de una u otra forma, pero como la afirmación de la culpabilidad humana sirve solamente para trazar un límite a la intervención estatal necesaria desde fundamentos preventivos, entonces la legitimidad de su reconocimiento como uno de los medios de salvaguarda de la libertad del individuo no depende de su desmostrabilidad empírica o epistemológica<sup>1084</sup>. Más bien se trata de aceptar la libertad de voluntad como una posición normativa, como una *regla de juego social* que no responde a la pregunta de cómo está configurada en su esencia la libertad humana, sino que solamente dispone que el hombre debe ser tratado en principio por el Estado como libre y capaz de responsabilidad. Desde este punto de vista, la pregunta relativa a la existencia real de la libertad de voluntad puede y debe ser excluida

---

y, desde un punto de vista ontológico, como un producto de la evolución, es decir, del desarrollo de la conciencia humana”; la explicación de esta tesis en pp. 37 ss.; sobre el fracaso del determinismo psicológico, fisiológico cerebral y biológico social, pp. 42 ss.

<sup>1082</sup> Cfr. SCHÜNEMANN, B., *Libertad de voluntad...*, cit., p. 47; sobre el concepto de culpabilidad construido a partir de la libertad de voluntad entendida como una parte de la realidad social el mismo autor en *Nuevas tendencias en el concepto jurídico penal de culpabilidad...*, cit., p. 112 ss.

<sup>1083</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., p. 100.

<sup>1084</sup> Véase ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., p. 101; el mismo en *Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad*, trad. de Ziffer, P. y Pastor, D., en *Determinación judicial de la pena*, Buenos Aires, 1993, pp. 37 a 42.

debido a su imposibilidad de decisión objetiva, pues en opinión de ROXIN cada uno puede contestarla según su criterio personal<sup>1085</sup>.

A diferencia de SCHÜNEMANN, quien considera la libertad de voluntad como una parte de la realidad social y no como una mera ficción, ROXIN postula que la suposición de libertad es una *aserción normativa*<sup>1086</sup>. Esto significa que la suposición de libertad simplemente se afirma, con independencia de los datos empíricos, por lo que resulta igualmente admisible tanto para deterministas como para indeterministas<sup>1087</sup>. Por otra parte, la suposición de libertad no nos dice que el sujeto pudiera efectivamente actuar de otro modo –lo que precisamente no podemos saber-, sino que cuando exista una capacidad intacta de control y con ella *asequibilidad normativa*, el individuo será tratado como libre<sup>1088</sup>.

En definitiva, ROXIN entiende la culpabilidad como la actuación injusta pese a la existencia de *asequibilidad normativa*, si bien se ha de precisar que para este autor la culpabilidad, por sí sola, no puede fundamentar la *responsabilidad* jurídico-penal. En la concepción de ROXIN, la *responsabilidad* depende de dos datos que deben añadirse al injusto: a) de una parte, de la culpabilidad entendida como *asequibilidad normativa*; y b) de la otra, de la necesidad preventiva de sanción penal, que hay que deducir de la Ley<sup>1089</sup>. Por ello concluye este autor afirmando que “la culpabilidad es un dato mixto empírico-normativo”. Es empíricamente constatable la capacidad general de autocontrol y la *asequibilidad normativa* que de ella deriva; en cambio se atribuye normativamente -incluso para los que no quieran comprometerse en una posición indeterminista- la posibilidad, derivada de esa constatación previa, de conducta conforme a Derecho<sup>1090</sup>.

---

<sup>1085</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., p. 101: “Puesto que el principio de culpabilidad sólo sirve como instrumento para la restricción de la prevención, no perjudica a los particulares, sino que los protege; también un determinista puede admitir semejante principio jurídico-normativo, porque ello no afecta a su convencimiento de la condición real del curso del mundo”; el mismo en *Determinación...*, cit., p. 40.

<sup>1086</sup> Véase SCHÜNEMANN, B., *Libertad de voluntad...*, cit., p. 35; crítico con la posición de SCHÜNEMANN es ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., p. 100.

<sup>1087</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., p. 808; el mismo en *Determinación...*, cit., p. 40.

<sup>1088</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., p. 808.

<sup>1089</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., p. 792.

<sup>1090</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., p. 810.

## 2. Toma de postura

El comportamiento humano cuya libertad presupone el principio de culpabilidad, viene determinado por el amplio margen de posibilidades de que dispone el hombre en el momento de tomar sus decisiones, y ello a pesar de que en el caso concreto se encuentre influenciado por diversos factores causales tales como la edad, el sexo, el temperamento, las experiencias vividas, o las pasiones.<sup>1091</sup> Desde este punto de vista, la culpabilidad tiene como presupuesto la idea de libertad de voluntad, pues sólo cuando existe la posibilidad de dejarse determinar por las normas puede el autor ser hecho responsable de haber realizado la conducta antijurídica en lugar de dominar el impulso criminal<sup>1092</sup>. Si las acciones u omisiones del hombre estuvieran determinadas, a semejanza de los hechos naturales, por el efecto causal de fuerzas objetivas y sustraídas a la influencia de la voluntad, tendría tan poco sentido reprochar al hombre sus hechos como hacerle responsable de sus enfermedades<sup>1093</sup>.

Coincidimos con JESCHECK cuando afirma que a tenor de la problemática que plantea la culpabilidad, sólo cabe afirmar con certeza que los procesos anímicos que subyacen en la formación de la voluntad no se ajustan sencillamente a las reglas de la naturaleza, sino que responden a reglas de determinación propias. El hombre se distingue de los demás seres vivos en que su comportamiento puede ajustarse a una dación de sentido acordada por sí mismo, mientras el animal vive siempre encerrado en el mecanismo del mundo instintivo. Sin embargo, hay dos cuestiones desconocidas y que posiblemente siempre continuarán siendo inaccesibles a la investigación, puesto que la libertad, como parte del mundo trascendente, escapa a la constatación empírica<sup>1094</sup>:

- a) De una parte, se ignora si la conclusión a favor de la libertad del hombre como especie puede trasladarse a la libertad del individuo en el caso concreto de su

---

<sup>1091</sup> Cfr. KANT, *Kritik der reinen Vernunft*, p. 501, citado por JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 371: “La auténtica moralidad de las acciones -mérito y culpabilidad- (...), permanece oculta para nosotros. Nuestras imputaciones sólo pueden referirse al carácter empírico. Sin embargo nadie puede averiguar qué parte de ello debe atribuirse a los puros efectos de la libertad, qué parte a la mera naturaleza o a un defecto no culpable del temperamento, o a su feliz configuración -*merito fortunae*-, y por eso nadie puede juzgar con absoluta justicia”.

<sup>1092</sup> Véase JESCHECK. H.H., *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 367: “El principio de culpabilidad tiene como presupuesto lógico la libertad de decisión del hombre”.

<sup>1093</sup> Cfr. JESCHECK. H.H., *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 367.

<sup>1094</sup> Cfr. JESCHECK. H.H., *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 369.

hecho, pues no cabe reproducir por vía experimental las condiciones complejas y únicas en las que se toma la decisión.

b) De otra parte, se ignora de qué forma consigue el hombre resistir los impulsos criminales que le acucian y atenerse a la exigencia de la norma.

No es posible por tanto, probar ni la existencia ni el modo de operar de una *espontaneidad* específicamente humana en el acto de la decisión individual. Teniendo en cuenta lo anterior, un determinista podrá fundamentar el reproche de culpabilidad a partir de la aceptación del libre albedrío, pero el agnóstico o el indeterminista también podrán fundamentar el reproche de culpabilidad en consideraciones empíricas o normativas. De este modo, es posible asignar al propio ordenamiento jurídico la función de determinar cuándo el autor de un hecho antijurídico será tratado como un adulto responsable y no como un menor o un enfermo. La responsabilidad jurídico-penal puede entonces fundamentarse tanto en la afirmación del libre albedrío, como a partir de una decisión del legislador. Ambas formas de imputación subjetiva son legítimas en el seno de un ordenamiento jurídico basado en la libertad<sup>1095</sup>. Sin embargo, nos manifestamos expresamente contrarios a todas aquellas posiciones que pretenden reemplazar la libre voluntad por el carácter del autor o por la conducción de su vida, e incluso de aquellas posiciones que pretenden sustituir el concepto de culpabilidad por el de peligrosidad.

Según JESCHECK, para el reproche jurídico penal de culpabilidad no es precisa una comprensión más profunda<sup>1096</sup>. El requerimiento puramente ético a la obediencia al Derecho no es suficiente para mantener el orden común, se necesita, más bien, que cualquier persona pueda ser hecha responsable de su actuación mediante sanciones que conectan con la experiencia general de la autodeterminación. Todos partimos de la certeza de la libertad como presupuesto de la actuación propia, y esperamos también una actuación libre por parte de los demás<sup>1097</sup>. A lo anterior, debe añadirse que desde una perspectiva político-criminal sería perjudicial para la comunidad apoyarse en la imagen humana del determinismo consecuente, cuyos presupuestos no pueden acreditarse con más exactitud

---

<sup>1095</sup> Véase sobre lo anterior JESCHECK. H.H., *Tratado de Derecho Penal...*, cit., pp. 370 ss.

<sup>1096</sup> Véase DREHER, *Willensfreiheit*, p. 383, “la libertad de voluntad no precisa de ninguna prueba, porque con nuestra experiencia de libertad vive en nosotros la representación de su existencia”, citado por JESCHECK. H.H., *Tratado de Derecho Penal...*, cit., pp. 370.

<sup>1097</sup> Vid. POMPE, de *Greeff-Festschrift*, p. 75 ss., citado por JESCHECK, p. 371 ss.



que los de la libertad<sup>1098</sup>. Por ello, nos mostramos de acuerdo con SCHÜNEMANN cuando afirma que el Derecho penal no puede renunciar a la base que le ofrece la libertad de voluntad<sup>1099</sup>, si bien a diferencia de este autor consideramos que ésta podrá configurarse de forma igualmente legítima tanto a partir de consideraciones ontológicas como a partir de criterios normativos. Lo verdaderamente relevante respecto de esta cuestión, es que el Derecho penal sólo puede construir el concepto de responsabilidad a partir de la culpabilidad del sujeto, y ésta se apoya en la idea de libertad, ya sea ésta considerada como una parte de la realidad, o como una construcción o suposición normativa que permita tratar al individuo como libre.

## VII. Conclusión

La Constitución española reconoce la Justicia como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, asimismo reconoce la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad entre los fundamentos del orden político y de la paz social. Con fundamento en estos contenidos y aunque no manifieste de forma expresa de dónde surge su reconocimiento, el Tribunal Constitucional afirma en su STC 150/91 que la Constitución consagra el principio de culpabilidad como un principio estructural básico del Derecho Penal<sup>1100</sup>. Con base en lo anterior, podemos afirmar que el principio de culpabilidad excluye la legitimidad de toda pena que no tenga por presupuesto la culpabilidad del autor y que exceda la gravedad equivalente a la misma. De este modo el principio de culpabilidad condiciona tanto el *sí*, como el *quantum* de la pena.

Como se dijo más arriba, el principio de culpabilidad tiene la consideración de pensamiento rector de la Justicia penal<sup>1101</sup>, y la pena criminal sólo puede justificarse como

---

<sup>1098</sup> En este sentido JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 371.

<sup>1099</sup> Cfr. SCHÜNEMANN, B., *Libertad de voluntad...*, cit., p. 33.

<sup>1100</sup> Así lo reconoce el Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico IV letras a.) y b.) de su sentencia n° 150 / 1991, de 4 de julio. Cuestiones de inconstitucionalidad núms. 1407 / 1989, 187 / 1990 y 188 / 1990, acumuladas. Ponente: D. LUIS LOPEZ GUERRA (BOE de 29 de julio de 1991): “siempre y cuando no exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio de Estado de Derecho, el valor de la Justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad penal derivado de ella (STC 65/1986, antes citada)”.

<sup>1101</sup> Según ARTHUR KAUFMANN, *Schuldprinzip*, p. 115, citado por JESCHECK. H.H., *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 366, el principio de culpabilidad “es de naturaleza absoluta, como la propia y más profunda justificación del Derecho penal”; según la STC 150 / 1991, el principio de culpabilidad tiene el rango de un postulado constitucional. Sus fundamentos se hallan en el derecho al libre desarrollo de la personalidad y en la dignidad humana; sobre ello véase BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 108.

retribución adecuada a la medida de la culpabilidad del autor<sup>1102</sup>. En este sentido, la culpabilidad del autor es determinante no sólo a la hora de justificar la imposición de una pena, sino también en el momento de determinar su magnitud<sup>1103</sup>. En este contexto, la culpabilidad integra todas las circunstancias de las que ha de responder el autor y que deben ser tenidas en cuenta para la medición penal<sup>1104</sup>. Desde este punto de vista, el principio de culpabilidad sirve de base a la política criminal, porque las penas que no se sienten como justificadas no tienen efectos positivos ni para el reo ni para la comunidad. Además, sólo el principio de culpabilidad puede ser aplicado en la práctica judicial como criterio para determinar la medida de la pena, en cuanto por definición circunscribe la sentencia al hecho y no la confronta con toda la biografía del acusado<sup>1105</sup>. En este sentido, es posible afirmar que el principio de culpabilidad cumple una de sus funciones como *criterio regulador de la pena*, de modo tal que “la pena no debe rebasar el marco fijado por la culpabilidad de la respectiva conducta<sup>1106</sup>”.

Nos mostramos por tanto, partidarios de un Derecho Penal orientado al hecho concreto y no a la conducción de la vida, el carácter, o la total personalidad del autor. En favor de una tal decisión, cabe argumentar el mayor grado controlabilidad judicial que brinda el criterio de la culpabilidad por el hecho, lo que redundaría en una mayor garantía para el ciudadano, pues dada la gran complejidad e inabarcable número de factores que entrarían en consideración para determinar una culpabilidad por la conducción de la vida, podría llegar a disolverse en la práctica forense el efecto limitador propio del principio de culpabilidad. Por esta y otras razones expuestas con anterioridad, afirmamos que la esencia de la culpabilidad no reside en el carácter del autor, ni en la conducta de su vida, sino en la responsabilidad de éste en la comisión del hecho objeto de enjuiciamiento. En este sentido, ya se ha manifestado el Tribunal Constitucional al afirmar que “no sería constitucionalmente legítimo un Derecho penal de *autor* que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los

---

<sup>1102</sup> Cfr. WELZEL, H. *Derecho penal...*, cit., p. 234.

<sup>1103</sup> Ibidem.

<sup>1104</sup> Cfr. JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 364.

<sup>1105</sup> Véase JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 371, según este autor la prevención general no puede sustituir al principio de culpabilidad, porque no contiene ningún criterio para la medición de la pena. Además, sólo cabe esperar la resocialización del reo durante la ejecución si ha entendido lo que es la culpabilidad penal y se propone evitarla en el futuro.

<sup>1106</sup> Cfr. CORDOBA RODA, J., *Culpabilidad y pena*. Bosch, Barcelona, 1977, p. 20.

hechos”<sup>1107</sup>. Sin embargo, en el terreno propio de las medidas de seguridad, cuyo fundamento no se halla en la culpabilidad sino en la peligrosidad del autor, es necesario admitir un cierto retroceso del hecho concreto en favor de criterios relacionados con la peligrosidad.

En cuanto al concepto material de culpabilidad, que sin duda viene estrechamente vinculado con la postura que se defiende respecto de la pena, nos mostramos partidarios de una noción de responsabilidad basada en la idea de libertad. Tomando como punto de partida una concepción teórica en la que la retribución se erige como única justificación de una pena orientada funcionalmente hacia el mantenimiento de las condiciones esenciales de la coexistencia social, aceptamos la vinculación existente entre libertad, culpabilidad y responsabilidad propia de las teorías absolutas. Desde este punto de vista, resulta indiferente optar por afirmar el libre albedrío como parte de la realidad, u optar por determinar la responsabilidad a partir de criterios normativos. La idea de libertad, que justifica en último término la responsabilidad jurídico-penal, podrá aceptarse pura y simplemente como una parte de la realidad, o por el contrario construirse normativamente en forma de suposición cómo si se tratara de una *regla del juego social*, e incluso configurarse de una forma mixta empírico-normativa a partir de los conocimientos que nos ofrecen la psicología, la psiquiatría y otras ciencias empíricas.

En este sentido, admitimos que la doctrina de la antijuridicidad se refiere a la cuestión de los presupuestos para que una acción entre en contradicción con el ordenamiento jurídico sin atender a las características personales del autor, y así por ejemplo la prohibición de hurtar vale tanto para los pobres como para los ricos. Hasta aquí, en el Derecho penal se juzga “sin consideración de la persona”<sup>1108</sup>. Sin embargo, el objeto del juicio varía en el ámbito de la culpabilidad<sup>1109</sup>, donde importa la cuestión de los

---

<sup>1107</sup> Vid. Fund. Jdco. IV. letra a) de la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 150/1991, de 4 de julio. En este Fund. Jdco. IV se citan, a su vez, las SSTC 65 / 1986 y 14 / 1988.

<sup>1108</sup> Cfr. JESCHECK. H.H., *Tratado de Derecho Penal...*, cit., pp. 363 ss.

<sup>1109</sup> Véase WELZEL, H, *Derecho penal...*, cit., pp. 148 a 150: “También en el campo de la culpabilidad se debe distinguir entre *valoración* y *objeto* de la valoración, o entre reprochabilidad y acción reprochable –correspondientemente a la distinción entre antijuridicidad e injusto-. Culpabilidad, en su más propio sentido, es solamente la reprochabilidad como *valoración* de la voluntad de acción; *objeto* de esa valoración es la voluntad antijurídica de acción (y por ella, toda la acción antijurídica). (...) Culpabilidad, en sentido estricto, es solamente la reprochabilidad, o sea la calidad específica de disvalor en la voluntad de acción. En el sentido más amplio, culpabilidad significa también la voluntad de acción misma, junto con su calidad de disvalor, como totalidad: la voluntad culpable (o sea la acción culpable). (..) El elemento constitutivo de la culpabilidad, que convierte una acción y una voluntad de acción en culpable, es solamente la reprochabilidad”; el

presupuestos a cuyo tenor una persona concreta puede ser hecha responsable de su acción antijurídica<sup>1110</sup>. En este contexto, la culpabilidad significa que deben valorarse negativamente los principios orientadores por los que el autor se ha dejado llevar en la formación de su voluntad, y que cabe reprocharle personalmente el hecho: *culpabilidad es reprochabilidad en la formación de la voluntad*.

### Bibliografía

AMERIO, F., *Historia de la Filosofía*. Ed. Ibérica, Madrid, 1954.

BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho penal*. 3ª ed., Akal/Iure, 1994.

BACIGALUPO, E., *La jurisprudencia sobre reincidencia y dilaciones indebidas: dos problemas del principio de culpabilidad*. Inédito, reproducido por gentileza del autor.

BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad e individualización de la pena. El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Angel Torío López*. Comares, Granada, 1999.

BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad, carácter de autor y poena naturalis en el Derecho penal actual*, en la obra *Justicia penal y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

BACIGALUPO, E., *La jerarquía constitucional del principio de culpabilidad*, en la obra *Justicia penal y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

CORDOBA RODA, J., *Culpabilidad y pena*. Bosch, Barcelona, 1977.

FRANK, R., *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, reimpresión de la obra original *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, editada por Alfred Töpelmann, Giessen, 1907, traducida por Eduardo Aboso y Tea Löw, ed. B de F, Montevideo, 2002.

GOLDSCHMIDT, J., *La concepción normativa de la culpabilidad*, reimpresión de la obra original *Normativer Schuldbegriff*, en *Fest. Für Frank (1930)*. Traducida por Margarethe de Goldschmidt y Ricardo Núñez, ed. B de F, Montevideo, 2002.

HEGEL, G.W., *Principios de la filosofía del Derecho*. Trad. Por J.L. Vermal. Edhasa, Barcelona, 1999.

HIERRO, L.L., *Libertad y responsabilidad penal*.

JAKOBS, G., *El principio de culpabilidad. Estudios de Derecho penal*. Civitas, 1997.

JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª Ed. corregida. Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Marcial Pons editores, Madrid, 1997.

JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, (trad. de Manzanares Samaniego), ed. Comares, Granada, 1993.

---

mismo autor en *Estudios de Derecho penal*, trad. por Aboso, E. y Löw, T., ed. Julio César Faira, Buenos Aires, 2002, p.70 y 71: “El dolo en el sentido de la decisión de la acción y de la consciente finalidad dirigida hacia la realización de esta decisión no constituye el objeto de la culpabilidad (...) El específico elemento de la culpabilidad está más bien en la determinación del sentido de la decisión de valor (emocional), sobre la cual descansa la decisión y su ejecución”.

<sup>1110</sup> Según WELZEL, H. *Derecho penal...*, cit., p. 152, los presupuestos existenciales del reproche de culpabilidad, son: la libertad de voluntad y la capacidad de imputación.

JESCHECK, H.H., *Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2003, núm. 05-01, p. 01:1-01:19. Esquinas Valverde, traductora. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc05-01.pdf>.

JIMENEZ DE ASUA, L., *Principios de Derecho penal. La Ley y el delito*. 3ª Ed. Buenos Aires, 1958.

KANT, I., *Introducción a la teoría del Derecho. Introducción a la metafísica de las costumbres*. Trad. por F. González Vicens. Marcial Pons, Madrid, 1997.

LESCH, H., *La función de la pena*. Trad. por J. Sánchez Vera. Dykinson, Madrid, 1999.

MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*. Bosch. 2ª Ed. Barcelona, 1982.

MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*. 5ª ed., Barcelona, 1998.

NINO, C. S., *Introducción al análisis del Derecho*. Ariel, 2ª Ed, Barcelona, 1984.

ROMEO CASABONA, C.M., *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*. Bosch, Barcelona, 1986.

ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención en Derecho penal. Culpabilidad y Responsabilidad como categorías sistemáticas jurídico penales*. Trad. por F. Muñoz Conde. Ed. Reus, Madrid, 1981.

ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención en Derecho penal. Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad*. Trad. e introducción de Muñoz Conde, F., ed. Reus. Madrid, 1981.

ROXIN, C., *Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad* (trad. Ziffer, P. y Pastor, D.) en *Determinación judicial de la pena*. Buenos Aires, 1993.

ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Trad. de la 2ª ed. alemana por Luzón Peña, D.M., Díaz y García-Conlledo, M., Vicente Remesal, J. Civitas, Madrid, 1997.

SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones de Derecho penal. Parte General. I-III*. Bosch, Barcelona, 1982.

SCHÜNEMANN, B., *Nuevas tendencias en el concepto jurídico-penal de culpabilidad* (trad. Sacher, M.) en *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Tecnos, Madrid, 2002.

SCHÜNEMANN, B., *Libertad de voluntad y culpabilidad en Derecho penal* (trad. Baza, L.), en *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Tecnos, Madrid, 2002.

VON LISZT, F., *La idea del fin en el Derecho Penal. Programa de la Universidad de Marburgo, 1882*. Trad. de C. Pérez del Valle e introducción de J.M. Zugaldía Espinar, Comares, 1995.

WELZEL, H., *Derecho penal. Parte General*, (trad. Fontán Balestra, C.). De Palma, Buenos Aires, 1956.

WELZEL, H., *El nuevo sistema de Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Trad. por J. Cerezo Mir. Ed. B de F, Montevideo, 2001.

WELZEL, H., *Estudios de Derecho penal*. Trad. Aboso, E y Löw, T., ed. Julio César Faira, Buenos Aires, 2002.

ZUGALDIA ESPINAR, J.M., *¿Otra vez la vuelta a Von Liszt?*, Introducción a la obra de VON LISZT, F. *La idea del fin en el Derecho penal. Programa de la Universidad de Marburgo, 1882*. Trad. Pérez del Valle, C., Ed. Comares, 1995.

# Capítulo V

## Medición de la pena

### SUMARIO:

**I.** Introducción. **II.** Determinación de la pena. **III.** Individualización judicial: **1.** Marco legal de la individualización judicial. **2.** Individualización judicial. **IV.** Teoría de la pena e individualización: **1.** Justificación, fundamento y función de la pena. **2.** Culpabilidad y prevención en la individualización. **V.** Factores reales y proceso lógico de individualización. **VI.** Mayor o menor gravedad del hecho: **1.** Contenido del injusto. **2.** Contenido de la culpabilidad en sentido estricto. **VII.** Circunstancias personales del delincuente: **1.** Factores relacionados con la gravedad de la conducta. **2.** Factores relacionados con la prevención. **VIII.** Compensación de la culpabilidad en sentido estricto: **1.** Atenuante de análoga significación. **2.** pena natural. **3.** Excesiva duración del proceso. **4.** Actos posteriores de significado constructivo.

### I. Introducción

Ya hemos tenido ocasión de exponer anteriormente que la imposición de una pena al autor de un delito se *justifica* como retribución del injusto culpable según la máxima *quia peccatum est*. Por otra parte, el *fundamento* real de la pena estatal radica en su necesidad para mantener el orden social, pues a la pena se le asigna la *función* de mantener las condiciones fundamentales para la coexistencia social. De este modo, tanto la *justificación*, como el *fundamento* y la *función* de la pena quedan unificadas en una *teoría funcional retributiva y compensadora de la culpabilidad*<sup>111</sup>.

Cómo la imposición de la pena no se justifica frente al autor por razón de evitar futuros delitos, sino como compensación de su culpabilidad, se respeta la dignidad del individuo según la concepción kantiana de la persona como fin-en-sí, evitando tratar al hombre como a un mero instrumento para la consecución de fines que le son ajenos y cuya efectiva realización –al menos a través de la imposición de penas privativas de libertad- no

---

<sup>111</sup> Véase LESCH, H., *La función de la pena*. Trad. por J. Sánchez Vera. Dykinson, Madrid, 1999, p. 50.

ha sido hasta el momento demostrada empíricamente. Sin embargo, debemos recordar que lo anterior no supone concebir la pena como *absoluta ab effectu* al modo de las teorías retributivas clásicas, esto es, como un fin en sí misma. Por el contrario, la pena está llamada a cumplir una *función* –por eso se trata de una teoría funcional-, cual es la de mantener las condiciones fundamentales de la coexistencia social<sup>1112</sup>. De este modo, la pena se configura como *absoluta* en su concepto, y *relativa* en su conformación concreta<sup>1113</sup>, pues como el Estado no está legitimado para establecer un orden ideal de Justicia en el mundo, el *fundamento* real de la pena estatal radica en su indispensabilidad para mantener el orden de la comunidad, esto es, en su *necesidad* para la existencia de ese mismo orden. Por todo ello, el Estado en *caso de penar*, debe hacerlo justamente, esto es, respetando el límite que supone la culpabilidad del autor, pero *si* pena o *no*, depende de que la pena sea necesaria para mantener las condiciones fundamentales para la coexistencia social<sup>1114</sup>. De forma consecuente con lo anterior, no existe inconveniente en renunciar a la pena total o parcialmente si existen equivalentes funcionales para la solución del conflicto<sup>1115</sup>.

Desde este punto de vista, la culpabilidad cumple en el sistema penal un importante papel, no sólo como *justificación* sino como *principio de medida* de la pena<sup>1116</sup>. En opinión de CHOCLAN, el principio de culpabilidad cumple una función reguladora de la medición de la pena sobre la base de que la culpabilidad es una magnitud básicamente mensurable, debiéndose acomodar la medida de la pena a la gravedad del injusto culpable realizado, pues la pena no puede “rebasar en ningún caso el marco adecuado a la culpabilidad manifestada en el hecho cometido por el autor”<sup>1117</sup>. Sobre esta cuestión, deben tenerse en consideración las SSTs de 24-6-91 y 28-10-91, en las que se concretan los elementos

---

<sup>1112</sup> Ibidem.

<sup>1113</sup> Vid. LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p. 51.

<sup>1114</sup> Sobre esto WELZEL, H., *Derecho penal. Parte General*, (trad. Fontán Balestra, C.). De Palma, Buenos Aires, 1956, p. 235.

<sup>1115</sup> En este orden de cosas se han de situar instituciones tales como la suspensión condicional de la pena o la sustitución de la pena privativa de libertad.

<sup>1116</sup> Véase GONZALEZ CUSSAC, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*. Valencia, 1988, pp. 146 y 147: “Así entendida la pena es conceptualmente retribución,... De las anteriores consideraciones se deriva inequívocamente la vigencia de un Derecho penal donde el principio de culpabilidad sigue jugando un papel predominante, entendiendo que la esencia de éste se traduce en sendas proposiciones: no hay pena sin culpabilidad, y la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad”.

<sup>1117</sup> Cfr. CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización judicial de la pena*. Colex, Madrid, 1997, p. 59, este límite no se ha de sobrepasar ni siquiera al tomar en consideración las circunstancias personales del autor (art. 66.1 CP); en el mismo sentido CORDOBA RODA, J., *Culpabilidad y pena*. Bosch, 1977, p. 20: “la pena no debe rebasar el marco fijado por la culpabilidad de la respectiva conducta”.

integrantes de la medición de la pena. Según BACIGALUPO, la mencionada línea jurisprudencial vincula la medición de la pena con los siguientes factores: a) la gravedad de la ilicitud; b) las circunstancias que permitan juzgar sobre la mayor o menor exigibilidad, especialmente las que se vinculan con la mayor o menor comprensión que puede generar el comportamiento del autor; y c) el mayor o menor disvalor ético social de los motivos que impulsaron al autor, esto es, la mayor o menor correspondencia de los valores del autor con los del ordenamiento jurídico<sup>1118</sup>.

Además, y en relación con la agravante de reincidencia, deben ser tenidas en cuenta dos importantes resoluciones jurisdiccionales: de una parte, la STS de 6 de abril de 1990, según la cual “en la determinación de la pena el Juez o Tribunal no puede superar en ningún caso el límite de la que resulta adecuada a la gravedad de la culpabilidad del autor por el hecho<sup>1119</sup>”; y de la otra la STC 150/1991, de 4 de julio, que afirma de forma categórica que “no sería constitucionalmente legítimo un Derecho penal de *autor* que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos<sup>1120</sup>”. Por otra parte, en el Derecho comparado, resulta especialmente ilustrativo el parágrafo 46 del StGB alemán, que literalmente dispone que “la culpabilidad del autor será el fundamento de la medición de la pena. Se deberán considerar los efectos derivados de la pena para la vida futura del autor en la sociedad”<sup>1121</sup>. En esta misma dirección, cabe también mencionar la disposición aprobada por la Comisión Redactora del Código penal Tipo Iberoamericano, según la cual “la culpabilidad por el hecho es la base de la individualización de la pena<sup>1122</sup>”, así como el art. 63 del Código penal suízo, que obliga al Juez a fijar la pena “con fundamento en la culpabilidad del delincuente, teniendo en cuenta los móviles, los antecedentes y la situación personal del autor”.

---

<sup>1118</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad e individualización de la pena. El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Angel Torío López*. Comares, Granada, 1999, p. 38.

<sup>1119</sup> Asimismo la STS 14 de diciembre de 1991, dispone que “las consecuencias del delito deben ser proporcionales a la gravedad de la culpabilidad y por lo tanto si el acusado ya ha sufrido un mal con la excesiva duración del procedimiento, éste debe serle computado en la pena... toda circunstancia derivada del proceso y que tenga sobre los derechos del acusado efectos de carácter aflictivo, importa una anticipada retribución, que paralelamente, se debe reflejar en la pena que se imponga”; en opinión de CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 64, en esta última sentencia se reconoce expresamente la retribución como fundamento de la pena y la culpabilidad por el hecho como medida de la misma.

<sup>1120</sup> Con cita de las SSTC 65/1986 y 14/1988 y otras.

<sup>1121</sup> Véase el *Código penal alemán*. Traducción al español coordinada por EIRANOVA, E. Marcial Pons, Madrid, 2000.

<sup>1122</sup> Cfr. JAEN VALLEJO, M. *Informe sobre los últimos trabajos de la Comisión redactora del nuevo Código penal Tipo iberoamericano*, en *Cuadernos de Política Criminal*, n° 73. Madrid, 2001, p. 215.



En todo caso, se atribuya a la pena una u otra justificación, esto es, culpabilidad o prevención, es en principio insoslayable la adecuación de la medida de la pena a la gravedad del hecho, de modo que siempre la pena debe mirar al hecho cometido y no sólo al futuro<sup>1123</sup>. En palabras de CHOCLAN “la proporcionalidad a que acude la teoría de la prevención general positiva es en realidad retribución entendida en su actual significación<sup>1124</sup>”. Tanto desde un punto de vista retributivo como preventivo, las consecuencias del principio de culpabilidad en la individualización de la pena, son las siguientes: a) La pena debe ser proporcionada a la gravedad de la culpabilidad; y b) Las necesidades de prevención general y especial no pueden justificar en ningún caso una pena que supere la gravedad de la culpabilidad<sup>1125</sup>. A continuación, trataremos de precisar la función de la culpabilidad en la determinación e individualización judicial de la pena.

## II. Determinación de la pena

Por determinación de la pena, entendemos la fijación de la pena que corresponde al delito. En un sentido limitado, se trata de fijar tanto la *clase* de pena como la *cantidad* de pena a imponer, y en un sentido amplio se incluye también la decisión acerca de la *suspensión* o *sustitución* de la pena<sup>1126</sup>. En el Antiguo Régimen y durante muchos siglos el arbitrio judicial fue desmedido, confiándose a la libre voluntad del Juez la decisión relativa a la clase y cantidad de pena a imponer por un delito concreto. Este sistema dio entrada a una práctica judicial en la que el prudente arbitrio quedó convertido en escandalosa arbitrariedad<sup>1127</sup>. El viejo sistema basado en el excesivo arbitrio judicial fue objeto de una intensa crítica por parte de los reformistas ilustrados, que pusieron de manifiesto la evidente carga de inseguridad y desigualdad que este sistema llevaba aparejada. Por esta razón, el Código penal francés de 1791, nacido de la Revolución, instauró un sistema radicalmente opuesto al anterior, basado esta vez en un legalismo extremo que asignaba a

---

<sup>1123</sup> Cfr. CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 66.

<sup>1124</sup> Cfr. CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 66: “Cuestión distinta es que se atribuya mayor importancia al aspecto de retribución o al de prevención como fin de la pena, lo que dependerá de la posición que se tome acerca del significado social de la pena”.

<sup>1125</sup> Cfr. CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., pp. 85 y 86: “De esta manera la culpabilidad es un principio de proporcionalidad entre la pena y los elementos que fundamentan la reprochabilidad. Esta idea —la culpabilidad por el hecho es la base de la individualización de la pena— deberá servir de criterio rector en la interpretación de las reglas de los artículos 66 y 68 del Código penal y fundamentalmente en la interpretación del alcance de la agravación por reincidencia”.

<sup>1126</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*. 5ª ed., Barcelona, 1998, pp. 744 y 745.

<sup>1127</sup> Véase TOMAS Y VALIENTE, F., *Manual de Historia del Derecho español*. Tecnos, 10ª reimpresión, 2002, p. 496; asimismo LANDROVE, G. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Tecnos, 4ª Ed., 1996, p. 97.

cada delito una pena *fija* absolutamente determinada y no susceptible de ser modificada por el Juez, que se convertía así en un mero autómatas que aplicaba la Ley<sup>1128</sup>. Sin embargo, el nuevo sistema reveló inmediatamente su incapacidad para alcanzar la igualdad que en un principio perseguía, ya que impedía tratar de forma desigual casos desiguales<sup>1129</sup>.

De este modo, el Código penal francés de 1810 instauró un sistema de compromiso entre el legalismo extremo y el libre arbitrio judicial, confiriendo a los jueces la facultad para determinar la pena dentro de unos límites máximos y mínimos legalmente previstos<sup>1130</sup>. Este es el sistema que ha arraigado en la legislación penal posterior y el que marca en la actualidad la orientación del Código penal español de 1995<sup>1131</sup>: la ley fija un marco penal con unos límites máximo y mínimo, dentro de los cuales corresponde al Juez la determinación de la pena en concreto<sup>1132</sup>.

### III. Individualización judicial

Generalmente se admiten desde SALEILLES (1898) tres momentos en la determinación de la pena<sup>1133</sup>: a) de una parte, la denominada individualización legal, que consiste en la fijación por parte del legislador con carácter general y abstracto de la pena correspondiente a cada hecho delictivo<sup>1134</sup>; b) de otra, la denominada individualización

---

<sup>1128</sup> Cfr. LANDROVE, G. *Las consecuencias...*, cit., p. 97; asimismo MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, cit., p. 745.

<sup>1129</sup> Cfr. LANDROVE, G. *Las consecuencias...*, cit., p. 98.

<sup>1130</sup> Ibidem.

<sup>1131</sup> Vid. LANDROVE, G. *Las consecuencias...*, cit., p. 101: “En la actualidad adopta nuestro Derecho una postura intermedia entre el sistema de libre arbitrio judicial y el de estricto legalismo. En cualquier caso, el Código de 1995 ha ampliado notablemente el margen de libertad del juzgador”; asimismo *vid.* MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, cit., p. 745, sobre la evolución de la determinación de la pena en el Derecho español, el mismo autor en pp. 747 ss.; en el mismo sentido según CHOCLAN MONTALVO, J.A. *Individualización...*, cit., p. 107: “rige en nuestro Derecho un sistema de *indeterminación legal relativa* mediante el establecimiento por el legislador de un límite mínimo y máximo de pena. Este sistema aparece históricamente como una reacción frente a la plena arbitrariedad judicial en la fijación de la pena fundamentalmente desde el Código penal francés de 1791”.

<sup>1132</sup> Vid. LANDROVE, G. *Las consecuencias...*, cit., pp. 101 y 102, para lo cual la Parte General del Código establece una serie de reglas auxiliares que sirven para concretarlo (arts. 70 y 71 CP); asimismo *vid.* CHOCLAN MONTALVO, J.A. *Individualización...*, cit., p. 107.

<sup>1133</sup> Véase SALEILLES, R., *La individualización de la pena*. Traducción de Hinojosa, J., Hijos de Reus, Madrid, 1914, reimpresión facsimil, ed. Analecta, Pamplona, 2002, pp. 269 ss.; asimismo LANDROVE, G. *Las consecuencias...*, cit., pp. 100 y 101; también MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, cit., p. 745 ss.; asimismo véase MAPELLI/TERRADILLOS, *Las consecuencias jurídicas del delito*. Civitas, Madrid, 1996, pp. 188 ss.

<sup>1134</sup> En el Código penal de 1995, el legislador prevé para cada delito un marco penal (abstracto) limitado por un máximo y un mínimo.

judicial de la pena, que es la realizada por el Juez cuando determina en concreto –si la Ley lo permite- la clase de pena a imponer así como su magnitud; y c) finalmente, la individualización administrativa o penitenciaria, que se lleva a cabo durante la ejecución de la pena privativa de libertad por los funcionarios encargados de su ejecución. Entre los tres momentos señalados, merece especial atención de cara al estudio de la reincidencia el segundo de ellos, esto es, el momento generalmente conocido como *individualización judicial de la pena*<sup>1135</sup>, para cuyo estudio seguiremos a BACIGALUPO cuando distingue entre: a) la *determinación del marco legal de la individualización judicial en abstracto* –actividad que en parte realiza el legislador y en parte el Tribunal-; y b) *individualización de la pena stricto sensu*<sup>1136</sup>.

El sistema del Código penal de 1995, también permite distinguir dos momentos en la individualización judicial de la pena. En cada uno de dichos momentos los criterios de valoración que deben presidir la actividad judicial son distintos y excluyentes, en el sentido de que no resulta posible la doble valoración de unos mismos factores<sup>1137</sup>. Según esto, el Juez no puede considerar de nuevo en la medición de la pena el mismo fundamento que orientó al legislador en la determinación del tipo, pues en definitiva se trata de que el Juez penal no determine la pena en función de circunstancias que ya fueron valoradas por el legislador<sup>1138</sup>.

---

<sup>1135</sup> Se debe precisar que algunos autores se refieren a este momento como *determinación judicial de la pena*, y así MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, cit., p. 753.

<sup>1136</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *La individualización de la pena en la reforma penal*, en *Revista de la Facultad de derecho de la Universidad Complutense*, monográfico nº 3. 1980, p. 63; asimismo CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 108.

<sup>1137</sup> Cfr. CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 108, y así por ejemplo en el momento de la individualización judicial *strictu sensu* no debe tenerse en cuenta que el delito sólo quedó en tentativa si ésta ya ha determinado la rebaja del marco penal. Más extensamente sobre el particular en p. 115.

<sup>1138</sup> Cfr. JESCHECK. H.H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, (trad. de Manzanares Samaniego), ed. Comares, Granada, 1993, p. 796: “La prohibición de la doble valoración significa en su forma más simple que los elementos del tipo legal, al igual que los criterios que se refieren a cada clase de delito, no pueden valorarse como agravatorios o atenuadores en la individualización de la pena, puesto que ya fueron tomados en cuenta por el legislador para trazar el marco punitivo. Lo mismo sucede con el fin legal de un tipo o con las circunstancias que normalmente lo acompañan”; asimismo véase CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 174, si el Juez aplicó el marco penal atenuado por la concurrencia de una eximente incompleta, no puede ser tenido en cuenta en la medición que el sujeto obró con capacidad disminuída. A este respecto el parágrafo 46. III del StGB alemán dispone que no deberán considerarse las circunstancias que ya sean características del tipo legal.

## 1. Marco legal de la individualización judicial

El primer momento para la fijación de la pena definitiva lo constituye una actividad judicial guiada por la Ley, ya que el legislador señala como pena tipo para el autor del delito consumado un marco penal abstracto delimitado a partir de un máximo y un mínimo, estableciendo al mismo tiempo las reglas necesarias para que el Juez determine en atención a las circunstancias del supuesto concreto, el marco legal del que debe partirse para la fijación de la pena definitiva<sup>1139</sup>. De este modo, en el sistema español el marco penal en el que más tarde ha de realizarse la individualización judicial *strictu sensu* no queda definido en el momento de establecer la amenaza legal en el tipo, sino que requiere de una operación complementaria que el legislador ha puesto en manos del Juez al permitirle establecer el grado de la pena antes de entrar en la individualización judicial propiamente dicha<sup>1140</sup>. Este primer momento, en parte protagonizado por el legislador y en parte por el Juez, lo denominamos siguiendo a BACIGALUPO como *determinación del marco legal de la individualización judicial en abstracto*<sup>1141</sup>. Esta función judicial se aproxima a la individualización judicial *strictu sensu*, si bien conviene distinguir conceptualmente ambos momentos<sup>1142</sup>. En el momento de la *determinación del marco legal de la individualización judicial*, el órgano judicial establece el marco penal asistido por la Ley, siendo posible distinguir los siguientes supuestos:

a) *Supuestos de imperfecta ejecución*, a cuyo efecto habrá de ser tomado en consideración el art. 16.1 del Código penal referido a la tentativa<sup>1143</sup>; así como el art. 62, que con relación a la punición de la tentativa obliga a la imposición de la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada atendiendo al grado de ejecución alcanzado y al

---

<sup>1139</sup> El artículo 61 del Código penal, dispone que “cuando la Ley establece una pena, se entiende que la impone a los autores de la infracción consumada”; sobre el particular *vid.* JAEN VALLEJO, M., *Los principios superiores del Derecho penal*. Dykinson, 1999, pp. 61 ss.

<sup>1140</sup> Cfr. CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 108.

<sup>1141</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *La individualización...*, cit., p. 63.

<sup>1142</sup> La individualización judicial en sentido estricto, sí constituye una verdadera función autónoma del Juez, pues no procede de una delegación del legislador, sino que se presenta como competencia exclusiva de la jurisdicción en cuanto se trata de determinar la pena en función de las peculiaridades de cada caso; sobre ello *vid.* CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 108.

<sup>1143</sup> Cfr. JAEN VALLEJO, M., *Los principios...*, cit., pp. 62 ss.

peligro inherente al intento<sup>1144</sup>. Por su parte, el art. 64 CP establece una excepción para los casos en los que la tentativa se halle especialmente penada por la Ley.

b) *Supuestos de participación delictiva*, a cuyo efecto habrá de ser tomado en consideración respecto de la complicidad el art. 29 del Código penal<sup>1145</sup>, ya que tanto al inductor (art. 28 a.), como al cooperador necesario (art. 28.b), se les castiga del mismo modo que al autor<sup>1146</sup>. Por su parte, el artículo 63 CP dispone que “a los cómplices de un delito consumado o intentado se les impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la Ley para los autores del mismo delito”<sup>1147</sup>.

c) *Supuestos de error de prohibición vencible*, a cuyo efecto se habrá de tener en consideración el artículo 14.3 del Código penal, que establece una atenuación obligatoria de la pena en uno o dos grados.

d) *Supuestos de concurrencia de circunstancias de atenuación o agravación* previstas en la Parte General<sup>1148</sup>, a cuyo efecto deben ser consideradas respecto de los delitos dolosos las siguientes reglas, todas ellas contenidas en el núm. 1º del art. 66 CP según la nueva redacción dada por la *Ley Orgánica 11 / 2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*<sup>1149</sup>:

---

<sup>1144</sup> Véase CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 115, ello supone en opinión del autor una excepción a las reglas 3ª y 4ª del art. 66.

<sup>1145</sup> Cfr. JAEN VALLEJO, M., *Los principios...*, cit., pp. 64 ss.

<sup>1146</sup> Cfr. CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 118.

<sup>1147</sup> Sobre la atenuación de la pena al partícipe en delito especial propio *vid.* CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., pp. 121 ss.

<sup>1148</sup> Se debe precisar que coincidimos con BACIGALUPO, E., *La individualización...*, cit., pp. 62 y 63, cuando concluye que las circunstancias agravantes y atenuantes no son sino elementos del tipo que tienen –como todos los elementos del tipo– relevancia especial para la determinación del marco penal, no diferenciándose de otras circunstancias que están integradas en los tipos de la Parte Especial; sobre ello también CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., pp. 130 y 131.

<sup>1149</sup> Pues si se trata de delitos *imprudentes*, será de aplicación lo previsto en el art. 66.2 del Código Penal, según la nueva redacción dada por la *Ley Orgánica 11 / 2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, que dispone lo siguiente: “Art. 66.2.- En los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior”; por otra parte, se debe recordar que el derogado art. 66 de la L.O. 10 / 1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, no distinguía a efectos de la medición de la pena entre delitos dolosos e imprudentes, pues tan sólo disponía lo siguiente: *Artículo 66.-* “En la aplicación de la pena, los Jueces o Tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas: 1ª Cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes o cuando concurren unas y otras, los Jueces o

d.1) La regla 1ª (art. 66.1.1ª CP), según la cual cuando concurra sólo una circunstancia atenuante, los jueces o tribunales aplicarán la pena “en la mitad inferior de la que fije la Ley para el delito”.

d.2) La regla 2ª (art. 66.1.2ª CP), que dispone que cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concurra agravante alguna, los jueces “*aplicarán* la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la Ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes”.

d.3) La regla 3ª (art. 66.1.3ª CP), según la cual cuando concurra sólo una o dos circunstancias agravantes, los jueces “*aplicarán* la pena en la mitad superior de la que fije la Ley para el delito”.

d.4) La regla 4ª (art. 66.1.4ª CP), que dispone que cuando concurren más de dos circunstancias agravantes y no concurra atenuante alguna, los jueces “*podrán* aplicar la pena superior en grado a la establecida por la Ley en su mitad inferior”.

d.5) La regla 5ª (art. 66.1.5ª CP), según la cual cuando concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo Título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, los jueces “*podrán* aplicar la pena superior en grado a la prevista por la Ley para el delito de que se trate, teniendo en

---

Tribunales individualizarán la pena imponiendo la señalada por la ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia. 2ª Cuando concurra sólo alguna circunstancia atenuante, los Jueces o Tribunales no podrán rebasar en la aplicación de la pena la mitad inferior de la que fije la ley para el delito. 3ª Cuando concurren una o varias circunstancias agravantes, los Jueces o Tribunales impondrán la pena en la mitad superior de la establecida por la ley. 4ª Cuando sean dos o más las circunstancias atenuantes o una sola muy cualificada, los Jueces o Tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, aplicándola en la extensión que estimen pertinente, según la entidad y número de dichas circunstancias”.

cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido<sup>1150</sup>”.

d.6) La regla 7ª (art. 66.1.7ª CP), según la cual cuando concurren atenuantes y agravantes, los jueces “las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado. Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación, aplicarán la pena en su mitad superior”.

e) *Supuestos de concurrencia de eximentes incompletas*, a cuyo efecto habrá de considerarse el artículo 21.1ª del Código penal, que considera que pueden presentarse como incompletas las circunstancias eximentes previstas en el artículo 20<sup>1151</sup>. En cuanto a la punibilidad, el artículo 68 dispone que “en los casos previstos en la circunstancia 1ª del artículo 21, los Jueces o Tribunales *podrán* imponer, razonándolo en la sentencia, la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, aplicándola en la extensión que estimen pertinente, atendidos el número y la entidad de los requisitos que falten o concurren, las circunstancias personales del autor y, en su caso, el resto de las circunstancias atenuantes o agravantes<sup>1152</sup>”.

f) *Supuestos de concurso de delitos y de delito continuado*, a cuyo efecto se habrán de considerar las siguientes disposiciones<sup>1153</sup>:

f.1) Sobre el concurso real, el art. 73 del Código penal establece el *principio de acumulación material* de las penas si es posible su cumplimiento simultáneo; en caso contrario, el principio de acumulación material queda limitado por el *principio de acumulación jurídica* contenido en el art. 75, que impone el cumplimiento sucesivo de las penas que no sea posible cumplir

---

<sup>1150</sup> Se trata por tanto de una nueva circunstancia agravante de reincidencia, cualificada esta vez por el número de delitos cometidos, que permite –que no obliga– al Juez la aplicación de la pena superior en grado. Al estudio de esta nueva circunstancia agravante de reincidencia cualificada introducida por la Ley Orgánica 11 / 2003, de 29 de septiembre, dedicaremos posteriormente todo un Capítulo, por lo que no nos detendremos en ella en este momento.

<sup>1151</sup> Sobre la posibilidad –más correcta– de haber regulado la imputabilidad disminuída en una disposición específica véase CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 136.

<sup>1152</sup> En defensa del sistema de atenuación facultativa de la pena CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., pp. 136 y 137.

<sup>1153</sup> Cfr. JAEN VALLEJO, M., *Los principios...*, cit., pp. 68 ss.

de forma simultánea<sup>1154</sup>. Asimismo habrá de tenerse en cuenta el sistema de acumulación mitigada que establece el art. 76 del Código penal en relación con el art. 78<sup>1155</sup>.

f.2) Sobre el concurso ideal, se debe tener en cuenta el art. 77 del Código penal, que establece un sistema basado en el *principio de absorción agravada*<sup>1156</sup>.

f.3) En cuanto al delito continuado, se debe considerar el contenido del art. 74 del Código penal.

Se debe precisar que al objeto de guiar esta actividad judicial, el legislador establece una serie de reglas auxiliares para la determinación del marco penal tales como las contenidas en los arts. 70 a 72 del Código Penal<sup>1157</sup>. Asimismo, debe tomarse en consideración el contenido de la regla 8ª contenida en el núm. 1º del art. 66 CP en la nueva redacción dada por la *Ley Orgánica 11 / 2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, según la cual “cuando los jueces o tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado podrán hacerlo en toda su extensión”. Finalmente, también es importante recordar que en ocasiones el legislador deja en manos del Juez la misma elección de la clase de pena aplicable, tal y como sucede en el caso de los tipos de la Parte Especial que contienen penas alternativas (p. ej.: art. 184). En estos supuestos, el Juez no sólo viene facultado legalmente para determinar la medida de la pena, sino también para elegir la clase de pena a imponer<sup>1158</sup>.

---

<sup>1154</sup> Cfr. CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., pp. 140 ss.

<sup>1155</sup> Sobre el fundamento del sistema configurado a partir de los arts. 76 y 78 CP véase CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., pp. 143 ss.

<sup>1156</sup> Completado con un principio en beneficio del reo, cual es el contenido en el nº 3 del art. 77; véase sobre ello CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 154 ss.

<sup>1157</sup> Cfr. CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 107 y con detalle pp. 163 ss.

<sup>1158</sup> Vid. CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 108: “En todos los supuestos en que el legislador faculta al Juez para elegir la clase de pena o uno u otro marco penal el criterio general que debe presidir la actividad judicial debe venir dado una vez más por el principio de culpabilidad habida cuenta que el principio de legalidad ya ha cumplido su función limitada al establecimiento de la amenaza legal abstracta. Es decir, el Juez penal deberá elegir la pena o el marco de pena que resulte adecuado a la gravedad de la culpabilidad por el hecho”; en nuestra opinión a estos casos se asemenen aquéllos en los que la Ley previene penas de imposición potestativa (p. ej. arts. 192 ó 226).



## 2. Individualización judicial

Una vez realizadas, en su caso, las anteriores operaciones, la individualización judicial de la pena *strictu sensu* constituye el segundo momento de cara a la fijación de la pena definitiva. Se trata de una función autónoma del Juez que no procede de una delegación del legislador y a través de la cual se determina la pena en función de las peculiaridades de cada caso en concreto. Así, una vez determinado el *marco legal de la individualización en abstracto*, el Juez debe concretar la pena dentro de los límites de ese marco, sin que de ninguna manera los pueda rebasar<sup>1159</sup>. Por medio de la *individualización judicial en sentido estricto*, se establece dentro del *marco legal de la individualización* determinado en un momento anterior, la concreta medida de la pena a imponer en función de las particularidades del autor y del hecho<sup>1160</sup>. El verdadero sentido de la *individualización judicial en sentido estricto*, lo constituye por tanto la adaptación de la medida de la pena al concreto hecho cometido por el autor.

La *individualización judicial en sentido estricto* es una facultad discrecional del Tribunal, pero no se trata de una discrecionalidad libre, sino jurídicamente vinculada, que precisa para su adecuado desarrollo la previa selección de los criterios valorativos que impidan decisiones arbitrarias o desiguales<sup>1161</sup>. De acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1989, la discrecionalidad –lícita y no revisable en casación– consiste en el uso motivado de las facultades de arbitrio, mientras que la arbitrariedad prohibida por la Constitución consiste en la no motivación del uso de las facultades discrecionales<sup>1162</sup>. Es precisamente en el momento de la *individualización en sentido estricto*, cuando el Juez debe garantizar que la medida de la pena resulta adecuada a la culpabilidad del autor, para lo cual sirven como criterios rectores los contenidos en la regla 6ª del art. 66.1 del Código penal según la nueva redacción dada por la *Ley Orgánica 11 / 2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*. Sobre ello, resulta importante destacar que el Código penal español no contiene una cláusula que describa detalladamente los criterios para la individualización en el modo en

---

<sup>1159</sup> Cfr. JAEN VALLEJO, M., *Los principios...*, cit., pp. 68 ss.: “Sólo excepcionalmente, si el Juez considera que la pena es *notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo* podrá dirigirse al Gobierno, *sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia*, para sugerir una reforma legislativa o proponer un indulto (art. 4.3 CP)”.

<sup>1160</sup> Cfr. CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 108.

<sup>1161</sup> Cfr. CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., pp. 171 y 172.

<sup>1162</sup> Ponente Sr. MONTERO FERNANDEZ-CID.

que lo hace el párrafo 46 del StGB alemán, cuyo texto literal transcribimos a continuación:

**Parágrafo 46.-** *“Fundamentos en la medición de la pena<sup>1163</sup>.*

*I. La culpabilidad del autor será el fundamento de la medición de la pena. Se deberán considerar los efectos derivados de la pena para la vida futura del autor.*

*II. En la medición de la pena el Tribunal ponderará las circunstancias favorables y contrarias al autor. Con este fin se contemplarán particularmente:*

*los fundamentos de la motivación y los fines del autor,*

*la intencionalidad que se deduce del hecho y la voluntad con que se realizó el hecho,*

*la medida del incumplimiento del deber,*

*el modo de ejecución y los efectos culpables del hecho,*

*los antecedentes del autor, su situación personal y económica,*

*así como*

*su conducta después del hecho, especialmente sus esfuerzos por reparar los daños, y sus esfuerzos para acordar una compensación con el perjudicado.*

*III. No podrán tomarse en consideración las circunstancias que ya caractericen el tipo penal”.*

En esta misma línea, la Comisión Redactora del Nuevo Código Penal Tipo Iberoamericano, en su reunión de Panamá celebrada en el año 1998, aprobó una disposición comprensiva de los principios orientadores de la individualización judicial, con el siguiente tenor literal<sup>1164</sup>:

**“Principios orientadores de la individualización.** *En la individualización de la pena se tendrá en cuenta: la gravedad de la ilicitud cometida; la mayor o menor exigibilidad de cumplimiento de la norma y del deber; el mayor o menor disvalor de la acción realizada por el autor; la conducta posterior al hecho, en especial los esfuerzos para reparar el daño; la pena natural, sufrida por el autor en la realización del hecho. No se tomarán en consideración aquellas circunstancias tenidas ya en cuenta en la descripción del tipo penal e inherentes al mismo”.*

Asimismo, aunque no de un modo tan preciso, el Código penal suízo expone en su art. 63 los siguientes criterios a tener en cuenta en el momento de la individualización judicial de la pena:

**Artículo 63.-** *“El juez fijará la pena con fundamento en la culpabilidad del delincuente, teniendo en cuenta los móviles, los antecedentes y la situación personal del autor”.*

Por su parte, el Código penal de 1995 en la nueva redacción dada por la *Ley Orgánica 11 / 2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia*

---

<sup>1163</sup> Cfr. *Código penal alemán...*, cit.

<sup>1164</sup> Cfr. JAEN VALLEJO, M., *Los principios...*, cit., p. 71.

*doméstica e integración social de los extranjeros*, dispone de una regla muy general y no tan precisa para la individualización de la pena en ausencia de atenuantes o agravantes. En concreto, la regla 6ª contenida en el núm. 1º del art. 66, dispone que en estos casos los Jueces y Tribunales deben imponer la pena “*en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho*”<sup>1165</sup>.

#### IV. Teoría de la pena e individualización

##### 1. Justificación, fundamento y función de la pena

La individualización judicial en sentido estricto debe tomar como punto de partida una concreta concepción sobre la justificación, fundamento y función de la pena. Sobre este particular ya hemos tenido ocasión de establecer nuestra posición, según la cual la pena sólo se *justifica* frente al autor como retribución por el hecho culpable. Por esta razón y en primer término, la individualización judicial de la pena debe orientarse principalmente hacia la compensación de la culpabilidad del autor por el hecho cometido tal y como dispone el parágrafo 46 StGB alemán y el art. 63 del Código penal suízo. Coincidimos por tanto plenamente con CHOCLAN, cuando afirma que “la individualización penal tiene que partir de la función compensatoria de la pena en cuanto la pena sirve a la justa retribución del injusto y la culpabilidad”<sup>1166</sup>. Sin embargo, tal y como se dijo más arriba, la circunstancia de que la pena se *justifique* como retribución del injusto culpable, no supone negar que la pena deba cumplir una *función*, esto es, el mantenimiento de las condiciones necesarias para

---

<sup>1165</sup> Se debe recordar que los criterios contenidos en la regla 6ª del art. 66.1 CP en la nueva redacción dada por la *Ley Orgánica 11 / 2003, de 29 de septiembre*, para los supuestos de no concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes, son los mismos que prevenía la derogada regla 1ª del art. 66 de la *Ley Orgánica 10 / 1995, de 23 de noviembre del Código penal*, que disponía lo siguiente: “*Art. 66. 1ª.- Cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes o cuando concurren una y otras, los Jueces o Tribunales individualizarán la pena imponiendo la señalada por la Ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia*”; se debe precisar que en la nueva redacción legal del art. 66.1.6ª según la *L.O. 11 / 2003, de 29 de septiembre*, desaparece toda mención a la necesidad de razonar la individualización en la sentencia, lo que entendemos no puede ser entendido como la eliminación de tal necesidad, impuesta de un modo general por el art. 120.3 de la CE; por otra parte, se debe precisar que la nueva regulación contenida en la *Ley Orgánica 11 / 2003, de 29 de septiembre*, dispone distintos criterios para el supuesto de concurrencia de atenuantes y agravantes que la derogada regla 1ª del art. 66 de la *L.O. 10 / 1995, de 23 de noviembre del Código penal*, y así la nueva regla 7ª, contenida en el art. 66.1 del CP en la redacción dada por la *L.O. 11 / 2003, de 29 de septiembre*, dispone que: “*Cuando concurren atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado. Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación, aplicarán la pena en su mitad superior*”.

<sup>1166</sup> Cfr. CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 173.

la coexistencia social. Además de lo anterior, y desde el punto de vista del Estado, la pena se *fundamenta* en su indispensabilidad para mantener el orden de la comunidad, de forma tal que únicamente debe acudir a la pena cuando ésta sea *necesaria* para la subsistencia del orden social. En otras palabras, si la pena no es *necesaria* para el mantenimiento de la identidad normativa de la sociedad, el Estado puede renunciar total o parcialmente a la pena y acudir a equivalentes funcionales para la solución del conflicto.

De forma consecuente con lo anterior, en la individualización de la pena el Juez debe atender tanto al principio de medida de la pena que le otorga la retribución fijando la pena que resulte adecuada a la gravedad de la culpabilidad, es decir de la reprochabilidad del autor<sup>1167</sup>; como al principio según el cual el Estado, por razones vinculadas con la indispensabilidad de la pena para mantener el orden social, puede renunciar a la pena o acudir a equivalentes funcionales. De este modo, se alcanza la conclusión opuesta a la que propone KANT en el universalmente conocido ejemplo de la isla. Coincidimos por tanto con BACIGALUPO, cuando afirma que “la gravedad de la culpabilidad determina el límite máximo de la pena, pero no obliga –como en la concepción de KANT- a la aplicación de la pena adecuada a la culpabilidad. Por debajo de ese límite es posible observar exigencias preventivas que, inclusive pueden determinar una reducción de la pena adecuada a la culpabilidad. Dicho de otra manera: la retribución de la culpabilidad, que proviene de las teorías absolutas, sólo determina el límite máximo de la pena aplicable al autor, sin excluir la posibilidad de dar cabida a las necesidades preventivas, provenientes de las teorías relativas, hasta el límite fijado por la culpabilidad<sup>1168</sup>”.

Se debe precisar que la concepción de la pena expuesta no trata de asignar a la pena una función *preventiva*<sup>1169</sup>, esto es, no se trata de la evitación de futuros delitos según la fórmula clásica *ne peccetur*, sino de afirmar mediante la pena que es correcto confiar en la vigencia de la norma<sup>1170</sup>. La pena cumple desde esta perspectiva una esencial *función* de mantenimiento de la identidad normativa de la sociedad. Según JAKOBS “la pena no es tan sólo un medio para mantener la identidad social, sino que ya constituye ese

---

<sup>1167</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad...*, cit, p. 36.

<sup>1168</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad...*, cit, p. 38.

<sup>1169</sup> En contra JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª Ed. corregida. Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Marcial Pons editores, Madrid, 1997, p. 18, según el cual la pena debe proteger las condiciones de la interacción social y tiene, por tanto, una función preventiva. La protección tiene lugar reafirmando al que confía en la norma en su confianza.

<sup>1170</sup> En este sentido LESCH, H., *La función de la pena...*, cit., p. 50.

mantenimiento mismo”. Todo lo anterior significa que la pena se impone *quia peccatum est* y el autor responde sólo por su culpabilidad, pues con ello se confirma la vigencia de la norma y se mantienen las condiciones esenciales para la coexistencia social<sup>1171</sup>.

De una forma secundaria, se admite que la pena pueda *impresionar* de tal modo al que la sufre (prevención especial intimidatoria), o a terceros (prevención general negativa), que éstos se abstengan de realizar hechos futuros. Estos efectos son algo que según JAKOBS cabe desear que se den por añadidura en la pena, pero no es función de la pena provocar tales efectos<sup>1172</sup>. En un sentido parecido ya se había manifestado WELZEL, quien afirmaba que según la teoría absoluta el contenido de la pena se agota con la realización de una retribución justa, y que “todas las otras consecuencias (intimidación, mejoramiento) son, en el mejor de los casos, efectos favorables secundarios que no tienen nada que ver con la naturaleza de la pena”<sup>1173</sup>. Asimismo, admitía este autor, que dentro de la medida de la culpabilidad fuera reafirmada la fuerza resocializadora de impresión de la pena, lo que habría de tener lugar mediante una configuración inteligente de la ejecución de la pena privativa de libertad<sup>1174</sup>. Por su parte, CHOCLAN considera que el fin de la pena no se agota en la compensación del injusto culpable, sino que debe tender a satisfacer las necesidades de prevención especial, esto es, el tribunal ha de considerar la pena como un medio para reconducir al reo hacia una vida ajustada a la Ley y ordenada, si bien posteriormente afirma que las necesidades preventivas relacionadas con la peligrosidad o con las necesidades de resocialización del autor, no pueden justificar en ningún caso un marco penal por encima del adecuado a la gravedad de la culpabilidad por el hecho<sup>1175</sup>.

## 2. Culpabilidad y prevención en la individualización

Como se dijo más arriba, la pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad del autor, esto es, a la gravedad del reproche que quepa hacer al autor por el injusto culpable,

---

<sup>1171</sup> De este modo se garantiza la convivencia democrática y se consolida un Estado de Derecho que asegura el imperio de la Ley como expresión de la voluntad popular, todo ello según dispone el Preámbulo de la Constitución española de 1978.

<sup>1172</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit., p. 19; asimismo WELZEL, H., *Derecho penal...*, cit., pp. 233 y 234, se refiere al problema de la “impresión” de la pena, que al afectar como un mal a las funciones bajas del Hombre, puede servir a la intimidación individual o general e incluso a la mejoría preventivo especial; asimismo véase CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 173.

<sup>1173</sup> Cfr. WELZEL, H., *Derecho penal...*, cit., p. 236.

<sup>1174</sup> Cfr. WELZEL, H., *Derecho penal...*, cit., p. 240.

<sup>1175</sup> Cfr. CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., pp. 173 y 177.

determina el límite máximo de la pena aplicable. Ello no excluye la posibilidad de dar cabida a las necesidades preventivas, provenientes de las teorías relativas de la pena, hasta el límite fijado por la culpabilidad<sup>1176</sup>. Sólo de esta manera es posible afirmar la plena compatibilidad entre el principio de culpabilidad y el sistema legal de individualización de la pena<sup>1177</sup>. La concepción de la pena que aquí se mantiene, unida a la función que se asigna al principio de culpabilidad en el momento de la individualización judicial, puede dar lugar a una antinomia entre la pena adecuada a la culpabilidad y la pena requerida por las necesidades de prevención especial<sup>1178</sup>.

En opinión de BACIGALUPO, esta antinomia no será tan considerable en relación con la prevención general, dado que cuanto menor es la culpabilidad del autor menor es la necesidad de ratificación de la vigencia de la norma<sup>1179</sup>. Sin embargo, la antinomia se presentará en muchos casos en relación con la prevención especial, pues a una culpabilidad menor puede corresponder una mayor necesidad de pena desde el punto de vista preventivo-especial. Por nuestra parte, coincidimos con BACIGALUPO cuando admite que esta antinomia entre culpabilidad y prevención está en la base de todo sistema de doble vía, así como cuando propone el modo más adecuado para resolver el problema, esto es, mediante la primacía del principio de culpabilidad<sup>1180</sup>. Ello supone admitir por una parte que “entre la pena adecuada a la prevención y la pena adecuada a la culpabilidad existe una relación que no es excluyente<sup>1181</sup>”, y por otra que “los objetivos de prevención sólo pueden desplegar su juego dentro de los límites marcados por la gravedad de la culpabilidad o responsabilidad penal del sujeto en función del hecho cometido<sup>1182</sup>”. En este sentido, se muestra acertado BACIGALUPO cuando afirma que “la retribución de la culpabilidad, que proviene de las teorías absolutas, sólo determina el límite máximo de la pena aplicable al autor, sin excluir la posibilidad de dar cabida a las necesidades preventivas, proveniente de las teorías relativas, hasta el límite fijado por la culpabilidad<sup>1183</sup>”.

---

<sup>1176</sup> En este sentido BAGIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad...*, cit., p. 38.

<sup>1177</sup> Cfr. BAGIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad...*, cit., p. 37.

<sup>1178</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad...*, cit., p. 38.

<sup>1179</sup> Ibidem.

<sup>1180</sup> Ibidem.

<sup>1181</sup> Ibidem.

<sup>1182</sup> Vid. por todos ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia. Su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los códigos penales españoles del S. XIX*. Bilbao, 1982, p. 460.

<sup>1183</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad...*, cit., p. 38.

Para comprender adecuadamente la relación existente entre culpabilidad y prevención, conviene recordar el parágrafo 46 del StGB alemán, que si bien dispone que “la culpabilidad del autor será el fundamento de la medición de la pena”, también exige que sean considerados “los efectos derivados de la pena para la vida futura del autor en la sociedad”. Teniendo en cuenta lo anterior, a continuación expondremos, en síntesis, las tres teorías más relevantes desarrolladas por la doctrina y la jurisprudencia alemanas al objeto facilitar la concordancia, en el caso concreto, de las diversas funciones que han sido asignadas a la pena<sup>1184</sup>:

a) *Teoría de la pena puntual* (Punkstrafetheorie). Los defensores de esta teoría, construida sobre una justificación retributiva de la pena, consideran que en el acto de la individualización, el Juez debe señalar según su parecer la pena exacta adecuada a la culpabilidad del autor<sup>1185</sup>. Según esta teoría, la pena adecuada a la culpabilidad del autor no queda condicionada por las necesidades preventivas.

b) *Teoría del valor relativo, del valor posicional o teoría gradual* (Stellenwerttheorie)<sup>1186</sup>. Parte de distinguir tajantemente entre los criterios de la culpabilidad y de la prevención. A su tenor, sólo la culpabilidad debe ser tomada en consideración para fijar la magnitud de la pena, y la prevención especial ha de tenerse en cuenta para todas las restantes decisiones en el marco de la individualización penal (clase de pena, suspensión de la pena, etc.), y únicamente para éstas<sup>1187</sup>.

c) *Teoría del espacio de juego* (Spielraumtheorie) o del margen de libertad. Sostenida por la Corte del Tribunal Federal alemana (BGH, tomo 7, págs. 28 y sigs.), afirma que la pena adecuada a la culpabilidad no es una magnitud puntual,

---

<sup>1184</sup> Véase también sobre ello BACIGALUPO, E., *La jerarquía constitucional del principio de culpabilidad*, en la obra *Justicia penal y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 105.

<sup>1185</sup> Véase JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal...*, cit., p. 795; según JAKOBS, G. *Derecho penal...*, cit., p. 36, ninguna teoría de la pena permite calcular cantidades de pena claramente definidas. La teoría de la prevención general positiva indica tan sólo un marco formado por la reacción que ya puede tomarse en serio y por la reacción drástica que aún no es exagerada. Este marco puede completarse desde la prevención especial, mientras sean posibles medidas eficaces; en otro caso, no se debe sobrepasar la medida mínima de la reacción que ya puede tomarse en serio.

<sup>1186</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *La individualización de la pena...*, cit., p. 69.

<sup>1187</sup> Véase BACIGALUPO, E., *La individualización de la pena...*, cit., p. 69; asimismo JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal...*, cit., p. 795, a ello se opone por la crítica el que la culpabilidad juega también un papel en la elección de la clase de pena (privativa de libertad o multa) y la prevención opera asimismo para fijar la magnitud de pena.

sino que existe un *espacio de juego* que se encuentra limitado hacia abajo por la pena *ya adecuada* a la culpabilidad, y hacia arriba por la pena *todavía adecuada* a la culpabilidad. Sólo dentro de tales límites cabe considerar los fines preventivos de la pena<sup>1188</sup>.

La teoría del *espacio de juego* o del *margen de libertad* es la que ofrece la alternativa más adecuada para compatibilizar culpabilidad y prevención en el momento de la individualización, ya que permite imponer al autor una pena atendiendo a las necesidades de prevención especial siempre que no se sobrepase el límite de la culpabilidad por el hecho<sup>1189</sup>. Así, de conformidad con los postulados de la *teoría del espacio de juego*, en el momento de la individualización *strictu sensu* habrá de determinarse la pena adecuada a la culpabilidad por el hecho dentro de un máximo y un mínimo (*espacio de juego*). Dentro de ese marco, la pena será *ya adecuada* a la gravedad de la culpabilidad del autor por el hecho concretamente realizado y *todavía adecuada* al mismo. Posteriormente, y sin superar el límite máximo establecido por el denominado *espacio de juego*, el Juez podrá concretar la pena exacta a imponer al reo de acuerdo con criterios de prevención<sup>1190</sup>.

En definitiva, lo que se propone es delimitar un marco de pena a partir de la valoración de la culpabilidad y, dentro de este marco, establecer la pena en concreto de acuerdo a los fines preventivos que a la pena se asignan<sup>1191</sup>. Según CHOCLAN, una vez determinado el marco de la culpabilidad y fijado su límite máximo, resulta evidente que sólo puede completarse por necesidades preventivas. La entrada de consideraciones preventivo-especiales en la concreción del marco de la culpabilidad, permite dar cabida a la idea de resocialización en el momento mismo de la determinación de la pena y no sólo en

---

<sup>1188</sup> Véase BACIGALUPO, E., *La individualización de la pena...*, cit., p. 68; rechaza expresamente la teoría del espacio de juego JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal...*, cit., p. 794: “La teoría del espacio de juego debe, sin embargo, ser rechazada. Es ciertamente correcto que para un hecho concreto no hay ninguna determinada pena justa como magnitud objetiva, pero lo es asimismo que tampoco hay valores fronterizos fijos de la pena justa hacia arriba o, en su caso, hacia abajo”; partidario de la misma CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., pp. 178 ss.

<sup>1189</sup> Cfr. MARIN ESPINOSA CEBALLOS, E., *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*. Comares, Granada, 1999, p. 166.

<sup>1190</sup> Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*. Vol. II. Trad. por Bofill Genszch, J. Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 689, la decisión BGH 20, 266, contiene un resumen de la teoría del margen de libertad, que pasó a ser permanente desde la decisión BGH 7, 28: “fundamentos básicos de la medición judicial de la pena son la gravedad del hecho en su significación para el ordenamiento jurídico infringido y el grado de la culpabilidad personal del autor. Mediante la consideración y la ponderación recíproca de estos puntos de vista, el Juez debe encontrar la pena justa, es decir, la más adecuada a la culpabilidad (BGHSt 3, 179, y 7, 28). Para ello, el Juez puede tomar en cuenta también otros fines de la pena, como los de la intimidación y el aseguramiento. Sin embargo, el fin preventivo no puede conducir a una pena que exceda de la pena justa”.

<sup>1191</sup> En este sentido MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 161.



el de su ejecución<sup>1192</sup>. De acuerdo con la *teoría del espacio de juego*, las necesidades preventivas relacionadas con las circunstancias personales del autor servirán para concretar exactamente la pena dentro del marco determinado a partir de la valoración de la culpabilidad, pero en ningún caso podrán justificar una pena que exceda del límite de la culpabilidad por el injusto realizado<sup>1193</sup>. En el sentido expuesto, la pena adecuada a la culpabilidad no es una magnitud puntual, antes al contrario, existe un *espacio de juego* que se encuentra limitado hacia abajo por la pena *ya adecuada* a la culpabilidad y hacia arriba por la pena *todavía adecuada* a la culpabilidad. Sólo dentro de tales límites cabe considerar los fines de prevención especial de la pena<sup>1194</sup>.

Por otra parte y junto a esta teoría, se encuentra la denominada *teoría de la prohibición del exceso sobre el grado de culpabilidad*, coincidente con la *teoría del espacio de juego*, si bien permite imponer por razones vinculadas con la prevención especial una pena por debajo de la que corresponde a la culpabilidad del autor, e incluso renunciar a ella. La culpabilidad opera entonces como límite máximo, pero no como límite mínimo de la pena<sup>1195</sup>. De acuerdo con la *teoría de la prohibición del exceso sobre el grado de culpabilidad*, también sería posible que por razones de prevención fuera impuesta una pena inferior a la adecuada a la gravedad de la culpabilidad, esto es, una pena por debajo de la que *ya es adecuada* a la culpabilidad. Según CHOCLAN, en la teoría existe más o menos consenso acerca de la idea de que “la pena no debe superar la medida de la culpabilidad<sup>1196</sup>”, sin embargo la discusión surge acerca de si la vinculación desaparece respecto del límite inferior del marco adecuado a la culpabilidad. Considera este autor que “a salvo del límite mínimo de prevención general – defensa del orden jurídico-, la personalidad del reo y la clase de la necesidad de resocialización del acusado pertenecen al momento de la individualización judicial de la pena, y contemplando nuestro Derecho la personalidad del reo como factor de individualización, nada impide que

---

<sup>1192</sup> Cfr. CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 193.

<sup>1193</sup> Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal...*, cit., p. 689.

<sup>1194</sup> Véase JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal...*, cit., p. 794, quien sin embargo rechaza esta teoría.

<sup>1195</sup> Cfr. MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 162; asimismo CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 193 a 195.

<sup>1196</sup> Cfr. CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 194: “En suma, los terminos de la cuestión que ahora nos ocupa se reducen a determinar si por razones de prevención es posible la imposición de una pena inferior a la adecuada a la gravedad de la culpabilidad (esto es, una pena por debajo de la que ya es adecuada a la culpabilidad), lo que importa determinar si el límite inferior de la pena –a diferencia del límite superior- se determina por puntos de vista vinculados a la culpabilidad o, por el contrario, sólo inciden razones preventivas. Esta cuestión se considera una de las más discutidas en la moderna teoría de la determinación de la pena y en la actual Ciencia del Derecho penal”.

se rebaje el marco penal correspondiente a la gravedad de la culpabilidad al menos hasta el límite mínimo establecido en la amenaza legal”<sup>1197</sup>. En la práctica, esta es la teoría que puede explicar más racionalmente la rebaja de la pena que se produce en los supuestos de conformidad, en los que el Ministerio Fiscal reduce su petición de pena y el Juez impone ésta de conformidad con el penado, respetando en todo caso el límite mínimo fijado en abstracto por la Ley para el tipo delictivo concretamente realizado por el autor.

## V. Factores reales y proceso lógico de individualización

Tomando como punto de partida la premisa según la cual la imposición de una pena al autor de un delito sólo puede ser *justificada* como compensación de su culpabilidad, es posible asignar al principio de culpabilidad por el hecho entendido en el sentido de adecuada proporción entre la gravedad de la pena y la del injusto culpable, una función esencial en el momento de la individualización judicial. Según CHOCLAN, la culpabilidad es “el fundamento de la individualización penal y el sentido de la pena responde fundamentalmente a la compensación del injusto culpable”<sup>1198</sup>. La culpabilidad por el hecho es, en este contexto, un concepto *graduable* que se halla en la misma base de la individualización judicial de la pena<sup>1199</sup>. No se trata aquí de la culpabilidad como concepto sistemático de la estructura del delito, sino de la valoración del injusto culpable en su totalidad<sup>1200</sup>. En este último sentido, es posible afirmar que la culpabilidad es cuantificable<sup>1201</sup>.

---

<sup>1197</sup> Véase CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 195; en el mismo sentido ROXIN, C., *Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad*. Trad. de Patricia S. Ziffer y Daniel R. Pastor en la obra *Determinación judicial de la pena*. Del Puerto Editores, Buenos Aires, 1993, p. 42: “la pena sirve a finalidades de prevención especial y general. Es limitada en su monto mediante la medida de la culpabilidad, pero puede no alcanzar esta medida, en tanto esto sea necesario para las necesidades de prevención especial y no se opongan a ello los requisitos mínimos de prevención general”.

<sup>1198</sup> Cfr. CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 174.

<sup>1199</sup> En este sentido JAEN VALLEJO, M., *Los principios...*, cit., p. 72; asimismo CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 174, en cuya opinión “la culpabilidad es el fundamento de la individualización de la pena y el sentido de la pena responde fundamentalmente a la compensación del injusto culpable”; en la p. 179 afirma este mismo autor que “puede hablarse de más o menos culpabilidad –es un concepto graduable– en cuanto un hecho puede ser susceptible de una mayor o menor reprochabilidad”.

<sup>1200</sup> Cfr. JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal...*, cit., p. 796.

<sup>1201</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad...*, cit., pp. 42 y 43: “En el pensamiento penal moderno la concepción de la culpabilidad como una entidad cuantificable reconoce un punto de partida básico en KANT que definió la culpabilidad (*Verschuldung*) como *demeritum* y señaló que éste podía tener diversos grados”. De este modo, el grado de capacidad de imputación (*imputabilitas*) de las acciones podía ser apreciado según la magnitud de los obstáculos que hubieron de ser superados en su realización, y así: cuanto menor sea el obstáculo natural, cuanto

Para facilitar la comprensión de los criterios que deben ser tenidos en cuenta para determinar en concreto la magnitud de la culpabilidad por el hecho y con ello la medida de la pena, nos serviremos de la expresión *factores reales de la individualización*, para referirnos a las circunstancias del hecho que corresponde valorar en el momento de la individualización de la pena<sup>1202</sup>. A diferencia de lo que sucede en el StGB alemán, en cuyo párrafo 46 se contienen con minucioso detalle los *factores reales* de la individualización, el Código Penal español establece las directrices vinculantes para la individualización judicial de un modo muy amplio en la nueva regla 6ª contenida en el núm. 1º del art. 66 según la redacción dada por la *Ley Orgánica 11 / 2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, que dispone lo siguiente:

**Artículo 66.-** 1. En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas: (...)

6ª. Cuando no concurran atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la Ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.

Resulta importante destacar que la regla transcrita anteriormente limita su radio de acción a la individualización de la pena del delito doloso, pues en los supuestos de delito imprudente procede aplicar el núm. 2º del propio art. 66, que dispone que “en los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior”. En cualquier caso, para los delitos dolosos, el vigente Código penal establece los siguientes criterios rectores de la individualización judicial de la pena:

- La mayor o menor gravedad del hecho (art. 66.1.6ª CP).
- Las circunstancias personales del delincuente (art. 66.1.6ª CP).

Se debe precisar que coincidimos con CHOCLAN, cuando afirma que los indicados factores nos sirven para determinar la medida de la culpabilidad por el hecho *siempre* y en todo caso, a pesar de que la propia regla 6ª contenida en el núm. 1º del art. 66 CP, dispone que tales criterios son de aplicación “cuando no concurran atenuantes ni

---

mayor es el obstáculo fundado en el deber, mayor será la imputación de la infracción (como culpabilidad).

<sup>1202</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *La individualización de la pena...*, cit., p. 56.

agravantes”<sup>1203</sup>. Además, se debe tener en cuenta que el Tribunal Supremo, con mayor precisión que la Ley, ha proporcionado en las SSTS 24-06-1991, 5-07-1991 y 28-10-1991, los siguientes criterios para guiar la actividad judicial en el momento de la individualización de la pena:

- La gravedad de la ilicitud cometida.
- Las circunstancias que permitan juzgar sobre la mayor o menor exigibilidad de cumplimiento de la norma.
- El mayor o menor disvalor ético-social de los motivos que impulsaron a actuar al autor.

En atención a estos criterios, el Juez debe determinar la magnitud de la pena adecuada a la culpabilidad por el hecho también en el caso de que concurran sólo agravantes, sólo atenuantes, o unas y otras, pues se trata de factores que deben presidir *siempre* la labor de individualización judicial<sup>1204</sup>. Por otra parte, es necesario precisar que resulta incorrecto afirmar que el límite de la culpabilidad por el hecho en cada caso concreto viene dado por la pena legalmente prevista en cada precepto de la Parte Especial. Este último punto de vista no tiene en cuenta la diferencia que existe entre la determinación legislativa de la pena, obligadamente abstracta y carente de vínculo con el sujeto concreto, y la individualización judicial, estrechamente vinculada con el autor concreto de un delito determinado. En este sentido, la STS de 5 de julio de 1991, aclara las cosas al afirmar que el “marco penal establecido por el legislador, en tanto refiere la amenaza a todos, no puede tener en cuenta el grado de reprochabilidad que merece cada autor por el hecho cometido. Por el contrario, la culpabilidad por el hecho es la culpabilidad de un autor concreto, respecto de cuya sanción el Tribunal deberá establecer la cantidad de pena, dentro del marco penal establecido en el precepto legal por el legislador, pero no más allá de su específica reprochabilidad por el hecho cometido”.

En cuanto al *proceso lógico* para la individualización judicial de la pena, coincidimos con CHOCLAN cuando afirma que este proceso debe partir de una determinación del marco penal o *espacio de juego* que resulta adecuado a la gravedad de la culpabilidad por el

---

<sup>1203</sup> Cfr. CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 175.

<sup>1204</sup> Cfr. CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 175.

hecho<sup>1205</sup>. A este respecto, se debe tener en cuenta que la culpabilidad por el hecho entendida como principio de medida de la pena, no contiene tan sólo la culpabilidad entendida en sentido propio o estricto, esto es, como juicio ético-jurídico de reproche, sino que también incluye la gravedad del injusto realizado, por lo que la magnitud de la culpabilidad por el hecho incluye tanto la gravedad de la acción antijurídica como la de la culpabilidad en sentido propio<sup>1206</sup>. Posteriormente, y una vez determinado el marco penal o *espacio de juego* que resulta adecuado a la gravedad de la culpabilidad por el hecho, nada impide finalizar el *proceso lógico* de la individualización fijando la pena definitiva dentro del *espacio de juego* previamente concretado, atendiendo a consideraciones de índole preventiva relacionadas con la peligrosidad o con las necesidades de resocialización del autor<sup>1207</sup>.

## VI. Mayor o menor gravedad del hecho

Como ya tuvimos ocasión de exponer anteriormente, la nueva regla 6ª contenida en el núm. 1 del art. 66 del vigente CP, según la redacción dada por la *Ley Orgánica 11 / 2003, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, establece que cuando no concurren atenuantes ni agravantes, los Jueces o Tribunales “aplicarán la pena establecida por la Ley para el delito cometido en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho”. Asimismo, ya hemos tenido ocasión de precisar que estos mismos factores también servirán para guiar al Juez en la tarea de individualización de la pena en el caso de concurrencia sólo de agravantes, sólo de atenuantes, o de unas y otras. Ello es así, porque la pena adecuada a la culpabilidad por el hecho debe venir *siempre* y necesariamente determinada por el reproche que quepa hacer al autor por el injusto culpable realizado<sup>1208</sup>. Esto significa que la relevancia del delito para el orden jurídico vulnerado (contenido del injusto), así como la gravedad del reproche que el autor merece por dicho delito (contenido de la culpabilidad), constituyen los dos criterios básicos a tener en cuenta en el momento de determinar la magnitud de la pena adecuada a la culpabilidad por el hecho.

---

<sup>1205</sup> Cfr. CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 176.

<sup>1206</sup> Ibidem.

<sup>1207</sup> Ibidem.

<sup>1208</sup> Cfr. CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 175.

Se debe precisar que las dos magnitudes señaladas con anterioridad no están aisladas la una de la otra, sino que se encuentran íntimamente relacionadas, de modo tal que el injusto en su totalidad determina el reproche de culpabilidad, y el reproche de culpabilidad por su parte viene sustancialmente determinado por el contenido del injusto al que hace referencia<sup>1209</sup>. Según WELZEL, es posible distinguir entre la valoración y el objeto de la valoración, o entre reprochabilidad y acción reprochable, de forma paralela a la distinción que se hace entre antijuricidad e injusto<sup>1210</sup>. La culpabilidad, en su más propio sentido, es solamente la reprochabilidad como valoración de la voluntad de acción; objeto de esa valoración es la voluntad antijurídica de acción, y por ella, toda la acción antijurídica<sup>1211</sup>. Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, a continuación trataremos de ofrecer el contenido que asignamos a los *factores reales* de la individualización contenidos en el vigente Código penal, y en particular a la expresión *mayor o menor gravedad del hecho* (art. 66.1 CP), así como su concreta relación con los criterios dogmáticos que deben orientar la determinación de la pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad de autor.

## 1. Contenido del injusto

Tal y como se dijo más arriba, el objeto del juicio de culpabilidad en su sentido más propio o estricto, lo constituye la acción antijurídica en su totalidad. Teniendo en cuenta la anterior afirmación, así como la circunstancia de que el injusto entendido como elemento material del delito es un concepto graduable, trataremos de establecer las circunstancias del hecho que corresponde valorar en el momento de graduar la magnitud del injusto. Se trata de determinar el primero de los criterios a los que hacen referencia las SSTS 24-06-1991, 5-07-1991 y 28-10-1991, esto es, *la gravedad de la ilicitud cometida*. Para graduar el injusto admitimos, siguiendo a JESCHECK, que tanto la magnitud del daño, como el modo de ejecutar el hecho y la perturbación de la paz jurídica contribuyen a configurar el grado del

---

<sup>1209</sup> Vid. JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal...*, cit., p. 801; en opinión de JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit., p. 596: “según la concepción que aquí se propugna, el injusto en su totalidad pertenece al tipo de culpabilidad, puesto que constituye la objetivación, necesaria para imputar, del defecto de motivación”; y el mismo en p. 597: “El hecho realizado con motivación desleal al Derecho constituye la culpabilidad del autor (al igual que el hecho incorrecto constituye su injusto), y sobre ello tiene culpabilidad (al igual que el autor de un hecho incorrecto ha cometido injusto). En esta última acepción, la culpabilidad es cuantificable (al igual que puede ser mayor o menor el injusto)”.

<sup>1210</sup> Cfr. WELZEL, H., *Derecho penal...*, cit., pp. 148 y 149.

<sup>1211</sup> *Ibidem*.

injusto<sup>1212</sup>. A partir de estas consideraciones, es posible afirmar que la magnitud del injusto viene determinada tanto por la gravedad de la acción como por la gravedad del resultado<sup>1213</sup>, y en este sentido cabe señalar -sin ánimo exhaustivo- los siguientes elementos a tener en cuenta a la hora de determinar en concreto la gravedad del injusto<sup>1214</sup>:

1º. En cuanto a la acción, se habrán de tomar en consideración:

- La forma de ejecución del delito (p.e.: en un caso de lesiones dolosas podrá agravar la pena la especial brutalidad del autor). Asimismo, la omisión revela por lo general una menor energía criminal que la acción<sup>1215</sup>.
- La voluntad aplicada al delito. La intensidad del dolo se constituye así como un factor del aspecto subjetivo de la ejecución del hecho que contribuye a la individualización<sup>1216</sup>.

2º. En cuanto al resultado, habrán de considerarse:

- La magnitud del daño causado, debiendo atenderse tanto a las consecuencias materiales del delito como a las psíquicas.
- El grado de puesta en peligro del objeto protegido en los delitos de peligro<sup>1217</sup>.

---

<sup>1212</sup> Cfr. JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal...*, cit., p. 801; también sobre ello WELZEL, H., *Derecho penal...*, cit., pp. 251 ss.

<sup>1213</sup> Subrayando el hecho de que las circunstancias que deben tenerse en cuenta para la graduación del injusto dependen del caso concreto véase CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 181.

<sup>1214</sup> Cfr. JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal...*, cit., pp. 801 ss.

<sup>1215</sup> Cfr. CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 181.

<sup>1216</sup> Cfr. JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal...*, cit., p. 802, en cuya opinión “la tenacidad y la debilidad de la voluntad constituyen los valores angulares del ambivalente significado de la voluntad, que puede ser completamente opuesto para el contenido del injusto y para la prevención especial”; asimismo *vid.* MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 270, quién afirma que “en primer lugar la gravedad del hecho dependerá de la intensidad del dolo (si es directo, indirecto o eventual) o del grado de negligencia imputable al sujeto en los delitos imprudentes”.

<sup>1217</sup> *Vid.* CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 182, en la tentativa el grado de puesta en peligro ya fue tenido en cuenta para la determinación del marco legal de la individualización según el art. 62 CP, lo que impide valorar de nuevo esta circunstancia en el momento de la individualización judicial.

- La unidad o pluralidad de sujetos pasivos (p.e.: en el caso de delitos patrimoniales en los que la afectación de un número elevado de personas no determina una pluralidad de realizaciones típicas)<sup>1218</sup>.
- Los daños producidos por el delito fuera del propio ámbito del tipo (p.ej.: en los casos en los que la víctima o su familia quedan en una especial situación que no ha sido contemplada expresamente en una tipicidad agravada como sucede en el caso del artículo 250. 6º del Código penal).
- Desde el punto de vista de la víctima, la edad o especial condición del sujeto pasivo del delito<sup>1219</sup>; e incluso el comportamiento de la víctima, si contribuye culpablemente a la causación del resultado.

Se debe subrayar que el puro injusto objetivo no puede decidir por sí solo la pena en un Derecho penal de culpabilidad. Por esta razón, para agravar la pena sólo cabe acudir a los efectos culpables del delito, esto es, en la individualización judicial de la pena únicamente pueden tomarse en cuenta las consecuencias culpables del hecho<sup>1220</sup>.

## 2. Contenido de la culpabilidad en sentido estricto

Al igual que el injusto, la culpabilidad entendida en su sentido más propio o en *sentido estricto* como prefiere denominarla CHOCLAN<sup>1221</sup>, constituye un elemento material del delito susceptible de ser graduado<sup>1222</sup>. En este último sentido, la culpabilidad es entendida como un juicio de reproche que se hace al autor por la acción antijurídica realizada. Tal y como afirmaba WELZEL, la culpabilidad en su más propio sentido es únicamente la reprochabilidad como valoración de la voluntad de acción, objeto de esa valoración es la voluntad antijurídica de acción, y por ella, toda la acción antijurídica<sup>1223</sup>. Así entendido, el reproche culpabilístico ocupa junto a la medida del injusto un lugar preferente en el momento de la individualización judicial de la pena. Se trata de valorar todas aquellas circunstancias que hacen aparecer la formación de la voluntad del reo manifestada en la

<sup>1218</sup> Cfr. CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 182.

<sup>1219</sup> Cfr. CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 182, este factor es tenido en cuenta por el art. 148.3º CP en el caso de lesiones producidas a menor de doce años o incapaz.

<sup>1220</sup> Cfr. JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal...*, cit., p. 803.

<sup>1221</sup> Cfr. CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 183.

<sup>1222</sup> Cfr. CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 182

<sup>1223</sup> Cfr. WELZEL, H., *Derecho penal...*, cit., pp. 148 y 149.



realización del hecho, bajo una luz más o menos favorable, aminorando o aumentando el grado de reprochabilidad por el delito<sup>1224</sup>. La gravedad de la culpabilidad en sentido propio dependerá, tal y como han puesto de manifiesto las SSTS 24-06-1991, 5-07-1991 y 28-10-1991, del *mayor o menor disvalor ético-social de los motivos que impulsaron al autor*.

Entre los elementos que deben ser considerados para determinar la magnitud de la culpabilidad en sentido estricto cabe citar, entre otros: la desconsideración; la irreflexión; la juventud; los trastornos psíquicos; o el error<sup>1225</sup>. Asimismo, el parágrafo 46.II del StGB, se refiere a esta cuestión cuando establece como criterios para la medición judicial de la pena los fundamentos de la *motivación* y los *finés* del autor<sup>1226</sup>. Según JESCHECK, dentro de los *motivos* del hecho es posible destacar como ejemplo el odio, la codicia o la compasión, debiendo valorarse en este caso tanto el grado de fuerza del motivo como su valor ético<sup>1227</sup>. En cuanto a los *finés* del autor, también habrán de ser valorados a la luz de su valor ético, ya que no es igual para el contenido de la culpabilidad que un médico suministre a un moribundo una dosis excesiva de morfina para aplacar su sufrimiento, que haga lo mismo un cazador de herencias para impedir que el enfermo altere su testamento antes de morir<sup>1228</sup>. Todas estas valoraciones no deben efectuarse a partir de las subjetivas representaciones morales del Juez o a las enseñanzas de una particular doctrina filosófica, sino sólo de acuerdo con la conciencia valorativa objetiva de la comunidad<sup>1229</sup>. Por su parte, afirma JESCHECK que la medida de la *infracción del deber* influye especialmente en la individualización de la pena dentro de los delitos imprudentes<sup>1230</sup>.

## VII. Circunstancias personales del delincuente

La nueva regla 6ª contenida en el núm. 1 del art. 66 del vigente CP, según la redacción dada por la *Ley Orgánica 11 / 2003, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, hace referencia a las *circunstancias*

---

<sup>1224</sup> Cfr. JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal...*, cit., p. 803.

<sup>1225</sup> Cfr. JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal...*, cit., p. 801; además sobre ello *vid.* WELZEL, H., *Derecho penal...*, cit., pp. 251 ss.

<sup>1226</sup> Cfr. JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal...*, cit., p. 803.

<sup>1227</sup> Véase JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal...*, cit., p. 803, según el cual no debe equipararse la actitud interna del reo –la intencionalidad y la voluntad con que se realizó el hecho– con su carácter, sino que ha de entenderse como un *posicionamiento actual*, referido al delito concreto en lo que atañe a la formación de la voluntad y a la ejecución de aquél.

<sup>1228</sup> Cfr. JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal...*, cit., p. 803.

<sup>1229</sup> Cfr. JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal...*, cit., p. 804.

<sup>1230</sup> *Ibidem*.

*personales del delincuente* como *factor real* de la individualización judicial de la pena. De una forma consecuente con nuestros anteriores planteamientos, debemos admitir que las *circunstancias personales del delincuente* pueden ser consideradas en dos momentos distintos dentro del *proceso lógico* de individualización judicial de la pena. En un primer momento, el Juez puede tomar en consideración las *circunstancias personales del delincuente* para determinar la pena adecuada a la *mayor o menor gravedad del hecho*, esto es, para determinar en concreto el marco penal o *espacio de juego* que resulta adecuado a la culpabilidad del autor por el injusto realizado. En este primer momento, la expresión *circunstancias personales* no debe ser interpretada en el sentido de que pueda ser valorada una determinada forma de ser del autor, esto es, su carácter o personalidad, sino única y exclusivamente como una expresión que hace referencia a todos aquellos factores determinantes de la situación de una persona que pueden incidir en una mayor o menor gravedad de su comportamiento. Por otra parte y en segundo lugar, una vez determinado el *espacio de juego* adecuado a la culpabilidad del autor, el Juez podrá completar el *proceso lógico* de la individualización fijando la pena definitiva dentro de los límites de ese mismo *espacio de juego* previamente establecido, para lo cual podrá atender a las necesidades preventivas relacionadas tanto con la peligrosidad como con las necesidades de resocialización del penado. En este segundo momento, la expresión *circunstancias personales del delincuente* podrá ser entendida de un modo más amplio y comprensivo de factores relacionados con la vida pasada y futura del autor.

## **1. Factores relacionados con la gravedad de la conducta**

En opinión de BACIGALUPO, cuando la Ley penal hace referencia a las *circunstancias personales* del delincuente, parece hacer referencia exactamente a lo que la STC 150/91 ha dejado claramente fuera de consideración, es decir a la determinación de la pena según la *personalidad* del reo<sup>1231</sup>. Sin embargo, ello no es así actualmente, pues tanto la derogada regla 1ª del art. 66 de la Ley Orgánica 10 / 1995, de 23 de noviembre, del Código penal, como la nueva regla 6ª contenida en el núm. 1 del art. 66 del vigente CP, según la redacción dada por la *Ley Orgánica 11 / 2003, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, han reemplazado la mención a la *personalidad del delincuente* contenida en el art. 61.4 del también derogado Texto de 1973, por la más acertada referencia a las *circunstancias personales* del delincuente, reduciendo

---

<sup>1231</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad...*, cit., p. 36.

considerablemente las fricciones existentes entre el texto legal y el principio constitucional de culpabilidad<sup>1232</sup>.

Recordemos que el Texto Refundido de 1973, disponía en el n° 4 de su art. 61, que “cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes, los Tribunales, teniendo en cuenta la mayor o menor gravedad del hecho y la *personalidad* del delincuente, impondrán la pena en el grado mínimo o medio”. Por su parte, el Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 21 de enero de 1997, interpretó esta norma afirmando, en primer lugar, que “la *gravedad del hecho* equivale al desvalor de la conducta puesta de manifiesto en la infracción en su doble consideración de acto personal y de resultado lesivo de un bien jurídico”; y, en segundo lugar, que la expresión “*personalidad del delincuente*, representa una apreciación compleja integrada por elementos psicológicos y análisis de su proyección social obligando esta última a un prolijo examen en cada caso de una serie de aspectos del particular sujeto individual: necesidades, temperamento, captaciones y valoraciones”. Esta interpretación, correcta en su día, no puede ser mantenida actualmente a tenor del cambio legislativo operado. Además, desde una perspectiva constitucional, la vigente expresión *circunstancias personales del delincuente* es más afortunada que la derogada mención a la *personalidad del delincuente*<sup>1233</sup>, pues tal y como afirma la STC 150/91, de 4 de julio “no es constitucionalmente legítimo un Derecho penal de *autor* que determinara las penas en atención a la *personalidad* del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos”.

A partir de lo anterior, cabe afirmar que las *circunstancias personales* deben ser consideradas en la determinación de la gravedad del hecho, siempre y cuando su contenido sea entendido de una forma compatible con el principio de culpabilidad consagrado por la Constitución como parte de la estructura del sistema penal (STC 150/91). En este sentido, por *circunstancias personales* deben entenderse todos aquellos elementos fácticos que son determinantes de la situación de una persona y que inciden en una mayor o menor gravedad de su comportamiento, esto es, las “circunstancias en que la personalidad se

---

<sup>1232</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad...*, cit., pp. 36 y 37: “La nueva fórmula legal, sin superar la falta de claridad que en su día introdujo la desafortunada regla 4ª del art. 61 CP 1973, ha reducido en algo la tensión que existía en el sistema de individualización de la pena y ya no permite una interpretación basada puramente en la idea de la prevención especial”.

<sup>1233</sup> De otra opinión CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 199, para quien resulta más correcto manejar el término *personalidad* en cuanto resulta necesario comprender, para valorar las necesidades de prevención especial, circunstancias relevantes que no se agotan en las condiciones estrictamente personales del reo.

encontraba en el momento de ejecutar la acción”<sup>1234</sup>. Según BACIGALUPO, las “circunstancias personales tienen un carácter accidental que es precisamente lo contrario de la *personalidad*, que indica un aspecto sustancial y permanente de un individuo. En el concepto de *circunstancias personales* caben aquéllas que son determinantes de la situación de una persona que pueden incidir en una mayor o menor gravedad de su comportamiento<sup>1235</sup>”. Consecuentemente, la nueva regla 6ª del art. 66.1 del vigente Código penal, en la redacción dada por la *Ley Orgánica 11 / 2003, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, “no contiene ya una referencia a la *personalidad* del autor, sino a las circunstancias en las que la personalidad se encontraba en el momento de ejecutar la acción<sup>1236</sup>”. Por ello, afirma el autor citado que “no cabe duda de la posibilidad de una total compatibilidad entre el principio de culpabilidad y el sistema legal de la individualización de la pena<sup>1237</sup>”.

En el sentido expuesto, las *circunstancias personales* del delincuente pueden y deben ser consideradas como un *factor* susceptible de ser valorado en el momento de determinar la pena adecuada a la culpabilidad por el hecho, siempre que las mismas no sean interpretadas en relación con la *personalidad* del autor, entendida ésta como una determinada forma permanente de ser o de comportarse, sino en relación con los factores determinantes de la concreta situación personal del autor concurrentes en el momento de la ejecución de la acción antijurídica<sup>1238</sup>. En este contexto, y siempre que la expresión *circunstancias personales* sea interpretada en el sentido expuesto, se admite la incidencia de las *circunstancias personales* del autor en el momento de la determinación mayor o menor gravedad del comportamiento. De este modo, las circunstancias en las que el autor se encontraba en el momento de ejecutar la acción podrán determinar una mayor o menor gravedad de la pena

---

<sup>1234</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad, carácter de autor y poena naturalis en el Derecho penal actual*, en la obra *Justicia penal y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 111 ss.

<sup>1235</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad e individualización...*, cit., p. 37; también en este sentido ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Trad. de la 2ª ed. alemana por Luzón Peña, D.M., Díaz y García-Conlledo, M., Vicente Remesal, J. Civitas, Madrid, 1997, p. 187, quien haciendo referencia a los criterios “vida previa del autor”; “sus circunstancias personales y económicas”; y “su comportamiento posterior al hecho”; todos ellos contenidos en el parágrafo 46 del StGB, afirma que “la opinión dominante sólo admite esos criterios de medición de la pena como indicios de la medida de la intensidad criminal y actitud interna que se revela en el hecho”.

<sup>1236</sup> Ibidem.

<sup>1237</sup> Ibidem.

<sup>1238</sup> Cfr. JAEN VALLEJO, M., *Los principios...*, cit., p. 72; asimismo véase la STC 150/91, en la que se dispone que “no sería constitucionalmente legítimo un Derecho penal de autor que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos”; sobre ello también CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., pp 174 ss.

adecuada a la culpabilidad, entendida ésta como culpabilidad por el hecho y no por el carácter o por la conducción de la vida.

De forma consecuente con lo anterior, es posible admitir que dentro de las *circunstancias personales* puedan ser valoradas en sentido positivo o negativo y según cada caso en particular, elementos tales como la educación, la familia, la posición laboral, la situación económica, la salud física o mental<sup>1239</sup>, y en general cualquier otra circunstancia personal del autor<sup>1240</sup>, siempre y cuando sean determinantes de su situación en el momento de realizar el injusto y *permitan juzgar sobre una mayor o menor exigibilidad en el cumplimiento de la norma* (SSTS 24-06-1991, 5-07-1991 y 28-10-1991). Finalmente, se debe precisar que el hecho de tomar en consideración la vida anterior del autor en el momento de la determinación de la gravedad del comportamiento, no debe desembocar en un *arreglo global de cuentas* con el acusado, ya que no puede ser misión del Derecho penal traer ante el Tribunal toda la historia de la vida de una persona, por evidentes razones relacionadas con la protección de la intimidad y con la economía procesal<sup>1241</sup>.

## 2. Factores relacionados con la prevención

Como se dijo anteriormente, una vez establecido el *espacio de juego* determinado por la pena adecuada a la culpabilidad del autor, el Juez queda facultado para completar el *proceso lógico* de la individualización atendiendo a las necesidades preventivas de punición. En este sentido, el Tribunal podrá fijar la pena definitiva dentro de los límites del *espacio de juego* tomando en consideración criterios de valoración de naturaleza preventiva, y la expresión *circunstancias personales del delincuente* podrá ser entendida de un modo más amplio y comprensivo de factores relacionados con la vida pasada y futura del autor. A este respecto se debe recordar, una vez más, que las necesidades de prevención relacionadas con la vida pasada del autor y con un juicio pronóstico sobre su peligrosidad futura, no pueden justificar en ningún caso la imposición de una pena que exceda de la pena adecuada a la

---

<sup>1239</sup> La salud física y mental sólo habrán de considerarse en cuanto “circunstancias personales” en tanto en cuanto no hayan sido ya valoradas a la hora de determinar la gravedad de la culpabilidad (por ejemplo, en el caso de salud mental deficiente que determine una capacidad de culpabilidad disminuída), en este sentido CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 200.

<sup>1240</sup> Cfr. JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal...*, cit., p. 804.

<sup>1241</sup> La toma en consideración de anteriores condenas por delitos de la misma índole en el momento de valorar las “circunstancias personales”, sí que podrían ser tenidas en cuenta salvando las objeciones que se plantean, ya que constan en un Registro Público y están relacionadas con la naturaleza del nuevo delito.

gravedad de la culpabilidad por el injusto realizado<sup>1242</sup>. Esta misma idea la expresa CHOCLAN cuando afirma que “la peligrosidad del autor no puede determinar en ningún caso un marco penal por encima del adecuado a la gravedad de la culpabilidad por el hecho<sup>1243</sup>”.

En este sentido, no existe inconveniente alguno en admitir que ciertos elementos relacionados con la vida anterior del reo, tales como la ausencia de antecedentes penales o su eventual reincidencia, puedan ser valorados en un sentido favorable o desfavorable a la hora de fijar la pena definitiva dentro del *espacio de juego* proporcionado por la pena adecuada a la culpabilidad del autor<sup>1244</sup>. De este modo, si la inexistencia de antecedentes penales se considera como un factor revelador de una menor necesidad de pena desde la perspectiva de la prevención especial, el Juez vendrá facultado para fijar en un nivel inferior la pena definitiva, respetando en todo caso los límites del *espacio de juego* correspondiente a la culpabilidad. Por otra parte, si la existencia de anteriores condenas es considerada como indicador de una mayor *peligrosidad* del autor, la reacción penal se debe orientar al terreno propio de las medidas de seguridad. Sin embargo, si el grado de peligrosidad deducido de la existencia de las anteriores condenas no fuera considerado suficiente para justificar la imposición de una medida de seguridad, las necesidades preventivas de punición relacionadas con la peligrosidad futura del autor no deben ser consideradas en ningún caso como un factor a tener en cuenta para determinar la gravedad del comportamiento del autor y con ello el *espacio de juego* adecuado a la culpabilidad, sino sólo y únicamente para fijar la pena definitiva dentro del *espacio de juego* previamente determinado. Por otra parte, se debe admitir que la recaída en el delito no siempre indicará una mayor peligrosidad en el autor, pues es posible que aquélla obedezca a una concreta situación personal que no volverá a repetirse en el futuro. Por esta razón, coincidimos con la doctrina cuando de

---

<sup>1242</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad e individualización...*, cit., p. 36.

<sup>1243</sup> Cfr. CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 177.

<sup>1244</sup> En este sentido CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 200; asimismo MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., pp. 380 y 381, en cuya opinión “también somos conscientes de que las anteriores condenas deben ser tenidas en cuenta por el Juez en la individualización de la pena. La existencia de antecedentes penales debe tener alguna incidencia en la pena, porque forman parte del contenido, junto con otros datos, de la prevención especial. Dicho de otra manera, las anteriores condenas serán un dato importante para atender a las necesidades de prevención especial (...) las condenas anteriores deben reflejarse en la individualización judicial de la pena como una circunstancia personal más del sujeto. Su ubicación correcta no sería entre las circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal, sino entre las *circunstancias personales* del delincuente, conforme al art. 66.1 CP” (p. 380). De este modo la reincidencia, “al ser una regla más en la individualización de la pena, no supondrá automáticamente la imposición de la pena en la mitad superior” (p. 381).

forma prácticamente unánime afirma que la actual agravación de la pena por causa de reincidencia implica una inadmisibles presunción *iuris et de iure* de mayor peligrosidad en el autor<sup>1245</sup>.

Por otra parte, si las necesidades de prevención especial así lo aconsejan, el Tribunal podrá plantearse la posibilidad de traspasar por debajo la pena adecuada a la culpabilidad del autor hasta el límite de lo imprescindible para la defensa del orden jurídico<sup>1246</sup>. Recordemos que según los postulados de la denominada *teoría de la prohibición del exceso sobre el grado de culpabilidad*, es posible imponer una pena por debajo de la que corresponde a la culpabilidad del autor por razones vinculadas con la prevención. En este último caso, la culpabilidad opera como límite máximo, pero no como límite mínimo de la pena<sup>1247</sup>. En este sentido se manifiesta CHOCLAN, cuando afirma que “a salvo del límite mínimo de prevención general – defensa del orden jurídico-, la personalidad del reo y la clase de la necesidad de resocialización del acusado pertenecen al momento de la individualización judicial de la pena”, y “nada impide que se rebaje el marco penal correspondiente a la gravedad de la culpabilidad al menos hasta el límite mínimo establecido en la amenaza legal”<sup>1248</sup>.

Finalmente, la elección entre una pena privativa de libertad o de multa, la decisión en favor de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, o incluso en favor de la sustitución de la pena privativa de libertad por multa<sup>1249</sup>, también podrán ser adoptadas de acuerdo con valoraciones de naturaleza preventiva. Coincidimos por tanto plenamente con CHOCLAN cuando afirma que “la entrada de consideraciones preventivo especiales en la concreción del marco de la culpabilidad permite dar cabida a la idea de resocialización en el momento mismo de la determinación de la pena y no sólo en el de su ejecución”<sup>1250</sup>.

---

<sup>1245</sup> Vid. por todos MUÑOZ CONDE, F./GARCIA ARAN, M., *Derecho penal. Parte general*. 2ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 512.

<sup>1246</sup> Más ampliamente CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 200.

<sup>1247</sup> Cfr. MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 162; asimismo CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 193 a 195.

<sup>1248</sup> Vid. CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 195; en el mismo sentido ROXIN, C., *Determinación judicial...*, cit., p. 42, quien afirma que “la pena sirve a finalidades de prevención especial y general. Es limitada en su monto mediante la medida de la culpabilidad, pero puede no alcanzar esta medida, en tanto esto sea necesario para las necesidades de prevención especial y no se opongan a ello los requisitos mínimos de prevención general”.

<sup>1249</sup> Ya sea para evitar el efecto nocivo de las penas privativas de libertad inferior a seis meses (art. 36 CP), o porque concurren los requisitos de los artículos 88 y ss. CP para penas privativas de libertad de hasta dos años para españoles (art. 88.1) y de hasta seis años para extranjeros (art. 89.1).

<sup>1250</sup> Cfr. CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 177 y 193.

## VIII. Compensación de la culpabilidad en sentido estricto

Tal y como hemos visto, la individualización judicial de la pena tiene como principio de medida la culpabilidad del autor por el hecho. Este principio se realiza a través de la retribución del injusto realizado culpablemente. A estos efectos, debe tenerse en cuenta que la culpabilidad, entendida en su sentido más propio o estricto, es un concepto graduable susceptible de variar su magnitud si durante la ejecución del hecho o, incluso de forma posterior al mismo, concurren determinadas circunstancias. En este sentido, es posible admitir que la culpabilidad, entendida como juicio de reproche que se hace al autor por la acción antijurídica realizada, puede ser compensada por hechos sucedidos con posterioridad a la comisión del hecho, extinguiéndose o reduciéndose parcialmente. Precisamente por tratarse de una entidad cuantificable, la culpabilidad puede ser compensada por hechos posteriores que reducen su significación originaria<sup>1251</sup>.

Según BACIGALUPO, en el moderno pensamiento penal, la concepción de la culpabilidad como una entidad cuantificable deriva de la filosofía ética de KANT, que definió la culpabilidad como *demeritum* y señaló que éste podía tener diversos grados, pues “subjektivamente el grado de la capacidad de imputación (*imputabilitas*) de las acciones es de apreciar según la magnitud de los obstáculos que hubieron de ser superados en su realización”, de modo tal que “cuanto menor sea el obstáculo natural, y mayor el fundado en el deber, mayor será la imputación de la infracción (como culpabilidad)<sup>1252</sup>”. En este sentido, la compensación de la culpabilidad puede tener lugar en dos sentidos:

- a) Compensación *socialmente constructiva*, que tiene lugar cuando el autor del delito mediante un *actus contrarius* reconoce la vigencia de la norma vulnerada. Ello sucede en los casos de los números 4º y 5º del art. 21 CP<sup>1253</sup>, en los que es posible

---

<sup>1251</sup> Vid. BACIGALUPO, E., *La jurisprudencia sobre reincidencia y dilaciones indebidas: dos problemas del principio de culpabilidad*. Original no publicado citado por gentileza del autor, p. 4; sobre esta cuestión también BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad...*, cit., p. 43.

<sup>1252</sup> La cita ha sido traducida por BACIGALUPO, E., *La jurisprudencia...*, cit., p. 5, y tomada de KANT, *Die metaphysic der Sitten*, 1797, p. 30 (edición de W. Weischedel), *Kant Werke in Zwölf Bänden*, VIII, 1956, p. 335; asimismo BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad...*, cit., pp. 42 y 43; véase también KANT, I, *Introducción a la teoría del Derecho. Introducción a la metafísica de las costumbres*. Trad. por F. González Vicen. Marcial Pons, Madrid, 1997.

<sup>1253</sup> Véase BACIGALUPO, E., *La jurisprudencia...*, cit., p. 6, en cuya opinión “la compensación socialmente constructiva de la culpabilidad se manifiesta especialmente en los casos de la conducta posterior del autor prevista en los n.ºs 4 y 5 del art. 21 CP. (...) En estos casos el autor reconoce la vigencia de la norma vulnerada reparando el daño causado o favoreciendo su propia persecución y



afirmar como hace BACIGALUPO que se trata de supuestos en los que el autor reconoce la vigencia de la norma vulnerada reparando el daño o favoreciendo su propia persecución, lo que determina ya una ratificación de la misma que permite compensar parcialmente su culpabilidad<sup>1254</sup>. En el mismo sentido se manifiesta JESCHECK, en cuya opinión “también la conducta del reo tras el delito puede permitir conclusiones respecto de su culpabilidad”, y en este contexto “la reparación del daño y el esfuerzo para llegar a un compromiso con la víctima pueden disminuir especialmente la pena<sup>1255</sup>”. Por su parte, la L.O. 10/1995 asume esta misma idea en las atenuantes previstas en los arts. 21.4<sup>a</sup> (confesión) y 21.5<sup>a</sup> (reparación)<sup>1256</sup>.

b) Compensación *socialmente destructiva*, que tiene lugar cuando el autor recibe como consecuencia del delito un mal que compensa total o parcialmente su culpabilidad. El *prototipo* de la compensación destructiva de la culpabilidad es la *pena*, cuyo cumplimiento *extingue* la culpabilidad por compensación total<sup>1257</sup>. Esta idea de compensación destructiva la tiene ya en cuenta el legislador en los arts. 58 y 59 de la L.O. 10/1995, cuando permite el abono para el cumplimiento de la pena de todas las privaciones de derechos que haya sufrido el acusado durante el proceso<sup>1258</sup>. Asimismo, la compensación destructiva de la culpabilidad puede ser considerada en los supuestos en los que el autor padece como consecuencia del delito un mal grave, que puede ser natural o jurídico<sup>1259</sup>. En el caso de que el mal padecido sea natural, nos encontramos ante la denominada *poena naturalis* (p. ej.: el ladrón que al huir cae del tejado y queda inválido)<sup>1260</sup>. La distinción entre *poena forensis* y *poena naturalis* proviene de KANT, aunque ya fue anticipada por HOBBS quien la

---

ello determina ya una ratificación de la norma que permite compensar una parte de su culpabilidad”; también en BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad...*, cit., p. 43.

<sup>1254</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad...*, cit., p. 44: “Dicho en terminología kantiana: el autor ha hecho más de lo que el derecho le exige, pues la reparación espontánea del mal no constituye un deber antes de la condena, y, por lo tanto, su acción constituye un *meritum*, que reduce, por compensación, el *demeritum* de la culpabilidad”.

<sup>1255</sup> Cfr. JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal...*, cit., p. 806.

<sup>1256</sup> Sobre ello BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad...*, cit., p. 43.

<sup>1257</sup> Vid. BACIGALUPO, E., *La jurisprudencia...*, cit., p. 6: “La compensación destructiva de la culpabilidad tiene lugar cuando el autor recibe como consecuencia de la comisión del delito un mal grave que se debe abonar en el cumplimiento de la pena. Estos males pueden ser jurídicos o naturales. Los últimos dan lugar a la tradicional figura de la *poena naturalis*”; asimismo BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad...*, cit., p. 43.

<sup>1258</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad...*, cit., p. 43.

<sup>1259</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad...*, cit., p. 44.

<sup>1260</sup> *Ibidem*.

denominó *pena divina*<sup>1261</sup>. Por otra parte, los males jurídicos son principalmente todas aquéllas consecuencias del proceso penal que van más allá de lo que el autor debe soportar como consecuencia del delito (p.ej.: dilaciones indebidas)<sup>1262</sup>.

A continuación analizaremos, en particular, la función que cabe asignar a la atenuante de análoga significación en el momento de la fijación de la pena adecuada a la culpabilidad; las consecuencias que en este mismo ámbito pueden derivarse de la pena natural y de las dilaciones indebidas; así como la incidencia en la culpabilidad de los actos posteriores del autor de significado constructivo.

### 1. Atenuante de análoga significación

Como se dijo más arriba, la individualización judicial de la pena ha de tomar como referencia básica la compensación de la culpabilidad por el hecho. Asimismo, es posible afirmar que la culpabilidad puede verse compensada por otros males –naturales o jurídicos– derivados del delito y equivalentes en su significado a la pena. De igual modo, la culpabilidad puede ser compensada a través de la realización voluntaria por parte del autor y de forma posterior al delito, de actos contrarios al delito de significado socialmente constructivo. Según CHOCLAN, puede decirse que cualquier situación derivada directamente del hecho punible que proporcione al autor del delito un mal o gravamen de cierta entidad, equivale funcionalmente al mal que representa la pena, y compensa por ello la culpabilidad del autor por el hecho cometido<sup>1263</sup>. De este modo, y a pesar de que nuestro Derecho carece de una cláusula semejante a la contenida en el párrafo 60 del StGB, la atenuante de análoga significación regulada en el n° 6 del art. 21 del Código penal, ofrece el cauce adecuado para proceder a una atenuación de la pena basada en una compensación de la culpabilidad originada en hechos sucedidos con posterioridad a la comisión del injusto.

Se debe precisar que el art. 21.6ª del Código penal no exige la semejanza formal de las circunstancias, sino su *análoga significación*, esto es, la analogía de sus efectos sobre la culpabilidad<sup>1264</sup>. De acuerdo con este planteamiento, la atenuante de análoga significación constituye una cláusula general de individualización de la pena, y en este sentido se

---

<sup>1261</sup> Ibidem.

<sup>1262</sup> Ibidem.

<sup>1263</sup> Vid. CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 184.

<sup>1264</sup> Cfr. CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 184.

pronuncia la STS de 12 de marzo de 1991, cuando afirma que “la atenuante de análoga significación contenida en el art. 9.10ª constituye una cláusula general de individualización de la pena, que permite proporcionar mejor la pena a la culpabilidad del autor, más que por la vía de una estricta analogía formal con los supuestos específicamente contemplados en los diferentes apartados del art. 9 del Código Penal, acudiendo a una analogía con la idea genérica básica que informa dichos supuestos, que no es otra sino que la atenuación debe ser proporcional a la menor gravedad de la culpabilidad exteriorizada en la ejecución del delito<sup>1265</sup>”.

Según CHOCLAN, si la culpabilidad se compensó en parte por situaciones equivalentes desde un punto de vista funcional a la pena, el Juez debe dejar de aplicar el margen de pena no necesaria, lo que significa que “cuando el conflicto creado por la infracción de la norma se ha solucionado ya en parte al margen de la pena, no resulta necesario insistir en la aplicación de la pena o, de toda la pena, en la magnitud adecuada a la culpabilidad existente al tiempo de la acción, pues ello conllevaría la imposición de una pena en parte innecesaria, lo que colisiona con los elementales principios del Derecho penal moderno”<sup>1266</sup>. En este sentido, la atenuante de análoga significación posibilita que el Juez valore, en el caso concreto, la concurrencia de equivalentes funcionales para la pena. Esto significa que si es posible apreciar situaciones en las que el autor del hecho haya sufrido como consecuencia del delito un mal natural o jurídico que comporte una anticipada retribución, o sin sufrirlo ha actuado después del delito de forma constructiva reparando o disminuyendo voluntariamente el daño ocasionado a la víctima y con ello reconociendo la vigencia de la norma, entonces se debe aplicar la pena atenuada<sup>1267</sup>. Tanto la denominada pena natural, como las dilaciones indebidas y el comportamiento constructivo del reo tras el delito, constituyen supuestos en los que el Juez debe disociar la medida de la culpabilidad concurrente al tiempo de la acción, de su magnitud en el momento de la individualización judicial de la pena<sup>1268</sup>, todo ello con fundamento en el valor Justicia, proclamado por el art. 1.1 de la Constitución como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico.

---

<sup>1265</sup> Vid. STS de 22 de febrero de 1988.

<sup>1266</sup> Cfr. CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., pp. 184 y 185.

<sup>1267</sup> En este sentido CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 185, quien pone como ejemplo de retribución anticipada el régimen de abono de la prisión provisional previsto en el art. 58 del Código penal.

<sup>1268</sup> Cfr. CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 185.

## 2. Pena natural

Bajo esta denominación se incluyen aquellos supuestos en los que el reo ha sufrido, como consecuencia del delito, un grave perjuicio natural de forma tal que no tiene sentido aplicar una sanción más allá de aquél padecimiento, por haber quedado ya el autor suficientemente castigado a través del mal sufrido por causas naturales y no como consecuencia de la actividad judicial<sup>1269</sup>. La denominada *poena naturalis*, compensa de este modo la culpabilidad del autor. La pena natural consituye un supuesto de compensación socialmente destructiva de la culpabilidad basado en causas naturales. Para comprender correctamente esta idea, BACIGALUPO nos indica que la distinción entre *poena forensis* y *poena naturalis* proviene de KANT, aunque ya aparecía en HOBBS, quien la denominaba “pena divina”<sup>1270</sup>.

En este sentido, el párrafo 60 del StGB alemán, permite renunciar a la pena privativa de libertad no superior a un año “*cuando las consecuencias del hecho que han incidido en el autor sean tan graves que la imposición de una pena sería manifiestamente errada*”. En esta misma dirección, el párrafo primero del artículo 66 bis del Código penal suízo, vigente desde el 1 de enero de 1990, dispone lo siguiente:

**Artículo 66.-** “*Si el autor ha sido afectado directamente por las consecuencias de su acto de forma tal que una pena sería inapropiada, la autoridad competente renunciará a perseguirle, a enviarle delante de un Tribunal o a imponerle una pena*”.

Por su parte, el artículo 64 del Código penal de Paraguay, dispone:

**Artículo 64.-** “*Prescendencia de la pena. Cuando el autor hubiera sufrido, por su propio hecho, consecuencias de tal gravedad que ostensiblemente no se justificara agregar una pena, el Tribunal prescindirá de ella. Esto no se aplicará cuando proceda una pena privativa de libertad mayor de un año*”.

En España, a pesar de que no existe una regla expresa, considera CHOCLAN que en los casos de pena natural es posible dar entrada recurriendo a la cláusula general de

---

<sup>1269</sup> En este sentido CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 191; asimismo JAEN VALLEJO, M., *Los principios...*, cit., p. 74; según BACIGALUPO, E., *La jurisprudencia...*, cit., pp. 7 y 8, es posible considerar junto a los males naturales, los males jurídicos que “son básicamente las consecuencias del proceso penal que van más allá de lo que el autor debe procesalmente soportar como consecuencia del hecho punible” cuestión relacionada con las consecuencias jurídicas de las dilaciones indebidas de un proceso penal (art. 24.2 CE).

<sup>1270</sup> Véase más ampliamente BACIGALUPO, E., *La jurisprudencia...*, cit., p. 7; el mismo autor en *Principio de culpabilidad, carácter de autor y poena naturalis...*, cit., pp. 11 ss.

individualización que representa el nº 6 del art. 21 del CP, a una compensación de la culpabilidad basada en la idea de que la pena *no resulta necesaria* o *resulta necesaria sólo en menor medida*<sup>1271</sup>. La aplicación de la citada cláusula general de individualización contenida en el art. 21.6 CP, procede cuando como consecuencia del delito el autor haya sufrido un perjuicio grave, ya sea directamente (p.ej: el ladrón que pierde una pierna al caer ante un vagón de tren cuando huye), o a través del daño de terceros (p.ej: el conductor imprudente que pierde a su hijo en el accidente), pues la compensación de la culpabilidad por circunstancias posteriores a la acción equivale a la ejecución del hecho con una culpabilidad disminuída<sup>1272</sup>.

### 3. Excesiva duración del proceso

De forma paralela a los *males naturales*, que como hemos visto constituyen sucesos de la naturaleza susceptibles de operar en el momento de la individualización judicial de la pena compensando la culpabilidad, BACIGALUPO considera los *males jurídicos*, que son básicamente las consecuencias del proceso penal que van más allá de lo que el autor debe procesalmente soportar como consecuencia del hecho punible<sup>1273</sup>. Al igual que sucede en el caso del *mal natural*, el *mal jurídico* constituye un supuesto de compensación destructiva de la culpabilidad, y presenta especial relevancia en relación a las consecuencias jurídicas de las dilaciones indebidas en el proceso penal<sup>1274</sup>. En palabras de JESCHECK “ha de tenerse en cuenta, para disminuir la pena, la excesiva duración del proceso por culpa de los órganos encargados de la persecución penal, lo que comporta un fuerte gravamen psíquico para el acusado y lesiona su derecho, recogido en el art. 6.I.1 CDH, a que su causa sea oída en plazo razonable (...), y lo mismo ocurre con el largo transcurso de tiempo desde la comisión del hecho<sup>1275</sup>”.

Por su parte, el Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de diciembre de 1991, entendiendo que la compensación destructiva de la culpabilidad que tiene lugar cuando el

---

<sup>1271</sup> Cfr. CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 191.

<sup>1272</sup> Véase CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., pp. 191 y 192, quien como ejemplos de la relevancia de la *poena naturalis* en la Parte Especial cita los arts. 146 y 158 del CP; en este mismo sentido JAEN VALLEJO, M., *Los principios...*, cit., p. 74.

<sup>1273</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *La jurisprudencia...*, cit., p. 7; asimismo BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad...*, cit., pp. 44 y 45.

<sup>1274</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *La jurisprudencia...*, cit., pp. 7 y 8; en el mismo sentido JAEN VALLEJO, M. *Los principios...*, cit., p. 74 y 75; así como CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., pp. 186 ss.

<sup>1275</sup> Cfr. JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal...*, cit., p. 807.

autor recibe un mal jurídico -como es el caso de las dilaciones indebidas- que compensa total o parcialmente su culpabilidad, es de significación análoga a la compensación constructiva de la culpabilidad, que tiene lugar cuando el autor mediante un *actus contrarius* reconoce la vigencia de la norma vulnerada (arts. 21.4 y 5 del CP), aplicó la circunstancia atenuante de análoga significación del art. 9.10 del Código penal (actualmente art. 21.6 CP), considerando que el hecho de haber sido juzgado el acusado en proceso de duración exagerada compensaba parcialmente la culpabilidad por el hecho<sup>1276</sup>. Según la mencionada resolución, la compensación destructiva de la culpabilidad es de significación análoga a la compensación constructiva de la misma, dado que ambas compensan parcialmente la culpabilidad. Según este razonamiento, es posible la aplicación de una atenuante de análoga significación en los casos en los que el acusado haya visto vulnerado su derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, pues se trata de una circunstancia que opera *ex-post* compensando parcialmente la culpabilidad por el hecho<sup>1277</sup>.

A pesar de ello, la STS de 14-12-91 concluye que la comprobación de una dilación indebida en el proceso no puede conducir a la absolución del acusado, como proponía la defensa del recurrente, pues “en la medida en que tal absolución no se fundamenta en la prescripción operada por la inactividad procesal, es indudable que ella sólo podría tener lugar por la vía de la anulación del proceso. Esta solución, de todos modos, no es factible, toda vez que la no infracción de esta garantía no es -en principio- una condición de procedibilidad. En este sentido, se han pronunciado ya otros Tribunales Supremos de países europeos que han suscrito la CEDH (p.ej. BGH de la República Federal Alemana en las sentencias de BGHSt **24**, 239; **27**, 274; **32**, 345, entre otras)”. Sin embargo, en los casos en los que se llegue a una decisión condenatoria después de un proceso en el que concurran dilaciones indebidas, los Tribunales no carecen de posibilidad de reparación. Por el contrario, según la citada STS de 14-12-91 “las consecuencias del delito deben ser proporcionales a la gravedad de la culpabilidad y por lo tanto si el acusado ya ha sufrido un mal con la excesiva duración del proceso, éste debe serle computado en la pena (...) toda circunstancia derivada del proceso y que tenga sobre los derechos del acusado efectos de

---

<sup>1276</sup> Vid. JAEN VALLEJO, M., *Los principios...*, cit., p. 74; asimismo BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad...*, cit., p. 45.

<sup>1277</sup> Véase el comentario a esta sentencia de BACIGALUPO, E., en *La jurisprudencia...*, cit., p. 8.

carácter aflictivo, importa una anticipada retribución, que paralelamente, se debe reflejar en la pena que se imponga”<sup>1278</sup>.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1993, insistió en dicha idea con base, además, en el art. 1 de la Constitución, dado que si la Justicia es uno de los valores superiores del orden jurídico, los Tribunales deben computar en las penas aplicables los males injustificados que el procesado haya sufrido en el proceso a causa de un funcionamiento anormal de la Justicia<sup>1279</sup>. En este mismo sentido se han pronunciado tanto el Tribunal Constitucional Federal alemán<sup>1280</sup>, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, en el Fundamento Jurídico nº 67 de su sentencia de 15 de julio de 1982 (caso *Eckle c. RFA*), el TEDH afirma que “este Estado dispone también de un medio de reparación que, a los ojos del TEDH se puede revelar apropiado para ello: según una jurisprudencia firmemente establecida del Tribunal Federal de Justicia, al fijar la pena el Juez penal debe tener en cuenta la superación eventual del plazo razonable en el sentido del art. 6. 1<sup>1281</sup>”.

La crítica contra esta posición, se basa en afirmar que la culpabilidad es coetánea al delito y que no es posible su compensación ulterior por circunstancias ajenas al hecho<sup>1282</sup>. Según esta crítica, un hecho ajeno y posterior al delito en nada puede afectar a la culpabilidad, y por esta razón no puede servir de fundamento a ninguna clase de atenuación analógica<sup>1283</sup>. A ello ha contestado CHOCLAN afirmando que “una cosa es la declaración de culpabilidad, que se corresponderá con la gravedad del hecho cometido, y otra distinta, circunstancias de atenuación basadas en hechos posteriores, como sucede, por ejemplo, en el caso de la reparación espontánea del daño producido (art. 21.5º)<sup>1284</sup>”. No se trata de afirmar que la culpabilidad del reo sea menor por la dilación indebida, sino de que aquella culpabilidad se compensa posteriormente cuando el reo padece un mal jurídico como

---

<sup>1278</sup> Vid. comentario a esta sentencia de JAEN VALLEJO, M., en *Los principios...*, cit., p. 74; también favorable a la argumentación contenida en esta sentencia CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 187.

<sup>1279</sup> Vid. comentario a esta sentencia en BACIGALUPO, E., *La jurisprudencia...*, cit., p. 9; así como JAEN VALLEJO, M., *Los principios...*, cit., p. 75.

<sup>1280</sup> Cfr. *BverfG* en *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 1993, 3254º, citado por JAEN VALLEJO, M., *Los principios...*, cit., p. 75.

<sup>1281</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *La jurisprudencia...*, cit., p. 10; el mismo autor en *Principio de culpabilidad...*, cit., pp. 45 y 46; asimismo cita esta sentencia JAEN VALLEJO, M., *Los principios...*, cit., p. 75.

<sup>1282</sup> Vid. STC 35/94, de 31-1-94, citada por BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad...*, cit., p. 46.

<sup>1283</sup> Saliendo al paso de esta crítica, véase la STS de 26 de septiembre de 1994.

<sup>1284</sup> Cfr. CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 187.

consecuencia del ilícito culpable cometido. En un sentido retributivo, a medida que el delincuente va sufriendo un perjuicio procedente del hecho punible, la pena va perdiendo su sentido y, en consecuencia afirma CHOCLAN, va disminuyendo proporcionalmente su necesidad<sup>1285</sup>.

Finalmente, se ha de reseñar que si bien nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia 35/1994 ha negado la conexión entre las dilaciones indebidas y la gravedad de la pena, lo ha hecho desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, y no desde la perspectiva más adecuada del principio de culpabilidad. Ello permite afirmar siguiendo a BACIGALUPO “que el Tribunal Constitucional no ha comprobado todavía si no abonar en la pena la parte proporcional a las dilaciones indebidas es compatible con el principio constitucional de culpabilidad, dado que esta cuestión todavía no le ha sido planteada”<sup>1286</sup>.

#### 4. Actos posteriores de significado constructivo

Según JESCHECK, también la conducta del reo tras el delito puede permitir conclusiones respecto a su culpabilidad, y así por ejemplo la reparación del daño y el esfuerzo para llegar a un compromiso con la víctima pueden disminuir especialmente la pena<sup>1287</sup>. En este sentido, el parágrafo 46. II. del StGB alemán dispone que para determinar la medida de la pena el Tribunal tomará en consideración la conducta del autor después del hecho, especialmente su esfuerzo para reparar el daño, así como su esfuerzo para acordar una compensación con el perjudicado<sup>1288</sup>. Se trata de un supuesto de compensación socialmente constructiva de la culpabilidad que tiene lugar a través de un *actus contrarius* al delito realizado de forma voluntaria por su autor. En este sentido, el nº 5 del artículo 21 del Código penal contempla como una circunstancia que atenúa la responsabilidad criminal “la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus

---

<sup>1285</sup> Cfr. CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 188, comentando la STS de 14 de octubre de 1992, en la que se sigue la postura tradicional del Tribunal Supremo al considerar que la línea iniciada por la S. 14 de diciembre de 1991 puede ser útil de *lege ferenda*, pero no es posible de *lege lata*; asimismo comenta esta sentencia BACIGALUPO, E., *La jurisprudencia...*, cit., pp. 8 y 9.

<sup>1286</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *La jurisprudencia...*, cit., p. 12, con un amplio comentario crítico a la STC 35/94.

<sup>1287</sup> Cfr. JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal...*, cit., p. 806.

<sup>1288</sup> Sobre la reparación de los daños y la compensación auto-víctima véase el parágrafo 46<sup>a</sup> del StGB.



efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del Juicio Oral”.

En opinión de CHOCLAN, la conducta posterior y voluntaria del autor tendente a reparar los efectos del delito, determina una menor necesidad de pena desde el punto de vista de la prevención general, ya que a través de un acto contrario al delito de significado constructivo se reconoce la vigencia de la norma vulnerada<sup>1289</sup>. Asimismo, la reparación evidencia una menor necesidad de pena desde la perspectiva de la prevención especial, pues a través de ella el autor demuestra su voluntad de socialización<sup>1290</sup>. En este mismo sentido se manifiesta JAEN VALLEJO, quién propone un sistema de triple vía en el que además de la pena y de la medida de seguridad, sea contemplada la reparación como medio de restablecer la paz jurídica<sup>1291</sup>. Según este autor, al menos en los delitos de poca gravedad, sería conveniente contemplar la reparación, entendida ésta como una prestación social y voluntaria dirigida a la víctima o a terceros, como medio alternativo para la solución del conflicto sin necesidad de acudir a la pena o a la medida de seguridad<sup>1292</sup>.

Sobre esta cuestión, resulta especialmente interesante la regulación contenida en el art. 19 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor, cuyo texto literal transcribimos a continuación con el absoluto convencimiento de la conveniencia de incluir un precepto de semejante significado en el vigente Código penal:

**Artículo 19.-** *Sobresimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima.*

*1. También podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe.*

*El desistimiento en la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta.*

*2. A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas, y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas*

---

<sup>1289</sup> En este mismo sentido BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad...*, cit. p. 44.

<sup>1290</sup> Vid. CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 190, con cita en el sentido expuesto de las SSTs de 12 de julio de 1993 y de 26 de septiembre de 1994.

<sup>1291</sup> Sobre la reparación como tercera vía *vid.* ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., p. 108.

<sup>1292</sup> Cfr. JAEN VALLEJO, M., *Los principios...*, cit., p. 73 y 74: “El Código penal sólo recoge la idea de la reparación como atenuante, en el art. 21.5, aunque excepcionalmente, en algunos delitos, como en los fraudes a la Hacienda Pública, la reparación exime de toda responsabilidad penal (arts. 305.4 y 307.3)”.

acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación al ejercicio de la acción por responsabilidad civil derivada del delito o falta, regulada en esta Ley.

3. El correspondiente equipo técnico realizará las funciones de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado, a los efectos indicados en los apartados anteriores, e informará al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento.

4. Una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos con la víctima o perjudicado por el delito o falta cometido, o cuando una u otros no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el sobseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado.

5. En el caso de que el menor no cumpliera la reparación o la actividad educativa acordada, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente.

6. En los casos en los que la víctima del delito o falta fuere menor de edad o incapaz, el compromiso al que se refiere el presente artículo habrá de ser asumido por el representante legal de la misma, con la aprobación del Juez de Menores.

## Bibliografía

ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia. Su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los códigos penales españoles del S. XIX*. Bilbao, 1982.

BACIGALUPO, E., *La individualización de la pena en la reforma penal*, en *Revista de la Facultad de derecho de la Universidad Complutense*, monográfico nº 3. 1980.

BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad e individualización de la pena. El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Angel Torío López*. Comares, Granada, 1999.

BACIGALUPO, E., *La jurisprudencia sobre reincidencia y dilaciones indebidas: dos problemas del principio de culpabilidad*. Original no publicado citado por gentileza del autor.

BACIGALUPO, E., *La jerarquía constitucional del principio de culpabilidad*, en la obra *Justicia penal y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad, carácter de autor y poena naturalis en el Derecho penal actual*, en la obra *Justicia penal y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización judicial de la pena*. Colex, Madrid, 1997.

CORDOBA RODA, J., *Culpabilidad y pena*. Bosch, Barcelona, 1977.

GONZALEZ CUSSAC, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*. Valencia, 1988.

JAEN VALLEJO, M. *Los principios superiores del Derecho penal*. Dykinson, 1999, pp. 61 ss.

JAEN VALLEJO, M. *Informe sobre los últimos trabajos de la Comisión redactora del nuevo Código penal Tipo iberoamericano*, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 73. Madrid, 2001.

JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª Ed. corregida. Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Marcial Pons editores, Madrid, 1997.

JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, (trad. de Manzanares Samaniego), ed. Comares, Granada, 1993.

KANT, I., *Introducción a la teoría del Derecho. Introducción a la metafísica de las costumbres*. Trad. por F. González Vicen. Marcial Pons, Madrid, 1997.

LANDROVE, G. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Tecnos, 4ª Ed., Madrid, 1996.

LESCH, H., *La función de la pena*. Trad. por J. Sánchez Vera. Dykinson, Madrid, 1999.

MAPELLI, B./TERRADILLOS, J., *Las consecuencias jurídicas del delito*. Civitas, Madrid, 1996.

MARIN ESPINOSA CEBALLOS, E., *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*. Comares, Granada, 1999.

MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*. Vol. II. Trad. por Bofill Genszch, J. Astrea, Buenos Aires, 1995.

MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*. 5ª ed., Barcelona, 1998.

MUÑOZ CONDE, F./GARCIA ARAN, M., *Derecho penal. Parte general*. 2ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

ROXIN, C., *Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad*. Trad. de Patricia S. Ziffer y Daniel R. Pastor en la obra *Determinación judicial de la pena*. Del Puerto Editores, Buenos Aires, 1993.

ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Trad. de la 2ª ed. alemana por Luzón Peña, D.M., Díaz y García-Conlledo, M., Vicente Remesal, J. Civitas, Madrid, 1997.

SALEILLES, R., *La individualización de la pena*. Trad. por J. Hinojosa. Hijos de Reus, Madrid, 1914, reimpresión facsimil, ed. Analecta, Pamplona, 2002.

TOMAS Y VALIENTE, F., *Manual de Historia del Derecho español*. Tecnos, 10ª reimpresión, 2002.

WELZEL, H., *Derecho penal. Parte General*, (trad. Fontán Balestra, C.). De Palma, Buenos Aires, 1956.

# Capítulo VI

## Medidas de seguridad y peligrosidad criminal

### SUMARIO:

I. Introducción. II. Consideraciones históricas. III. Medidas de seguridad en el Derecho español: 1. Antecedentes. 2. Regulación actual. IV. Concepto y naturaleza de las medidas de seguridad. V. Justificación. VI. Fundamento. VII. El concepto de peligrosidad. VIII. Función y límite de las medidas de seguridad. IX. Distinción entre penas y medidas. X. Relación entre la pena y la medida de seguridad.

### I. Introducción

En el año 1893, el profesor CARL STOOS elaboró un Anteproyecto de Código Penal suízo en el que por primera vez en la historia se integraba un sistema positivo homogéneo de medidas de seguridad, contemplando éstas como complemento e incluso como sustitutas de la pena<sup>1293</sup>. El proceso histórico a través del cual se llega al Anteproyecto de STOOS, parte de la crisis de la pena como solución única en la lucha contra el delito. Así, una pena entendida según la tradicional concepción del retribucionismo clásico, que fundamentaba la responsabilidad en la existencia del libre albedrío y en la libertad individual<sup>1294</sup>, no permitía abordar eficazmente el conflicto que planteaban los menores o los mentalmente anormales cuando realizaban conductas previstas como delitos, pues era precisamente su falta de capacidad para determinarse por sí mismos lo que impedía

---

<sup>1293</sup> Cfr. JORGE BARREIRO, A., *Las medidas de seguridad en el derecho español*. Civitas. Madrid, 1976, p. 38 y 41; una completa exposición sobre los antecedentes remotos legales y teóricos de las medidas de seguridad en BERISTAIN, A. *Medidas penales en Derecho contemporáneo*. Ed. Reus, Madrid, 1974, pp. 38 ss.

<sup>1294</sup> Esta fue la tradicional concepción de la pena durante los tres primeros cuartos del s. XIX en el seno de la escuela clásica, uno de cuyos más significados representantes fue CARRARA (1805-1888). Si bien hemos de señalar que dentro de la corriente doctrinal de finales del s. XVIII y principios del XIX integrada por los denominados *reformadores ilustrados* -que algunos autores consideran integrados en el clasicismo- se halla un importante sector doctrinal que -sin rechazar la idea de retribución- sitúa en primer plano el carácter utilitario y la función preventiva de la pena. Y así por ejemplo, ROMAGNOSI (1761-1835), BENTHAM (1748-1832) y FEUERBACH (1775-1833); sobre ello *vid.* JORGE BARREIRO, A., *Las medidas...*, cit., pp. 26 y 27; asimismo sobre la polémica en torno a los autores vinculados a la escuela clásica *vid.* SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones de Derecho penal. Parte General*. T. I., Bosch, Barcelona, 1982, p. 124.

formular el reproche ético-jurídico en que consistía el juicio de culpabilidad, haciendo de este modo inevitable que quedaran excluidos del ámbito de aplicación de la pena<sup>1295</sup>. Algo semejante sucedía con otro tipo de delincuentes, esta vez sí plenamente responsables, como eran los autores habituales o reincidentes, pues una concepción retributiva de la pena no permitía actuar sobre este tipo de autores de una forma eficaz para prevenir la comisión de futuros delitos, ya que incluso en aquéllos casos en los que el reo evidenciaba una tendencia a seguir delinquiendo, la pena se orientaba de forma retrospectiva según la fórmula *quia peccatum*, y no de forma prospectiva, esto es, *ne peccetur*. A pesar de ello y ante la falta de otra alternativa punitiva, la reacción *clásica* frente a la recaída en el delito se basó siempre en el incremento cuantitativo de la pena, a pesar de que ésta siempre se mostró ineficaz para evitar la reincidencia<sup>1296</sup>. Precisamente fue el fracaso de la pena concebida como pura retribución, desvinculada de todo fin social de protección frente a determinados tipos de delincuentes peligrosos, el gérmen de las medidas de seguridad.

En este clima de desconfianza hacia la pena surge la denominada escuela positiva, que parte de constatar la imposibilidad de demostrar empíricamente la libre determinación del Hombre y, en consecuencia, niega el libre albedrío así como el concepto clásico de culpabilidad<sup>1297</sup>. La pena deja entonces de concebirse como pura retribución de la culpa moral mediante un castigo adecuado a ésta, y pasa a configurarse desde un punto de vista estrictamente social. En este contexto, la finalidad de la pena será entonces preventiva, y su contenido de pura defensa y conservación del cuerpo social. La responsabilidad ético-jurídica que postulaban los clásicos, deja paso en la escuela positiva a una responsabilidad estructurada legal o socialmente, predicable de todo individuo por el mero hecho de vivir sometido a las normas de convivencia social<sup>1298</sup>. De esta forma, el fundamento de la pena ya no se encuentra en la culpabilidad sino en la peligrosidad del reo, en la actitud asocial del

---

<sup>1295</sup> Cfr. JORGE BARREIRO, A., *Las medidas...*, cit., pp. 23 ss.; asimismo BOLDOVA/GRACIA/ALASTUEY, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1996, p. 355.

<sup>1296</sup> La conveniencia de eliminar de nuestro sistema actual de Derecho penal positivo la agravación cuantitativa automática de la pena para los reincidentes es precisamente el objeto de este trabajo; sobre la solución al problema de la criminalidad reincidente en el seno del retribucionismo *vid.* JORGE BARREIRO, A., *Las medidas...*, cit., pp. 26 y 27.

<sup>1297</sup> Sobre la escuela positiva, cuyo origen se halla en el último tercio del s. XIX, y sobre sus principales representantes: LOMBROSO (1835-1909); GAROFALO (1851-1934); y FERRI (1856-1929), *vid.* SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones...*, T.I., cit. pp. 130 ss.

<sup>1298</sup> Cfr. ROMEO CASABONA, C.M., *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, Ed. Bosch. Barcelona, 1986, pp. 16 y 17.

autor también denominada *temibilitá*<sup>1299</sup>. La tensión lógica existente entre los pares dialécticos utilidad-justicia y prevención-retribución, fue uno de los puntos centrales de la denominada *lucha de escuelas*, que mantuvo divididos a los estudiosos del Derecho penal durante buena parte de la pasada centuria, aunque desde las postrimerías del s. XIX y a todo lo largo del s. XX trató de superarse la polémica a través de posiciones conciliadoras que intentaron ofrecer una síntesis de los dos puntos de vista enfrentados<sup>1300</sup>.

En este contexto nacen a finales del s. XIX las denominadas *direcciones intermedias*<sup>1301</sup>, como la *Terza Scuola* en Italia<sup>1302</sup>, o la *Escuela Sociológica* o *Político Criminal* en Alemania<sup>1303</sup>. Se trata de nuevas orientaciones que asumen una solución de compromiso, según la cual el Derecho penal debe establecer dos clases distintas de reacciones frente al delito: a) de una parte la pena, cuya justificación y límite se halla exclusivamente en la culpabilidad del autor; y b) de otra parte la medida de seguridad, cuyo presupuesto debe ser exclusivamente la peligrosidad del delincuente<sup>1304</sup>. De esta manera, el nuevo sistema de Derecho Penal que suponía la admisión del dualismo, y con ello la plena entrada en aquél del binomio peligrosidad-medidas de seguridad, no sólo fue aceptado en el plano científico, sino también en el legislativo o de Derecho positivo<sup>1305</sup>.

## II. Consideraciones históricas

Los antecedentes más remotos de las medidas de seguridad los encuentran algunos autores ya en el Derecho Romano<sup>1306</sup>. Sin embargo, el primer sistema orgánico y coordinado de penas y medidas de seguridad es el elaborado por STOOS en la Parte

---

<sup>1299</sup> Sobre el origen histórico y evolución conceptual de los terminos “peligrosidad”; “temibilitá” (desarrollado por GAROFALO); o de la expresión “inadaptabilidad social” (acuñada por FERRI), *vid.* ROMEO CASABONA, C.M., *Peligrosidad...*, cit., pp. 15 ss.

<sup>1300</sup> Vid. en este sentido BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho penal*. 3ª ed., Akal/Iure, 1994, p. 8.

<sup>1301</sup> Cfr. BOLDOVA/GRACIA/ALASTUEY, *Las consecuencias...*, cit., p. 355; las denominadas “direcciones intermedias” también son conocidas como “positivismo crítico”; sobre ello *vid.* SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones...*, T.I., cit. pp. 139 ss.

<sup>1302</sup> La denominada *Terza Scuola*, nacida a finales del s. XIX en Italia, está representada por CARNEVALE, ALIMENA e IMPALOMENI, autores que ya admiten la medida de seguridad como medio de reacción frente al delito; sobre ello véase SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones...*, T.I., cit. pp. 140 y 141.

<sup>1303</sup> Corriente nacida a finales del s. XIX en Alemania, está representada por VON LISZT, PRINS, y VON HAMEL, quienes junto a la pena admiten también la medida de seguridad.

<sup>1304</sup> Cfr. BOLDOVA/GRACIA/ALASTUEY, *Las consecuencias...*, cit., p. 355.

<sup>1305</sup> Cfr. ROMEO CASABONA, C.M., *Peligrosidad...*, cit., p. 112 ss.

<sup>1306</sup> Véase JORGE BARREIRO, A., *Las medidas...*, cit., p. 37; sobre los antecedentes históricos más remotos de medidas de seguridad también BERISTAIN, A., *Medidas penales...*, cit., pp. 38 y 39.

General del Anteproyecto de Código Penal suízo de 1893. Las líneas maestras del sistema de medidas configurado en el Anteproyecto de STOOS, pueden sintetizarse de la siguiente manera<sup>1307</sup>: a) la medida tiene un carácter exclusivamente jurisdiccional, pudiendo ser únicamente acordada por el Juez; b) la extensión temporal de la medida se hace depender de la duración del estado peligroso, por lo que se acordaban en la forma de sentencia relativamente indeterminada, prolongándose dentro de los límites marcados por la Ley en tanto se mantuviera el estado peligroso y hasta que éste cesara; c) el fundamento de la medida es la peligrosidad del reo; d) la medida está pensada para complementar a la pena cumpliendo las funciones preventivas que ésta no puede alcanzar, de manera que la medida podrá sustituir a la pena en el caso de que así lo aconsejaran las necesidades político criminales; e) establece el principio *vicarial*, según el cual el tiempo de cumplimiento de la medida será computado a los efectos de cumplimiento de la pena; y f) la ejecución de las medidas tiene lugar en establecimientos especiales.

El primer texto positivo en incorporar las medidas de seguridad fue el Código Penal noruego de 22 de mayo de 1902<sup>1308</sup>. Otros países optaron por dictar leyes especiales, tal y como sucedió en Bélgica con la Ley de Defensa Social de 9 de abril de 1930, cuyo objetivo era el de readaptar y reeducar socialmente a los delincuentes en estado peligroso, esto es, a los reincidentes y anormales psíquicos. Asimismo, Austria aprobó una Ley de 10 de junio de 1932, con medidas de internamiento para reincidentes, mendigos y vagos. Entre los Códigos Penales que incluyeron un sistema integrado de medidas de seguridad, cabe destacar el Código penal de Dinamarca de 1930; el de Suíza de 1937; el de Polonia de 1932 posteriormente sustituido por el de 1969; y el de Perú de 1924. En Francia se promulga la Ley de 30 de junio de 1938 para personas penalmente irresponsables; la Ley de 15 de abril de 1954, para alcohólicos peligrosos; y la Ley de 17 de julio de 1970. En Gran Bretaña, el *Criminal Justice Act* de 1948, revisado en 1967. En Italia se asume por primera vez el sistema de doble vía en el Código Penal de 19 de octubre de 1930 (código ROCCO), que además de ofrecer criterios para determinar la peligrosidad, clasifica a los delincuentes como habituales, profesionales y por tendencia. Finalmente, en Alemania se propuso un sistema de penas y medidas complementarias en el denominado *contraproyecto* de LISZT, KAHL y

---

<sup>1307</sup> Un extracto de las líneas maestras del Anteproyecto de STOOS en JORGE BARREIRO, A., *Las medidas...*, cit., pp. 40 y 41, quien ofrece más detalles sobre el mismo.

<sup>1308</sup> La exposición que sigue sobre la implantación del sistema dualista en el Derecho comparado, con más detalle en ROMEO CASABONA, C.M., *Peligrosidad...*, cit., pp. 112 ss.

otros, fechado en el año 1911 e incorporado al proyecto gubernamental de 1927<sup>1309</sup>. Aunque se debe precisar que en este último país, las medidas de seguridad se introducen por primera vez en el Derecho positivo con la Ley de delincuentes comunes de 24 de noviembre de 1933<sup>1310</sup>, quedando definitivamente consolidado el dualismo tras la reforma de la Parte General del Código Penal alemán acaecida en 1969, que entró en vigor el 1 de enero de 1975<sup>1311</sup>.

### III. Medidas de seguridad en el Derecho español

#### 1. Antecedentes

En España y entre otros antecedentes remotos de las medidas de seguridad que se remontan al Fuero Juzgo<sup>1312</sup>, se suele citar la denominada *cláusula de retención* establecida en una Pragmática de Carlos III fechada en el año 1771, cuyo objeto era “la defensa de la sociedad frente a los delincuentes peligrosos mediante la prolongación indefinida de la pena”<sup>1313</sup>. Mucho más recientemente, el Código Penal de 1848-50 dispuso la reclusión en hospital psiquiátrico por tiempo indeterminado del loco o demente que hubiere ejecutado un hecho que la Ley calificara como delito grave, o, en el caso de delitos de menor gravedad, la entrega del reo a la familia bajo fianza de custodia.<sup>1314</sup> Asimismo, el Código Penal de 1870 previno análogas medidas para el imbécil o el loco<sup>1315</sup>. Sin embargo, todos los autores coinciden en que es el Código Penal de 1928 el primer texto legal en el las medidas de seguridad aparecen bajo tal denominación, y en el que se recoge el binomio peligrosidad-medida según la moderna configuración anticipada por STOOS<sup>1316</sup>.

---

<sup>1309</sup> Cfr. ZIPF, *AT 2*, 7ª Ed., pp. 664 ss., citado por BOLDOVA/GRACIA/ALASTUEY, M.C., *Las consecuencias...*, cit., p. 356.

<sup>1310</sup> Cfr. BOLDOVA/GRACIA/ALASTUEY, M.C., *Las consecuencias...*, cit., p. 356.

<sup>1311</sup> Vid. sobre la evolución de las medidas de seguridad en el Derecho penal alemán MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte General II*. Trad. de la 7ª ed. Alemana por BOFILL GENZSCH, J., Astrea, Buenos Aires, 1995, pp. 860 ss.

<sup>1312</sup> Véase sobre los antecedentes más remotos de las medidas ROMEO CASABONA, C.M., *Peligrosidad...*, cit., pp. 101 ss.

<sup>1313</sup> Cfr. JORGE BARREIRO, A., *Las medidas...*, cit., p. 47; quien a su vez cita a CUELLO CALON, E., *La moderna penología*, I. Barcelona, 1958, pp. 53 y 54; y a OLESA MUÑIDO, F. F., *Las medidas de seguridad*. Barcelona, 1951, p. 53.

<sup>1314</sup> Vid. art. 8.1º del Código Penal de 1848-50; sobre esto también JORGE BARREIRO, A., *Las medidas...*, cit., p. 47.

<sup>1315</sup> Vid. art. 8.1º del Código Penal de 1870.

<sup>1316</sup> Su regulación se contenía en los arts. 90 ss. del C.P de 1928; sobre las características del sistema legal de medidas en el C.P. de 1928 *vid.* ROMEO CASABONA, C.M., *Peligrosidad...*, cit., p. 101; JORGE BARREIRO, A., *Las medidas...*, cit., p. 47; BOLDOVA/GRACIA/ALASTUEY, *Las consecuencias...*, cit., p. 357.



Algo más tarde, el 4 de agosto de 1933, se promulga la *Ley de Vagos y Maleantes*, que desarrolla con poca fortuna<sup>1317</sup> un amplio elenco de medidas de seguridad establecidas en base a la peligrosidad *pre* y *postdelictual* del individuo, manteniendo con sucesivas reformas su dilatada vigencia hasta el año 1970<sup>1318</sup>. Asimismo, en lo referido a las medidas de seguridad aplicables a los menores, se ha de hacer mención al *Texto Refundido* aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948, en el que se contenía la legislación sobre *Tribunales Tutelares de Menores*, posteriormente modificado por los Decretos de 19 de diciembre de 1969 y de 26 de febrero de 1976<sup>1319</sup>. Por su parte, la *Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social* de 4 de agosto de 1970, desarrollada reglamentariamente por Decreto de 13 de mayo de 1971, sustituye con múltiples defectos a la anterior *Ley de Vagos y Maleantes*<sup>1320</sup>. Con sucesivas reformas, de entre las cuales cabe destacar la operada por Ley de 28 de noviembre de 1974, que acentuaba los objetivos represivos en detrimento de los preventivos, o la reforma de corte opuesto realizada por la Ley de 26 de diciembre de 1978 que intenta adaptar la materia al nuevo orden constitucional<sup>1321</sup>, la *Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social* mantiene su vigencia hasta que es derogada expresamente por la Disposición Derogatoria 1ª letra c) de la Ley Orgánica 10 / 1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

## 2. Regulación actual

Actualmente, el art. 25.2 de la Constitución española proclama que “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados”. Ello supone la plena aceptación de las penas y de las medidas de seguridad como instituciones independientes, si bien ambas están orientadas por expreso mandato constitucional hacia la prevención

---

<sup>1317</sup> En un sentido crítico con la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933, véase ROMEO CASABONA, C.M., *Peligrosidad...*, cit., p. 104.

<sup>1318</sup> Sobre las reformas parciales operadas en la Ley de Vagos y Maleantes, así como sobre la nueva regulación establecida en el art. 65 del C.P. de 1944 para los mayores de dieciséis años y menores de dieciocho *vid.* JORGE BARREIRO, A., *Las medidas...*, cit., p. 54; un sintético análisis de esta Ley en JORGE BARREIRO, A., *Las medidas...*, cit., pp. 50 ss.; también ROMEO CASABONA, C.M., *Peligrosidad...*, cit., pp. 104 ss.

<sup>1319</sup> Más ampliamente sobre este texto legal en MORILLAS CUEVA, L. *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*. Tecnos, Madrid, 1991, pp. 242-243.

<sup>1320</sup> Entre los numerosos defectos de esta Ley se destaca la previsión de estados de peligrosidad social junto los de peligrosidad criminal, así como la regulación de medidas predelictuales; sobre ello *vid.* JORGE BARREIRO, A., *Las medidas...*, cit., pp. 199 ss.; también ROMEO CASABONA, C.M., *Peligrosidad...*, cit., pp. 105 y 118; en sentido crítico MORILLAS CUEVA, L., *Teoría de las consecuencias...*, cit., p. 236.

<sup>1321</sup> Sobre la *Ley de Peligrosidad y rehabilitación Social*, así como sobre sus sucesivas reformas *vid.* ROMEO CASABONA, C.M., *Peligrosidad...*, cit., pp. 105 ss.

especial *resocializadora*<sup>1322</sup>. Por otra parte, el vigente Código Penal español contempla como consecuencias jurídicas del delito no sólo las penas, sino también las medidas de seguridad reguladas tanto en el Título Preliminar (arts. 1 ss.), como en el Título IV del Libro Primero (arts. 95 ss.). Por esta razón, es posible afirmar que nos encontramos ante un régimen positivo que, al menos en apariencia, se presenta como un sistema de *doble vía* de reacción penal frente al delito<sup>1323</sup>.

A pesar de ello, coincidimos con BACIGALUPO cuando afirma que el Código penal de 1995 no ha estructurado un auténtico sistema de doble vía, toda vez que no duda en servirse de la pena para resolver el problema de peligrosidad que presentan los reincidentes<sup>1324</sup>. El incremento automático de la pena para el reincidente previsto en el vigente Código penal, supone un enorme lastre a la hora de evolucionar hacia un auténtico Derecho penal de culpabilidad, ya que la pretensión de solucionar por medio de la pena un problema relacionado con la peligrosidad es un claro indicio revelador de una concepción monista del sistema de sanciones<sup>1325</sup>. En este sentido, coincidimos plenamente con el mencionado autor, cuando afirma que “un sistema doble vía no se caracteriza porque el ordenamiento prevé penas para capaces de culpabilidad y medidas de seguridad para incapaces de culpabilidad, sino porque el sistema de reacciones penales prevé penas para los culpables y medidas para los peligrosos (capaces o no de culpabilidad)<sup>1326</sup>”. De cualquier modo, los principios generales del sistema de medidas de seguridad configurado en el Código Penal de 1995 son básicamente los que se incluyen en el Título Preliminar, y que se exponen a continuación<sup>1327</sup>:

- a) Sometimiento al principio de legalidad, y en este sentido el art. 1.2 del Código penal dispone que “las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando

---

<sup>1322</sup> Vid. ALVAREZ GARCIA, F.J., *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*. Comares, Granada, 2001, p. 49, según el cual la orientación resocializadora de penas y medidas expresamente contenida en el art. 25.2 CE, no excluye otras finalidades de la pena tales como las preventivas generales (positivas o negativas) o las retributivas.

<sup>1323</sup> Sobre las medidas de seguridad en el Código Penal español de 1995, véanse los arts. 95 ss. CP.

<sup>1324</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., pp. 22 y 23.

<sup>1325</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit. p. 22.

<sup>1326</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit. p. 23, destaca este autor (p. 24) que en la teoría española ANTON ONECA, J., en su obra *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, 1944, p. 115, propuso que “entre la pena retributiva y orientada principalmente a la prevención general y la medida de prevención individual para los irresponsables, quedaría la zona cubierta por las sanciones destinadas a aquellos imputables en quienes se ha descubierto una peligrosidad grave, desproporcionada con la levedad del delito, y que no sería eficazmente combatida con una pena a éste proporcionada”.

<sup>1327</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*. 5ª ed., Barcelona, 1998, pp. 790 ss.

concurrir los presupuestos establecidos previamente en la Ley”; asimismo, se admite de forma general que carecen de efecto retroactivo las Leyes que establezcan medidas de seguridad (art. 2.1 CP), aunque como excepción se dispone que las leyes penales que contengan medidas sí tendrán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo (art. 2.2. CP).

b) Jurisdiccionalidad de las medidas, pues “no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales” (art.3.1 CP). Además de la garantía *jurisdiccional* antes citada, la garantía de *ejecución* es predicable de las medidas igual que de las penas (art. 3.2 CP).

c) El fundamento de la medida es la peligrosidad criminal del sujeto exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito (art. 6.1 CP), con lo cual quedan excluidas las medidas fundamentadas en la denominada *peligrosidad social*, así como las medidas *predelictuales*.

d) El límite en la duración y en la gravedad de la medida se traza de modo *relativo* con referencia a la necesidad existente para prevenir la concreta peligrosidad del autor; y de un modo *absoluto* se sitúa en el de la pena abstractamente aplicable al hecho cometido (art. 6.2 CP).

Los principios generales que se acaban de exponer, son desarrollados en el Título IV del Libro Primero CP bajo la rúbrica “De las medidas de seguridad en general” (arts. 95 ss.). Por otra parte, las concretas medidas de seguridad previstas por el legislador en el Código penal, pueden ser privativas o no privativas de libertad, según el siguiente esquema:

a) Privativas de libertad (art. 96.2):

1ª. Internamiento en centro psiquiátrico.

2ª. Internamiento en centro de deshabitación.

3ª. Internamiento en centro educativo especial.

b) No privativas de libertad (art. 96.3):

- 1ª. Prohibición de estancia y residencia en determinados lugares.
- 2ª. Privación del derecho a conducir vehículos.
- 3ª. Privación del permiso de armas.
- 4ª. Inhabilitación profesional.
- 5ª. Expulsión del territorio nacional (sólo en el caso de los extranjeros no residentes legalmente en España).
- 6ª. Las previstas en el art. 105 CP.

Por su parte, el art. 105 CP también ofrece una clasificación de las medidas, aunque esta vez desde el punto de vista de su duración, a cuyo efecto dispone que podrán acordarse:

1ª. Por un tiempo no superior a cinco años (art. 105. 1 CP):

- a) Sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos socio-sanitarios.
- b) Obligación de residir en un lugar determinado.
- c) Prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe.
- d) Prohibición de acudir a determinados lugares o visitar establecimientos de bebidas alcohólicas.
- e) Custodia familiar.
- f) Sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, de educación sexual y otros similares.
- g) Prohibición de aproximarse a la víctima, a sus familiares, o a las personas que el Juez determine, o de comunicarse con ellos<sup>1328</sup>.

---

<sup>1328</sup> El apartado g.) de este artículo 105 ha sido introducido por la LO 14 / 1999, de 9 de junio (BOE nº 138, de 10 de junio), de modificación del Código Penal de 1995 en materia de protección a las víctimas de malos tratos; en este sentido se debe recordar que el art. 57 CP, redactado conforme a la misma LO 14 / 1999, de 9 de junio, previene como pena accesoria para determinados delitos, la imposición de una o varias de las siguientes prohibiciones: a) la de aproximación a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal; b) la de que se comunique con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal; c) la de volver al lugar en que se haya cometido el delito o de acudir a aquél en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos. Las mismas prohibiciones podrán imponerse por un período no superior a seis meses si se hubiere cometido una falta contra las personas de los arts. 617 y 620 del CP. Vid, asimismo sobre el contenido de las prohibiciones descritas el art. 48 CP, redactado conforme a la LO 14 / 1999, de 9 de junio.

2ª. Por un tiempo de hasta diez años (art. 105.2 CP):

- a) Privación de licencia o permiso de armas.
- b) Privación del derecho a conducir vehículos de motor.

Las medidas de seguridad privativas y no privativas de libertad vienen previstas para los sujetos exentos de responsabilidad criminal según los arts. 20.1º, 2º y 3º CP, esto es, para los *inimputables* (arts. 101 a 103 CP), no pudiendo exceder el internamiento, en su caso, del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad si hubiera sido declarado responsable el sujeto, a cuyo efecto el Juez deberá fijar en la sentencia ese límite máximo. Asimismo, las medidas privativas y no privativas de libertad vienen previstas para los supuestos de eximente incompleta (art. 104 CP) en relación con los casos antes citados, esto es, para los *semiimputables* ex arts. 20. 1º, 2º, y 3º. En este último supuesto, las medidas se pueden imponer además de la pena, observándose para su aplicación el *principio vicarial* contenido en el art. 99 CP. No obstante, la medida de internamiento sólo será aplicable en el supuesto de los *semiimputables* cuando la pena impuesta sea privativa de libertad, y su duración no podrá exceder de la pena prevista por el Código para el delito. En este último caso, será también aplicable el *principio vicarial*. Se debe destacar, y ello debe ser criticado, que el Código Penal de 1995 no contempla medidas de seguridad para los imputables (p.ej.: para los habituales o reincidentes peligrosos).

Una especial referencia merece la denominada inhabilitación para el ejercicio de un derecho, profesión, oficio, industria, comercio, cargo o empleo, regulada en el art. 107 del Código penal<sup>1329</sup>. La inhabilitación podrá ser acordada durante un tiempo de uno a cinco años, siempre y cuando el reo haya cometido con abuso en el ejercicio de un derecho o en relación con él un hecho delictivo, y cuando de la valoración de las circunstancias concurrentes pueda deducirse el peligro de que vuelva a cometer el mismo delito u otros semejantes, todo ello siempre que no sea posible imponer la pena correspondiente por encontrarse en alguna de las situaciones previstas en los números 1º, 2º y 3º del art. 20<sup>1330</sup>.

---

<sup>1329</sup> Los arts. 54 a 56 CP regulan la inhabilitación como pena accesoria; asimismo *vid.* arts. 39 a 49 CP sobre el contenido de esta sanción.

<sup>1330</sup> Según MIR PUIG, S. *Derecho Penal...*, cit., p. 794, el hecho de que el legislador no haya mencionado la posibilidad de imponer estas medidas a los semiimputables, puede deberse a un olvido. Sin embargo, en nuestra opinión esta circunstancia puede deberse al hecho de que la inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria, comercio o cualquier otro derecho, venga también regulada como pena accesoria en los arts. 54 ss. CP, siendo

Asimismo, merece una especial mención la expulsión del territorio nacional para extranjeros no residentes en España, que viene regulada en detalle como medida de seguridad no privativa de libertad en el art. 108 CP, siendo posible acordarla previa audiencia del reo en sustitución de las medidas de seguridad privativas de libertad que le fueren aplicables. El sujeto a quien se imponga esta medida no podrá volver a entrar en España durante un plazo de diez años contados desde la fecha de la expulsión<sup>1331</sup>.

Llama la atención, en la regulación concreta de las medidas de seguridad contenidas en el vigente CP 1995, que algunas de ellas tengan idéntico nombre y contenido que algunas de las penas previstas como accesorias, lo que podría considerarse un argumento en favor de las tesis que consideran que penas y medidas persiguen los mismos fines y cumplen una misma función, esto es, la prevención especial<sup>1332</sup>. Así por ejemplo, son casos de identidad las medidas contenidas en los arts. 96.3.1 y 105.1 c) d) y g), con las penas accesorias previstas en los arts. 39. f), 48 y 57 (prohibición de residir en determinados lugares, de aproximarse a la víctima o de comunicarse con ella); las medidas contenidas en los arts. 96.3.2 y 3 y 105.2 a) y b), con las penas accesorias previstas en los arts. 39. d) y e), 47 y 56 (privación del derecho a portar armas o a conducir vehículos); así como las medidas contenidas en los arts. 96.3.4 y 107, con las penas accesorias previstas en los arts. 39. b), 45, y 56 (inhabilitación para el ejercicio de un derecho, profesión, oficio, industria, comercio, cargo o empleo). A pesar de compartir el mismo *nomen* y contenido, la distinta naturaleza jurídica y configuración legal según se trate de pena accesoria o medida, supone un distinto tratamiento jurídico positivo (p.ej.: en el caso de quebrantamiento de pena se aplica el art. 468 CP; y en el caso de quebrantar la medida los artículos 100 y 468 CP)<sup>1333</sup>. Por otra parte, se debe recordar que en el CP 1995, las penas accesorias se regulan en los arts. 54 ss. CP,

---

de esta manera aplicable a los semiimputables en los casos y con las condiciones señalados en los citados preceptos.

<sup>1331</sup> El art. 108 Cp ha sido modificado por la Ley Orgánica 11 / 2003, de 29 de septiembre, *de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*; por otra parte, se debe señalar que la misma L.O. 11 / 2003, ha modificado el art. 89 de la Ley Orgánica 10 / 1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que en su actual redacción establece como regla general la sustitución de las penas privativas de libertad inferiores a seis años (o superiores en determinados casos) impuestas a un extranjero no residente legalmente en España, por su expulsión del territorio nacional, no pudiendo regresar a España en un plazo de diez años contados desde la fecha de su expulsión, y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena.

<sup>1332</sup> Asignando a las medidas de seguridad una función de prevención de delitos frente a un sujeto peligroso: prevención especial, MIR PUIG, S. *Derecho Penal...*, cit., p. 62.

<sup>1333</sup> Vid. sobre el distinto régimen de unas y otras, así como sobre la problemática suscitada al respecto del quebrantamiento QUINTERO OLIVARES, G. (Director), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 1349 ss.; asimismo MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, cit., p. 795.

describiéndose su contenido en los arts. 39 ss. CP, mientras que las medidas de seguridad se encuentran reguladas en los arts. 95 ss. CP.

Finalmente y con respecto al Derecho Penal de menores, la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, establece en su Título II un amplio catálogo de medidas susceptibles de ser impuestas a los autores de delitos o faltas que aún no hayan cumplido los dieciocho años o, excepcionalmente, los veintiuno (art. 4 de la L.O. 5/2000, en relación con el art. 69 de la L.O. 10/1995 del Código Penal).

#### IV. Concepto y naturaleza de las medidas de seguridad

Del mismo modo que cuando nos referimos a la pena pusimos de manifiesto la dificultad de ofrecer una definición que expresara de forma universal el contenido del concepto representado por el término *pena*, debemos ahora reconocer la existencia del mismo problema respecto del término *medida de seguridad*, y así constatamos que existen casi tantas definiciones de éstas como autores han tratado la materia<sup>1334</sup>. Sólo a título enunciativo, expondremos que según ANTON ONECA la medida de seguridad constituye una privación de bienes jurídicos que tiene por finalidad evitar la comisión de delitos, que se aplica en función de la peligrosidad del sujeto y se ordena a la prevención especial<sup>1335</sup>. Asimismo, ANTOLISEI las define como ciertos medios orientados a readaptar al delincuente a la vida social libre, es decir, a promover su educación o curación, según tenga necesidad de una u otra, poniéndolo en todo caso en la imposibilidad de perjudicar<sup>1336</sup>. Por su parte, BERISTÁIN IPIÑA las define como los “medios asistenciales, consecuentes a un hecho típicamente antijurídico, aplicados por los órganos jurisdiccionales, a tenor de la Ley, a las personas peligrosas para lograr la prevención especial”<sup>1337</sup>. También PETROCELLI las define en un sentido amplio como un medio coactivo, mediante el cual el ordenamiento jurídico consigue la sujeción de un interés para tutelar otro a los fines de una ordenada

---

<sup>1334</sup> Afirmaba JIMENEZ DE ASUA, L., *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito*. Abeledo-Perrot, 3ª Ed., Buenos Aires, 1958, p. 18, que “toda definición es un silogismo, que si bien plantea correctamente los problemas, los resuelve luego tautológicamente”; sobre la definición de las medidas de seguridad *vid.* BERISTAIN, A., *Medidas penales...*, cit., p. 49.

<sup>1335</sup> Cfr. ANTON ONECA, J., *Derecho Penal*. 2ª ed., anotada y corregida por HERNANDEZ GUIJARRO y BENÉYTEZ MERINO. Madrid, 1986, p. 620, citado por MORILLAS CUEVA, L., *Teoría de las consecuencias...*, cit., p. 223.

<sup>1336</sup> Cfr. ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto Penale*, P.G., 6ª Ed., Milano, 1969, pp. 629-630, citado por MORILLAS CUEVA, L., *Teoría de las consecuencias...*, cit., pp. 223 y 224.

<sup>1337</sup> Cfr. BERISTÁIN, A., *Medidas penales...*, cit., pp. 49-50.

convivencia social<sup>1338</sup>. En opinión de ROMEO CASABONA, “la medida de seguridad es la reacción del ordenamiento jurídico frente a la peligrosidad criminal revelada por el delincuente tras la comisión de un delito por el mismo. Esta reacción tiene como objetivo exclusivo evitar que la persona concreta sobre la que actúa vuelva a delinquir”<sup>1339</sup>.

En cuanto a la naturaleza jurídica de las *medidas de seguridad*, y contra la opinión de algunos autores que en el pasado les han asignado una naturaleza extrapenal considerándolas como medidas de policía de naturaleza administrativa<sup>1340</sup>, hemos de afirmar que hoy día existe consenso al admitir la naturaleza exclusivamente jurídico-penal de las medidas de seguridad. En el Derecho Positivo español vigente, las medidas de seguridad son de naturaleza penal, tal y como se desprende de su regulación positiva integrada junto con la de las penas en el mismo texto legal, esto es, en el Código penal de 1995. Las medidas de seguridad quedan de este modo sometidas a los principios generales contenidos en el Título Preliminar, y en el Título IV del Libro I CP, bajo la rúbrica “De las medidas de seguridad en general”<sup>1341</sup>. Asimismo, las Sentencias del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 1986, y de 19 de febrero de 1987, afirman que aunque la pena es un instrumento para sancionar la culpabilidad y la medida de seguridad un mecanismo para tratar la peligrosidad criminal, ambas son consideradas auténticas sanciones de naturaleza penal<sup>1342</sup>.

---

<sup>1338</sup> Vid. PETROCELLI, B., *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*. Padova, 1940, p. 238, citado por JORGE BARREIRO, A., *Las medidas...*, cit., p. 87.

<sup>1339</sup> Véase ROMEO CASABONA, C.M., *Peligrosidad...*, cit., p. 77.

<sup>1340</sup> Así, por ejemplo GRISPIGNI, MANZINI o ROCCO, todos ellos citados por MORILLAS CUEVA, L. *Teoría de las consecuencias...*, cit., p. 225. Se debe precisar que la derogada *Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social* de 1970 mezclaba las medidas de seguridad de carácter administrativo y las de naturaleza jurídico-penal, anómala situación superada por la L.O.10 / 1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; sobre el particular *vid.* JORGE BARREIRO, A., *Las medidas...*, cit., p. 88.

<sup>1341</sup> Vid. *Supra* nº 3.

<sup>1342</sup> La STC 21/1987, de 19 de febrero, afirma lo siguiente respecto de las medidas contenidas en la antigua *Ley de peligrosidad y rehabilitación social*: “el principio *non bis in idem*, enlazado con los principios de legalidad y tipicidad, impide la concurrencia de penas y medidas de seguridad sobre tipos de hecho igualmente definidos, aunque se pretenda obviarlo diciendo que en un caso se sanciona la culpabilidad y en el otro la peligrosidad. En este sentido, la imposición de medidas de seguridad antes de la condena penal y la concurrencia sobre un mismo hecho de pena y medida son, pues, contrarias al principio de legalidad penal, ya que no cabe otra condena -y la medida de seguridad lo es- que la que recaiga sobre quien haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal; asimismo sobre esta sentencia *vid.* MARIN ESPINOSA CEBALLOS, E., *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*. Comares, Granada, 1999, p. 383.



## V. Justificación

Cuando nos referimos a la justificación de las medidas de seguridad tratamos de responder a la pregunta de ¿por qué se aplican las medidas?, por lo que se trata de responder a la pregunta acerca de su legitimidad, y no de su legalidad<sup>1343</sup>. Sobre este particular, afirma WELZEL que frente a las medidas de seguridad surge tanto la pregunta de su necesidad, que radica como en la pena en su indispensabilidad para la protección de la comunidad, como la pregunta relativa a su justificación<sup>1344</sup>. En opinión de WELZEL, son dos los principios esenciales a tener en cuenta a la hora de argumentar sobre la justificación de las medidas de seguridad<sup>1345</sup>:

a) Todas las medidas de seguridad tienen como base la idea general del Derecho, según la cual en la vida de la comunidad pueden tomar parte sin restricciones solamente aquellos que son capaces de atenerse a las normas de la vida en comunidad. Además, en determinados casos, considera WELZEL la posibilidad de acudir a otros puntos de vista justificantes, y así por ejemplo frente al inimputable, al semiimputable, y al toxicómano, el derecho-deber del Estado de ayudar y curar; frente a los menores el derecho-deber de educar, etc.<sup>1346</sup>.

b) Todas las medidas de seguridad encuentran su límite en el respeto a la personalidad individual, sobre la cual se estructura el Estado moderno. En este sentido se afirma que el hombre nunca debe ser utilizado como instrumento, ni aun para la finalidad del Estado, y por lo tanto, nunca debe ser considerado como una cosa, sino siempre como persona y propio fin (KANT)<sup>1347</sup>.

En opinión de MORILLAS, la posición de WELZEL se sitúa en un término medio, ya que este último postula que la justificación de las medidas se ha de buscar tanto en su utilidad como en una fundamentación ético-social. Para ello, parte WELZEL de

---

<sup>1343</sup> Vid. BERISTAIN, A., *Medidas penales...*, cit., p. 92.

<sup>1344</sup> Cfr. WELZEL, H., *Derecho penal. Parte General*, (trad. Fontán Balestra, C.). De Palma, Buenos Aires, 1956, p. 241.

<sup>1345</sup> Ibidem.

<sup>1346</sup> Ibidem.

<sup>1347</sup> Véase WELZEL, H., *Derecho penal...*, cit., p. 241, quien además afirma como consecuencia de lo anterior que “la muerte, cuando no está fijada como merecida por una culpabilidad moral (pena de muerte), nunca es admisible como mera reflexión de conveniencia y utilidad. Es inadmisibles la muerte de enfermos mentales o de delincuentes consuetudinarios peligrosos, solamente por razón de una seguridad conveniente”.

justificar la libertad exterior o social de todo individuo en la existencia de una libertad interior dirigida por una autodeterminación ética. Como conclusión, afirma que aquél que no es apto para dominar esa libertad interior, ya sea por la existencia de una patología mental, hábitos perniciosos, etc., tampoco puede exigir plena libertad social<sup>1348</sup>. Según MORILLAS, la combinación racional entre necesidad, utilidad y libertades individuales nos proporciona la auténtica justificación de las medidas de seguridad, debiendo asumirse que junto con la necesidad o utilidad de la medida se sitúan los derechos y libertades de los ciudadanos<sup>1349</sup>.

Por su parte, BARREIRO considera que el problema ético tiene gran relevancia en el ámbito de las medidas de seguridad, pues la aplicación de estas últimas afecta y plantea cuestiones tales como el respeto de la libertad personal del peligroso, o el deber del Estado de prevenir los delitos respetando la dignidad del individuo<sup>1350</sup>. Según este autor, afín a los postulados de WELZEL, mediante los principios de utilidad y finalidad de las medidas de seguridad no se logra justificar la intervención contra el individuo. El Estado nunca podrá justificar por meras razones de utilidad, la destrucción de componentes esenciales de la personalidad humana, en este sentido, la justificación ética de la medida de seguridad viene a representar una garantía política para el individuo<sup>1351</sup>.

También BERISTAIN distingue dos orientaciones distintas a la hora de justificar las medidas de seguridad, y así distingue este autor: a) de una parte, los que con base en consideraciones neoclásicas exigen una justificación ético-moral, aceptando únicamente las medidas dirigidas contra los que no pueden o no saben ejercer sus derechos conforme a su libertad interior y rechazando expresamente aquellas medidas que atenten contra la dignidad de las personas; y b) de otra parte, los autores que de una manera más cercana a las orientaciones positivistas abiertas por FERRI, LOMBROSO y GAROFALO, justifican las medidas en su necesidad o utilidad social, aceptándolas en aquéllos casos en los que la pena por sí sola no es suficiente para cumplir los fines de protección social que se le

---

<sup>1348</sup> Vid. MORILLAS CUEVA, L., *Teoría de las consecuencias...*, cit., p. 228; crítico con WELZEL se manifiesta JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª Ed. corregida. Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Marcial Pons editores, Madrid, 1997, p. 39, ya que en su opinión la solución de WELZEL no aporta nada para las medidas de seguridad que se imponen junto a la pena por un hecho enteramente culpable.

<sup>1349</sup> Cfr. MORILLAS CUEVA, L., *Teoría de las consecuencias...*, cit., p. 228.

<sup>1350</sup> Cfr. BARREIRO, A.J., *Las medidas de seguridad...*, cit., p. 83.

<sup>1351</sup> Véase BARREIRO, A.J., *Las medidas de seguridad...*, cit., pp. 84 y 85, y así por ejemplo aunque la castración libere a un ser humano de su instinto sexual excesivo y logre así curarle, significa un deterioro en la personalidad del Hombre.

asignan<sup>1352</sup>. Como conclusión, BERISTAIN afirma en primer término que la justificación última de las medidas se halla tanto en la necesidad para el individuo que precisa de la asistencia de la comunidad, como en la necesidad de la propia sociedad, que debe protegerse ante la amenaza de futuros delitos: de esta necesidad surge la utilidad y Justicia de las medidas. En segundo lugar, afirma este autor de forma categórica que la mera utilidad no justifica la imposición de medida alguna, pues de otro modo se convertiría al individuo en un instrumento en manos del Estado<sup>1353</sup>.

Finalmente, ROXIN considera que la justificación de las medidas se ha de buscar en la idea de la *ponderación de bienes* o del *interés público preponderante*, según la cual “puede privarse de libertad cuando su disfrute conduzca con una elevada probabilidad a menoscabos ajenos que globalmente pesan más que las restricciones que el causante del peligro debe soportar por la medida de seguridad<sup>1354</sup>”. Para ello, se coloca en un plato de la balanza el valor y la dignidad del hombre con todo su peso, y en el otro las necesidades de protección de la colectividad, y según sean más o menos apreciadas éstas por el orden jurídico, más estrecho o más amplio será el círculo de los peligros contra los cuales se aplican las medidas preventivas<sup>1355</sup>. Se debe precisar que según ROXIN, la función de la pena y de las medidas de seguridad no se diferencia en esencia, pues ambas están orientadas hacia finalidades preventivas. En consecuencia, ROXIN considera que la pena y la medida de seguridad no se diferencian en su finalidad, sino en sus limitaciones, pues “la medida de seguridad no está ligada en su gravedad y duración a la medida de la culpabilidad, sino sólo al principio de proporcionalidad, que admite injerencias más amplias que las permitidas por la pena”<sup>1356</sup>.

## VI. Fundamento

Para iniciar la búsqueda del fundamento de las medidas de seguridad, debemos aceptar como premisa que un sistema de Derecho penal basado en el principio de culpabilidad precisa ser completado por la segunda vía de las medidas de seguridad<sup>1357</sup>. Tal y

---

<sup>1352</sup> Cfr. BERISTAIN, A., *Medidas penales...*, cit., pp. 92 ss.

<sup>1353</sup> Vid. BERISTAIN, A., *Medidas penales...*, cit., pp. 94 y 95.

<sup>1354</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Trad. de la 2ª ed. alemana por Luzón Peña, D.M., Díaz y García-Conlledo, M., Vicente Remesal, J. Civitas, Madrid, 1997, p. 105, citando el autor de acuerdo con esta idea a NOWAKOWSKI, STRATENWERTH, o SCHMIDHÄUSER.

<sup>1355</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit., p. 105.

<sup>1356</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit., pp. 104 y 105.

<sup>1357</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit., p. 103.

como se dijo anteriormente, la pena queda limitada mediante la retribución del quebrantamiento del Derecho por parte de un autor que actúa culpablemente<sup>1358</sup>. Al estudiar la teoría de la pena, hemos tenido ocasión de observar que la única forma de justificar frente al autor la imposición de una pena es a través de la retribución por el delito cometido según la máxima *quia peccatum est*. De esta concepción de la pena se deduce que la culpabilidad no sólo desempeña un papel esencial de cara a la justificación de la pena, sino que, además, y esta conclusión es aceptada de forma mayoritaria por la doctrina, supone un límite para la actividad coercitiva del Estado. La culpabilidad funciona en este último sentido como una garantía para el ciudadano, permitiendo una correcta armonía entre la necesidad de protección de los intereses estatales y la esfera de libertad del individuo<sup>1359</sup>.

Concebida de esta forma, la pena cumple en la generalidad de los casos una función esencial de cara al mantenimiento de las condiciones fundamentales para la coexistencia del grupo social. Sin embargo, existen determinados supuestos en los que no es posible recurrir a la pena a causa precisamente de las limitaciones que le imponen sus propios principios legitimantes. Se trata de aquellos supuestos en los que la peligrosidad del delincuente supera la culpabilidad individual, en estos casos la pena debe ser completada con medidas de seguridad, cuya base no es la culpabilidad, sino la peligrosidad del autor<sup>1360</sup>. Según lo expuesto, las medidas de seguridad no son dictadas con el fin de una compensación retributiva por el hecho injusto, sino para la seguridad futura de la comunidad frente a las ulteriores violaciones del Derecho que puedan esperarse del autor del delito<sup>1361</sup>. En este caso, el hecho cometido sólo tiene valor de conocimiento y síntoma de la peligrosidad del autor, que deberá establecerse también por otros medios. Por esta razón, la clase y medida de las medidas de seguridad no se determina según la gravedad del hecho, sino de acuerdo con la peligrosidad del autor. Así, el nº 2 del artículo 6 del Código penal, dispone que “las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor”.

Ya hemos visto que en determinados casos, la peligrosidad del autor puede ser tan elevada para la colectividad y la culpabilidad tan leve, que la pena ajustada a ésta última no

---

<sup>1358</sup> Vid. WELZEL, H., *Derecho penal...*, cit., p. 240.

<sup>1359</sup> Vid. BOLDOVA/GRACIA/ALASTUEY, *Las consecuencias...*, cit., p. 358.

<sup>1360</sup> Cfr. WELZEL, H., *Derecho penal...*, cit., p. 240.

<sup>1361</sup> *Ibidem*.

sea suficiente para proteger adecuadamente al grupo social. Ello sucede generalmente en el caso de delitos cometidos por deficientes o enfermos mentales, por alcohólicos o toxicómanos, por menores de edad pena, y por delincuentes habituales o reincidentes peligrosos<sup>1362</sup>. En estos casos, es posible acudir a medidas de seguridad que complementen a la pena, esto es, que se apliquen junto con la pena (p.ej: en el caso de los habituales o reincidentes peligrosos); que sustituyan o reemplacen a la pena (p.ej.: en el caso de inimputables peligrosos); o que se impongan al autor culpable en lugar de la pena (p.ej: en el caso de aplicación del principio vicarial contenido en el art. 99 CP)<sup>1363</sup>. En cualquier caso, es preciso considerar que también las medidas de seguridad implican una intervención estatal muy incisiva. Por esta última razón, la medida de seguridad ha de hallar su propio fundamento fuera de la culpabilidad, y en este contexto es posible afirmar que el fundamento real de las medidas de seguridad se halla en la peligrosidad criminal del individuo. En este sentido, el n° 1 del art. 6 del Código penal dispone que “las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito”.

## VII. El concepto de peligrosidad

El origen histórico del concepto de peligrosidad en el ámbito de cultura europeo ha de buscarse ya en el Derecho Romano, si bien el término peligrosidad fue utilizado por primera vez por los penalistas hace escasos siglos<sup>1364</sup>. Tomando en consideración la significación del término desde un punto de vista jurídico-penal, y con todas las cautelas que deben adoptarse a la hora de intentar acotar brevemente el contenido de un término

---

<sup>1362</sup> La medida de seguridad tiende a neutralizar la peligrosidad del autor que no es posible eliminar mediante la pena. Así, por ejemplo, frente al enajenado que comete un delito grave y que además presenta un pronóstico favorable a la nueva comisión de hechos semejantes, no sería posible reaccionar con una pena grave dada su reducida culpabilidad, si bien la necesidad de protección de la generalidad aconsejaría su internamiento en un hospital psiquiátrico; algo semejante sucede con los alcohólicos o toxicómanos que actúan con una culpabilidad disminuída; en el caso de los reincidentes o habituales plenamente imputables, también resulta en ocasiones aconsejable la aplicación de una medida de custodia que sobrepase el límite que establece el principio de culpabilidad, siempre y cuando éstos amenacen con causar ulteriores daños graves; en este sentido ROXIN, C., *Derecho Penal...* cit., p. 104; en la misma dirección BOLDOVA/GRACIA/ALASTUEY, *Las consecuencias...*, cit., p. 359.

<sup>1363</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal...*, pp. 40 a 42; en el mismo sentido BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 25.

<sup>1364</sup> Sobre el origen histórico y la evolución del término peligrosidad *vid.* ROMEO CASABONA, C.M., *Peligrosidad...*, cit., pp. 15 ss.

jurídico de contenido complejo, podemos definir ampliamente la peligrosidad<sup>1365</sup> siguiendo a ROMEO CASABONA, como “aquella cualidad de una persona -llamada peligrosa- en la cual se aprecia la probabilidad más o menos próxima de que pueda realizar una acción socialmente dañosa, constitutiva o no de delito<sup>1366</sup>”. Dentro de este concepto amplio, cabe distinguir dos tipos de peligrosidad según su diferente naturaleza<sup>1367</sup>: a) de una parte, existe consenso en admitir que si la acción socialmente dañosa de probable comisión no es constitutiva de delito, entonces nos hallamos ante la denominada *peligrosidad social*; y b) de otra parte, si la acción esperada fuera constitutiva de delito, nos encontraríamos ante un supuesto de *peligrosidad criminal*. El vigente Código Penal de 1995, con acierto, únicamente contempla la posibilidad de reaccionar frente a la peligrosidad criminal<sup>1368</sup>. Resulta importante precisar que la relación entre la denominada peligrosidad social y la peligrosidad criminal es de género a especie, pues toda peligrosidad criminal (especie) constituye peligrosidad social (género), aunque no a la inversa.

Por otra parte y desde un punto de vista independiente de su naturaleza, atendiendo únicamente a su presupuesto, se distinguen dos tipos fundamentales de peligrosidad<sup>1369</sup>: a) de un lado, la denominada *peligrosidad predelictual*, que es aquella que no requiere para ser declarada la previa comisión de un delito; y b) de otro lado, la denominada *peligrosidad postdelictual*, cuya declaración precisa la previa comisión de una infracción criminal

---

<sup>1365</sup> Esta y otras definiciones del término *peligrosidad* ofrecidas por la doctrina, en ROMEO CASABONA, C.M., *Peligrosidad...*, cit., p. 14.

<sup>1366</sup> En opinión de ROMEO CASABONA, C.M., *Peligrosidad...*, cit., p. 21 a 26, la peligrosidad consiste en la previsión de que probablemente una persona cometerá delitos en un futuro más o menos próximo. Se trata de una cualidad personal, una característica que define la personalidad del sujeto y que es susceptible de variación en el tiempo. Asimismo define el “estado peligroso” como la situación de la persona en la que se ha probado la existencia de una peligrosidad y lo distingue de los “tipos de estado peligroso”, que concibe como modelos criminológicos previos que pueden generar una apreciación de peligrosidad en el sujeto; por el contrario, PETROCELLI, B. *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*. Padova, 1940, p. 47, no concibe la peligrosidad como una cualidad personal, sino que la define como un complejo de condiciones, subjetivas y objetivas, bajo cuya acción es probable que un individuo cometa un hecho socialmente dañoso, lo que según ROMEO CASABONA supone confundir las causas de la peligrosidad con la propia cualidad de la persona; sobre el concepto de PETROCELLI véase MORILLAS CUEVA, L. *Teoría de las consecuencias...*, cit., pp. 226; así como ROMEO CASABONA, C.M., *Peligrosidad...*, cit., p. 25; definiendo la peligrosidad como una cualidad de la persona BOLDOVA/GRACIA/ALASTUEY, *Las consecuencias...*, cit., p. 384.

<sup>1367</sup> Cfr. ROMEO CASABONA, C.M., *Peligrosidad...*, cit., pp. 44 y 45. Se trata de una acotación de los conceptos de peligrosidad social/criminal puramente convencional y generalmente aceptada por la doctrina, si bien existen autores que conciben ambos conceptos de forma diferente; el mismo autor ofrece otras formas de clasificar la peligrosidad tales como próxima/remota; grave/leve; genérica/específica; etc. (pp. 51 ss.).

<sup>1368</sup> Y así se deduce del art. 6.1 y 95.1.1ª; no así en el pasado, ya que tanto la *Ley de Vagos y Maleantes* como la de *Peligrosidad y Rehabilitación Social* confundían la peligrosidad social y criminal.

<sup>1369</sup> Cfr. ROMEO CASABONA, C.M., *Peligrosidad...*, cit., p. 44.

cualquiera que fuere la gravedad de ésta, bastando con que constituya un hecho típico y antijurídico, pues no es necesario que, además, sea culpable<sup>1370</sup> (p.ej.: en el caso de los inimputables)<sup>1371</sup>. De forma acertada, en el vigente Código Penal sólo se contempla la posibilidad de aplicar medidas de seguridad en los supuestos de peligrosidad postdelictual, si bien resulta importante precisar que en el vigente Código penal la previa comisión de una infracción criminal no implica necesariamente la peligrosidad del autor<sup>1372</sup>. Y ello porque a pesar de que el delito previamente cometido opera como un presupuesto necesario para la imposición de la medida según la regla 1ª del artículo 95.1 del Código penal, ésta se fundamenta en último término en un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos. Para la realización de este pronóstico, que constituye el juicio de peligrosidad, además del delito cometido –que opera como un factor de especial relevancia–, habrán de considerarse otros factores. Sólo en este sentido puede interpretarse la regla 2ª del artículo 95.1 del Código penal, cuando dispone como un requisito esencial para la aplicación de las medidas de seguridad por parte de los Tribunales “que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos”.

En el caso de la peligrosidad postdelictual, la exigencia de la previa comisión de un injusto penal funciona como garantía para el individuo, que no se verá así sometido a la intervención penal si no ha realizado previamente al menos una acción típica y antijurídica, quedando así limitada la intervención del Estado y controlados los excesos a los que pudiera conducir un entendimiento exagerado de las necesidades preventivas. Recordemos que el Derecho penal vigente en España se interesa únicamente por la peligrosidad criminal postdelictual, tal y como se deduce del tenor literal de los artículos 6.1 y 95.1 del Código Penal<sup>1373</sup>. Además, resulta importante precisar que el hecho de que la peligrosidad se oriente hacia el futuro, impone para su constatación la necesidad de realizar un juicio naturalístico (no ético, moral o de valor), esto es, un cálculo de probabilidad que se concreta a

---

<sup>1370</sup> La vigente L.O. 10 / 1995, de 23 de noviembre, del Código Penal exige en sus arts. 6.1 y 95.1.1ª como presupuesto necesario -aunque no suficiente- para la aplicación de una medida de seguridad, la previa comisión de un hecho previsto como delito, por lo que quedan excluidas las faltas.

<sup>1371</sup> Cfr. ROMEO CASABONA, C.M., *Peligrosidad...*, cit., p. 44; en el mismo sentido MORILLAS CUEVA, L., *Teoría de las consecuencias...*, cit., p. 226.

<sup>1372</sup> La previa comisión de un delito viene exigida por los arts. 6.1 y 95.1.1ª del CP 1995. Sin embargo esto no ha sido una constante histórica, pues tanto la *Ley de Vagos y Maleantes* como la de *Peligrosidad y Rehabilitación Social* contemplaban medidas predelictuales.

<sup>1373</sup> Así, el art. 6.1 CP dispone que “las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito”; en el mismo sentido la circunstancia 1ª del art. 95.1. CP.

continuación en un pronóstico de comportamiento futuro<sup>1374</sup>. En ello se diferencia esencialmente la peligrosidad de la culpabilidad, pues esta última implica un diagnóstico con proyección hacia el pasado, basado en un reproche que constituye un juicio ético-jurídico de valor<sup>1375</sup>.

A pesar de las diferencias conceptuales existentes entre la culpabilidad y la peligrosidad, es necesario precisar que ambos conceptos pueden coexistir, tal y como sucede en el caso del autor culpable de un delito que, además, sea peligroso. Por esta razón, conceptualmente nada impide que al autor culpable de un delito se le imponga una pena y, además, si se aprecia que el autor es peligroso se le imponga una medida de seguridad<sup>1376</sup>. Este sería por ejemplo el caso del autor plenamente capaz de culpabilidad y además reincidente y peligroso, en el que la pena vendría justificada por la culpabilidad y la medida de seguridad por la peligrosidad, siempre y cuando la tendencia a delinquir demostrada por el autor en el pasado pueda fundamentar un juicio pronóstico de peligrosidad.

Ya hemos visto con anterioridad que en el caso de los autores imputables o plenamente capaces de culpabilidad, la medida de la pena vendrá determinada en función de la culpabilidad por el hecho cometido. Sin embargo, ello no impide que, además, puedan presentarse en el autor culpable ciertas características que evidencien su peligrosidad criminal y operen como fundamento para la imposición de una medida de seguridad. En este contexto, es preciso aclarar que no todo autor de un delito es siempre y necesariamente un sujeto peligroso, y así por ejemplo es posible imaginar a un autor ocasional que a pesar del delito cometido no presente graves riesgos para la sociedad y frente al cual resulte suficiente la imposición de una pena adaptada a la medida de su culpabilidad. Por esta razón, es posible afirmar que el delito es un síntoma de peligrosidad, pero no siempre el único ni el definitivo. Es importante retener, por tanto, que al igual que existen delincuentes peligrosos, existen también delincuentes no peligrosos<sup>1377</sup>. Frente al delincuente ocasional, se hallan otros tipos de delincuentes que sí pueden plantear problemas

---

<sup>1374</sup> Cfr. ROMEO CASABONA, C.M., *Peligrosidad...*, cit., pp. 30 ss., para quien el juicio de peligrosidad se desenvuelve en dos momentos: a.) la comprobación de la cualidad sintomática de peligroso (diagnóstico de peligrosidad) y b.) la comprobación de la relación entre dicha cualidad y el futuro criminal del sujeto (prógnosis criminal); sobre el contenido específico de ambos momentos: diagnóstico y pronóstico *vid.* BOLDOVA/GRACIA/ALASTUEY, *Las consecuencias...*, cit., p. 385.

<sup>1375</sup> Sobre la diferencia entre culpabilidad-peligrosidad véase ROMEO CASABONA, C.M., *Peligrosidad...*, cit., pp. 20 ss.

<sup>1376</sup> Cfr. ROMEO CASABONA, C.M., *Peligrosidad...*, cit., pp. 22 y 23.

<sup>1377</sup> En este sentido ROMEO CASABONA, C.M., *Peligrosidad...*, cit., pp. 65 y 66.



de peligrosidad, y ante los cuales la pena se revela como una reacción insuficiente haciendo preciso completar ésta con el recurso a las medidas de seguridad. Dentro de este último grupo, podemos incluir a los delincuentes habituales peligrosos de criminalidad grave o leve; a los delincuentes profesionales peligrosos de criminalidad grave o leve; y a los delincuentes imprudentes peligrosos<sup>1378</sup>.

El *hábito criminal* puede definirse como la costumbre adquirida por la repetición de actos delictivos, y la facilidad para realizarlos como consecuencia de la práctica en este ejercicio<sup>1379</sup>. El delito constituye en este contexto un *hábito* arraigado en la personalidad del sujeto<sup>1380</sup>. El párrafo 66 del StGB alemán, previene para los delincuentes habituales peligrosos, además de la pena, el internamiento en custodia de seguridad. Por otra parte, la *profesionalidad* representa una forma más específica de habitualidad, ya que además del hábito o inclinación al delito se hace del mismo un modo de vida, “un oficio que se ejerce previo aprendizaje”<sup>1381</sup>. Finalmente, existe un grupo formado por los autores de delitos imprudentes que además presentan un pronóstico de peligrosidad futura. En estos casos, es posible neutralizar el peligro a través de la misma pena principal, que puede privar del derecho a realizar determinadas actividades peligrosas (art. 142.2 CP); a través de penas accesorias (art. 56 CP); o a través de una medida de seguridad que complemente a la pena (p. ej.: párrafos 69 y 70 del StGB alemán). En nuestra opinión la reacción preferible es la citada en último lugar, esto es, la imposición de una medida que complemente a la pena.

Sin embargo, el Código penal español no contempla la posibilidad de imponer junto con la pena una medida de seguridad a los reincidentes culpables y peligrosos, ni a los autores habituales o profesionales de delitos dolosos, ni siquiera a los autores habituales de delitos imprudentes que sean plenamente imputables y además presenten un pronóstico de peligrosidad criminal. No existe una explicación lógica para esta falta de previsión legislativa, pues es posible constatar que el legislador contempla en el caso de los autores imprudentes ciertas penas que tienen el mismo contenido que algunas de las medidas de

---

<sup>1378</sup> Cfr. ROMEO CASABONA, C.M., *Peligrosidad...*, cit., pp. 66 ss; un problema distinto plantean los delincuentes por tendencia o disposición, ya que presentan una predisposición natural que les lleva a cometer delitos normalmente conectada con anomalías psíquicas que los convierten normalmente en inimputables o en semiimputables (pp. 67 y 68); en este sentido también JIMENEZ DE ASUA, L., *La Ley y el delito...*, cit., p. 543.

<sup>1379</sup> Cfr. JIMENEZ DE ASUA, L., *La Ley y el delito...*, cit., p. 541 y 542.

<sup>1380</sup> Cfr. ROMEO CASABONA, C.M., *Peligrosidad...*, cit., p. 67.

<sup>1381</sup> Cfr. JIMENEZ DE ASUA, L., *La Ley y el delito...*, cit., p. 542; en el mismo sentido ROMEO CASABONA, C.M., *Peligrosidad...*, cit., p. 67.

seguridad. Así por ejemplo, el art. 142.2 del CP previene como pena para el autor de homicidio imprudente cometido mediante vehículo o arma de fuego, unas consecuencias jurídicas idénticas a la previstas en los n° 2° y 3° del artículo 96.3, o en el n° 2 del artículo 105 CP, si bien en las últimas normas citadas tales consecuencias no tienen la naturaleza jurídica de la pena sino de la medida de seguridad.

En nuestra opinión, sería conveniente modificar el régimen legal previsto en el vigente Código penal para los autores peligrosos y plenamente imputables, no sólo porque la medida de seguridad impuesta además de la pena se revele como un medio más adecuado que la pena para eliminar el peligro, sino porque tal y como está configurado actualmente el tratamiento legal de algunos de estos supuestos (p.ej.: el caso de los autores peligrosos de delitos imprudentes), es posible afirmar que se están imponiendo junto con las penas, verdaderas medidas de seguridad para las que no se exigen las garantías previstas en los arts. 6 y 95 del CP, toda vez que para retirar el carnet de conducir o para retirar el permiso de armas basta con constatar la culpabilidad del autor, sin que sea necesario, además, realizar un juicio pronóstico de peligrosidad. Por esta razón, debemos criticar especialmente el sistema de reacción frente al autor imprudente peligroso en el vigente Código penal. En su lugar, se propone para estos supuestos una regulación semejante a la contenida en el párrafo 70 del StGB alemán, que dispone la posibilidad de prohibir el ejercicio de una profesión u oficio cuando de su abuso se han derivado consecuencias ilícitas, si “la ponderación conjunta del autor y del hecho permite constatar el peligro de que cometerá importantes hechos ilegales del tipo indicado”.

### **VIII. Función y límite de las medidas de seguridad**

En opinión de JAKOBS, todas las medidas de seguridad están vinculadas en la práctica con un mal que el autor ha de soportar, por ello también las medidas de seguridad ejercen un efecto secundario preventivo general, al reafirmar la vigencia de la norma<sup>1382</sup>. Para explicar mejor la cuestión relativa a la función de las medidas de seguridad, JAKOBS distingue los siguientes supuestos<sup>1383</sup>:

- a) Medidas *complementarias* de la pena, es decir, aquellas que se aplican junto a la pena a los semiimputables peligrosos (p.ej.: internamiento en hospital psiquiátrico

---

<sup>1382</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit., p. 40.

<sup>1383</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit., pp. 40 a 42.

del parágrafo 63 StGB), o a los imputables peligrosos (p.ej.: la custodia de aseguramiento del parágrafo 66 StGB para los reincidentes peligrosos<sup>1384</sup>). En opinión de JAKOBS, la garantía normativa sólo actúa como una garantía útil si se combate la infracción también en serio cognoscitivamente, pues como nadie puede vivir sólo de que el Derecho le asista, no se puede organizar útilmente la vida sólo con la certeza de que en caso de necesidad se realizará una garantía normativa. A partir de este hallazgo, son necesarias las medidas de seguridad complementarias de la pena. La función de estas medidas de seguridad reside en respaldar cognoscitivamente las expectativas elementales que el Derecho penal estabiliza, al tiempo que se mantiene la validez o autoridad de la norma. La medida de seguridad que acompaña a la pena, sirve al mantenimiento de la validez o autoridad de la norma apoyando el efecto de la pena mediante el respaldo cognoscitivo de la norma, al margen del efecto secundario de tipo preventivo general que se deriva del carácter de padecimiento propio de la medida de seguridad. Por ello y a causa de su mera *función auxiliar*, la medida de seguridad complementaria de la pena debe limitarse al *quantum* necesario para apoyar el efecto de la pena, por esta razón JAKOBS considera que en estos casos la medida no se levantará cuando se ha eliminado el peligro de hechos posteriores, sino sólo cuando la autoridad de la norma ha dejado de estar en duda porque se ha acometido un intento de mejora serio y no ostensiblemente sin éxito<sup>1385</sup>.

b) Medidas *sustitutivas* de la pena, es decir, aquellas que se imponen por el comportamiento inculpable del autor (p. ej.: en el caso de autores inimputables

---

<sup>1384</sup> Véase el parágrafo 66 del StGB: “Internamiento en un establecimiento de seguridad. I. Cuando alguien sea condenado por un delito premeditado a pena privativa de libertad temporal de, al menos, dos años, el Tribunal dispondrá junto a la pena el internamiento en un establecimiento de seguridad cuando: 1. el autor, por delitos premeditados que ha cometido antes del nuevo hecho, ya haya sido condenado en dos ocasiones a penas privativas de libertad de, al menos, cada una, un año; 2. él, por una o varias de estas acciones anteriores a la nueva, haya cumplido pena privativa de libertad por un tiempo de al menos dos años o haya cumplido una medida de seguridad privativa de libertad y; 3. resulte de la apreciación conjunta del autor y de sus hechos que él sea un peligro para la sociedad, como consecuencia de una tendencia a cometer actos delictivos de importancia, en particular aquellos con los cuales se hiera gravemente psicológica o corporalmente a la víctima o que produzcan graves daños económicos”.

<sup>1385</sup> Véase JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit., pp. 40 y 41, entre las medidas complementarias además se incluye el internamiento en hospital psiquiátrico o en institución educativa de los semiimputables, etc.; según BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 25, las medidas complementadoras, en especial las que se aplican a los reincidentes tienen también una función vinculada con el mantenimiento de la validez de la norma; la medida tiene una función auxiliar similar a la de la pena.

peligrosos<sup>1386</sup>). Estas medidas no tienen una *función auxiliar* de la pena, sino que constituyen una forma de solución propia. En este caso, el conflicto se combate sólo cognoscitivamente y no normativamente, por ello la meta de estas medidas no es, a diferencia de las medidas complementarias de la pena, la validez o autoridad de la norma, sino tan sólo la eliminación del peligro<sup>1387</sup>. En opinión de BACIGALUPO, en estos casos no existe conexión entre la medida de seguridad y la validez de la norma, ya que la medida asume una función independiente de la pena dando una solución propia al conflicto<sup>1388</sup>.

c) Medidas impuestas *en lugar* de una pena, es decir, aquellas que se imponen o se ejecutan frente al autor culpable en lugar de la pena (p.ej.: supuestos de aplicación del párrafo 67. IV y V del StGB)<sup>1389</sup>. En este caso, la medida tiene en común con las medidas complementadoras de la pena, que representa una reacción ante una infracción normativa imputable; y con las medidas sustitutivas de la pena que la solución al conflicto se busca exclusivamente en el ámbito cognoscitivo. Se trata de fortalecer la validez o autoridad de la norma sólo mediante la eliminación del peligro<sup>1390</sup>. Según BACIGALUPO, mediante estas medidas se procura asegurar la validez de la norma actuando sobre la tendencia lesiva del autor<sup>1391</sup>.

Por otra parte, JAKOBS considera que la función asignada a la medida de seguridad habrá de determinar la consecución de sus fines. Y así, en la medida *complementaria* se trata tan sólo de crear la seguridad cognoscitiva necesaria para el apoyo de una garantía normativa. Por el contrario, en las medidas que *sustituyen* a la pena o que se imponen *en lugar* de ésta, ha de solucionarse el conflicto exclusivamente desde el punto de vista cognoscitivo, y por esta razón “la comprobación de si el peligro está eliminado debe efectuarse por ello en éstas según un baremo más estricto”<sup>1392</sup>.

---

<sup>1386</sup> Artículo 20.1º del CP español.

<sup>1387</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit., p. 41.

<sup>1388</sup> Véase BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 25, para quien las tesis de JAKOBS demuestran hasta qué punto una separación total de penas y medidas acaso sólo sea posible en el supuesto de medidas de seguridad que reemplazan o sustituyen a una pena.

<sup>1389</sup> Supuestos de aplicación del sistema vicarial contenido en el art. 99 del CP español; sobre ello *vid.* BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 25.

<sup>1390</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit., p. 42.

<sup>1391</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 25.

<sup>1392</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit., p. 42.

En la doctrina española contemporánea, a diferencia de la diversidad de posturas existentes en torno a la cuestión relativa a la función de la pena, existe prácticamente unanimidad en cuanto a la función que se asigna a las medidas de seguridad, y así se admite generalmente que a “éstas corresponde la prevención del delito frente a un sujeto peligroso: prevención especial”<sup>1393</sup>. En palabras de ROMEO CASABONA, la medida de seguridad va dirigida al delincuente, al individuo “en conformidad con su exclusiva finalidad de prevención especial, unánimemente reconocida por la doctrina científica”<sup>1394</sup>. Según GRACIA MARTIN, las medidas de seguridad se orientan a un fin global de prevención especial, que puede alcanzarse mediante la advertencia individual, mediante la corrección y mediante la inocuización del sometido a ellas. Según este autor, el programa de prevención especial debe planificarse en cada caso concreto de acuerdo con las características del sujeto y de los delitos que se quieren prevenir. Por otra parte, nada impide que una misma medida opere en dos direcciones al mismo tiempo, y así, por ejemplo la medida de internamiento en centro educativo especial (art. 96.2.3 CP) sirve tanto para la corrección del sujeto a través de un tratamiento pedagógico, como para el aseguramiento de la sociedad<sup>1395</sup>.

Sobre este particular, nos mostramos de acuerdo con BERISTAIN cuando afirma que dada la complejidad de las modernas ciencias que estudian el comportamiento humano, tan necesarias para diagnosticar el estado peligroso y para señalar el tratamiento adecuado, el asesoramiento de un equipo de especialistas no es sólo necesario únicamente a la hora de individualizar y ejecutar las penas, sino también cuando se trata de adoptar una decisión en materia de medidas de seguridad<sup>1396</sup>. En este sentido, debemos recordar que el propio artículo 95.1 del Código penal dispone que “las medidas de seguridad se aplicarán por el Juez o Tribunal, previos los informes que estime convenientes”. En nuestra opinión, tal posibilidad de petición de informes debería haber sido también prevista para el caso de las penas, si bien en el ámbito de las medidas resulta esencial. Para orientarse sobre el contenido y concreta configuración de tales informes, podría tomarse como punto de

---

<sup>1393</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, cit., p. 62; en el mismo sentido se manifiesta MORILLAS CUEVA, L., *Teoría de las consecuencias...*, cit., pp. 228 y 229, quien hace una reflexión sobre los dos problemas fundamentales que derivan del fin preventivo-especial: a) el que plantea el necesario equilibrio entre las medidas político criminales de prevención y las libertades individuales; y b) el que plantea el contenido “resocializador” de la medida.

<sup>1394</sup> Cfr. ROMEO CASABONA, C.M., *Peligrosidad...*, cit., p. 77; también les asigna una finalidad preventiva BARREIRO, A.J., *Las medidas...*, cit., p. 87; en el mismo sentido QUINTERO/MORALES/PRATS, *Manual de Derecho penal...*, cit., p. 674; asimismo BOLDOVA/GRACIA/ALASTUEY, *Las consecuencias jurídicas del delito...*, cit., p. 360.

<sup>1395</sup> Cfr. BOLDOVA/GRACIA/ALASTUEY, *Las consecuencias jurídicas del delito...*, cit., p. 360.

<sup>1396</sup> Cfr. BERISTAIN, A., *Medidas penales...*, cit., p. 55.

partida, con las necesarias matizaciones, lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor, en lo referente al denominado “Informe del equipo técnico”. En cualquier caso, nos mostramos partidarios de la propuesta de BERISTAIN, quien considera interesante de cara al futuro la división del proceso penal en dos fases, especialmente cuando se impongan medidas de seguridad<sup>1397</sup>.

Asímismo, algunos autores asignan a la medida una función preventivo-general, pues algunas medidas de seguridad aplicables a los autores semiimputables (art. 104 CP), como por ejemplo la privación del derecho a la conducción de vehículos por un tiempo de hasta diez años (art. 105.2.b del CP), tienen un mayor efecto intimidatorio sobre la comunidad y sobre los autores potenciales que la pena prevista para los delitos de tráfico (arts. 379 ss.)<sup>1398</sup>. En este sentido, afirma JAKOBS que las medidas de seguridad ejercen un efecto secundario de tipo preventivo general, reafirmando la norma<sup>1399</sup>.

En cuanto al límite de las medidas de seguridad, se admite de forma general que éste se halla en el principio de proporcionalidad, que fluye de la idea del Estado de Derecho y tiene rango constitucional (arts. 10.1, 15 y 17.1 CE), así como en la prohibición del exceso que deriva de este principio<sup>1400</sup>. En consonancia con lo anterior, el art. 6 del CP dispone que la medida no ha de exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor y en ningún caso puede resultar más gravosa o de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido. Según ROMEO CASABONA, el principio de proporcionalidad constituye un límite para las medidas de seguridad<sup>1401</sup>. Por su parte, JAKOBS considera que también en la evaluación de la proporcionalidad surgen distintos factores a ponderar según la clase de medida. De este modo, mientras que en la medida *complementaria* de la pena y también en la medida impuesta *en lugar* de una pena se trata

---

<sup>1397</sup> Véase BERISTAIN, A., *Medidas penales...*, cit., p. 55, quien se refiere a las fases del derecho anglosajón conocidas como *conviction* y *sentencing*; según este mismo autor, presenta otro planteamiento BARBERO SANTOS, M., *La división en dos fases del proceso penal*, en *Anuario de Derecho penal*, 1969, pp. 269 ss.

<sup>1398</sup> De esta opinión es ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit., p. 104; asignando a la medida un fin exclusivamente preventivo-especial MORILLAS CUEVA, L., *Teoría de las consecuencias...*, cit., pp. 228 y 229.

<sup>1399</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit., p. 40, con más detalle en pp. 29 y 30.

<sup>1400</sup> Cfr. MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 383; sobre la proporcionalidad en las medidas BOLDOVA/GRACIA/ALASTUEY, *Las consecuencias jurídicas del delito...*, cit., pp. 386 ss.

<sup>1401</sup> Cfr. ROMEO CASABONA, C.M., *Peligrosidad...*, cit., p. 78.

principalmente del mantenimiento de la confianza de la generalidad en la norma<sup>1402</sup>, en la medida sustitutiva de la pena la meta no es la validez de la norma sino la eliminación del peligro<sup>1403</sup>. Según esto, los intereses del autor han de evaluarse tanto menos cuanto más se es responsable del peligro<sup>1404</sup>.

## IX. Distinción entre penas y medidas

La distinción entre penas y medidas de seguridad no presenta problema alguno para los partidarios de las teorías absolutas, que asignan a la pena una función de compensación de la culpabilidad, pues expresan una marcada forma de doble vía al distinguir pena y medida no sólo en cuanto a su fin, sino además, en cuanto a sus límites. Así, para los partidarios de las teorías absolutas, la pena mira retrospectivamente hacia el hecho cometido y se orienta hacia la culpabilidad, mientras que la medida mira hacia el futuro y sólo atiende a la peligrosidad<sup>1405</sup>. Por el contrario, si tal y como hacen actualmente algunos autores se le asigna a la pena una función de exclusiva protección de la sociedad, esto es, de prevención, la delimitación entre penas y medidas deviene complicada<sup>1406</sup>.

Entre las semejanzas existentes entre las penas y las medidas de seguridad, además de su naturaleza penal, cabe señalar que ambos tipos de reacción implican la privación de bienes jurídicos y que en ambos casos la reacción se orienta hacia el mantenimiento de la convivencia social. Por otra parte y entre las diferencias, señala MORILLAS que mientras que el fundamento y límite de la pena se hallan, respectivamente, en la culpabilidad y en la necesidad, el fundamento de la medida es la peligrosidad, cuya prógnosis incluye la necesidad, y, en principio, prescinde de límite. Otra diferencia parcial la encuentra el mencionado autor en sus fines, pues mientras a la pena se le asigna la prevención general y especial, la medida tiene un fin esencialmente preventivo-especial<sup>1407</sup>. Dadas las semejanzas existentes entre pena y medida, algunos autores vislumbran la posibilidad de unificar la finalidad político-criminal de penas y medidas, si bien según MORILLAS y a pesar de la evidente interrelación existente de ambos conceptos, no es posible ni conveniente unificarlos. En cualquier caso, es importante destacar que ante la fungibilidad existente

---

<sup>1402</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit., p. 42.

<sup>1403</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 25.

<sup>1404</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit., p. 42.

<sup>1405</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit., p. 106.

<sup>1406</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, cit., p. 62.

<sup>1407</sup> Cfr. MORILLAS CUEVA, L., *Teoría de las consecuencias...*, cit., pp. 229.

entre penas y medidas, se ha propuesto la posibilidad de dar un paso adelante hacia un sistema de *única vía* en el que se renuncie definitivamente a la pena, y en esta dirección se han orientado las reformas llevadas a cabo en Suecia, Inglaterra, Bélgica o Grecia<sup>1408</sup>.

Sin embargo, en opinión de ROXIN ello no es deseable político-socialmente, toda vez que tal y como está configurado actualmente el sistema de Derecho penal en la República Federal (de modo muy semejante al español en lo atinente a las medidas de seguridad), la pena limitada por la culpabilidad supone una intervención menor en la libertad del ciudadano, quedando el interés preventivo del legislador sometido al marco trazado por la culpabilidad por el hecho<sup>1409</sup>. Sólomente en casos excepcionales de especial puesta en peligro de la comunidad, es posible traspasar ese límite mediante la imposición de una medida de seguridad. Pero si mediante la desaparición de la pena, se elevara esta excepción a la categoría de Ley de validez general, se estaría renunciando al límite que para la intervención punitiva del Estado supone el principio de culpabilidad. En opinión de ROXIN, la pena y la medida de seguridad no se diferencian en cuanto a sus fines, que son en ambos casos de índole preventiva, sino en sus limitaciones, y así afirma que “la medida de seguridad no está ligada en su gravedad y duración a la medida de la culpabilidad, sino sólo al principio de proporcionalidad, que admite injerencias más amplias que las permitidas por la pena<sup>1410</sup>”. Por esta razón, considera este autor que tanto la pena como la medida están establecidas en cuanto a su finalidad en una única vía, si bien transcurren por dos vías distintas en cuanto a su delimitación, por lo que propone en consecuencia un sistema de sanciones que se encuentra entre la doble y la única vía<sup>1411</sup>.

Se debe precisar que ROXIN no considera posible distinguir como lo hacen BOCKELMANN/VOLK entre la pena y la medida en base al reproche ético social que la primera supone y que estaría ausente en la segunda, toda vez que tanto la medida como la pena expresan de idéntica forma, sino un juicio de reproche, un juicio de desaprobación social<sup>1412</sup>. Otro argumento esgrimido por ROXIN en defensa de su tesis de la *única vía* en los fines de penas y medidas es la vigencia del llamado *sistema vicarial*<sup>1413</sup> (art.99 CP), según el cual en el caso de concurrencia de penas y medidas privativas de libertad, se habrá de

---

<sup>1408</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit., p. 107.

<sup>1409</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit., p. 105.

<sup>1410</sup> Ibidem.

<sup>1411</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit., p. 106.

<sup>1412</sup> Ibidem.

<sup>1413</sup> Lat. *Vicarius* = el que sustituye, el que hace las veces.



cumplir primero la medida que se abonará para el de la pena, pudiendo el Juez una vez cumplida la medida suspender el cumplimiento de la pena si con su ejecución se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de la medida. Esta intercambiabilidad entre pena y medida viene orientada sólo en una dimensión preventiva, y en opinión de ROXIN demuestra que el legislador considera que el fin de la pena y el de la medida es la prevención, sometiendo la aplicación de la pena a la eficacia preventiva de la medida<sup>1414</sup>.

## **X. Relación entre la pena y la medida de seguridad**

El denominado sistema dualista aparece en el seno de la discusión existente entre la Escuela Clásica y la Escuela Positiva sobre la asignación a la pena de una finalidad de retribución o defensa. Desde este punto de vista, la pena y la medida se separan conceptualmente con nitidez, basándose la primera en la culpabilidad y la segunda en la peligrosidad<sup>1415</sup>. Entre las características del sistema dualista, cabe señalar<sup>1416</sup>:

- a) Concepción retributiva de la pena fundamentada en la culpabilidad del sujeto y proporcionada en su duración a ésta, que exige como condición necesaria la imputabilidad del sujeto. Frente a ello se alza la naturaleza preventiva de la medida, basada en la peligrosidad del autor y de duración indeterminada, que se impone a sujetos peligrosos sean o no imputables.
- b) La pena está orientada a la retribución y la medida guiada por la prevención, no siendo susceptibles de unificación ambos conceptos.
- c) Tanto la pena como la medida se aplican cumulativamente, siendo preferente la ejecución de la pena. Esta prioridad ejecutiva se basa en la esencia retributiva de la pena, de la que deriva la necesidad prioritaria de satisfacer las exigencias de Justicia y de expresar el sentimiento público de reproche, ello con preferencia a las necesidades de prevención.

---

<sup>1414</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit., p. 107, si bien el parágrafo 67 II del StGB permite también que pueda cumplirse la pena antes que la medida, “cuando el fin de la medida” se consiga así con más facilidad. Este concreto precepto se echa en falta en el Cp español, pues el art. 99 impone los jueces el cumplimiento de la medida antes que el de la pena, lo que en ocasiones puede resultar inconveniente.

<sup>1415</sup> Cfr. MORILLAS CUEVA, L., *Teoría de las consecuencias...*, cit., p. 230.

<sup>1416</sup> Cfr. JORGE BARREIRO, A., *Las medidas...*, cit., pp. 165 a 175.

Este sistema en estado puro fue defendido por ROCCO, e integrado en el Código Penal italiano cuya paternidad se atribuye a este autor. Entre las críticas al sistema dualista, que son muchas, se contiene la que lo califica como irracional, pues carece de sentido práctico aplicar primero la pena y después la medida ya que en la mayor parte de los casos el tratamiento llegará tarde o será innecesario<sup>1417</sup>. Asimismo, se afirma que en la práctica no es posible distinguir ambas consecuencias jurídicas durante su ejecución, ya que en ocasiones tienen el mismo contenido y siempre persiguen el mismo fin, por ello se ha llegado a calificar la distinción en la práctica de la ejecución de penas y medidas como un auténtico *fraude de etiquetas* (Etikettenschwindel)<sup>1418</sup>.

Frente al *sistema dualista* encontramos el denominado *sistema monista*, cuyos partidarios defienden la aplicación de una pena o de una medida, pero en ningún caso las dos. Así, en el seno de la denominada Escuela Clásica, la pena se concebía como la única reacción frente al delito; mientras que la Escuela Positiva italiana pretende absorber la pena en las medidas de seguridad bajo el único rótulo genérico de *sanción criminal*<sup>1419</sup>. Por su parte, el movimiento de Nueva Defensa Social encabezado por ANCEL, propone a su vez un sistema unitario de *medidas de defensa social* que aglutine tanto el concepto de pena como el de medida, sin necesidad de cualificarlas jurídicamente ya que lo relevante no es su *nomen iuris*, sino su contenido real<sup>1420</sup>. En Italia, también ANTOLISEI opta por una sanción unitaria establecida en la forma de sentencia relativamente indeterminada, cuyo fin sería exclusivamente la reeducación social<sup>1421</sup>.

En España merece especial atención la propuesta de QUINTERO OLIVARES, quién postula el retorno a un monismo preventivo -que no retributivo- como solución ante las graves críticas vertidas contra el dualismo, aceptando únicamente las medidas de seguridad que se plantean como sustitutivas o vicariables respecto de las penas y preguntando a continuación ¿para qué hace falta entonces mantener la distinción entre penas y medidas?<sup>1422</sup> En cuanto a la crítica de la que ha sido objeto la propuesta de un

---

<sup>1417</sup> De acuerdo con esta crítica MORILLAS CUEVA, L., *Teoría de las consecuencias...*, cit., p. 231.

<sup>1418</sup> Véase una crítica más amplia sobre el dualismo en JORGE BARREIRO, A., *Las medidas...*, cit., p. 170 a 175, con especial referencia a la interesante propuesta de “tercera vía” formulada por ANTON ONECA (p. 172).

<sup>1419</sup> Cfr. JORGE BARREIRO, A., *Las medidas...*, cit., pp. 177 y 178.

<sup>1420</sup> Cfr. JORGE BARREIRO, A., *Las medidas...*, cit., p. 178.

<sup>1421</sup> Cfr. JORGE BARREIRO, A., *Las medidas...*, cit., p. 178-179.

<sup>1422</sup> Véase QUINTERO/MORALES/PRATS, *Manual...*, cit., pp. 143 y 144.

sistema unificado de sanciones, es posible sintetizarla siguiendo a BARREIRO en los siguientes argumentos<sup>1423</sup>:

- a) La unificación supone desatender a la distinta naturaleza jurídica de la pena y de la medida.
- b) La relación entre pena y medida no puede reducirse a una simple cuestión práctica que pertenece al ámbito de la política criminal, con dejación u olvido de los principios dogmáticos elaborados por la doctrina.
- c) Existen zonas limítrofes entre pena y medida que sí aconsejan la fusión de ambas en un tratamiento unitario (como por ejemplo en el caso de los menores).
- d) La vía única supone una confusión de principios dogmáticos presentando un peligroso fundamento “híbrido”, que puede desembocar en un grave riesgo para la seguridad jurídica del individuo y en un retorno al utilitarismo social puro.

Finalmente, el denominado *sistema vicarial* trata de alcanzar una solución de compromiso entre el *monismo* y el *dualismo*, permitiendo aplicar en primer lugar la medida de seguridad en el caso de concurrencia de penas y medidas, cuyo tiempo de ejecución se abonará a efectos de cumplimiento de la pena correspondiente. Este sistema, que en opinión de MORILLAS resulta aconsejable en los supuestos de autores imputables de cierta peligrosidad, como los reincidentes peligrosos, los alcohólicos, toxicómanos y demás semiimputables<sup>1424</sup>. Los postulados básicos del *sistema vicarial* puro en el caso de concurrencia de penas y medidas, son los siguientes<sup>1425</sup>:

- a) La pena fijada conforme a la culpabilidad puede ser sustituida por una medida de seguridad.

---

<sup>1423</sup> Cfr. JORGE BARREIRO, A., *Las medidas...*, cit., p. 182 y 183.

<sup>1424</sup> Cfr. MORILLAS CUEVA, L., *Teoría de las consecuencias...*, cit., p. 232.

<sup>1425</sup> Sobre las líneas maestras del sistema vicarial puro véase JORGE BARREIRO, A., *Las medidas...*, cit., p. 184 y 185.

b) El tiempo de cumplimiento de la medida será abonado para el de la pena, pudiendo el Juez suspender ésta última si con su ejecución se pusieran en peligro los efectos de aquélla.

c) Para adoptar tal decisión, el Juez habrá de atender a las necesidades de tratamiento del delincuente así como a las exigencias de defensa social.

d) Este sistema es adecuado para el caso de concurrencia entre penas y medidas de seguridad privativas de libertad, así como para el tratamiento de sujetos imputables peligrosos (reincidentes peligrosos, alcohólicos y toxicómanos); así como para los enfermos mentales y los semiimputables.

Entre las críticas que se formulan contra esta solución intermedia, se halla el excesivo arbitrio judicial que otorga, así como una cierta confusión entre pena y medida<sup>1426</sup>. Se debe señalar que el denominado sistema vicarial es el adoptado por el vigente Código Penal español de 1995, cuyo art. 99 dispone lo siguiente:

**Artículo 99.-** *“En el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el Juez o Tribunal ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena. Una vez alzada la medida de seguridad, el Juez o Tribunal podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquélla, suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma, o aplicar alguna de las medidas previstas en el artículo 105”.*

Finalmente, debe tenerse en cuenta que el Derecho Penal alemán presenta en los párrafos 67 y siguientes del StGB, una interesante variante de *sistema vicarial*, permitiendo que en algunos casos la pena pueda cumplirse antes que la medida “cuando el fin de la medida” se consiga así con mas facilidad (párrafo 67 II)<sup>1427</sup>.

## Bibliografía

ALVAREZ GARCIA, F.J., *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*. Comares, Granada, 2001.

BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho penal*. 3ª ed., Akal/Iure, 1994.

<sup>1426</sup> Véase más ampliamente sobre la crítica al sistema vicarial JORGE BARREIRO, A., *Las medidas...*, cit., p. 188 y 189.

<sup>1427</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit., p. 107; asimismo MORILLAS CUEVA, L. *Teoría de las consecuencias...*, cit., p. 233.

- BARREIRO, A. J., *Las medidas de seguridad en el derecho español*. Civitas. Madrid, 1976.
- BERISTAIN, A. *Medidas penales en Derecho contemporáneo*. Ed. Reus, Madrid, 1974.
- BOLDOVA/GRACIA/ALASTUEY, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1996.
- JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª Ed. corregida. Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Marcial Pons editores, Madrid, 1997.
- JIMENEZ DE ASUA, L., *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito*. Abeledo-Perrot, 3ª Ed., Buenos Aires, 1958.
- MARIN ESPINOSA CEBALLOS, E., *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*. Comares, Granada, 1999.
- MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte General II*. Trad. de la 7ª ed. Alemana por Bofill Genzsch, J. Astrea, Buenos Aires, 1995
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*. 5ª ed., Barcelona, 1998.
- MORILLAS CUEVA, L. *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*. Tecnos, Madrid, 1991.
- QUINTERO OLIVARES, G. (Director), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996.
- ROMEO CASABONA, C.M., *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, Ed. Bosch. Barcelona, 1986.
- ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Trad. de la 2ª ed. alemana por Luzón Peña, D.M., Díaz y García-Conlledo, M., Vicente Remesal, J. Civitas, Madrid, 1997.
- SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones de Derecho penal. Parte General*. T. I-II-III. Bosch, Barcelona, 1982.
- WELZEL, H., *Derecho penal. Parte General*, (trad. Fontán Balestra, C.). De Palma, Buenos Aires, 1956.

# CUARTA PARTE ESTUDIO DOGMATICO

## Capítulo I Regulación positiva de la reincidencia

### SUMARIO:

I. Introducción. II. Proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1994. III. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. IV. Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre.

### I. Introducción

A pesar de las numerosas voces que desde la doctrina penal española clamaban por la desaparición de la agravante de reincidencia, la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, optó por incluirla en el catálogo general de circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal<sup>1428</sup>. Sin embargo, se debe precisar que aunque el principal efecto de la reincidencia según la redacción original dada al nº 8 del art. 22 por la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal continua siendo el incremento de la pena a imponer al reo, el ámbito de aplicación de la agravación quedó significativamente reducido con relación a su antecesor, el *Texto Refundido de 1973*, que con sucesivas modificaciones mantuvo su vigencia hasta la entrada en vigor del nuevo Código penal de 1995.

Así, mientras que la redacción dada al nº 15 del art. 10 del *Texto Refundido de 1973*, por la *Ley Orgánica 8/83, de 25 de junio, de Reforma Urgente del Código penal*, contemplaba tanto una agravación de la pena por *reincidencia específica* como una agravación por *reincidencia genérica* o *reiteración*, el nuevo Código penal en la redacción original dada al nº 8 del art. 22 por la L.O. 10/1995 ha suprimido la *reiteración*<sup>1429</sup>. Además, la nueva definición de la

---

<sup>1428</sup> Por todos ZUGALDIA ESPINAR, J.M., *Comentarios al Código penal*, Tomo II, Edersa, 1998, p. 1077, en cuya opinión “de todas las respuestas posibles al problema social y jurídico de la reincidencia, la de agravar la pena al autor reincidente es, aparte de la más rancia y menos imaginativa, la peor desde el punto de vista político-criminal”.

<sup>1429</sup> El nº 15 del art. 10 del *Texto Refundido de 1973*, quedó redactado del siguiente modo a partir de la L.O. 8/83, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código penal: “Ser reincidente. Hay reincidencia cuando al delinquir el culpable hubiere sido condenado ejecutoriamente por un

agravante introduce junto a la exigencia puramente formal de que los delitos estén comprendidos en el *mismo Título*<sup>1430</sup>, un criterio de identidad material entre ambas infracciones, exigiendo como presupuesto necesario para la apreciación de la agravante de reincidencia que la segunda infracción sea de la *misma naturaleza* que la que motivó la primera condena ejecutoria<sup>1431</sup>. De este modo, la L.O. 10/1995 supera las críticas que con acierto habían sido dirigidas contra el tradicional criterio, excesivamente rígido y formalista, contenido en el nº 15 del art. 10 del *Texto Refundido de 1973* en la redacción dada por la L.O. 8/83, que tan sólo exigía para la apreciación de la agravante la constatación de una condena previa por delito de los comprendidos en el *mismo Capítulo* del Código<sup>1432</sup>.

Por otra parte, la L.O. 10/1995 del Código penal omite la referencia expresa a la equiparación de las sentencias de los Tribunales extranjeros a las de los nacionales en materias relacionadas con la actividad de bandas armadas o elementos terroristas<sup>1433</sup>. Si bien sobre este particular se muestra acertado ZUGALDIA cuando afirma que sólo se trata de una corrección puramente técnica, ya que la L.O. 10/1995 contempla dicha equiparación en el Libro II al regular determinadas figuras delictivas (p.ej.: arts. 190, 375, 388 y 580)<sup>1434</sup>.

En definitiva, tanto la introducción del nuevo requisito relativo a que los delitos sean de la *misma naturaleza* -que implica el abandono de la línea formalista seguida por el Texto Refundido de 1973-, como la supresión de la *reiteración*, hacen posible afirmar que la

---

delito de los comprendidos en el mismo Capítulo de este Código, por otro, al que la Ley señale igual o mayor pena, o por dos o más a los que aquélla señale pena menor. A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que hubieran podido serlo”.

<sup>1430</sup> El criterio del “mismo Título” no es una novedad pues ya el Código de 1822, en su art. 116 hacía referencia a este criterio, exigiendo que tanto la primera culpa o delito como la segunda, estuvieran comprendidas en el “mismo Título de este Código”.

<sup>1431</sup> A estos efectos se debe tener en cuenta el contenido de la Disposición Transitoria 7ª de la L.O. 10 /1995, en la que se dispone que “a efectos de la apreciación de la agravante de reincidencia, se entenderán comprendidos en el mismo Título de este Código, aquellos delitos previstos en el cuerpo legal que se deroga y que tengan análoga denominación y ataquen del mismo modo a idéntico bien jurídico”; en opinión de ZUGALDIA ESPINAR, J.M., *Comentarios...*, cit., p. 1079, “tener la misma naturaleza significa, pues, en una interpretación auténtica, *atacar del mismo modo a idéntico bien jurídico*”.

<sup>1432</sup> En un sentido crítico GONZALEZ-CUELLAR, A., *La reincidencia*, en *Comentarios a la legislación penal*, Tomo II, Edersa, 1983, p. 18.

<sup>1433</sup> La L.O. 3/1988, incorporó un nuevo párrafo al nº 15 del art. 10 del Código Penal Texto Refundido de 1973, con el siguiente tenor literal: “La condena de un Tribunal extranjero será equiparada a las sentencias de los Tribunales españoles, siempre que hubiere sido impuesta por delito relacionado con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas rebeldes”; asimismo véase la L.O. 9/84, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas

<sup>1434</sup> Cfr. ZUGALDIA ESPINAR, J.M., *Comentarios...*, cit., p. 1078.

redacción original de la L.O. 10/1995 de 23 de noviembre supuso un evidente retroceso en el ámbito de aplicación de la agravante de reincidencia.

## II. Proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1994

En el *Proyecto de Ley Orgánica del Código penal* presentado por el Gobierno el 13 de septiembre de 1994, tanto la reincidencia como la reiteración se regulaban en el nº 9 del art. 23 como circunstancias generales de agravación de la responsabilidad criminal<sup>1435</sup>. En concreto, este precepto se hallaba ubicado en el Libro I, Título I, Capítulo IV titulado “De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal”, y disponía lo siguiente:

**Artículo 23.-** *Son circunstancias agravantes: (...)*

**9ª.** *Ser reincidente.*

*Hay reincidencia cuando al delinquir, el culpable hubiese sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo Capítulo de este Código que sea de la misma naturaleza.*

*También hay reincidencia si la condena ejecutoria anterior lo fuera por otro delito al que la Ley señale igual o mayor pena, o por dos o más a los que aquella señale pena menor.*

*A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.*

Una vez en el Congreso, fueron varias las enmiendas presentadas por los diferentes Grupos Parlamentarios. Así, en primer lugar cabe mencionar la enmienda presentada por el representante de Unión Valenciana-Grupo Mixto, Sr. CHIQUILLO BARBER, que presentó una enmienda de supresión sobre la circunstancia nº 9 del art. 23, proponiendo su eliminación con fundamento en la siguiente argumentación:

*“La reincidencia como agravación de la pena supone una desviación del principio informador del Derecho como es el de proporcionalidad o retributivo, ya que no se fundamenta en la gravedad del hecho, sino en la persistencia del autor que hace caso omiso de las anteriores condenas. La función constitucional de la pena es la reinserción, si el sistema no ha sabido cumplir con este principio, no*

---

<sup>1435</sup> Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. V Legislatura, 26 de septiembre 1994.- Serie A. Núm. 77-1.



*es justo que cargue con esta agravación el delincuente. Se elimina pues, la reincidencia como agravante genérica y se deja la habitualidad para delitos concretos<sup>1436</sup>”.*

En segundo lugar, cabe destacar que el Grupo Popular presentó una enmienda de modificación al art. 23.9ª, proponiendo la siguiente redacción alternativa<sup>1437</sup>:

**9ª. Ser reincidente.**

*Hay reincidencia cuando al delinquir, el culpable hubiere sido condenado ejecutoriamente por un delito semejante no computándose a tal efecto los antecedentes penales cancelados y que hubieran podido serlo. Al reincidente se le aplicarán, en su caso, las medidas de seguridad previstas en el Título Cuarto, Capítulo Primero (arts. 95 y ss. del presente Código).*

La enmienda del Partido Popular proponía mantener la reincidencia dentro del catálogo de circunstancias agravantes, si bien optaba por un concepto estricto y unitario de reincidencia, eliminando la denominada *reincidencia genérica* o *reiteración*. Asimismo, se proponía “completar el mecanismo agravatorio ordinario, propio de todas las circunstancias descritas por el Proyecto en su artículo 23, por la previsión de las correspondientes medidas de seguridad, colmando una laguna llamativa del Proyecto<sup>1438</sup>”.

En tercer lugar, el Grupo Federal IU-IC presentó una enmienda de supresión al art. 23, 9ª, basada en los siguientes argumentos:

*“(…) ninguna de las razones que se han alegado para castigar la reincidencia son convincentes desde el prisma de un Estado social y democrático de Derecho. El Derecho penal de un tal Estado no puede castigar más que conductas externas según su gravedad y ésta no aumenta por la existencia de condenas anteriores. El Derecho penal no puede castigar personalidades ni formas de ser: la perversidad que pueda concurrir en el reincidente no puede, pues, ser objeto de la pena. Tampoco puede tratarse con una pena la peligrosidad mayor que pueda demostrar aquél, pues la*

---

<sup>1436</sup> Cfr. Enmienda nº 133, presentada en el Congreso de los Diputados por el Sr. Chiquillo Barber (Grupo Mixto-UV), *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, V Legislatura, 6 de marzo 1995.- Serie A. Núm. 77-6.

<sup>1437</sup> Cfr. Enmienda nº 251, presentada en el Congreso de los Diputados por el Grupo Popular; *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, V Legislatura, 6 de marzo 1995.- Serie A. Núm. 77-6.

<sup>1438</sup> Cfr. Enmienda nº 251, presentada en el Congreso de los Diputados por el Grupo Popular; *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, V Legislatura, 6 de marzo 1995.- Serie A. Núm. 77-6.

*peligrosidad del sujeto debe afrontarse dentro de los límites estrictos, mediante las medidas de seguridad*<sup>1439</sup>”.

Finalmente y en un sentido diverso, el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria presentó una enmienda de adición relativa a la reincidencia internacional, con la incorporación de un nuevo párrafo en la 9ª circunstancia del art. 23 del Proyecto de Código penal, con la siguiente redacción<sup>1440</sup>:

*“A efectos de la reincidencia se equiparán a las sentencias de los Jueces o Tribunales españoles las impuestas por los extranjeros por delito de la misma naturaleza comprendido en el mismo Capítulo de este Código en los casos de falsificación de moneda y efectos timbrados, delitos contra la salud pública y cualesquiera otros en que así se establezca en virtud de Tratados Internacionales ratificados por España”.*

A la vista de las enmiendas presentadas con relación al art. 23 del Proyecto, el *Informe de la Ponencia* acordó “respecto a la definición de la reincidencia como circunstancia agravante recogida en el apartado 9º, suprimir el párrafo 2º y dar otra redacción al 1º<sup>1441</sup>”. De este modo, desaparece la reincidencia genérica o reiteración como agravante, y el párrafo primero de la circunstancia 9ª queda redactado como sigue:

*“9ª. Hay reincidencia cuando al delinquir, el culpable hubiese sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo Título de este Código siempre que sea de la misma naturaleza*<sup>1442</sup>”.

El debate en la *Comisión de Justicia e Interior* no supuso alteración alguna en el texto del *Informe de la Ponencia*. El Grupo Popular mantuvo la enmienda de modificación presentada, resaltando el Sr. PADILLA CARBALLADA que resulta irrelevante que los delitos se encuentren en el mismo Título “porque si está en el mismo Título

---

<sup>1439</sup> Cfr. Enmienda nº 660, presentada en el Congreso de los Diputados por el Grupo Federal IU-IC; *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, V Legislatura, 6 de marzo 1995.- Serie A. Núm. 77-6.

<sup>1440</sup> Cfr. Enmienda nº 902, presentada en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria; *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, V Legislatura, 6 de marzo 1995.- Serie A. Núm. 77-6. La enmienda se justificaba por razones de sistemática pues “parece más adecuado técnicamente incorporar el texto propuesto al desarrollo de la reincidencia en el Libro I del Código y concretamente en el art. 23 del Proyecto, como ya expresaremos, en coherencia con este planteamiento, cuando formulemos nuestras enmiendas a los artículos 352 y 365 del mismo, por cuya supresión abogaremos para su inclusión en la Parte General”.

<sup>1441</sup> Cfr. Informe de la Ponencia en el Congreso de los Diputados; *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, V Legislatura, 22 de mayo 1995.- Serie A. Núm. 77-8.

<sup>1442</sup> Cfr. Informe de la Ponencia en el Congreso de los Diputados; *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, V Legislatura, 22 de mayo 1995.- Serie A. Núm. 77-8.

previsiblemente tendrá la misma naturaleza (...) parece que *semejante* es algo menos redundante que *del mismo Título y de la misma naturaleza*. Con el deseo exclusivo de que la redacción quede mejor, nosotros insistimos en la idea de que este concepto de *semejanza* como más feliz que el que finalmente ha quedado recogido<sup>1443</sup>”.

Por su parte, el Sr. LOPEZ GARRIDO del Grupo Federal de Izquierda Unida, inició su intervención manifestando su total conformidad con el hecho de que en el *Informe de la Ponencia* hubiera sido suprimido el párrafo del apartado 9 del art. 23 relativo a la reincidencia genérica o reiteración. Asimismo, abogó en favor de la supresión de la agravante de reincidencia pues “creemos que lo que había que haber hecho era sencillamente suprimir la agravante genérica de reincidencia como tal, con independencia de que como agravante específica pudiera luego situarse en el Código penal”<sup>1444</sup>. Como argumentación favorable a la mencionada supresión, el Sr. LOPEZ GARRIDO afirmó lo siguiente:

*“consideramos que deben entenderse como agravantes, en función del principio de proporcionalidad entre la pena y la culpabilidad, cuando el delito revista realmente mayor gravedad; pero revista mayor gravedad por el delito en sí, por las circunstancias objetivas que lo rodean o porque el bien jurídico atacado estaba especialmente desprotegido, como es el caso de la alevosía. Por esas razones objetivas sí que debe agravarse la pena en función del principio penal básico de la proporcionalidad. Sin embargo, por razones única y exclusivamente subjetivas, que no tienen que ver con el delito en sí sino con un problema del autor, con un problema de desvalorización del autor, incluso, en el caso de la reincidencia, por motivos de la vida anterior del autor, pero no por motivos del concreto delito que ha ejecutado, nosotros entendemos que no tiene que haber una agravante genérica, porque no tiene nada que ver con la culpabilidad objetiva del autor”<sup>1445</sup>”.*

Añadiendo posteriormente:

*“(...) hay que huir del Derecho penal de autor para ir a un Derecho penal del delito más explícitamente (...) Por ello es por lo que nosotros hemos presentado una enmienda en la que pedimos que se suprima, lisa y llanamente, la circunstancia 9ª de la reincidencia”.*

---

<sup>1443</sup> Cfr. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*. V Legislatura, año 1995, Núm. 494. Comisión de Justicia e Interior, Sesión Núm. 58, celebrada el martes, 16 de mayo de 1995, p. 15018.

<sup>1444</sup> Cfr. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*. V Legislatura, año 1995, Núm. 494. Comisión de Justicia e Interior, Sesión Núm. 58, celebrada el martes, 16 de mayo de 1995, p. 15019.

<sup>1445</sup> *Ibidem*.

Finalmente, recordó la STC 150/1991, que según él acababa “dejando las cosas en el aire”, y de forma subsidiaria para el caso de que no se aceptase la enmienda se supresión y como mal menor, afirmó lo siguiente:

*“(…) creemos que habría que ir a la solución recogida en el Proyecto de 1992. En ese Proyecto se mantuvo la reincidencia, pero se introdujo después otro artículo que permitía a los jueces que la aplicaran o no como agravante en razón de las circunstancias del hecho y del autor. Esa podría ser una fórmula de transacción que nosotros ofrecemos pero, en cualquier caso, consideramos que sería mejor el que la reincidencia desapareciese como circunstancia agravante<sup>1446</sup>”.*

Desde Coalición Canaria, el Sr. OLARTE CULLEN sostuvo que la reincidencia debía seguir siendo considerada agravante toda vez que “la peligrosidad y el hecho de que la pena anteriormente impuesta al delincuente no le hayan servido para nada son circunstancias que no pueden dejarse de contemplar<sup>1447</sup>”. Aunque posteriormente aclara lo siguiente:

*“(…) yo fundó la necesidad de que la reincidencia sobreviva a este cambio legislativo en que estamos empeñados –y lo dije así– no sólo por razones de peligrosidad, sino porque, evidentemente, al reincidente se le tiene en cuenta que de nada sirvió la imposición de la pena por el anterior delito cometido. Esa es la razón fundamental de la reincidencia, bajo nuestro punto de vista, amén de razones que tampoco son despreciables que hacen que la personalidad del sujeto revista una peligrosidad evidente<sup>1448</sup>”.*

El encargado de defender el Informe de la Ponencia por parte del Grupo Socialista fue el Sr. BARRERO LOPEZ, quién justifica la postura de su Grupo frente a la reincidencia pues “no nos parece adecuado en este momento no reprimir, desde el punto de vista penal, lógicamente, al llamado *delincuente tendencial*, el delincuente que está en la calle con bastante frecuencia como consecuencia de delitos que de manera habitual se cometen en distintas ciudades de la geografía española<sup>1449</sup>”. Asimismo, añadía que “es un delincuente

---

<sup>1446</sup> Cfr. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*. V Legislatura, año 1995, Núm. 494. Comisión de Justicia e Interior, Sesión Núm. 58, celebrada el martes, 16 de mayo de 1995, p. 15019.

<sup>1447</sup> Cfr. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*. V Legislatura, año 1995, Núm. 494. Comisión de Justicia e Interior, Sesión Núm. 58, celebrada el martes, 16 de mayo de 1995, p. 15020.

<sup>1448</sup> Cfr. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*. V Legislatura, año 1995, Núm. 494. Comisión de Justicia e Interior, Sesión Núm. 58, celebrada el martes, 16 de mayo de 1995, p. 15022.

<sup>1449</sup> Cfr. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*. V Legislatura, año 1995, Núm. 494. Comisión de Justicia e Interior, Sesión Núm. 58, celebrada el martes, 16 de mayo de 1995, p. 15020.

que tiene una actuación –insisto- habitual, que tiene un difícil reflejo sancionador respecto de sus conductas transgresoras frente a la sociedad y parece lógico que el Código penal tenga algo que decir con relación a esos delitos de carácter pequeño o grave, pero, en todo caso, de carácter habitual”. Respecto de las reflexiones del Sr. LOPEZ GARRIDO relativas a evitar las sospechas del Código penal de autor, el representante del Grupo Socialista manifestó que la posibilidad de remitirse a la fórmula del año 1992 regulando en la parte Especial los supuestos de habitualidad y dejando una cierta discrecionalidad para que el Juez estime o no la agravante en función del autor, del objeto o del hecho “nos mueve a una reflexión que tendremos en cuenta de aquí a posteriores tramitaciones parlamentarias<sup>1450</sup>”, si bien esta manifestación no se tradujo posteriormente en una modificación legislativa concreta.

La enmienda nº 133 del Grupo Mixto-UV fue rechazada con un voto a favor, diecinueve en contra y catorce abstenciones; la enmienda nº 251 del Grupo Popular fue asimismo rechazada con once votos a favor, diecinueve en contra y dos abstenciones; la enmienda nº 660 del Grupo Federal de Izquierda Unida – Iniciativa per Catalunya también fue rechazada con un voto a favor, treinta en contra y dos abstenciones; y en último lugar fue rechazada la enmienda nº 902 de Coalición Canaria con dieciseis votos a favor y diecinueve en contra<sup>1451</sup>. Finalmente, y como consecuencia de la supresión de la circunstancia nº 2 del art. 23 del Proyecto (premeditación), en el texto remitido por el Congreso la reincidencia se regula como la circunstancia 8ª del art. 23, del siguiente modo<sup>1452</sup>:

**Artículo 23.-** *Son circunstancias agravantes: (...)*

*8ª. Ser reincidente.*

*Hay reincidencia cuando al delinquir, el culpable hubiese sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo Título de este Código siempre que sea de la misma naturaleza.*

*A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.*

---

<sup>1450</sup> Cfr. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*. V Legislatura, año 1995, Núm. 494. Comisión de Justicia e Interior, Sesión Núm. 58, celebrada el martes, 16 de mayo de 1995, p. 15021.

<sup>1451</sup> Cfr. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*. V Legislatura, año 1995, Núm. 494. Comisión de Justicia e Interior, Sesión Núm. 58, celebrada el martes, 16 de mayo de 1995, p. 15023.

<sup>1452</sup> Cfr. Texto remitido por el Congreso; *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, V Legislatura, 20 de julio 1995.- Serie II. Proyectos de Ley.- Núm. 87 (a). Serie A.- Núm. 77.

Ya en el Senado, el Grupo Parlamentario Popular formuló una enmienda de modificación al art. 23.8ª, proponiendo la siguiente redacción<sup>1453</sup>:

*“8ª. Ser reincidente.*

*Hay reincidencia cuando al delinquir, el culpable hubiere sido condenado ejecutoriamente por un delito semejante no computándose a tal efecto los antecedentes penales cancelados y que hubieran podido serlo. Al reincidente se le aplicarán, en su caso, las medidas de seguridad previstas en el Título Cuarto, Capítulo Primero (artículos 95 y ss. Del presente Código)”.*

El Informe de la Ponencia del Senado respecto del art. 23, concluye que “no se aceptan las enmiendas 231, de la Senadora BONETA PIEDRA, 477 Y 478 del Grupo Parlamentario Popular; respecto de la 476, asimismo del Grupo Parlamentario Popular, que tampoco se incorpora, se acuerda estudiar su contenido en posteriores trámites parlamentarios<sup>1454</sup>”. De este modo, el texto queda redactado de la siguiente manera en el Informe de la Ponencia del Senado<sup>1455</sup>:

**Artículo 23.-** *“Son circunstancias agravantes: (...)*

*8ª. Ser reincidente.*

*Hay reincidencia cuando al delinquir, el culpable hubiese sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo Título de este Código siempre que sea de la misma naturaleza.*

*A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo”.*

En el texto aprobado por el Senado, la reincidencia se ubica en el nº 8 del art. 22 (antes 23), que queda redactado de la siguiente forma<sup>1456</sup>:

---

<sup>1453</sup> Cfr. Enmienda nº 477, presentada en el Senado por el Grupo Parlamentario Popular; *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, V Legislatura, 21 de septiembre 1995.- Serie II. Proyectos de Ley.- Núm. 87 (c). Serie A.- Núm. 77. Se debe reseñar que la justificación de la enmienda es literalmente idéntica a la expuesta en el Congreso, por lo que nos remitimos al exponer ésta última.

<sup>1454</sup> Cfr. Informe de la Ponencia en el Senado; *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, V Legislatura, 9 de octubre 1995.- Serie II. Proyectos de Ley.- Núm. 87 (e). Serie A.- Núm. 77.

<sup>1455</sup> Ibidem.

<sup>1456</sup> Cfr. Texto aprobado por el Senado; *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, V Legislatura, 8 de noviembre de 1995.- Serie II. Proyectos de Ley.- Núm. 87 (h). Congreso: Serie A.- Núm. 77.

**Artículo 22.-** *Son circunstancias agravantes: (...)*

**8ª.** *Ser reincidente.*

*Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo Título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza.*

*A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.*

Se debe precisar que el art. 19 del Proyecto fue suprimido en el Senado, al haber pasado su contenido al art. 16 como apartado 3 nuevo, por lo que el art. 23 pasa a ser el art. 22<sup>1457</sup>. Asimismo, se debe indicar que en el art. 22 el Senado introduce únicamente modificaciones de estilo<sup>1458</sup>. El texto finalmente aprobado por el Pleno de ambas Cámaras ubica la agravante de reincidencia en el nº 8 del art. 22 con las modificaciones de estilo aprobadas por el Senado<sup>1459</sup>. A continuación expondremos la regulación positiva de la reincidencia según la redacción original de la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal.

### **III. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre**

La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, incorpora la reincidencia en su Parte General dentro del heterogéneo grupo de supuestos que constituyen circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal. En concreto, la reincidencia viene regulada principalmente en el Libro I, Título I, Capítulo IV, titulado “De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal”, del siguiente modo:

---

<sup>1457</sup> Cfr. Enmiendas del Senado mediante mensaje motivado al proyecto de L.O. de Código penal; *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, V Legislatura, 13 de noviembre de 1995.- Serie A. Proyectos de Ley.- Núm. 77-14.

<sup>1458</sup> Vid. *Enmiendas del Senado mediante mensaje motivado al proyecto de L.O. de Código penal*; *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, V Legislatura, 13 de noviembre de 1995.- Serie A. Proyectos de Ley.- Núm. 77-14.

<sup>1459</sup> El 8 de noviembre de 1995, el Pleno del Congreso aprueba finalmente la LO del Código Penal con el voto favorable de todos los grupos parlamentarios, excepto la abstención del Grupo Parlamentario Popular. Se promulga como L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y su disposición final 7ª prevé su entrada en vigor a los seis meses de su publicación completa en el *Boletín Oficial del Estado* (que se produce en el BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995), es decir, el 24 de mayo de 1996.

**Artículo 22.-** *Son circunstancias agravantes: (...)*

*8ª. Ser reincidente.*

*Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo Título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza.*

*A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.*

Además de la regulación general de la agravante, contenida en el artículo citado más arriba, la reincidencia internacional aparece regulada de forma especial respecto de los delitos comprendidos en el Libro II, Título VIII, Capítulo V titulado “De los delitos relativos a la prostitución”, del siguiente modo:

**Artículo 190.-** *La condena de un Juez o Tribunal extranjero, impuesta por delitos comprendidos en este capítulo, será equiparada a las sentencias de los Jueces o Tribunales españoles a los efectos de aplicación de la agravante de reincidencia<sup>1460</sup>.*

Asimismo, la reincidencia internacional viene regulada de forma especial en el Libro II, Título XVII, Capítulo III titulado “De los delitos contra la salud pública”, del siguiente modo:

**Artículo 375.-** *Las condenas de Jueces o Tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en los artículos 368 al 372 de este capítulo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español.*

Del mismo modo, la reincidencia internacional se regula especialmente en el Libro II, Título XVIII, Capítulo I titulado “De la falsificación de moneda y efectos timbrados”, de la siguiente manera:

**Artículo 388.-** *La condena de un Tribunal extranjero, impuesta por delito de la misma naturaleza de los comprendidos en este capítulo, será equiparada a las sentencias de los Jueces o Tribunales españoles a los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiese serlo con arreglo al Derecho español.*

---

<sup>1460</sup> Modificado por art. 2 de Ley Orgánica 11/1999, de 30 abril (RCL 1999, 1115).



Por último, la reincidencia internacional se regula de forma especial en el Libro II, Título XXII, Capítulo V, Sección 2ª titulada “De los delitos de terrorismo”, del siguiente modo:

**Artículo 580.-** *En todos los delitos relacionados con la actividad de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, la condena de un Juez o Tribunal extranjero será equiparada a las sentencias de los Jueces o Tribunales españoles a los efectos de aplicación de la agravante de reincidencia.*

En cuanto al Derecho transitorio en materia de reincidencia, la L.O. 10/1995, establece lo siguiente en sus Disposiciones Transitorias Sexta y Séptima:

**Sexta.-** *No serán revisadas las sentencias en que la pena esté ejecutada o suspendida, aunque se encuentren pendientes de ejecutar otros pronunciamientos del fallo, así como las ya totalmente ejecutadas, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal que en el futuro pudiera tenerlas en cuenta a efectos de reincidencia deba examinar previamente si el hecho en ellas penado ha dejado de ser delito o pudiera corresponderle una pena menor de la impuesta conforme a este Código.*

*En los supuestos de indulto parcial, no se revisarán las sentencias cuando la pena resultante que se halle cumpliendo el condenado se encuentre comprendida en un marco imponible inferior respecto al nuevo Código.*

**Séptima.-** *A efectos de la apreciación de la agravante de reincidencia, se entenderán comprendidos en el mismo Título de este Código, aquellos delitos previstos en el Cuerpo Legal que se deroga y que tengan análoga denominación y ataquen del mismo modo a idéntico bien jurídico.*

En relación con los efectos de la reincidencia, y sin perjuicio de que posteriormente sean éstos objeto de un estudio más detallado, cabe señalar ya en este momento que el principal efecto de la reincidencia en la redacción original de la L.O. 10/1995 es la agravación de la pena a imponer al reo, efecto común a las demás circunstancias agravantes contenidas en el art. 22. En particular, y sobre el efecto agravatorio de la pena por causa de la reincidencia, se debe tener en cuenta lo dispuesto en el art. 66 de la L.O. 10/1995, ubicado en el Libro I, Título III, Capítulo II, Sección I titulada “Reglas generales para la aplicación de las penas”, que en su redacción original disponía lo siguiente<sup>1461</sup>:

---

<sup>1461</sup> Este precepto ha sido íntegramente modificado por la *Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.*

**Artículo 66.-** *En la aplicación de la pena, los Jueces o Tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas:*

*1ª Cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes o cuando concurren unas y otras, los Jueces o Tribunales individualizarán la pena imponiendo la señalada por la ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia.*

*2ª Cuando concorra sólo alguna circunstancia atenuante, los Jueces o Tribunales no podrán rebasar en la aplicación de la pena la mitad inferior de la que fije la ley para el delito.*

*3ª Cuando concurren una o varias circunstancias agravantes, los Jueces o Tribunales impondrán la pena en la mitad superior de la establecida por la ley.*

*4ª Cuando sean dos o más las circunstancias atenuantes o una sola muy cualificada, los Jueces o Tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, aplicándola en la extensión que estimen pertinente, según la entidad y número de dichas circunstancias.*

Actualmente, sin embargo, el art. 66 de la Ley Orgánica, 10 / 1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, ha sido modificado por la Ley Orgánica 11 / 2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, que ha dado la siguiente redacción al mencionado art. 66 CP:

**Artículo 66.- 1.** *En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas:*

*1ª. Cuando concorra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fija la Ley para el delito.*

*2ª. Cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concorra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la Ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias.*

*3ª. Cuando concorra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la Ley para el delito.*

*4ª. Cuando concurren más de dos circunstancias agravantes y no concorra atenuante alguna, podrán aplicar la pena superior en grado a la establecida por la Ley, en su mitad inferior.*

*5ª. Cuando concorra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, **podrán aplicar** la pena superior en grado a la prevista por la Ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido.*

*6ª. Cuando no concurran atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la Ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.*

*7ª. Cuando concurran atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado. Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación, aplicarán la pena en su mitad superior.*

*8ª. Cuando los jueces o tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado podrán hacerlo en toda su extensión.*

*2. En los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior.*

Las reglas anteriores, además de incluir en su seno una nueva agravante de *reincidencia cualificada*, configuran la reincidencia como una circunstancia que resulta de apreciación obligatoria con la sólo constatación de sus presupuestos formales, esto es: la condena ejecutoria previa; la posterior comisión de un nuevo delito comprendido en el mismo Título siempre que éste sea de la misma naturaleza que el anterior; y la comprobación de que los antecedentes penales no hayan sido cancelados o pudieran serlo. Sin embargo, esta posición ha sido matizada por una acertada línea jurisprudencial del Tribunal Supremo iniciada por la STS de 6 de abril de 1990, y según la cual la vieja agravante de reincidencia contenida en el nº 15 del art. 10 del Código penal *Texto Refundido de 1973*, podrá ser contemplada por los Tribunales “siempre que de esa manera no se supere la gravedad de la culpabilidad por el hecho”. Sobre lo acertado de esta nueva línea jurisprudencial, que permite superar las críticas contra el carácter automático de la agravación, hablaremos más adelante, dejando ahora sólo apuntado que la mencionada línea jurisprudencial, la redacción original de la agravante contenida en el nº 8 del art. 22 de la L.O. 10/1995, no impone al Tribunal la obligación automática de aplicar al reo una pena superior a la que venga determinada por la gravedad de la culpabilidad por el hecho concreto, y ello “aunque el autor sea formalmente reincidente”<sup>1462</sup>.

Además de los efectos previstos en el art. 66, la recaída en el delito supone otras consecuencias gravosas para el reo según la redacción original de la L.O. 10/1995, consecuencias cuyo estudio reservamos para páginas posteriores si bien es posible adelantar que la existencia de antecedentes penales imposibilita (art. 81.1) o dificulta (art. 87.2) el

---

<sup>1462</sup> Cfr. STS de 5 de julio de 1991.

acceso a la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad; dificulta la obtención de la gracia de indulto (art. 2.3º de la Ley de Indulto de 1870); y opera como un factor a tener en cuenta a la hora de valorar la posibilidad de acordar la prisión provisional (arts. 503 y 504 LECrim.). Para finalizar, debe destacarse que la L.O. 10/1995, no previene la aplicación de medidas de seguridad para los delincuentes reincidentes peligrosos, en la línea propuesta por el Grupo Popular durante los debates parlamentarios. En la redacción original de la L.O. 10/1995, tan sólo se previenen medidas de seguridad para los totalmente incapaces de culpabilidad (inimputables) o parcialmente incapaces de culpabilidad (semiimputables) que además sean peligrosos, si bien de una forma inexplicable impide la aplicación de las medidas de seguridad a los delincuentes plenamente capaces de culpabilidad que, además, presenten un pronóstico de peligrosidad criminal.

#### IV. Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre

Recientemente, la Ley penal positiva ha incorporado una nueva agravante de *reincidencia cualificada*, que obedece al propósito confesado del legislador de dar una respuesta adecuada al problema de la “delincuencia que reiteradamente comete sus acciones”<sup>1463</sup>. Para alcanzar este objetivo, la *Ley Orgánica 11 / 2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, modifica íntegramente la redacción original del art. 66 de la L.O. 10/1995<sup>1464</sup>, aunque ahora sólo nos interesa destacar el contenido de la nueva regla 5ª, incluida en el apartado 1º del nuevo art. 66, que define la nueva agravante de *reincidencia cualificada* del siguiente modo<sup>1465</sup>:

**Artículo 66.- 1.** *En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los Jueces o Tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas: (...)*

**5ª.** *Cuando concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza,*

---

<sup>1463</sup> Cfr. Exposición de Motivos de la *Ley Orgánica 11 / 2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*.

<sup>1464</sup> Se debe señalar que la modificación propuesta para el art. 66 es tan profunda, que por sí sola podría ser objeto de una monografía, y así presentan interés dogmático, p. ej: la nueva distinción a efectos de individualización entre delitos dolosos (regla 1ª del art. 66.1) e imprudentes (art. 66.2); la posibilidad de aplicar la pena superior en grado en caso de concurrencia de más de dos agravantes sino concurren atenuantes (regla 4ª); etc.

<sup>1465</sup> Al análisis de esta nueva super agravante de *reincidencia cualificada* reservamos un Capítulo posterior, por lo que en este momento nos limitamos únicamente a indicar su regulación positiva.

*podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la Ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido.*

*A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.*

### **Bibliografía**

GONZALEZ-CUELLAR, A., *La reincidencia*, en *Comentarios a la legislación penal*. Tomo II, Edersa, Madrid, 1983.

ZUGALDIA ESPINAR, J.M., *Comentarios al Código penal*. T. II. Edersa, Madrid, 1998.

## Capítulo II

### Concepto y eficacia de la reincidencia

#### SUMARIO:

I. Concepto. II. Clases. III. Caracteres: 1. Generalidad. 2. Obligatoriedad. 3. Objetividad. 4. Prescriptibilidad. 5. Gravosidad. IV. Elementos: 1. Condena previa. 2. Delito actual. 3. Doble relación de identidad. 4. Elemento unitario: el sujeto. V. Prueba. VI. Error sobre la reincidencia. VII. Reincidencia y delito imprudente. VIII. Grado de ejecución, participación y reincidencia. IX. Actos preparatorios punibles y reincidencia. X. Reincidencia y Derecho transitorio. XI. Efectos de la reincidencia: 1. En la determinación de la pena en sentido limitado. 2. En la determinación de la pena en sentido amplio. 3. Otros efectos. 4. Habitualidad.

#### I. Concepto

Con arreglo a su sentido etimológico, el término reincidencia viene a significar recaída, por ello y como sinónimo de reincidencia también podemos encontrar el término de origen latino *recidiva*, que es hoy utilizado en medicina para designar la repetición de una enfermedad poco después de terminada la convalecencia<sup>1466</sup>. En este sentido, al fenómeno de la reincidencia también se le ha denominado en ocasiones *recidivismo*, haciendo uso de la terminología clínica<sup>1467</sup>. Por otra parte, el concepto legal de reincidencia viene contenido en el n.º. 8 del art. 22 de la L.O. 10/1995 del Código penal, que contempla como una circunstancia agravante de la responsabilidad criminal *ser reincidente*, disponiendo a continuación que “hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo Título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza. A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo”.

---

<sup>1466</sup> Vid. sobre ello ARMENGOL Y CORNET, P., *La reincidencia*, Barcelona, establecimiento tipográfico de Jaime Jepús, 1873, reimpresión facsímil ed. Analecta, Pamplona, 2002, p. 19, afirma este autor que el término *reincidencia* deriva del latín (*iterum cadere*, caer de nuevo) según la definición de ROGRON, y expresa la comisión de un delito de la misma naturaleza que aquél cuya pena extinguió el delincuente.

<sup>1467</sup> Véase RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *Derecho Penal Español. Parte General*. 17ª ed., Dykinson, Madrid, 1994, p. 744, en algunas sentencias se utiliza el término *recidiva*, y así por ejemplo en la STS de 27 de mayo de 1982 [RJA 1982\2725].

Como ya tuvimos ocasión de exponer en el Capítulo precedente, la definición de la reincidencia contenida en el mencionado art. 22.8 CP es el resultado de un intenso debate parlamentario que supuso, además de la supresión del segundo párrafo del Proyecto inicial en lo relativo a la *reiteración*, una modificación en la definición original en la que la expresión “delito comprendido en el mismo *Capítulo* de este Código”, fue sustituida por la expresión “delito comprendido en el mismo *Título* de este Código”. Asimismo, y respecto de la regulación inmediatamente anterior contenida en el n° 15 del art. 10 del Texto Refundido de 1973 en la redacción dada por la L.O. 8/83 de 25 de junio, se añade en la L.O. 10/1995 la necesidad de que el segundo delito *sea de la misma naturaleza* que el que causó la condena ejecutoria precedente<sup>1468</sup>. Por otra parte, la L.O. 10/1995 suprime la referencia expresa a la equiparación de las sentencias extranjeras con las nacionales siempre que hayan sido impuestas por delito relacionado con la actividad de bandas armadas o elementos terroristas rebeldes contenida en el n° 15 del art. 10 del Texto Refundido de 1973 en la redacción dada por la L.O. 3/1988<sup>1469</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, y tomando como punto de partida lo dispuesto en el n° 8 del art. 22 según la redacción original de la L.O. 10/1995, podemos definir la reincidencia como una *“circunstancia agravante genérica de la responsabilidad criminal, que opera dentro de unos límites de tiempo legalmente determinados, a partir de la recaída en el delito por parte de un sujeto precedente y ejecutoriamente condenado por otro delito comprendido en el mismo Título y de la misma naturaleza del que es objeto de la actual condena.”*

## II. Clases

Dentro del concepto técnico-jurídico más amplio de reincidencia, es posible incluir diferentes fenómenos de repetición delictiva en los que concurre el elemento característico de la institución que constituye la sentencia ejecutoria previa<sup>1470</sup>. En este sentido, es posible

---

<sup>1468</sup> La reforma de 1983 había suprimido ya la denominada multirreincidencia, única agravante que permitía la imposición de la pena superior en grado a la señalada para el delito; sobre ello véase la Exposición de Motivos de la L.O. 8/83, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código penal.

<sup>1469</sup> Si bien actualmente las condenas de Jueces extranjeros seguirán siendo equiparadas a las sentencias dictadas por los Jueces españoles a efectos de reincidencia en relación con determinados delitos previstos en la Parte Especial (p.ej.: art. 580 sobre delitos de terrorismo; art. 190 CP sobre delitos relacionados con la prostitución; etc.).

<sup>1470</sup> Sobre las diversas clases de reincidencia véase JIMENEZ DE ASUA, L., *Lecciones de Derecho penal: Reincidencia y habitualidad*, ed. Pedagógica Iberoamericana, México, 1995, pp. 363 ss.

hacer uso de los términos *reincidencia genérica* o *reiteración* para expresar la recaída en delitos de distinta naturaleza mediando condena ejecutoria previa, y reservar los términos *reincidencia específica* o simplemente *reincidencia* para referirnos a la recaída en delitos de la misma naturaleza mediando entre ellos condena ejecutoria previa<sup>1471</sup>. Por otra parte, se denomina *multirreincidencia* al fenómeno que supone la recaída en el delito por parte de un sujeto que ya había sido previa y ejecutoriamente condenado como reincidente<sup>1472</sup>.

Se debe precisar que el criterio diferenciador entre la *reiteración* y la *reincidencia*, ambos comprendidos en el concepto técnico amplio de la reincidencia, no es la sentencia ejecutoria previa que opera como presupuesto en ambos casos, sino la identidad o la falta de identidad en la naturaleza de las infracciones objeto de las respectivas condenas<sup>1473</sup>. De este modo, la repetición delictiva mediando condena previa será calificada como *reiteración* sólo si los delitos son de distinta naturaleza, y como *reincidencia* si los delitos son de la misma naturaleza.

Por otra parte, la distinción entre *reincidencia* y *multirreincidencia*, no se basa ya en el criterio que hace referencia a la identidad en la naturaleza de las infracciones, pues en ambos casos se exige esta identidad cualitativa. La diferencia en este caso será de índole cuantitativa, pues la multirreincidencia no exige una, sino al menos dos sentencias previas ejecutorias de condena, además de que al menos una de ellas debe estar especialmente configurada en el sentido de haber sido apreciada ya en ella la circunstancia de reincidencia. En conclusión, el criterio para diferenciar entre sí los diferentes modos de reincidencia en sentido amplio no es la sentencia ejecutoria previa, sino la identidad o la falta de identidad

---

<sup>1471</sup> Véase ARMENGOL Y CORNET, P., *La reincidencia...*, cit., pp. 19 y 20, para quien “llámanse *reincidentes* a los que habiendo extinguido o extinguiendo una pena en virtud de ejecutoria cometen un delito de la misma especie, *relapsos* a los que con iguales circunstancias cometen delitos de distinta naturaleza”.

<sup>1472</sup> Recordemos el texto más reciente en el que encontramos referencias legislativas a las tres instituciones: reincidencia; reiteración; y multirreincidencia; que es el art. 10, n° 14 (reiteración) y 15 (reincidencia y multirreincidencia) del Código Penal Texto Refundido de 1973, en la redacción dada por la Ley 81/1978, de 28 de diciembre; posteriormente modificada por la Ley 8/83, de 25 de junio, en el sentido de refundir bajo el término reincidencia (art. 10.15) los conceptos de reincidencia y reiteración suprimiendo el art. 10.14 referido a esta última, y suprimiendo también la multirreincidencia.

<sup>1473</sup> Vid. ARMENGOL Y CORNET, P., *La reincidencia...*, cit., p. 19, para quien “en la acepción común y genérica, puede llamarse *reincidente* al que extinguida una condena vuelve a quebrantar la Ley cometiendo un nuevo delito, pero en el sentido jurídico y más propio debe limitarse esta nueva delincuencia a un delito de la misma especie que el anterior, y así lo establece con acertada frase el distinguido M. TISSOT”; y en p. 28 afirma lo siguiente: “En mi humilde opinión la reincidencia, como he dicho al principio, para ser propiamente tal, debe ser en delito de la misma especie”.



entre las diversas infracciones en el caso de la *reincidencia* y de la *reiteración*, o la existencia de al menos una condena ejecutoria previa en la que ya hubiese sido apreciada reincidencia en el caso de la *reincidencia* y de la *multirreincidencia*.

La distinción entre la *reiteración* o reincidencia genérica y la *reincidencia* o reincidencia específica ha sido habitual en nuestra tradición legislativa. A pesar de ello, la doctrina no ha logrado llegar a un acuerdo sobre el fundamento de su distinto tratamiento legal, en general más benigno para la *reiteración* que para la *reincidencia*. En cualquier caso, el vigente Código penal ha optado por suprimir la denominada reincidencia genérica o *reiteración*, dejando únicamente subsistente la denominada reincidencia específica o simplemente *reincidencia*, tradicionalmente considerada de mayor entidad. Por otra parte, a partir de las tesis de CARRARA también se ha distinguido entre la denominada *reincidencia propia* o *vera*, que exige para su apreciación que el autor al realizar el segundo delito hubiera cumplido total o parcialmente la pena impuesta por el anterior delito; y la denominada *reincidencia impropia* o *ficta*, que permite su apreciación a pesar de que el reo que hubiera sido sentenciado previamente por otro delito no hubiera cumplido su condena. El vigente Código penal ha optado por el criterio de la *reincidencia impropia* o *ficta*, bastando a los efectos de la apreciación de la agravante la existencia de una anterior condena irrevocable por delito de la misma naturaleza, independientemente de que ésta haya sido o no cumplida (STS 24-06-1994)<sup>1474</sup>. Sin embargo, el Código penal suízo ha optado por el criterio contrario, esto es, por la denominada *reincidencia propia* o *vera*, toda vez que la apreciación de la agravante prevista en su art. 67 exige haber cumplido al menos parcialmente la pena impuesta por el delito precedentemente cometido.

Finalmente, se ha de hacer mención a la recientísima creación por parte del legislador de una nueva agravante de *reincidencia cualificada*. La mencionada agravante, que podría ser calificada como una *superagravante* -pues permitirá la aplicación de la pena superior en grado a la prevista por la Ley para el delito de que se trate-, viene contenida en la *Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, que modifica íntegramente el art. 66 de la *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal*. La nueva *superagravante de reincidencia*

---

<sup>1474</sup> Cfr. ARROYO DE LAS HERAS, A., MUÑOZ CUESTA, J., GOYENA HUERTA, J., *Las Circunstancias Agravantes en el CP de 1995*, Ed. Aranzadi, 1997, p. 169; asimismo ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia. Su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los códigos penales españoles del S. XIX*. Bilbao, 1982, p. 537.

*cualificada* viene por tanto regulada en el nuevo art. 66 CP, y más en concreto, en la regla 6ª del apartado 1º del mencionado precepto, cuyo completo y pormenorizado análisis hemos diferido a un Capítulo posterior. Por esta razón, y con el fin de evitar innecesarias reiteraciones, no nos detendremos en el estudio de la nueva *superagravante*, bastando por el momento con señalar su existencia.

### III. Caracteres

Las características más importantes de la regulación positiva de la reincidencia en el CP español de 1995, son las siguientes<sup>1475</sup>:

#### 1. Generalidad

La reincidencia es una institución aplicable a cualquier transgresión penal, salvo aquéllas que por su escasa gravedad vienen a ser excluidas de la misma (faltas)<sup>1476</sup>. En consecuencia, la comisión de cualquiera de los tipos delictivos descritos en la Parte Especial del Código -Libro II-, puede ser considerada a los efectos de constituir la base formal de la agravante. Sobre este particular, es necesario recordar, una vez más, que para la apreciación de la reincidencia en el vigente Código Penal es necesario que los distintos delitos cometidos se hallen comprendidos en el mismo Título y sean de la misma naturaleza. Por otra parte, se debe precisar que la reincidencia es la única circunstancia agravante de la responsabilidad criminal de la que es posible predicar la característica de la *generalidad*. Y así, se muestra acertado BACIGALUPO cuando pone de manifiesto que todas las agravantes, salvo la reincidencia, carecen de generalidad<sup>1477</sup>. La característica generalidad de la reincidencia, de la que carecen el resto de las circunstancias contenidas en el catálogo del art. 22 CP, ofrece un argumento más en apoyo de las tesis que afirman la especial naturaleza jurídica de la reincidencia, distinta del resto de las circunstancias agravantes.

---

<sup>1475</sup> Cfr. MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia*. Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1971, pp. 70 ss.

<sup>1476</sup> Ello se deduce del tenor literal del art. 22.8 CP, que utiliza la expresión “Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito...”; véase asimismo el art. 638 CP.

<sup>1477</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *La individualización de la pena en la reforma penal*, en *Revista de la Facultad de derecho de la Universidad Complutense*, monográfico nº 3. 1980, p. 66, esta carencia de generalidad es admitida por la propia Ley (p. ej.: respecto de la alevosía regulada en el art. 22.1ª). En efecto, es impensable por ejemplo la figura de la “traición con alevosía”. La carencia de generalidad de las agravantes contenidas en el art. 22 CP, lleva a este autor a concluir que “las actuales agravantes deben regularse en la Parte Especial y en aquellos delitos en los que tienen significación”.

## 2. Obligatoriedad

En principio, y con la excepción que luego se verá respecto de la denominada *reincidencia cualificada*<sup>1478</sup>, el Código Penal impone a los Tribunales la obligación de apreciar la reincidencia siempre que concurren los requisitos formales exigidos por la Ley<sup>1479</sup>. Algunos autores han criticado con razón esta característica de la agravante, por considerar que la reincidencia supone una presunción desfavorable contra el acusado que puede ser destruída mediante prueba en contrario, pues la recaída en el delito no ha de entenderse *a priori* como argumento constante de una mayor perversidad o de una culpabilidad aumentada en el delincuente<sup>1480</sup>. Según esta última opinión, el Juez debería gozar de cierta libertad a la hora de apreciar la agravante, ya que sólo a la vista de cada caso concreto es factible determinar si realmente concurre en el agente una mayor perversidad, culpabilidad, malicia, peligrosidad, o cualquiera otra de las razones con las que se pretenda justificar la mayor punición del reincidente<sup>1481</sup>. Recordemos que en el Código Penal de 1928, tanto la reincidencia como la reiteración eran circunstancias de apreciación facultativa (art. 67. 2ª y 3ª), y que actualmente tanto el Código Penal italiano (art. 99), como el portugués (art. 75), facultan al Juez para apreciar o no la agravante atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

---

<sup>1478</sup> A diferencia de la reincidencia prevista en el art. 22.8ª CP, cuya apreciación es obligatoria siempre que concurren sus requisitos formales, la nueva agravante de *reincidencia cualificada* contenida en el art. 66.1.6ª en la redacción dada por la *Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre*, es de apreciación facultativa, como se verá con más detalle en el Capítulo dedicado a esta nueva agravación.

<sup>1479</sup> Cfr. ARROYO DE LAS HERAS, A., MUÑOZ CUESTA, J., GOYENA HUERTA, J., *Las Circunstancias...*, cit., pp. 195 ss.

<sup>1480</sup> Cfr. MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 72, en cuya opinión dicha prueba en contrario podría derivarse de las circunstancias del caso concreto: personalidad del delincuente, relaciones entre la primera y segunda infracción criminal, naturaleza del delito actual, etc., lo que le lleva a sostener que “debería dejarse al Juez alguna libertad para apreciarla”; véase también ARMENGOL Y CORNET, P., *La reincidencia...*, cit., pp 80 y 81: “Toda vez que la reincidencia se funda en una presunción grave de perversidad, y que en varios casos de reincidencia, la impulsión del nuevo delito, el estímulo principal puede nacer tal vez de circunstancias propias del estado social o de la misma sociedad, ¿no sería lícito permitir al procesado la prueba contraria a esta presunción? CHEVEAU y HELIE (...) se inclinan (...) por la afirmativa”.

<sup>1481</sup> Cfr. ARMENGOL Y CORNET, P., *La reincidencia...*, cit., p. 81, la reincidencia debe ser un punto que el Juez ha de examinar por sí, interrogando al reo y averiguando los móviles que impulsaron la comisión del delito, procurando aportar al proceso la situación física, moral y social del reo, pues “es preciso averiguar si el nuevo delito que constituye la reincidencia se ha cometido a impulsos deliberados del agente, por voluntad decidida del mismo a delinquir, o si la causa eficiente del delito ha sido el abandono absoluto de sus conciudadanos (...)”.

A partir de las anteriores consideraciones y con base en una interpretación de la Ley penal basada en los principios constitucionales, el Tribunal Supremo inició hace ya algún tiempo una línea jurisprudencial que permitía la no apreciación de la agravante, aun cuando concurrieran todos sus requisitos formales, siempre que las circunstancias relativas a la culpabilidad del autor justificaran un menor reproche penal. Así, el Tribunal Supremo en su sentencia de 6 de abril de 1990, propuso reconsiderar el automatismo con el que actualmente se aplica la reincidencia, de modo tal que cuando la gravedad de la reprochabilidad por el hecho no alcance para justificar la aplicación de la pena en su mitad superior, el Tribunal no deberá agravar la pena con fundamento en la reincidencia por encima de la que resulte de la gravedad de dicha reprochabilidad<sup>1482</sup>. Con esta propuesta no se presume la mayor gravedad del hecho ni la mayor culpabilidad del autor, pues en cada caso particular habrá de ser determinada la concreta medida de la culpabilidad por el hecho<sup>1483</sup>.

### 3. Objetividad

A pesar de su naturaleza eminentemente personal, la reincidencia descansa sobre bases puramente objetivas. En este sentido, CALDERON/CHOCLAN se muestran acertados cuando afirman que la reincidencia es una circunstancia agravante de la responsabilidad criminal que supone “la objetivación de una cualidad personal”<sup>1484</sup>. Los presupuestos formal-objetivos que deben concurrir para la apreciación de la agravante de reincidencia, son los siguientes: a) la existencia de una precedente sentencia firme de condena por delito; b) la posterior comisión de otro delito por parte del sujeto precedentemente condenado; y c) la existencia de una relación de identidad en el Título y en la naturaleza de las distintas infracciones.

---

<sup>1482</sup> Vid. STS de 6 de abril de 1990; en el mismo sentido SSTS de 6-4-90; 5-10-90; 26-12-90; 22-4-91 y 6-5-91.

<sup>1483</sup> Cfr. JAEN VALLEJO, M., *Los principios superiores del Derecho penal*. Dykinson. Madrid, 1999, p. 77.

<sup>1484</sup> Cfr. CALDERON/CHOCLAN, *Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 266; en el mismo sentido GARZON REAL, B., MANJON-CABEZA OLMEDA, *Reincidencia y Constitución*, Actualidad Penal, n°1, 1991, p. 4; por su parte MIR PUIG, S., *La Reincidencia en el Código Penal*, ed. Bosch, 1974, p. 294, considera que la reincidencia es una circunstancia agravante de carácter personal, y aunque a esta conclusión llega el mencionado autor respecto de la reiteración a partir de la expresión legal: *ser reiterante*; es posible hacerla extensiva a la reincidencia por ser análogo el encabezamiento del actual n° 8 del art. 22 CP 1995: *ser reincidente*; también MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 77, considera la reincidencia como una circunstancia agravante de naturaleza personal.

No cabe duda de que la configuración de la agravante sobre bases objetivas contribuye a satisfacer la exigencia de seguridad jurídica, así como a facilitar la labor judicial. Sin embargo, la absoluta prevalencia de los elementos objetivos sobre el fundamento material de la reincidencia, hace posible la existencia de una discordancia entre la realidad y la previsión normativa<sup>1485</sup>. Precisamente por esta razón, el Código penal portugués incluye en la definición de la reincidencia contenida en su art. 75, una cláusula que contribuye a mitigar el riguroso formalismo con un cierto arbitrio judicial. Así, según la actual redacción del art. 75 del CP portugués, la apreciación de la reincidencia exige además de la comprobación de la concurrencia de sus presupuestos objetivos, la constatación de un presupuesto de carácter material o sustantivo: "que pueda censurarse al autor que las condenas precedentes no le han servido como advertencia suficiente contra el crimen". De este modo, se distingue al reincidente del delincuente pluriocasional, cuya recaída obedece a causas fortuítas o exógenas<sup>1486</sup>.

#### 4. Prescriptibilidad

El Código penal español de 1995, acertadamente, señala un término transcurrido el cual las condenas previas quedan sin efecto de cara a la posible apreciación de la reincidencia. En particular, el nº 8 del art. 22 CP, establece en su último párrafo, que "a los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo"<sup>1487</sup>. Actualmente por tanto, los términos para la cancelación de los antecedentes penales a los que se hace referencia en el Capítulo II (arts. 136 y 137), del Título VII, del Libro I, del CP de 1995, constituyen la referencia esencial para determinar la denominada *prescripción* de la reincidencia.

Se debe recordar que la *prescripción* de la reincidencia, esto es, la previsión legal de unos plazos a partir de los cuales dejan de surtir efectos las condenas anteriores, aparece por vez primera en el Código penal de 1822, pues se consideraba que el transcurso de un cierto tiempo sin delinquir era muestra suficiente de la mejor inclinación del reo, haciendo innecesaria la agravación<sup>1488</sup>. Aunque no faltaron voces en la doctrina de la época censurando que se señalara término a la reincidencia, la *Comisión Codificadora* de 1822 optó

---

<sup>1485</sup> Cfr. MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia...*, cit., pp. 72 y 73.

<sup>1486</sup> Cfr. LOPES MAIA GONÇALVES, M., *Código Penal Português. Anotado e comentado*. Ed. Almedina, 15ª ed., Coimbra, 2002, pp. 263 y 264.

<sup>1487</sup> Cfr. art. 22.8ª CP 1995, último párrafo.

<sup>1488</sup> Cfr. ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., pp. 40 ss.

por establecer diferentes plazos de *prescripción* atendiendo principalmente a la gravedad del delito y a la existencia o no de apreciamiento judicial en la primera sentencia<sup>1489</sup>. En un sentido favorable a la denominada *prescripción* de la reincidencia, se manifestaba en el año 1873 ARMENGOL Y CORNET, quien a la pregunta relativa a si ¿puede admitirse o fijarse por la Ley un período de tiempo cuyo transcurso por si sólo hiciera desaparecer la calificación de la reincidencia?, responde que: “FARINACIUS, siguiendo la opinión de antiguos escritores que no consideraban la habitualidad si pasaban tres años sin nueva delincuencia, dice: *Si per dictum tempus bene et laudabiter vixerit, cessat praesumptio quod semel malus, iterum praesumitur malus*<sup>1490</sup>”. A pesar de los argumentos en favor del establecimiento de un término a partir del cual quedarán sin efecto las anteriores condenas, lo cierto es que la denominada *prescripción* de la reincidencia desaparece en el CP 1848, y no vuelve a aparecer hasta los últimos años de vigencia del Código de 1870, al introducirse por Real Decreto de 14 de noviembre de 1925, sufriendo a partir de entonces diversas vicisitudes que la hicieron aparecer y desaparecer hasta quedar definitivamente fijada en el vigente CP 1995<sup>1491</sup>.

## 5. Gravosidad

Las consecuencias de la apreciación de la reincidencia son siempre gravosas para el sujeto afectado por ella, ya que implican además de un aumento de la pena (art. 66. 3ª), otras consecuencias negativas tales como la imposibilidad de obtener la suspensión de la ejecución de la pena (art. 81.1ª); la revocación de la suspensión ya otorgada (arts. 83. 1 y 84); así como la revocación de la libertad condicional (art. 93)<sup>1492</sup>. En el caso de autores toxicómanos, la reincidencia faculta al Tribunal para otorgar o denegar la suspensión de la ejecución de la pena, tal y como dispone el art. 87.2 del CP. Asimismo, la recaída en el

---

<sup>1489</sup> Vid. arts. 116 a 118 CP 1822; véase asimismo ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., pp. 40 ss.

<sup>1490</sup> Cfr. ARMENGOL Y CORNET, P., *La reincidencia...*, cit., p. 88, además cita este autor otros precedentes de la denominada *prescripción* de la reincidencia en el art. 15 de la Ley del 25 de febrero del año VIII; en el art. 71 del Código de Brunswick; en el art. 76 del Código de Sajonia; en el art. 126 del Código de Wuttemberg; en el art. 103 del Código de Hesse; y finalmente, en el art. 180 del Código de Baden.

<sup>1491</sup> Cfr. ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., pp. 40 ss.; posteriormente, el CP 1928 concede al Juez la facultad de dejar de apreciar la reincidencia en consideración al tiempo transcurrido entre los delitos (art. 67.3ª); el Código de 1932 no recoge la *prescripción* en la reincidencia (art. 10.14ª); tampoco el CP 1944, ni el posterior Texto Refundido de 1973 regulan la *prescripción* de la reincidencia (art. 10.15ª); finalmente, el art. 1.3º de la Ley 81/78, de 28 de diciembre, vuelve a establecer un plazo para la *prescripción* de la reincidencia (añadiendo un nuevo párrafo al art. 10.15ª CP Texto Refundido de 1973).

<sup>1492</sup> Cfr. MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 75.

delito deja sin efecto los plazos establecidos en el art. 136.2.2ª del CP para la cancelación de los antecedentes penales<sup>1493</sup>. Finalmente, la reincidencia también despliega sus negativos efectos respecto de la posibilidad de obtener el indulto (art. 2.3º de la Ley de 1870), así como respecto de la prisión provisional (art. 504 LECrim.).

#### IV. Elementos

En relación con los elementos que componen el concepto legal de la reincidencia, resulta necesario hacer mención a la tesis de MARTINEZ DE ZAMORA, que desde un punto de vista teórico diferencia tres elementos fundamentales en la estructura del concepto de reincidencia: a) el sujeto; b) la condena; y c) el segundo delito cometido<sup>1494</sup>. Posteriormente, sin embargo, este autor afina aún más y precisa que realmente los elementos de la reincidencia son únicamente dos: “pues la condena nada significa sin referirla a un sujeto, y éste no es cualquiera, sino específicamente el ya condenado; la sentencia de condena queda absorbida por la humanidad del delincuente que, por ella, aparece en una situación característica, a la que denominamos *situación reidad*, la cual constituye, por tanto, el primer elemento indicado. La recaída como tal, significada por el segundo delito, es el otro elemento de la reincidencia”<sup>1495</sup>. A continuación expondremos, muy sucintamente, las características más generales de la tesis del mencionado autor.

a) El estado de reidad.- Según MARTINEZ DE ZAMORA, sujeto y condena componen el primer elemento de la reincidencia sin que sea posible su separación más que idealmente. El *estado de reidad* constituye para este autor una categoría jurídica subjetiva provocada por la sentencia penal firme de condena, en la que se incluyen todos los individuos que se encuentren en una situación determinada, esto es, la de *ya condenados*. De forma consecuente con sus planteamientos, MARTINEZ DE ZAMORA afirma que el denominado *estado de reidad* engloba de forma inseparable los siguientes elementos: a) de una parte, el sujeto; y b) de la otra, la sentencia penal de condena<sup>1496</sup>.

---

<sup>1493</sup> Cfr. ARROYO DE LAS HERAS, A., MUÑOZ CUESTA, J., GOYENA HUERTA, J., *Las Circunstancias...*, cit., p. 201.

<sup>1494</sup> Cfr. MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia...*, cit., pp. 76 ss.

<sup>1495</sup> Cfr. MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia...*, cit., pp. 76 y 77, la expresión *estado de reidad* es empleada por la doctrina italiana, y así hacen uso de ella DELL' ANDRO y LATAGLIATA, entre otros; en contra de la interpretación de MARTINEZ DE ZAMORA sobre el denominado *estado de reidad* se manifiesta MIR PUIG, S., *La Reincidencia...*, cit., p. 293.

<sup>1496</sup> Cfr. MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia...*, cit., pp. 77 ss; en contra véase MIR PUIG, S., *La Reincidencia...*, cit., p. 293.

**a.1)** El sujeto. Según MARTINEZ DE ZAMORA, la reincidencia sólo podrá ser apreciada respecto de aquella persona que se encuentra en la situación de potencialidad descrita por la norma, esto es, en la situación de *ya condenado*. De lo anterior, deduce este autor la naturaleza eminentemente personal de la reincidencia, apoyando además su deducción en la propia definición legal de la agravante, que hace uso de la expresión *ser reincidente*, con lo cual “personaliza la circunstancia en una categoría especial de delincuentes”<sup>1497</sup>. Según el mencionado autor, la Ley atribuye al *ya reo*, esto es, al sujeto que ha sido precedentemente condenado, un especial deber de no delinquir, o lo que es lo mismo, de no convertirse en reincidente. A partir de lo anterior, concluye MARTINEZ DE ZAMORA que “si está presente en la reincidencia algún tipo de autor, éste no será el reincidente sino el *ya reo*, o no será sólo el reincidente sino también el *ya reo*, sobre todo si se admite, como debe hacerse, que la verdadera agravante sancionada por la Ley como reincidencia nace del hecho de que la infracción criminal la comete no un reincidente sino un ya condenado”<sup>1498</sup>.

**a.2)** La sentencia penal firme de condena. El segundo elemento contenido en el denominado *estado de reidad*, lo constituye la sentencia penal firme de condena interpuesta entre las varias infracciones criminales cometidas. Según MARTINEZ DE ZAMORA, es éste el elemento más específico de la reincidencia, que la distingue en el plano formal de otras hipótesis de reiteración delictiva<sup>1499</sup>.

**b)** El nuevo delito.- La comisión de un nuevo delito por el ya reo es para MARTINEZ DE ZAMORA el segundo elemento característico de la reincidencia<sup>1500</sup>.

De otra opinión es MIR PUIG, quien se muestra crítico con la propuesta de MARTINEZ DE ZAMORA<sup>1501</sup>, y afirma que el concepto legal de reincidencia nos permite distinguir en su seno tres elementos fundamentales: a) un elemento de pasado, constituido por la previa sentencia penal firme y ejecutoria de condena<sup>1502</sup>; b) un elemento de presente,

---

<sup>1497</sup> Cfr. MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 77; asimismo cita este autor a DEL ROSAL, *Sobre reincidencia*, en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, julio-agosto, 1984, p. 177, y en *Comentarios a la Doctrina penal del Tribunal Supremo*, Valladolid, 1952, Cap. V. p. 93 ss.

<sup>1498</sup> Cfr. MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia...*, cit., pp. 77 y 78.

<sup>1499</sup> Cfr. MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 78.

<sup>1500</sup> Cfr. MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia...*, cit., pp. 94 ss.

<sup>1501</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., pp. 292 ss.

<sup>1502</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., pp. 302 ss.; el mismo autor en *Derecho Penal. Parte General*. 5ª ed., Barcelona, 1998, p. 654.



constituído por el delito actual que da lugar a la apreciación de la reincidencia<sup>1503</sup>; y c) un elemento relacional, esto es, la existencia de un vínculo entre el delito pasado y el actual, que deben estar comprendidos en el mismo Título del Código y ser de la misma naturaleza<sup>1504</sup>. En cuanto a la referencia al sujeto encarnada en la expresión *ser reincidente* y a diferencia de MARTINEZ DE ZAMORA, concluye MIR PUIG que la utilización de esta expresión “no conduce necesariamente a fundar la agravación en un *estado* del sujeto subsiguiente al actual delito<sup>1505</sup>”.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, podemos sistematizar los diferentes elementos integrados en el concepto legal de la reincidencia, del siguiente modo:

## 1. Condena previa

### a) Condena previa

El primero de los requisitos formales exigidos por la Ley para calificar a un sujeto como *reincidente*, supone la necesidad de comprobar –de forma previa a la comisión del delito actual- la existencia de una sentencia firme de condena por delito. Por sentencia penal de condena, entendemos la resolución emanada de un Tribunal penal competente que decide sobre el fondo de la causa de que conoce, en el sentido de establecer la existencia de un hecho delictivo, su comisión por una o varias personas determinadas, así como la relativa responsabilidad y punición de éstas<sup>1506</sup>. Resulta importante subrayar que para servir de base a la reincidencia, la previa sentencia penal de condena debe ser por delito, lo que supone la exclusión de las sentencias dictadas en Juicio de Faltas<sup>1507</sup>.

### b) Sentencia firme

Además, la sentencia previa de condena debe causar causar *ejecutoria*<sup>1508</sup>, término que en sentido formal indica el documento público y solemne en el que se consigna una

---

<sup>1503</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., pp. 343 ss.

<sup>1504</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., pp. 306 ss.; el mismo en *Derecho penal...*, cit., pp. 653 ss.

<sup>1505</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., pp. 405 y 293.

<sup>1506</sup> Cfr. MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 78.

<sup>1507</sup> Ello se deduce de la propia dicción literal del n° 8 del art. 22 CP, cuando dispone que: “Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un *delito* comprendido en el mismo Título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza”.

<sup>1508</sup> Véanse las SSTS 8-5-1903; 17-6-1940; 13-12-1966.

sentencia firme, y en sentido material aquella sentencia que puede llevarse a efecto<sup>1509</sup>. Por lo tanto, la expresión *ejecutoriamente condenado* utilizada en el n° 8 del art. 22 CP 1995, hace referencia a la exigencia de una previa sentencia penal firme de condena. Según dispone el art. 141 de la LECrim., por sentencia penal firme se ha de entender aquella contra la que no cabe recurso alguno ordinario ni extraordinario, salvo el de revisión o rehabilitación<sup>1510</sup>.

La doctrina procesalista y la jurisprudencia mantienen abierta la polémica sobre la naturaleza jurídica del recurso de revisión regulado en los arts. 954 ss. LECrim. En este sentido, DE LA OLIVA afirma que existen dos posiciones básicas: a) una primera, mayoritaria en la jurisprudencia de nuestros tribunales, que considera la revisión como un recurso extraordinario; y b) una segunda, de mayor arraigo en la doctrina, que concibe la revisión como una acción de impugnación autónoma<sup>1511</sup>. De cualquier modo, sólo son revisables las sentencias condenatorias firmes<sup>1512</sup>, por lo que coincidimos con MARIN ESPINOSA cuando afirma que “cuando se interpone recurso de revisión contra una sentencia se podrá apreciar la agravante en otra, porque aquélla sentencia es firme<sup>1513</sup>”.

A idéntica conclusión se debe llegar respecto de otro medio de impugnación sobre cuya naturaleza jurídica tampoco existe acuerdo en la doctrina<sup>1514</sup>, como es el denominado recurso de anulación, siempre y cuando el objeto del mismo sea una sentencia penal firme

---

<sup>1509</sup> Véase el art. 141 LECrim.

<sup>1510</sup> Véase el art. 141 de la LECrim.; asimismo, véase MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 80, según este autor la Ley exige la firmeza de la sentencia condenatoria previa por dos razones fundamentales: a) sólo la sentencia firme puede considerarse como la voluntad de la Ley referida a un supuesto concreto de la vida; y b) una condena que no es firme puede ser anulada o reformada de modo tal que se habría propiciado el error de haberla computado a efectos de reincidencia (certeza y seguridad jurídica); por todo ello, considera este autor que es necesario que la condena anterior sea firme *al delinquir* el culpable, no siendo suficiente que la condena devenga firme durante el juicio, esto es, *al ser juzgado*.

<sup>1511</sup> Véase DE LA OLIVA SANTOS, A., ARAGONESES MARTINEZ, S., HINOJOSA SEGOVIA, R., MUERZA ESPARZA, J., y TOME GARCIA, J.A., *Derecho procesal penal*, Centro de Estudios Ramón Areces. Segunda edición, Madrid, 1995, pp. 598 ss.

<sup>1512</sup> Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, A. y OTROS, *Derecho procesal penal...*, cit., p. 599.

<sup>1513</sup> Véase MARIN ESPINOSA CEBALLOS, E., *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*. Comares, Granada, 1999, pp. 222 y 223, sin perjuicio de lo cual propone esta autora que de *lege ferenda* se deberían dejar en suspenso aquellas sentencias que están pendientes de revisión, para que en ningún caso la sentencia objeto de revisión sirviera de fundamento a la reincidencia.

<sup>1514</sup> Véase DE LA OLIVA SANTOS, A. y OTROS, *Derecho procesal penal...*, cit., p. 670, la doctrina mantiene respecto del recurso de anulación las posturas más diversas que van desde la que entiende que es un recurso distinto al de apelación, que persigue la rescisión de una sentencia penal, pasando por la que piensa que se trata de un recurso extraordinario, hasta la que cree que ni es un recurso ordinario ni extraordinario, ni tampoco es acertado el término anulación.

de condena<sup>1515</sup>. Tampoco la interposición de un recurso de amparo constitucional contra una sentencia penal firme de condena, impide en principio tomar en consideración la mencionada condena a los efectos de la reincidencia. Sin embargo, se debe precisar que a diferencia de otros medios de impugnación, la propia LOTC previene en su art. 56 la posibilidad de suspender de oficio o a instancia de parte la ejecución de la sentencia por razón de la cual se reclame el amparo, cuando “la ejecución hubiere de ocasionar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad”<sup>1516</sup>.

c) No necesidad de condena cumplida

Por otra parte, la firmeza de la sentencia no implica la necesidad de que la condena esté cumplida, bastando la existencia de condena firme aunque no se haya ejecutado la pena. Tomando como punto de partida el hecho de que la actual regulación de la reincidencia contenida en el nº 8 del art. 22 CP 1995, no exija el cumplimiento efectivo -ni total ni parcial- de la condena impuesta con anterioridad, es posible afirmar que el vigente Código Penal ha optado por un sistema de *reincidencia impropia o ficta*<sup>1517</sup>. En opinión de MARTINEZ DE ZAMORA, esta orientación legislativa encuentra uno de sus antecedentes más remotos en el Código penal francés de 1810 -primero en regular la reincidencia como causa general de agravación-, y se justifica a partir de los siguientes argumentos: a) en primer lugar, por razones *ético-jurídicas*, pues si se admite la reincidencia sólo tras la expiación, se dispensa un trato de favor al rebelde; b) en segundo lugar, por razones de *defensa social*, pues el delincuente que se sustrae a la acción de la justicia podría cometer numerosos delitos sin llegar a ser nunca reincidente; y c) en tercer y último lugar,

---

<sup>1515</sup> El recurso de anulación de sentencias dictadas en ausencia del condenado se regula de forma principal en el art. 797.2 de la LECrim., que dispone lo siguiente: “La sentencia dictada en ausencia, haya sido o no apelada, es susceptible de ser recurrida en anulación por el condenado en el mismo plazo y con iguales requisitos y efectos que los establecidos para el recurso de apelación. El plazo de contará desde el momento en que se acredite que el condenado tuvo conocimiento de la sentencia”; se debe precisar que el recurso de anulación puede tener por objeto tanto una sentencia penal firme de condena, como una sentencia que aún no lo sea, esto es, que todavía sea susceptible de apelación; sobre ello véase también MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., pp. 223 y 224.

<sup>1516</sup> El recurso de amparo constitucional, se regula en los arts. 41 y siguientes de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

<sup>1517</sup> La distinción procede de CARRARA, quien conforme a su *teoría de la insuficiencia relativa de la pena ordinaria*, estima como *reincidencia ficta o impropia* la que se produce tras la condena sin haber expiado la pena; y como *reincidencia vera o propia*, la que se produce tras la expiación de la pena; sobre ello véase MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 78; asimismo MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., pp. 432 ss.; el vigente Código penal suízo, sin embargo, sigue el sistema de la *reincidencia propia o vera*, cuando en su art. 67 exige para la apreciación de la agravante el previo cumplimiento, al menos parcial, de la pena impuesta con anterioridad.

por razones de prevención general derivadas del “reconocimiento de la importancia jurídica de la sentencia condenatoria y de su capacidad de influjo psicológico sobre el ánimo de quien la ha padecido”<sup>1518</sup>.

#### d) Sentencias de Tribunales Militares y extranjeros

En cuanto a la eficacia respecto de la reincidencia de las sentencias dictadas por los Tribunales militares y extranjeros, se debe recordar que aunque el Código Penal de 1928 admitía en su art. 70 la eficacia a efectos de reincidencia de las sentencias dictadas por Tribunales de Guerra y Marina y por los Tribunales extranjeros, siempre que fuese por delitos penados en ese mismo Código (art. 70), no ha sido ésta la orientación seguida por el legislador del CP de 1995. En efecto, coincidimos con MARIN ESPINOSA cuando afirma que como la reincidencia sólo se apreciará entre delitos comprendidos “en el mismo Título de este Código” (art. 22.8ª CP), no se podrá aplicar a los delitos previstos en leyes especiales, por lo que las condenas emitidas por los Tribunales militares por delitos militares no se computarán a efectos de reincidencia<sup>1519</sup>. Sobre este particular, es importante precisar que la reincidencia es objeto de una muy defectuosa regulación en el art. 22 del Código Penal Militar de 1985<sup>1520</sup>.

Tampoco las sentencias dictadas por los Tribunales extranjeros pueden ser actualmente equiparadas de forma general a las de los nacionales a efectos de reincidencia. En efecto, la L.O. 10/1995 del Código penal, contempla únicamente dicha equiparación en el Libro II al regular determinadas figuras delictivas (p.ej.: arts. 190, 375, 388 y 580)<sup>1521</sup>. Ello supone que las sentencias dictadas por los Tribunales extranjeros tan solo puedan

---

<sup>1518</sup> Cfr. MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 79.

<sup>1519</sup> Vid. MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 227; sobre ello también ARROYO DE LAS HERAS, A., MUÑOZ CUESTA, J., GOYENA HUERTA, J., *Las Circunstancias...*, cit., p. 172: “En relación con las sentencias dictadas por los Tribunales Militares se distingue según éstas hayan recaído sobre hechos penados en el Código común o sobre delitos puramente militares, de modo que sólo en el primer caso, y no en el segundo, deberán computarse tales sentencias a los efectos de la reincidencia”.

<sup>1520</sup> Véase el art. 22 del Código Penal Militar, aprobado por Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, que dispone lo siguiente: “La reincidencia es circunstancia que agrava la responsabilidad criminal en los delitos militares. Hay reincidencia cuando al delinquir el culpable hubiese sido condenado ejecutoriamente por delito comprendido en un mismo Capítulo de este Código, por delito al que el Código señale pena igual o mayor o por dos o más delitos a los que aquél señale pena menor”.

<sup>1521</sup> Cfr. ZUGALDIA ESPINAR, J.M., *Comentarios al Código penal*. T. II. Edersa, Madrid, 1998, p. 1078.

computarse actualmente a los efectos de la aplicación de la agravante de reincidencia, en los casos expresamente establecidos en la Ley<sup>1522</sup>.

e) Sentencias dictadas conforme al Código penal derogado

Respecto de la eficacia de las sentencias dictadas con arreglo al Código penal derogado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, debe tomarse en consideración lo dispuesto en la Disposición Transitoria Sexta de este Cuerpo legal, que literalmente dispone lo siguiente:

***D.T. Sexta.-** No serán revisadas las sentencias en que la pena esté ejecutada o suspendida, aunque se encuentren pendientes de ejecutar otros pronunciamientos del fallo, así como las ya totalmente ejecutadas, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal que en el futuro pudiera tenerlas en cuenta a efectos de reincidencia deba examinar previamente si el hecho en ellas penado ha dejado de ser delito o pudiera corresponderle una pena menor de la impuesta conforme a este Código.*

En la interpretación de esta disposición, se debe tener en cuenta la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 2/1996, de 22 de mayo, en la que se afirma lo siguiente:

*“Las condenas por hechos despenalizados o que hayan sido convertidos en faltas en la nueva legislación penal, aunque no hayan sido revisadas, no podrán servir de base para la apreciación de la reincidencia (disposición transitoria 6). Por eso en algunas ocasiones no bastará con el examen de la hoja histórico-penal, sino que será necesario recabar testimonio de la sentencia anterior”.*

f) Eficacia temporal de la condena previa

En cualquier caso, los efectos de cara a la reincidencia de la condena previa no son perpetuos. En efecto, la condena pierde su capacidad para servir de base a una hipotética reincidencia desde el mismo momento en el que transcurre el término legalmente establecido para la cancelación del antecedente. Esto significa que la reincidencia no podrá apreciarse cuando el delito actual, esto es, la infracción que daría lugar a la apreciación de la reincidencia, se comete habiéndose cancelado los antecedentes penales o habiendo podido serlo, pues así lo dispone expresamente el último párrafo del nº 8 del art. 22 CP 1995, cuando dice que “a los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales

---

<sup>1522</sup> Cfr. MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., pp. 227 y 228.

cancelados o que debieran serlo<sup>1523</sup>”. La cancelación de los antecedentes penales, regulada en los arts. 136 y 137 del Código Penal, supone por tanto la plena rehabilitación del condenado, e impide la toma en consideración a los efectos de la reincidencia de los antecedentes penales que hayan sido cancelados o que pudieran serlo<sup>1524</sup>.

## 2. Delito actual

El nº 8 del art. 22 del CP 1995, exige que en el momento de *delinquir* el culpable hubiera sido ya ejecutoriamente condenado por un delito comprendido en el mismo Título y de la misma naturaleza. De lo anterior, se deduce que el delito actual, esto es, el delito que da lugar a la apreciación de la reincidencia, ha de haberse cometido de forma posterior a la firmeza de la previa sentencia penal de condena. El art. 22.8 del CP, se refiere al momento de la comisión del nuevo delito cuando dispone que “hay reincidencia cuando, *al delinquir*, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito (...)”. En opinión de MARTINEZ DE ZAMORA, sólo será factible apreciar la reincidencia cuando la acción criminal actual se inicia después de haber alcanzado su firmeza la condena precedente<sup>1525</sup>. De forma consecuente con lo anterior, afirma este autor que el delito cuyos actos de ejecución comiencen antes de producirse la firmeza de la resolución previa de condena, no surtirá efecto alguno de cara a la posible aplicación de la reincidencia, y ello aunque después de la aludida firmeza se realizaran actos ejecutivos complementarios o apareciera entonces el resultado delictivo, lo que resulta especialmente relevante en los supuestos de delito continuado, permanente, o de tracto sucesivo<sup>1526</sup>.

---

<sup>1523</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, cit., p. 655; asimismo MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., pp. 238 ss.

<sup>1524</sup> Véase asimismo art. 252 Lecrim.; asimismo MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 238 ss., desde la L.O. 8/1983, de 25 de junio, se regula el actual sistema de cancelación de antecedentes, que pretende equiparar al rehabilitado con el delincuente primario. La reforma de 1983 pretende acomodar la cancelación a la CE (arts. 9.2 y 25 CE) y a lo dispuesto en el art. 73.2 de la LGP 1/1979. El nuevo sistema pretende evitar la estigmatización y favorecer la resocialización. Antes de la reforma de 1983, la rehabilitación era una concesión graciosa del ejecutivo, precisando un expediente al efecto, sin embargo desde 1983 constituye un verdadero derecho subjetivo del penado (STC 21 de julio de 1983). Sobre la cancelación de los antecedentes también debe tomarse en consideración el contenido del RD 2012/1983, de 28 de julio (BOE 30 de julio de 1983). Respecto de la cancelación de los antecedentes extranjeros, véase p. 244.

<sup>1525</sup> Cfr. MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 95.

<sup>1526</sup> Cfr. MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia...*, cit., pp. 95 y 96. Ello supone la admisión de la denominada *teoría de la actividad*; asimismo véase MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., pp. 173 y 174.

Por su parte, MIR PUIG afirma que la determinación del momento de comisión del delito actual, al que alude la expresión “al delinquir”, requiere la remisión al criterio dogmático que se adopte respecto del tiempo de comisión del delito<sup>1527</sup>. Así, considera MIR PUIG que la interpretación de la expresión “al delinquir” será diferente según se adopte el punto de vista de la *teoría de la actividad, del resultado, o de la ubicuidad*, que respectivamente sitúan el momento de la comisión de la infracción en la manifestación de la voluntad, en el resultado material producido por la misma, o en ambos momentos<sup>1528</sup>. De cualquier modo, el mencionado autor concluye que el momento de comisión del actual delito debe precisarse con arreglo a la *teoría de la actividad*<sup>1529</sup>. Sobre esta materia, debe recordarse sin embargo que en el Código penal de 1870, el legislador optó por una regulación distinta de la actual, y así el n° 18 del art. 10 disponía lo siguiente:

**Art. 10.-** *Son circunstancias agravantes: (...)*

*18ª Ser reincidente.*

*Hay reincidencia cuando al ser juzgado el culpable por un delito, estuviere ejecutoriamente condenado por otro comprendido en el mismo Título de este Código.*

En opinión de ASUA BATARRITA, la referencia al momento del enjuiciamiento en lugar de al momento de comisión del segundo delito, constituyó un grave error que suscitó las críticas de la doctrina y de algunos fiscales por su evidente injusticia<sup>1530</sup>. El legislador, a la vista de las numerosas y fundadas críticas vertidas contra la redacción del art. 10.18 del CP 1870, modificó su criterio en el Código de 1928, retornando a la fórmula clásica al establecer en el n° 3 del art. 67 lo siguiente:

---

<sup>1527</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 171.

<sup>1528</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 171 a 173: “No creemos que pueda fundarse la extensión de la teoría de la actividad a la reiteración en la contemplación de la literalidad del art. 10.14 como hace MARTINEZ DE ZAMORA. No es totalmente exacto que la expresión *al delinquir* conduzca necesariamente a aquella solución. Al delinquir equivale a *en el momento de comisión de la infracción*. Y la determinación de este momento es distinta según la teoría que se adopte, porque es, precisamente, lo que se trata de averiguar.

<sup>1529</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, cit., p. 655, lo que plantea problemas en los casos en que el castigo o condena recaen durante la ejecución de un *hecho que se prolonga en el tiempo* —aquí, deben aceptarse las agravantes—, durante la comisión de un *delito continuado* —aquí sólo pueden admitirse las agravantes cuando los actos parciales no son cuantificables— y durante la realización de un *delito permanente* —aquí procede la agravación—.

<sup>1530</sup> Cfr. ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., pp. 261 ss.

*Art. 67.- Las condiciones personales que agravan la responsabilidad son: (...)*

*3ª. La reincidencia; cuando al ejecutar el delito el culpable estuviere castigado, con anterioridad y ejecutoriamente, por otro comprendido en el mismo Título de este Código (...)*

Sin embargo, el Código de 1928 se mantuvo en vigor poco tiempo, e incomprensiblemente el Código de 1932 volvió a recoger la desafortunada fórmula anterior refiriendo la reincidencia al momento del enjuiciamiento (art. 10.14<sup>a</sup>). Finalmente, la desaparición de toda referencia al momento del enjuiciamiento se produce de forma definitiva a partir del Código penal de 1944, en cuyo art. 10.15<sup>a</sup> se retoma la fórmula clásica según la cual “hay reincidencia, cuando al delinquir el culpable estuviere ejecutoriamente condenado por otro u otros delitos comprendidos en el mismo Título de este Código”<sup>1531</sup>.

### **3. Doble relación de identidad**

Para poder apreciar la reincidencia, el Código penal de 1995 exige una doble relación de identidad entre el delito anterior y el actual. La existencia de una cierta relación de identidad entre las diferentes infracciones cometidas, constituye una de las características esenciales del instituto, razón por la cual su exigencia ha sido una constante en nuestra legislación penal.

#### a) Ubicación legal del nuevo delito

Para constatar la relación de identidad entre las diversas infracciones cometidas por el autor reincidente, se ha seguido tradicionalmente un criterio de índole formal basado preferentemente en la ubicación sistemática de las distintas infracciones<sup>1532</sup>. Así, el Código penal de 1822 deducía la necesaria relación de identidad entre las distintas infracciones cometidas por el reincidente, del hecho de que aquellas se ubicaran en el mismo Título del Código. Por su parte, el Código penal de 1848/50 no contenía referencia alguna a la ubicación sistemática de las distintas infracciones, bastando para la apreciación de la agravante que el delito anterior y el actual fueran de la “misma especie”. Sin embargo, el

---

<sup>1531</sup> Cfr. ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 263: “Durante más de 70 años, por lo tanto, rigió el criticado concepto legal de reincidencia, y en consecuencia durante todo ese tiempo a pesar de la disconformidad insistentemente manifestada por juristas y magistrados, numerosos reos tuvieron que cumplir un *plus* de pena difícilmente justificable”.

<sup>1532</sup> Véase sobre ello MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., pp. 362 ss.



Código de 1870 retoma al criterio formalista seguido en 1822, exigiendo que los distintos delitos se hallen comprendidos en el mismo Título. Este mismo criterio formal, referido a la identidad en los Títulos, se mantiene en los Códigos de 1928, 1932, 1944, Texto Revisado de 1963, y Texto Refundido de 1973, si bien este último Texto fue modificado por medio de la Ley Orgánica 8/83, de 25 de junio, sobre Reforma Urgente y Parcial del Código penal, en el sentido de sustituir la mención relativa a la identidad en el Título por la exigencia de que las distintas infracciones se hallen comprendidas en el mismo Capítulo del Código.

Actualmente, el nº 8 del art. 22 del CP de 1995, ha vuelto a la fórmula originaria de 1822, exigiendo que los distintos delitos que dan lugar a la apreciación de la reincidencia se hallen comprendidos en el mismo Título del Código. Por otra parte, y para resolver los posibles problemas de Derecho transitorio que pudieran plantearse a partir de la entrada en vigor del nuevo Código penal de 1995, respecto de los delitos cometidos bajo la vigencia del Código penal derogado, el legislador ha previsto en la Disposición Transitoria Séptima del CP 1995, lo siguiente:

***D. T. Séptima.-*** *A efectos de la apreciación de la agravante de reincidencia, se entenderán comprendidos en el mismo Título de este Código, aquellos delitos previstos en el cuerpo legal que se deroga y que tengan análoga denominación y ataquen del mismo modo a idéntico bien jurídico.*

Respecto de los posibles cambios en la denominación de los distintos delitos, se debe considerar el contenido de la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 2/1996, de 22 de mayo, que dispone lo siguiente:

*“La similitud de denominación ha de interpretarse en un sentido laxo y más conceptual que puramente gramatical. Así, una condena por delito de violación del art. 429 del Código Penal de 1973 podrá fundamentar la agravante de reincidencia por cualquiera de los delitos comprendidos en el Título VIII del Libro II del nuevo Código Penal, aunque ese nomen -violación- haya desaparecido como tal”.*

b) Naturaleza del nuevo delito

El criterio puramente formalista consistente en hacer depender la necesaria relación de identidad entre las diferentes infracciones, de su ubicación sistemática dentro del mismo Título del Código, ha sido criticado con acierto por la doctrina<sup>1533</sup>. Probablemente sea esta

---

<sup>1533</sup> Cfr. MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 225 ss.

la razón que ha llevado al legislador a incluir en el Código de 1995 –junto con la exigencia puramente formal que constituye la necesaria identidad en el Título-, una novedosa exigencia de índole material cual es la de que, además de estar comprendidos en el mismo Título, los distintos delitos que dan lugar a la apreciación de la reincidencia sean “de la misma naturaleza”.

El criterio de carácter formal que hace referencia a la ubicación sistemática de los diferentes delitos cometidos, no plantea especiales dificultades para determinar su efectiva concurrencia, pues el Juez se limitará a comprobar de una forma puramente mecánica si el nuevo delito se halla ubicado dentro del mismo Título que el anterior. Sin embargo, el nuevo requisito exigido en el nº 8 del art. 22 del CP 1995, relativo a la necesaria relación de identidad en la *naturaleza* de las diferentes infracciones, se presenta algo más problemático, pues la expresión “misma naturaleza” admite diversas interpretaciones. Así, con fundamento en lo dispuesto en la Disposición Transitoria Séptima del CP 1995, la Fiscalía General del Estado en su Circular núm. 2/1996, de 22 de mayo, afirma lo siguiente<sup>1534</sup>:

*“Las condenas recaídas con arreglo al Código Penal que se deroga podrán fundamentar la reincidencia de acuerdo con lo establecido en la Disposición Transitoria 7 que exige que la denominación del delito sea análoga y que exista una identidad tanto de bien jurídico protegido como de modalidad de agresión. Lo esencial es esto último: la identidad de objeto de protección y forma de ataque”.*

En opinión de GOYENA HUERTA, para determinar cuando nos encontramos ante delitos de la misma naturaleza habrá de tenerse en cuenta tanto la identidad del bien jurídico lesionado o puesto en peligro, como la forma de imputación (dolo o culpa)<sup>1535</sup>. Con base en este planteamiento, el mencionado autor afirma que “existiendo entre delitos dolosos y culposos una diferencia esencial de imputación (...), no cabe hablar de igualdad entre sus naturalezas”, por lo que acertadamente concluye que “en consecuencia, la naturaleza de un delito doloso no puede nunca ser igual a la de un delito culposo, por lo

---

<sup>1534</sup> Esta misma orientación es seguida por el TS en su sentencia de fecha 12 de mayo de 2000 [RJA 2681], en la que se afirma que “en esta fecha, los delitos contra la seguridad del tráfico estaban recogidos en la Sección 1ª, del Capítulo II, del Título V, del Libro II del Código de 1973, siendo los únicos que se castigaban con penas de multa y privación del permiso de conducir los tipificados en el artículo 340 bis a) –conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o drogas y conducción temeraria– que tiene análoga denominación y atacan idéntico bien jurídico que el ahora sancionado (Disposición transitoria séptima del Código Penal vigente)”; asimismo véase también MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 229.

<sup>1535</sup> Vid. ARROYO DE LAS HERAS, A., MUÑOZ CUESTA, J., GOYENA HUERTA, J., *Las circunstancias...*, cit., pp. 173 ss.

que, la coexistencia de ambos no determinaría la aplicación de la agravante de reincidencia<sup>1536</sup>”. Por su parte, PRATS CANUT añade a los anteriormente mencionados criterios para determinar la identidad en la naturaleza de las diferentes infracciones, un criterio relacionado con la respectiva gravedad de las conductas. En este sentido, entiende el citado autor que cuando se habla de la *misma naturaleza* se está haciendo referencia no sólo a la identidad de bien jurídico, sino, además, a la identidad de gravedad, de modo que las penas de ambos delitos sean equivalentes<sup>1537</sup>.

Finalmente, MARIN ESPINOSA invoca la doctrina del Tribunal Supremo iniciada por la STS de 8 de julio de 1998, y seguida por las SSTS de 17 de octubre de 1998 y de 2 de junio de 1999, para concluir que dos delitos son de la misma naturaleza cuando concurren los siguientes elementos: a) cuando se ataca el mismo bien jurídico; y b) cuando de ello se pueda deducir una tendencia criminal del autor<sup>1538</sup>. Por otra parte, para deducir la tendencia criminal del reo, la mencionada autora considera que debe atenderse a los siguientes criterios: a) de una parte, a los medios empleados para vulnerar el interés social protegido, esto es, si los hechos se llevaron a cabo mediante una acción u omisión, mediante violencia, fuerza, intimidación, etc.; b) y de otra parte, a la gravedad de los respectivos delitos, lo que implica atender: b.1) en primer lugar, a la naturaleza de las respectivas conductas (dolosas/culposas) con base en lo dispuesto en el art. 10 del Código Penal; y b.2) en segundo término, a la gravedad objetiva de las respectivas penas teniendo en consideración lo dispuesto en los arts. 13 y 33 del Código<sup>1539</sup>.

#### **4. Elemento unitario: el sujeto**

La norma penal que regula la reincidencia se dirige a un tipo de autor muy determinado, esto es, al autor reincidente. Por tanto, el elemento unitario de la reincidencia, al que se refieren el resto de los elementos de su definición legal es siempre un sujeto, y en este sentido debe entenderse la expresión “ser reincidente” utilizada en el n° 8 del art. 22

---

<sup>1536</sup> Cfr. ARROYO DE LAS HERAS, A., MUÑOZ CUESTA, J., GOYENA HUERTA, J., *Las circunstancias...*, cit., p. 176.

<sup>1537</sup> Cfr. PRATS CANUT, J.M., QUINTERO OLIVARES, G., y VALLE MUÑIZ, J.M., *Comentarios al nuevo Código penal*. Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 257 ss.; en contra véase ARROYO DE LAS HERAS, A., MUÑOZ CUESTA, J., GOYENA HUERTA, J., *Las circunstancias...*, cit., p. 177.

<sup>1538</sup> Cfr. MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 232.

<sup>1539</sup> Cfr. MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., pp. 233 ss.

del Código penal<sup>1540</sup>. La cualidad de reincidente sólo se adquiere por parte del individuo a partir de la constatación de una serie de presupuestos de índole puramente formal, esto es, el sujeto de la reincidencia o, reincidente, sólo llega a ser tal si en el mismo concurren los requisitos objetivos exigidos por la Ley, por esta razón conviene distinguir los siguientes estados subjetivos:

a) La situación del reo tras la condena: el estado de reidad.

A pesar de que no compartimos las conclusiones a las que llega MARTINEZ DE ZAMORA respecto del fundamento de la agravante de reincidencia, sí consideramos acertada su posición cuando afirma que la reincidencia sólo podrá ser apreciada respecto de aquéllas personas que se encuentran en la situación de potencialidad descrita por la norma, esto es, en la situación de *ya condenados*. En opinión de este autor, esto significa que la Ley atribuye al *ya reo*, esto es, al autor de un delito que ha sido precedente y ejecutoriamente condenado, un especial deber de no cometer otro delito de la misma naturaleza en los plazos señalados para la cancelación de sus antecedentes, o lo que es lo mismo, de no convertirse en reincidente. El condenado por delito, deviene por tanto en una situación especial, la de *ya reo*, desde el mismo momento en el que adquiere firmeza su condena y hasta el mismo momento en que se cancela o puede ser cancelado el antecedente.

b) La situación del *ya reo* tras el delito actual: la reincidencia.

De forma consecuente con nuestros anteriores planteamientos, el sujeto de la reincidencia en sentido estricto, esto es, el autor reincidente, sólo devendrá tal cuando en él confluyan todos los elementos contenidos en la definición legal de la agravante, y en este sentido debe interpretarse la expresión “*ser reincidente*” que encabeza el n° 8 del art. 22 CP 1995. Por lo tanto, el sujeto precedentemente condenado, el *ya reo*, aún no reincidente, sólo adquiere esta última cualidad cuando comete un nuevo delito de la misma naturaleza que el anterior dentro de los plazos legalmente previstos para la cancelación de sus antecedentes. Es en ese preciso momento, encarnado en la expresión “*al delinquir*”, cuando el autor –*ya reo*– deviene formalmente reincidente, esto es, verdadero sujeto de la reincidencia.

---

<sup>1540</sup> Cfr. MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 78.

## V. Prueba

Para apreciar la reincidencia es preciso que los elementos que la integran estén debidamente acreditados<sup>1541</sup>. Así, en la STS de 19 de octubre de 1995 [RJA 8723], se afirma que “como ya ha dicho reiteradamente esta Sala para poner en marcha sus efectos agravatorios es necesario que consten indubitadamente recogidos todos los factores que el legislador ha querido tener en cuenta para apreciar su concurrencia. En primer lugar, ha de figurar debidamente reseñada la firmeza y ejecutoriedad de la sentencia y la naturaleza del hecho delictivo para poder determinar cuál es la pena que la ley señala para su punición. Todos estos datos deben constar en el correspondiente certificado oficial y ser transferidos al hecho probado para que, sobre el relato fáctico, se puedan fiscalizar la procedencia o no de los efectos agravatorios<sup>1542</sup>”. En efecto, para que pueda apreciarse la circunstancia agravante de reincidencia, el Tribunal Supremo exige “que en el relato de hechos probados se individualicen las condenas anteriores, consignando la fecha de la sentencia, la de su firmeza, el delito por el que se le sancionó y la pena como elementos esenciales para determinar si puede operar efectivamente agravando la pena. Por ello, no basta con expresar algo tan inconcreto y vago como que el acusado tenía antecedentes penales<sup>1543</sup>”.

Según nos dice ARMENGOL Y CORNET, desde el Derecho Romano la forma de acreditar la reincidencia sería muy probablemente la mutilación y la marca<sup>1544</sup>. A pesar de que este modo tan cruel como eficaz de reconocer a los reincidentes mantuvo largo tiempo su vigencia, el mencionado autor nos indica que el primer Registro Especial para hacer constar los antecedentes penales fue creado en la Francia post-revolucionaria, al proclamarse el *Code d'instruction criminelle* en el año 1808<sup>1545</sup>. En España, sin embargo, la

---

<sup>1541</sup> En este sentido STS de 3 de julio de 1990 [RJA 6200]: “Esta Sala en doctrina constante ha mantenido que los elementos y requisitos que integran o fundamentan la apreciación de las circunstancias agravantes tienen que estar probados con igual claridad meridiana que el hecho mismo”.

<sup>1542</sup> Cfr. ARROYO DE LAS HERAS, A., MUÑOZ CUESTA, J., GOYENA HUERTA, J., *Las circunstancias...*, cit., p. 202; véase también el art. 379 de la LECrim.

<sup>1543</sup> Cfr. STS de 1 de octubre de 1992 [RJA 7890], citada por MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 287.

<sup>1544</sup> Véase ARMENGOL Y CORNET, P., *La reincidencia...*, cit., p. 115; en el mismo sentido MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 16; véase también GROSSO GALVAN, M., *Los antecedentes penales: Rehabilitación y control social*. Bosch, Barcelona, 1983, pp. 13 ss.

<sup>1545</sup> Cfr. ARMENGOL Y CORNET, P., *La reincidencia...*, cit., p. 115; en el mismo sentido GROSSO GALVAN, M., *Los antecedentes penales...*, cit., pp. 13 ss.

implantación de un Registro General de antecedentes penales no tuvo lugar hasta muy avanzado el s. XIX. Así, los precedentes del actual *Registro Central de Penados y Rebeldes*, que radica en el Ministerio de Justicia, se hallan en el R.D. de 22 de septiembre de 1848 que creó el *Registro Central de Penados* en el Ministerio de Gracia y Justicia, siendo suprimido después de algunos años de muy defectuoso funcionamiento mediante R.O. de 30 de marzo de 1868. La reorganización definitiva tuvo lugar mediante R.D. de 2 de octubre de 1878, bajo la denominación de *Registro Central de Penados y Procesados en Rebeldía*. Posteriormente, la R.O. de 5 de diciembre de 1892 creó el denominado *Registro Central*, recibiendo su nombre actual de *Registro Central de Penados y Rebeldes* a partir del R.D. de 18 de febrero de 1901<sup>1546</sup>.

Actualmente por tanto, la acreditación de la condena previa se obtiene a través del *Certificado de Antecedentes Penales*, aunque también resultan admisibles otros medios de prueba tales como el testimonio o la certificación de la sentencia condenatoria previa y de su firmeza<sup>1547</sup>. En cualquier caso, el modo más habitual de obtener la prueba de la anterior condena lo constituye la incorporación a los autos de la *Hoja Histórico Penal* remitida por el *Registro Central de Penados y Rebeldes*<sup>1548</sup>. Por otra parte, si en la Certificación aportada por el *Registro Central de Penados y Rebeldes* no quedara suficientemente determinada la fecha en la quedó extinguida la pena (dato necesario para calcular la fecha de cancelación de los antecedentes), entonces el plazo de cancelación debe computarse desde la fecha de la firmeza de la propia sentencia que causó el antecedente<sup>1549</sup>. Asimismo, cuando en la

---

<sup>1546</sup> Cfr. RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *Derecho Penal español, Parte General*. 17ª ed., Dykinson, Madrid, 1994, pp. 753 ss.; véase también ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 150, quien afirma que “hasta 1848, la comprobación de los anteriores delitos a que hubiese sido condenado un reo se hacía sobre la declaración del mismo reo en indagatoria sobre este extremo, o suponemos que en lo posible por los testimonios que obrasen en el mismo Juzgado que conocía de la nueva causa”; asimismo véase el art. 252 de la LECrim., que establece la obligación de los Tribunales de remitir al Registro Central de Penados y Rebeldes notas autorizadas de las sentencias firmes en las que se imponga pena por delito, y de los autos en que se declare la rebeldía de los procesados.

<sup>1547</sup> Cfr. ARROYO DE LAS HERAS, A., MUÑOZ CUESTA, J., GOYENA HUERTA, J., *Las circunstancias...*, cit., p. 202, con cita de la STS de 12 de diciembre de 1953 [RJA 3292].

<sup>1548</sup> Cfr. MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 286.

<sup>1549</sup> Cfr. ARROYO DE LAS HERAS, A., MUÑOZ CUESTA, J., GOYENA HUERTA, J., *Las circunstancias...*, cit., p. 203, con cita de la STS de 24 de abril de 1992 [RJA 4056]: “Una reiterada doctrina de esta Sala, de la que son exponente, entre otras, las SS. de 7 marzo y 20 julio 1989 (RJ 1989\2507), 5-7-1990 (RJ 1990\6243), 24 enero, 19 septiembre y 5 noviembre 1991 (RJ 1991\278, RJ 1991\6495 y RJ 1991\7926), ha declarado que no constando la fecha en que quedó extinguida la pena, debe computarse desde la firmeza de la propia sentencia que hace nacer el antecedente que es la que, en definitiva, declara la culpabilidad del reo”.

Certificación no constara la fecha de la firmeza, el Tribunal Supremo ha declarado que tal firmeza deberá deducirse del mismo hecho de la anotación en dicho Registro<sup>1550</sup>.

## VI. Error sobre la reincidencia

Toda circunstancia agravante hace referencia a un substrato material que conforma su vertiente objetiva y que constituye, precisamente, el objeto de referencia de la vertiente subjetiva (dolo)<sup>1551</sup>. Por esta razón, por lo general se admite que el Juez que pretenda apreciar una circunstancia agravante de la responsabilidad criminal, está obligado a dejar suficientemente acreditado en la sentencia que el sujeto sabía que se encontraba en la situación por ella descrita<sup>1552</sup>. Ello supone, al menos en un principio, que para la apreciación de una circunstancia agravante es necesario que sus elementos objetivos sean conocidos por el autor<sup>1553</sup>. A partir de las anteriores consideraciones, la doctrina admite de forma unánime –con la excepción respecto a la reincidencia que luego se verá– que la existencia de un error sobre una circunstancia agravante impide su apreciación, y así lo dispone expresamente el art. 14.2 del Código Penal de 1995, que literalmente dice lo siguiente<sup>1554</sup>:

**Art. 14.- 1. (...)**

*2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.*

De acuerdo con la redacción literal de este precepto, la doctrina mayoritaria no distingue entre la existencia de un error vencible o invencible, pues ambos imposibilitan la

---

<sup>1550</sup> Cfr. ARROYO DE LAS HERAS, A., MUÑOZ CUESTA, J., GOYENA HUERTA, J., *Las circunstancias...*, cit., p. 203, con cita de la STS de 6 de febrero de 1991 [RJA 890].

<sup>1551</sup> Cfr. MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 286, quien cita a PEREZ ALONSO, E.J. *Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes indeterminadas en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*. Edersa, Madrid, 1995, p. 317.

<sup>1552</sup> Cfr. MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 286, quien cita la doctrina reiterada del TS, y en tal sentido la STS de 5 de junio de 1995 [RJA 4510]: “al ser necesario que el conocimiento y la voluntad del autor del delito abarque no sólo el hecho de la muerte, sino también el particular modo en que la alevosía se manifiesta, pues el sujeto ha de querer el homicidio y ha de querer también realizarlo con la concreta indefensión de que se trate, requisito que ha de concurrir en este delito como en cualquier otro de carácter doloso (...) En estos términos se viene manifestando con reiteración la doctrina de esta Sala”.

<sup>1553</sup> Cfr. MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 289.

<sup>1554</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho penal*. 3ª ed., Akal/Iure, 1994, p. 239; asimismo MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 288; en el mismo sentido MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, cit., p. 256 ss.

apreciación de las agravantes<sup>1555</sup>. En este sentido, afirma BACIGALUPO que “es claro que los elementos objetivos de las circunstancias agravantes, dado que integran el tipo objetivo (sean genéricas, art. 22 CP, o específicas, por ejemplo la citada del art. 241.1 CP), deben ser conocidos por el autor<sup>1556</sup>”. Sin embargo, la peculiar naturaleza jurídica de la agravante de reincidencia, que hace referencia a una cualidad subjetiva del agente y no a una circunstancia del hecho concretamente realizado, ha atraído el interés de la doctrina sobre la cuestión relativa a la necesidad de conocimiento respecto de sus hechos fundadores, así como sobre las consecuencias de la existencia de un error sobre los mismos. El problema se centra en determinar si para apreciar la agravante es necesario que el autor conozca que comete el nuevo delito como reincidente<sup>1557</sup>.

Sobre esta cuestión, RODRIGUEZ DEVESA considera que los elementos accidentales del delito que por su naturaleza objetiva determinan una mayor antijuricidad de la conducta (p. ej.: el disfraz), deben ser captados por el dolo del agente para que le puedan ser imputados, sin embargo, aquellos que sean de índole subjetiva (p.ej.: la reincidencia) bastará con que concurran para que sean considerados como agravantes<sup>1558</sup>. Según esta interpretación, en el caso de la reincidencia bastaría con que en el sujeto concurriera la cualidad personal de reincidente para que fuera apreciada la agravante, y ello con independencia de que el sujeto sepa o ignore que es reincidente<sup>1559</sup>. Esto significa que para ser reincidente no se requiere que el dolo del autor abarque los presupuestos objetivos de la agravante. También GARZON REAL/MANJON-CABEZA afirman que a excepción de la reincidencia, todas las agravantes deben de ser abarcadas por el dolo del autor<sup>1560</sup>. En su opinión, lo determinante en la agravante de reincidencia “es que el sujeto sea reincidente, aunque él no lo sepa”, por lo que “el error sobre la misma no será relevante” ya que “el sujeto no actúa dolosamente como reincidente al realizar el tipo, sino que realiza el tipo

---

<sup>1555</sup> Cfr. GONZALEZ CUSSAC, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Valencia, 1988: “De modo que, error invencible y error vencible sobre agravantes reciben el mismo tratamiento legal, consistente en eliminar la apreciación de la correspondiente agravación, que quedará sin efecto”; una solución distinta ofrece PEREZ ALONSO, E., *Teoría general de las circunstancias...*, cit., p. 127 y 128, citado por MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 289.

<sup>1556</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 230.

<sup>1557</sup> Cfr. MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 289.

<sup>1558</sup> Cfr. RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *Derecho Penal español...*, cit., p. 696.

<sup>1559</sup> En opinión de GONZALEZ-CUELLAR, A., *La reincidencia*, en *La reforma del Código penal de 1983*, en *Comentarios a la legislación penal*, Edersa, Madrid, 1985, p. 293, “la posibilidad de error sobre la reincidencia es prácticamente inexistente, dada la regulación procesal respecto de la citación, presencia en juicio y notificación de la sentencia al acusado”.

<sup>1560</sup> Cfr. GARZON REAL, B., MANJON-CABEZA OLMEDA, *Reincidencia y Constitución...*, cit., p. 3.



dolosamente y, con independencia de ello, es o no es reincidente<sup>1561</sup>”. A partir de lo anterior, concluyen afirmando la “muy especial naturaleza de esta institución<sup>1562</sup>”.

Por su parte, al analizar la reincidencia en el CP 1973, MIR PUIG concluye que la interpretación seguida unánimemente en la práctica respecto del art. 60.1 del CP 1973 (actual art. 65.1 CP 1995), según la cual no es necesario el conocimiento del autor respecto de los hechos fundadores de la reincidencia, resulta criticable, por lo que propone una interpretación diferente de aquel precepto que haga exigible tal conocimiento, o, por lo menos, su posibilidad<sup>1563</sup>. Según este autor, la reincidencia es una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de naturaleza personal y por tanto incommunicable a los coautores o partícipes en quienes concurra (art. 60.1 CP 1973), pero no por ello deja de ser preciso para su apreciación que el sujeto conozca sus presupuestos objetivos<sup>1564</sup>. De la misma opinión es MARIN ESPINOSA, para quien tanto las circunstancias personales como las objetivas exigen para su apreciación el conocimiento de todos sus elementos<sup>1565</sup>.

Esta última es la solución que nos parece más correcta. Como dijimos anteriormente, coincidimos con BACIGALUPO cuando afirma que en principio todas las circunstancias agravantes presentan elementos objetivos que deben ser conocidos y

---

<sup>1561</sup> Véase GARZON REAL, B., MANJON-CABEZA OLMEDA, *Reincidencia y Constitución...*, cit., pp. 3 y 4: “Que la reincidencia puede y debe ser apreciada a pesar del error sobre la misma no se deriva ni del alcance ni de la interpretación que se quiera dar a los arts. 6 bis a) y 60, sino de la muy especial naturaleza de esta institución”.

<sup>1562</sup> Cfr. GARZON REAL/MANJON CABEZA OLMEDA, *Reincidencia y Constitución...*, cit., p. 3, para quienes aun en el caso de que el reincidente se equivoque sobre la ejecutoriedad de la condena o sobre si tiene cancelados los antecedentes, la reincidencia operará, “porque lo determinante es que el sujeto sea reincidente, aunque él no lo sepa (...) la reincidencia se conforma con unos requisitos cuya concurrencia puede desconocer el sujeto, sin que ello sea obstáculo para la apreciación de la agravación”.

<sup>1563</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 405; sobre ello véase también el art. 75 del CP portugués, que permite otorgar relevancia al error sobre los hechos que fundamentan la reincidencia al disponer su aplicación únicamente cuando “de acuerdo con las circunstancias del caso, pudiera censurarse al autor que la condena o condenas anteriores no le han servido de suficiente advertencia contra el crimen”.

<sup>1564</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., pp. 294 y 295; véase también p. 405: “Del art. 60.1 cabe derivar, según la interpretación seguida unánimemente en la práctica, la no necesidad de conocimiento respecto de los hechos fundadores de la reincidencia”, lo que a su parecer hace criticable el fundamento jurídico positivo de la reincidencia: “Sería palusible, por ello, una interpretación de aquel precepto cuya letra, a nuestro juicio, permite, que hiciese exigible tal conocimiento, o, por lo menos, su posibilidad”; actualmente el art. 60.1 CP 1973 equivale al art. 65.1 CP 1995.

<sup>1565</sup> Cfr. MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 290, llega a esta conclusión a partir de lo dispuesto en los arts. 14 y 65 CP, pues considera que la reincidencia es una cualidad personal del sujeto activo, como la mayoría de edad, por lo que la incluye en la expresión *otra causa personal* del art. 65.1 CP 1995.

abarcados por el dolo del autor<sup>1566</sup>. Aunque la circunstancia agravante describa una situación objetiva (p. ej.: disfraz) o subjetiva (p. ej.: racismo), formará parte (accidental) del tipo y, por lo tanto, estará sometida a las mismas reglas que los restantes elementos del tipo, y en particular a las del error de tipo<sup>1567</sup>. Según el mencionado autor, algunas agravantes se relacionan con la gravedad de la ilicitud (p.ej: disfraz) y otras con la de la culpabilidad (p.ej: racismo), sin embargo, la diferente estructura de la reincidencia, que a diferencia del resto de las agravantes contenidas en el art. 22 CP nada tiene que ver con las circunstancias del hecho sino con una tendencia de la personalidad del autor, hace de ésta una circunstancia con una naturaleza especial que la distingue del resto de las agravantes<sup>1568</sup>. En opinión de MARIN ESPINOSA “la irrelevancia del error sobre esta agravante vuelve a reflejar que la reincidencia es una figura especial<sup>1569</sup>”.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, y a pesar de que el artículo 14.2 del Código penal establece que el error sobre una circunstancia agravante impedirá su apreciación, la especial naturaleza de la reincidencia nos permite formular las siguientes conclusiones:

1º. La doctrina admite de forma unánime que los hechos que fundamentan cualquiera de las agravantes contenidas en el art. 22 CP, a excepción de la reincidencia, deben ser abarcados por el dolo del autor, por lo que un error – evitable o inevitable- sobre los mismos impide su apreciación (art. 14.2 CP).

2º. Sin embargo, un sector de la doctrina considera que para alcanzar la cualidad de reincidente no es necesario que el dolo del autor abarque los presupuestos objetivos de la agravante.

---

<sup>1566</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 162, lo que en principio le hace llegar a la conclusión de que “las circunstancias agravantes, por su naturaleza son incompatibles con los delitos imprudentes”; ello es en nuestra opinión correcto si excluimos a la reincidencia, y tenemos en cuenta que este autor considera totalmente diversa la estructura de la reincidencia, que no se refiere a circunstancias del hecho, sino a una tendencia de la personalidad del autor.

<sup>1567</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., pp. 162 y 163; en este sentido afirma MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, cit., p. 646, que todas las agravantes requieren la concurrencia de elementos objetivos y subjetivos: “Así, cuando son objetivas no por ello pueden dejarse de conocer y querer sus elementos objetivos, como requiere la exigencia del dolo. Y cuando son subjetivas requieren también algunos elementos objetivos”; cuando se refiere a agravantes objetivas o subjetivas, quiere decir este autor que en ellas es una razón objetiva o subjetiva, respectivamente, la causa primera de la agravación.

<sup>1568</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 162.

<sup>1569</sup> Cfr. MARIN-ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 293.

3°. El análisis conjunto de lo dispuesto en los arts. 14.2, 22.8, 65.1 y 66.3 del vigente Código Penal, puede ser por tanto objeto de dos interpretaciones: a) la que afirma que la reincidencia no requiere el conocimiento de los hechos que la fundamentan, bastando su concurrencia en la persona del autor para que pueda ser apreciada; y b) la que afirma que la apreciación de la agravante de reincidencia – como el resto de las agravantes- sí exige el conocimiento por parte del autor de los hechos que la fundamentan.

4°. La interpretación más correcta es la señalada en segundo lugar, esto es, la que afirma la necesidad de conocimiento (dolo) por parte del autor de los presupuestos objetivos de la agravación.

5°. Sin embargo, la aplicación automática de la agravante de reincidencia por parte de los Tribunales, a partir de la mera constatación de los elementos formal-objetivos que componen su definición legal, indica que en la realidad práctica se dan uno de los siguientes supuestos: a) que no se exige el conocimiento (dolo) por parte del autor de los elementos objetivos que forman parte del concepto de reincidencia ; o b) que sí se exige tal conocimiento, si bien se presume sin posibilidad de prueba en contrario que el sujeto en quien concurre la cualidad de reincidente conoce la existencia de los elementos objetivos que le han hecho acreedor de ella.

6°. En ambos supuestos se alcanza una misma conclusión, esto es: *que el error sobre los hechos que fundamentan la apreciación de la agravante es imposible*, pues la reincidencia se aplica de forma automática a partir de la mera constatación de sus requisitos formales<sup>1570</sup>. Así, si como punto de partida admitimos que: a) no es preciso el conocimiento (dolo) por parte del autor de los hechos que fundamentan la reincidencia, entonces, el error sobre la reincidencia será imposible a costa precisamente de una inadmisibile excepción a la regla general según la cual los elementos objetivos de una circunstancia agravante deben ser conocidos y abarcados por el dolo del autor; y, si por el contrario, admitimos como punto de partida que: b) el sujeto debe conocer (dolo) en todos los casos los hechos que fundamentan la aplicación de una agravante (art. 14.2 CP), pero que en la

---

<sup>1570</sup> Cfr. MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 292.

reincidencia es posible presumir sin posibilidad de prueba en contrario que el sujeto en el que concurre la cualidad de reincidente conoce la existencia de los elementos objetivos que le han hecho acreedor de tal cualificación, entonces, el error sobre la reincidencia será imposible a costa de admitir una presunción *iuris et de iure* de conocimiento (dolo) por parte del autor de los hechos que fundamentan su apreciación. Presunción ésta que, en todo caso, resulta inadmisibles desde el punto de vista constitucional por su carácter contrario al reo.

7°. Es conveniente distinguir conceptualmente la *posibilidad* de un error sobre la reincidencia, de la *relevancia* del error sobre la misma. Así, es claro que si el error sobre la reincidencia no es posible, carece de todo interés práctico hacer referencia a la relevancia o a la irrelevancia de un error cuya existencia no puede darse en la realidad.

8°. A pesar de lo anterior, entendemos que la Ley también admite una interpretación distinta, esto es, la que afirma la posibilidad del error sobre la reincidencia. Y ello es así, si interpretamos las normas penales a la luz de los valores constitucionales. De este modo, es posible afirmar que la necesidad de conocimiento por parte del autor de los elementos objetivos de una agravante constituye una exigencia del *principio de culpabilidad*. Asimismo, es posible afirmar que este principio constituye un pilar básico de la estructura del sistema penal, pues deriva directamente de la idea de *dignidad de la persona*, entendida como fundamento o valor supremo del orden social (art. 10.1 CE). Por ello, es posible concluir que: a) del *principio de culpabilidad* se deriva la necesidad de que los elementos objetivos de toda circunstancia agravante se hallen abarcados por el dolo del autor; y, b) el conocimiento (dolo) por parte del autor debe ser probado en cada caso concreto, resultando que toda presunción general de culpabilidad establecida en la Ley será contraria al espíritu de la Constitución e incidirá negativamente en la presunción de inocencia (art. 24 CE).

9°. Si desde un punto de vista teórico es *posible* concebir la existencia de un error sobre la reincidencia, entonces la solución al problema que de forma posterior se plantea respecto de su *relevancia*, habría de resolverse de forma imperativa a partir de lo dispuesto en el art. 14.2 CP.

10°. En cualquier caso, de todo lo anterior es posible deducir que la reincidencia no es una circunstancia agravante de la misma naturaleza que las demás contenidas en el art. 22 CP, pues a diferencia de ellas no hace referencia a las circunstancias del hecho concretamente realizado, sino a una cualidad personal del autor<sup>1571</sup>. El automatismo con el que actualmente se aplica la agravante de reincidencia por parte de los Tribunales no estaría justificado por el hecho concretamente realizado, ni por la concreta subjetividad real del agente –que puede no saber que es reincidente<sup>1572</sup>–, sino única y exclusivamente por razones de índole preventivo especial relacionadas, en todo caso, con una hipotética tendencia criminal o peligrosidad del autor presumida sin posibilidad de prueba en contrario a partir de la mera constatación de los requisitos formales contenidos en la definición de la agravante. Por esta razón, los Tribunales aprecian la reincidencia sin necesidad de hacer referencia alguna al efectivo conocimiento por parte del autor de la existencia de una previa sentencia penal firme de condena, sin preocuparse de averiguar si el autor sabía que el actual delito era de la misma naturaleza que el anterior, o si el autor conocía que entre ambas infracciones no había transcurrido todavía el tiempo necesario para la cancelación de sus antecedentes, bastando a los efectos de su efectiva aplicación con la mera constatación de que el autor es reincidente, o, lo que es lo mismo, con la simple comprobación de que en el autor concurren los presupuestos objetivos contenidos en la definición del nº 8 del art. 22 CP 1995. Todo lo anterior, nos lleva a concluir que la reincidencia es la única circunstancia agravante que no hace referencia al hecho concretamente realizado, sino a una cualidad subjetiva de su autor que se tiene o no se tiene con independencia de su efectivo conocimiento, como la mayor o menor edad.

---

<sup>1571</sup> Cfr. MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 291; asimismo la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 enero 1991 [RJA 148], en la que se afirma que “la reincidencia es una causa de agravación tan palpable como el uso de disfraz o de armas; y la asunción de ser un delincuente con antecedentes tan cognoscible como la de ser comerciante o funcionario (en delitos específicos de éstos) o mayor de edad penal. El sujeto lo sabe y acepta el riesgo punitivo, si no en detalles penológicos sí en líneas generales del mayor radio de su infracción, como cualquier otro componente de la culpabilidad, abarcado por su dolo específico”.

<sup>1572</sup> Véase GONZALEZ-CUELLAR GARCIA, A., *La reincidencia*, en *Comentarios a la legislación penal*, T.V, Vol. I. Edersa, Madrid, 1985, p. 293, en cuya opinión “la posibilidad de error de reincidencia es prácticamente inexistente, dada la regulación procesal respecto a la citación, presencia en juicio y notificación de sentencia al acusado”; en contra se muestra acertada MARIN ESPINOSA E., *La reincidencia...*, cit., p. 293, cuando afirma que “esto no supone un obstáculo para que el sujeto reincidente se equivoque sobre la ejecutoriedad de la condena, o sobre si tiene cancelados los antecedentes penales”.

## VII. Reincidencia y delito imprudente

Los códigos penales anteriores al de 1995 optaban por un sistema de incriminación abierta *-numerus apertus-* de la imprudencia, a través de la previsión de cláusulas generales (p.ej.: arts. 565, 568 bis y 600 del anterior Código Penal) que puestas en relación con cada uno de los preceptos de la Parte Especial que definían los delitos dolosos, permitían la punición general de la imprudencia<sup>1573</sup>. Sin embargo, la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal modificó radicalmente esta orientación, al sustituir el sistema de incriminación general de la imprudencia por el de tipificación cerrada y excepcional – *numerus clausus-*<sup>1574</sup>.

En las resoluciones del Tribunal Supremo dictadas en aplicación del CP-1973, se admitía de forma general la posibilidad de apreciar la agravante de reincidencia -o de reiteración en su caso- en los delitos imprudentes, si bien el TS consideraba que en los delitos imprudentes ninguna relevancia práctica tenía la estimación de circunstancias modificativas, puesto que el párrafo 3.º del art. 565 del CP-1973 prevenía que en la aplicación de las penas establecidas en los dos párrafos anteriores procederán los Tribunales a su prudente arbitrio sin sujetarse a las reglas establecidas en el art. 61<sup>1575</sup>. En este sentido, resulta paradigmática la STS de 8 de febrero de 1984 [RJA 734], en la que se afirma que “se hace necesario tener en cuenta que aun cuando en la sentencia de instancia se mencione la existencia de la circunstancia agravante de reincidencia, ello se verifica como un dato más sobre la *personalidad del delincuente*, pero no como elemento indispensable y obligado para la graduación de la pena que en estos delitos pertenece al libre arbitrio del Tribunal de instancia, sin tener que sujetarse a lo establecido en las reglas del art. 61 del CP, como prescribe el art. 565 en su párrafo 3.º y se comprueba en la sentencia, en la que a

---

<sup>1573</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, cit., p. 269, quien afirma que “no era éste el criterio más extendido en el Derecho comparado, ni el preferido por la doctrina española actual”; véase también BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 242, en cuya opinión “el nuevo art. 12 CP introduce una innovación necesaria en el sistema penal del delito imprudente o culposo”.

<sup>1574</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, cit., pp. 269 y 270.

<sup>1575</sup> Así, se aprecia la agravante en las SSTS 10 de mayo de 1985 [RJA 2468], reincidencia entre delitos heterogéneos; 22 de octubre de 1982 [RJA 5676] reiteración; y de 15 de julio de 1982 [RJA 4667], reiteración; también se aprecia la reiteración en las STS de 10 de junio de 1981 [RJA 2637], a pesar de lo cual se afirma que “en los delitos de imprudencia, ninguna relevancia tiene la estimación de circunstancias modificativas puesto que, el párr. 3.º del art. 565 del C. P., previene que, en la aplicación de las penas establecidas en los dos párrafos anteriores, procederán los Tribunales a su prudente arbitrio sin sujetarse a las reglas establecidas en el art. 61”; sobre ello véase también MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 292.

pesar de apreciarse la existencia de la citada circunstancia se aplica la pena señalada a la culpa con infracción de reglamentos en su grado mínimo, y no en su grado máximo, por lo que el segundo motivo del recurso tampoco puede ser atendido al carecer de practicidad”. En idéntico sentido, se manifiesta la STS de 19 de diciembre de 1980 [RJA 4972], en la cual se afirma que para que la reiteración no produzca los efectos agravatorios que determina la circunstancia nº 14 del art. 10 del CP-1973, es necesario que se encuentren canceladas las condenas antecedentes, pero “aun cuando esas condenas hubiesen estado canceladas, en nada afectaría al presente caso, pues sancionado el recurrente por la vía del párrafo 2.º del art. 565 del citado texto legal, el párrafo 3.º del propio artículo preceptúa que en la aplicación de las penas a que dicho artículo se refiere procederán los Tribunales según su prudente arbitrio sin sujetarse a las reglas prescritas en el art. 61 de dicho ordenamiento sustantivo y, consiguientemente, sin tener en cuenta ni tomar en consideración la concurrencia o no de circunstancias agravantes o atenuantes”.

De lo anterior, se deduce que la jurisprudencia del Tribunal Supremo dictada en aplicación del CP-1973 no apreciaba incompatibilidad alguna entre la agravante de reincidencia y el delito imprudente, si bien consideraba que la apreciación de la agravante carecía de efectos prácticos dado que “en los delitos de imprudencia ninguna relevancia práctica tiene la estimación de circunstancias modificativas<sup>1576</sup>”. En cualquier caso, y con independencia de sus efectos sobre la pena, el TS admitía que la reincidencia era una circunstancia agravante compatible con la estructura del delito imprudente, pues su apreciación “se verifica como un dato más sobre la *personalidad del delincuente*, pero no como elemento indispensable y obligado para la graduación de la pena que en estos delitos pertenece al libre arbitrio del Tribunal de instancia<sup>1577</sup>”.

Por su parte, al estudiar la regulación de la reincidencia en el CP-1973, MARTINEZ DE ZAMORA afirma que no existe inconveniente alguno en apreciar la agravante de reincidencia cuando el delito anterior y el actual sean culposos, mientras que entre un delito doloso y otro culposo no podrá darse jamás la reincidencia, sino tan sólo la reiteración<sup>1578</sup>. En cualquier caso, afirma este autor que el CP-1973 evita posibles injusticias

---

<sup>1576</sup> Véase la STS de 10 de junio de 1981 [RJA 2637]: “En los delitos de imprudencia, ninguna relevancia tiene la estimación de circunstancias modificativas puesto que, el párrafo 3.º del art. 565 del CP, previene que, en la aplicación de las penas establecidas en los dos párrafos anteriores, procederán los Tribunales a su prudente arbitrio sin sujetarse a las reglas establecidas en el art. 61”.

<sup>1577</sup> Véase la STS de 8 de febrero de 1984 [RJA 734].

<sup>1578</sup> Cfr. MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia...*, cit., pp. 97 y 98.

en la aplicación de la agravante de reincidencia en los delitos culposos, al conceder a los Tribunales en el párrafo tercero del art. 565 CP-1973 plena libertad para graduar las penas, eximiéndoles de las reglas contenidas en el art. 61<sup>1579</sup>. Por ello, concluye que se trata del “único caso en que el Código recoge o acepta la reincidencia facultativa, al permitir a los jueces usar de un poder discrecional, no para decidir si existe o no reincidencia, cuya apreciación es obligatoria, pero sí para fijar por su propia potestad los efectos que ésta haya de producir”<sup>1580</sup>.

Otra alternativa es la que nos ofrecía MIR PUIG, en cuya opinión la solución que se adopte en la interpretación del Texto de 1973 respecto de la posibilidad de apreciar la reincidencia en los delitos culposos, tiene interés a pesar de la discrecionalidad de la que gozan los Tribunales en materia de imprudencia (art. 565), que hace inaplicables las reglas del art. 61 excluyendo la normal eficacia reglada de la agravante, pues la concurrencia o no de dicha circunstancia “puede y debe influir en la libre decisión del Juzgador”<sup>1581</sup>. Una vez hecha esta declaración previa, MIR PUIG expone la jurisprudencia del Tribunal Supremo dictada en aplicación de los textos punitivos anteriores al CP 1995, que puede sintetizarse en dos líneas: a) no cabe apreciar la reincidencia si el delito o delitos anteriores son culposos y el actual es doloso, o viceversa; y, b) si todos los delitos concurrentes son culposos, procede la estimación de la agravante de reincidencia<sup>1582</sup>. Esta es, según el mencionado autor, la posición defendida por la doctrina dominante, con la que sin embargo no se identifica, proponiendo una solución distinta a partir “de la consideración minuciosa de los preceptos en juego”<sup>1583</sup>. Así, como punto de partida, afirma MIR PUIG que en el CP-1973 los delitos culposos no se hallan comprendidos *totalmente* ni en el Título correspondiente al tipo doloso, ni en el Título propio del art. 565, sino *parcialmente* en ambos a la vez, por lo que no podrá decirse que ningún delito culposo se halla comprendido en el mismo Título que otro. En conclusión, “no cabe estimar la reincidencia cuando alguno de los delitos en juego sea culposo, con independencia de si los demás son dolosos o culposos”, y esta solución es satisfactoria “para quien, como nosotros, considere incompatible el fundamento de la reincidencia con su aplicación a los delitos culposos”<sup>1584</sup>.

---

<sup>1579</sup> Ibidem.

<sup>1580</sup> Ibidem.

<sup>1581</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 372.

<sup>1582</sup> Ibidem.

<sup>1583</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 376 ss.

<sup>1584</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 378; el mismo autor en *Derecho penal...*, cit., p. 653, afirma que el fundamento de la reincidencia es cuestionable, a pesar de lo cual manifiesta que “es cierto que denota en el sujeto una *actitud de mayor desprecio y rebeldía* frente a los valores jurídicos que



Coincidimos con MARIN ESPINOSA cuando afirma que la solución propuesta por MIR PUIG no es válida para la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, toda vez que el legislador optó por una nueva regulación del delito culposo basada en un sistema de *numerus clausus* (art. 12 CP-1995), por lo que en la mencionada L.O. 10/1995 del Código Penal “los delitos imprudentes se ubican en el mismo Título que los delitos dolosos y, además, no se prevén reglas especiales ni para su tipificación ni en la determinación de la pena<sup>1585</sup>”. Sin embargo, consideramos que la nueva regulación del delito imprudente no impedía seguir afirmando, como hizo MIR PUIG en su día, la incompatibilidad del fundamento de la reincidencia con su aplicación a los delitos culposos<sup>1586</sup>.

La doctrina jurisprudencial elaborada a partir de lo dispuesto en el CP-1973, según la cual existe una plena compatibilidad entre la reincidencia y el delito imprudente, no quedó por tanto alterada por la nueva regulación de la imprudencia contenida en la L.O. 10/1995, del Código Penal. Y ello porque la nueva regulación modifica el sistema de incriminación, pasando de un sistema general –*numerus apertus*- a un sistema cerrado y excepcional –*numerus clausus*-, pero ello no afecta a la estructura típica de los delitos culposos que, como es natural, sigue siendo la misma en uno y otro texto legal. Por el contrario, en la redacción original de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, sí que se veían alterados los efectos sobre la pena de la apreciación de la agravante en los delitos imprudentes, pues el mencionado texto legal –a diferencia del Texto Refundido de 1973-, no dejaba al arbitrio del Tribunal la fijación de la pena correspondiente al delito imprudente, sino que se remitía a las reglas generales sobre individualización de la pena contenidas en el art. 66, que resultaban de aplicación tanto en los delitos dolosos como en los delitos culposos. Esta situación ha cambiado actualmente con la entrada en vigor de la *Ley Orgánica 11 / 2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, que modifica en su integridad el art. 66 CP-1995, disponiendo en el núm. 2. del mencionado art. 66 que “en los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse

---

aquél tuvo ocasión de apreciar no sólo en su formulación abstracta e impersonal por parte de la Ley, sino sobre sí mismo, en *carne propia*, y en la medida en que ni siquiera ello ha servido para motivar al autor de forma suficiente para que no cometiera la nueva infracción”.

<sup>1585</sup> Cfr. MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 296.

<sup>1586</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 378.

a las reglas prescritas en el apartado anterior”, lo que supone un retorno al sistema seguido por el CP-1973<sup>1587</sup>.

En cuanto a la doctrina elaborada a partir de la entrada en vigor de la L.O. 10/1995, del Código Penal, se debe señalar que actualmente un buen número de autores resuelve el problema de la reincidencia en los delitos culposos a partir de la nueva exigencia legal - contenida en el art. 22.8 CP-1995-, de que los distintos delitos cometidos por el reincidente sean de la misma naturaleza<sup>1588</sup>. Así, por regla general se entiende que entre los delitos dolosos y los culposos no podrá apreciarse la agravante, y ello aunque ambos delitos se hallen ubicados en el mismo Título del Código y ataquen al mismo bien jurídico, pues la forma de ataque no es la misma en el delito doloso y en el culposo, de lo que se deduce que un delito doloso no tiene la misma naturaleza que uno culposo<sup>1589</sup>. Como conclusión de todo lo anterior, se afirma que no será posible apreciar la reincidencia cuando el delito o delitos anteriores sean dolosos y el delito actual sea imprudente, o viceversa, por faltar el requisito formal contenido en la definición de la agravante que exige la identidad en la naturaleza de las distintas infracciones. Sin embargo, según esta interpretación, cuando el delito o delitos anteriores sean imprudentes y el delito actual también sea imprudente, se tratará en principio de delitos de la misma naturaleza, por lo que nada obstaría para la apreciación de la agravante si concurrieran el resto de sus presupuestos objetivos.

De otra opinión es MARIN ESPINOSA, para quien “la apreciación de la reincidencia en los delitos imprudentes no puede ser deducida de los requisitos exigidos para su concurrencia”, ya que “estos datos sólo indicarán si concurren o no los elementos

---

<sup>1587</sup> Véanse los arts. 565 CP-1973; 66 de la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal; así como la nueva redacción dada al art. 66 CP por la L.O. 11/2003, de 29 de septiembre.

<sup>1588</sup> Según MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., pp. 296 y 297, son favorables a esta opinión PRATS CANUT y RUIZ VADILLO.

<sup>1589</sup> En este sentido véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1997 [RJA 7902], en la que se afirma que “el significado de la expresión delitos de la misma naturaleza, se extiende normalmente a que los que tienen una entidad semejante dentro del mismo Título, no obstante, como opina algún sector de la doctrina, no parece razonable establecer criterios de agravación por comportamientos anteriores que, si bien han ofendido el mismo bien jurídico, eran de escasa relevancia o no alcanzaban los niveles de gravedad necesarios como para aplicar los efectos agravatorios de la pena que produce la circunstancia de reincidencia. Esta consecuencia está mucho más justificada, cuando el delito comprendido en el mismo título, es de naturaleza imprudente. Para reforzar esta interpretación podemos acudir al artículo 81.1.º del Nuevo Código Penal que, al establecer los requisitos para la aplicación de la suspensión de condena, exige que el condenado haya delinquido por primera vez, y, a estos efectos, no considera computables las anteriores condenas por delitos imprudentes, luego no existiría reincidencia si la condena anterior, aun siendo por delito del mismo Título y referente al mismo bien jurídico, hubiere sido imputado a título de imprudencia grave”.

objetivos necesarios para proceder a su apreciación”<sup>1590</sup>. Según esta autora, además de comprobar la existencia de los requisitos formales de la agravante -entre los que se encuentra aquél que exige una relación de identidad en la naturaleza de las diferentes infracciones-, es necesario comprobar que “todos estos elementos estén abarcados por el dolo del autor”, pues “es preciso que el sujeto sepa que está ante una situación descrita en la agravante y que quiera actuar dentro de ella”<sup>1591</sup>. Como quiera que “los delitos imprudentes se caracterizan por realizar el resultado por la infracción del deber de cuidado, es decir, sin intención de cometerlo”, entonces, de todo ello se sigue como regla general que en los delitos culposos “no es posible apreciar circunstancias agravantes”<sup>1592</sup>. Sin embargo, esta regla general no se cumple en la agravante de reincidencia, que “como se ha indicado en el análisis del error, no requiere la comprobación del elemento subjetivo”, por lo que MARIN ESPINOSA concluye que “la reincidencia será la única circunstancia agravante que se puede apreciar en un delito imprudente, por tanto, se trata de una excepción al sistema general”<sup>1593</sup>.

En nuestra opinión, tan relevante es constatar la existencia de los presupuestos formales -entre los que se halla la necesaria relación de identidad en la naturaleza de las infracciones- de la agravante, como comprobar que el autor conocía su existencia, es decir, que aquéllos eran abarcados por el *dolo* del autor. Por esta razón, es evidente que no podrá apreciarse la reincidencia cuando el anterior delito sea doloso y el actual culposo, o a la inversa, por faltar el requisito esencial que exige la identidad en la naturaleza de las infracciones. Sin embargo, el problema se plantea cuando tanto el anterior como el actual delito sean culposos, pues en este caso sí que concurrirá el requisito formal relativo a la identidad en la naturaleza de las diversas infracciones, pero seguirá subsistiendo el problema relacionado con el dolo del autor.

Como ya se dijo anteriormente, las circunstancias agravantes presentan elementos accidentales que completan la descripción del tipo penal y que deben ser conocidos y abarcados por el dolo del autor<sup>1594</sup>. Los hechos descritos por las circunstancias agravantes formarán parte accidental del tipo y, por lo tanto, estarán sometidos a las mismas reglas que

---

<sup>1590</sup> Cfr. MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 298.

<sup>1591</sup> Cfr. MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 298.

<sup>1592</sup> *Ibidem*.

<sup>1593</sup> Cfr. MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., pp. 299 y 300.

<sup>1594</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 162.

los restantes elementos del tipo, y en particular a las del error de tipo<sup>1595</sup>. De lo anterior, se deduce que las circunstancias agravantes presentan una doble estructura típica, pues presentan elementos objetivos que deben ser abarcados por el dolo del autor<sup>1596</sup>. El hecho de que las circunstancias agravantes contengan elementos que forman parte –accidental- del tipo, y que como tales deban ser abarcados por el dolo del autor, nos permite afirmar siguiendo a BACIGALUPO que las circunstancias agravantes son, por su naturaleza, incompatibles con los delitos imprudentes<sup>1597</sup>.

En efecto, mientras que el tipo penal de los delitos dolosos contiene una acción dirigida por el autor hacia la producción del resultado y requiere la coincidencia entre el aspecto objetivo y el subjetivo del hecho, el tipo penal en los delitos culposos hace referencia a una acción que no se dirige por el autor al resultado, por lo que no es necesaria la coincidencia entre lo ocurrido y lo conocido por el autor. Lo anterior significa que en los delitos culposos “la distinción entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo no tiene *mayor* significación práctica y por ello no se utiliza en el sentido de una *coincidencia* entre el saber y lo ocurrido”<sup>1598</sup>.

Sin embargo, la peculiar naturaleza de la reincidencia, que -como se dijo al hablar de las consecuencias del error- no hace referencia a las circunstancias del hecho sino a una cualidad personal del autor, hace de ésta una circunstancia agravante con una estructura especial y distinta de las demás<sup>1599</sup>. Para entender correctamente esta afirmación, es necesario admitir como punto de partida que el *dolo* –entendido éste como elemento subjetivo que forma parte de la estructura típica de toda circunstancia agravante- no resulta compatible con la estructura del delito culposo. Por esta razón, la regla general es que ninguna circunstancia agravante podrá ser apreciada en los delitos culposos. Sin embargo, ya hemos visto como el Tribunal Supremo no considera que exista una incompatibilidad esencial entre la reincidencia y el delito imprudente. En nuestra opinión, la agravante de reincidencia sólo puede ser compatible con la estructura del delito culposo si se concibe

---

<sup>1595</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., pp. 162 y 163.

<sup>1596</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 162.

<sup>1597</sup> Ibidem; en el mismo sentido GARZON REAL, B., MANJON-CABEZA OLMEDA, *Reincidencia y Constitución...*, cit., p. 3, quienes consideran que las agravantes no pueden realizarse imprudentemente, pues deben ser abarcadas por el dolo del autor, que ha de saber que se encuentra ante la situación descrita por la agravante y querer actuar dentro de ella.

<sup>1598</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 149 y 242, por esta razón, en el delito imprudente la distinción entre tipo objetivo y tipo subjetivo, no tiene la misma significación que en el tipo de delito doloso.

<sup>1599</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 162.

como una circunstancia agravante con una estructura típica puramente objetiva, esto es, en la que no ocupe lugar alguno el *dolo* del autor. De este modo, si se estima que la reincidencia es compatible con el delito culposo, se halla un argumento de peso en favor de aquéllas posiciones teóricas que afirman que la imposibilidad del error sobre la reincidencia se debe a que se trata de una circunstancia agravante en la que no es necesario el *dolo*, pues el reo es reincidente con independencia de si lo sabe o no lo sabe.

Si se admite esta interpretación, la reincidencia sería la única circunstancia agravante con una estructura típica puramente objetiva, en la que no habría lugar para el *dolo* del autor, por lo que incluso se podría considerar que el *plus* de pena que la reincidencia supone en el caso de ser apreciada respecto de un autor imprudente, constituye un vestigio de responsabilidad objetiva. En este caso, es evidente que el incremento de la pena por reincidencia no se justifica por la culpabilidad del autor, sino más bien por razones de prevención especial relacionadas con una hipotética peligrosidad criminal del reo, pues no se debe olvidar que el autor imprudente puede ser igual o más peligroso que el autor doloso.

Si la reincidencia no precisa del dolo, encaja perfectamente en la estructura del delito culposo y se reafirma la posición que, tal y como vimos al estudiar el error, postula que para ser reincidente no se requiere que el *dolo* del autor abarque los presupuestos objetivos de la agravante. Sin embargo, la apreciación de la reincidencia en los delitos culposos, resulta contraria a la posición que mantiene que la reincidencia requiere necesariamente el *dolo* del autor (MIR), si bien éste se presume sin más (MARIN ESPINOSA). Y ello porque el *dolo* -ni siquiera el dolo presumido sobre un elemento accidental del tipo- no tiene cabida en la estructura del delito culposo. Por esta razón, cuando los Tribunales declaran que la circunstancia agravante de reincidencia es compatible con el delito imprudente, están declarando de forma implícita que la reincidencia es la única circunstancia agravante que no exige el conocimiento por parte del autor de los hechos que la fundamentan, esto es, que la estructura de la reincidencia es puramente objetiva, sin que haya lugar para el elemento subjetivo. Esta conclusión constituye una excepción a la regla general que carece de toda justificación teórica (pues resulta contraria al *principio de culpabilidad*), y práctica (pues ante los supuestos de peligrosidad criminal siempre cabe el recurso a las medidas de seguridad).

Por otra parte, afirma BACIGALUPO que en la actualidad existe una pujante tendencia dogmática que concibe la imprudencia como un supuesto de error de tipo<sup>1600</sup>. Este punto de vista ya fue defendido por LISZT, y se halla actualmente representado por JAKOBS<sup>1601</sup>. Tomando como punto de partida esta forma de concebir el delito culposo, también es posible afirmar que las conclusiones a las que llegamos al estudiar el error respecto de los hechos que fundamentan la reincidencia, son perfectamente extrapolables a la relación de la reincidencia con el delito imprudente.

Como se dijo más arriba, las circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal describen elementos –*accidentales*– del tipo, y el error sobre los hechos que fundamentan una circunstancia agravante impide su apreciación (art. 14.2 CP), por lo que la regla general es que el error sobre una circunstancia agravante es siempre posible y, además, relevante. Sin embargo, la reincidencia aparece como una figura especial sobre la que no es posible concebir el error, ya sea porque se configura como una circunstancia personal del autor que no requiere el conocimiento de los hechos que la fundamentan (DEVESA), o porque a pesar de requerir este conocimiento (MIR), se presume *iuris et de iure* que el autor en quien concurren los requisitos objetivos de la agravante conoce los hechos que fundamentan su apreciación (MARIN). Por esta razón, se dijo que la reincidencia constituye una excepción al régimen general, pues se trata de la única circunstancia agravante en la que el error es imposible. Con independencia de lo anterior, también hemos afirmado que las circunstancias agravantes son incompatibles por su propia naturaleza con la estructura del delito imprudente, si bien la reincidencia constituye una excepción a esta regla general, ya que se trata de la única circunstancia agravante que los Tribunales han considerado compatible con la estructura del delito culposo.

Si, tal y hemos señalado anteriormente, se admite que la reincidencia es la única circunstancia agravante en la que no resulta posible la existencia de un *error* sobre sus presupuestos objetivos –ya sea porque se configura como una circunstancia personal del autor que no requiere el conocimiento de los hechos que la fundamentan, o porque este conocimiento se presume *iuris et de iure*–; si, por otra parte, se admite que el error sobre los

---

<sup>1600</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 243.

<sup>1601</sup> Ibidem; también sobre ello JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª Ed. corregida. Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Marcial Pons editores, Madrid, 1997, pp. 380 ss., donde se afirma lo siguiente: “La imprudencia como error.- La imprudencia es uno de los casos en que no se corresponden la representación y la realidad, o sea, un supuesto de error (...)”.

elementos formal-objetivos que fundamentan la reincidencia constituye un supuesto de *error de tipo* (el autor yerra sobre la existencia de un elemento típico accidental); y, si finalmente se acepta que un tal error resulta por una u otra razón imposible; entonces, es posible entender por qué razón los Tribunales consideran que la reincidencia es compatible con la estructura del delito culposo.

Efectivamente, si se concibe la imprudencia como un supuesto de *error de tipo* en el que no existe coincidencia entre lo ocurrido y lo conocido, entonces, en principio se debe admitir que las circunstancias agravantes son incompatibles con la estructura del delito imprudente pues los hechos que las fundamentan (que forman parte *accidental* del tipo completando su descripción) no podrán en ningún caso ser abarcados por el *dolo* del autor. Pero, si se tiene en consideración que la reincidencia es una circunstancia agravante con una naturaleza y estructura distinta de las demás -pues se configura como una cualidad personal del reo que se tiene o no se tiene con absoluta independencia de que los hechos que la fundamentan sean conocidos por el autor-, entonces, no existe razón alguna para afirmar que la reincidencia resulta incompatible con la estructura del delito culposo.

En síntesis: si la razón por la cual se estima que las circunstancias agravantes son incompatibles con la estructura del delito culposo es, precisamente, la exigencia de que los hechos que las fundamentan estén abarcados por el *dolo* del autor; y si, por otra parte, ya hemos señalado que la reincidencia se configura como una cualidad personal del reo respecto de la cual no es posible concebir el error, ya sea porque no requiere el conocimiento de los hechos que la fundamentan (no exigencia de *dolo*), o porque se presume *iuris et de iure* este conocimiento (presunción del *dolo*); entonces, es posible concluir que la reincidencia sólo resulta compatible con la estructura del delito culposo si se concibe como una cualidad personal del autor. Y ello porque el *dolo* no forma parte de la estructura del delito imprudente, y porque en la reincidencia así concebida el *dolo*, o bien no forma parte de su estructura, o bien no desempeña función práctica alguna desde el momento en el que se presume.

En ambos casos, bien sea que respecto de los elementos que configuran la reincidencia no se exija el *dolo*, bien se presuma éste, es claro que en la particular estructura de la reincidencia el *dolo* del autor no desempeña la función delimitadora de la responsabilidad que normalmente se le asigna en el sistema dogmático de teoría del delito.

Si admitimos por tanto, que el *dolo* no desempeña función alguna en la estructura de la agravante de reincidencia (ya sea porque no se exige, o porque se presume), entonces, deja de existir la principal razón por la cual la doctrina estima incompatible la estructura del delito culposo con la naturaleza de las circunstancias agravantes, esto es: la necesidad de que los hechos que las fundamentan estén abarcados por un *dolo* que, por su propia naturaleza está ausente de la estructura del delito imprudente.

Si no exigimos que el *dolo* del autor se extienda a los hechos que fundamentan la reincidencia, o, si por el contrario, presumimos que el *dolo* del autor se extiende siempre y necesariamente a los elementos que configuran la agravante, entonces, no existe razón alguna para afirmar que la reincidencia es incompatible con la estructura del delito culposo. Como quiera que en la estructura del delito culposo, el *dolo* no existe, ninguna circunstancia agravante en la que sea necesario que sus elementos se hallen abarcados por el *dolo* del autor resultará compatible con esta estructura, y por esta razón se afirma que las circunstancias agravantes son incompatibles por naturaleza con el delito culposo. Sin embargo, si concebimos la reincidencia como una circunstancia que hace referencia a una *cualidad personal* del autor, entonces habremos de admitir lo siguiente: a) que no es necesario que sus elementos se hallen abarcados por el *dolo* del autor; o, b) que es posible presumir *iuris et de iure* el *dolo* del autor respecto de sus elementos. Únicamente si se concibe como una *cualidad personal* del autor, será posible afirmar que la especial naturaleza y estructura de la reincidencia es compatible con la estructura del delito culposo.

Si se admite que el *error de tipo* es imposible en la reincidencia (ya sea porque no se exige el *dolo* o porque se presume éste), entonces, se debe admitir que el autor de un delito doloso en el que concurren los presupuestos objetivos de la agravante actuará siempre y necesariamente como reincidente, con absoluta independencia de si conoce los elementos que lo hacen acreedor de una tal cualificación. Si, además de todo ello, concebimos el delito culposo como un supuesto de *error de tipo*, en cuya estructura típica no tiene cabida el *dolo*, entonces, la conclusión lógica de todo lo anterior es que el autor de un delito culposo en el que concurren los presupuestos objetivos de la agravante, también actuará siempre y necesariamente como reincidente. Y ello porque en la peculiar estructura de la reincidencia –concebida como una cualidad personal del autor– la función del elemento subjetivo (*dolo*) pierde su sentido natural, ya que o éste no se exige, o se presume. Si el *dolo* del autor, pierde absolutamente su significado, podemos perfectamente suprimirlo mentalmente de la



estructura de la reincidencia. Y si suprimimos mentalmente la parte subjetiva de la agravante, ésta queda configurada como una circunstancia completamente objetivada y absolutamente compatible con la estructura de todo tipo de delitos. Esto significa que siempre que la reincidencia se conciba como una *cualidad personal* del autor, podrá apreciarse tanto en el tipo doloso (en cuyo caso el *dolo* se presume siempre); como en el tipo culposo (en cuyo caso el *dolo* sencillamente no se exige).

Por ello, GARZON REAL-MANJON CABEZA afirman respecto del delito doloso, que “el sujeto no actúa dolosamente como reincidente, sino que realiza el tipo dolosamente, y con independencia de ello es o no reincidente<sup>1602</sup>”. Pues la reincidencia describe una *cualidad personal* del autor, y no una circunstancia del hecho concretamente realizado. Por esta misma razón, sería posible afirmar respecto del delito culposo, que el autor no actúa dolosamente como reincidente al realizar el tipo culposo, sino que realiza el tipo culposo y, con independencia de ello, es o no es reincidente.

Como quiera que el reo alcanza la cualidad de reincidente a partir de la mera concurrencia en su persona de los presupuestos objetivos contenidos en el nº 8 del art. 22 CP 1995, cualquier autor puede convertirse en reincidente mediante la realización de un hecho doloso o imprudente. Por esta razón, en la práctica, para apreciar la reincidencia en el delito imprudente bastará con comprobar la concurrencia de sus requisitos formales – entre ellos la relación de identidad de naturaleza-, a pesar de que “estos datos sólo indicarán si concurren o no los elementos objetivos necesarios para proceder a su apreciación”<sup>1603</sup>, pues en la particular estructura de la reincidencia la parte subjetiva no existe, o, en caso de existir, no cumple función alguna desde el mismo instante en el que se presume. Todo ello nos lleva a concluir que la reincidencia está actualmente configurada como un tipo de autor absolutamente incompatible con el principio de culpabilidad por el hecho.

### **VIII. Grado de ejecución, participación y reincidencia**

En opinión de MIR PUIG, la tipicidad de la tentativa y de las formas de participación, fuera de los casos en que tales modalidades se hallen previstas de forma

---

<sup>1602</sup> Vid. GARZON REAL, B., MANJON-CABEZA OLMEDA, *Reincidencia y Constitución...*, cit., p. 4.

<sup>1603</sup> Cfr. MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 298.

especial, surge de la concordancia de los distintos tipos previstos en los Libros II y III del Código (Parte Especial) con los preceptos reguladores contenidos en el Libro I (Parte General)<sup>1604</sup>. Por esta razón, surge un problema a la hora de determinar qué Título del Código ha de tomarse en consideración a la hora de valorar la presencia de uno de los elementos formales de la reincidencia, esto es, aquél que exige que el delito actual se halle comprendido en el *mismo Título* del Código que el delito o delitos anteriores<sup>1605</sup>. Según este autor, el Tribunal Supremo ha decidido la cuestión considerando incluídas las formas de imperfecta ejecución y las formas de participación en el Título correspondiente de la Parte Especial, por considerar *básica* y central la tipicidad definida en la Parte Especial<sup>1606</sup>. Sin embargo, considera MIR PUIG que no es posible mantener que las formas de imperfecta ejecución y las formas de participación se hallen comprendidas en los Libros II y III a los efectos de interpretación del elemento relacional *–mismo Título–* de la reincidencia, sino que se hace necesario concordar sistemáticamente los preceptos definidores de la Parte Especial (Libros II y III) con las reglas contenidas en la Parte General (Libro I)<sup>1607</sup>. Todo ello, le lleva a concluir que, contra lo sostenido por la jurisprudencia, la agravante de reincidencia no podrá ser estimada en ningún supuesto en que la infracción anterior o la actual constituyan una forma de imperfecta ejecución o una forma de participación, ya que al no poder ser incluídas en ninguno de los Títulos de los Libros II y III, “no será posible que concurra el elemento relacional de la reincidencia – *comprendido en el mismo Título de este Código*”<sup>1608</sup>. Por esta razón, no podrá apreciarse la reincidencia cuando el delito anterior constituya una forma de imperfecta ejecución o una forma de participación, y el actual constituya un delito consumado de autor, o viceversa<sup>1609</sup>. Y tampoco será posible apreciar la reincidencia cuando todas las modalidades en juego constituyan, todas ellas, formas de imperfecta ejecución o de participación, ya que “la necesidad de concordar dos Títulos, a saber, el correspondiente de la Parte General y el de la Parte Especial de que se trate, hace

---

<sup>1604</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 367; véase también pp. 115 ss.

<sup>1605</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 368.

<sup>1606</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 368, con cita de las SSTs 12 marzo 1889 (JCr./t. 42/p. 213), 16 febrero 1953 (ArJ/172), 13 diciembre 1957 (ArJ/3259), 15 junio 1960 (ArJ/1997), 20 mayo 1973 (ArJ/2221), sobre las formas de imperfecta ejecución; y las SSTs 12 junio 1958 (ArJ/2036), 10 abril 1973 (ArJ/1653), y 13 abril 1973 (ArJ 1757) en cuanto a las formas de participación.

<sup>1607</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 369.

<sup>1608</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 370.

<sup>1609</sup> *Ibidem*.

imposible en tales supuestos la realización del elemento relacional, descrito por la expresión *comprendidos en el mismo Título*, la cual hace exclusiva referencia a *un sólo Título*<sup>1610</sup>.

De otra opinión es GOYENA HUERTA, para quien la interpretación de MIR PUIG no tiene encaje en el art. 22.8ª del vigente Código Penal, toda vez que “el Título al que se refiere el mencionado precepto es el Título que, dentro del Libro II, tipifica o describe la conducta punible, y no el Título III del Libro I, que se refiere a la aplicación de las penas”<sup>1611</sup>. Considera por tanto este autor que “es, pues, el delito y no su pena concreta lo que determina la reincidencia”<sup>1612</sup>. En base a lo anterior, considera este autor que “tanto la tentativa como la consumación, así como las distintas formas de participación, se encuentran reguladas en el mismo Título del Libro I del Código Penal, por lo que, en todo caso, quedarían cumplidas las exigencias impuestas por el art. 22.8ª<sup>1613</sup>”.

Por su parte, PUENTE SEGURA considera que la solución ofrecida por MIR PUIG parte de considerar que el resultado naturalístico pertenece al tipo objetivo de los delitos de resultado, de manera que en éstos la conducta en cuanto elemento del tipo objetivo, viene externamente caracterizada por la presencia de un resultado naturalístico<sup>1614</sup>. Si éste resultado no se produce, no se cumple con la parte objetiva del tipo de injusto del delito consumado, aunque sí se cumpla con otro distinto -el de la tentativa-, resultado de concordar sistemáticamente el art. 16 CP con la correspondiente norma de la Parte Especial que contiene el tipo de injusto del delito consumado<sup>1615</sup>. Teniendo en cuenta lo anterior, PUENTE SEGURA se adhiere a la posición de MIR PUIG sólo parcialmente y

---

<sup>1610</sup> Véase MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 371, si bien considera este autor que la conclusión a la que se llega no es por lo general plausible -con la excepción del encubrimiento-, ésta resulta inevitable, dado el carácter formalista de la exigencia contenida en la Ley de que las diferentes infracciones se hallen comprendidas en un *mismo título*.

<sup>1611</sup> Vid. ARROYO DE LAS HERAS, A., MUÑOZ CUESTA, J., GOYENA HUERTA, J., *Las Circunstancias...*, cit., p. 173; véase también MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 245.

<sup>1612</sup> *Ibidem*.

<sup>1613</sup> *Ibidem*; con cita de la STS 29 enero de 1991 [RJA 446], en la que se afirma lo siguiente: “En cuanto al espacioso argumento de que el delito fuere considerado de capítulo distinto porque, al ser robo continuado, se penó por el artículo 69 bis, carece de toda solidez jurídica. El artículo en cuestión no tipifica, sólo regula la forma de penar ese concurso en cualquier tipo de delito, definido y penado básicamente en su capítulo respectivo cuando por su naturaleza sea posible esa ejecución en serie”.

<sup>1614</sup> Cfr. PUENTE SEGURA, L., *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*. Colex, Madrid, 1997, p. 571.

<sup>1615</sup> *Ibidem*; este mismo argumento puede ser aplicado *mutatis mutandis* en los supuestos de delitos cometidos en concepto de autor y bajo cualquier otro título de imputación (formas de participación).

con matizaciones, pues considera que las formas imperfectas de ejecución se encuentran en el mismo Título que el delito consumado, aunque *no sólo en él*, por lo que en principio será posible apreciar la reincidencia entre un delito en grado de tentativa y uno consumado, así como entre los delitos cometidos en concepto de autor y los cometidos bajo otros títulos de imputación (formas de participación)<sup>1616</sup>.

De otra opinión es MARIN ESPINOSA, quien considera que no es posible apreciar la agravante cuando el anterior delito fue realizado en grado de tentativa y el nuevo consumado, o a la inversa, porque faltaría un requisito formal, esto es, que los delitos sean de la *misma naturaleza*<sup>1617</sup>. Y este mismo argumento, le sirve también para negar la posibilidad de apreciar la reincidencia entre un delito cometido en concepto de autor y un segundo delito cometido bajo cualquier otra forma de participación, o a la inversa. Se debe precisar que esta autora no considera que en los casos mencionados falte el requisito relativo a la necesidad de que los diferentes delitos se hallen comprendidos *en el mismo Título*, pues considera que “a los efectos de la agravante de reincidencia hay que atender a la ubicación sistemática del delito consumado, con independencia de cual fuera el grado de perfección delictiva o el grado de participación”. En su opinión, lo que falta es más bien el requisito relacionado con la necesaria identidad en la *naturaleza* de las distintas infracciones. Y ello porque en los supuestos mencionados “no hay identidad de gravedad de las penas o identidad de la gravedad de los hechos (grave y menos grave)”. Todo ello supone, en la práctica, que “cuando ambos delitos fueron intentados o realizados bajo la misma forma de participación sí se apreciará la agravante de reincidencia porque serán delitos de la misma naturaleza”<sup>1618</sup>.

A la vista de las anteriores consideraciones, y teniendo en cuenta los argumentos expuestos, consideramos posible limitar de *lege lata* los efectos de la reincidencia admitiendo con MIR PUIG que las formas de imperfecta ejecución y las formas de participación requieren la concordancia sistemática de los preceptos definidores de la Parte General con los de la Parte Especial, por lo que no será posible apreciar la reincidencia entre un delito intentado y uno consumado, o a la inversa; e incluso entre dos delitos intentados, por faltar el requisito esencial de que ambas infracciones estén comprendidas en el mismo y único Título del Código. Y este mismo argumento basado en la necesidad de concordar

---

<sup>1616</sup> Véase PUENTE SEGURA, L., *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes...*, cit., p. 571.

<sup>1617</sup> Cfr. MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 246.

<sup>1618</sup> *Ibidem*.

sistemáticamente dos Títulos del Código, nos sirve también para excluir la aplicación de la reincidencia entre un delito cometido en concepto de autor y otro cometido bajo cualquier otro título de imputación, o a la inversa; e incluso entre dos delitos cometidos en un concepto distinto al de autor. Por otra parte, también coincidimos con MARIN ESPINOSA, cuando afirma que no existe identidad de naturaleza entre el delito consumado y el intentado; o entre el delito cometido en concepto de autor y el delito cometido bajo cualquier otro título de imputación (formas de participación)<sup>1619</sup>. Pues entendemos que en el primer caso (tentativa) falta la identidad en la gravedad de las penas, y en el segundo (formas de participación) falta la identidad en la forma de ataque al bien jurídico.

Por lo tanto, ante la falta del requisito formal relativo a la necesaria identidad en los Títulos de las diferentes infracciones, concluimos que de *lege lata* sería posible admitir la imposibilidad de apreciar la reincidencia entre un delito consumado y uno intentado -o a la inversa-, e incluso entre dos delitos intentados; y por la misma razón, también sería posible admitir de *lege lata* la imposibilidad de apreciar la reincidencia entre un delito cometido en concepto de autor y otro en el que se haya participado como cómplice -o a la inversa-, e incluso entre dos delitos en los que sólo se haya participado como cómplice. Por otra parte, a estas conclusiones también es posible llegar si se admite que al menos en dos de los casos mencionados -conurrencia de delitos consumado/intentado; y concurrencia de delitos cometidos en concepto de autor/cómplice- también falta el elemento material que exige una relación de identidad en la naturaleza de las distintas infracciones.

## **IX. Actos preparatorios punibles y reincidencia**

Al estudiar la reincidencia en el Código Penal anterior -Texto Refundido de 1973-, MIR PUIG llega a la conclusión de que ni la conspiración, ni la proposición, ni la provocación, se hallan contenidas en las distintas descripciones típicas, fuera de los casos en que tales modalidades se hallan previstas de forma especial (art. 55 CP-1973), pues la tipicidad de estas conductas surge de la concordancia de los distintos tipos de la Parte Especial (Libros II y III) con los preceptos reguladores contenidos en la Parte General (Libro I)<sup>1620</sup>. Por esta razón -análoga a la esgrimida respecto a las formas de imperfecta ejecución y a las formas de participación-, concluye MIR PUIG que la regulación contenida

---

<sup>1619</sup> Cfr. MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 246.

<sup>1620</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 367; asimismo véase el art. 52 CP-1973.

en el CP-1973 para la conspiración, la proposición y la provocación, no permite apreciar la reincidencia en ningún supuesto en que la infracción anterior o la actual constituyan actos preparatorios punibles, ya que no será posible incluirlas en ninguno de los Títulos de los Libros II y III, con lo cual faltará siempre el elemento relacional de la reincidencia – *comprendidos en el mismo Título de este Código*<sup>1621</sup>. En síntesis, la necesidad de concordar dos Títulos –el correspondiente de la Parte Geberal y el de la Parte Especial de que se trate– derivada de la regulación contenida en el CP-1973, hace imposible apreciar la reincidencia cuando el delito anterior constituya un acto preparatorio punible y el actual un delito consumado, o viceversa, y tampoco será posible aplicar la agravante cuando el delito actual y el presente constituyan ambos actos preparatorios punibles<sup>1622</sup>.

La argumentación de MIR PUIG no puede sin embargo ser mantenida hoy en día, ya que el vigente CP-1995 ha optado por considerar punibles la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir sólo en los casos en los que se hallen “especialmente previstos en la Ley”<sup>1623</sup>. Por esta razón, actualmente es necesario que exista un precepto en la Parte Especial del Código que contemple de manera particular estos supuestos. De este modo, ya no será necesario *concordar sistemáticamente* dos Títulos del Código para completar la descripción típica de los diferentes actos preparatorios punibles<sup>1624</sup>. Actualmente por tanto, al encontrarse regulados los actos preparatorios punibles en el mismo Título del Código que el delito consumado, ya no es posible mantener la tesis de MIR PUIG según la cual los actos preparatorios punibles exigen la *concordancia sistemática* de distintos Títulos con lo que faltaría el elemento relacional de la reincidencia. A pesar de ello, coincidimos con MARIN ESPINOSA cuando afirma que “los actos preparatorios punibles no presentan la misma naturaleza que un delito consumado, ya que no se daría la identidad de gravedad del hecho o de la pena (grave, menos grave)”, por lo que faltaría el elemento material que hace referencia a la relación de identidad entre las diferentes infracciones<sup>1625</sup>. En conclusión, no habría lugar a apreciar la reincidencia cuando el delito anterior fuera consumado y el actual un acto preparatorio punible, o viceversa, por faltar la relación de identidad en la naturaleza de los diferentes

---

<sup>1621</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 370.

<sup>1622</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 371.

<sup>1623</sup> Sobre ello véanse los arts. 17 y 18 del vigente Código Penal de 1995.

<sup>1624</sup> Véase también MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 246 y 247; así sucede p.ej.: en el caso del art. 141 CP-1995, que castiga la provocación, la conspiración y la proposición para cometer homicidio o asesinato.

<sup>1625</sup> Cfr. MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 247.

delitos<sup>1626</sup>. Sin embargo, sí sería posible apreciar la reincidencia cuando tanto el delito anterior como el presente fueran actos preparatorios punibles, pues en este caso concurriría tanto el elemento formal que hace referencia a la identidad de Títulos, como el material que exige la identidad en la naturaleza de las diferentes infracciones<sup>1627</sup>.

De esta misma opinión es PUENTE SEGURA, quien considera que si bien los actos preparatorios punibles se hallan actualmente regulados en el mismo Título de la Parte Especial que el delito consumado (arts. 17 y 18 CP), presentan distinta naturaleza<sup>1628</sup>. En el mismo sentido se manifiesta CONDE PUMPIDO, que alcanza idéntica conclusión a partir de la doctrina elaborada respecto del principio acusatorio sobre los delitos homogéneos, así como HUERTA/OCTAVIO DE TOLEDO, quienes consideran que si bien en los actos pre-ejecutivos punibles el desvalor de la acción es idéntico al propio del delito doloso consumado, no así el desvalor del resultado, que no pasa por la efectiva lesión sino simplemente por la puesta en peligro del bien jurídico<sup>1629</sup>.

## **X. Reincidencia y Derecho transitorio**

El art. 9.3 de la CE garantiza el respeto al principio que establece de forma general la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos. Este principio es desarrollado posteriormente en el art. 25.1 CE, según el cual “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquél momento”. A *sensu contrario*, el art. 9.3 CE admite la retroactividad de las normas penales favorables al reo<sup>1630</sup>. En atención a estos principios constitucionales, el vigente Código Penal establece en su art. 2, lo siguiente:

### ***Artículo 2.-***

*1. No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las leyes que establezcan medidas de seguridad.*

---

<sup>1626</sup> Ibidem.

<sup>1627</sup> Ibidem.

<sup>1628</sup> Véase PUENTE SEGURA, L., *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes...*, cit., p. 573.

<sup>1629</sup> Ibidem.

<sup>1630</sup> Cfr. MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 247.

*2. No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviere cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario.*

Teniendo en consideración lo anterior, el vigente Código penal dedica la Disposición Transitoria Segunda a fijar el criterio general para la determinación de la Ley más favorable al reo, y así dispone lo siguiente:

***D. T. Segunda.-*** *Para la determinación de cuál sea la Ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas de uno u otro Código. Las disposiciones sobre redención de penas por el trabajo sólo serán de aplicación a todos los condenados conforme al Código derogado y no podrán gozar de ellas aquellos a quienes se les apliquen las disposiciones del nuevo Código.*

*En todo caso, será oído el reo.*

Sobre lo anterior, resulta interesante tener en cuenta el contenido de la Circular n° 1/1996 de la Fiscalía General del Estado, sobre *Régimen Transitorio del Código Penal de 1995 (Revisión de Sentencias)*; en la que se contienen algunos de los principios generales que deben guiar al intérprete a la hora de determinar la Ley penal más favorable. Y así, se afirma lo siguiente:

***IV.- Determinación de la Ley más favorable:*** *reglas comunes. La labor de comparación ha de regirse por los siguientes principios:*

***a)*** *Apreciación global de las dos legislaciones para la comparación.*

*Para la determinación de cuál sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado comparando el resultado de la aplicación de las normas completas de uno u otro Código, según señala la Disposición Transitoria Segunda. Se plasma así legalmente un criterio que había sido reiteradamente recordado por la jurisprudencia en múltiples sentencias (26 de octubre de 1990, 22 de junio de 1991 y 30 de octubre de 1992, por citar sólo algunas): para determinar la norma más favorable, la elección entre la ley antigua y la nueva ha de hacerse de manera global, en bloque, en su totalidad, sin que sea admisible ni asumible, como más beneficiosa, la aplicación troceada tomando de cada bloque lo que favorezca y rechazando lo que perjudique, pues se estaría entonces enjuiciando incorrectamente según una tercera Ley constituida artificialmente con retazos de las efectivamente promulgadas. Al efectuar la comparación de penas para determinar la ley más favorable deben tenerse en cuenta los preceptos íntegros de una u otra legislación, sin que quepa construir una tercera norma más favorable. (...).*

***b)*** *Comparación en concreto.*



*La tarea de comparación ha de hacerse en concreto; es decir, no fijándose exclusivamente en las penas que en abstracto puedan corresponder al hecho enjuiciado, sino tomando en consideración todas las circunstancias concurrentes y, en particular, los distintos beneficios penitenciarios que existen en una y otra legislación. (...).*

Por otra parte, teniendo en consideración la posibilidad de que algunos de los hechos previstos como delito en el CP-1973 pudieran no ser tales en el nuevo CP-1995, o incluso merecer una pena menor, el legislador ha previsto en la Disposición Transitoria Sexta, lo siguiente respecto de la reincidencia<sup>1631</sup>:

***D. T. Sexta.-*** *No serán revisadas las sentencias en que la pena esté ejecutada o suspendida, aunque se encuentren pendientes de ejecutar otros pronunciamientos del fallo, así como las ya totalmente ejecutadas, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal que en el futuro pudiera tenerlas en cuenta a efectos de reincidencia deba examinar previamente si el hecho en ellas penado ha dejado de ser delito o pudiera corresponderle una pena menor de la impuesta conforme a este Código. (...).*

De igual modo, la Disposición Transitoria Séptima del CP-1995, dispone lo siguiente:

***D.T. Séptima.-*** *A efectos de la apreciación de la agravante de reincidencia, se entenderán comprendidos en el mismo Título de este Código, aquellos delitos previstos en el Cuerpo Legal que se deroga y que tengan análoga denominación y ataquen del mismo modo a idéntico bien jurídico.*

Sobre esta materia, también se ha pronunciado la Fiscalía General del Estado en su Circular n° 2/1996, sobre *Régimen Transitorio del Nuevo Código Penal: su incidencia en el enjuiciamiento de hechos anteriores*; en la que se establecen las pautas generales a seguir en lo relativo al régimen transitorio de la reincidencia:

---

<sup>1631</sup> Véase también la Introducción de la Circular n° 2/1996 de la Fiscalía General del Estado: “La aplicación retroactiva de la Ley Penal en cuanto resulte más favorable presenta dos vertientes. De un lado la que puede denominarse retroactividad de primer grado que impone la aplicación de la nueva norma punitiva siempre que sea más beneficiosa a los hechos no enjuiciados todavía. La otra vertiente llega más lejos al determinar la necesidad de revisar las sentencias todavía no totalmente ejecutadas, llegando a afectar a la institución de la cosa juzgada; en la Circular 1/1996 se marcaron unas pautas interpretativas en relación con esa segunda faceta. En ésta se abordan las cuestiones de derecho transitorio relacionadas con la incidencia del nuevo Código Penal sobre los hechos todavía no enjuiciados en el momento de su entrada en vigor. Aunque algunos de los principios enunciados en la anterior Circular rigen también en la aplicación directa de los nuevos preceptos penales a hechos no enjuiciados, esta tarea presenta unos perfiles propios y unos problemas específicos que reclamaban un nuevo pronunciamiento de la Fiscalía General del Estado.

## **X.- Reincidencia.**

*El ámbito de la reincidencia se restringe en el nuevo Código Penal: solo las previas condenas por delitos comprendidos en el mismo Título servirán de presupuesto para la apreciación de esa agravante (art. 22.8ª).*

*Las condenas recaídas con arreglo al Código Penal que se deroga podrán fundamentar la reincidencia de acuerdo con lo establecido en la Disposición Transitoria 7 que exige que la denominación del delito sea análoga y que exista una identidad tanto de bien jurídico protegido como de modalidad de agresión. Lo esencial es esto último: la identidad de objeto de protección y forma de ataque. La similitud de denominación ha de interpretarse en un sentido laxo y más conceptual que puramente gramatical. Así, una condena por delito de violación del art. 429 del Código Penal de 1973 podrá fundamentar la agravante de reincidencia por cualquiera de los delitos comprendidos en el Título VIII del Libro II del nuevo Código Penal, aunque ese nomen - violación- haya desaparecido como tal.*

*Las condenas por hechos despenalizados o que hayan sido convertidos en faltas en la nueva legislación penal, aunque no hayan sido revisadas, no podrán servir de base para la apreciación de la reincidencia (Disposición Transitoria 6). Por eso en algunas ocasiones no bastará con el examen de la hoja histórico-penal, sino que será necesario recabar testimonio de la sentencia anterior.*

*En relación con las condenas anteriores por delitos que en virtud de las modificaciones de cuantías han quedado convertidos en faltas, la jurisprudencia ha venido considerando apreciables esos antecedentes a efectos de reincidencia en la medida en que "tales modificaciones económicas no obedecen a una ampliación del campo de las infracciones inferiores a costa de las superiores, por benevolente política legislativa y aflojamiento de la punibilidad, ante la falta de necesaria defensa social,... sino exclusivamente a un criterio presidido por devaluaciones económicas monetarias" (sentencias de 24 de mayo de 1959, 30 de marzo de 1970, 14 de febrero de 1978, 21 de noviembre de 1979 o 23 de junio de 1980). No obstante esa jurisprudencia normalmente contaba con una base legal explícita para llegar a esas afirmaciones. En las disposiciones transitorias del nuevo Código Penal no se contiene, sin embargo, apoyo alguno para tal tesis por lo que, al margen de disputas doctrinales, ha de considerarse que también en esos casos operará la disposición transitoria 6, sin que pueda considerarse aplicable tal jurisprudencia.*

*Las modificaciones en la valoración de hechos ya sentenciados y no revisados tendrán también relevancia a efectos de la concesión de la suspensión de condenas a penas privativas de libertad. En efecto uno de los requisitos para ese beneficio es que se trate de un delincuente primario. Pues bien si la condena anterior no revisada se refiere a hechos que con arreglo al nuevo Código Penal estuvieren despenalizados o hayan sido convertidos en falta, se deberá entender cumplido ese requisito. Así lo proclamaba ya con toda lógica la Instrucción de 30 de agosto de 1928 de la Fiscalía del Tribunal Supremo con criterio plenamente vigente.*

*En lo que respecta al nuevo concepto de habitualidad a efectos de suspensión o sustitución de las penas privativas de libertad (art. 94) se impone igualmente una necesaria acomodación para computar las condenas recaídas con arreglo al Código Penal derogado. Servirán de base para estimar que se trata de un reo habitual cuando la figura penal equivalente en el nuevo Código Penal efectivamente esté recogida en el mismo capítulo.*

## XI. Efectos de la reincidencia

Tal y como se dijo anteriormente, entendemos por *determinación de la pena* aquel proceso que tiende a la fijación de la pena que corresponde al delito concretamente realizado. En un sentido limitado, se trata de fijar tanto la *clase* de pena como la *cantidad* de pena a imponer, y en un sentido amplio se incluye también la decisión acerca de la *suspensión* o *sustitución* de la pena<sup>1632</sup>. Por otra parte, también se dijo que en el momento generalmente conocido como *individualización judicial* de la pena, es posible distinguir dos fases: a.) de una parte, la *determinación del marco legal de la individualización judicial en abstracto* –actividad que en parte realiza el legislador y en parte el Tribunal-; y b.) de otra parte, la *individualización de la pena stricto sensu*<sup>1633</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, es posible afirmar que otra de las características que hacen de la reincidencia una circunstancia agravante de naturaleza especial y distinta de las demás, se halla estrechamente relacionada con su eficacia. Y así, el fenómeno de la recaída en el delito no sólo despliega sus efectos en el momento de la *determinación del marco legal de la individualización judicial en abstracto* conforme a lo previsto en el art. 66 CP-1995, sino que también resulta determinante en el momento de adoptar una decisión acerca de la posibilidad de *suspender* (arts. 80 y ss.) las penas privativas de libertad, e incluso a la hora de obtener la *rehabilitación* del penado (art. 136.2.2ª). Por otra parte, los antecedentes delictivos serán tomados en consideración para decretar la *prisión provisional* del reo (art. 503.2ª y 504 LECrim.), y la reincidencia excluirá por regla general la posibilidad de obtener un *indulto* (art. 2.3 de la Ley de 1870). Finalmente, la *habitualidad* también impedirá el acceso a la *sustitución* de las penas privativas de libertad que no excedan de un año según expresa disposición del art. 88.1 CP-1995.

En síntesis, es posible afirmar que la reincidencia es la única circunstancia agravante de todas las contenidas en el catálogo del art. 22 CP, que no limita sus efectos al momento en el que ha de determinarse el *marco legal de la individualización judicial en abstracto*, tal y como se verá con más detalle a continuación al estudiar la eficacia de la reincidencia.

---

<sup>1632</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, cit., pp. 744 y 745.

<sup>1633</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *La individualización de la pena...*, cit., p. 63; asimismo CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización judicial de la pena*. Colex, Madrid, 1997, p. 108.

## 1. En la determinación de la pena en sentido limitado

La reincidencia, como el resto de las circunstancias agravantes contenidas en el catálogo general del art. 22 CP, despliega sus efectos en el momento de la *determinación de la pena en sentido limitado*, y más en concreto en la fase en la que se determina el *marco legal de la individualización judicial en abstracto*. Así, es preciso recordar el contenido del art. 66 CP-1995, en la nueva redacción dada al mismo por la *Ley Orgánica 11 / 2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, que dispone lo siguiente<sup>1634</sup>:

**Artículo 66.- 1.** *En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas:*

**1ª.** *Cuando concorra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fija la Ley para el delito.*

**2ª.** *Cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concorra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la Ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias.*

**3ª.** *Cuando concorra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la Ley para el delito.*

**4ª.** *Cuando concurren más de dos circunstancias agravantes y no concorra atenuante alguna, podrán aplicar la pena superior en grado a la establecida por la Ley, en su mitad inferior.*

**5ª.** *Cuando concorra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, **podrán aplicar** la pena superior en grado a la prevista por la Ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido.*

---

<sup>1634</sup> Recordemos que la L.O. 11 / 2003, de 29 de septiembre, modifica por completo el art. 66 de la L.O. 10 / 1995, de 23 de noviembre, que disponía lo siguiente: **Artículo 66.-** En la aplicación de la pena, los Jueces o Tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas: 1ª. Cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes o cuando concurren unas y otras, los Jueces o Tribunales individualizarán la pena imponiendo la señalada por la ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia. 2ª. Cuando concorra sólo alguna circunstancia atenuante, los Jueces o Tribunales no podrán rebasar en la aplicación de la pena la mitad inferior de la que fije la ley para el delito. 3ª. Cuando concurren una o varias circunstancias agravantes, los Jueces o Tribunales impondrán la pena en la mitad superior de la establecida por la ley. 4ª. Cuando sean dos o más las circunstancias atenuantes o una sola muy cualificada, los Jueces o Tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, aplicándola en la extensión que estimen pertinente, según la entidad y número de dichas circunstancias.

*6ª. Cuando no concurran atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la Ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.*

*7ª. Cuando concurran atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado. Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación, aplicarán la pena en su mitad superior.*

*8ª. Cuando los jueces o tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado podrán hacerlo en toda su extensión.*

*2. En los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior.*

Merece una especial atención la reciente creación de la nueva agravante de *reincidencia cualificada* (art. 66.1.5ª CP), que permitirá a los jueces y tribunales aplicar la pena superior en grado. Como ya se dijo anteriormente, hemos reservado el estudio de la nueva *superagravante* resultante de la modificación operada por la *Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, para un posterior Capítulo, por lo que baste por ahora con señalar que el principal efecto de su apreciación es la imposición de la pena superior en grado a la señalada por la Ley para el delito.

## **2. En la determinación de la pena en sentido amplio**

Además de lo anterior, la recaída en el delito produce también efectos en el momento de la determinación de la pena en sentido amplio, ya que impide o dificulta el acceso a la suspensión de las penas privativas de libertad de corta duración. Y así, el art. 81 del CP-1995 dispone lo siguiente:

**Artículo 81.-** *Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes:*

*1ª Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136 de este Código.*

*2ª Que la pena impuesta, o la suma de las impuestas en una misma sentencia, no sea superior a los dos años de privación de libertad.*

*3ª Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, salvo que el Juez o Tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas.*

Teniendo en consideración lo dispuesto en la regla 1ª del mencionado art. 80 CP-1995, es claro que el autor reincidente no podrá acceder al beneficio de la suspensión de las penas privativas de libertad inferiores a dos años, toda vez que faltará una de las condiciones esenciales para su concesión, esto es: “que el condenado haya delinquido por primera vez”. Sobre este particular, coincidimos con MARIN ESPINOSA cuando afirma que “el reincidente en delitos dolosos tiene imposibilitado el acceso a este sustitutivo penal porque el legislador parte de la presunción de que estos delincuentes son peligrosos<sup>1635</sup>”. También se muestra acertada MARIN ESPINOSA, cuando afirma que “se trata de una presunción *iuris et de iure*, ya que basta con la presencia de una anterior condena firme por un delito doloso” para impedir el acceso a este beneficio<sup>1636</sup>. Asimismo, coincidimos plenamente con la crítica que formula esta autora contra el mencionado precepto, pues “un reincidente no es automáticamente un sujeto peligroso”<sup>1637</sup>.

Por otra parte, la recaída en el delito también opera de forma negativa frente a la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad ya concedida. Y así, el art. 83.1 CP-1995, dispone lo siguiente:

**Artículo 83.-** 1. *La suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el plazo fijado por el Juez o Tribunal conforme al artículo 80.2 de este Código. (...)*<sup>1638</sup>.

Asimismo, el CP-1995 previene un supuesto especial de suspensión para las penas privativas de libertad no superiores a tres años siempre que el condenado hubiere cometido el delito a causa de su dependencia de sustancias estupefacientes o drogas tóxicas. Y así, el art. 87 CP-1995, dispone lo siguiente:

---

<sup>1635</sup> Cfr. MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 313; sobre ello se debe recordar que el art. 80.1 CP-1995 establece lo siguiente: “1. Los Jueces o Tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad inferiores a dos años mediante resolución motivada, atendiendo fundamentalmente a la *peligrosidad* criminal del sujeto”.

<sup>1636</sup> Ibidem.

<sup>1637</sup> Ibidem.

<sup>1638</sup> Véase también el art. 84.1 CP-1995, que dispone lo siguiente: “1. Si el sujeto delinquiera durante el plazo de suspensión fijado, el Juez o Tribunal revocará la suspensión de la ejecución de la pena”.

**Artículo 87.-** 1. *Aun cuando no concurren las condiciones 1ª y 2ª previstas en el artículo 81, el Juez o Tribunal, con audiencia de las partes, podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a tres años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el número 2º del artículo 20, siempre que se den las siguientes circunstancias:*

*1ª Que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.*

*2ª Que no se trate de reos habituales.*

*2. En el supuesto de que el condenado sea reincidente, el Juez o Tribunal valorará, por resolución motivada, la oportunidad de conceder o no el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena, atendidas las circunstancias del hecho y del autor.*

*3. La suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el período que se señale, que será de tres a cinco años.*

*4. (...)*

*5. El Juez o Tribunal revocará la suspensión de la ejecución de la pena si el penado incumpliere cualquiera de las condiciones establecidas.*

*Transcurrido el plazo de suspensión sin haber delinquido el sujeto, el Juez o Tribunal acordará la remisión de la pena si se ha acreditado la deshabitación o la continuidad del tratamiento del reo. De lo contrario, ordenará su cumplimiento, salvo que, oídos los informes correspondientes, estime necesaria la continuación del tratamiento; en tal caso podrá conceder razonadamente una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años.*

De lo dispuesto en el nº 2 del art. 87, se deduce que en el caso de autores reincidentes, el Juez o Tribunal deberá valorar especialmente la oportunidad de la concesión del beneficio. Sobre ello, es necesario precisar que la particular exigencia de resolución motivada contenida en el art. 87.2 CP-1995 respecto de los autores reincidentes, resulta sustancialmente diferente a la contenida en el 80.1 para los demás supuestos de suspensión. Y así, en el art. 80.1, se dice que los Jueces podrán dejar en suspenso la pena “mediante resolución motivada, atendiendo fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto”; mientras que en el art. 87.2, se dice que “el Juez o Tribunal valorará, por resolución motivada, la oportunidad de conceder o no el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena, atendidas las circunstancias del hecho y del autor”.

En opinión de MARIN ESPINOSA, la regulación expresa para el reincidente contenida en el art. 87.2 sólo puede entenderse de dos maneras: a) o es redundante; o, b) se

precisa una “muy especial motivación del Juez”<sup>1639</sup>. Tal y como afirma esta autora, entendemos que en el caso previsto por el art. 87.2 es necesario una *muy especial motivación del Juez*, en la que además de valorarse la peligrosidad criminal del reo según la regla general contenida en el art. 80.1, es necesario valorar las circunstancias del hecho y del autor, lo que en cualquier caso también resultaría redundante, pues la peligrosidad criminal del reo se deduce, precisamente, a partir de consideraciones relacionadas con las circunstancias del hecho y del autor. Por esta razón, entendemos que habría sido suficiente con la previsión contenida en el art. 80.1 del CP. En síntesis, consideramos que la *muy especial exigencia de motivación* contenida en el art. 87.2 respecto de los autores reincidentes, carece de toda justificación, y sólo puede ser entendida como un obstáculo más en las posibilidades de resocialización del autor reincidente (art. 25.2 CE)<sup>1640</sup>.

### 3. Otros efectos

Además de todo lo anterior, los autores reincidentes quedan prácticamente excluidos del indulto según expresa disposición contenida en la regla 3ª del art. 1 de la Ley de 18 de junio de 1870, que establece las normas para el ejercicio de la gracia de indulto. Y así, el art. 2 de la Ley de 1870 regula los siguientes supuestos en los que no será posible obtener el indulto:

*Artículo 2.- Se exceptúan de lo establecido en el artículo anterior:*

*1º Los procesados criminalmente que no hubieren sido aún condenados por sentencia firme.*

*2º Los que no estuvieren a disposición del Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la condena.*

*3º 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, hubiese razones suficientes de justicia, equidad o conveniencia pública para otorgarle la gracia<sup>1641</sup>.*

---

<sup>1639</sup> Cfr. MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 313.

<sup>1640</sup> Sobre ello véase MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 315.

<sup>1641</sup> Véase asimismo el art. 1 de la Ley 18-06-1870, en el que se dispone lo siguiente: “Art. 1.- Los reos de toda clase de delitos podrán ser indultados, con arreglo a las disposiciones de esta Ley, de toda o parte de la pena en que por aquéllos hubiesen incurrido”.



Por otra parte, la recaída en el delito también dificulta la *rehabilitación* del reo, toda vez que según el art. 136.2.2° CP-1995, la comisión de un nuevo delito deja sin efecto los plazos para la cancelación de los antecedentes<sup>1642</sup>. Y así, el art. 136 dispone lo siguiente:

**Artículo 136.-** 1. *Los condenados que hayan extinguido su responsabilidad penal tienen derecho a obtener del Ministerio de Justicia e Interior, de oficio o a instancia de parte, la cancelación de sus antecedentes penales, previo informe del Juez o Tribunal sentenciador.*

2. *Para el reconocimiento de este derecho serán requisitos indispensables:*

1° (...)

2° *Haber transcurrido, sin delinquir de nuevo el culpable, los siguientes plazos: seis meses para las penas leves; dos años para las penas que no excedan de doce meses y las impuestas por delitos imprudentes; tres años para las restantes penas menos graves; y cinco para las penas graves.*

3. (...)

En opinión de GOYENA HUERTA, ello supone que si una vez iniciado el cómputo de los plazos de cancelación, el reo vuelve a delinquir y es condenado por ello en una sentencia firme, “no se tendrá en cuenta el plazo transcurrido hasta ese momento, debiéndose iniciar *ex novo* una vez que se extinga la responsabilidad penal derivada del nuevo delito<sup>1643</sup>”.

Asimismo, la recaída en el delito, supone la pérdida de la libertad condicional que hubiera sido concedida<sup>1644</sup>. Y así, el art. 93 CP-1995 dispone lo siguiente:

**Artículo 93.-** *El período de libertad condicional durará todo el tiempo que le falte al sujeto para cumplir su condena. Si en dicho período el reo delinquire o inobservare las reglas de conducta impuestas, el Juez de Vigilancia Penitenciaria revocará la libertad concedida, y el penado reingresará en prisión en el período o grado penitenciario que corresponda, sin perjuicio del cómputo del tiempo pasado en libertad condicional.*

---

<sup>1642</sup> Sobre ello véase ARROYO DE LAS HERAS, A., MUÑOZ CUESTA, J., GOYENA HUERTA, J., *Las circunstancias...*, cit., pp. 183 ss; por el contrario, no compartimos la opinión de MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., pp. 317 ss. cuando afirma que la comisión de un nuevo delito suspende o interrumpe el plazo para la prescripción de la pena.

<sup>1643</sup> Cfr. ARROYO DE LAS HERAS, A., MUÑOZ CUESTA, J., GOYENA HUERTA, J., *Las circunstancias...*, cit., pp. 183 ss.

<sup>1644</sup> Véase ARROYO DE LAS HERAS, A., MUÑOZ CUESTA, J., GOYENA HUERTA, J., *Las circunstancias...*, cit., p. 201.

También la recaída en el delito surte efectos respecto de la posibilidad de decretar la prisión provisional del reo. Y así, el art. 503 de la LECrim, dispone lo siguiente<sup>1645</sup>:

**Artículo 503.-** *Para decretar la prisión provisional serán necesarias las circunstancias siguientes:*

*1ª Que conste en la causa la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito.*

*2ª Que éste tenga señalada pena superior a la de prisión menor, o bien que, aun cuando tenga señalada pena de prisión menor o inferior, considere el Juez necesaria la prisión provisional, atendidos los antecedentes del imputado, las circunstancias del hecho, la alarma social que su comisión haya producido o la frecuencia con la que se cometan hechos análogos. (...)*

*3ª Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión.*

Y en semejante sentido el art. 504 de la LECrim, que dispone lo siguiente:

**Artículo 504.-** *Procederá también la prisión provisional cuando concurren la primera y la tercera circunstancias del artículo anterior y el inculpado no hubiera comparecido, sin motivo legítimo, al primer llamamiento del Juez o Tribunal, o cada vez que éste lo considere necesario.*

*No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, aunque el delito tenga señalada pena superior a la de prisión menor, cuando el inculpado carezca de antecedentes penales, o éstos deban considerarse cancelados y se pueda creer fundadamente que no tratará de sustraerse a la acción de la justicia y, además, el delito no haya producido alarma ni sea de los que se cometen con frecuencia en el territorio donde el Juez o Tribunal que conociere de la causa ejerce su jurisdicción, podrán éstos acordar, mediante fianza, la libertad del inculpado. (...)*

#### **4. Habitualidad**

Por su parte, el art. 94 CP-1995 define como reo habitual al que hubiere sido condenado por tres o más delitos de los comprendidos en un mismo Capítulo en un plazo no superior a cinco años. En concreto, dispone este artículo lo siguiente:

**Artículo 94.-** *A los efectos previstos en las Secciones 1ª y 2ª de este Capítulo se consideran reos habituales los que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo Capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello.*

---

<sup>1645</sup> Cfr. MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., pp. 318 ss.

Como uno de los fenómenos más típicos de reiteración delictiva, también la calificación como reo habitual de acuerdo a lo previsto en el art. 94 CP-1995 supone un obstáculo a las posibilidades de resocialización del penado (art. 25.2 CE). Y así, el art. 87.1 CP-1995 dispone lo siguiente:

**Artículo 87.-** 1. *Aun cuando no concurran las condiciones 1ª y 2ª previstas en el artículo 81, el Juez o Tribunal, con audiencia de las partes, podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a tres años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el número 2º del artículo 20, siempre que se den las siguientes circunstancias:*

1ª (...)

2ª *Que no se trate de reos habituales.* 2. (...)

Finalmente, el art. 88.1 CP-1995 también impide a los reos habituales obtener la sustitución de las penas privativas de libertad de corta duración. Y así, el art. 88.1 CP-1995 dispone lo siguiente:

**Artículo 88.-** 1. *Los Jueces o Tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, las penas de prisión que no excedan de un año por arresto de fin de semana o multa, aunque la ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales. (...)*

*Excepcionalmente podrán los Jueces o Tribunales sustituir las penas de prisión que no excedan de dos años a los reos no habituales cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social. (...)*

2. (...)

## Bibliografía

ARMENGOL Y CORNET, P., *La reincidencia*, Barcelona, establecimiento tipográfico de Jaime Jepús, 1873, reimpresión facsímil ed. Analecta, Pamplona, 2002.

ARROYO DE LAS HERAS, A., MUÑOZ CUESTA, J., GOYENA HUERTA, J., *Las Circunstancias Agravantes en el CP de 1995*, Ed. Aranzadi, 1997.

ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia. Su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los códigos penales españoles del S. XIX*. Bilbao, 1982.

BACIGALUPO, E., *La individualización de la pena en la reforma penal*, en *Revista de la Facultad de derecho de la Universidad Complutense*, monográfico nº 3. 1980.

- BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho penal*. 3ª ed., Akal/Iure, 1994.
- CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización judicial de la pena*. Colex, Madrid, 1997.
- CALDERON/CHOCLAN, *Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1999.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., ARAGONESES MARTINEZ, S., HINOJOSA SEGOVIA, R., MUERZA ESPARZA, J., y TOME GARCIA, J.A., *Derecho procesal penal*, Centro de Estudios Ramón Areces. Segunda edición, Madrid, 1995.
- GARZON REAL, B., MANJON-CABEZA OLMEDA, *Reincidencia y Constitución*, Actualidad Penal, nº1, 1991.
- GONZALEZ-CUELLAR GARCIA, A., *La reincidencia*, en *Comentarios a la legislación penal*, T.V, Vol. I. Edersa, Madrid, 1985.
- GONZALEZ CUSSAC, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*. Valencia, 1988.
- GROSSO GALVAN, M., *Los antecedentes penales: Rehabilitación y control social*. Bosch, Barcelona, 1983.
- JAEN VALLEJO, M., *Los principios superiores del Derecho penal*. Dykinson. Madrid, 1999.
- JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª Ed. corregida. Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Marcial Pons editores, Madrid, 1997.
- JIMENEZ DE ASUA, L., *Lecciones de Derecho penal: Reincidencia y habitualidad*, ed. Pedagógica Iberoamericana, México, 1995.
- LOPES MAIA GONÇALVES, M., *Código Penal Portugués. Anotado e comentado*. Ed. Almedina, 15ª ed., Coimbra, 2002.
- MARIN ESPINOSA CEBALLOS, E., *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*. Comares, Granada, 1999.
- MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia*. Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1971.
- MIR PUIG, S., *La Reincidencia en el Código Penal*, ed. Bosch, 1974.
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*. 5ª ed., Barcelona, 1998.
- PRATS CANUT, J.M., QUINTERO OLIVARES, G., y VALLE MUÑIZ, J.M., *Comentarios al nuevo Código penal*. Aranzadi, Pamplona, 1996.
- PUENTE SEGURA, L., *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*. Colex, Madrid, 1997.
- RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *Derecho Penal Español. Parte General*. 17ª ed., Dykinson, Madrid, 1994.
- ZUGALDIA ESPINAR, J.M., *Comentarios al Código penal*. T. II. Edersa, 1998.

## Capítulo III

### Reincidencia y pluralidad delictiva

#### SUMARIO:

I. Distinción de figuras afines. II. Habitualidad: 1. La habitualidad en el Derecho comparado. 2. La habitualidad en el Código penal. III. Profesionalidad. IV. Tendencia. V. Reincidencia y habitualidad en el Código penal.

#### I. Distinción de figuras afines

Como ya se dijo anteriormente, con arreglo a su sentido etimológico el término reincidencia viene a significar recaída, por lo que de un modo general el término bien podría aplicarse en el ámbito jurídico-penal a todo fenómeno de repetición delictiva. Sin embargo, la realidad nos demuestra que el término tecnico-jurídico *reincidencia* ha sido siempre más preciso incluso en su significado más amplio. Efectivamente, la repetición de delitos por parte de un mismo sujeto puede tener lugar mediando o no entre los mismos una sentencia penal ejecutoria de condena por otro u otros delitos. Sólo en el primero de los supuestos estaríamos claramente en el campo de la reincidencia, entendida ésta en su sentido técnico más amplio y compresivo de fenómenos tales como la *reincidencia*, la *reiteración*, y la *multirreincidencia*.

Correctamente nos advierte MARTINEZ DE ZAMORA que el estudio de la reincidencia no debe identificarse con el estudio del fenómeno de la repetición delictiva entendida al modo tradicional. Y ello porque desde un principio se debe distinguir entre la simple multiplicidad de delitos cometidos por un mismo sujeto, y la recaída en el delito pese a la condena, es decir, ha de incidirse en el peso específico que la sentencia penal de condena tiene en la institución de la reincidencia<sup>1646</sup>. En el mismo sentido se pronuncian GARZON REAL/MANJON-CABEZA, para quienes la reincidencia es un *concepto jurídico*, que no requiere únicamente la mera repetición de delitos, sino que además precisa la existencia de una o más sentencias firmes de condena en el momento de volver a

---

<sup>1646</sup> Véase MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia*. Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1971, p. 13.

delinquir<sup>1647</sup>. Precisamente a causa de la ausencia de condena ejecutoria precedente, quedan fuera del concepto técnico-jurídico amplio de reincidencia fenómenos tales como el concurso ideal (art. 77 CP) y el concurso real de delitos (art. 73 CP); del mismo modo y por la misma causa que queda fuera de la noción de reincidencia en sentido amplio el denominado delito continuado (art. 74 CP)<sup>1648</sup>. En este sentido, afirma GOYENA HUERTA que no siempre que se comete otro delito existe reincidencia, sino que se precisa, en todo caso, de la existencia de una sentencia condenatoria anterior a la comisión del nuevo hecho delictivo, por lo que la reincidencia se diferencia claramente del concurso de delitos<sup>1649</sup>.

Tampoco la habitualidad a la que se refiere el art. 94 de la L.O. 10/1995 puede englobarse en el concepto amplio de reincidencia, ya que la calificación como reo habitual se alcanza mediante la comisión de tres o más delitos de los comprendidos en un mismo Capítulo, sin que sea preciso que entre ellos medie condena ejecutoria. Teniendo en cuenta lo anterior, es posible afirmar que el fenómeno de la reincidencia puede y debe ser distinguido de otros fenómenos de pluralidad delictiva regulados en el Código penal, tales como los concursos de delitos, el delito continuado o la habitualidad. El criterio diferencial lo constituye precisamente la exigencia de que para la apreciación de la reincidencia sea necesario constatar que entre las diferentes infracciones cometidas por el mismo autor medie, al menos, una sentencia de condena ejecutoria.

Como conclusión de todo lo anterior consideramos que la pregunta que debemos formularnos no es ¿por qué el legislador castiga con mayor pena la repetición delictiva? Ya que el legislador no previene una mayor pena para el reo que simplemente recae en el delito. Tampoco debemos cuestionarnos ¿por qué el legislador previene mayor pena para el reo ya condenado mediante sentencia ejecutoria? pues por sí misma la condena antecedente no es hoy día causa suficiente para la agravación de la pena. La pregunta que en definitiva debemos hacernos es ¿por qué el legislador impone un castigo más severo al reo que a pesar de haber sido previa y ejecutoriamente condenado por un delito vuelve a cometer otro de la misma naturaleza que el anterior en un período de tiempo determinado? En este

---

<sup>1647</sup> Cfr. GARZON REAL/MANJON-CABEZA OLMEDO, *Reincidencia y Constitución*, en *Actualidad Penal*, nº 1, 1990, p. 3.

<sup>1648</sup> Cfr. MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia...*, cit., pp. 11 ss.

<sup>1649</sup> Cfr. ARROYO DE LAS HERAS, A., MUÑOZ CUESTA, J., GOYENA HUERTA, J., *Las Circunstancias Agravantes en el CP de 1995*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 167; en el mismo sentido JIMENEZ DE ASUA, L., *Principios de Derecho penal. La Ley y el delito*. 3ª Ed. Buenos Aires, 1958, p. 535.

sentido, la reincidencia conjuga y combina en una única institución algunos de los elementos característicos de otros fenómenos de repetición delictiva: de una parte, la mera recaída propia del concurso de delitos; de otra, el efecto admonitorio de la condena precedente propio tanto de la reiteración como de la multirreincidencia; y por último, la existencia de una relación de identidad en la naturaleza de las diferentes infracciones característica de la habitualidad. Sólo la conjunción de todos estos elementos configura la reincidencia, por lo que una adecuada comprensión del fenómeno debe tomar como punto de partida la valoración conjunta de todos ellos, pues en su consideración aislada ninguno de los mencionados elementos daría lugar al fenómeno de la reincidencia. Por esta razón, y dado que la evidente diferencia existente entre la reincidencia en sentido amplio y el concurso de delitos no precisa de una mayor explicación, centraremos a continuación nuestra atención en estudiar la relación existente entre los conceptos de reincidencia y de habitualidad, haciendo también una especial referencia a los conceptos de profesionalidad y tendencia a delinquir.

## II. Habitualidad

Como se dijo anteriormente, los antecedentes penales no operan nunca en el momento de la determinación e individualización de la pena si se trata de delitos que se hallen en diferentes Títulos o sean de diferente naturaleza, aunque sí que producen efectos negativos respecto de la posibilidad de obtener ciertos beneficios penales o penitenciarios (p.ej.: arts. 81.1 y 88 CP) así como respecto de la prisión provisional (art. 503 LECrim.), cuestiones éstas que si bien pueden plantear ciertos problemas relacionados con las posibilidades de resocialización del penado (art. 25.2 CE) o con la presunción de inocencia (art. 24.2), permanecen ajenas a la culpabilidad como principio de medida de la pena. Además, ya hemos visto que los antecedentes penales cancelados o que pudieran serlo no producen efecto jurídico alguno, ni en el momento de la determinación o individualización judicial de la pena, ni en ningún otro, toda vez que por efecto de la rehabilitación el condenado recupera un *status* idéntico al del reo primario.

A la vista de lo anterior, es posible afirmar que el legislador no tiene en cuenta a la hora de determinar la gravedad de la pena a imponer la particular situación en la que se encuentra el reo que ha sido precedente y ejecutoriamente condenado por un delito, salvo cuando éste realiza la *acción de reincidir*, esto es, cuando comete otro delito de la misma

naturaleza que el que fue objeto de la primera condena antes de que transcurra el tiempo necesario para la cancelación de sus antecedentes. La relación de identidad en la naturaleza de las distintas infracciones se configura por tanto como un elemento característico propio de la reincidencia que nos permite cuestionarnos ¿por qué en el caso de identidad en las infracciones se agrava la pena y no en los demás? A esta pregunta responde MARIN ESPINOSA, afirmando que el hecho de que los delitos estén comprendidos en el mismo Título nos permite deducir que el legislador pretende agrupar infracciones que guarden similitud entre ellas, pues “sólo se agrava la pena cuando el anterior delito y el nuevo son semejantes”, de lo que deduce que “la reincidencia se aprecia, exclusivamente, cuando exista una tendencia o inclinación hacia un determinado delito<sup>1650</sup>”. Además, la referencia expresa de atender a hechos de la misma naturaleza revela la preocupación de que el delincuente se especialice en la comisión de hechos delictivos concretos, esto es, de que se inicie al hábito de delinquir<sup>1651</sup>. Por ello, considera esta autora que la razón de la agravación de la pena por reincidencia es la “iniciación al hábito de cometer delitos semejantes, es decir, la posible especialización del delincuente a la comisión de delitos de la misma naturaleza<sup>1652</sup>”.

La mayor parte de la doctrina descarta que la razón de la agravación de la pena por causa de reincidencia pueda encontrarse en un mayor contenido del injusto o en una mayor culpabilidad del autor<sup>1653</sup>. Además, algunos autores consideran la reincidencia como un posible indicio de peligrosidad criminal susceptible de ser mejor tratado mediante medidas de seguridad<sup>1654</sup>, llegando a proponer la conveniencia de sustituir la noción de reincidencia con su correlativo incremento de la pena por el concepto de habitualidad, asignando a esta

---

<sup>1650</sup> Cfr. MARIN ESPINOSA CEBALLOS, E., *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*. Comares, Granada, 1999, p. 192.

<sup>1651</sup> Véase MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., pp. 192 y 193, a estas conclusiones llega considerando además: a) la desaparición de la reiteración (que no exigía relación de identidad o semejanza entre las diversas infracciones); y b) la regulación de la habitualidad en el art. 94 CP; en nuestra opinión el argumento basado en la regulación de la habitualidad no es determinante, ya que el art. 94 no exige la existencia de condenas ejecutorias previas, lo que en principio hace posible que los tres delitos a los que hace referencia el art. 94 sean objeto de una sólo condena, y por tanto la diferencia entre habitualidad y reincidencia (la condena previa) es tan esencial que no es posible relacionarlas en el modo en que lo hace esta autora.

<sup>1652</sup> Cfr. MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 194.

<sup>1653</sup> Por todos COBO/VIVES, *Derecho penal. Parte General*. 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 900.

<sup>1654</sup> Por todos CALDERON/CHOCLAN, *Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 266: “El contenido del injusto y la culpabilidad *strictu sensu* no resultan agravados por la existencia de la condena precedente, resultando sólo razonable fundamentar la agravación de la pena por la reincidencia en la mayor *peligrosidad* puesta de manifiesto por el autor”.



última un tratamiento en el terreno de las medidas de seguridad<sup>1655</sup>. En opinión de JIMENEZ DE ASUA, la habitualidad es más y es menos que la reincidencia. Más porque no basta con la repetición de infracciones, pues precisa que esa insistencia constituya costumbre y se incorpore al modo de ser o de obrar del sujeto<sup>1656</sup>. Menos, porque no hace falta para reconocer la habitualidad que se haya dado la hipótesis de reincidencia, esto es la condena ejecutoria previa, sino que aquélla puede demostrarse por un conjunto de infracciones que constituyen el concurso real de delitos<sup>1657</sup>. Considera el autor citado, que “en los tiempos que nacen y, sobre todo, en el futuro inmediato, la habitualidad desplazará al vetusto concepto de reincidencia. Ya no interesa tanto la repetición de un delito, y vale más el indicio de peligrosidad, la tendencia arraigada al crimen, que acaso un primer acto delictivo es capaz de revelar. En suma: el criterio jurídico de la reincidencia se ve reemplazado por el concepto antropológico de habitualidad<sup>1658</sup>”. Y ello porque para JIMENEZ DE ASUA “el habitual es, pues, un incapaz para la pena, que se encuentra en estado peligroso, contra quien es necesario defenderse con medidas de carácter especial<sup>1659</sup>”. Por su parte, PUIG PEÑA considera que la delincuencia habitual equivale a “la continuada persistencia en el delito<sup>1660</sup>”.

## 1. La habitualidad en el Derecho comparado

En el Derecho comparado merece ser destacada la regulación de la habitualidad en el StGB alemán. Este texto legal no dispone de un precepto general sobre reincidencia, y únicamente contempla la habitualidad en el actuar con efecto agravante sobre la pena -y nunca como fundamento de la misma-. En concreto, la habitualidad en el actuar se regula respecto de determinados supuestos delictivos previstos en la Parte Especial, y más en particular en los párrafos 292.III (caza furtiva habitual) y 293.III (pesca furtiva habitual). Según MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, para la existencia de la habitualidad en los supuestos en los que el StGB previene una agravación de la pena, “lo decisivo no es la tendencia, sino

<sup>1655</sup> En este sentido GARZON REAL/MANJON-CABEZA, *Reincidencia y Constitución...*, cit., p. 5.

<sup>1656</sup> Cfr. JIMENEZ DE ASUA, L. *Principios...*, cit., p. 542: “Es posible caer más de una vez en el delito, sin que éste deje de ser ocasional por la renovación de las circunstancias externas que produjeron el estímulo”.

<sup>1657</sup> Ibidem.

<sup>1658</sup> Cfr. JIMENEZ DE ASUA, L., *Lecciones de Derecho penal: Reincidencia y habitualidad*, ed. Pedagógica Iberoamericana, México, 1995, p. 363.

<sup>1659</sup> Cfr. JIMENEZ DE ASUA, L., *Lecciones...*, cit., p. 363, en cuya opinión “constituído ya el delincuente de hábito, demuestra que la pena no tiene ningún poder sobre él, que ni le intimida ni le corrige. Imponérsela agravada, pero la misma, es absurdo. Cuando al término de ella salga, volverá a ser un peligro para la sociedad”.

<sup>1660</sup> Véase PUIG PEÑA, F., *Derecho penal. Parte General...*, cit., p. 495.

la inclinación del autor al respectivo hecho punible, adquirida por la comisión reiterada del hecho. Esta inclinación (endurecimiento y embotamiento de la conciencia, no un abandono débil ante cualquier tentación) debe deducirse de hechos previos, cuyo número sólo tendrá una importancia indiciaria<sup>1661</sup>”. Por otra parte, el Código penal suízo, que sí dispone de dos preceptos generales sobre la reincidencia en los delitos (art. 67) y en las faltas (art. 108), ambos con efecto agravatorio sobre la pena, también contiene una norma específica destinada a regular la delincuencia habitual. En particular, el art. 42 del Código penal suízo desarrolla de forma coherente el sistema de doble vía permitiendo la imposición de una medida de seguridad de internamiento a los delincuentes habituales capaces de culpabilidad, siempre y cuando éstos demuestren una “tendencia a la delincuencia”.

El Código penal italiano, que también contiene un precepto general sobre reincidencia (art. 99) de apreciación facultativa y con efectos agravatorios sobre la pena, regula en sus arts. 102 y 103 dos supuestos de habitualidad en el delito, y en su art. 104 un supuesto de habitualidad en las faltas. La consecuencia de la declaración de habitualidad en los autores capaces de culpabilidad -de forma consecuente con los postulados del sistema de doble vía- permite, según el art. 109 del Código italiano, la imposición de medidas de seguridad junto con la pena (p.ej: remisión a una colonia agrícola). Finalmente, el Código Portugués también contiene un precepto general sobre reincidencia (art. 75) con efectos agravatorios sobre la pena (art. 76), cuya aplicación exige además de la constatación de ciertos presupuestos formales (p.ej.: la existencia de condenas previas), un presupuesto material consistente en que “pueda censurarse al autor que la condena o condenas anteriores no le han servido de suficiente advertencia contra el crimen”. Junto a ello, el Código Portugués previene la posibilidad de imponer medidas de seguridad a los autores capaces de culpabilidad reincidentes (art. 102), aunque carece de una regulación específica en materia de *habitualidad*.

## 2. La habitualidad en el Código penal

Ya hemos visto que la redacción original de la L.O. 10/1995 contiene un precepto general sobre reincidencia situado dentro del catálogo de circunstancias que agravan la responsabilidad criminal (art. 22.8º). Sin embargo, el concepto de reo habitual se ubica

---

<sup>1661</sup> Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*. Vol. II. Trad. por Bofill Genszch, J. Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 593; el art. 94 de la L.O. 10/1995 se fundamenta en el número de delitos cometidos dentro de un plazo de tiempo determinado.

sistemáticamente fuera del catálogo general de circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal, y así el art. 94 de la L.O. 10/1995, dispone lo siguiente:

**Artículo 94.-** *A los efectos previstos en las Secciones 1ª y 2ª de este Capítulo se consideran reos habituales los que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo Capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello.*

Sobre esta definición legal se deben hacer cuatro precisiones: en primer lugar, y a diferencia de lo que sucede con la reincidencia, la habitualidad no requiere la existencia de condena ejecutoria previa por lo que los delitos que a ella dan lugar bien pueden haber sido contenidos en una sólo sentencia (p.ej.: supuestos de concurso real); en segundo lugar, la definición de habitualidad prevista en el art. 94 no es una definición general como en el caso de la reincidencia, pues sus efectos se limitan a lo previsto en las Secciones 1ª y 2ª del Capítulo III del Título III del Libro I; en tercer lugar, la definición de habitualidad no hace referencia a la habitualidad en el actuar, sino al reo habitual como tipo de autor que se caracteriza por la costumbre adquirida mediante la repetición de actos delictivos que lo determinan a la actividad criminal<sup>1662</sup>; y en cuarto lugar, la calificación como reo habitual según el art. 94 no incide sobre la pena concreta a imponer al autor, sino en la posibilidad de acceder a determinados beneficios penales. En este último sentido, la Sección 1ª titulada “De la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad”, dispone en su art. 87 lo siguiente:

**Artículo 87.-** *1. Aun cuando no concurran las condiciones 1ª y 2ª previstas en el artículo 81, el Juez o Tribunal, con audiencia de las partes, podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a tres años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el número 2º del artículo 20, siempre que se den las siguientes circunstancias:*

*1ª Que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.*

*2ª Que no se trate de reos habituales.*

De la anterior regulación se deduce que la habitualidad impide el acceso al beneficio de la suspensión en el supuesto excepcional previsto para los reos toxicómanos, aunque no

---

<sup>1662</sup> Cfr. JIMENEZ DE ASUA, L., *Principios...*, cit., p. 542; asimismo WELZEL, H., *Derecho penal. Parte General*, (trad. Fontán Balestra, C.). De Palma, Buenos Aires, 1956, p. 134.

incide en la gravedad de la pena. Tampoco la habitualidad lleva aparejada la posibilidad de aplicar una medida de seguridad, lo que en opinión de MARIN ESPINOSA permite deducir que el legislador no fundamenta la habitualidad del art. 94 CP en la peligrosidad criminal del sujeto, ya que de haber sido así se habría previsto alguna medida de seguridad para el tratamiento del reo habitual<sup>1663</sup>. Además de lo anterior, la habitualidad aparece en la Sección 2ª titulada “De la sustitución de las penas privativas de libertad”, en cuyo art. 88 se dispone lo siguiente:

**Art. 88.-** 1. *Los Jueces o Tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, las penas de prisión que no excedan de un año por arresto de fin de semana o multa, aunque la ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales. Cada semana de prisión será sustituida por dos arrestos de fin de semana; y cada día de prisión será sustituido por dos cuotas de multa. En estos casos el Juez o Tribunal podrá además imponer al penado la observancia de una o varias de las obligaciones o deberes previstos en el artículo 83 de este Código.*

*Excepcionalmente podrán los Jueces o Tribunales sustituir las penas de prisión que no excedan de dos años a los reos no habituales cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social. En estos casos, la sustitución se llevará a cabo con los mismos requisitos y en los mismos términos y módulos de conversión establecidos en el párrafo anterior.*

Tampoco en este caso se conecta la habitualidad con un incremento de la pena, o con la peligrosidad del autor, dando lugar a la posibilidad de imponer una medida de seguridad. La Ley se limita en este caso a impedir al reo habitual obtener el beneficio de la sustitución de las penas privativas de libertad de corta duración. A pesar de todo lo anterior, no cabe duda de que el concepto de reo habitual contenido en el art. 94 CP es un concepto fundamentado en razones de prevención especial ajenas por completo a la culpabilidad del autor y estrechamente vinculadas con su peligrosidad. A pesar de ello, el legislador ha optado por acometer el problema de la peligrosidad que presenta el autor habitual estableciendo una limitación en sus posibilidades de obtener la suspensión o la sustitución de la pena privativa de libertad, lo que podría ser interpretado como un recorte en las posibilidades de resocialización del autor (art. 25.2 CE) que habría podido evitarse

---

<sup>1663</sup> Véase MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 195: “Esta carencia resulta llamativa porque el concepto de habitualidad se ha relacionado siempre con la peligrosidad del autor”; A este respecto recordamos el Código Penal italiano, en cuyos arts. 102 y ss. se regulan supuestos de habitualidad, profesionalidad y tendencia a delinquir que permiten según el art. 109 la aplicación de medidas de seguridad.

conectando el problema de la peligrosidad del autor habitual con las medidas de seguridad, tal y como sucede en otras legislaciones de nuestro entorno.

Un concepto de habitualidad distinto del contenido en el art. 94, es el que maneja el legislador dentro de la Parte Especial del Código al contemplar ciertos delitos en particular. En estos casos, la habitualidad ya no hace referencia a un tipo de autor (el reo habitual), sino a la habitualidad en el actuar<sup>1664</sup>. Además, y a diferencia de lo que sucedía en el art. 94, la habitualidad regulada en la Parte Especial tiene un efecto directo sobre la pena a imponer al reo, fundamentando o agravando la misma. Así, el art. 153 de la L.O. 10/1995, modificado por el art. 2.1 de la Ley Orgánica 14/1999 de 9 junio, regulaba la habitualidad en el actuar como fundamento de la pena<sup>1665</sup>, disponiendo respecto de los actos de violencia física o psíquica en el ámbito familiar lo siguiente:

**Artículo 153.-** *El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad, o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.*

*Para apreciar la habitualidad a que se refiere el párrafo anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.*

Sobre esta disposición en concreto se debe precisar, en primer lugar, que a diferencia de lo que sucede en el caso de la reincidencia no se requiere la existencia de una o más condenas ejecutorias previas, pudiendo haber sido juzgados los diferentes actos que dan lugar a la habitualidad en un solo proceso y haber sido objeto de una sólo condena (p.ej.: concurso real)<sup>1666</sup>; en segundo lugar, que el legislador tampoco permite en este caso

---

<sup>1664</sup> Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal...*, cit., p. 593.

<sup>1665</sup> Véase MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal...*, cit., p. 593, quienes hacen referencia a que en el StGB la habitualidad sólo tiene efecto agravante de la pena (parágrafos 292.III y 293.III); sin embargo la profesionalidad puede agravar la pena (parágrafo 260) o fundamentar la pena (180a I-III); en este sentido también ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Trad. de la 2ª ed. alemana por Luzón Peña, D.M., Díaz y García-Conlledo, M., Vicente Remesal, J. Civitas, Madrid, 1997, p. 184.

<sup>1666</sup> Véase la STS de 24 de junio de 2000 (Rec. N° 978/1999), en la que se afirma que “se da una definición legal de habitualidad que se vertebrada alrededor de cuatro datos: pluralidad de actos,

conectar las nociones de habitualidad y peligrosidad en los supuestos de autores capaces de culpabilidad, pues no previene la posibilidad de imponer medida de seguridad alguna; en tercer lugar, que esta disposición no hace referencia a un tipo de autor (el reo habitual) como sucedía en el art. 94, sino a una forma de actuar (habitual)<sup>1667</sup>; y, en último lugar, resulta importante subrayar que en este supuesto la habitualidad en el actuar no tiene un efecto agravante sobre la pena, sino que opera como fundamento de la misma<sup>1668</sup>.

En cualquier caso, el mencionado artículo 153 de la L.O. 10/1995, ha sido modificado por la *Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, haciendo desaparecer del mismo toda mención a la habitualidad, según la siguiente redacción:

**Artículo 153.-** *El que por cualquier medio o procedimiento causara a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpeará o maltratará de obra a otro sin causarle lesión, o amenazará a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos, cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz,*

---

proximidad temporal, pluralidad de sujeto pasivo siempre que sea uno de los integrantes de la unidad familiar y finalmente independencia de que tales actos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento anterior, la habitualidad, término de clara raíz criminológica viene a constituirse en el elemento definidor del tipo y aparece definido por la concurrencia de los elementos citados que deben ser tenidos en cuenta por el Juez para alcanzar el juicio de certeza en cada caso sobre su concurrencia o no, por ello es concepto necesitado, como casi todos los jurídicos, de la interpretación judicial individualizada”.

<sup>1667</sup> Véase la STS de 22 de enero de 2002 (Rec. N° 677/2000), en la que se dispone que “la otra nota que define el tipo la constituye la habitualidad, que aquí figura como elemento valorativo no afectado por la definición legal de habitualidad contenida en el art. 94 del Código Penal, que desvuelve su eficacia exclusiva respecto de la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad como se desprende tanto de la situación sistemática del art. 94 –dentro del Capítulo III del Título III «de las penas»–, como por la expresa remisión con que se inicia el artículo «... a los efectos previstos en las secciones 1ª y 2ª de este capítulo...», que se refiere a la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y a la sustitución de las mismas”.

<sup>1668</sup> Véase la STS de 16 de mayo de 2002 (Recurso n° 2506/2000): “Esta Sala (...) tiene declarado en sentencia de 7 de julio de 2000 que la «habitualidad» que necesariamente debe darse en el ejercicio de la violencia física dentro del ámbito de las relaciones familiares para integrar el delito autónomo del artículo 153 del Código Penal (...) es una exigencia típica un tanto imprecisa que ha originado distintas corrientes interpretativas. La más habitual entiende que tales exigencias se satisface a partir de la tercera acción violenta; criterio que no tiene más apoyo que la analógica aplicación del concepto de habitualidad que el artículo 94 del Código Penal establece a los efectos de suspensión y sustitución de penas. Otra línea interpretativa prescindiendo del automatismo numérico anterior, ha entendido con mayor acierto que lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en sí misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente. En esta permanencia radica el mayor desvalor que justifica una tipificación autónoma por la presencia de una gravedad mayor que la que resultaría de la mera agregación de las desvaloraciones propias de cada acción individual”.

*inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.*

*Se impondrán las penas en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.*

Asimismo, la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, ha modificado el art. 173 de la L.O. 10/1995, que queda redactado como sigue:

**Artículo 173.-** *1. El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.*

*2. El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.*

*Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.*

*3. Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.*

Como se puede observar, el nuevo art. 173.2, resultante de la modificación operada por la Ley Orgánica 11/2003, recoge y amplía los supuestos de violencia habitual en el ámbito familiar y doméstico anteriormente previstos en el art. 153 L.O 10/1995.

Asimismo, la *Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, ha creado tres nuevos supuestos de habitualidad en la comisión de lesiones (art. 147), hurtos (art. 234) y sustracción de vehículos (art. 244), permitiendo imponer la pena de delito para la reiteración en la comisión de faltas, siempre que la frecuencia sea la de cuatro conductas constitutivas de falta en el plazo de un año, y en el caso de los hurtos o sustracción de vehículos de motor, el montante acumulado supere el mínimo exigido para el delito<sup>1669</sup>.

Así, respecto de las lesiones, la Ley Orgánica 11/2003 añade un párrafo al apartado 1º y modifica el apartado 2º del art. 147 CP, con la siguiente redacción:

**Art. 147.1.-** (...) *Con la misma pena será castigado el que, en el plazo de un año, haya realizado cuatro veces la acción descrita en el art. 617 de este Código.*

*2. No obstante, el hecho descrito en el apartado anterior será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses, cuando sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido.*

Respecto del hurto, la Ley Orgánica 11/2003 añade un párrafo segundo al art. 234 CP, que queda redactado como sigue:

**Art. 234.-** (...) *Con la misma pena se castigará al que en el plazo de un año realice cuatro veces la acción descrita en el art. 623.1 de este Código, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura de delito.*

En cuanto a la sustracción de vehículos de motor, la Ley Orgánica 11/2003 añade un párrafo segundo al apartado 1º del art. 244 CP, que queda redactado como sigue:

---

<sup>1669</sup> Sobre ello, véase el apartado II de la Exposición de Motivos de la *Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*.



**Art. 244.-** 1. (...) *Con la misma pena se castigará al que en el plazo de un año realice cuatro veces la acción descrita en el art. 623.3 de este Código, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura de delito.*

Por otra parte, el art. 286 CP regula un supuesto de agravación de la pena por causa de habitualidad en relación con la comisión de delitos relacionados con el mercado de valores, del siguiente modo:

**Artículo 286.-** *Se aplicará la pena de prisión de cuatro a seis años y multa de doce a veinticuatro meses, cuando en las conductas descritas en el artículo anterior concurra alguna de las siguientes circunstancias<sup>1670</sup>:*

*1ª Que los sujetos se dediquen de forma habitual a tales prácticas abusivas.*

*2ª Que el beneficio obtenido sea de notoria importancia.*

*3ª Que se cause grave daño a los intereses generales.*

Sobre esta última disposición, que por sus características propias más parece recoger un supuesto de profesionalidad en el actuar que de habitualidad, se debe hacer notar en primer término que el legislador -a diferencia de lo que sucedía en el supuesto previsto en el art. 94 CP-, prescinde de dar una noción de lo que entiende por *habitual*; en segundo lugar, debe señalarse que tampoco el legislador previene medidas de seguridad para los autores capaces de culpabilidad que se dedican de forma habitual a tales prácticas abusivas; en tercer lugar, se debe precisar que esta disposición no hace referencia a un tipo de autor (reo habitual) sino a una forma de actuar (habitualidad en el actuar); y finalmente, debe precisarse que en este supuesto la habitualidad en el actuar no tiene un efecto

---

<sup>1670</sup> Por su parte, el art. 285 dispone lo siguiente: “Quien de forma directa o por persona interpuesta usare de alguna información relevante para la cotización de cualquier clase de valores o instrumentos negociados en algún mercado organizado, oficial o reconocido, a la que haya tenido acceso reservado con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial, o la suministrare obteniendo para sí o para un tercero un beneficio económico superior a setenta y cinco millones de pesetas o causando un perjuicio de idéntica cantidad, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de tanto al triplo del beneficio obtenido o favorecido”.

fundamentador de la pena como en el caso del art. 173.2 CP, sino que opera como agravante de la misma.

La última de las menciones relativas a la habitualidad contenidas en la Parte Especial del Código, viene referida a la habitualidad del receptor en el caso de hechos constitutivos de falta. Y así, el art. 299 dispone lo siguiente:

**Artículo 299.-** 1. *El que, con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de hechos constitutivos de falta contra la propiedad, habitualmente se aprovechare o auxiliare a los culpables para que se beneficien de los efectos de las mismas, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses.*

2. *Si los efectos los recibiere o adquiriere para traficar con ellos, se impondrá la pena de multa de ocho a dieciséis meses y, si se realizaren los hechos en local abierto al público, podrá acordarse la clausura temporal o definitiva del mismo. En la clausura temporal, el plazo no podrá exceder de cinco años.*

Sobre esta norma, en la que también parece que el legislador regula un supuesto más cercano al concepto de profesionalidad en el actuar que al de habitualidad, se debe precisar en primer lugar que tampoco se exige -como sucede en el caso de la reincidencia- la existencia de una o más condenas ejecutorias previas como receptor; en segundo lugar, que el legislador no permite conectar las nociones de habitualidad y peligrosidad en el caso de autores capaces de culpabilidad, pues no previene la posibilidad de imponer medida de seguridad alguna; en tercer lugar, que tampoco en este caso se hace referencia a un tipo de autor (el reo habitual) como en el art. 94, sino a una forma de actuar (habitual); en cuarto lugar, que en este supuesto la habitualidad en el actuar no tiene un efecto agravante sobre la pena, sino que opera como fundamento de la misma<sup>1671</sup>; y, en quinto y último lugar, que

---

<sup>1671</sup> Véase la STS de 25 de abril de 2002 (Rec. n° 108/2000): “La Sentencia de 15 de marzo de 1999 (...), contiene nuestra doctrina jurisprudencial (...) en el delito de receptación del artículo 298.1 del Código Penal, la acción nuclear del aprovechamiento, sea del propio o del ajeno, en ambos casos con ánimo de lucro, ha de recaer sobre efectos procedentes de “un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico”, en el que el sujeto no haya intervenido como autor ni como cómplice pero del cual tuviere conocimiento. Este elemento normativo de la procedencia de un “delito” no se evidencia en este caso: el relato histórico dice que las joyas procedían de sustracciones, pero sin especificar sus circunstancias ni su modo comisivo, con la imposibilidad consiguiente de valorarlos como delitos de robo con fuerza en las cosas o con violencia o intimidación en las personas. La condición de “delito” tampoco puede apoyarse en la superación del valor límite entre la falta y el delito de hurto, porque no contiene el relato fáctico referencia alguna al valor de las joyas, ni puede inferirse tal valor del gran número de joyas intervenidas, ya que no consta si fueron sustraídas en una o en varias acciones independientes, por uno o por distintos sujetos, lo que impide afirmar que hubiese alguna sustracción por valor superior al exigible en el delito de hurto. Todo ello conduce a entender que en el mejor de los casos los efectos procedían de faltas contra la propiedad. Pero

tampoco el art. 299 CP ofrece un concepto preciso de la habitualidad, ya que ni siquiera indica las pautas para apreciar ésta.

### III. Profesionalidad

Según JIMENEZ DE ASUA, el profesional es una especie del delincuente habitual en el que la costumbre va unida al lucro y constituye un modo de vida, un oficio que se ejerce previo aprendizaje<sup>1672</sup>. Por su parte, WELZEL considera al delincuente profesional como un tipo sociológico de autor caracterizado por una forma criminal de vida social: “la existencia parásita, sin que ésta arraigue en una tara natural o haya llevado a una degeneración caracterológica duradera<sup>1673</sup>”. Según PUIG PEÑA, la delincuencia profesional equivale a la “persistencia en una senda criminal, elevando un determinado delito a la categoría de profesión y oficio<sup>1674</sup>”. Aunque la Ley Orgánica 10/1995, del Código penal, no utiliza de forma expresa en ningún caso los términos *delincuente profesional*, y tampoco hace uso de la expresión *profesionalidad en el actuar*, resulta importante destacar que en supuestos tales como los previstos en los arts. 369.6 y 371.2, se hace referencia a una cierta estructura de organización criminal, que bien podría constituir base fáctica suficiente para construir el concepto de profesionalidad<sup>1675</sup>.

No obstante, sí encontramos referencias expresas al autor profesional o al actuar profesional en el Derecho comparado. Así, en el StGB alemán, la profesionalidad en la actuación opera como fundamento de la pena en el parágrafo 180a I-III (favorecimiento profesional de la prostitución) y en el 181a. II (proxenetismo profesional)<sup>1676</sup>; o como agravante de la pena en el parágrafo 260 (encubrimiento profesional), entre otros

---

entonces el tipo de receptación apreciable no es el del artículo 298.1 del Código penal, sino el del artículo 299 que exige la “habitualidad” en el aprovechamiento. El hecho probado señala la adquisición de las joyas en pago de droga vendida, pero sin precisar si ello tuvo lugar en un acto o en varios, con la reiteración, hábito o costumbre propia de un insistente comportamiento que no se refleja como tal en el relato histórico”.

<sup>1672</sup> Cfr. JIMENEZ DE ASUA, L., *Principios...*, cit., p. 542; del mismo autor *Lecciones...*, cit., p.366.

<sup>1673</sup> Cfr. WELZEL, H., *Derecho penal...*, cit, p. 134.

<sup>1674</sup> Cfr. PUIG PEÑA, F. *Derecho penal...*, cit., p. 495.

<sup>1675</sup> También podrían incluirse en el concepto de profesionalidad, aunque no se haya utilizado expresamente el término, los supuestos previstos en los arts. 188, 318 bis, y 515.1º del CP, resultantes todos ellos de la modificación operada por la *Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre*.

<sup>1676</sup> Véase MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal...*, cit., p. 593; asimismo ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., p. 184.

supuestos<sup>1677</sup>. En opinión de MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, la profesionalidad del actuar no se caracteriza por la forma de comisión, sino por la intención del autor en orden a procurarse una fuente de ingresos mediante la comisión repetida de un hecho, sin que se exija que esta fuente de ingresos sea especialmente lucrativa, que ella proporcione ingresos permanentes al autor, ni tampoco una parte sustancial de su sustento<sup>1678</sup>. Además, afirman estos autores que “la reiteración del hecho es un indicio importante pero no absoluto de la profesionalidad, tanto es así que la primera acción de esta clase puede fundar la profesionalidad<sup>1679</sup>”.

Por otra parte, en Italia no encontramos referencias a la profesionalidad en el actuar, sino al delincuente profesional. En este sentido, el art. 105 del Código penal italiano dispone lo siguiente:

**Artículo 105.-** *Profesionalidad en el delito.*

*Quien, encontrándose en las condiciones requeridas para la declaración de habitualidad, es condenado por otro hecho punible, será declarado delincuente o contraventor profesional, cuando, teniendo en consideración la naturaleza de los hechos punibles, la conducta y el género de vida del culpable y las demás circunstancias indicadas en el art. 133, deba considerarse que él vive habitualmente, aunque sólo en parte, de los productos del delito.*

Complementando a esta disposición, el artículo 107 dispone que las normas relativas a la habitualidad y a la profesionalidad también serán aplicables cuando la condena por varios delitos haya sido pronunciada en una sólo sentencia. En cuanto a los efectos de la declaración como delincuente profesional, éstos vienen regulados expresamente en el art. 109 del Código italiano, y básicamente consisten en la aplicación de una medida de seguridad junto con la pena.

#### **IV. Tendencia**

En opinión de JIMENEZ DE ASUA, el concepto de predisposición a delinquir es más amplio que el de habitualidad o profesionalidad<sup>1680</sup>. En él es posible incluir el hábito y

---

<sup>1677</sup> Más supuestos de profesionalidad en el StGB en MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal...*, cit., p. 593; y en ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., p. 185.

<sup>1678</sup> MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal...*, cit., p. 593.

<sup>1679</sup> *Ibidem*.

<sup>1680</sup> Cfr. JIMENEZ DE ASUA, L., *Lecciones...*, p. 366.

la profesión, pero no es preciso llegar a ello para que se pueda ya reconocer la inclinación al delito, pues la predisposición puede declararse con un solo delito<sup>1681</sup>. Por su parte, WELZEL considera que existe un tipo disposicional de autor que se caracteriza por sus predisposiciones naturales que lo llevan hacia el crimen, se trata del autor capaz con imputación disminuía en cuanto no sea una personalidad degenerada (psicópata)<sup>1682</sup>. Tal y como sucede con la profesionalidad, el Código penal español no contiene referencia expresa al concepto de delincuente por tendencia, o al actuar por tendencia, sin embargo sí encontramos referencias a este fenómeno en el Derecho comparado.

Así, a diferencia del Código penal español, el StGB alemán previene la posibilidad de aplicar medidas de seguridad junto con la pena a los autores capaces de culpabilidad (imputables) que, además, sean peligrosos a causa de su “tendencia a cometer hechos punibles relevantes<sup>1683</sup>”. En concreto, el parágrafo 66 del StGB permite imponer junto con la pena, una medida de seguridad consistente en el internamiento en un establecimiento de custodia de seguridad a todos aquellos autores de criminalidad grave siempre que:

*“(...) resulte de la apreciación conjunta del autor y de sus hechos que él sea un peligro para la sociedad, como consecuencia de una tendencia a cometer actos delictivos de importancia, en particular aquellos con los cuales se hiera gravemente psicológica o corporalmente a la víctima o que produzcan graves daños económicos” (parágrafo 66.I.3)<sup>1684</sup>.*

Se debe destacar que el StGB no dispone una especial agravación de la pena para los delincuentes que demuestran una especial tendencia al delito, sino que únicamente permite la imposición, junto con la pena, de una medida de seguridad<sup>1685</sup>.

---

<sup>1681</sup> Cfr. JIMENEZ DE ASUA, L., *Principios...*, cit., p. 543.

<sup>1682</sup> Cfr. WELZEL, H., *Derecho penal...*, cit., p. 133.

<sup>1683</sup> Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal...*, cit., p. 877.

<sup>1684</sup> Véase MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal...*, cit., p. 881: “Una valoración conjunta del autor y de sus hechos debe arrojar como resultado que aquél sea considerado como un autor de tendencia a la comisión de hechos punibles relevantes, como consecuencia de dicha tendencia. En tanto, el Derecho anterior (parágrafos 20a y 42c) sometía a la custodia de seguridad al delincuente común, el nuevo Derecho habla de autor de tendencia. De este modo, debe expresarse con mayor claridad que, hasta ahora, la irrelevancia de las razones que hayan conducido al decaimiento de la personalidad, como asimismo que la tendencia criminal no sólo puede deberse al acostumbramiento del autor de la comisión de hechos punibles. Lo relevante es, exclusivamente, la existencia de tal tendencia”.

<sup>1685</sup> Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal...*, cit., p. 881, quienes consideran que los presupuestos materiales de la custodia de seguridad consisten en una valoración del hecho y de la personalidad y en una prógnosis de peligrosidad que siga aquella valoración. Es irrelevante si la tendencia ha sido adquirida por costumbre o ha sido condicionada por la disposición del autor, o bien que ésta se haya desarrollado por inclinación, ejercitación o influencias del ambiente. En especial no es necesario que la existencia latente de la tendencia haya sido provocada culpablemente

Por su parte, el Código penal italiano, regula en su art. 108 la denominada tendencia a delinquir, del siguiente modo:

**Artículo 108.-** *Tendencia a delinquir.*

*Será declarado delincuente por tendencia quien, aun no siendo reincidente, delincuente habitual o profesional, cometa un delito no culposo contra la vida o la integridad de las personas, aunque no esté previsto en el Capítulo I del Título XII del Libro II de este Código, siempre que, por sí mismo teniendo en cuenta las circunstancias indicadas en el art. 133, revele una especial inclinación al delito, que encuentre su causa en la índole particularmente malvada del culpable.*

*La disposición de este artículo no se aplicará si la inclinación al delito está originada por las enfermedades previstas en los artículos 88 y 89.*

Del contenido de norma anteriormente transcrita, es posible deducir que la declaración de delincuente por tendencia no exige en la legislación italiana la existencia de condenas previas, pudiendo ser declarada a partir de un solo delito. Asimismo, observamos que el principal factor a tener en cuenta a la hora de realizar una tal declaración es, precisamente, la existencia de una especial inclinación al delito originada por la índole particularmente malvada del culpable. Por esta última razón, quedan expresamente excluidos los autores en los que la especial inclinación al delito tenga su causa en alguna patología mental<sup>1686</sup>. Como sucedía en los casos de habitualidad y profesionalidad, la declaración como delincuente por tendencia lleva aparejada según el art. 109 del Código italiano, la imposición de una medida de seguridad junto con la pena correspondiente al delito.

Por su parte, el Código penal suízo dispone de una norma destinada a regular la delincuencia habitual en la que, además de la recaída en el delito, se requiere que el reo demuestre una cierta tendencia a delinquir. Se trata del ya mencionado art. 42, que previene la imposición de una medida de seguridad de internamiento a los delincuentes habituales capaces de culpabilidad siempre que éstos demuestren una “tendencia a la delincuencia”.

---

por el autor, de lo que estos autores deducen dos consecuencias: a.) que la custodia de seguridad no se halla excluida frente a autores con capacidad de culpabilidad disminuída; y b.) que la existencia de tal tendencia no supone en absoluto el reconocimiento de una culpabilidad de autor o por la conducción de la vida o de carácter; por nuestra parte, consideramos que la conclusión de la letra a.) no es válida en el Derecho penal italiano.

<sup>1686</sup> Los arts. 88 y 89 del Código penal italiano hacen referencia a la existencia de enfermedades mentales susceptibles de excluir o reducir la capacidad del autor de entender o de querer.

Finalmente, el Código penal portugués permite la imposición de una pena relativamente indeterminada a los autores capaces de culpabilidad, de criminalidad grave, que hayan cometido varios delitos dolosos, “siempre que la evaluación conjunta de los hechos y de la personalidad del autor revele una acentuada inclinación al crimen, que en el momento de la condena aún persista” (art. 83).

## V. Reincidencia y habitualidad en el Código penal

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, cabe afirmar que la reincidencia y la habitualidad son fenómenos que mantienen marcadas diferencias entre sí, por lo que una correcta delimitación conceptual entre ambos fenómenos debe ser el punto de partida para la adecuada comprensión de su sentido. Por otra parte, se debe señalar que la reincidencia, tal y como viene configurada en el vigente Código penal de 1995, es un concepto jurídico puro sin contenido criminológico alguno, pues tan sólo se requiere la constatación de ciertos presupuestos objetivos para poder calificar al autor como reincidente<sup>1687</sup>. Todo lo contrario sucede en el Derecho comparado con los conceptos de habitual, profesional o delincuente por tendencia, que expresan fenómenos dotados de un contenido criminológico concreto y requieren una indagación sobre la particular subjetividad del autor<sup>1688</sup>. Recordemos que la regulación de la reincidencia contenida en el vigente Código penal (art. 22.8ª), impide toda indagación sobre la subjetividad del autor, a diferencia de lo que sucede por ejemplo en el Código penal portugués (art. 75). En palabras de JIMENEZ DE ASUA, no basta con la mera repetición de infracciones para la consideración como reo habitual o profesional, sino que por lo general se exigirá, además, que esta insistencia en el delito constituya costumbre y se incorpore al modo de ser o de obrar del sujeto en el caso de la habitualidad, así como que la costumbre vaya unida al lucro

---

<sup>1687</sup> No así en el Derecho portugués, pues como ya hemos visto el art. 75 del CP portugués exige para la apreciación de la reincidencia, además de el presupuesto objetivo que supone la anterior condena, un presupuesto de carácter material: que pueda censurarse al autor que éstas no le han servido como advertencia suficiente contra el crimen; sobre ello véase LOPES MAIA GONÇALVES, M., *Código Penal Português. Anotado e comentado*. Ed. Almedina, 15ª ed., Coimbra, 2002, p. 261.

<sup>1688</sup> Aunque en la L.O. 10/1995 no existan más que referencias a la habitualidad (no así a la profesionalidad o a la tendencia), lo cierto es que el legislador también configura en algunos casos la habitualidad sobre presupuestos puramente objetivos (p.ej.: comisión de varios delitos) que no permiten indagar en la subjetividad concreta del autor (art. 94 CP).

y al modo de vida del autor en el caso de la profesionalidad<sup>1689</sup>. Por su parte, la tendencia al delito exige también la constatación de un inclinación especial hacia el crimen pudiendo ser declarada incluso a partir de la comisión de un solo delito (p.ej.: art. 108 CP italiano), aunque por lo general se exige la comisión de una pluralidad de infracciones (p.ej: art. 66 StGB; art. 42 CP suízo; o art. 83 CP portugués).

Asimismo, se debe admitir que no todo reincidente es siempre y necesariamente un reo habitual, ya que pueden existir supuestos de repetición delictiva, aún tratándose de delitos de la misma naturaleza, en los que no concurran los presupuestos de la habitualidad. Coincidimos por tanto plenamente con JIMENEZ DE ASUA cuando afirma que “es posible caer más de una vez en el delito, sin que éste deje de ser ocasional por la renovación de las circunstancias externas que produjeron el estímulo<sup>1690</sup>”. Por esta razón, debemos subrayar que no todo reincidente ha de ser forzosamente calificado como reo habitual, así como que la calificación como reo habitual no tiene por qué hallarse necesariamente fundamentada en la existencia de condenas ejecutorias previas por delitos de la misma naturaleza como sucede en el caso de la reincidencia, pudiendo constatarse la habitualidad a partir de un conjunto de infracciones juzgadas en un mismo proceso como sucede en el caso del concurso real de delitos (art. 94 CP).

Además de lo anterior, consideramos que el tratamiento de fenómenos tales como la reincidencia y la habitualidad debe hacerse en el marco de un sistema de Derecho penal que desarrolle de forma coherente los principios de la doble vía. En este sentido, ROXIN reconoce que las medidas de seguridad, a diferencia de las penas “son fruto del pensamiento del Derecho penal de autor. Las mismas se han desarrollado a partir de la teoría de la prevención especial de LISZT y se orientan por principio totalmente a la personalidad del autor; y como no requieren culpabilidad hay un amplio retroceso del hecho concreto como fundamento de la responsabilidad<sup>1691</sup>”.

Respecto de la reincidencia, se constata en el Derecho comparado una gran diversidad de respuestas que normalmente inciden sobre la gravedad de la pena a imponer

---

<sup>1689</sup> Cfr. JIMENEZ DE ASUA, L., *Principios...*, cit., p. 542; el art. 94 de la L.O. 10/1995 sin embargo, configura la habitualidad de un modo totalmente objetivo a partir de la constatación de un número determinado de condenas, lo que debe ser criticado.

<sup>1690</sup> Cfr. JIMENEZ DE ASUA, L., *Principios...*, cit., p. 542.

<sup>1691</sup> Véase ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., p. 189: “La personalidad del autor está en primer plano y el hecho sólo sirve para dar lugar a la sanción y para impedir excesos desproporcionados en su aplicación”.



al reo, con la excepción del StGB alemán, en el que no existe un precepto general de agravación de la pena por causa de reincidencia. Por el contrario, en Suíza sí existe un precepto general sobre reincidencia, que a pesar de exigir el cumplimiento aunque sea parcial de la pena anteriormente impuesta, incide negativamente en su gravedad. También en Italia existe un precepto general sobre reincidencia, aunque su apreciación es facultativa. Finalmente, en Portugal, cuentan con una disposición general sobre reincidencia que además de exigir la concurrencia de la condena o condenas antecedentes, requiere un presupuesto de carácter material como es el que “pueda censurarse al autor que las anteriores condenas no le han servido como suficiente advertencia contra el crimen” (art. 75 CP portugués).

Por lo que se refiere a la habitualidad, se observa en el Derecho comparado que ésta sólo excepcionalmente opera como causa de agravación de la pena en determinados delitos (p.ej.: Alemania), si bien por regla general la habitualidad despliega sus efectos únicamente como presupuesto para la imposición de medidas de seguridad (p.ej.: Suíza e Italia). Una orientación distinta es la que sigue el CP portugués, en el que la “tendencia a delinquir” puede dar lugar a la imposición de una sentencia relativamente indeterminada, sanción ésta a la que la doctrina le asigna una naturaleza mixta a medio camino entre la pena y la medida de seguridad (arts. 83 ss. CP portugués).

En este sentido y a causa precisamente de su incompatibilidad con el principio de culpabilidad, consideramos poco afortunada la posibilidad de agravar la pena en delitos concretos de la Parte Especial por causa de la habitualidad en el actuar, tal y como permite el StGB alemán en los supuestos de pesca y caza furtiva (parágrafos 292.III y 293.III), o el vigente Código penal español en los casos de reiterada comisión de faltas de lesiones (art. 147), hurto (art. 234), sustracción de vehículos (art. 244), o en los supuestos de prácticas abusivas relacionadas con el mercado de valores (art. 286). No coincidimos por tanto con ROXIN cuando afirma que es posible compatibilizar estos supuestos de agravación de la pena por causa de habitualidad en determinados delitos de la Parte Especial con un Derecho penal por el hecho, siempre y cuando se admita que no se trata de tipos criminológicos de autor, sino de que la comisión habitual de esos delitos, con independencia de la persona del autor, es mucho más dañosa socialmente que el hecho aislado ocasional y por eso precisa de una pena superior<sup>1692</sup>. Por el contrario, sí que

---

<sup>1692</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., p. 185.

coincidimos con JESCHECK cuando afirma que la agravación de la pena por la comisión habitual es un ejemplo de “genuína punición de autor<sup>1693</sup>”, y consideramos preferible tratar estos supuestos de habitualidad en el actuar, no como una causa de agravación de la pena, sino como un indicio de peligrosidad criminal que puede operar como presupuesto para la imposición de una medida de seguridad.

Tampoco consideramos compatible con el principio de culpabilidad por el hecho la posibilidad, no ya de agravar, sino de fundamentar la pena en el actuar habitual del modo en que lo hacía la L.O. 10/1995 para los supuestos de violencia en el ámbito familiar (art. 153), o del modo en el que lo hace el vigente Código penal para semejantes casos de violencia familiar (art. 173 CP), ni tampoco para la habitual receptación en las faltas (art. 299 CP)<sup>1694</sup>, y en la misma forma en la que se fundamenta la pena en el actuar profesional regulado en el parágrafo 180a I-III del StGB alemán (favorecimiento profesional de la prostitución) o en el parágrafo 181a del StGB (proxenetismo profesional). Consideramos que no es correcto fundamentar una pena en la comisión habitual de ciertos hechos punibles si existe el recurso a las medidas de seguridad.

En este sentido, el hecho de fundamentar la pena en la comisión habitual expresa criterios de un Derecho penal de autor, pues lo que se castiga es el particular modo asocial de ser del maltratador y el modo de vida parasitario del receptor<sup>1695</sup>. Por ello, entendemos que la habitualidad que fundamenta la pena en el caso de la violencia en el ámbito familiar (art. 173 CP), no puede ser interpretada en el sentido de un Derecho penal por el hecho. Consideramos que la habitualidad en la violencia es un indicio de la peligrosidad del autor para la integridad física o psíquica de las víctimas, que puede y debe ser combatido mediante la imposición de medidas de seguridad. Por las mismas razones expuestas, tampoco nos parece posible compatibilizar la habitualidad que fundamenta la pena en el caso de la receptación (art. 299 CP) con el principio de culpabilidad por el hecho. Con independencia de que el art. 299 CP regula claramente un supuesto más cercano a la profesionalidad que a la habitualidad, debemos afirmar que esta regulación es la expresión de una genuína punición de autor. El art. 299 CP no debe ser interpretado en el sentido de que sólo con la habitualidad en el aprovechamiento o en el auxilio de los autores de faltas

---

<sup>1693</sup> Cfr. JESCHECK. H.H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, (trad. de Manzanares Samaniego), ed. Comares, Granada, 1993; citado por ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., p. 185.

<sup>1694</sup> En concreto el art. 299 CP parece contener presupuestos más afines al fenómeno de la profesionalidad que al de la habitualidad.

<sup>1695</sup> Véase sobre ello ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., p. 184.

contra la propiedad, se produce el peligro sobre el bien jurídico que quiere proteger el precepto, sino en el sentido más adecuado de que la habitualidad en la receptación constituye un indicio de una mayor peligrosidad criminal del autor<sup>1696</sup>. Por ello, consideramos preferible tratar también el problema relacionado con la peligrosidad del receptor habitual (y de todos los autores habituales en general) por medio del recurso que nos ofrecen las medidas de seguridad, que recordemos pueden ser impuestas junto con la pena.

En definitiva, entendemos que las necesidades de prevención especial relacionadas con la peligrosidad del autor justifican plenamente la imposición de una medida de seguridad, pero resultan insuficientes por sí mismas para fundamentar una pena. Todo ello con independencia de que la prevención de actuaciones delictivas futuras se alcanza mejor en el caso de autores habituales peligrosos por medio de la imposición, junto con la pena, de una medida de seguridad.

También debemos mostrarnos críticos con los distintos conceptos de habitualidad que maneja la L.O. 10/1995 según se haga referencia a los supuestos de concesión de determinados beneficios penales, o a determinados delitos de la Parte Especial. Asimismo, resulta criticable que en alguno de los delitos de la Parte Especial en los que se hace referencia a la habitualidad no se contengan los parámetros que determinan ésta (p.ej.: arts. 286 y 299).

Del mismo modo, resulta poco comprensible la total ausencia de previsión de medidas de seguridad para los supuestos de autores capaces de culpabilidad que realicen habitualmente hechos punibles y en los que, además, concurra un pronóstico de peligrosidad criminal, como podría suceder en los casos previstos en los arts. 147, 234 y 244 CP. La falta de conexión entre las nociones de habitualidad y de peligrosidad en el caso de autores capaces de culpabilidad resulta poco comprensible, ya que la habitualidad puede ofrecernos un indicador privilegiado de la peligrosidad del autor. Sin embargo, el vigente Código penal no conecta la posible peligrosidad de los capaces de culpabilidad con las correspondientes medidas de seguridad. La ausencia de previsión de medidas de seguridad para los casos de autores habituales capaces de culpabilidad y, además, peligrosos, nos

---

<sup>1696</sup> Ibidem; en nuestra opinión el art. 299 contiene un supuesto más cercano a la profesionalidad que a la habitualidad.

permite dar la razón a BACIGALUPO cuando afirma que el legislador concibe un sistema monista de sanciones que no pone en duda la utilización de la pena para resolver el problema de la peligrosidad<sup>1697</sup>. Además, tampoco nos parece correcto desde un punto de vista dogmático imposibilitar el recurso a las medidas de seguridad en los supuestos de autores habituales peligrosos y capaces de culpabilidad, pues tal y como afirma BACIGALUPO “un sistema de doble vía no se caracteriza porque el ordenamiento prevé penas para capaces de culpabilidad y medidas de seguridad para incapaces de culpabilidad, sino porque el sistema de reacciones penales prevé penas para los culpables y medidas para los peligrosos (capaces o no de culpabilidad)<sup>1698</sup>”.

Entendemos, por tanto, que debe operarse un cambio radical en la mentalidad del legislador, permitiendo en contra de lo que sucede actualmente recurrir a las medidas de seguridad en el caso de autores capaces de culpabilidad y peligrosos, tal y como sucede en la mayor parte de las legislaciones penales de nuestro entorno cultural (p.ej: CP suízo). Si este cambio de mentalidad no se produce, la sustitución del concepto de reincidencia por el de habitualidad que proponen algunos autores seguiría imposibilitando el tratamiento mediante medidas de seguridad de los autores capaces de culpabilidad y peligrosos<sup>1699</sup>. En cualquier caso, sirva todo lo anterior para apoyar la primera de nuestras afirmaciones, esto es, que la reincidencia y la habitualidad son fenómenos distintos que exigen un tratamiento jurídico diferenciado.

### Bibliografía

ARROYO DE LAS HERAS, A., MUÑOZ CUESTA, J., GOYENA HUERTA, J., *Las Circunstancias Agravantes en el CP de 1995*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997.

BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho penal*. 3ª ed., Akal/Iure, 1994.

CALDERON/CHOCLAN, *Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1999.

COBO/VIVES, *Derecho penal. Parte General*. 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

GARZON REAL/MANJON-CABEZA OLMEDO, *Reincidencia y Constitución*, en *Actualidad Penal*, nº 1, 1990.

---

<sup>1697</sup> Véase BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho penal*. 3ª ed., Akal/Iure, 1994, p. 22: “Ello ha impedido también que la reforma del Código Penal de 1995 haya estructurado un auténtico sistema de doble vía tal y como lo venían postulando las reformas penales europeas (p. ej.: CP alemán de 1969; CP italiano de 1930; CP suízo de 1937)”.

<sup>1698</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 23.

<sup>1699</sup> Cfr. GARZON REAL/MANJON-CABEZA, *Reincidencia y Constitución...*, cit., p. 5.

JESCHECK. H.H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, (trad. de Manzanares Samaniego), ed. Comares, Granada, 1993.

JIMENEZ DE ASUA, L., *Principios de Derecho penal. La Ley y el delito*. 3ª Ed. Buenos Aires, 1958.

JIMENEZ DE ASUA, L., *Lecciones de Derecho penal: Reincidencia y habitualidad*, ed. Pedagógica Iberoamericana, México, 1995.

LOPES MAIA GONÇALVES, M., *Código Penal Português. Anotado e comentado*. Ed. Almedina, 15ª ed., Coimbra, 2002.

MARIN ESPINOSA CEBALLOS, E., *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*. Comares, Granada, 1999.

MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia*. Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1971.

MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*. Vol. II. Trad. por Bofill Genszch, J. Astrea, Buenos Aires, 1995.

**PUIG PEÑA, F., *Derecho penal. Parte General...***

ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Trad. de la 2ª ed. alemana por Luzón Peña, D.M., Díaz y García-Conlledo, M., Vicente Remesal, J. Civitas, Madrid, 1997.

WELZEL, H., *Derecho penal. Parte General*, (trad. Fontán Balestra, C.). De Palma, Buenos Aires, 1956.

## Capítulo IV

### Naturaleza jurídica de la reincidencia

#### SUMARIO:

I. Introducción. II. Concepto de circunstancia modificativa. III. Ubicación sistemática del estudio de las circunstancias. IV. Clases de circunstancias: 1. Circunstancias atenuantes. 2. Circunstancias agravantes. V. Especialidad de la reincidencia. VI. Naturaleza jurídica.

#### I. Introducción

El hecho de que la reincidencia (art. 22.8ª CP) se encuentre regulada en la L.O. 10/1995, dentro del Libro I, Título I, Capítulo IV titulado “De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal”, nos impone la obligación de iniciar el estudio de su naturaleza jurídica con algunas precisiones sobre la denominada teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal<sup>1700</sup>.

#### II. Concepto de circunstancia modificativa

Para facilitar la comprensión del significado del término *circunstancia*, conviene señalar que su origen etimológico ha sido tradicionalmente vinculado con los términos de origen latino *circum* (cerca de, en torno a, alrededor de) y *stare* (estar), así como con el verbo *circunsto-steti* (estar alrededor, estar en torno)<sup>1701</sup>. Por su parte, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la voz *circunstancia* como “*accidente de tiempo, modo, lugar, etc., que está unido a la substancia de algún hecho o dicho*”<sup>1702</sup>. Por otra parte, se debe señalar que ni la L.O. 10/1995 del Código penal, ni los textos punitivos anteriores a ésta ofrecen un concepto legal de circunstancia modificativa, lo que ha facilitado que la doctrina

---

<sup>1700</sup> Se debe precisar que reservamos para un Capítulo posterior el estudio de la circunstancia agravante de *reincidencia cualificada*, prevista en el nuevo art. 66.1.5ª del Código Penal, según la modificación operada por la *Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*. Por lo tanto, en el presente Capítulo, centraremos únicamente nuestra atención en la naturaleza jurídica de la *clásica* agravante de reincidencia prevista en el art. 22.8ª CP.

<sup>1701</sup> Cfr. GONZALEZ CUSSAC, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*. Valencia, 1988, p. 66.

<sup>1702</sup> *Ibidem*.

ensayara múltiples definiciones<sup>1703</sup>. Así por ejemplo, incidiendo especialmente en una noción de peligrosidad ahora ya superada, afirmaba JIMENEZ DE ASUA que por circunstancia se entiende “todo lo que modifica un hecho o un concepto sin alterar su esencia”, y continuaba este mismo autor afirmando que las circunstancias “repercuten en la responsabilidad por indicar mayor o menor peligro (...), si la peligrosidad expresada en el acto concreto se vincula al elemento caracterológico que ha de ser tenido en cuenta en el juicio de culpabilidad, es obvio que esas circunstancias influyen en el más o en el menos de lo culpable. La graduación de la culpabilidad es una de las conquistas de la concepción normativa (...). Si agravan o atenúan la pena es por *algo* y este *algo* es el grado de culpabilidad o peligrosidad”<sup>1704</sup>.

Por su parte, RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ afirman que la antijuridicidad y la culpabilidad son susceptibles de variar en su magnitud según las circunstancias que concurran en el caso concreto, es decir, son susceptibles de graduación<sup>1705</sup>. Algunas de estas circunstancias están previstas en la Ley y se conocen como *circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, sobre la que inciden atenuándola o agravándola, por lo que “las modificativas son circunstancias accidentales, *accidentalia delicti*, cuya falta no ocasiona la ausencia de responsabilidad criminal. Condicionan no el *sí*, sino el *quantum* de la pena<sup>1706</sup>”. En un sentido semejante se manifiesta MIR PUIG, en cuya opinión “las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal son elementos accidentales del delito, en el sentido de que de ellas no depende el *ser* del delito, sino sólo su gravedad”<sup>1707</sup>. También BACIGALUPO afirma que “las circunstancias modificativas constituyen elementos que, accidentalmente, completan la descripción del tipo penal agregándole circunstancias que hacen referencia a la gravedad de la ilicitud o de la

---

<sup>1703</sup> Un repaso de las definiciones más representativas ofrecidas por la doctrina española en SALINERO ALONSO, C., *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal*, Comares, Granada, 2000, p. 20; asimismo en GONZALEZ CUSSAC, J.L., *Teoría general...*, cit., pp. 74 ss.

<sup>1704</sup> Cfr. JIMENEZ DE ASUA, L., *Principios de Derecho penal. La Ley y el delito*. 3ª Ed. Buenos Aires, 1958, p. 443.

<sup>1705</sup> Cfr. RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *Derecho Penal Español. Parte General*. 17ª ed., Dykinson, Madrid, 1994, p. 689.

<sup>1706</sup> Ibidem; por su parte CALDERON/CHOCLAN, *Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 240, afirman que “cuando se alude a estas circunstancias como elementos accidentales del delito, con ello sólo se quiere significar que el injusto o la culpabilidad pueden verse afectados por determinadas circunstancias en caso que concurran, pero su ausencia no impide que el hecho sea antijurídico y culpable; es decir, la accidentalidad significa que inciden en la gravedad del hecho, pero de ellas no depende el hecho punible”.

<sup>1707</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*. 5ª ed., Barcelona, 1998, p.628.

culpabilidad<sup>1708</sup>. Y en el mismo sentido se expresan CALDERO/CHOCLAN, en cuya opinión las circunstancias modificativas son elementos concurrentes en el hecho que inciden en la gravedad de lo ilícito así como en la gravedad de la culpabilidad *stricto sensu*, agravando o atenuando la responsabilidad criminal<sup>1709</sup>. Por su parte, BERDUGO subraya el carácter accidental de las circunstancias, así como que éstas nos indicarán “un mayor o menor contenido del injusto o de la culpabilidad, o incluso la relevancia atenuante de un comportamiento postdelictivo<sup>1710</sup>”.

Contra la opinión dominante se manifiestan COBO/VIVES, para quienes las circunstancias modificativas constituyen causas que modifican la pena sin afectar esencialmente al delito (al injusto o a la culpabilidad). En su opinión, las circunstancias modificativas son “causas modificativas de la pena” que no guardan ninguna relación esencial con el delito, puesto que únicamente afectan al *quantum* de la pena, “se trata de algo accesorio o accidental que únicamente repercute sobre la mayor o menor gravedad de la reacción punitiva, es decir, de simples circunstancias al fin y al cabo<sup>1711</sup>”. Tampoco la jurisprudencia ha ofrecido una única definición del concepto de circunstancia modificativa, si bien ha subrayado siempre su carácter de accidentalidad, así como su naturaleza accesorio<sup>1712</sup>.

### III. Ubicación sistemática del estudio de las circunstancias

En cuanto a la ubicación sistemática del estudio de la denominada *teoría general de las circunstancias modificativas*, existe en la doctrina una polémica abierta. En concreto, actualmente se discute si el tratamiento de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal debe residenciarse en el seno de la teoría del delito o dentro de la

---

<sup>1708</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho penal*. 3ª ed., Akal/Iure, 1994, pp. 161 y 162; asimismo BACIGALUPO, E., *La individualización de la pena en la reforma penal*, en *Revista de la Facultad de derecho de la Universidad Complutense*, monográfico nº 3, Madrid, 1980, p. 63: “Por tanto, las circunstancias agravantes y atenuantes (...) no son sino elementos del tipo que tienen –como todos los elementos del tipo- relevancia especial para la determinación del marco penal. No se diferencian en nada de otras circunstancias que están integradas en los tipos individuales de la Parte Especial (...): el efecto es el mismo y su concurrencia se verifica de la misma manera (mediante la subsunción) que el resto de los elementos del tipo”.

<sup>1709</sup> Cfr. CALDERON/CHOCLAN, *Derecho penal...*, cit., p. 240.

<sup>1710</sup> Cfr. BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I., y OTROS, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*. Praxis, 2ª edición, Barcelona, 1999, p. 313.

<sup>1711</sup> Cfr. COBO/VIVES, *Derecho penal. Parte General*. 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 877.

<sup>1712</sup> Cfr. GONZALEZ CUSSAC, J.L., *Teoría General...*, cit., p.72.



teoría de la pena<sup>1713</sup>. El punto central del debate lo constituye la cuestión relativa a si las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal se hallan fundamentadas en elementos del delito tales como el injusto o la culpabilidad, o por el contrario ha de buscarse su fundamento en consideraciones relacionadas con la teoría de la pena<sup>1714</sup>. La primera de las dos alternativas posibles es seguida de forma general por la doctrina española, siendo mayoritaria la postura de aquellos autores que fundamentan las circunstancias en un mayor contenido del injusto o de la culpabilidad<sup>1715</sup>. Por el contrario, la opción consistente en desvincular las circunstancias modificativas del ámbito de lo ilícito o de la culpabilidad, esto es, de los elementos estructurales del delito, remitiendo su estudio a la teoría de la pena, constituye una posición minoritaria en la doctrina española<sup>1716</sup>, no así en Alemania<sup>1717</sup>, donde no cuentan en su Parte General con un catálogo cerrado de circunstancias modificativas análogo al contenido en los arts. 21 a 23 del Código penal, previniendo las agravaciones y atenuaciones legales de la pena junto a la descripción de los concretos delitos contenida en la Parte Especial<sup>1718</sup>.

En opinión de CALDERON/CHOCLAN, en España es mayoritario el sector doctrinal que parte de la idea de que las circunstancias modificativas inciden en el delito (en lo ilícito o en la culpabilidad), y resulta minoritaria la postura de aquéllos que abordan el estudio de las mismas como problema que afecta sólo a la teoría de la pena (a la mayor o menor necesidad de pena), concibiendo las circunstancias como “causas modificativas de la pena” que no afectan al injusto ni a la culpabilidad<sup>1719</sup>. A pesar de que la polémica sigue abierta en la actualidad, consideramos que el hecho de que las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal desarrollen su eficacia en el ámbito de la determinación de la

---

<sup>1713</sup> Sobre ello véase MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, cit., pp. 629 y 630.

<sup>1714</sup> Cfr. SALINERO ALONSO, C. *Teoría general...*, cit., pp. 64 ss.

<sup>1715</sup> Por todos CALDERON/CHOCLAN, *Derecho penal...*, cit., p. 240.

<sup>1716</sup> Siguen esta segunda orientación COBO/VIVES, *Derecho penal...*, cit., p. 877 ss, quienes ofrecen como prueba evidente de lo acretado de su postura la regulación de la reincidencia, ya que en su opinión ésta no puede fundamentarse ni en un mayor contenido del injusto ni en una mayor culpabilidad (p. 900).

<sup>1717</sup> Véase JIMENEZ DE ASUA, L., *Principios...*, cit., p. 443: “Indebidamente influídos por este errado sistema alemán decíamos en la primera edición de esta obra que el trato de estas circunstancias pertenecía a la aplicación y mensuración de las penas (p. 554)”.

<sup>1718</sup> Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*. Vol. II. Trad. por Bofill Genszch, J. Astrea, Buenos Aires, 1995, pp. 699 ss.

<sup>1719</sup> Cfr. CALDERON/CHOCLAN, *Derecho penal...*, cit., p. 242: “pero esta tesis difícilmente puede explicar cómo una circunstancia que determina una mayor necesidad de pena no conlleva a su vez una mayor gravedad de la culpabilidad, pues dada la vigencia del principio de culpabilidad es evidente que no cabe imponer una pena cuya magnitud exceda del injusto culpable”; partidarios de concebir las circunstancias como “causas modificativas de la pena” sin que afecten al injusto o a la culpabilidad son COBO/VIVES, *Derecho penal...*, cit., pp. 877 ss.

pena, no significa que las mismas puedan desvincularse sistemáticamente de la teoría del delito como mantiene una parte de la doctrina<sup>1720</sup>. En este sentido, coincidimos con MIR PUIG cuando afirma que “la determinación de la pena pertenece a la teoría de la pena, pero no puede desvincularse de la gravedad de su principal presupuesto, el delito, y dicha gravedad ha de poder explicarse según el esquema de la teoría del delito<sup>1721</sup>”.

#### IV. Clases de circunstancias

Las circunstancias modificativas pueden clasificarse con arreglo a una gran variedad de criterios. En este sentido, es tradicional la clasificación de las circunstancias atendiendo a su naturaleza entre objetivas, subjetivas y mixtas<sup>1722</sup>; pero también pueden clasificarse atendiendo a sus efectos entre atenuantes, agravantes y mixtas<sup>1723</sup>; o atendiendo a su inclusión en la Parte General o Especial, como genéricas (o generales) y específicas<sup>1724</sup>; además, atendiendo a sus efectos pueden clasificarse como ordinarias y muy cualificadas (o privilegiadas); e incluso atendiendo a su comunicabilidad a los partícipes como

---

<sup>1720</sup> Por todos COBO/VIVES, *Derecho penal...*, cit., p. 877, quienes conciben las circunstancias como “causas modificativas de la pena” y ubican sistemáticamente su estudio dentro de la denominada teoría de la pena; en la misma dirección GONZALEZ CUSSAC, J.L., *Teoría general...*, cit., p. 145; en una dirección intermedia QUINTERO/MORALES/PRATS, *Manual de Derecho Penal, Parte General*. 2ª Ed. Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 729: “la pretensión de que todas las circunstancias agravantes o atenuantes han de tener una explicación en la antijuridicidad o en la culpabilidad debe ser abandonada, pues, amén de que el contenido de esos conceptos es discutido, puede ser que la razón de una atenuación o de una agravación no se encuentre ni en la antijuridicidad ni en la culpabilidad, sino en postulados político-criminales fundados en la función o finalidad que se le quiere dar a la reacción penal”.

<sup>1721</sup> Véase MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, cit., pp. 629 y 630: “Ahora bien, mientras que las circunstancias modificativas afectan normalmente al delito en su gravedad, los efectos que la Ley les atribuye sobre la pena corresponden siempre a la teoría de la pena, dentro de la cual han de contemplarse las reglas de determinación de la pena”; vinculando las circunstancias modificativas a la ilicitud y a la culpabilidad BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., pp. 161 ss.; asimismo RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *Derecho penal español...*, cit., p. 689.

<sup>1722</sup> Según CALDERON/CHOCLAN, *Derecho penal...*, cit., p. 240: “Como quiera que el injusto y la culpabilidad no responden ya al binomio objetivo-subjetivo, es evidente que no cabe delimitar las circunstancias calificándolas de objetivas y subjetivas. Tampoco existe una correspondencia, (...), entre las circunstancias personales y la culpabilidad, y las circunstancias relativas a la ejecución con el injusto”.

<sup>1723</sup> Cfr. BERDUGO, I., y OTROS, *Lecciones...*, cit., p. 313.

<sup>1724</sup> Sobre ello véase MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, cit., pp. 628 y 629: “En la Parte Especial (...) el Código describe numerosos elementos que elvan o disminuyen la pena. Los llamaremos *elementos típicos accidentales*. Su diferenciación respecto de las circunstancias atenuantes y agravantes es necesaria...”; según CALDERON/CHOCLAN, *Derecho penal...*, cit., p. 240: “Unas veces esas circunstancias que inciden sobre la gravedad del hecho se encuentran legisladas en la Parte General del Código (...); otras veces se legislan directamente en la Parte Especial”.

comunicables y no comunicables; etc<sup>1725</sup>. La doctrina se muestra unánime a la hora de aceptar la clasificación de las circunstancias según sus efectos, siendo además el criterio que sigue el vigente Código penal español, que dedica dentro del Libro I, Título I, el Capítulo III a las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal, el Capítulo IV a las que agravan la responsabilidad criminal, y el Capítulo V a la circunstancia mixta de parentesco<sup>1726</sup>.

Dado el consenso existente en la doctrina respecto al criterio de clasificación que toma como punto de referencia los efectos de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, lo adoptaremos como guía en la presente exposición. Asimismo, debemos advertir que atenderemos de forma exclusiva a las denominadas circunstancias modificativas genéricas o generales, esto es, a las contenidas en la Parte General del Código dentro del Libro I, Título I, Capítulos III, IV y V, excluyendo expresamente de nuestro estudio por evidentes razones de brevedad expositiva tanto la particular regulación de la circunstancia mixta de parentesco (art. 23); como la de las circunstancias que eximen de la responsabilidad criminal (Capítulo II); e incluso la regulación de la nueva agravante de *reincidencia cualificada* prevista en el art. 66.1.5ª CP, resultante de la modificación operada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre<sup>1727</sup>. Finalmente y por las mismas razones, quedan también fuera de nuestra consideración aquellas circunstancias previstas en la Parte Especial y que MIR PUIG denomina “elementos típicos accidentales”<sup>1728</sup>.

## 1. Circunstancias atenuantes

En la Parte General del Código penal (art. 21), se contiene un catálogo abierto de circunstancias atenuantes de general aplicación a todos los tipos delictivos descritos en la Parte Especial. Decimos que este catálogo es abierto porque el nº 6 del mencionado art. 21 CP permite la consideración como atenuante de “cualquier otra circunstancia de análoga

---

<sup>1725</sup> Ampliamente sobre la amplia variedad de clasificaciones veáse SALINERO ALONSO, C., *Teoría general...*, cit., pp. 21 ss.

<sup>1726</sup> Mención aparte merece la circunstancia agravante de *reincidencia cualificada*, prevista en el nuevo art. 66.1.5ª del Código Penal, según la modificación operada por la *Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, que será objeto de estudio en un Capítulo separado.

<sup>1727</sup> Que será objeto de más detallado análisis en un Capítulo independiente.

<sup>1728</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, cit., p. 629; por su parte, y con relación a las circunstancias previstas en la Parte Especial SALINERO ALONSO, C., *Teoría general...*, cit., pp. 28 ss., distingue entre las que dan lugar a los que denomina *delictum sui generis*; a *tipos cualificados/privilegiados*; o a *delitos circunstanciados*.

significación que las anteriores<sup>1729</sup>». Las circunstancias atenuantes de general aplicación contenidas en el art. 21 CP son denominadas por la mayor parte de la doctrina como circunstancias atenuantes *genéricas*<sup>1730</sup>. Según BACIGALUPO, las circunstancias atenuantes se configuran de distinta forma según se trate de eximentes incompletas (art. 21.1º), o del resto de atenuantes previstas en el art. 21.2º a 5º, aunque en cualquier caso todas ellas presentan problemas ajenos al tipo penal<sup>1731</sup>. En concreto, considera BACIGALUPO que las circunstancias atenuantes previstas en el art. 21.2º a 5º CP afectan directamente a la gravedad de la culpabilidad; si bien la circunstancia atenuante de análoga significación prevista en el art. 21.6º, permite también atenuar la pena cuando concurra una circunstancia que signifique una disminución de la culpabilidad o de lo ilícito<sup>1732</sup>. Por su parte, CALDERON/CHOCLAN también consideran que las circunstancias atenuantes del art. 21 CP disminuyen la culpabilidad en sentido estricto, esto es, la reprochabilidad personal por el hecho típico<sup>1733</sup>, o en su caso comportan una compensación de la misma por un *actus contrarius* tras la consumación del delito<sup>1734</sup>.

Con independencia de la diferente terminología empleada para referirse al tradicional concepto de culpabilidad, consideramos esencialmente correcta la afirmación de MIR PUIG relativa a que las atenuantes de adicción (art. 21.2ª) y de estado pasional (art. 21.3ª) disminuyen la imputabilidad y con ello la posibilidad de imputación personal, sin embargo discrepamos de este autor cuando afirma que las atenuantes de confesión (art. 21.4ª) y de reparación (art. 21.5ª) disminuyen la pena por un comportamiento posterior al hecho que no incide ni en la magnitud del injusto ni en la posibilidad de imputarlo

---

<sup>1729</sup> Sobre las peculiaridades de la atenuante de análoga significación véase CALDERON/CHOCLAN, *Derecho penal...*, cit., p. 247 ss.; asimismo MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, cit., pp. 640 y 641.

<sup>1730</sup> Por todos CALDERON/CHOCLAN, *Derecho penal...*, cit., p. 240.

<sup>1731</sup> *Ibidem*, consideran estos autores las eximentes incompletas del art. 21.1º como una institución propia de un sistema en el que el error es irrelevante, reduciendo su actual significado a los casos de capacidad de culpabilidad disminuída y configurando los demás supuestos (p.ej.: legítima defensa incompleta o estado de necesidad incompletos) como casos de error de prohibición evitable a tratar según el art. 14 CP.

<sup>1732</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 163; asimismo MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, cit., p. 640: “No hace falta, pues, el parecido externo de las circunstancias, sino sólo equivalencia de su significado. Y como el significado de las atenuantes es el de disminuir el contenido de injusto del hecho, el grado de su imputación personal o la conveniencia de pena, cualquier aminoración de estos aspectos podría considerarse motivadora de la atenuante 6ª”; vinculando la atenuante analógica con la culpabilidad CALDERON/CHOCLAN, *Derecho penal...*, cit., pp. 248 y 249, quienes consideran que todas las atenuantes comportan una menor culpabilidad, y vinculan la atenuante analógica con circunstancias que disminuyan o compensen la culpabilidad.

<sup>1733</sup> Cfr. CALDERON/CHOCLAN, *Derecho penal...*, cit., p. 241.

<sup>1734</sup> Cfr. CALDERON/CHOCLAN, *Derecho penal...*, cit., p. 242.

personalmente a su autor<sup>1735</sup>. Las razones de esta discrepancia tienen que ver con la posición que mantenemos y que ya tuvimos ocasión de exponer al estudiar la determinación e individualización judicial de la pena, pues consideramos más acertado concebir la confesión (art. 21.4) y la reparación del daño (art. 21.5), como supuestos de compensación socialmente constructiva de la culpabilidad *strictu sensu* que tienen lugar a través de un *actus contrarius* al delito realizado de forma voluntaria por el autor. De este modo, admitimos la posibilidad de compensar la culpabilidad, entendida como juicio de reproche que se hace al autor por su acción antijurídica, a través de actos de significado constructivo posteriores al hecho<sup>1736</sup>. De esta última opinión son CALDERON/CHOCLAN, para quienes las atenuantes de confesión (21.4<sup>a</sup>) y reparación del daño (21.5<sup>a</sup>), en cuanto suponen actos posteriores al hecho con un significado constructivo, pueden ser entendidas como circunstancias que compensan parcialmente la culpabilidad<sup>1737</sup>.

## 2. Circunstancias agravantes

Por otra parte, las circunstancias agravantes previstas en la Parte General del Código (art. 22), son generalmente conocidas en la doctrina como circunstancias agravantes *genéricas*<sup>1738</sup>. A diferencia de las circunstancias atenuantes previstas en el art. 21, las agravantes contenidas en el art. 22 constituyen un catálogo cerrado, ya que la Ley, acertadamente, no previene la posibilidad de agravación por analogía. En opinión de BACIGALUPO, las circunstancias agravantes previstas en el art. 22 del Código penal, a excepción de la reincidencia como se verá más adelante, se relacionan directamente con la gravedad de la ilicitud (p.ej.: la alevosía), o con la culpabilidad en sentido estricto, y más concretamente con la reprochabilidad de la motivación (p.ej. ejecutar el hecho mediante precio)<sup>1739</sup>. Además, y en la medida en que describen circunstancias objetivas y subjetivas, forman parte accidental del tipo objetivo o subjetivo, por lo que están sometidas a las

<sup>1735</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, cit., p. 635.

<sup>1736</sup> Véase BACIGALUPO, E., *La jurisprudencia sobre reincidencia y dilaciones indebidas: dos problemas del principio de culpabilidad*. Original no publicado citado por gentileza del autor, p. 6: “La compensación socialmente constructiva de la culpabilidad se manifiesta especialmente en los casos de la conducta posterior del autor prevista en los n<sup>os</sup> 4 y 5 del art. 21 CP. (...) En estos casos el autor reconoce la vigencia de la norma vulnerada reparando el daño causado o favoreciendo su propia persecución y ello determina ya una ratificación de la norma que permite compensar una parte de su culpabilidad”.

<sup>1737</sup> Cfr. CALDERON/CHOCLAN, *Derecho penal...*, cit., p. 241.

<sup>1738</sup> Por todos CALDERON/CHOCLAN, *Derecho penal...*, cit., p. 240.

<sup>1739</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 162; de acuerdo con ello CALDERON/CHOCLAN, *Derecho penal...*, cit., p. 241.

mismas reglas que el resto de los elementos del tipo, y en especial a las reglas del error de tipo<sup>1740</sup>. También CALDERON/CHOCLAN consideran que todas las agravantes, con excepción de la reincidencia, implican un mayor contenido del injusto por suponer un mayor desvalor de acción (p.ej: alevosía), o, en su caso, una mayor culpabilidad (p.ej: precio)<sup>1741</sup>. De otra opinión sin embargo es MIR PUIG, a cuyo parecer “todas las circunstancias agravantes deben aumentar lo injusto penal del hecho, sin que puedan *elevantar* la imputación personal<sup>1742</sup>”.

## V. Especialidad de la reincidencia

Coincidimos con BACIGALUPO cuando al comparar la circunstancia agravante de reincidencia con el resto de las agravantes, afirma que “totalmente diversa es la estructura de la reincidencia (art. 22.8 CP), pues no se refiere a circunstancias del hecho, sino a una tendencia de la personalidad del autor<sup>1743</sup>”. En un sentido semejante se expresa GONZALEZ CUSSAC, que aboga por la supresión de la agravante y afirma que desde un punto de vista dogmático no cabe asimilar la reincidencia al resto de las circunstancias agravantes, pues “ni su fundamento, ni su naturaleza, ni su finalidad, ni su orientación político-criminal la hacen equiparable al resto. Además, su entendimiento como circunstancia conduce a unos efectos penológicos indeseables<sup>1744</sup>”. En opinión de BERDUGO, la agravante de reincidencia se basa en la personalidad defectuosa del autor, sin tomar demasiado en cuenta el hecho concretamente cometido y responde a criterios propios de un sistema de Derecho penal de autor<sup>1745</sup>.

---

<sup>1740</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 163; asimismo véase BACIGALUPO, E., *La individualización de la pena...*, cit., p. 65: “En lo que respecta a las agravantes, debería legislárselas en los tipos penales específicos en los que cada una adquiere significación político-criminal”.

<sup>1741</sup> Cfr. CALDERON/CHOCLAN, *Derecho penal...*, cit., p. 241, quienes asignan al ensañamiento una naturaleza mixta, por afectar tanto al injusto como a la culpabilidad, combinando un mayor desvalor de acción con una motivación especialmente reprochable que incide en la culpabilidad.

<sup>1742</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, cit., p. 645.

<sup>1743</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 162; asimismo véase CALDERON/CHOCLAN, *Derecho penal...*, cit., p. 242, en cuya opinión la reincidencia plantea una problemática especial, “discutiéndose en la teoría si incide en la culpabilidad, aumentándola, o si por el contrario no afecta a la culpabilidad por el hecho sino a la personalidad del autor (mayor peligrosidad)”; partidarios de asignar a la reincidencia un fundamento fuera del injusto y de la culpabilidad GARZON REAL, B., MANJON-CABEZA OLMEDA, *Reincidencia y Constitución*, Actualidad Penal, nº1, 1991, p. 5; asimismo COBO/VIVES, *Derecho penal...*, cit., p. 900.

<sup>1744</sup> Cfr. GONZALEZ CUSSAC, J.L., *Teoría general...*, cit., p. 173.

<sup>1745</sup> Cfr. BERDUGO, I. y OTROS, *Lecciones...*, cit., p. 321.

Por su parte, MIR PUIG clasifica las agravantes atendiendo a la razón principal de la agravación entre objetivas y subjetivas, precisando sin embargo que aunque en todas ellas concurren elementos objetivos y subjetivos, se habla de agravantes objetivas o subjetivas “en el sentido de que en ellas es una razón objetiva o subjetiva, respectivamente, la causa primera de la agravación<sup>1746</sup>”. En opinión de este último autor, la reincidencia debe ubicarse dentro de las agravantes de naturaleza subjetiva, pues el motivo de la agravación es que “revela en el sujeto una actitud más contraria al Derecho<sup>1747</sup>”. A pesar de ello, considera que puede reputarse “constitucionalmente inconveniente la agravación de la pena por reincidir<sup>1748</sup>”. Según MIR PUIG, no es de extrañar que “se alce contra la agravación de pena asignada por los códigos a la reincidencia una poderosa corriente político-criminal que entiende debería esta institución ser sustituida por la idea puramente preventiva de la habitualidad, con o sin asidero en la pluralidad material de infracciones o de condenas, en cuanto que indicio de peligrosidad, a tratar no como objeto de desvalor a través de la pena, sino como presupuesto que hace preciso el tratamiento propio de una medida de seguridad<sup>1749</sup>”.

En semejante sentido se expresan también GARZON REAL/MANJON-CABEZA, cuando afirman que el reincidente será, en su caso, más peligroso, pero no más culpable, por lo que la reacción adecuada no debe ser la pena, sino la medida de seguridad, siempre que se pueda hacer un juicio pronóstico sobre la peligrosidad del sujeto, “la aceptación de esta idea supone sustituir la reincidencia, como circunstancia agravante de la pena, por la habitualidad, que dejaría de tener influencia sobre aquélla y pasaría a ser el presupuesto de una medida de seguridad<sup>1750</sup>”. En esta misma dirección se manifiestan COBO/VIVES, en cuya opinión la reincidencia no nos debe situar en un Derecho penal represivo a través de la pena, sino en el marco de un Derecho preventivo y de medidas de seguridad, “que conoce y concede mayor relevancia no tanto al delito, sino al estado peligroso, entendido como presupuesto de la aplicación de aquéllas<sup>1751</sup>”. En conclusión,

---

<sup>1746</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, cit., p. 646.

<sup>1747</sup> Véase MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, cit., pp. 645 y 646: “Que todas las agravantes aumenten la gravedad del injusto penal no impide que unas sean *objetivas* y otras *subjetivas*, puesto que el injusto comprende una parte objetiva y otra subjetiva. Por otra parte, dentro de cada una de ambas clases de agravantes cabe señalar distintas razones de la agravación”.

<sup>1748</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, cit., p. 653.

<sup>1749</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, cit., p. 544.

<sup>1750</sup> Cfr. GARZON REAL/MANJON-CABEZA OLMEDA, *Reincidencia y Constitución...*, cit., p. 5.

<sup>1751</sup> Véase COBO/VIVES, *Derecho penal...*, cit., p. 901: “Y dentro de este marco seguimos, pese a todo, propugnando la desaparición del mismo instituto de la reincidencia, en sus distintas

cabe afirmar que la mayor parte de la doctrina asume que la reincidencia es una agravante sustancialmente distinta del resto de las circunstancias previstas en el catálogo general contenido en el art. 22 CP. Las principales diferencias que es posible destacar, son las siguientes:

1º. Todas las agravantes describen formas de ejecutar o cometer el hecho punible, en cambio la reincidencia no es una forma o modo de ejecutar el hecho, sino un atributo predicable del sujeto, esto es: *ser reincidente*, que le califica y separa de los demás delincuentes<sup>1752</sup>.

2º. Todas las agravantes, salvo la reincidencia, carecen de generalidad<sup>1753</sup>.

3º. A diferencia de las demás agravantes, la reincidencia agrava la pena a pesar de no suponer un mayor contenido de injusto o de la culpabilidad *strictu sensu*<sup>1754</sup>.

4º. Las circunstancias agravantes deben ser abarcadas por el dolo del autor, siendo posible y relevante el error sobre las mismas (art. 14.2 CP). Sin embargo, no ocurre lo mismo con la reincidencia, puesto que lo único que importa es comprobar si el autor es o no reincidente desde un punto de vista objetivo y formal, con independencia de si el autor conoce este extremo<sup>1755</sup>.

## VI. Naturaleza jurídica

Como punto de partida en la determinación de la naturaleza jurídica de la agravante de reincidencia regulada en el art. 22.8ª CP, debemos admitir siguiendo a CALDERON/CHOCLAN que se trata de una circunstancia agravante de la

---

manifestaciones, así como de su consideración agravatoria de la pena, pues ésta ha evidenciado su total inoperatividad”.

<sup>1752</sup> Cfr. GARZON REAL/MANJON-CABEZA OLMEDA, *Reincidencia y Constitución...*, cit., p. 3.

<sup>1753</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *La individualización de la pena...*, cit., p. 66, esta carencia de generalidad es admitida por la propia Ley (p. ej.: respecto de la alevosía regulada en el art. 22.1ª).

<sup>1754</sup> Cfr. GARZON REAL/MANJON CABEZA OLMEDA, *Reincidencia y Constitución...*, cit., p. 3, sobre ello debemos matizar que según nuestra opinión las agravantes contenidas en el art. 22, con la excepción de la reincidencia, pueden suponer un mayor contenido del injusto del hecho o de la culpabilidad.

<sup>1755</sup> *Ibidem*.



responsabilidad criminal que supone “la objetivación de una cualidad personal<sup>1756</sup>”. Partiendo de esta premisa inicial, deducimos que la reincidencia tiene una naturaleza eminentemente subjetiva, pues hace referencia a una cualidad personal del autor: *ser reincidente*<sup>1757</sup>. Según el art. 22.8ª del Código penal, aquello que agrava la responsabilidad es la condición jurídica del culpable: *ser reincidente*; mientras que la *reincidencia*, en sí misma considerada, no es más que una definición legal indicadora de los requisitos precisos para que un individuo pueda ser calificado como tal<sup>1758</sup>. Por esta razón, consideramos que el vigente art. 22.8ª CP tiene en cuenta con eficacia sobre la reacción penal un tipo de delincuente, el autor *reincidente*<sup>1759</sup>.

Sin embargo, no debe olvidarse que la cualidad de reincidente se alcanza por medio de la constatación de una serie de presupuestos de índole marcadamente objetiva relacionados con la vida pasada del reo y absolutamente desconectados del hecho concreto realizado por éste. Por este motivo, y a pesar de la naturaleza puramente subjetiva de la agravante, es preciso subrayar la importancia de que en el vigente Código penal se exija únicamente la concurrencia de los presupuestos formales contenidos en la definición del art. 22.8 para agravar la responsabilidad del autor, quedando vedada toda indagación sobre la concreta subjetividad real de éste. En palabras de RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, “el Código usa conceptos mecanizados e independientes de toda exploración

---

<sup>1756</sup> Cfr. CALDERON/CHOCLAN, *Derecho penal...*, cit., p. 266; en el mismo sentido GARZON REAL/MANJON CABEZA, *Reincidencia y Constitución...*, cit., p. 4.

<sup>1757</sup> Sobre ello véase GONZALEZ-CUELLAR, A., *La reincidencia*, en *La reforma del Código penal de 1983*, en *Comentarios a la legislación penal*, Edersa, Madrid, 1985, pp. 292 ss.

<sup>1758</sup> Véase MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia*. Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1971, p. 67: “Es preferible hablar de *reincidente* (tipo de delincuente al que la ley castiga, por su condición de tal, con mayor severidad) que de *reincidencia* (...). En términos estrictos es evidente que no puede ser circunstancia de un delito una institución que cuenta entre sus elementos con el delito mismo; y la reincidencia, compuesta por una condena precedente y un delito posterior, referidos ambos a un sujeto único, no puede ser circunstancia de ese delito posterior, porque éste forma parte integrante de su concepto. El nuevo delito confiere al ya condenado su condición de reincidente; pero no al contrario, es decir: la condición de reincidente (consecuencia, posterior) no puede provocar en el segundo delito (causa, prius) una modificación en su estructura o gravedad. Al menos en principio, el delito no se reincidente porque lo cometa un individuo determinado, sino el sujeto reincidente porque realiza semejante delito. La deducción lógica que deriva de todo ello es que en el Derecho positivo patrio parece tenerse en cuenta, con eficacia sobre la reacción penal, un tipo de delincuente, el reincidente, cuya particular sanción se funda en la mayor peligrosidad demostrada con su recalcitrante actividad criminal”.

<sup>1759</sup> En contra sin embargo MARTINEZ DE ZAMORA, *La reincidencia...*, cit., p. 68, quien concluye que la reincidencia agrava la *responsabilidad*, y dicho término más indica un débito por culpabilidad o daño causado que la estimación de una característica personal que por su contenido de *peligrosidad* haga oportuna una reacción contra el agente. Se responde por algo que se realiza, pero no por algo que se es, salvo que la propia cualidad, condición o situación individual entre a formar parte de la acción delictiva.

sobre la personalidad del reo<sup>1760</sup>». Una regulación diferente y más acorde con la naturaleza subjetiva de la agravación la encontramos en el art. 75 del Código penal portugués, en el que además de los requisitos objetivos de la agravante, se exige que el Tribunal verifique a partir de las circunstancias del caso si es posible censurar al agente que la condena o condenas anteriores no hayan servido de suficiente advertencia contra el crimen<sup>1761</sup>.

En cualquier caso, es posible afirmar que la reincidencia, tal y como viene regulada en el art. 22.8ª CP es una circunstancia agravante de naturaleza subjetiva que se configura a partir de elementos puramente objetivos, pues sólo como tales cabe calificar la exigencia de condena ejecutoria previa; la comisión de un nuevo delito de la misma naturaleza que el anterior; e incluso el hecho de que entre una y otra acción no haya transcurrido el período de tiempo señalado por la Ley para la cancelación de los antecedentes. La reincidencia constituye por tanto una circunstancia agravante de la responsabilidad criminal de naturaleza subjetiva aunque basada en presupuestos objetivo-formales, que según las diferentes opiniones que veremos al tratar sobre su fundamento permiten presumir *iuris et de iure* un mayor desafío al orden jurídico<sup>1762</sup>; una más perversa inclinación a delinquir<sup>1763</sup>; una actitud más contraria al Derecho<sup>1764</sup>; una tendencia de la personalidad del autor<sup>1765</sup>; etc.; y que es generalmente apreciada por los Tribunales de forma automática a partir de la mera comprobación de la concurrencia de sus elementos objetivos.

A pesar de que MIR PUIG también afirma que la reincidencia tiene una naturaleza esencialmente subjetiva, no compartimos la argumentación a través de la cual llega este autor a una tal conclusión, pues según manifiesta una tal naturaleza se deduce del hecho de que la misma “revela en el sujeto una actitud más contraria al Derecho<sup>1766</sup>”, siendo ésta la principal causa de la agravación. Como ya tuvimos ocasión de exponer anteriormente, la reincidencia tal y como viene configurada en el nº 8 del art. 22 CP, no permite indagar en las condiciones subjetivas del agente al objeto de verificar la existencia en el caso concreto de “una actitud más contraria al Derecho”. Por el contrario, el art. 22.8ª CP simplemente asigna la cualidad de reincidente al autor en el que concurren los presupuestos formal-

---

<sup>1760</sup> Cfr. RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *Derecho penal...*, cit., p. 747.

<sup>1761</sup> Véase el art. 75 del CP portugués.

<sup>1762</sup> Cfr. ARROYO DE LAS HERAS, A., MUÑOZ CUESTA, J., GOYENA HUERTA, J., *Las Circunstancias Agravantes en el CP de 1995*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 19 y 20.

<sup>1763</sup> Véase la STS de 11 de diciembre de 1958.

<sup>1764</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, cit., p. 646.

<sup>1765</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 162.

<sup>1766</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, cit., p. 646.

objetivos contenidos en la definición de la agravante. Si aceptáramos que la adquisición de la cualidad de reincidente –a través de la simple constatación de los presupuestos formales contenidos en la definición de la agravante- constituye desde un punto de vista científico la evidencia de que el autor de un delito comete éste con una *actitud más contraria al Derecho* que el delincuente primario, entonces aceptaríamos sin reservas la tesis de MIR PUIG. Sin embargo, hasta el momento presente no ha sido posible demostrar la veracidad de la premisa que afirma que el autor en el que concurren los presupuestos objetivos a los que hace referencia el n° 8 del art. 22 del CP obra necesariamente y en todos los casos con una *actitud más contraria al Derecho*, y dudamos seriamente de que pueda ser demostrada en el futuro. Por esta misma razón, debemos concluir que toda posición teórica que deduzca de la simple constatación de los presupuestos objetivos de la agravante una mayor gravedad del injusto<sup>1767</sup>, o de la culpabilidad<sup>1768</sup>, se halla fundamentada en una presunción *iuris et de iure*. Presunción que resulta inadmisibles, no sólo por carecer de un fundamento real y empírico, sino por que sus efectos operan en contra del reo.

La naturaleza jurídica de la agravante contenida en el n° 8 del art. 22 CP es, como hemos visto, subjetiva. Se agrava la pena porque se presume *iuris et de iure* una determinada tendencia de la personalidad del reo, lo que para algunos autores resulta indicativo de una mayor gravedad del injusto o de la culpabilidad, y para otros, únicamente de una mayor peligrosidad. La naturaleza subjetiva de la reincidencia viene dada por tanto por ser de esta índole la causa principal de la agravación. Recordemos que la agravación de la pena se produce cuando se adquiere la *cualidad de reincidente*, lo que en sí mismo tiene más que ver con la subjetividad presumida del agente que con cualquier otra razón de naturaleza objetiva<sup>1769</sup>. Sin embargo, no debemos olvidar que la reincidencia se configura exclusivamente a partir de la constatación de elementos puramente objetivos, y ello porque para alcanzar la *cualidad de reincidente* basta con la concurrencia de los presupuestos formales contenidos en la definición del n° 8 del art. 22 CP. En síntesis, cabe señalar lo siguiente respecto de la naturaleza jurídica de la reincidencia:

---

<sup>1767</sup> Véase MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, cit., p. 653: “Si se concibe la imputación personal como en este texto, como mera condición de atribuibilidad del injusto penal, que puede impedir la atribución total o parcialmente, pero no puede aumentar la gravedad atribuible al hecho, aquella actitud de desprecio y rebeldía sólo puede considerarse causa de elevación de lo injusto del hecho”.

<sup>1768</sup> Asignando a la reincidencia un fundamento basado en la mayor culpabilidad del reincidente MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 205.

<sup>1769</sup> La *cualidad de reincidente* la adquiere el reo precedentemente condenado en el mismo momento en el que comete otro delito de la misma índole que el primero y dentro del los plazos previstos por la Ley.

En primer término, parece evidente que lo que agrava la responsabilidad por el segundo delito cometido es que su autor *sea reincidente*. El hecho de que la razón principal de la agravación haga referencia a una cualidad personal del reo, dota de una naturaleza esencialmente subjetiva a la agravante. Sin embargo, también es cierto que para adquirir la cualidad de reincidente no es posible -según la redacción del n° 8 del art. 22 CP-, indagar en las circunstancias subjetivas del autor, bastando para ello la simple constatación de los requisitos formales contenidos en la definición de la agravante. Por estas razones, es posible afirmar que la adquisición de la *cualidad de reincidente* a través de la constatación de los presupuestos formales exigidos por la Ley, nada nos dice sobre la concreta subjetividad del agente, toda vez que la Ley veda toda indagación sobre el particular a diferencia de lo que sucede en el Derecho penal portugués (art. 75 CP). Por todo ello, consideramos esta última regulación más afín con la verdadera naturaleza de la agravante, aunque en todo caso sigue siendo criticable cualquier incremento sobre la pena adecuada a la culpabilidad que, como razón última, atienda a los antecedentes penales del reo.

En segundo lugar, debemos recordar que la reincidencia (art. 22.8ª CP), se configura actualmente como una circunstancia agravante que asigna a un hecho base o presunto delimitado a partir de elementos objetivos (esto es, a la *cualidad personal de reincidente* que se adquiere de forma automática a partir de la constatación de ciertos presupuestos formales), un hecho presumido relativo a la concreta subjetividad del agente, esto es, relativo a una actitud interna más contraria al Derecho<sup>1770</sup>, o a una determinada tendencia de su personalidad<sup>1771</sup>, etc. Esto significa que según la actual regulación del art. 22.8ª CP, la gravedad del reproche penal se hace depender, directamente, de la presunción *iuris et de iure* de que quien ostenta la *cualidad de reincidente* por concurrir en él los elementos objetivos previstos en la Ley, comete un injusto más grave o más culpable que el delincuente primario, o es acreedor de mayor pena por necesidades de tipo preventivo-especial vinculadas con una peligrosidad presumida sin posibilidad de prueba en contrario y sin atender a la concreta situación subjetiva real del agente en el caso concreto. Como quiera que ni la mayor gravedad del injusto o de la culpabilidad, ni siquiera la mayor peligrosidad del autor puede ni debe presumirse *iuris et de iure* a partir de la simple constatación de los

---

<sup>1770</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, cit., p. 646.

<sup>1771</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad e individualización de la pena. El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos*. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Angel Torío López. Comares, Granada, 1999, p. 39, según este autor la repetición del comportamiento delictivo tiene sobre todo un significado sintomatológico caracterológico que resulta indicativo de una tendencia del autor y, por lo tanto, de otros posibles ataques a bienes jurídicos, o sea de su peligrosidad.

presupuestos objetivos de la agravación, debemos criticar la actual configuración excesivamente formal de la reincidencia.

Por otra parte, entre el hecho presunto y el hecho presumido no existe siquiera un enlace preciso y directo verificado científicamente, y buena prueba de ello es la gran dispersión doctrinal y jurisprudencial existente en torno al fundamento o razón principal de la agravación de la responsabilidad por causa de reincidencia. Así, mientras algunos autores consideran que el autor reincidente comete un injusto más grave o más culpable que el delincuente primario lo que le hace acreedor de una pena mayor, otros consideran que el delito cometido por el reincidente no es por sí mismo más grave que el cometido por el reo primario, y que la tendencia de la personalidad del autor manifestada a través de la recaída en el delito no añade mayor gravedad al injusto culpablemente realizado, pudiendo únicamente ser considerada, en su caso, como un indicio sobre la mayor peligrosidad del agente a tratar mediante el recurso a las medidas de seguridad. Teniendo en cuenta todo lo anterior, consideramos que el fenómeno de la recaída en el delito debería conectarse, en su caso, con el concepto de peligrosidad, abriendo la puerta al recurso a una medida de seguridad. Pero en ningún caso resulta admisible conectar la vida pasada del autor con la intrínseca gravedad del injusto o de la culpabilidad por un hecho que, en sí mismo considerado, puede no diferir en nada de la infracción cometida por un reo primario.

En tercer lugar, y como se dijo más arriba, la actual configuración de la circunstancia 8ª del art. 22 CP, impide toda indagación sobre la subjetividad del agente pues se limita a exigir la constatación de ciertos elementos relacionados con la vida pasada del autor. A consecuencia de ello, y aunque en el caso concreto fuera verificado que no puede ser reprochado al autor el hecho de no haber tomado en consideración las anteriores condenas, el Juez podría verse igualmente obligado a agravar la pena por la sólo razón de que en el autor concurren todos los elementos formales que la Ley exige. A esta indamisible consecuencia no sería posible llegar si el legislador permitiera constatar al Tribunal si en el caso concreto es posible censurar al autor el no haber tenido en cuenta las anteriores condenas como permite el art. 75 del Código penal portugués, que sin ser la solución correcta pues vincula la recaída en el delito con una pena mayor, al menos evita el inflexible

formalismo de una agravante configurada de forma exclusiva a partir de una serie de presupuestos de índole puramente objetiva<sup>1772</sup>.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, y como conclusión, podemos afirmar que si bien la razón principal de la agravación según la doctrina tiene que ver con una determinada actitud interna del autor<sup>1773</sup>, o con una determinada cualidad o tendencia de su personalidad<sup>1774</sup>, no debemos olvidar que una tal actitud, cualidad o tendencia se presume siempre y necesariamente a partir de la comprobación de una serie de elementos puramente objetivos. De este modo, el peso específico y el valor relativo en la configuración de la agravante de los elementos objetivos contenidos en la definición debe ser siempre tomado en consideración. Podría incluso llegar a pensarse que la reincidencia es una circunstancia en la que la razón principal de la agravación es puramente objetiva, ya que el peso de los elementos objetivos es determinante para su apreciación, incluso en el hipotético caso en el que fuera posible comprobar la inexistencia de una actitud más contraria al Derecho por parte del autor, o la total ausencia de peligrosidad en el agente. Sin embargo, consideramos que la reincidencia tiene una esencia y una naturaleza eminentemente subjetiva, ello a pesar de la defectuosa regulación positiva actual, que la hace criticable precisamente por el modo en el que el n° 8 del art. 22 CP objetiviza una cualidad personal del autor: *ser reincidente*<sup>1775</sup>. A pesar del elevado peso específico de los elementos puramente objetivos en la actual configuración de la agravante, existen como hemos visto razones suficientes para mantener la naturaleza esencialmente subjetiva de la reincidencia.

---

<sup>1772</sup> Sobre ello véase BACIGALUPO, E., *Reformas penales y Estado de Derecho*, artículo publicado en la revista *El Derecho*, Madrid, 2003, p. 4, quien haciendo referencia a la nueva *superagravante de reincidencia cualificada* proyectada por el Gobierno, afirma que “seguramente se intentará justificar el aumento de la pena para la reincidencia, sosteniendo que es una circunstancia que agrava la culpabilidad *por el hecho*; probablemente se recurrirá a la fracasada fórmula del *derogado* parágrafo 48 CP alemán de que el condenado *no ha hecho valer como advertencia las penas anteriormente sufridas*. Pero, ya nadie admite que este argumento sea plausible. Por algo se derogó el parágrafo 48. Es de recordar, además, que al amparo de esa fórmula el Código alemán sólo preveía un aumento del *mínimo* del marco penal”.

<sup>1773</sup> En este sentido MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, cit., p. 646.

<sup>1774</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad...*, cit., p. 39.

<sup>1775</sup> Recordamos una vez más, que el Código penal portugués añade a los presupuestos objetivos de la definición de reincidencia un presupuesto de índole material, que permite excluir su aplicación cuando al autor no pudiera serle reprochado el hecho de que las anteriores condenas no le hubieren servido de advertencia contra el crimen.

## Bibliografía

- ARROYO DE LAS HERAS, A., MUÑOZ CUESTA, J., GOYENA HUERTA, J., *Las Circunstancias Agravantes en el CP de 1995*, Ed. Aranzadi, 1997.
- BACIGALUPO, E., *La individualización de la pena en la reforma penal*, en *Revista de la Facultad de derecho de la Universidad Complutense*, monográfico nº 3. 1980.
- BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho penal*. 3ª ed., Akal/Iure, 1994.
- BACIGALUPO, E., *La jurisprudencia sobre reincidencia y dilaciones indebidas: dos problemas del principio de culpabilidad*. Original no publicado citado por gentileza del autor.
- BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad e individualización de la pena. El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Angel Torío López*. Comares, Granada, 1999.
- BACIGALUPO, E., *Reformas penales y Estado de Derecho*. Artículo publicado en la revista *Derecho y Jueces*, ed. El Derecho, Madrid, 2003.
- BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I., y OTROS, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*. Praxis, 2ª edición, Barcelona, 1999.
- CALDERON/CHOCLAN, *Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1999.
- COBO/VIVES, *Derecho penal. Parte General*. 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- GARZON REAL, B., MANJON-CABEZA OLMEDA, *Reincidencia y Constitución*, Actualidad Penal, nº1, 1991.
- GONZALEZ-CUELLAR, A., *La reincidencia*, en *La reforma del Código penal de 1983*, en *Comentarios a la legislación penal*, Edersa, Madrid, 1985.
- GONZALEZ CUSSAC, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*. Valencia, 1988.
- JIMENEZ DE ASUA, L., *Principios de Derecho penal. La Ley y el delito*. 3ª Ed. Buenos Aires, 1958.
- MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia*. Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1971.
- MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*. Vol. II. Trad. por Bofill Genszch, J. Astrea, Buenos Aires, 1995.
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*. 5ª ed., Barcelona, 1998.
- QUINTERO/MORALES/PRATS, *Manual de Derecho Penal, Parte General*. 2ª Ed. Aranzadi, 2000.
- RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *Derecho Penal Español. Parte General*. 17ª ed., Dykinson, Madrid, 1994.
- SALINERO ALONSO, C., *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal*, Comares, Granada, 2000.

## Capítulo V

### Fundamento de la reincidencia

#### SUMARIO:

**I.** Consideraciones previas. **II.** Teorías que niegan la eficacia agravatoria. **III.** La insuficiencia de la pena impuesta como fundamento. **IV.** La repetición de infracciones como sustrato material: **1.** La repetición de infracciones como elemento que incide en el injusto objetivo: **A.** Teoría de la mayor alarma social. **B.** Teoría de la mayor lesión causada por el segundo delito. **2.** La repetición de infracciones como elemento que incide en el sujeto: **A.** Teoría de la mayor peligrosidad del reincidente. **B.** La capacidad para delinquir como juicio de futuro. **C.** La capacidad para delinquir como juicio de pasado: **C.1.** La capacidad para delinquir como valoración ajena a la culpabilidad. **C.2.** La culpabilidad por la conducción de la vida. **3.** La repetición de infracciones como elemento que incide en la culpabilidad por el hecho. **4.** Teoría de la culpabilidad aumentada por el efecto admonitorio de la anterior condena. **V.** La reincidencia en la doctrina española actual: **1.** La actitud de mayor desprecio y rebeldía como causa de elevación del injusto. **2.** El inicio al hábito de cometer delitos semejantes como causa de elevación del injusto. **3.** La mayor culpabilidad del reincidente por el hecho actual. **4.** La culpabilidad de carácter. **5.** La mayor peligrosidad del reincidente. **6.** Fundamento político criminal: la mayor necesidad preventiva de pena. **VI.** Toma de postura.

#### **I. Consideraciones previas**

Son numerosas las teorías sobre el fundamento de la reincidencia que han sido defendidas en la doctrina, casi tantas como autores se han ocupado de la cuestión<sup>1776</sup>. Esta disparidad de criterios constituye, por sí misma, una prueba evidente de la enorme dificultad existente para justificar de forma coherente la razón de ser de la agravante. A

---

<sup>1776</sup> Una amplia exposición de las diferentes teorías sobre el fundamento de la reincidencia en MIR PUIG, S., *La Reincidencia en el Código Penal*, ed. Bosch, Barcelona, 1974, p. 427 ss.; asimismo en MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia*. Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1971, p. 29 ss.



continuación, trataremos de ofrecer un panorama de las principales posiciones teóricas defendidas desde los orígenes de la moderna ciencia del Derecho penal respecto del fundamento de la agravación de la pena por reincidencia. Esta aproximación doctrinal al fundamento de la agravación nos servirá, posteriormente, para formular nuestras conclusiones sobre el fundamento que subyace en la actual regulación positiva de la agravante contenida en el n° 8 del art. 22 del Código penal de 1995. Con este objetivo, iniciaremos nuestra exposición a través de una síntesis de las características esenciales del pensamiento penal propio de los *clásicos* y de los *positivistas*, necesario para una adecuada comprensión de las teorías nacidas a la luz de sus respectivos idearios.

Es ENRICO FERRI (1856-1929), quien asigna a finales del s. XIX el calificativo de *clásicos* a los penalistas que trabajaron sobre un sistema configurado a partir de la afirmación de la existencia de una Ley natural de la que fluyen los principios esenciales del ordenamiento jurídico<sup>1777</sup>. Mediante la aplicación del método deductivo o lógico-abstracto, elaboraron un Derecho penal basado en los principios generales emanados de esta Ley natural, inmutable y eterna. Partiendo de las anteriores premisas, al Derecho penal fue asignada una esencial función de reintegración del orden jurídico perturbado y negado por el delito. En cuanto al fundamento del Derecho a castigar, los *clásicos* toman como punto de partida la imputabilidad moral, basada en la previa afirmación del libre albedrío. De esta primera premisa, se deducía que si el hombre perturbaba libremente el orden jurídico, era justo que se le retribuyera con un mal, esto es, que se le castigara con una pena.

Por otra parte, el delito no se concibe como una simple *acción* humana, sino como un *ente jurídico*<sup>1778</sup>, que pone en relación el hecho del hombre y la Ley dando lugar a la pena, que como hemos señalado anteriormente tiende al restablecimiento del orden social

---

<sup>1777</sup> Véase una más amplia exposición sobre los postulados clásicos en SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones de Derecho penal. Parte General*. Vol. I. Bosch, Barcelona, 1982, pp. 124 y ss., quien cita como figuras más destacadas de la Escuela Clásica en Italia a CARMIGNANI (1768-1847), ROSSI (1787-1848) y CARRARA (1805-1888); en Alemania a MITTERMAIER, BERNER, HÄLSCHNER, BIRKMEYER y BINDING; y en Francia a ORTOLAN y TISSOT.

<sup>1778</sup> Según la fórmula de CARRARA, F., *Programa del Curso de Derecho Criminal dictado en la Real Universidad de Pisa*. Trad. de la 11ª ed. Italiana, de S. Soler, E. Gavier y R. Núñez, Buenos Aires, 1944, vol. I, parágrafo 35, p. 48: “La idea de delito es una idea de relación: la relación contradictoria entre el hecho del hombre y la ley. Solo en esto consiste el ente jurídico al cual se da el nombre de delito”. El delito no se concibe como *acción* sino como *infracción*”, lo que supone considerar la antijuridicidad no como elemento del delito sino como su esencia; CARRARA define el delito como “la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso” (*Programa, cit.* I. Parágr. 21, p. 41), citado por SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones...*, cit., pp. 127 y 128.

externo que ha sido perturbado por el delito<sup>1779</sup>. Esta finalidad se alcanza, precisamente, a través de la justa retribución de la culpa moral manifestada en la infracción, por lo que la pena ha de ser siempre proporcionada al delito sin consideración alguna hacia la personalidad de su autor. Como resultado de lo anterior, la ciencia penal se orienta para los penalistas *clásicos* en un sentido predominantemente objetivo, en el que cualquier referencia hacia la persona del delincuente queda fuera de consideración<sup>1780</sup>. El delito, concebido como la violación o la negación del Derecho, da lugar a la pena, que como una fuerza igual y contraria a la del delito restablece y reafirma el Derecho. Delito y pena son, por tanto, dos abstracciones que la justicia humana trata de igualar a partir de su esencia objetiva, fuera de toda consideración hacia la persona del autor. El estudio del delincuente no resulta relevante para los *clásicos*, ya que según su concepción el delito es siempre igual a sí mismo cualquiera que sea su autor<sup>1781</sup>. Si el delito es considerado como un suceso fundado en el libre arbitrio de la voluntad que lesiona el orden jurídico, la pena es la justa retribución de aquél hecho completamente separada de su autor. El delito merece la pena que la ley señala y que no puede variar porque lo cometa una u otra persona, salvo que en el mismo tipo penal así se prevea<sup>1782</sup>.

Por el contrario, la denominada *Escuela Positiva* se caracteriza por una subjetivización del Derecho penal, al que se hace descansar sobre la peligrosidad del sujeto y sobre la necesidad de defensa social. Su nacimiento se produce a mediados del S. XIX, como reacción frente a los excesos de la Escuela Clásica, y a partir de las ideas de CESARE LOMBROSO (1835-1909), desarrolladas posteriormente gracias a los trabajos de RAFAEL GAROFALO (1851-1934) y de ENRICO FERRI (1856-1929)<sup>1783</sup>. Sus postulados fundamentales parten de la utilización del método inductivo-experimental y del estudio del delincuente. El Derecho es entendido desde este punto de vista como un producto social, cuyo contenido emana de las fuentes legislativas y no de una Ley natural, inmutable y eterna. Por su parte, el delito ya no es tan sólo concebido como un *ente jurídico*, sino que se configura como un *ente fáctico*, esto es, como un hecho real que debe ser combatido a través de las medidas de seguridad, que se adaptan a la peligrosidad del autor y se orientan de forma exclusiva hacia la prevención especial. Como punto de partida, niegan el libre

---

<sup>1779</sup> Cfr. SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones...*, cit., p.128.

<sup>1780</sup> Sobre ello véase MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 32.

<sup>1781</sup> Cfr. MATEOTTI, *La recidiva*, Torino, 1910, p. 235, citado por MARTINEZ DE ZAMORA, A., en *La reincidencia...*, cit., p. 32.

<sup>1782</sup> Cfr. MARTINEZ DE ZAMORA, *La reincidencia...*, cit., p. 32.

<sup>1783</sup> Cfr. SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones...*, I., cit., p. 130 ss.

albedrío, por lo que sustituyen la responsabilidad moral propia de los penalistas *clásicos* por una noción característica de responsabilidad social basada en la peligrosidad del reo. El fundamento del derecho a castigar reside, entonces, en la responsabilidad social del autor, que viene a sustituir a la imputabilidad moral apoyada en la idea de libertad de voluntad propia de los clásicos.

## II. Teorías que niegan la eficacia agravatoria

Para comenzar con el estudio de las diferentes posiciones mantenidas en la doctrina respecto del fundamento de la reincidencia, haremos referencia a las denominadas teorías abolicionistas<sup>1784</sup>. Dichas teorías niegan la eficacia agravatoria de la reincidencia y postulan su supresión o, en todo caso, su consideración como circunstancia atenuante. Por otra parte, los neoabolicionistas postulan su sustitución por conceptos relacionados con la habitualidad basados en el sustrato material que se deriva de la repetición material de infracciones. En cualquier caso, se debe tener en cuenta que el nexo de unión de todas las teorías abolicionistas lo constituye la negación expresa de la eficacia agravatoria de la pena por causa de reincidencia, lo que por sí mismo da una muestra de la evidente dificultad de hacerlas compatibles con la actual regulación positiva de la agravante (art. 22.8 CP).

Desde la perspectiva que ofrecían los postulados *clásicos*, y más en concreto desde una concepción que afirmaba que el delito era un acontecimiento completamente desvinculado de su autor, los primeros abolicionistas rechazaron la eficacia agravatoria de la reincidencia<sup>1785</sup>. Si como se afirma, el delito debe ser considerado de forma separada de su

---

<sup>1784</sup> Sobre ello véase JIMENEZ DE ASUA, L., *Lecciones de Derecho penal: Reincidencia y habitualidad*, ed. Pedagógica Iberoamericana, México, 1995, p. 362.

<sup>1785</sup> Sobre ello véase MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 439; asimismo MARTINEZ DE ZAMORA, A., *op. cit.*, pág. 32, quien cita como abolicionistas a BUCCELLATI, GESTERDING, MERKEL, GIULIANI, PAGANO, CARMIGNANI, ALAUZAT, TISSOT, MITTERMAIER, ORANO, KÖSTLIN; por su parte CARNOT, NIPELS, HAUS, AMBROSOLI y SIMONET son también citados como abolicionistas por ARMENGOL Y CORNET, P., en *La reincidencia*, establecimiento tipográfico de Jaime Jepús, Barcelona, 1873, reimpresión facsímil ed. Analecta, Pamplona, 2002, p. 76; en España especialmente GROIZARD, en *El Código Penal de 1870*, Madrid, 1902, p. 494 y 498: “El cumplimiento de la pena es la cicatrización de la herida abierta en el cuerpo social; es el restablecimiento del orden jurídico conturbado por la acción criminal; es la deuda pagada por el delincuente a satisfacción de la ley. Ahora bien, una de dos cosas, o el aumento de la pena para el reincidente nace del primer delito, en cuyo caso se le exige pague lo que ya tiene solventado... o surge del delito actual, en cuyo caso la Justicia, los principios y la razón protestarán siempre de que influya en la penalidad una entidad que no es elemento concomitante, esencial o accidental del delito actual”. Según GROIZARD la regla *non bis in idem* opone una insuperable barrera a hacer de la reincidencia una teoría científica.

autor, y la pena es la justa retribución por el delito cometido –no el castigo del delincuente por su forma de ser-, entonces se deduce como consecuencia lógica de todo lo anterior, la negación de cualquier eficacia agravatoria de la pena por causa de reincidencia<sup>1786</sup>. En concreto, la agravante planteaba insuperables problemas desde el punto de vista del principio *non bis in idem*, pues se consideraba que a través de la pena el delito previamente cometido quedaba justamente retribuido y satisfecha la deuda con la sociedad. Tomar de nuevo en consideración un hecho -el delito- ya castigado, como sucede en el caso de la reincidencia, alteraría la medida de la retribución justa y sería contrario al principio *non bis in idem*, en cuanto el delito precedente -inexistente porque la fuerza de la pena lo anuló- se habría tomado otra vez en consideración a fin de añadir un injustificado aumento de la pena<sup>1787</sup>. Admitir la reincidencia, supondría castigar no el concreto hecho delictivo, sino al hombre en cuanto tal, significaría por tanto abandonar el campo del Derecho penal para invadir el de la moral<sup>1788</sup>.

Superando la anterior posición y de forma independiente a los problemas planteados respecto del principio *non bis in idem*, aunque también desde postulados clásicos, existe una dirección abolicionista liderada por BUCCELLATTI y KLEINSCHROD que sostiene que en todo caso la reincidencia debería operar como una causa de exclusión o atenuación de la pena, ya que los reincidentes obrarían por lo general fatalmente impulsados por el hábito y, por consecuencia, con menor libertad y menor conciencia del mal causado, esto es, con una imputabilidad disminuida<sup>1789</sup>. Por su parte, KLEINSCHROD no se limita a estos argumentos, sino que acusa directamente a la sociedad del aumento de la reincidencia, afirmando por tanto que es la sociedad la verdadera culpable de la recaída<sup>1790</sup>. Tomando como punto de partida el dato según el cual las cárceles aparecen como verdaderos focos de perversión, y el hecho evidente de que la sociedad niega nuevas

---

<sup>1786</sup> Cfr. MARTINEZ DE ZAMORA, A., *op. cit.*, p. 33.

<sup>1787</sup> Cfr. GIANNITI, *I reatti della stessa indole*, Milan, 1959, p. 143, citado por MARTINEZ DE ZAMORA, A., *loc. cit.*, p. 33, nota 6.

<sup>1788</sup> Cfr. JIMENEZ DE ASUA, L., *Principios de Derecho penal. La Ley y el delito*. 3ª Ed. Buenos Aires, 1958, p. 536; asimismo véase MARTINEZ DE ZAMORA, A., *loc. cit.*, p. 33, según el cual es posible distinguir tres diferentes orientaciones entre los abolicionistas: a) los que la consideran un *bis in idem* (CARNOT, GESTERDING, CARMIGNANI, GIULIANI y PAGANO); b) los que consideran a la sociedad culpable de ella (ALAUZET, TISSOT, MITTERMAIER, KÖSTLIN, MERKEL); y c) los que estiman que la finalidad perseguida con la agravación de la pena puede obtenerse por otras vías (BRAUER).

<sup>1789</sup> Sobre ello véase JIMENEZ DE ASUA, L., *Principios...*, cit., p. 537; del mismo autor *Lecciones...*, cit., pp. 363 y 365; asimismo véase MARTINEZ DE ZAMORA, A., *op. cit.*, p. 40, son partidarios de esta teoría KLEINSCHROD (partidario de la atenuación de la pena) y BUCCELLATTI (partidario de la exclusión de la pena).

<sup>1790</sup> Cfr. JIMENEZ DE ASUA, L., *Principios...*, cit., p. 537.

oportunidades al reo que después de cumplir su condena sale en libertad, unido todo ello a la firme creencia de que el ambiente social de escasez de trabajo y mala distribución de la riqueza propicia la recaída en el delito, afirma este último autor que cuando el Estado castiga al reincidente no hace otra cosa que castigar sus propias culpas<sup>1791</sup>.

Por otra parte, también desde los postulados propios de la denominada *escuela positiva* ha sido atacada la eficacia agravatoria de la reincidencia. Las denominadas teorías *neoabolicionistas* de base positivista, parten de aceptar una fundamentación de la reincidencia relacionada con la personalidad del autor, si bien se niegan a admitir el efecto agravante de la pena propio de la reincidencia<sup>1792</sup>. El fundamento de la reincidencia es, desde este punto de vista, la mayor inclinación al delito del autor, por ello consideran incorrecta la tradicional y formalista regulación legal del instituto. Así, critican el hecho de que la agravante de reincidencia se aplique de forma automática a partir de la mera constatación de la concurrencia de sus presupuestos objetivos, esto es, de la existencia de una previa sentencia firme de condena y de un posterior delito de la misma naturaleza que el anterior. Según estos autores, el presupuesto de la reincidencia —la especial inclinación al delito—, debe buscarse en las circunstancias particulares de cada delincuente concreto, utilizando al efecto todos los datos útiles para emitir tal diagnóstico, y no presumirlo automáticamente a partir de la sentencia firme de condena y el posterior delito<sup>1793</sup>. En concreto, JIMENEZ DE ASUA afirmó en su día que “en los tiempos que alborean, y, sobre todo, en el futuro inmediato, la habitualidad desplazará al vetusto concepto de reincidencia (...) en suma: el criterio jurídico de la reincidencia se verá reemplazado por el concepto antropológico de habitualidad y profesionalismo<sup>1794</sup>”.

---

<sup>1791</sup> Cfr. JIMENEZ DE ASUA, L., *Principios...*, cit., p. 537; también de esta opinión ORANO (1883), citado por MARTINEZ DE ZAMORA, A., *loc. cit.*, p. 34.

<sup>1792</sup> Cfr. MARTINEZ DE ZAMORA, A., *op. cit.*, p. 49 ss.

<sup>1793</sup> Cfr. MARTINEZ DE ZAMORA, A., *op. cit.*, p. 49, según este autor parece acogerse a esta teoría antiformalista que propone sustituir los “arcaicos conceptos verbalistas de reiteración y reincidencia por los sociológicos y antropológicos de la habitualidad y de la profesionalidad”, QUINTANO, en *Comentarios...*, cit., p. 239; por su parte JIMENEZ DE ASUA, L., *El delincuente habitual y el recidivismo*, en *El Criminalista*, segunda serie, t. II, Buenos Aires, 1958, p. 255, afirma la necesidad de: “dejar a un lado la reincidencia, que desaparecerá poco a poco de los Códigos penales, para ocuparse del delincuente habitual”; véase también JIMENEZ DE ASUA, L., *Lecciones...*, cit., pp. 363 y 365.

<sup>1794</sup> Cfr. JIMENEZ DE ASUA, L., *Principios...*, cit., p. 538; el mismo autor en *Lecciones...*, cit., p. 362 cita como abolicionistas a CARMIGNANI, CARNOT, ALAUZET, TISSOT, KÖSTLIN, MERKEL, GESTERLING, MITTERMAIER, PAGANO y GIULIANI; una extensa reseña de la posiciones abolicionistas en MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., pp. 544 ss, cita este autor entre otros abolicionistas a GERMAIN y PINATEL en Francia; a los autores del *Alternativ Entwurf* en Alemania; a SCHULTZ en Suíza; a QUINTANO RIPOLLÉS y a RODRIGUEZ MOURULLO en España.

Las críticas a las posiciones abolicionistas se han fundamentado principalmente en el argumento de que el hecho y su autor no pueden separarse de un modo tajante. Así, se ha dicho que en la misma esfera de la represión *stricto sensu*, no es propiamente el delito lo que debe ser castigado, sino la persona que lo comete, a la cual se juzga con relación a ese concreto hecho, se juzga, en otros términos, por aquello que se ha realizado y por aquello que se es<sup>1795</sup>. Otra de las críticas formuladas expresamente contra las teorías que consideran la agravante como una inaceptable expresión de *bis in idem*, parte de constatar que algunos abolicionistas atribuyen el juego de la reincidencia al primer delito cometido, el cual, dada su idea de la retribución ya habría sido completamente borrado por una pena que ha restablecido el orden jurídico violado<sup>1796</sup>. En un sentido crítico con el abolicionismo, se afirma que aunque el viejo delito se toma en cuenta indirectamente a través de la condena, no se hace para castigarlo de nuevo, sino para servir de base a una nueva previsión legislativa en relación con la gravedad de un acontecimiento futuro e incierto, cual es la comisión por el ya reo de otra infracción, sólo en cuyo momento podrá hablarse de reincidencia<sup>1797</sup>.

En nuestra opinión, esta última crítica peca de un excesivo formalismo y puede ser fácilmente rebatida si se tiene en cuenta que afirmar que el primer delito sirve de base a una nueva previsión legislativa en relación con la gravedad de la pena a imponer por la comisión del segundo delito, es tanto como no decir nada respecto de la verdadera razón de ser de la previsión legislativa a la que hace referencia. Si tenemos en cuenta que todas las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal deben mantener alguna relación con el injusto realizado culpablemente, y que de la gravedad de éste dependerá la de la pena, entonces debemos admitir que toda nueva previsión legislativa relacionada con la gravedad de la pena debe estar necesariamente justificada. Por ello, puede afirmarse que la mencionada crítica está vacía de contenido, ya que no hace referencia alguna a la razón de ser de la reincidencia, resultando insuficiente para negar los postulados abolicionistas que denuncian en la reincidencia un *bis in idem*. En síntesis, no se ofrece ninguna razón convincente para pensar que con la agravante de reincidencia no se está castigando de nuevo el delito previamente cometido.

---

<sup>1795</sup> En este sentido DELL' ANDRO, *La recidiva nella teoria della norma penale*, Palermo, 1950, pp. 23 y 34, citado por MARTINEZ DE ZAMORA, A., *loc. cit.*, p. 34.

<sup>1796</sup> Véase sobre esta crítica MARTINEZ DE ZAMORA, A., *op. cit.*, p. 35.

<sup>1797</sup> De acuerdo con esta crítica MARTINEZ DE ZAMORA, A., *op. cit.*, p. 34, quien cita a ROSSI, *Tratatto di Diritto Penale*, 1884, p. 252.

### III. La insuficiencia de la pena impuesta como fundamento

Un segundo grupo de autores, encabezado por CARRARA, fundamenta la agravación de la pena por causa de reincidencia en la *insuficiencia relativa de la pena ordinaria anteriormente cumplida*<sup>1798</sup>. Sobre esta posición teórica, es importante precisar que según la actual regulación de la agravante en el art. 22.8 del Código penal, el previo cumplimiento de la condena no es un elemento esencial para la apreciación de la reincidencia, por lo que resultan difícilmente compatibles con la actual regulación positiva de la agravante. Desde postulados *clásicos*, CARRARA trató de justificar el aumento de la pena que caracteriza la reincidencia, intentando por una parte eludir la crítica formulada por los abolicionistas según la cual la agravación propia de aquella figura constituye un *bis in idem*, y por la otra hacer compatible el mantenimiento de la institución en el seno de un Derecho penal congruente con los principios del liberalismo, y más en concreto con aquél que establecía la relevancia del *acto* y no de la *personalidad del autor* en el momento de la determinación de la pena<sup>1799</sup>. Para ello, CARRARA parte de dos presupuestos fundamentales: a) de una parte, afirma que la reincidencia no puede incidir en la gravedad del actual delito, puesto que ello tendría su causa y origen en la comisión de un previo delito ya *saldado*<sup>1800</sup>; b.) de otra parte, considera que tampoco cabe justificar la reincidencia en la *mayor perversidad del reo*, porque el Derecho penal debe contemplar únicamente la *maldad del acto* y no la *maldad del hombre*<sup>1801</sup>.

Tomando como punto de partida los anteriores planteamientos, CARRARA señala como única justificación aceptable de la reincidencia la *insuficiencia relativa de la pena ordinaria anteriormente cumplida*<sup>1802</sup>. Para llegar a esta conclusión, parte de dos presunciones: a) de una parte, presume que la pena señalada por el legislador a cada delito -la pena ordinaria- es adecuada para impedir que los ciudadanos delincan; y b) de otra parte, presume que en el caso de que algún ciudadano delinca la *experiencia* de la pena ordinaria es suficiente para evitar la recaída<sup>1803</sup>. La consecuencia inmediata del anterior planteamiento es que cuando el mismo individuo vuelve a delinquir, se tiene el convencimiento de que la *experiencia* –el

---

<sup>1798</sup> Véase la exposición que sobre la teoría de CARRARA hace JIMENEZ DE ASUA, L., *Lecciones...*, cit., pp. 361 y 362.

<sup>1799</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 432.

<sup>1800</sup> Ibidem.

<sup>1801</sup> Ibidem.

<sup>1802</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 433; según DELL'ANDRO a esta teoría se adhieren BUCELATTI; BRUSA; SACKER; SCHEURLEN; VISMARA; NYPELS; NICOLINI y PAOLI; y según MANZINI, a ella se unen LAGRAVEREND y ELLERO, citados ambos por MARTINEZ DE ZAMORA, A., *op. cit.*, p. 36.

<sup>1803</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 433.

cumplimiento efectivo- de la primera condena no ha producido el efecto saludable que esperaba el legislador, y por ello es inútil aplicar de nuevo la *pena ordinaria* en la medida en la que la recaída revela la insuficiencia relativa –frente al reincidente- de tal pena<sup>1804</sup>. Ello significa no un vicio general de la pena, sino una deficiencia especial en su relación con aquel hombre, significa que en la pena ordinaria hay un defecto de gravedad relativa. Por tanto, a aquél que se muestra insensible a la pena ordinaria hay que infligirle una pena más fuerte<sup>1805</sup>

Como se puede observar, CARRARA se apoya en un elemento ajeno por completo al concepto mismo de reincidencia, para cuya existencia exige no sólo la precedente condena, sino también el total cumplimiento de la pena en ella impuesta<sup>1806</sup>. Por esta razón, CARRARA distingue entre reincidencia *vera* que es la que tiene lugar después de haberse cumplido la condena, y reincidencia *ficta*, a la que no reconoce virtualidad agravatoria precisamente por el hecho de no haber experimentado el reo la previa condena<sup>1807</sup>. Recuérdese, que la actual regulación positiva de la reincidencia (art. 22.8 CP), no exige como presupuesto necesario para su aplicación el efectivo cumplimiento de la condena sino, tan sólo, su firmeza.<sup>1808</sup> Por ello, y dado que en nuestro Derecho positivo el efectivo cumplimiento de la pena no pertenece a la estructura de la reincidencia, es posible descartar la teoría de CARRARA como explicación válida sobre el fundamento de la reincidencia en el vigente Código penal de 1995<sup>1809</sup>.

Además, MIR PUIG pone acertadamente de manifiesto como tras la construcción de CARRARA, quien expresamente excluye la posibilidad de acudir a la *maldad del hombre* como fundamento de la agravación, se halla la idea de una cualidad del reincidente, esto es, su *insensibilidad* hacia la pena ordinaria<sup>1810</sup>. Y ello a pesar de que para evitar situar la personalidad del reo en el centro de la fundamentación de la reincidencia, CARRARA sustituye la valoración de la personalidad como fundamento inmediato de la agravación por

---

<sup>1804</sup> Ibidem.

<sup>1805</sup> Cfr. CARRARA, *Stato della dottrina sulla recidiva*, en *Opuscoli di Diritto Criminale*, Prato, 1885, V. II., p. 131, citado por MARTINEZ DE ZAMORA, A., *op. cit.*, p. 36; sobre ello también MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 433.

<sup>1806</sup> Recordemos que la reincidencia despliega sus efectos aunque la pena impuesta en la precedente condena no haya sido cumplida ni, por consecuencia, sentida por el agente.

<sup>1807</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 435.

<sup>1808</sup> Y todo ello, téngase en cuenta, negando CARRARA por completo que la pena pueda tener una finalidad de corrección del culpable.

<sup>1809</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 432.

<sup>1810</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., pp. 433 y 434.



un dato pretendidamente objetivo y de virtualidad indiciaria tasada, esto es, por la comprobación del cumplimiento anterior de la pena<sup>1811</sup>. De la previa constatación de este dato, unido a la nueva comisión delictiva, se deduce como consecuencia necesaria la *insensibilidad* del reo hacia la pena, y, por esta causa, la *insuficiencia relativa de la pena ordinaria*, la cual debe aumentarse para mantener el equilibrio real entre la *fuerza objetiva del delito* y la *fuerza objetiva de la pena*<sup>1812</sup>. Ya hemos visto que para evitar situar al sujeto y no al acto en el centro de su fundamentación, CARRARA distingue entre la *insensibilidad* y la *maldad del sujeto*: la personalidad del sujeto no se toma en consideración como objeto de desvalor en sí mismo (como maldad retribuible), sino como variable que condiciona la suficiencia de la pena para mantener la proporción real entre la *fuerza objetiva del delito* y la *fuerza objetiva de la pena*, haciendo depender este punto de suficiencia del concreto grado de *sensibilidad* del reo ante la pena<sup>1813</sup>. Por ello, coincidimos con MIR PUIG cuando afirma que la tesis de CARRARA no consigue evitar situar al sujeto y no al acto en el centro del sistema, pues a pesar de que para demostrar la insuficiencia relativa de la pena ordinaria acude a un dato puramente objetivo –el anterior cumplimiento de la condena– en lugar de investigar la personalidad del reincidente, sigue siendo una cualidad del sujeto –su *insensibilidad*– la razón última de la agravación de la pena<sup>1814</sup>.

Otra crítica que pone de manifiesto MIR PUIG, es la justificación puramente preventiva de CARRARA, que asigna a la agravación de la pena por reincidencia la función de evitar ulteriores recaídas según el esquema lógico anteriormente expuesto: si el cumplimiento de la pena ordinaria demostró no ser suficiente para evitar la recaída, la nueva imposición de una pena ordinaria tampoco evitaría subsiguientes recaídas, por lo que precisamente sería la prevención de ulteriores comportamientos delictivos lo que justificaría la agravación de la pena ordinaria en caso de reincidencia<sup>1815</sup>. Según MIR PUIG, en un sistema de doble vía en el que además de la pena se disponga de la posibilidad de imponer medidas de seguridad, las razones preventivas relacionadas con la posibilidad de futuras recaídas justificarían el recurso a las medidas de seguridad en lugar de a la pena<sup>1816</sup>. Además, se critica el excesivo formalismo de la tesis de CARRARA, toda vez que parte de una presunción de insuficiencia relativa de la pena ordinaria que puede ser fácilmente rebatida

---

<sup>1811</sup> Ibidem.

<sup>1812</sup> Ibidem.

<sup>1813</sup> Ibidem.

<sup>1814</sup> Ibidem.

<sup>1815</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 435.

<sup>1816</sup> Ibidem.

en el caso concreto, y así debe admitirse que la recaída puede obedecer a la concurrencia de algún condicionante positivo de tal fuerza, que no sea posible afirmar que la misma tiene lugar por insuficiencia de la pena anteriormente cumplida<sup>1817</sup>. Finalmente, resulta criticable el hecho de que CARRARA diera por supuesta la eficacia correctiva de la condena previamente cumplida, lo que contradice las observaciones de la doctrina sobre la situación real de las instituciones penitenciarias y sobre el efecto de perversión de la cárcel<sup>1818</sup>.

#### **IV. La repetición de infracciones como sustrato material**

Como ya se dijo más arriba, las teorías expuestas con anterioridad no resultan demasiado compatibles con la actual regulación positiva de la reincidencia (art. 22.8ª CP). En el caso de los abolicionistas, porque niegan pura y simplemente la eficacia agravatoria de la reincidencia; y en el caso de la teoría de CARRARA, porque toma como punto de partida un elemento completamente ajeno a la actual regulación de la agravante, esto es, el previo cumplimiento de la pena impuesta. Por ello, a continuación expondremos aquellas teorías que justifican la reincidencia y que no niegan sus efectos ni hacen gravitar ésta sobre la previa experiencia de cumplimiento de la condena precedente. Tal y como pone de manifiesto MIR PUIG, las teorías que a continuación se exponen parten de un presupuesto común, esto es, de “la identificación como elemento normativo de la estructura genérica de la reincidencia llamado a sustentar el fundamento de esta institución, del requisito de *la repetición material de infracciones*”<sup>1819</sup>. En ellas, por lo general, el requisito legal de la condena precedente no es considerado relevante a los efectos de justificar la razón de ser de la reincidencia, “pasando a ser reputado como mero dato exigido por la necesidad de certeza de la pluralidad delictiva o incluso, como elemento formalista de dudosa coherencia con el significado esencial de la reincidencia”<sup>1820</sup>.

Tampoco el elemento característico de la reincidencia consistente en la exigencia de una cierta relación de identidad o similitud entre las diversas infracciones cometidas por el autor es considerado relevante a efectos de justificar la agravación de la pena por reincidencia, pues las teorías que a continuación se exponen apoyan sus conclusiones única y exclusivamente en el dato naturalístico de la repetición material de delitos. Por ello, las

---

<sup>1817</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 436.

<sup>1818</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 437.

<sup>1819</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., pp. 477 ss.

<sup>1820</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 478 ss.

teorías que se expondrán a continuación justifican tanto la *reincidencia* como la denominada *reiteración*, que actualmente ya no constituye una causa de agravación de la pena y que como ya tuvimos ocasión de exponer en Capítulos anteriores exigía la existencia de condena o condenas antecedentes, aunque no precisaba relación alguna de identidad entre las diversas infracciones cometidas por el autor. Por otra parte, el hecho de tomar como punto de referencia el dato material de la repetición de delitos, hace que los mismos argumentos utilizados para fundamentar la reincidencia sirvan también -con pequeñas matizaciones- para justificar otros fenómenos afines que por lo general comparten ese mismo sustrato material, como sucede en el caso de la habitualidad, la profesionalidad o la tendencia a delinquir. Dentro de las posiciones que justifican la reincidencia a partir del dato naturalístico que ofrece la *repetición material de infracciones*, sin asignar al requisito de legal de la condena antecedente o a la relación de identidad entre las diversas infracciones cometidas un papel esencial a la hora de indagar sobre su fundamento, distinguiremos aquellas teorías que vinculan la recaída con una mayor gravedad del injusto objetivo; con una cualidad personal del sujeto; o con una mayor gravedad de la culpabilidad por el hecho.

## **1. La repetición de infracciones como elemento que incide en el injusto objetivo**

Según estas teorías, que hacen gravitar el peso de la reincidencia sobre el segundo delito cometido por el reincidente, la agravación de la pena estaría justificada por una mayor gravedad intrínseca del injusto propio del delito que da lugar a la apreciación de la agravante.

### **A. Teoría de la mayor alarma social**

De acuerdo con los postulados de la escuela *clásica*, el Derecho penal está destinado a cumplir una esencial función de defensa de los intereses objetivos y externos de la sociedad<sup>1821</sup>. Tomando como punto de partida el anterior planteamiento, la reincidencia se justifica a través de un aumento de la gravedad del *daño social* que repercute directamente en la gravedad del injusto propio del delito que da lugar a la apreciación de la agravante<sup>1822</sup>. Lo

---

<sup>1821</sup> Cfr. SAINZ CANTERO, J.A., *Leciones...*, I, cit., p. 128: “El fin primario de la pena es el restablecimiento del orden externo de la sociedad”.

<sup>1822</sup> Véase MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 439: “Esta posibilidad había sido negada, desde una mentalidad ideológica paralela, por las doctrinas abolicionistas de la pasada centuria, presupuesto de las cuales era la no influencia de la reincidencia en la gravedad intrínseca del

anterior significa que el segundo delito cometido por el reincidente, será considerado intrínsecamente más grave que el anterior, precisamente porque causa un mayor *daño social*. Ya en la construcción de CARRARA se distinguió entre *daño inmediato* y *daño mediato* del delito, consistiendo el primero en la lesión del bien jurídico protegido por la norma penal infringida, y el segundo en el daño social que como efecto reflejo de tal lesión se produce<sup>1823</sup>. Aunque CARRARA se opuso a la tesis que fundamentaba la reincidencia en la mayor alarma social, abrió la puerta a la posibilidad de considerar más *dañoso socialmente* -y por ello más grave- el nuevo delito cometido por el reincidente, y ello no porque en el segundo delito concurriera un mayor *daño inmediato* sino, precisamente, porque causaba una mayor alarma en la colectividad y con ello un mayor *daño mediato*<sup>1824</sup>. Formulada por vez primera por el ministro ZANARDELLI en la Relación sobre el Proyecto de Código Penal italiano de 1887, esta teoría encuentra el fundamento de la reincidencia en “la mayor alarma que provoca aquél que ha delinquido varias veces y que, por ello, se demuestra más peligroso (...) El mal del delito no es sólo físico, sino también social y político y, por tanto, la circunstancia subjetiva de la mayor perversidad del agente se convierte en circunstancia objetiva del delito, acrecentando el temor de los buenos y ofreciendo el pernicioso ejemplo del obstinado desprecio por la Ley<sup>1825</sup>”.

La crítica a estas teorías considera sin embargo inaceptable que una cualidad personal del sujeto -como es su peligrosidad-, pueda modificar la intrínseca gravedad del segundo delito cometido. Además, se rechaza que la peligrosidad del sujeto quede demostrada por la sólo razón de su reincidencia, ya que ésta no debe operar más que como uno más de entre todos los factores a tener en cuenta para formular el juicio pronóstico de peligrosidad<sup>1826</sup>. Por otra parte, se afirma que el segundo delito cometido por el reincidente provocará una mayor o menor alarma social según su propia gravedad intrínseca, pero resulta de todo punto insostenible afirmar que la gravedad intrínseca correspondiente al segundo delito (causa) cometido por el reincidente, pueda variar en razón de la mayor o

---

segundo delito, basadas en el carácter extrínseco al mismo del elemento originador, a su juicio, de la agravación, esto es, el anterior delito”.

<sup>1823</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 440.

<sup>1824</sup> Ibidem.

<sup>1825</sup> Véase *Progetto del Codice Penale per il regno d'Italia e disegno di legge che ne autorizza la pubblicazione, presentato del Ministro di grazia e giustizia e dei culti Zanardelli, I (Relazione ministeriale sulla recidiva)* Roma (Stamperie Reale), 1887, pp. 215 ss., citado por MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 441.

<sup>1826</sup> Véase la opinión de MANZINI y RANIERI, citados ambos autores por MARTINEZ DE ZAMORA, A., *op. cit.*, p. 51.

menor alarma social (efecto) que éste provoque<sup>1827</sup>. Finalmente, se aduce que la alarma social puede no producirse<sup>1828</sup>, e incluso, es difícil que se produzca<sup>1829</sup>. En suma, se rechaza que la agravación de la pena pueda fundamentarse en la mayor alarma social producida por el segundo delito cometido, ya que aquélla puede ser un efecto de la reincidencia pero no su fundamento<sup>1830</sup>.

## B. Teoría de la mayor lesión causada por el segundo delito

Poniendo el acento sobre el elemento de la repetición material de delitos, y haciendo también gravitar la justificación de la reincidencia sobre el segundo delito cometido por el reincidente, MANZINI toma como punto de partida en su argumentación la repercusión objetiva en la sociedad del ilícito del segundo delito cometido por el reincidente. De este modo, MANZINI admite -como ya hizo CARRARA- que todo delito supone una doble lesión: a) de una parte, una *lesión inmediata* del bien jurídico protegido por la norma infringida; y b) de la otra, una *lesión mediata* del interés general en el mantenimiento del orden jurídico<sup>1831</sup>. A partir de lo anterior, MANZINI deduce que el nuevo delito cometido por el reincidente lesiona un interés distinto o el mismo interés en mayor grado que el delito cometido por el delincuente primario. Tal interés sería precisamente el “derecho general de seguridad correspondiente a todo ciudadano<sup>1832</sup>”, cuya lesión determina un incremento en la gravedad del injusto objetivo del nuevo delito cometido por el reincidente, si bien MANZINI precisa que este *plus* de gravedad no deriva de la mayor alarma social, sino de la necesidad de que el Estado dirija su tutela jurídica, además de hacia la reparación del particular interés lesionado por el nuevo delito, hacia la protección del entero orden jurídico perturbado con especial intensidad por la conducta del reincidente<sup>1833</sup>.

Según MANZINI, la reincidencia aumenta la imputabilidad –culpabilidad para nosotros-, entendida esta última como nexo causal psicológico entre el hecho y su autor

---

<sup>1827</sup> Según DELL'ANDRO “no puede sostenerse que el delito se agrave por agravarse el temor de los ciudadanos”, citado por MARTINEZ DE ZAMORA, *op. cit.*, p. 51.

<sup>1828</sup> Según MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 441, CARRARA ya se oponía a la tesis de la mayor alarma social y alegaba la contingencia del aumento de la alarma, que contrastaba con el carácter absoluto y general de la reincidencia.

<sup>1829</sup> Según MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 441, ANTOLISEI duda que la reincidencia produzca mayor alarma.

<sup>1830</sup> Cfr. MARTINEZ DE ZAMORA, A., *loc. cit.*, p. 51.

<sup>1831</sup> Cfr. MANZINI, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, II, 4ª ed. (a cargo de G.D. PISAPIA), Torino, 1961, p. 625, citado por MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 442.

<sup>1832</sup> Véase la opinión de MANZINI citada por MARTINEZ DE ZAMORA, A., *loc. cit.*, p. 51.

<sup>1833</sup> Véase la opinión de MANZINI citada por MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., pp. 442 y 443.

cuya esencia es la voluntariedad<sup>1834</sup>. Este incremento en la imputabilidad del autor, le hace acreedor de una mayor pena en razón de que con el nuevo delito el reincidente no sólo demuestra su voluntad de infringir un concreto precepto penal, sino que, además, demuestra una “voluntad persistente a delinquir<sup>1835</sup>”. La agravación de la imputabilidad así determinada y expresada en el segundo delito cometido, legitimaría al Estado para imponer al reincidente una pena de mayor gravedad en razón del mayor desprecio por la Ley y por el Magistrado que muestra el reincidente<sup>1836</sup>. Es precisamente en el plano de la culpabilidad psicológica, donde MANZINI fundamenta de modo *inmediato* la reincidencia, que es así considerada como una circunstancia agravante de la imputabilidad o culpabilidad psicológica del reo<sup>1837</sup>. En consecuencia, el incremento de la culpabilidad psicológica – imputabilidad- supone un aumento en la antijuricidad objetiva del segundo delito, lo que constituye la causa última de la agravación<sup>1838</sup>. Se debe precisar que MANZINI apoya todas sus consideraciones respecto de la reincidencia en el dato empírico de la repetición material de infracciones, sin otorgar especial relevancia a la existencia de una especial relación de identidad entre las diversas infracciones, ni a la condena anterior, a la que únicamente reserva una mera función de prueba de la comisión de anteriores delitos<sup>1839</sup>.

La doctrina ha criticado esta postura diciendo que la imputabilidad, entendida como relación psicológica entre el hecho antijurídico objetivo y su autor, no puede ser aumentada por encima del grado en que se produce aquella conexión de modo perfecto<sup>1840</sup>. En este sentido, afirma MIR PUIG que “no siendo la nota de *persistencia* –o de *repetición*- un propio grado de perfección de la voluntad, sino un *plus* que supera esta perfección, sólo cabía explicar su presencia en relación con la infracción anterior –lo que no es permitido por el dogma del acto- o, en referencia a una peculiar configuración del actual injusto<sup>1841</sup>”. También en sentido crítico, afirma DELL’ ANDRO que siguiendo los razonamientos de MANZINI se llega a la conclusión de que no sólo en el segundo delito cometido por el reincidente sino en todos los demás delitos realizados por delincuentes primarios, se lesiona

---

<sup>1834</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 444.

<sup>1835</sup> Véase la opinión de MANZINI citada por MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 443.

<sup>1836</sup> Véase la opinión de MANZINI y en una línea semejante a la de este autor también IMPALLOMENEI, *Il Codice Penal Illustrato*, Florencia, 1890, V. I., p. 282, para quien la reincidencia “agrava la responsabilidad penal del delincuente por que agrava su imputación”; en el mismo sentido PUGLIA, MOSSA y ALIMENA, todos ellos citados por MARTINEZ DE ZAMORA, *loc. cit.*, pp. 52 y 55.

<sup>1837</sup> Véase la opinión de MANZINI citado por MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 443.

<sup>1838</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., pp. 444 y 445.

<sup>1839</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 445.

<sup>1840</sup> Cfr. MARTINEZ DE ZAMORA, *loc. cit.*, p. 44.

<sup>1841</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 444.

o pone en peligro -además del bien jurídico concretamente protegido por el tipo penal infringido- el bien jurídico “seguridad general”, por lo que no queda explicado por qué en el delito cometido por el delincuente primario la magnitud de la pena se determina con arreglo a la gravedad del ataque al bien jurídico protegido por el tipo penal, y en la determinación de la pena por el segundo delito cometido por el reincidente se tiene en consideración, además, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico “seguridad general”, que no puede negarse también ha sido lesionado o puesto en peligro por el primer delito<sup>1842</sup>. En cualquier caso, la teoría expuesta no consiguió fundamentar en el dato de la repetición material de infracciones la mayor gravedad del injusto objetivo del segundo delito cometido por el reincidente, por lo que la doctrina buscó la justificación de la reincidencia fuera del plano objetivo de la antijuridicidad, en la subjetividad del autor<sup>1843</sup>.

## 2. La repetición de infracciones como elemento que incide en el sujeto

Son muchos los autores que refieren la eficacia agravatoria de la reincidencia a una estimación del sujeto. Muy frecuentemente se ha dicho que el reincidente es un criminal peor, más perverso, que con su conducta demuestra una mayor pertinacia en el delito y una especial insensibilidad hacia la pena, que manifiesta una mayor peligrosidad, una mayor inclinación al delito, o una más intensa tendencia a violar las normas penales<sup>1844</sup>. La reincidencia supone, desde este punto de vista, la objetivación de una cualidad personal del autor del delito<sup>1845</sup>. La crítica a estas teorías subraya el hecho de que en el vigente Derecho penal no se castiga la maldad del hombre, sino la maldad de su acción. No olvidemos que la reincidencia supone un aumento de la pena o del tratamiento represivo del reo, y no preventivo o de seguridad. Tampoco se muestran adecuadas al principio según el cual no debe castigarse al hombre en cuanto es, sino en cuanto se manifiesta<sup>1846</sup>.

---

<sup>1842</sup> Véase la opinión de DELL'ANDRO citada por MARTINEZ DE ZAMORA, *loc. cit.*, p. 53.

<sup>1843</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 446.

<sup>1844</sup> Véase MARTINEZ DE ZAMORA, A., *loc. cit.*, pp. 39 y 40, cita este autor como ejemplo a SILVELA, *El Derecho penal...*, II, Madrid, 1903, p. 187: “La perversidad o malicia que demuestran en el alma del autor...”; MONTES, *Derecho penal español...*, V., II, El Escorial, 1929, p. 221, quien criticando a los abolicionistas afirma: “No es la deuda primera la que se exige de nuevo, ni es el delito lo que se juzga, sino al delincuente tal como es, en su calidad de reincidente, y como tal, más perverso, más contumaz contra el derecho que debe respetar, más peligroso para las personas con quienes vive”; CASTEJON, *Derecho penal*, T. I., Madrid, 1931, p. 235: “La reincidencia es la calidad del reo que ha delinquido más de una vez”.

<sup>1845</sup> Cfr. MARTINEZ DE ZAMORA, A., *loc. cit.*, p. 40.

<sup>1846</sup> Cfr. MARTINEZ DE ZAMORA, A., *loc. cit.*, p. 40.

## A. Teoría de la mayor peligrosidad del reincidente

En el seno de la Escuela Positiva italiana, se acoge la agravación de la pena por reincidencia como un argumento favorable a una concepción del Derecho penal que otorga un papel preponderante a la personalidad del autor, a su potencial peligrosidad, y a la necesidad de defensa social. Como punto de partida se admite que no existe diferencia alguna entre la gravedad objetiva del delito cometido por un reincidente, y el mismo delito cometido por un delincuente primario. De ello se deduce que lo que varía en ambos casos es la persona del delincuente, que aparece así en primer plano de la fundamentación<sup>1847</sup>. Consideran que el tratamiento de la reincidencia obedece en realidad a la necesidad de la sociedad de defenderse frente al autor que, con su conducta, ha demostrado ser más temible y antisocial que el delincuente primario.

Para los autores de la Escuela Positiva italiana es posible afirmar que la reincidencia determina una agravación de las consecuencias jurídicas del segundo delito por razón de la mayor peligrosidad del reincidente, pues parten del postulado fundamental según el cual el fundamento de toda sanción penal es la peligrosidad del reo y no su culpabilidad<sup>1848</sup>. Lo anterior debe interpretarse tomando en consideración que la Escuela Positiva postulaba un sistema penal en el que la principal reacción frente al delito era la medida de seguridad y no la pena. Considerando el juicio de peligrosidad como una prógnosis sobre la conducta futura del hombre que ofrece como resultado la probabilidad actual de posteriores recaídas en el delito, consideran por lo general preferible que el Estado no combata la reincidencia con la pena, sino mediante la aplicación de un instrumento preventivo y profiláctico que la Ley penal también permite: la medida de seguridad; es decir, en la medida en la que la peligrosidad del autor supone un juicio pronóstico de futuro, se muestran favorables a un tratamiento preventivo y no represivo de la reincidencia<sup>1849</sup>. Se debe señalar que FERRI basaba la posibilidad de formular el juicio de peligrosidad en la repetición material de delitos, y no en la relación de identidad entre las diversas infracciones o en el requisito formal relativo a la existencia de condenas ejecutorias previas. Este autor considera, acertadamente, que la peligrosidad aparece también en los delincuentes que han tenido la

---

<sup>1847</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 446; asimismo MARTINEZ DE ZAMORA, A., *loc. cit.*, p. 42, quien cita a LOMBROSO, *L'uomo delinquente*, Torino, 1897, V. I., p. 482, VII, p. 482 ss., V. III, p. 572; GAROFALO, *Criminología...*, cit., p. 256; PUGLIA, *Della Recidiva...*, Milán, 1904, cit. p. 677 ss.; FERRI, FLORIAN, etc; en España también DORADO MONTERO, QUINTILIANO SALDAÑA y FERRER SAMA, citados por MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 447.

<sup>1848</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 449.

<sup>1849</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 447.



fortuna o el arte de eludir condenas anteriores<sup>1850</sup>. Por ello, la reincidencia suele estudiarse de forma conjunta con otros fenómenos de repetición delictiva tales como la habitualidad, la profesionalidad y la tendencia a delinquir, todos ellos demostrativos de una particular inclinación a delinquir del sujeto<sup>1851</sup>.

En general, la Escuela Positiva italiana critica el rígido formalismo de las fórmulas legales, llegando incluso a señalar en contra del criterio de la mayoría de los Códigos, que el delincuente en delitos de diferente naturaleza demuestra una mayor peligrosidad que el autor de infracciones análogas<sup>1852</sup>. Además, se debe tener en cuenta que los propios positivistas reconocieron que no en todos los casos el reincidente es más peligroso, pues la reincidencia también podría ser la consecuencia de desgraciadas contingencias más que de una especial tendencia personal del autor. Teniendo en cuenta lo anterior, no parecía posible mantener que el reincidente exteriorizase siempre y necesariamente verdadera peligrosidad criminal, entendida esta como la *probabilidad* de delinquir en el futuro y no como la mera *posibilidad* de hacerlo<sup>1853</sup>. Esta última razón, unida a la circunstancia de que el legislador asignara a la reincidencia en el Derecho positivo italiano de la época no una medida de seguridad sino un aumento de la pena, hizo que fuera abandonada la línea que fundamentaba la agravación en la peligrosidad del autor, aunque se siguió buscando en la personalidad del reincidente la razón de ser de la reincidencia<sup>1854</sup>.

## **B. La capacidad para delinquir como juicio de futuro**

El artículo 133 del Código penal italiano disponía -y dispone actualmente-, que para determinar la gravedad del delito el Juez debe tener en cuenta la *capacidad para delinquir del culpable*. Esta expresión permitió a algunos autores, como ANTOLISEI, contemplar como criterio de graduación de la pena una previsión de comportamiento futuro del reo, dotando a la expresión legal *capacidad para delinquir* de un significado equivalente a *posibilidad de delinquir* en el futuro<sup>1855</sup>. La consecuencia inmediata de este planteamiento fue la admisión,

---

<sup>1850</sup> Cfr. FERRI, E., *Principios del Derecho Criminal...*, cit., pp. 637 y 631, citado por MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 447.

<sup>1851</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 448.

<sup>1852</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 449.

<sup>1853</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 450.

<sup>1854</sup> *Ibidem*.

<sup>1855</sup> Véase PADOVANI, T., *Código penal. I testi fondamentali commentati con la dottrina e annotati con la giurisprudenza*. 2ª Ed., Giuffré editore, Milano, 2000, p. 699; asimismo ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto Penale...*, cit., pp. 513 y 514, citado por MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., pp. 450 ss.

con carácter general, de toda agravación de la pena basada en un incremento de la *posibilidad de delinquir* en el futuro del autor. A partir de lo anterior, se dedujo que la reincidencia constituía un supuesto particular de *mayor posibilidad de delinquir* del reo, por lo que era posible aumentar la gravedad de la pena a imponer por esta causa<sup>1856</sup>. Se debe precisar que el hecho de que la reincidencia se fundamentara en una *mayor posibilidad de delinquir* en el futuro por parte del autor, permitía reaccionar con un incremento de la pena y descartar las medidas de seguridad, pues la mera *posibilidad de delinquir* no suponía de forma automática la declaración del autor como peligroso. Por el contrario, la declaración de peligrosidad requería según el art. 203 del Código Italiano -todavía vigente-, un grado cualificado de *posibilidad de delinquir* en el futuro, cualificación que el propio Código define como *probabilidad de delinquir*.

Según MIR PUIG, la construcción de ANTOLISEI constituye una adaptación del planteamiento de la Escuela Positiva en materia de reincidencia a la Ley italiana, pues tal y como hicieron los positivistas incluye la reincidencia (art. 99 CP italiano) dentro de una categoría más general cuyo sustrato común era el elemento que constituía la repetición material de delitos a la que se vincula la inclinación futura del autor hacia el delito<sup>1857</sup>. De una parte, los grados superiores de la categoría general basada en la repetición material de infracciones serían aquellos que como la habitualidad, la profesionalidad, o la tendencia (arts. 102 ss. CP italiano), se hallaban fundamentados en la *peligrosidad* del autor, concepto este que tal y como hemos señalado anteriormente precisaba para su declaración la *probabilidad* de delinquir; de otra parte, el grado inferior de esta categoría lo constituiría la reincidencia (art. 99 CP), para cuya apreciación no era necesaria la *probabilidad* de delinquir y correlativa declaración de *peligrosidad*, sino que bastaba con la mera constatación una *mayor posibilidad* de delinquir en el futuro, expresión de un contenido menos intenso que la anterior que no permitía la declaración de peligrosidad (art. 203 CP)<sup>1858</sup>.

### **C. La capacidad para delinquir como juicio de pasado**

A diferencia de la anterior propuesta, otra dirección de la doctrina italiana parte de constatar la evidencia de que el art. 133 del Código Penal italiano hace referencia a los criterios de valoración de la gravedad del delito a los exclusivos efectos de la pena. De ello

---

<sup>1856</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 451.

<sup>1857</sup> Ibidem.

<sup>1858</sup> Ibidem.

deducen que la expresión *capacidad para delinquir* utilizada en esta disposición legal, debe ser interpretada como un concepto perteneciente al Derecho penal represivo que mira al pasado y no al futuro, pues toda función de prevención de delitos futuros queda reservada a las medidas de seguridad<sup>1859</sup>.

### C.1. La capacidad para delinquir como valoración ajena a la culpabilidad

En opinión de RANIERI, la reincidencia es una cualidad inherente a la persona del culpable, un atributo de su personalidad indicador de una mayor *capacidad para delinquir* (art. 133 CP)<sup>1860</sup>. Además, la *capacidad para delinquir* es considerada como una cualificación jurídica subjetiva del autor que se define como “la aptitud para violar las normas penales que el reo manifiesta con el delito cometido y que el Juez debe tener en cuenta para establecer en concreto la pena<sup>1861</sup>”. La *capacidad para delinquir* no constituye por tanto un juicio de futuro, pues tan sólo se constata una determinada personalidad que se manifiesta en el hecho y que el Juez debe tomar en consideración con efectos sobre la pena. Según MIR PUIG, en la concepción de RANIERI la *capacidad para delinquir* no pertenece al delito por lo que no incide sobre la gravedad de la culpabilidad, aunque sí que se refleja en el delito posibilitando la agravación de la pena<sup>1862</sup>. En semejante sentido, MARTINEZ DE ZAMORA afirma que en la concepción de RANIERI la capacidad para delinquir “es un *status* de la persona y no se contiene en el delito; no pertenece ni al hecho, ni a la tipicidad, ni a la antijuricidad (...), la capacidad para delinquir no pertenece a la culpabilidad, aunque mantiene con ella estrechos lazos<sup>1863</sup>”. De forma coherente con lo anterior, la mayor *capacidad para delinquir* del reincidente no afecta a la culpabilidad ni a ningún otro elemento de la estructura del delito<sup>1864</sup>, a pesar de lo cual el Juez deberá tomarla en consideración para constatar el grado de rebelión al Derecho expresado por el delito y por la personalidad del autor en orden a la determinación de la clase y cantidad de la pena a aplicar<sup>1865</sup>. En un sentido semejante se manifiesta CAVALLO, quien también concibe la agravación propia de la reincidencia como *retribución de pasado* de un atributo de la personalidad del autor, justificando aquélla en una mayor *capacidad para delinquir* del reo -ajena a la culpabilidad- que

---

<sup>1859</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 452.

<sup>1860</sup> Cfr. MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia...*, cit., pp. 45 ss.

<sup>1861</sup> Cfr. RANIERI, S., *Manuale...*, cit., p. 502, citado por MARTINEZ DE ZAMORA, A., *loc. cit.*, p. 46; asimismo *vid.* MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 452.

<sup>1862</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 452.

<sup>1863</sup> Cfr. MARTINEZ DE ZAMORA, A., *loc. cit.*, p. 47.

<sup>1864</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 453.

<sup>1865</sup> Cfr. MARTINEZ DE ZAMORA, A., *loc. cit.*, p. 47.

revela una *mayor perversidad* en el agente que se deduce precisamente de la *persistencia en el mal*, esto es, de la repetición material de delitos<sup>1866</sup>.

La principal crítica a estas teorías pone de manifiesto que con ellas se asigna a la pena una finalidad preventiva que toma en cuenta cualidades personales del delincuente que para nada influyen en el delito, pero que son puestas de manifiesto por éste, con lo cual la distinción entre pena y medida de seguridad queda desdibujada<sup>1867</sup>. Asimismo, se ha criticado a esta teoría porque no permite distinguir adecuadamente entre reincidentes y habituales, ya que ambos tipos de delincuentes demuestran una mayor inclinación al delito<sup>1868</sup>.

## C.2 La culpabilidad por la conducción de la vida

Las teorías que se acaban de exponer renuncian a explicar la agravación de la pena por reincidencia a partir de la culpabilidad, sin embargo un importante sector de la doctrina italiana se ha mostrado favorable a fundamentar en la culpabilidad, entendida esta última como culpa de autor y no de acto, el aumento de la pena que la reincidencia supone. En opinión de BETTIOL, la recaída en el delito *cualifica subjetivamente* al agente, pues permite constatar en su ánimo una especial *inclinación* al delito<sup>1869</sup>. Se admite por tanto que con la reincidencia se castigue el modo de ser del autor reincidente, y ello es posible porque en el mismo concurre una especial *reprochabilidad*, que deriva precisamente de la consideración de que el individuo ha dejado formarse en su ánimo una especial *inclinación* al delito habiendo podido evitarla<sup>1870</sup>.

Según MIR PUIG, esta teoría configura la reincidencia como un *tipo legal represivo* a diferencia de la configuración como *tipo criminológico preventivo* de los positivistas, ya que se basa “en una *realidad natural* (la inclinación al delito) susceptible de *valoración ética*: el

---

<sup>1866</sup> Véase CAVALLO, V., *Diritto penale...*, cit., p. 869, citado por MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., pp. 453 y 454.

<sup>1867</sup> Cfr. MARTINEZ DE ZAMORA, A., *loc. cit.*, p. 48.

<sup>1868</sup> Ibidem.

<sup>1869</sup> Cfr. BETTIOL, G., *Diritto Penale...*, cit. (1973), pp. 624 ss., citado por MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 454; asimismo BETTIOL, *Diritto Penale*, Palermo, 1962, p. 314: “El reincidente es un tipo legal de autor (p. 527), en el que se castiga una típica culpabilidad: la de *habitus*. Esta colorea toda una vida: el reproche sobre el individuo se extiende no sólo a la última acción realizada sino a todas las acciones precedentes que han determinado una inclinación en el ánimo del reo”, citado por MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 55.

<sup>1870</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 454.

individuo habría podido evitar, con mayor esfuerzo personal, recaer en el delito y dejar que se formase en él la inclinación al delito<sup>1871</sup>. Desde este punto de vista, la culpabilidad es entendida como *culpabilidad por la conducta de la vida*, cuyo fundamento último sería la admisión de que el hombre configura libremente su carácter y personalidad<sup>1872</sup>. Se debe precisar que según esta concepción, la reincidencia incide en la culpabilidad, pero no en la culpabilidad correspondiente al segundo delito cometido por el reincidente, sino en la culpabilidad por la conducta anterior del autor: “es culpa de autor y no de acto<sup>1873</sup>”. En opinión de MIR PUIG, lo anterior viene a significar que no es el actual delito, sino la conducta anterior del reo, el soporte fundamentador de la mayor culpabilidad de autor que se atribuye al reincidente<sup>1874</sup>.

Por otra parte, BELLAVISTA parte de una concepción de la culpabilidad de autor por la conducta de la vida semejante a la de BETTIOL. Considera el autor citado en primer lugar que la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad y la tendencia (arts. 99 y ss. CP italiano), son cualificaciones subjetivas del autor basadas todas ellas en un sustrato común: la tendencia al delito<sup>1875</sup>. Esta tendencia es graduable y presenta menor intensidad en el reincidente, aumentando progresivamente en los demás casos. Es precisamente el escaso grado de inclinación al delito del reincidente lo que impide declarar su peligrosidad, y ello queda demostrado por el hecho de que el Código italiano no haya asignado a la reincidencia un tratamiento a través de medidas de seguridad, pues entiende que el legislador no considera que la reincidencia, por sí misma, exteriorice siempre y necesariamente la *probabilidad* de cometer futuros delitos que exige el art. 203 para declarar la peligrosidad del autor<sup>1876</sup>. Desde este punto de vista, la agravación de la pena por reincidencia no tiene un carácter preventivo, sino represivo, siendo precisamente la mayor inclinación al delito propia del reincidente lo que le hace acreedor de un mayor reproche<sup>1877</sup>.

---

<sup>1871</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 455.

<sup>1872</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 455, según este autor el concepto de “culpabilidad por la conducta de la vida” al que se refiere BETTIOL fue ya formulado por MEZGER y con características propias por BOCKELMANN.

<sup>1873</sup> Ibidem.

<sup>1874</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 456.

<sup>1875</sup> Véase la opinión de BELLAVISTA citado por MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 457.

<sup>1876</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 458.

<sup>1877</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., pp. 458 a 460, según este autor también CALVI en Italia considera al reincidente como un tipo de autor más culpable; y en Alemania JESCHECK y BAUMANN interpretan la reincidencia respectivamente como la expresión de la culpa de autor, o de la culpabilidad por la conducta de la vida, en la medida en la que no consideran afectada la culpabilidad por el hecho injusto objeto de la agravación.

De un modo semejante, la doctrina española ha sido tradicionalmente favorable a una consideración del fundamento de la reincidencia basada en la personalidad del sujeto y no en el delito agravado. De este modo, PACHECO configura la reincidencia como una cualificación jurídica del sujeto basada en el inicio al hábito a cometer un determinado delito, tal cualificación subjetiva adquiriría un sentido valorativo al calificar como más perverso al autor y permitía orientar la reacción hacia la represión del pasado y no hacia la prevención de futuro<sup>1878</sup>. También MONTES vincula el fundamento de la reincidencia con una cualidad personal del autor, al que considera más pervertido y contumaz contra el Derecho<sup>1879</sup>. En opinión de MIR PUIG, ambos autores fundamentan la reincidencia en la personalidad del sujeto, y en el caso de PACHECO la idea del hábito en formación permite constatar una cierta afinidad entre reincidencia y habitualidad, cuyo elemento común es la repetición material de infracciones, además, tanto PACHECO como MONTES coinciden en dotar de un significado valorativo de retribución de pasado -no preventivo- a la punición de la perversidad del autor, lo que recuerda en cierto modo a la “culpa de autor<sup>1880</sup>”.

Posteriormente, DEL ROSAL y ANTON ONECA señalan expresamente la “culpabilidad de autor” como fundamento de la reincidencia, justificando el primero de los autores citados el aumento de pena por causa de reincidencia en la mayor peligrosidad del reo, que le haría merecedor de un reproche más intenso desde la perspectiva de una culpabilidad basada en la conducta de la vida como la postulada por BETTIOL<sup>1881</sup>. Por su parte, ANTON ONECA también parte de una concepción de la culpa de autor, admitiendo que en la reincidencia se valore la personalidad del agente, más perversa y peligrosa que la del reo primario<sup>1882</sup>. Desde esta perspectiva, tanto la mayor perversidad como la peligrosidad del autor constituyen objeto de valoración a través de la culpabilidad por la conducción de la vida.

---

<sup>1878</sup> Véase PACHECO, *El Código penal...*, 1889, Vol. I, p. 239, citado por MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 460.

<sup>1879</sup> Véase MONTES, J., *Derecho Penal español*, Madrid, 1917, *Parte General*, I, p. 449, citado por MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 461.

<sup>1880</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 462.

<sup>1881</sup> Véase DEL ROSAL, J., *La personalidad del delincuente en la técnica penal*, Valladolid, 1949, p. 86, citado por MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 462.

<sup>1882</sup> Véase ANTON ONECA, J., *Derecho penal...*, I, cit., p. 382, citado por MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 462.

### 3. La repetición de infracciones como elemento que incide en la culpabilidad por el hecho

Como hemos señalado anteriormente, MANZINI busca la razón de ser de la agravante en un aumento del injusto objetivo de la nueva infracción, mientras que los positivistas y las doctrinas expuestas en último lugar sitúan el fundamento de la reincidencia fuera del nuevo delito cometido por el reincidente: en la personalidad de su autor, que o bien demuestra una mayor peligrosidad, o una mayor culpabilidad por la conducción de su vida pasada. Sin embargo, existe otro grupo de autores que considera que la reincidencia se justifica por una mayor gravedad de la actual infracción ya que en la misma concurre una mayor culpabilidad por el hecho (no por el autor)<sup>1883</sup>. Entre los autores que encuentran el fundamento de la reincidencia en un aumento de la culpabilidad del actual delito cometido por el reincidente, destacan las posiciones de ALLEGRA, PETROCELLI, y DELL'ANDRO<sup>1884</sup>.

Así, ALLEGRA encuentra el fundamento inmediato de la agravación en la mayor gravedad del nuevo delito cometido a causa de la modificación psicológica que se opera en el autor a partir de la anterior comisión delictiva. Esta modificación psicológica, que precisamente consiste en la mayor facilidad para cometer otras infracciones, incide directamente en el nuevo delito cometido aumentando su gravedad<sup>1885</sup>. Se debe tener en cuenta que tal modificación psicológica no resulta relevante como juicio de futuro sino como dato de pasado, por lo que no cabe vincularla directamente con la *probabilidad* de delinquir que el art. 203 del CP italiano exige para declarar la peligrosidad, sino sólo de una forma indirecta y potencial<sup>1886</sup>. Por ello, desde una perspectiva naturalística, la previa comisión delictiva no suministra más que un dato sobre el inicio de un hábito, pero no basta para formular el juicio de probabilidad que la habitualidad exige. Esta modificación psicológica es denominada por ALLEGRA “estado de peligrosidad potencial”, equivalente

<sup>1883</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 462.

<sup>1884</sup> En esta dirección, entre otros ROSSI, *Traite de droit penal*, París, 1828, L. III, cap. IV; PESSINA, *Elementi di diritto penale*, Nápoles, 1882, v. I, p. 317 ss.; BATTAGLINI, *Diritto penale*, Padova, 1949, p. 499: “Recayendo (...) se demuestra una culpa mayor a causa de la persistencia de la voluntad en delinquir”; ALLEGRA, *Dell'abitudine criminosa, Parte Speciale*, Milán, 1933, p. 159 ss.; implícitamente MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, trad. esp. Barcelona, 1962, T II, p. 554 ss.; CUELLO CALON, *Derecho Penal*, Barcelona, 1964, T. I, p. 572, la considera agravante de la culpabilidad (...) reveladora de una especial peligrosidad, etc.; DELL'ANDRO, *loc. cit.*, todos ellos citados por MARTINEZ DE ZAMORA, A., *loc. cit.*, p. 55 y 56.

<sup>1885</sup> Véase ALLEGRA, G., *Dell' Abitudine Criminosa...*, cit., p. 123 ss., citado por MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 464.

<sup>1886</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 464.

a la expresión “capacidad para delinquir” utilizada por el art. 133 del Código italiano, sin embargo la agravación de la pena por causa de reincidencia no se basa en la consideración de futuro inherente al “estado de peligrosidad potencial” del ya reo, sino que pertenece al sistema represivo y de retribución<sup>1887</sup>.

Por otra parte, PETROCELLI parte de una concepción imperativista de la norma penal, según la cual el mandato sólo se dirige a la desobediencia de la acción humana, no a un estado del individuo. A partir de lo anterior, deduce que si la reincidencia determina un aumento de la pena es porque su razón de ser se encuentra en la conducta humana y por ello en el nuevo delito que debe soportar la agravación, no en un estado o cualidad del reincidente<sup>1888</sup>. En opinión de MIR PUIG, lo anterior impide justificar la agravante como lo hacían los positivistas en un juicio pronóstico de futuro derivado de la potencialidad criminal del reincidente, y además, supone el rechazo de las posiciones que justifican la agravación en una cualidad subjetiva del agente concurrente en el momento de la recaída, pues no es correcto valorar la personalidad del reo a los efectos de la pena<sup>1889</sup>. Por ello, debe entenderse que la reincidencia supone de forma inmediata una mayor gravedad del nuevo delito cometido porque en éste se manifiesta un mayor grado de rebelión frente a la Ley, si bien se admite que la causa mediata de la agravación radica en el sujeto mismo. En opinión de MIR PUIG, la teoría de PETROCELLI trata de conciliar la culpabilidad por el hecho derivada del punto de partida imperativista, con la valoración de la personalidad, admitiendo que ésta pueda realizarse no de modo que el sujeto constituya el objeto principal de la valoración como admiten los partidarios de la teoría sintomática de la culpabilidad (que juzgan al autor a través de sus actos), sino de forma tal que el autor se tome solamente en consideración como un dato más en la valoración del acto (juicio sobre el acto a través del autor)<sup>1890</sup>. Según esta concepción, las características del autor reincidente influyen en la valoración de la culpabilidad del actual delito realizado por éste, que aparece como más grave. El mayor grado de culpabilidad en el hecho que da lugar a la apreciación de la reincidencia, proviene de una consideración de su autor como más perverso y malvado por haber demostrado una persistente voluntad en el mal, lo que permite que el hecho del reincidente sea más desvalorado que el mismo hecho realizado por quien no

---

<sup>1887</sup> Ibidem.

<sup>1888</sup> Véase PETROCELLI, B., *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Padova, 1941, p. 181, citado por MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 465.

<sup>1889</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 465.

<sup>1890</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 466.



posee aquella cualificación subjetiva<sup>1891</sup>. A la vista de lo anterior, coincidimos con MIR PUIG cuando afirma que la posición de PETROCELLI pone de manifiesto su profunda afinidad con las teorías que fundamentan la agravación en la inclinación del autor al delito, como estado subjetivo concurrente en el momento de la nueva comisión que es objeto de valoración de pasado a través de la pena<sup>1892</sup>.

Tomando como punto de partida los argumentos de PETROCELLI, también DELL'ANDRO considera que en el delito cometido por el reincidente concurre una especial y más grave culpabilidad que debe ser retribuida: la *culpabilidad de inclinación*<sup>1893</sup>. Según este autor, en el momento de tomar la decisión de realizar una acción criminal, el reincidente se encuentra por razón de la anterior condena en una situación ético-psicológica especial y distinta a la de los demás sujetos denominada *estado de reidad*, que justificaría la mayor gravedad del reproche penal<sup>1894</sup>. La reincidencia se fundamenta en una forma particular de culpabilidad que consiste en el especial y típico modo con el cual el sujeto que se encuentra en el denominado *estado de reidad* quiere el segundo delito. A esta culpabilidad típica especial se le denomina "*de inclinación*", porque se funda en el dato naturalístico de la mayor inclinación al delito demostrada por el reincidente<sup>1895</sup>. Según DELL'ANDRO, la Ley no castiga más severamente un modo de *ser* del sujeto, sino un modo de *querer*, pues el que ya ha sido precedentemente condenado se encuentra en una situación psicológica especial en la que le resulta más fácil repetir las acciones anteriormente realizadas. Este modo más intenso de querer, justifica el mayor reproche que merece la segunda acción realizada por quien se encuentra en una situación de inclinación hacia el delito que aunque tiende a la habitualidad no llega a ella, y es precisamente por no constituir todavía un hábito por lo que se presume que puede ser todavía vencida por la libre voluntad del sujeto<sup>1896</sup>. Por esta razón, se postula la posibilidad de reaccionar con la pena frente al reincidente que con una relativa libertad desobedece el mandato que prohíbe la recaída, y con la medida de seguridad frente al delincuente habitual que ha perdido ya su

---

<sup>1891</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 466 y 467.

<sup>1892</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 467.

<sup>1893</sup> Véase la opinión de DELL'ANDRO citado por MARTINEZ DE ZAMORA, A., *loc. cit.*, p. 56 ss.

<sup>1894</sup> Cfr. MARTINEZ DE ZAMORA, A., *loc. cit.*, p. 57.

<sup>1895</sup> Véase MARTINEZ DE ZAMORA, A., *loc. cit.*, pp. 56 ss.; asimismo MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 468 ss.

<sup>1896</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., pp. 467 ss., para DELL'ANDRO la diferencia de tratamiento, represivo y preventivo respectivamente, de reincidencia y habitualidad, radica en que en esta última no es ya posible, por la presencia del *hábito*, la libre inhibición del sujeto (pp. 475 y 476); *vid.* sobre ello también MARTINEZ DE ZAMORA, A., *loc. cit.*, p. 56 ss.

libertad a causa de la fuerza del hábito<sup>1897</sup>. En opinión de MIR PUIG, la culpabilidad típica del reincidente concebida por DELL'ANDRO es *culpabilidad de inclinación*, “en cuanto culpabilidad de un sujeto en quien la comisión de un delito anterior ha dejado como secuela un estado naturalístico de inclinación al delito, pero no todavía culpabilidad de *habitus*, hallándose precisamente la norma constitutiva de aquella culpabilidad típica dirigida a la evitación de la aparición de la habitualidad<sup>1898</sup>”.

#### **4. Teoría de la culpabilidad aumentada por el efecto admonitorio de la anterior condena**

Todas las concepciones expuestas con anterioridad -a excepción claro está de los abolicionistas y de la teoría de CARRARA-, reconocen como sustrato material de la agravación el elemento de la repetición de delitos. Ninguna de las teorías expuestas asigna una especial relevancia a la necesaria relación de identidad entre las diversas infracciones, y sólo la tesis de CARRARA considera relevante la previa experiencia de la condena antecedente, aunque de ello no se deduce la mayor culpabilidad del autor por el hecho que ha realizado. Sin embargo, la concepción de LATAGLIATA -a diferencia de la mayoría de las posiciones anteriormente expuestas-, no se fija únicamente en el elemento material de la repetición de infracciones, sino que adopta como base de su argumentación el efecto admonitorio de la condena precedente, asignando a este último un papel esencial en su razonamiento que -a diferencia de lo que sucedía en el caso de CARRARA-, le permitirá justificar la agravación en una mayor culpabilidad por el actual delito que da lugar a la apreciación de la reincidencia<sup>1899</sup>.

Así, en la concepción de LATAGLIATA se otorga singular relevancia a la sentencia previa de condena, único elemento que permite distinguir la reincidencia de los demás supuestos de repetición delictiva (p. ej.: concurso real). En concreto, LATAGLIATA considera la previa condena como un elemento formalmente constitutivo de la reincidencia que lo diferencia esencialmente de los demás fenómenos de repetición delictiva, ya que la condena antecedente se configura como un mandato expreso de la autoridad del Estado hacia el autor, como una directa y personal llamada al deber de respetar las normas

---

<sup>1897</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 476.

<sup>1898</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 474.

<sup>1899</sup> Véase LATAGLIATA, A.R., *Contributo...*, p. 18 ss., citado por MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 478 ss.; asimismo *vid.* MARTINEZ DE ZAMORA, A., *loc. cit.*, pp. 62 ss.

jurídicas, que en caso de no ser atendida permite fundamentar el mayor reproche penal<sup>1900</sup>. Siguiendo en esencia la tesis de MAURACH, que concibe la reincidencia como una causa de elevación de la culpabilidad por la especial situación de conocimiento de la significación antijurídica del actuar contra Derecho adquirido por el autor a través de la anterior condena y, en su caso, castigo, y de la consiguiente representación de la punibilidad, LATAGLIATA fundamenta la reincidencia en la renovada rebelión del sujeto hacia una Ley cuya eficacia ha experimentado a través del juicio precedente<sup>1901</sup>. Así, se afirma que con la primera condena el reo adquiere conciencia del disvalor de su conducta, por lo que el reincidente puede conocer mejor el contenido y dirección de sus impulsos y dominarlos. Consecuencia de lo anterior, y partiendo de un concepto de la culpabilidad como fuente de conocimiento del disvalor de una conducta -y no como elemento de la personalidad del reo-, se deduce que el reincidente es merecedor de un mayor reproche penal y ético por “no haberse dejado motivar por la advertencia implícita en la condena precedente”, por no haber tenido en cuenta su recuerdo y “haberse abandonado al impulso sin inhibirlo cuando podía y debía hacerlo por su situación de mayor conocimiento y responsabilidad<sup>1902</sup>”.

## V. La reincidencia en la doctrina española actual

Ya hemos visto anteriormente que el fundamento de la reincidencia es *cuestionable*<sup>1903</sup>, y que son muchas las teorías que han intentado encontrar la razón de ser de la agravante<sup>1904</sup>. Tomando como punto de partida la consideración de la reincidencia como una circunstancia que agrava la pena, la doctrina generalmente se ha preguntado si ¿se

---

<sup>1900</sup> Véase LATAGLIATA, A.R., *Contributo allo studio della recidiva*, pp. 28 ss, citado por MARTINEZ DE ZAMORA, A., *loc. cit.*, pp. 62 ss.; asimismo *vid.* MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., pp. 479 y 480.

<sup>1901</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., pp. 500 y 504 ss.

<sup>1902</sup> Véase LATAGLIATA, *Contributo...*, pp. 195 y 257, citado por MARTINEZ DE ZAMORA, A., *loc. cit.*, p. 63.

<sup>1903</sup> Véase MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, cit., p. 653, en cuya opinión, puede “reputarse *constitucionalmente inconveniente* la agravación de la pena por reincidir. Es, en efecto, rechazable que agrave la pena, en un Derecho penal respetuoso del fuero interno y que quiera limitarse a proteger bienes jurídicos (social-externos), una mera actitud interna del sujeto que no afecta al grado ni a la forma de la lesión producida, cuando, por otra parte, tal actitud suele ir acompañada por una menor capacidad de resistencia frente al delito (menor culpabilidad) en quien ha pasado por la experiencia carcelaria”.

<sup>1904</sup> Véase RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *Derecho Penal Español. Parte General*. 17ª ed., Dykinson, Madrid, 1994, pp. 745 y 746, según estos autores el fundamento de la reincidencia se ha buscado en una mayor culpabilidad (MAURACH); en una mayor capacidad criminal (RANIERI); en la insuficiencia de la pena anterior (CARRARA); en la mayor peligrosidad (FERRI); en la mayor probabilidad de delinquir en el futuro (ANTOLISEI); o en la mayor culpabilidad en base a la situación en que se encuentra el sujeto por su forma de vida (BETTIOL).

agrava la pena porque el delito es más grave, o porque el delincuente es y se demuestra más perverso?; ¿se refiere a la antijuridicidad, a la culpabilidad o a la peligrosidad?<sup>1905</sup> En la doctrina española, las diversas posiciones relativas al fundamento de la reincidencia se han agrupado generalmente en torno a dos grandes polos: a) las que encuentran el fundamento de la reincidencia en una *mayor gravedad del injusto* o de la *culpabilidad* por el delito actual o por la conducción de la vida pasada del autor; y b.) las que lo sitúan en una *mayor peligrosidad criminal* del autor reincidente<sup>1906</sup>. En semejante sentido, afirma MARTINEZ DE ZAMORA que “el problema de la reincidencia se reduce al dilema de configurarla como una especial peligrosidad del sujeto (o una cualidad personal demostrada y jurídicamente relevante), o como una mayor culpabilidad, y su correlativo tratamiento preventivo o retributivo<sup>1907</sup>”.

### **1. La actitud de mayor desprecio y rebeldía del reincidente como causa de elevación del injusto**

Según MIR PUIG, la razón de ser de la reincidencia radica en que denota en el sujeto “una *actitud de mayor desprecio y rebeldía* frente a los valores jurídicos que aquél tuvo ocasión de apreciar no sólo en su formulación abstracta e impersonal por parte de la Ley, sino sobre sí mismo, *en carne propia*, y en la medida en que ni siquiera ello ha servido para motivar al autor de forma suficiente para que no cometiera la nueva infracción<sup>1908</sup>”. Lo anterior nos indica la razón de ser de la agravación, que en opinión de MIR PUIG debe ser profundamente criticada, pero nada nos dice sobre su inclusión en una u otra de las categorías dogmáticas de la teoría del delito<sup>1909</sup>. Por esta razón, este mismo autor precisa que si -como él mismo mantiene- se concibe la *imputación personal* como una mera condición de atribuibilidad del injusto penal a su autor -que puede impedir su atribución total o parcialmente pero no puede aumentar la gravedad del hecho-, la actitud de mayor desprecio y rebeldía característica del reincidente únicamente podrá considerarse como una causa de elevación de lo injusto del hecho<sup>1910</sup>. Sin embargo, si se concibe la *culpabilidad* como valoración de la actitud interna, cabría pensar en la atribución de la reincidencia al ámbito

---

<sup>1905</sup> Cfr. MARTINEZ DE ZAMORA, *loc. cit.*, pp. 66 y 67.

<sup>1906</sup> Sobre ello véase RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *loc. cit.*, pág. 746.

<sup>1907</sup> Cfr. MARTINEZ DE ZAMORA, A., *loc. cit.*, p. 64.

<sup>1908</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*. 5ª ed., Barcelona, 1998, p. 653; y el mismo autor en *La reincidencia...*, cit., pp. 523 ss.

<sup>1909</sup> Cfr. MIR PUIG, S. *La reincidencia...*, cit., pp. 528 ss.

<sup>1910</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, cit., p. 653; el mismo en *La reincidencia...*, cit., pp. 530, 532 y 533.

de la culpabilidad<sup>1911</sup>. Según MIR PUIG, una concepción dogmática que asigne al injusto la totalidad de los elementos que influyen en el desvalor del hecho, como producto de la concurrencia de desvalor de acción y desvalor de resultado, limitando el ámbito de la culpabilidad al estudio de la extensibilidad de tal desvalor al autor, debe incluir la reincidencia en el injusto<sup>1912</sup>.

Como punto de partida, distingue MIR PUIG la *imputación personal* de la *culpabilidad*<sup>1913</sup>. Según este autor, la doctrina coincide en entender que el hecho antijurídico ha de poder ser imputado a su autor, y desde VON LISZT se ha acogido el término *culpabilidad* para expresar este juicio de imputación. Sin embargo, le parece más acertado el uso de la expresión *imputación personal*, pues tiene la ventaja de dejar más claro que en esta segunda parte de la teoría del delito se trata sólo de atribuir (imputar) el desvalor del hecho penalmente antijurídico a su autor: no se castiga una *culpabilidad* del sujeto, sino que sólo se exige que el hecho antijurídico sea imputable penalmente a su autor<sup>1914</sup>. Parte MIR PUIG del consenso que existe en admitir que, además de la antijuricidad como juicio despersonalizado de desaprobación sobre el hecho, el delito requiere la posibilidad de imputación de ese hecho desvalorado a su autor. La teoría del delito se apoya en dos pilares básicos: a) el hecho prohibido (injusto); y b) la atribuibilidad de tal hecho a su autor (culpabilidad)<sup>1915</sup>. Asimismo, considera generalmente admitido que las condiciones de imputación del hecho al sujeto sólo deben examinarse una vez comprobada la concurrencia de un hecho antijurídico<sup>1916</sup>.

---

<sup>1911</sup> Sobre ello véase MIR PUIG, s., *Derecho penal...*, cit., p. 653.

<sup>1912</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., pp. 532 ss.

<sup>1913</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, cit., pp. 539 ss.

<sup>1914</sup> Vid. MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, cit., p. 539, según esto la imputación personal no añade al injusto penal ningún objeto específico de desvalor que contribuya a fundar la pena (en el mismo sentido también GIMBERNAT y HORN); como sin embargo pretende la *teoría de la actitud interna* de GALLAS (en este sentido JESCHECK y SCHMIDHAÜSER). En favor de sustituir el término *culpabilidad* por el de *imputación* ACHENBACH.

<sup>1915</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, cit., p. 545.

<sup>1916</sup> Véase MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, cit., p. 545, esto es: no existe una *culpabilidad* en sí, sino sólo una culpabilidad por el hecho antijurídico, de lo que derivan -entre otras- las siguientes consecuencias: a) La imputación personal no supone culpabilidad moral, sino imputación jurídica; b) No es preciso que el autor se sienta culpable por el hecho antijurídico, sino que basta con que lo haya realizado en las condiciones de atribuibilidad exigidas por el Derecho (p.ej.: delincuente por convicción que no experimenta el sentimiento de culpabilidad a pesar de conocer el significado antijurídico de su conducta; y c) La imputación personal no requiere un juicio ético ni psicológico, no es culpabilidad de conciencia. Si no basta la culpabilidad moral sin imputación jurídico penal, sí que es suficiente la imputación jurídico penal aunque no vaya acompañada del sentimiento de culpabilidad moral.

Partiendo de una concepción de la *imputación personal* como la expuesta, entiende MIR PUIG que la actitud de mayor desprecio y rebeldía que caracteriza la reincidencia debe considerarse como una elevación del injusto del hecho. Sin embargo, ello no le impide considerar inconveniente la agravación desde un punto de vista político-criminal, porque “un Derecho penal respetuoso del fuero interno y que quiera limitarse a proteger bienes jurídicos, no debe valorar una mera actitud interna del sujeto que no afecta al grado ni a la forma de lesión producida<sup>1917</sup>”. Por ello, concluye este autor afirmando que la agravación de la pena por reincidir puede reputarse inconveniente en un sistema de Derecho penal respetuoso del fuero interno que quiera limitarse a proteger bienes jurídicos social-externos<sup>1918</sup>, pues en un tal sistema no puede ser causa de agravación de la pena una mera actitud interna del sujeto que no afecta al grado ni a la forma de la lesión producida y que suele ir acompañada por una menor capacidad de resistencia frente al delito (menor culpabilidad) de quien ha pasado por la experiencia carcelaria<sup>1919</sup>. Por todo ello, este autor considera insuficiente el fundamento jurídico positivo de la reincidencia, y postula como deseable la supresión de la agravante. Considera que para atender a las necesidades preventivas son suficientes las medidas de seguridad, que en su opinión fueron originalmente introducidas en el sistema penal precisamente al objeto de liberar a la pena de contenidos preventivos incompatibles con los límites políticos de su cometido<sup>1920</sup>. En su opinión, no cabe subvenir a las necesidades de prevención a través de una asignación de mayor pena a supuestos en los que el aumento de desvalor del acto no parece suficiente para ello, pues ello implica servirse de la pena para fines que le son ajenos<sup>1921</sup>.

## **2. El inicio al hábito de cometer delitos semejantes como causa de elevación del injusto**

Por su parte, MARIN ESPINOSA considera que la razón de ser de la agravación de la pena por reincidencia “es la iniciación al hábito de cometer delitos semejantes, es decir, la posible especialización del delincuente en la comisión de delitos de la misma

---

<sup>1917</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, cit., pp. 653 y 654.

<sup>1918</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., pp. 539.

<sup>1919</sup> Véase MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, cit., p. 654, quien nos recuerda que la reincidencia ha sido derogada en Alemania desde 1986 por contraria al principio de culpabilidad, habiéndose manifestado anteriormente en contra FROSCHE y HAFFKE; afirma además que son contrarios a la agravación en España RODRIGUEZ MOURULLO, GARCIA ARAN, QUINTERO OLIVARES, MUÑOZ CONDE, ASUA BATARRITA; partidario del menor poder de inhibición del reincidente frente al delito MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., pp. 540 ss.

<sup>1920</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 548.

<sup>1921</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., pp. 546 y 547.

naturaleza<sup>1922</sup>». Sin embargo, este fundamento le parece insuficiente para justificar la agravación de la pena en el caso del autor reincidente, ya que en su opinión la razón de ser de todas las agravantes debe buscarse en un mayor contenido del *injusto*, y la cantidad y calidad de los antecedentes penales no añade nada nuevo al hecho, esto es, no afecta a la gravedad del *injusto*<sup>1923</sup>. Como consecuencia de lo anterior, considera que el aumento de la pena propio de la reincidencia no está justificado, ya que la gravedad del hecho no se puede hacer depender de las circunstancias personales del autor<sup>1924</sup>.

Ya hemos visto que MARIN ESPINOSA admite que el fundamento de todas las agravantes debe buscarse en un mayor contenido del *injusto*, y no en una mayor *culpabilidad*<sup>1925</sup>. Parte para ello de un punto de vista esencialmente coincidente con el de MIR PUIG, afirmando que la *culpabilidad* puede justificar una atenuación de la pena pero nunca una agravación, porque en ella no se contiene la parte subjetiva del hecho ni la actitud interna del sujeto, sino únicamente los elementos que condicionan la atribución del injusto a su autor<sup>1926</sup>. Desde esta perspectiva, la fundamentación de la gravedad del hecho corresponde al injusto y todas las circunstancias agravantes deben aumentar lo injusto del hecho, por lo que en ningún caso podrá fundamentarse la reincidencia en una mayor culpabilidad<sup>1927</sup>.

### 3. La mayor culpabilidad del reincidente por el hecho actual

Como ya tuvimos ocasión de exponer con más detalle en un capítulo precedente, MARTINEZ DE ZAMORA considera que la existencia de la precedente condena sitúa al sujeto en un estado especial denominado *estado de reidad*, del que se deriva la imposición de un deber reforzado de no cometer delitos<sup>1928</sup>. Por ello, cuando el sujeto que se halla en un tal *estado* viola dicho deber jurídico especial contrae una mayor responsabilidad<sup>1929</sup>. El intrínseco disvalor del segundo delito aumenta a causa de que expresa una concreta subjetividad “la reincidencia participa, pues, de la naturaleza de la culpabilidad, aunque se

---

<sup>1922</sup> Cfr. MARIN ESPINOSA CEBALLOS, E., *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*. Comares, Granada, 1999, p. 194.

<sup>1923</sup> Cfr. MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., pp. 196 y 198.

<sup>1924</sup> Cfr. MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 198.

<sup>1925</sup> Cfr. MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 197.

<sup>1926</sup> Cfr. MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., pp. 197 y 198.

<sup>1927</sup> Véase MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 198; también MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, cit., p. 653.

<sup>1928</sup> Cfr. MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 84.

<sup>1929</sup> Cfr. MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 189.

distingue de ella por el momento anticipado en que el juicio se realiza por la persona que lo lleva a cabo y por su imprescindible generalidad que, precisamente, le permite objetivarse como circunstancia subjetiva del delito. Pero, aparte de esta distinción, no puede dudarse de la afinidad, casi identidad, que existe entre reincidencia y culpabilidad<sup>1930</sup>». A partir de lo anterior, concluye este autor que es “el aumento de culpabilidad el criterio utilizado por el legislador para establecer la agravante de reincidencia, que queda objetivada como circunstancia del delito<sup>1931</sup>”.

De un modo semejante, RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ consideran que la reincidencia debe incluirse entre las causas de agravación que denotan una mayor culpabilidad, pues se trata de una circunstancia agravante que permite hablar de una más elevada exigibilidad frente al que ha sido anteriormente condenado<sup>1932</sup>. En su opinión, el fundamento de la reincidencia debe buscarse en la mayor culpabilidad del sujeto, pues para apreciar la reincidencia no es suficiente la mera repetición de delitos sino que es necesaria una condena previa, de lo que se deduce que “la ley eleva su nivel de exigencia de una conducta distinta frente al que ha sido anteriormente condenado<sup>1933</sup>”. Asimismo, descartan estos autores la posibilidad de hallar el fundamento de la reincidencia en la peligrosidad, porque si su fundamento fuera la peligrosidad del sujeto habría que declararlo reincidente aunque no mediase condena previa, ya que la peligrosidad depende de la propensión al delito, de las tendencias criminales, y no de la existencia de condenas antecedentes<sup>1934</sup>. Además, esta conclusión es plenamente coherente con los principios del sistema dualista, en el que la pena se fundamenta en la culpabilidad y la medida de seguridad en la peligrosidad. Por todo ello, concluyen que la peligrosidad no desempeña ningún papel en la agravación de la pena por reincidencia<sup>1935</sup>.

Por su parte, CEREZO MIR opina que el fundamento de la reincidencia es la mayor culpabilidad del reo, ya que es mayor el reproche del que se hace acreedor quien por

---

<sup>1930</sup> Cfr. MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia...*, cit., pp. 189 y 190.

<sup>1931</sup> Cfr. MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 216.

<sup>1932</sup> Cfr. RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *Derecho penal...*, cit., p. 746.

<sup>1933</sup> Cfr. RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *Derecho penal...*, cit., p. 746 y 747.

<sup>1934</sup> Véase RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *Derecho penal...*, cit., p. 746: “Con las fórmulas legales, el delincuente profesional, que vive del delito, es un delincuente *primario* a los ojos de la Ley si no ha sido antes aprehendido”.

<sup>1935</sup> Cfr. RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *Derecho penal...*, cit., p. 746.



su propia experiencia sabe cual es el sentido de las prohibiciones jurídicas<sup>1936</sup>. En esta misma dirección se manifiesta ALONSO ALAMO, quien busca el fundamento de la agravante en “una actitud de persistente oposición y de mayor desprecio y rebeldía al orden jurídico general”, que se traduce en una mayor culpabilidad entendida ésta como juicio de reproche contra el autor del injusto típico<sup>1937</sup>.

#### 4. La culpabilidad de carácter

Como ya tuvimos ocasión de exponer en un capítulo precedente, BACIGALUPO considera que las circunstancias agravantes previstas en el art. 22 del vigente Código penal, se vinculan con la gravedad de la ilicitud, o con la culpabilidad y, más concretamente, con la reprochabilidad de la motivación<sup>1938</sup>. No obstante, este mismo autor comparara la circunstancia agravante de reincidencia con el resto de las agravantes, y llega a la conclusión de que “totalmente diversa es la estructura de la reincidencia (art. 22.8 CP), pues no se refiere a circunstancias del hecho, sino a una tendencia de la personalidad del autor<sup>1939</sup>”. Partiendo de que la reincidencia no resulta explicable a partir de un mayor contenido del injusto culpablemente realizado, admite este autor que en algunos casos la recaída en delitos de la misma naturaleza puede tener un significado sintomatológico que resultará, en su caso, indicativo de una tendencia del autor y, por lo tanto, de otros posibles ataques a

---

<sup>1936</sup> Citado por PUENTE SEGURA, L., *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, Colex, Madrid, 1997, p. 566, sobre el particular recordemos que para algunos la experiencia carcelaria o de condena previa no hace aumentar la capacidad para vencer el delito, sino al contrario; a este respecto conviene examinar las estadísticas de reincidencia contenidas en REDONDO/FUNES/LUQUE, *Justicia Penal y Reincidencia*, ed. Fundación Jaume Callís, Barcelona, 1994, quienes precisamente demuestran empíricamente lo contrario.

<sup>1937</sup> Citados por PUENTE SEGURA, L., *loc. cit.*, p. 566; también citados por SALINERO ALONSO, C., *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal*, Comares, Granada, 2000, p. 79.

<sup>1938</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho penal*. 3ª ed., Akal/Iure, 1994, p. 162; de acuerdo con ello CALDERON/CHOCLAN, *Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 241.

<sup>1939</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit., p. 162; asimismo CALDERON/CHOCLAN, *Derecho penal...*, cit., p. 242, para quienes la reincidencia plantea una problemática especial, “discutiéndose en la teoría si incide en la culpabilidad, aumentándola, o si por el contrario no afecta a la culpabilidad por el hecho sino a la personalidad del autor (mayor peligrosidad)”; partidarios de asignar a la reincidencia un fundamento fuera del injusto y de la culpabilidad GARZON REAL, B., MANJON-CABEZA OLMEDA, *Reincidencia y Constitución*, Actualidad Penal, nº1, 1991, p. 5; asimismo COBO/VIVES, *Derecho penal. Parte General*. 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 900.

bienes jurídicos, o sea de su peligrosidad<sup>1940</sup>. Por todo ello considera, finalmente, que la agravante de reincidencia supone la admisión de una *culpabilidad de carácter*<sup>1941</sup>.

Por su parte, BERDUGO considera que la agravante de reincidencia se basa en la personalidad defectuosa del autor, sin tomar demasiado en cuenta el hecho concretamente cometido y responde a criterios propios de un sistema de Derecho penal de autor<sup>1942</sup>. También CONDE PUMPIDO FERREIRO, trata esta agravante como una manifestación de la “culpabilidad por la conducta de la vida”, que debe situarse en la frontera de lo que denomina “Derecho penal de autor”, en el cual lo punible resulta ser el comportamiento de un sujeto en el curso de su vida, y no la realización de un hecho concreto que lesiona o pone en peligro un bien jurídico particularmente digno de protección<sup>1943</sup>. En este mismo sentido, RUIZ VADILLO considera que un Derecho penal del hecho no debe incorporar nuevas penas (verdaderas adiciones a la sanción precedente) por algo que no tiene que ver con el hecho mismo<sup>1944</sup>.

## 5. La mayor peligrosidad del reincidente

Según JIMENEZ DE ASUA, “en los tiempos que nacen y, sobre todo, en el futuro inmediato, la habitualidad desplazará al vetusto concepto de reincidencia. Ya no interesa tanto la repetición de un delito, y vale más el indicio de peligrosidad, la tendencia arraigada al crimen, que acaso un primer acto delictivo es capaz de revelar<sup>1945</sup>”. Postula este autor la sustitución del rígido criterio jurídico de la reincidencia por el concepto antropológico de la habitualidad, pues el habitual es “un incapaz para la pena, que se encuentra en estado peligroso, contra quien es necesario defenderse con medidas de carácter especial<sup>1946</sup>”.

---

<sup>1940</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad e individualización de la pena*, en *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Angel Torío López*, Comares, Granada, 1999, p. 39.

<sup>1941</sup> Ibidem.

<sup>1942</sup> Cfr. BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I., y OTROS, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*. Praxis, 2ª edición, Barcelona, 1999, p. 321.

<sup>1943</sup> Citado por PUENTE SEGURA, L., *loc. cit.*, p. 562.

<sup>1944</sup> Ibidem.

<sup>1945</sup> Cfr. JIMENEZ DE ASUA, L., *Lecciones...*, cit., p. 363.

<sup>1946</sup> Cfr. JIMENEZ DE ASUA, L., *Lecciones...*, cit., p. 363, si bien este mismo autor se encarga de precisar que no todo *reincidente* habrá de ser considerado siempre y necesariamente como un autor *habitual*; por otra parte, sólo cuando el delincuente se ha constituido en reo *habitual* deja de tener sentido la pena, pues ni le intimida ni le corrige, por lo que “imponérsela agravada, pero la misma, es absurdo. Cuando al término de ella salga, volverá a ser un peligro para la sociedad”.

En la misma línea de pensamiento, GARZON REAL/MANJON CABEZA opinan que la reincidencia es fruto de una conducta anterior que en su momento ha sido objeto de consideración judicial y que sólo después de tal consideración se convierte en una *cualificación subjetiva del autor*<sup>1947</sup>. La gravedad del injusto no varía dependiendo de que el sujeto sea o no reincidente, por lo que la agravación sólo podría justificarse en base a un distinto grado de culpabilidad. Sin embargo, tampoco puede admitirse con carácter general que el reincidente sea más culpable, pues precisamente el hecho de la recaída puede demostrar un menor poder de inhibición frente al delito, que llevaría aparejada una menor reprochabilidad por el injusto cometido<sup>1948</sup>. Por todo ello, consideran que la reincidencia no supone ni mayor injusto ni mayor culpabilidad, y concluyen que “la única razón de ser de la reincidencia y de su efecto agravatorio de la pena está en la mayor peligrosidad del delincuente reincidente, presumida sin posibilidad de prueba en contrario<sup>1949</sup>”.

Por su parte, MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN consideran que la reincidencia constituye una circunstancia agravante de naturaleza subjetiva, entendiendo por tales aquéllas en las que no es posible hallar datos por los que el hecho objetivamente considerado resulte más grave o por los que aumente el reproche al autor por el hecho cometido<sup>1950</sup>. Por ello, consideran que “resulta difícil encontrar en la reincidencia razones en las que fundamentar una mayor culpabilidad por el hecho que se enjuicia y sobre el que recae la agravante”. Su fundamento se ha de buscar preferentemente, “bien en lo recalcitrante de la actitud del sujeto que insiste en la desobediencia a las normas penales, bien en su mayor peligrosidad”, sin embargo consideran estos autores que ni la peligrosidad puede presumirse *iuris et de iure* como se hace en el art. 22.8 del vigente Código penal, ni es un concepto en el que pueda asentarse una mayor gravedad de la pena, que debe ir siempre referida a la culpabilidad<sup>1951</sup>. En opinión de GARCIA ARAN, debe criticarse la previsión de circunstancias tales como la reincidencia, que “sólo pueden basarse en las características personales del autor, sin conllevar incremento alguno del injusto o de la culpabilidad (entendida ésta como culpabilidad por el hecho)<sup>1952</sup>”. Desde este punto de vista, no deberían ser tenidas en cuenta para graduar la gravedad del delito las circunstancias

---

<sup>1947</sup> Cfr. GARZON REAL/MANJON CABEZA, *Reincidencia y Constitución...*, cit., p. 3.

<sup>1948</sup> Cfr. GARZON REAL/MANJON CABEZA, *Reincidencia y Constitución...*, cit., p. 5.

<sup>1949</sup> Ibidem.

<sup>1950</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN, *Derecho penal. Parte General*. 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 511; asimismo véase SALINERO ALONSO, C., *Teoría general...*, cit., p. 80.

<sup>1951</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN, *Derecho penal...*, cit., p. 512.

<sup>1952</sup> Cfr. GARCIA ARAN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 75.

pertencientes a la vida anterior del reo, su personalidad o carácter más o menos opuesto a las normas, pues este tipo de consideraciones acercan el concepto de culpabilidad a lo que conocemos como culpabilidad por el carácter o por la *conducción de la vida*<sup>1953</sup>.

En semejante sentido se manifiesta GONZALEZ CUSSAC, quien aboga por la desaparición de la agravante al tiempo que afirma que la reincidencia no constituye en realidad más que “una agravación fundada en la mayor peligrosidad criminal del reincidente, y ello supone, obviamente, una flagrante violación a un Derecho penal asentado en la culpabilidad jurídica<sup>1954</sup>”. Una orientación parecida es la que sigue RODRIGUEZ MOURULLO, en cuya opinión la reincidencia representa “un sensible quebranto del Derecho penal de la culpabilidad, además de aparecer como un medio político criminalmente inadecuado que demuestra el fracaso de los efectos preventivos de la pena que en su día se impuso<sup>1955</sup>”. Este autor niega que al que ha sido condenado con anterioridad sea posible exigirle con mayor intensidad que adecúe su comportamiento al Derecho. Además, considera que se produce una evidente discriminación entre el que ha sido condenado y el que habiendo cometido un delito ha podido sustraerse a la acción de la Justicia. En su opinión, el reo salda su cuenta con la sociedad una vez cumplida su condena, sin que desde entonces le resulten más exigibles los comportamientos impuestos por el Derecho que a otro miembro cualquiera de la comunidad, por lo que no es posible hablar de una mayor culpabilidad del reincidente. Tampoco admite que la reincidencia pueda agravar el injusto actual, pues el hecho del reincidente no necesariamente lesiona más gravemente o pone en mayor peligro el bien jurídico protegido, que el hecho de un delincuente primario. Como conclusión de todo lo anterior, niega que la reincidencia deba suponer un incremento de la pena por el delito últimamente realizado, aunque admite que la recaída pueda objetivar en el reincidente un estado peligroso, a tratar fundamentalmente a través de las medidas de seguridad<sup>1956</sup>.

De la misma opinión es PUENTE SEGURA, a cuyo parecer puede admitirse en el reincidente “la existencia de un estado peligroso objetivado por la sucesiva comisión de delitos que, pudiendo dar lugar a la adopción en determinadas condiciones de alguna clase de medida de seguridad, no puede servir en absoluto para incrementar la pena por el delito

---

<sup>1953</sup> Cfr. GARCIA ARAN, M., *Fundamentos y aplicación...*, cit., p. 76.

<sup>1954</sup> Cfr. GONZALEZ CUSSAC, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*. Valencia, 1988, p. 173.

<sup>1955</sup> Cfr. PUENTE SEGURA, L., *loc. cit.*, p. 567 y 568.

<sup>1956</sup> Citado por PUENTE SEGURA, L., *loc. cit.*, p. 567.

últimamente cometido<sup>1957</sup>”. En cualquier caso, aboga este autor por la desaparición de la agravante<sup>1958</sup>. En la misma dirección se manifiestan COBO/VIVES, en cuya opinión la reincidencia no nos debe situar en un Derecho penal represivo a través de la pena, sino en el marco de un Derecho preventivo y de medidas de seguridad, “que conoce y concede mayor relevancia no tanto al delito, sino al estado peligroso, entendido como presupuesto de la aplicación de aquéllas<sup>1959</sup>”. También FERRER SAMA -como GARCIA ARAN- considera la reincidencia como una inaceptable presunción *iuris et de iure* de mayor peligrosidad criminal<sup>1960</sup>.

Por su parte, la STS de 30 de septiembre de 2003, afirma en su Fundamento Jurídico Sexto que “el fundamento de la reincidencia es la mayor *peligrosidad* que se acredita en el sujeto por su inclinación a cometer la misma clase de delito, por lo que el *plus* de punición se justifica por una razón de prevención especial orientada a la reforma de aquella inclinación, por más que, desde otra perspectiva más criminológica, la reincidencia acredite el fracaso de la respuesta carcelaria<sup>1961</sup>”.

## 6. El fundamento político criminal: la mayor necesidad preventiva de pena

La conclusión de ASUA BATARRITA, después de estudiar en profundidad la regulación de la agravante en los Códigos penales españoles del s. XIX, es que “la normativa de la reincidencia en los Códigos estudiados se inspira en objetivos de prevención, particularmente en la prevención especial. La agravación, o elevación de la pena en su caso, pretende justificarse por el deseo de contrarrestar la intensa tendencia delictiva del reo, tendencia que se presume por el hecho de haber vuelto a cometer un delito semejante a aquél por el que ya había sido condenado antes<sup>1962</sup>”. En su opinión, a través del nuevo delito cometido se tiene en cuenta una característica personal, la

---

<sup>1957</sup> Cfr. PUENTE SEGURA, L., *loc. cit.*, pp. 567 y 568.

<sup>1958</sup> Cfr. PUENTE SEGURA, L., *loc. cit.*, p. 566.

<sup>1959</sup> Cfr. COBO/VIVES, *Derecho penal...*, cit., p. 901: “Y dentro de este marco seguimos, pese a todo, propugnando la desaparición del mismo instituto de la reincidencia, en sus distintas manifestaciones, así como de su consideración agravatoria de la pena, pues ésta ha evidenciado su total inoperatividad”.

<sup>1960</sup> Cfr. PUENTE SEGURA, L., *loc. cit.*, p. 567.

<sup>1961</sup> Véase la STS Sala 2ª, de 30 de septiembre de 2003. Ponente: D. Joaquín Giménez García.

<sup>1962</sup> Cfr. ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia. Su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los códigos penales españoles del S. XIX*. Bilbao, 1982, p. 457.

propensión criminal especialmente arraigada, que se presume en el reincidente<sup>1963</sup>. Sin embargo, considera que “hoy no puede admitirse la utilización de incrementos de pena para atender a finalidades de prevención especial, ni general”, pues los objetivos de prevención “sólo pueden desplegar su juego dentro de los límites marcados por la gravedad de la culpabilidad o responsabilidad penal del sujeto en función del hecho cometido<sup>1964</sup>”.

En opinión de QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, hay que reconocer valor a una explicación político-criminal sobre el fundamento de la reincidencia, pues “ningún país está en condiciones sociales de aceptar la irrelevancia de la reincidencia, aún a conciencia de que el recurso agravado a la cárcel no va a ser de especial utilidad para reducir la criminalidad. El valor simbólico social de la agravación de la pena pasa pues por encima de cualquier otra consideración<sup>1965</sup>”. En este mismo sentido se manifiesta SALINERO ALONSO, en cuya opinión es necesario admitir que en nuestro Código penal se encuentran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal que “no hallan su razón de ser ni en la graduación del injusto ni de la culpabilidad<sup>1966</sup>”. Según esta autora, la reincidencia se fundamenta en razones –más que discutibles- de política criminal, centradas en una mayor necesidad de prevención especial por haber quedado de manifiesto la peligrosa predisposición delictiva del sujeto<sup>1967</sup>.

## VI. Toma de postura

A la vista de todo lo anterior, podemos tomar postura respecto del fundamento de la reincidencia con arreglo a las siguientes consideraciones:

1º. La reincidencia entendida en sentido amplio, comprensiva de fenómenos tales como la reincidencia en sentido estricto, la reiteración, la multirreincidencia, y la reincidencia cualificada, comparte con otros fenómenos de repetición delictiva tales como

---

<sup>1963</sup> Cfr. ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 457, y en la p. 461 afirma que “una política criminal inspirada –tal y como hoy se reclama- en los conocimientos criminológicos actuales y en las exigencias de racionalización de la dogmática, debe excluir prescripciones legales agravatorias basadas en meras presunciones, máxime si además son difícilmente verificables, como son las presunciones de mayor culpabilidad o de mayor peligrosidad que tradicionalmente han venido orientando la regulación legal de la reincidencia”.

<sup>1964</sup> Cfr. ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 460.

<sup>1965</sup> Cfr. QUINTERO/MORALES/PRATS, *Manual de Derecho Penal, Parte General*. 2ª Ed. Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 740.

<sup>1966</sup> Cfr. SALINERO ALONSO, C., *Teoría general...*, cit., p. 78.

<sup>1967</sup> Cfr. SALINERO ALONSO, C., *Teoría general...*, cit., p. 80.

el concurso de delitos, la habitualidad, la profesionalidad o la tendencia, un sustrato material común constituido por la repetición de infracciones.

2°. La diferencia esencial entre la reincidencia en sentido amplio y los demás fenómenos expuestos de repetición delictiva, radica en la exigencia de condena previa. Por otra parte, el elemento diferenciador entre la reincidencia y la reiteración lo constituye, precisamente, la necesaria relación de identidad entre las diversas infracciones.

3°. Lo anterior indica que la búsqueda del fundamento de la reincidencia debe partir de los tres elementos que la caracterizan, esto es: de la repetición de infracciones como sustrato material del instituto; de la exigencia de condena previa como elemento formal característico común con la reiteración, con la multirreincidencia y con la reincidencia cualificada; y, finalmente, de la necesaria relación de identidad entre las diversas infracciones como elemento distintivo específico de la reincidencia, la multirreincidencia y la reincidencia cualificada.

4°. A partir de la actual regulación positiva de la agravante (art. 22.8 CP), es posible deducir que la razón de ser del instituto se halla precisamente en una cualidad subjetiva del reo, esto es: *ser reincidente*; expresiva de una determinada tendencia del autor hacia la comisión de delitos de la misma especie<sup>1968</sup>, y presumida sin posibilidad de prueba en contrario a partir de la previa constatación de una serie de presupuestos formal-objetivos<sup>1969</sup>.

5°. Lo anterior nos indica la razón de ser de la agravación, pero nada nos dice sobre su inclusión en una u otra de las categorías dogmáticas de la teoría del delito.

6°. En nuestra opinión, deben descartarse todas aquellas posiciones que vinculan la reincidencia con una mayor gravedad del injusto o de la culpabilidad por el hecho que ocasiona la apreciación de la agravante, ya que el actual delito cometido por el reincidente, en sí mismo considerado, puede ser idéntico al realizado por un delincuente primario.

---

<sup>1968</sup> Sobre ello véase MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 194.

<sup>1969</sup> Cfr. GARZON REAL/MANJON CABEZA, *Reincidencia y Constitución...*, cit., p. 5.

7°. Tampoco consideramos posible en el seno de un sistema en el que la punibilidad se vincula con una acción concreta descrita típicamente (Derecho penal del hecho), admitir una agravación de la pena a partir de la mayor culpabilidad por la *conducción de la vida*.

8°. De igual modo, negamos que la reincidencia sea siempre y necesariamente indicio de una mayor peligrosidad del reo, pues como ya dijimos anteriormente -al estudiar la doctrina italiana- la declaración de peligrosidad requiere la constatación de que en el autor concorra *probabilidad* de delinquir, entendida ésta como algo más que la mera *posibilidad* de delinquir que, en todo caso, podría manifestar el autor reincidente.

9°. La reincidencia sólo puede entenderse como la expresión de una mayor necesidad preventiva de pena, esto es, la pena se agrava no porque el injusto o la culpabilidad del delito actual sean más graves, ni siquiera por que el reincidente sea más peligroso, sino porque el legislador considera desde el punto de vista de las necesidades de prevención especial, que el reincidente debe soportar un castigo más intenso<sup>1970</sup>.

Teniendo en cuenta las anteriores afirmaciones y como conclusión, se admite que las necesidades de prevención especial derivadas de la constatación de una determinada tendencia del autor puedan constituir el fundamento de la reincidencia. Sin embargo, en el seno de un Derecho penal respetuoso con los valores constitucionales, debe hacerse un esfuerzo por compatibilizar el fundamento de la agravante con uno de los principios estructurales del sistema, esto es, con el denominado principio de culpabilidad o de responsabilidad por el hecho. Para alcanzar este objetivo, es necesario verificar la posibilidad de hacer jugar las necesidades preventivas dentro de los límites de la culpabilidad por el hecho concretamente realizado, según la *teoría del espacio de juego* a la que hicimos referencia con anterioridad, por lo que debe considerarse acertada la dirección

---

<sup>1970</sup> Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 noviembre 1997 [RJA 7902], en la se afirma que: “4.-La justificación de la agravante de reincidencia ha estado sometida a un constante debate en la doctrina, debido a que su justificación, responde a conceptos defensistas que se deben considerar superados ya que no existen razones sólidas de política criminal para justificar, en todos los casos, la exacerbación de la pena y para desarrollar efectos negativos sobre instituciones tan beneficiosas como la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad. Sin entrar en un análisis doctrinal profundo y teniendo en cuenta que el Tribunal Constitucional ha dado carta de naturaleza constitucional a la agravante de reincidencia, con las matizaciones derivadas de la cuestionabilidad de los efectos desequilibrantes que pueden producir sobre la medida de la culpabilidad, debemos constatar que se ha producido un cambio de tendencia en el vigente Código penal; (...) El posible fracaso del sistema punitivo sobre las posibilidades reales de resocialización del acusado no puede cargarse en su responsabilidad, aplicándole una mayor dosis punitiva”.



iniciada por la STS de 4 de abril de 1990, ya que indica el camino más correcto para interpretar la agravante a la luz de los valores constitucionales<sup>1971</sup>.

## Bibliografía

ARMENGOL Y CORNET, P., *La reincidencia*, Barcelona, establecimiento tipográfico de Jaime Jepús, 1873, reimpresión facsímil ed. Analecta, Pamplona, 2002.

ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia. Su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los códigos penales españoles del S. XIX*. Bilbao, 1982.

BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho penal*. 3ª ed., Akal/Iure, 1994.

BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad e individualización de la pena*, en *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Angel Torío López*, Comares, Granada, 1999.

BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I., y OTROS, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*. Praxis, 2ª edición, Barcelona, 1999.

CALDERON/CHOCLAN, *Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1999.

COBO/VIVES, *Derecho penal. Parte General*. 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

GARCIA ARAN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

GARZON REAL, B., MANJON-CABEZA OLMEDA, *Reincidencia y Constitución*, Actualidad Penal, nº1, 1991.

GONZALEZ CUSSAC, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*. Valencia, 1988.

JIMENEZ DE ASUA, L., *Principios de Derecho penal. La Ley y el delito*. 3ª Ed. Buenos Aires, 1958.

JIMENEZ DE ASUA, L., *Lecciones de Derecho penal: Reincidencia y habitualidad*, ed. Pedagógica Iberoamericana, México, 1995.

MARIN ESPINOSA CEBALLOS, E., *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*. Comares, Granada, 1999.

---

<sup>1971</sup> Además, entendemos que la dirección iniciada por la STS 4-4-1990, queda consolidada mediante la nueva regulación de la superagravante de reincidencia en el Proyecto de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana... (nuevo art. 66.5ª), ya que la apreciación de la reincidencia deviene facultativa y se hace depender fundamentalmente de la gravedad del hecho, quedando las condenas anteriores como indicador secundario. La regulación de la superagravante en el Proyecto demuestra que el legislador no atiende sólo al hecho actual (culp e injusto), sino, además, a las condenas antecedentes, lo que indica: 1º que las razones de prevención especial relacionadas con una tendencia del autor demostrada por su vida pasada pueden incidir sobre la pena; 2º. Que las condenas anteriores no suponen siempre y necesariamente la declaración de peligrosidad a tratar mediante las medidas.

- MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia*. Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1971.
- MIR PUIG, S., *La Reincidencia en el Código Penal*, ed. Bosch, Barcelona, 1974.
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*. 5ª ed., Barcelona, 1998.
- MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN, *Derecho penal. Parte General*. 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- PADOVANI, T, *Códice penale. I testi fondamentali commentati con la dottrina e annotati con la giurisprudenza*. 2ª Ed., Giuffré editore, Milano, 2000.
- PUENTE SEGURA, L., *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*. Colex, Madrid, 1997.
- QUINTERO/MORALES/PRATS, *Manual de Derecho Penal, Parte General*. 2ª Ed. Aranzadi, Pamplona, 2000.
- REDONDO/FUNES/LUQUE, *Justicia Penal y Reincidencia*, ed. Fundación Jaume Callís, Barcelona, 1994.**
- RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *Derecho Penal Español. Parte General*. 17ª ed., Dykinson, Madrid, 1994.
- SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones de Derecho penal. Parte General*. Vol. I-III, Bosch, Barcelona, 1982.
- SALINERO ALONSO, C., *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal*, Comares, Granada, 2000.

## Capítulo VI

### La reincidencia como estado, acción, o cualidad personal

#### SUMARIO:

I. Introducción. II. El estado del reo precedentemente condenado. III. La acción de reincidir. IV. La cualidad de reincidente. V. El reincidente como tipo de autor. VI. Conclusión.

#### I. Introducción

La redacción literal del art. 22 del vigente Código penal, nos permite diferenciar dentro del concepto de reincidencia tres planos distintos aunque estrechamente relacionados: a) de una parte un *estado*, el del reo precedentemente condenado; b) de otra parte una *acción*, la de reincidir; y c) finalmente, una *cualidad* personal, la de reincidente.

#### II. El estado del reo precedentemente condenado

La condición del reo precedentemente condenado, o el *estado de reidad* como prefirió denominarlo MARTINEZ DE ZAMORA, se adquiere cuando el sujeto se halla en la situación de potencialidad descrita por la norma reguladora de la reincidencia, esto es, cuando la condena por el primero de los delitos deviene ejecutoria<sup>1972</sup>. Todos los reos, sea cual sea el delito de la Parte Especial del Código por el que hayan sido ejecutoriamente

---

<sup>1972</sup> Cfr. MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia*. Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1971, p. 77, además califica este autor la *reidad* como una categoría jurídica subjetiva producida por la sentencia penal firme de condena en la que se incluyen, por expresa determinación legal, los individuos que se encuentran en situación determinada: la de ya condenados” (p.84); “La reidad es una de esas cualificaciones jurídicas subjetivas, derivada del acogimiento y valoración de la sentencia penal de condena como base suficiente para dirigir a los individuos por ella afectados un especial deber de no delinquir, y para establecer, en tal razón, una específica consecuencia para el caso de que realice la conducta prohibida, que en ese momento es todavía futura e incierta. El ya condenado está por imperativo legal, en una situación sui-generis que se refleja en toda su vida penal posterior” (p. 91); en el mismo sentido véase GARZON REAL, B., MANJON-CABEZA OLMEDA, *Reincidencia y Constitución*, Actualidad Penal, n°1, 1991, p. 3: “Una vez extinguida la responsabilidad penal por cumplimiento de la pena, hay un plazo –el de cancelación– en el que parece estarse en observación. Si se vuelve a delinquir en ese plazo, se aplica un plus de pena a modo de tratamiento de choque. Si se vuelve a delinquir una vez transcurrido ese plazo, se está fuera del período de observación y entonces la primera condena deja de desplegar efectos sobre la siguiente”.

condenados previamente, se hallan en un estado de potencial reincidencia. Por esta razón, a partir de la actual configuración legal de la agravante, es posible afirmar que absolutamente todos los autores de un delito, sea cual fuere éste, se hallarán en el denominado *estado de reidad* desde el mismo momento en el que su condena deviene ejecutoria, así como que este estado de potencial reincidencia se mantendrá hasta el mismo día en que los antecedentes del reo hayan sido o puedan ser cancelados. Lo anterior significa que un reo condenado ejecutoriamente por agresión sexual, por robo, o por cualquiera otro de los tipos previstos en la Parte Especial, se encontrará en la situación de potencialidad descrita por la norma reguladora de la reincidencia, desde el mismo día en que adquiera firmeza su condena y hasta la fecha en la que concluya el plazo para la cancelación de sus antecedentes. Ello es así porque la ubicación de la agravante de reincidencia, en la Parte General del Código, hace posible su aplicación a cualquiera de los tipos previstos en la Parte Especial<sup>1973</sup>.

El estado en el que la condena precedente coloca al ya reo, a *todos* los reos, es denominado por MARTINEZ DE ZAMORA *estado de reidad*, y despliega sus efectos normalmente respecto de cuestiones tales como la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (arts. 80.1 y 87.2 CP), o la prisión provisional (art. 504 LECrim). A partir de lo anterior, deducimos que el denominado *estado de reidad* no determina por sí mismo, en su consideración aislada, la agravación de la pena por reincidencia. Es cierto que el mencionado estado constituye uno de los presupuestos necesarios para la apreciación de la agravante, pero también lo es que en los supuestos en los que no concurre reincidencia, el *estado de reidad* mantiene por sí solo relevancia jurídica respecto de cuestiones tales como la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad o la prisión provisional. Por esta razón, debe admitirse que el estado en el que la condena precedente sitúa al reo es un presupuesto necesario para la apreciación de la reincidencia, pero no es una característica exclusiva de ésta, pues el denominado *estado de reidad* también despliega sus efectos en algunos supuestos en los que no es posible apreciar reincidencia. Y así por ejemplo, cuando el reo que se encuentra en el denominado *estado de reidad* comete un delito de diferente naturaleza que el que originó tal estado, podrá ver limitado el acceso a la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad (art. 81.1 CP), pero no verá agravada su pena por causa de reincidencia.

---

<sup>1973</sup> Con respecto de los delitos imprudentes.

Por regla general, el *estado de reidad* permanece latente y carece de relevancia jurídico penal en el momento de la determinación e individualización judicial de la pena, en el que como hemos visto debe atenderse al hecho cometido y no a la conducción de la vida pasada del autor, o a los peligros que puedan esperarse de éste en el futuro. Desde el punto de vista de la responsabilidad del autor, el castigo que para el legislador merece el delito cometido por un sujeto que se halle en *estado de reidad*, es idéntico al que merece el autor primario de un delito idéntico. A esta conclusión se llega si se admite que el vigente Código penal no previene una especial agravación de la pena para el autor de un delito que de forma previa haya sido condenado por un delito de diferente naturaleza que el primero<sup>1974</sup>. Y así por ejemplo, el autor de un delito de robo con fuerza en las cosas que hubiera sido precedentemente condenado por un delito de agresión sexual, no será en principio castigado más severamente que si hubiera cometido el mismo delito de robo con fuerza careciendo de antecedentes penales; sin embargo, si el autor precedentemente condenado por agresión sexual, en lugar de un robo con fuerza, comete una segunda agresión sexual, será calificado como reincidente y verá agravada su responsabilidad criminal.

A partir de lo anterior, es posible concluir en primer lugar que el elemento constitutivo del denominado *estado de reidad* es precisamente la existencia de una condena ejecutoria previa por un delito cualquiera; en segundo lugar, que la extensión temporal de un tal estado de potencial reincidencia coincidirá con los términos legales previstos para la rehabilitación; y, en tercer y último lugar, que el *estado de reidad* sólo se hace patente y adquiere relevancia jurídica en el momento de la determinación e individualización de la medida de la responsabilidad del autor, en el excepcional supuesto de que el sujeto realice la *acción de reincidir*.

### III. La acción de reincidir

La *acción de reincidir* tiene lugar cuando el sujeto que había sido precedentemente condenado por un delito, comete otro de la misma naturaleza que el anterior dentro de los plazos que la Ley señala para obtener la rehabilitación. La *acción de reincidir* puede y debe ser

---

<sup>1974</sup> Esta conclusión no sería válida si aún estuviera vigente la agravación de la pena por causa de *reiteración*, hoy suprimida, ya que la reiteración permitía una agravación de la pena para el autor de un delito si éste había sido previamente castigado por delito al que la Ley señalare igual o mayor pena, o por dos o más delitos a los que la Ley señalare pena menor; en este sentido el art. 10.14 del CP Texto Refundido de 1973, suprimido por la L.O. 8/83, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal.

distinguida de la *acción criminal en concreto* que realiza el sujeto que se halla en la situación de potencialidad descrita por la norma reguladora de la reincidencia, esto es, de la “acción de robar”, de la “acción de hurtar”, de la “acción de lesionar”, etc. En sí misma, la *acción de reincidir* únicamente puede ser realizada por un sujeto que haya sido precedentemente condenado por un delito de la misma naturaleza dentro de los plazos determinados por la Ley. Por tanto, lo característico de la *acción de reincidir* no es únicamente la mera repetición material de delitos por parte de un mismo sujeto, sino que a ello se han de sumar como presupuestos esenciales tanto la existencia de la condena ejecutoria previa, como la vigencia de los antecedentes penales, así como una cierta relación de identidad en la naturaleza de las diversas infracciones. Ya hemos visto que tanto la existencia de una condena ejecutoria previa, como la vigencia de los antecedentes penales, son las características definitorias del denominado *estado de reidad*, por lo que el verdadero elemento diferencial característico de la *acción de reincidir* será la existencia de una relación de identidad en la naturaleza de las distintas infracciones cometidas.

Si admitimos que la *acción de reincidir* puede ser únicamente realizada por un sujeto que se halle en el estado de potencialidad que hemos denominado *estado de reidad*, se debe concluir lógicamente que la *acción de reincidir* no puede ser realizada en ningún caso por un reo primario. Partiendo pues de aceptar que la *acción de reincidir* sólo puede ser realizada por un sujeto que se halle en el denominado *estado de reidad*, debemos precisar que no todo sujeto que se halle en un tal estado realiza necesariamente la *acción de reincidir* al cometer su segundo delito. Ello se deduce a partir de la evidencia de que los únicos delitos cometidos en *estado de reidad* que dan lugar a la *acción de reincidir*, son aquéllos que cumplan con las exigencias formales previstas en el n° 8 del art. 22 CP, que requiere la existencia de una cierta relación de identidad en la naturaleza de las infracciones. Sobre esta cuestión, es necesario recordar que una vez suprimida la agravante de *reiteración* sólo los delitos cometidos en *estado de reidad*, que además se hallen comprendidos en el mismo Título del Código y sean de la misma naturaleza que el que provocó tal estado pueden dar lugar a la *acción de reincidir*.

Si de conformidad con lo expuesto hasta ahora, admitimos que la *acción de reincidir* no puede ser realizada por un reo primario y que ésta únicamente puede ser realizada por un autor que haya sido precedente y ejecutoriamente condenado, esto es, que se halle en el denominado *estado de reidad*; y, por otra parte, admitimos que no todo delito cometido en un

tal estado da lugar a la *acción de reincidir*, entonces podemos concluir sin esfuerzo que la *acción de reincidir* presupone siempre y necesariamente el *estado de reidad*, pero no toda conducta delictiva realizada en un tal estado da lugar a la *acción de reincidir*. Por este motivo, es posible afirmar que el *estado de reidad*, con sus características esenciales de condena previa y vigencia de los antecedentes, constituye un elemento esencial de la *acción de reincidir*, si bien esta última precisa además del elemento diferenciador que supone la necesaria identidad en la naturaleza de las distintas infracciones. Teniendo en cuenta todo lo anterior, es posible distinguir la *acción de reincidir* de la acción de un delincuente primario, o de aquellos supuestos de concurso de delitos entre los que no haya mediado sentencia ejecutoria previa, pues sería precisamente el *estado de reidad*, que concurriría en el primer caso pero no en el segundo ni en el tercero, el elemento diferencial. De todo ello se deduce que es posible considerar la *acción de reincidir* de forma independiente a la *acción criminal en concreto*, esto es, podemos diferenciar la *acción de reincidir* -que sólo puede ser realizada por los sujetos en los que concurren los presupuestos de la norma reguladora de la reincidencia-, de la *acción de hurtar*, de la *acción de lesionar*, etc, que pueden ser realizadas por un autor cualquiera, incluyendo por supuesto a los autores que delinquen por primera vez.

Sin embargo, la distinción entre la *acción de reincidir* y la que podríamos denominar *acción de reiterar* no fue tan sencilla mientras estuvo vigente la agravante de reiteración, pues la diferencia no podía fundamentarse en el criterio que nos ofrecía el *estado de reidad* ya que en ambos casos se suponía éste<sup>1975</sup>. Para distinguir ambas acciones se hacía preciso acudir a la única característica diferencial de la reincidencia que se ha mantenido, con pocas variaciones, a través de los tiempos. Nos referimos al criterio que hace referencia a la relación de identidad en la naturaleza de las diversas infracciones, elemento diferencial propio y único de la *acción de reincidir* y verdadera piedra angular del fenómeno de la reincidencia entendida en sentido estricto. Recordemos brevemente, a estos efectos, que en el Derecho antiguo y en la etapa anterior a la codificación, la reincidencia no era considerada como una causa de agravación de general aplicación para todo tipo de delitos, sino que era considerada tan sólo respecto de determinados delitos, y muy en particular respecto de ciertos delitos patrimoniales (robos y hurtos). Por otra parte, el Código penal de 1822 configuraba la reincidencia como una causa general de agravación de la pena siempre y cuando los delitos estuvieran comprendidos en el mismo Título (art.116); en el CP de 1848 se exigía también “ser reincidente de delito de la misma especie” (art. 10.18); y

---

<sup>1975</sup> Recordamos que la agravante de reiteración contenida en el art. 10.14 del CP Texto Refundido de 1973, fue suprimida por la Ley 8/83, de 25 de junio.

en los Códigos de 1870 (art. 10.18); 1928 (art. 67.3); 1932 (art. 10.14); y 1944 (art. 10.15), que los delitos se hallaran comprendidos en el mismo Título. Actualmente, según el n° 8 del art. 22 del CP-1995, la *acción de reincidir* también requiere la comisión de un delito por parte de un sujeto que había sido precedentemente condenado por otro delito de los comprendidos en el mismo Título del Código, siempre que sea de la misma naturaleza y los antecedentes no hubieran sido cancelados o pudieran serlo. A la vista de lo anterior, es claro que el criterio diferenciador de la *acción de reincidir* respecto de otros supuestos de reiteración delictiva, es únicamente el que viene dado por la necesaria relación de identidad o semejanza entre las diversas infracciones<sup>1976</sup>.

La actual regulación positiva de la reincidencia (art. 22.8 CP) nos permite afirmar, por tanto, que la *acción de reincidir* es tomada en cuenta por el legislador con efectos sobre la pena de forma independiente a la *acción criminal en concreto*, esto es, a la *acción de hurtar, robar, lesionar*, etc. Así, si un sujeto comete un delito cualquiera que sea éste, realizará una determinada *acción criminal en concreto* (p. ej.: la acción de hurtar), y su responsabilidad vendrá directamente determinada por el concreto hecho realizado. Sin embargo, si el sujeto que comete actualmente un determinado delito realiza además la *acción de reincidir*, esto es, comete el delito actual habiendo sido precedentemente condenado por un delito de la misma naturaleza sin haber obtenido la rehabilitación, entonces el legislador procede a considerar conjuntamente las dos acciones a la hora de determinar la responsabilidad del autor, esto es, el legislador considera la *acción de reincidir* además de la *acción criminal en concreto* que el autor ha realizado.

Todo lo anterior puede también expresarse más gráficamente del siguiente modo: si la *acción criminal en concreto* es “A”; la *acción de reincidir* es “B”; y la responsabilidad del autor es “C”; entonces, el legislador previene que en caso de reincidencia la responsabilidad del autor “C” será el resultado de sumar a la gravedad de la acción “A”, la gravedad de la acción “B”, todo ello según el siguiente esquema lógico:  $A + B = C$ . Ello supone añadir a la magnitud de la pena correspondiente a la *acción criminal en concreto* (A), un plus por causa de otra acción distinta, esto es, por causa de la *acción de reincidir* (B).

Si tal y como se dijo más arriba, la *acción de reincidir* (A) puede y debe ser considerada de forma independiente a la *acción criminal en concreto* (B) realizada por el autor, entonces

---

<sup>1976</sup> A cuyo efecto se habrá de tener en consideración lo dispuesto en la Disposición Transitoria Séptima de la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal.



concluimos que la agravación de la responsabilidad (C) por causa de reincidencia no se fundamenta en la gravedad del concreto delito cometido (A), sino únicamente en la comisión de un nuevo delito por parte de un sujeto que había sido precedentemente condenado por otro delito de la misma naturaleza dentro de los plazos señalados para la cancelación de los antecedentes (B), esto es, por razones que no guardan relación alguna con la gravedad del concreto delito cometido por el autor sino con su trayectoria criminal. Por todo ello, negamos cualquier vinculación de la reincidencia con la gravedad del injusto cometido o con la gravedad de la culpabilidad manifestada en el hecho concretamente realizado.

Si, además, admitimos que el único elemento diferencial de la *acción de reincidir* (B) respecto de otros fenómenos de repetición delictiva, es precisamente la relación de identidad en la naturaleza de las distintas infracciones, entonces es posible afirmar que el plus de pena previsto por el legislador para el sujeto que además de cometer un delito (A) realiza la *acción de reincidir* (B), no puede fundamentarse ya en la mera existencia de condenas anteriores, ni siquiera en la repetición material de delitos, sino única y exclusivamente en la relación de identidad entre las diversas infracciones, relación que por sí misma tampoco nos ofrece fundamento suficiente para agravar la pena del autor por encima de lo que resulte adecuado a la culpabilidad manifestada en el concreto delito cometido (A), ya que esta relación de identidad entre las diversas infracciones no implica siempre y necesariamente ni una mayor culpabilidad, ni un mayor contenido del injusto.

Entendemos que la relación de identidad entre las diferentes infracciones ofrece indicios relacionados con las necesidades de prevención o, en su caso, indicios relacionados con peligrosidad criminal del autor que bien pueden ser conectados con las nociones de habitualidad, profesionalidad o tendencia. Por esta razón, consideramos apropiado castigar la *acción criminal en concreto* (A) con una pena adecuada a la culpabilidad del autor por el hecho, y sólo posteriormente considerar la *acción de reincidir* (B) en dos sentidos: a.) en primer lugar, como factor relacionado con la función preventivo especial de la pena que puede y debe ser tenido en consideración en el momento de la individualización judicial, respetando en todo caso el *espacio de juego* delimitado por la pena *adecuada* a la culpabilidad del autor; y b.) en segundo lugar, como indicio de peligrosidad criminal, que a través de su conexión con nociones de contenido criminológico tales como la habitualidad, la

profesionalidad o la tendencia, podría llegar a justificar en el caso concreto la imposición al autor de una medida de seguridad junto con la pena.

#### IV. La cualidad de reincidente

Como hemos visto anteriormente, el legislador no ha considerado adecuado en el CP-1995 tratar de forma separada e independiente la *acción criminal en concreto* (A) y la *acción de reincidir* (B), disponiendo una pena para el problema que plantea el delito y la posibilidad de una medida de seguridad para el problema preventivo relacionado con la peligrosidad del autor. En su lugar, ha optado por unificar la *acción criminal en concreto* (A) y la *acción de reincidir* (B) bajo el único elemento que ambas tienen en común, esto es, el sujeto que las realiza. De este modo, el legislador ha creado a partir de determinados presupuestos objetivos un determinado tipo de autor al que denomina *reincidente*, de modo tal que en el momento de concretar la responsabilidad (C) de un sujeto así cualificado, sea posible considerar de forma conjunta tanto la *acción criminal en concreto* (A) como la *acción de reincidir* (B). Esta forma de legislar supone partir de una cualificación de índole personal -*ser reincidente*-, para unificar la sanción por dos acciones distintas entre sí (acción A + acción B). Resulta por tanto evidente que bajo una cualificación personal -*ser reincidente*-, se encubre la intención de sancionar junto con la culpabilidad del autor por la *acción criminal en concreto* (A), cuestiones que nada tienen que ver con aquélla sino con la trayectoria criminal del autor puesta de manifiesto en la *acción de reincidir* (B).

En cualquier caso, es evidente que la expresión *ser reincidente* utilizada en el encabezamiento del n° 8 del art. 22 CP, indica que se trata de una circunstancia agravante referida a una cualidad personal del autor<sup>1977</sup>. Como se dijo más arriba, la *cualidad de reincidente* se alcanza en el mismo momento en que el sujeto precedentemente condenado comete un delito de la misma índole que el anterior dentro de los plazos determinados por la Ley. Más brevemente, y utilizando la terminología anteriormente expuesta, será considerado reincidente todo el que realice la *acción de reincidir* (B). Ello nos permite afirmar que lo que califica a un autor como reincidente, lo que convierte a un reo en reincidente, es precisamente la realización de la *acción de reincidir* (B). Lo anterior equivale a afirmar que *ser reincidente* y realizar la *acción de reincidir* son expresiones equivalentes, esto es, todo reincidente lo es porque ha realizado la *acción de reincidir*, y toda *acción de reincidir* lleva aparejada como

---

<sup>1977</sup> En este sentido GARZON REAL/MANJON CABEZA OLMEDA, *Reincidencia y Constitución...*, cit., n° 1, 1990, pp. 8 y 11.

consecuencia necesaria la cualificación del autor como reincidente sin necesidad de ulteriores indagaciones sobre la concreta subjetividad del agente. En este sentido, GARZON REAL/MANJON-CABEZA afirman que la consideración de la reincidencia como circunstancia agravante nos sitúa ante un Derecho penal de autor, pues se castiga más al sujeto por *ser reincidente* y porque se presume *iuris et de iure* su peligrosidad<sup>1978</sup>. La *cualidad de reincidente* es por tanto una cualidad personal del sujeto de la que se deriva una agravación de la responsabilidad criminal.

Por otra parte, la *cualidad de reincidente* se alcanza precisamente cuando se realiza la *acción de reincidir* (B), es decir, sólo y siempre que concurren las notas de la definición de la agravante contenidas en el nº 8 del art. 22 CP. Ello se deriva del carácter absoluto y puramente formal de dicha definición, que permite en principio la apreciación automática de la agravante<sup>1979</sup> “sin que ni siquiera aparezca como lícito el exigir la indagación de las condiciones subjetivas del agente<sup>1980</sup>”. Por ello, se muestran acertados CALDERON/CHOCLAN cuando afirman que la reincidencia “supone sólo la objetivación de una cualidad personal<sup>1981</sup>”.

## V. El reincidente como tipo de autor

Según MARTINEZ DE ZAMORA, la reincidencia en su sentido más amplio puede ser definida -de forma unitaria y comprensiva tanto de la reincidencia como de la reiteración- como “la recaída en el delito por parte de un sujeto precedentemente condenado con sentencia penal irrevocable por otro u otros delitos”<sup>1982</sup>. Según este autor, la reincidencia es una acción: “por su esencia una recaída, por ende actividad, conducta, si bien cualificada por la situación individual que antecede a la misma y, consecuentemente, no puede entenderse como situación o cualidad personal del reo<sup>1983</sup>”. A pesar de ello, continúa este autor afirmando que “la estimativa de dicha situación personal es, sin

---

<sup>1978</sup> Cfr. GARZON REAL/MANJON CABEZA OLMEDA, *Reincidencia y Constitución...*, cit., p. 11.

<sup>1979</sup> En contra de la aplicación automática de la reincidencia aún cuando el autor fuera formalmente reincidente si ello supone superar la medida de la culpabilidad por el hecho la STS de 5 de julio de 1991 (RJ 1991/5545).

<sup>1980</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La Reincidencia en el Código Penal*, ed. Bosch, 1974, p. 292.

<sup>1981</sup> Cfr. CALDERON/CHOCLAN, *Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 266.

<sup>1982</sup> Cfr. MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 65.

<sup>1983</sup> Cfr. MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 66; en contra GARZON REAL/MANJON-CABEZA, *Reincidencia y Constitución...*, cit., p. 3: “la reincidencia no es una forma o modo de ejecutar el hecho, sino que es un atributo predicable del sujeto, ser reincidente”.

embargo, imprescindible en cuanto presupuesto necesario cualificante de tal actividad<sup>1984</sup>. A partir de lo anterior, concluye MARTINEZ DE ZAMORA que lo que agrava la responsabilidad (no el delito) es la condición jurídica del culpable, esto es, *ser reincidente*, mientras que la reincidencia en sí misma no es más que una mera definición legal indicadora de los requisitos precisos para que una persona pueda ser calificada como reincidente. Por ello, considera preferible hablar de *autor reincidente* como tipo de delincuente, que de *reincidencia*<sup>1985</sup>.

Siguiendo la argumentación expuesta, MARTINEZ DE ZAMORA afirma que el sujeto que ha sido precedentemente condenado –el *ya reo*– es un delincuente cualificado porque posee notas subjetivas –derivadas de la precedente condena– que lo colocan en una especial situación y le imponen un especial deber, esto es, *el deber de no cometer nuevos delitos*, y en tal sentido señala que “cabe destacar la parte de verdad que entrañan aquellas posturas que encuentran en la reincidencia un tipo de autor (aunque casi siempre confunden los términos atribuyendo dicha cualidad al reincidente y no al *ya reo*)<sup>1986</sup>”. Se debe precisar que en opinión de MARTINEZ DE ZAMORA, la distinción entre los conceptos de *reincidente* y *ya reo* es fundamental, ya que únicamente teniendo en cuenta la situación del *ya reo* puede explicarse la modificación de gravedad en su ulterior conducta delictiva comparativamente a la gravedad ínsita en la infracción, objetivamente idéntica, realizada por un delincuente primario. Según MARTINEZ DE ZAMORA “sólo al *ya reo* atribuye la Ley un especial deber de no delinquir, esto es, de no convertirse en reincidente”, de ello deduce que “si en la reincidencia está presente algún tipo de autor, éste no será el reincidente sino el *ya reo*, o no será sólo el reincidente sino también el *ya reo*, sobre todo si se admite, como debe

---

<sup>1984</sup> Ibidem.

<sup>1985</sup> Véase MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 67, este autor se pregunta si “la reincidencia (...) ¿agrava la pena porque el delito es más grave o porque el delincuente es y se demuestra más perverso?, ¿se refiere a la culpabilidad o a la peligrosidad? (...) es evidente que mal puede ser circunstancia de un delito aquella institución que cuenta entre sus elementos al delito mismo; y la reincidencia, compuesta por una condena precedente y un delito posterior, referidos ambos a un sujeto único, no puede ser circunstancia de ese delito posterior, porque éste forma parte integrante de su concepto. El nuevo delito confiere al *ya* condenado su condición de reincidente; pero no al contrario, es decir: la condición de reincidente (consecuencia, posterius) no debe provocar en el segundo delito (causa, prius) una modificación en su estructura o gravedad... el delito no es reincidente porque lo cometa un individuo determinado, sino el sujeto reincidente porque realiza semejante delito”. De todo ello deduce que el Derecho penal parece tener en cuenta “un tipo de delincuente, el reincidente, cuya particular sanción se funda en la mayor peligrosidad demostrada con su recalcitrante actividad criminal, pues no existe delito alguno al que referir coherentemente el aumento de pena”.

<sup>1986</sup> Cfr. MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 188.

hacerse, que la verdadera agravante sancionada por la Ley como reincidencia nace del hecho de que la infracción criminal la comete no un reincidente sino un ya condenado<sup>1987</sup>”.

Según MARTINEZ DE ZAMORA, las características subjetivas imponen deberes diferentes a los que en ellas se encuentran, y así por ejemplo si todos tenemos el deber general de socorrer a las víctimas de un accidente (art. 195.1 CP), más fuerte es el deber del que causó el accidente (art. 195.3), por lo que aun siendo la acción omitida de socorrer en ambos casos la misma, el castigo es más severo en el segundo caso<sup>1988</sup>. Para este autor, la existencia de la precedente condena sitúa al sujeto precedentemente condenado –al *ya reo*– en un estado especial y distinto de los demás delincuentes, en el que él mismo denomina *estado de reidad*, del que se deriva la imposición de un deber reforzado de no cometer delitos<sup>1989</sup>. Por esta razón, cuando el sujeto que se halla en el denominado *estado de reidad* viola dicho deber jurídico especial, contrae una mayor responsabilidad<sup>1990</sup>. El intrínseco disvalor del segundo delito no aumenta a causa de la materialidad del comportamiento, ni a causa de una consideración objetiva del hecho, sino a causa de que expresa una concreta subjetividad: “la reincidencia participa, pues, de la naturaleza de la culpabilidad, aunque se distingue de ella por el momento anticipado en que el juicio se realiza por la persona que lo lleva a cabo y por su imprescindible generalidad que, precisamente, le permite objetivarse como circunstancia subjetiva del delito. Pero, aparte de esta distinción, no puede dudarse de la afinidad, casi identidad, que existe entre reincidencia y culpabilidad<sup>1991</sup>”.

Aunque sí consideramos posible y conveniente para comprender mejor la naturaleza de la agravante distinguir desde el punto de vista teórico los diferentes planos a los que hace referencia MARTINEZ DE ZAMORA –la reincidencia como estado, acción o cualidad personal–, no compartimos sus conclusiones. Y ello porque según el autor citado,

---

<sup>1987</sup> Cfr. MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia...*, cit., pp. 77 y 78.

<sup>1988</sup> Cfr. MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia...*, cit., pp. 187 y 188.

<sup>1989</sup> Véase MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 84, en cuya opinión “hay que calificar a la reidad como una categoría jurídica subjetiva producida por la sentencia penal firme de condena en la que se incluyen, por expresa determinación legal, los individuos que se encuentran en situación determinada: la de ya condenados. Es así presupuesto imprescindible de la recaída y elemento constitutivo de la figura normativa que prevee la reincidencia”.

<sup>1990</sup> En opinión de GARZON REAL/MANJON CABEZA OLMEDA, *Reincidencia y Constitución...*, cit., p. 2, parece que “una vez extinguida la responsabilidad penal por cumplimiento de la pena, hay un plazo –el de cancelación– en el que parece estarse en observación. Si se vuelve a delinquir en ese plazo, se aplica un plus de pena a modo de tratamiento de choque. Si se vuelve a delinquir una vez transcurrido ese plazo, se está fuera del período de observación y entonces la primera condena deja de desplegar efectos sobre la siguiente”.

<sup>1991</sup> Sobre ello MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia...*, cit., pp. 189 y 190.

la recaída tras la condena revela un síntoma de la personalidad o una cualidad del autor que se transfunde en el delito cometido modificando su gravedad<sup>1992</sup>. Esta conclusión sólo puede ser compartida desde los planteamientos teóricos de un Derecho penal de autor en el que la sanción se vincula con la personalidad del reo, pero no resulta admisible en el seno de un sistema de Derecho penal en el cual la sanción representa sólo la respuesta al hecho individual, y no a toda la conducción de la vida del autor<sup>1993</sup>. A pesar de que sí nos mostramos partidarios de aceptar que la reincidencia pueda expresar una determinada tendencia de la personalidad del autor, negamos que esta característica personal pueda transmitirse automáticamente y en todos los casos al delito concretamente realizado dotándolo de un mayor contenido de culpabilidad. Y ello porque la medida de la culpabilidad en un Derecho penal que no se vincule con la personalidad del autor, debe tomar como exclusiva referencia el hecho concreto realizado, sin que resulte admisible anticipar en ningún caso el momento en el que el juicio de culpabilidad se realiza.

Por otra parte, tampoco resulta admisible que la causa de una tal anticipación del juicio de culpabilidad se halle en la especial situación en la que MARTINEZ DE ZAMORA sitúa al reo precedentemente condenado, ni en el especial deber de no cometer delitos que a éste le asigna, pues en tal caso el objeto del reproche de culpabilidad no sería ya el injusto concretamente realizado sino una cualidad personal de su autor, con lo que se perdería el efecto limitador de la pena que se deriva del principio de culpabilidad. A este respecto, debemos recordar que allí donde entre los presupuestos del reproche se incluye algo distinto del sí y el cómo de una acción individual, y ese algo más debe buscarse en la peculiaridad humana del autor, estamos ante un sistema en el que la pena se dirige al autor como tal<sup>1994</sup>. En este sentido, CALDERON/CHOCLAN afirman que el mayor desprecio y rebeldía que representa la insistencia en el delito a pesar de la condena precedente, no resulta equivalente a una mayor culpabilidad por el hecho cometido “salvo que la culpabilidad sea entendida como culpabilidad por el carácter o por la conducción de la vida”<sup>1995</sup>. En semejante dirección se manifiestan GARZON REAL/MANJON-CABEZA, al afirmar que “no puede admitirse con carácter general que el reincidente sea más culpable, pues, precisamente, el hecho de la recaída en el delito lo que puede manifestar es una menor inhibición ante el delito, lo que llevaría a una menor reprochabilidad por el injusto

---

<sup>1992</sup> Cfr. MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 200.

<sup>1993</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Trad. de la 2ª ed. alemana por Luzón Peña, D.M., Díaz y García-Conlledo, M., Vicente Remesal, J. Civitas, Madrid, 1997, p. 176.

<sup>1994</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., p. 177, quién cita a BOCKELMANN, 1939, 3 ss.

<sup>1995</sup> Cfr. CALDERON/CHOCLAN, *Derecho Penal...*, T.I, cit., p. 266.

cometido. De donde se derivaría que el reincidente es, en su caso, más peligroso, pero no más culpable<sup>1996</sup>”.

De otra opinión es MIR PUIG, quien a diferencia de MARTINEZ DE ZAMORA fundamenta la reincidencia en una elevación de lo injusto del hecho<sup>1997</sup>. Según este autor, la expresión *ser reincidente* -utilizada en el encabezamiento del nº 8 del art. 22 del Código penal- no debe interpretarse en el sentido de que además de los requisitos previstos en la definición de la agravante sea necesaria la constatación de una determinada personalidad en el sujeto que permita afirmar que responde a un tipo de autor, esto es, el *tipo reincidente*. En su opinión, se debe poner en relación la expresión *ser reincidente*, con la definición de la agravante que se inicia con la expresión *hay reincidencia*, por lo que la *cualidad de reincidente* se alcanza precisamente “sólo y siempre” que concurren las notas de la definición<sup>1998</sup>. A partir de lo anterior, concluye este autor lo siguiente<sup>1999</sup>:

1º. Pese a la utilización de la expresión *ser reincidente*, la concurrencia de los elementos de la definición de *reincidencia* es necesaria y suficiente para su estimación<sup>2000</sup>. Sobre este particular coincidimos plenamente con MIR PUIG, ya que la norma establece

---

<sup>1996</sup> Véase GARZON REAL/MANJON CABEZA OLMEDA, *Reincidencia y Constitución...*, cit., p. 5, por lo que afirman que “si el reincidente no es más culpable –sino, en su caso, menos culpable, aunque, quizás, más peligroso-, entonces ante injustos idénticos no cabe aplicar más pena. Lo contrario supondría admitir la existencia de un *tipo de culpabilidad* que, al margen del tipo de injusto, sirviese para agravar la responsabilidad en base al desvalor de una actitud interna hostil o rebelde al ordenamiento y a una especial disposición de ánimo”.

<sup>1997</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*. 5ª ed., Barcelona, 1998, p. 653; asimismo MARIN ESPINOSA CEBALLOS, E., *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*. Comares, Granada, 1999, p. 197, en cuya opinión la agravación de la pena sólo se puede fundamentar en un mayor contenido de injusto, a diferencia de lo que mantiene un sector de la doctrina, que también acepta la agravación de la pena en una mayor culpabilidad del autor; en contra de admitir en la reincidencia una elevación del injusto CALDERON/CHOCLAN, *Derecho penal...*, cit., p. 266: “El contenido del injusto y la culpabilidad strictu sensu no resultan agravados por la existencia de la condena precedente”; también en contra se manifiestan GARZON REAL/MANJON-CABEZA, *Reincidencia y Constitución...*, cit., p. 5: “En definitiva, si el hecho de la reincidencia no supone ni mayor injusto, ni mayor culpabilidad, entonces su fundamento debe ser otro e incardinarse fuera de los elementos del delito”.

<sup>1998</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia*, cit., p. 292, quien formula los argumentos expuestos con relación a la vieja agravante de reiteración (art. 10.14ª), concluyendo: “Confirma esta conclusión el entendimiento puramente formal de la circunstancia de reiteración..., que consideran la concurrencia de la misma producto automático de la constancia de los elementos contenidos en su definición, sin que ni siquiera aparezca como lícito el exigir la indagación de las condiciones subjetivas del agente”.

<sup>1999</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 405.

<sup>2000</sup> Ibidem.

una serie de presupuestos objetivos cuya concurrencia determina, sólo y siempre, la caracterización como reincidente<sup>2001</sup>.

2º. La expresión *ser reincidente* no conduce necesariamente a fundar la agravación en un estado del sujeto subsiguiente al actual delito<sup>2002</sup>. Sobre este particular, consideramos correcto afirmar que la mera utilización de la expresión *ser reincidente* no ofrece, por sí sola y de manera aislada, un argumento esencial para afirmar que la agravación se funda en un estado del sujeto. Sin embargo, y a diferencia de lo que opina MIR PUIG, no consideramos que la mayor gravedad del reproche hacia el reincidente venga determinada por un mayor contenido del injusto de un hecho que por sí mismo resulta idéntico al del delincuente primario, sino más bien a causa de una tendencia de la personalidad del autor. Para llegar a una tal conclusión, consideramos necesario poner en relación la expresión *ser reincidente* con la propia definición de la agravante, que a partir de la expresión *hay reincidencia* desgrana una serie de elementos objetivos relacionados con la conducción de la vida pasada del reo susceptibles de convertir a éste en un determinado tipo de autor, y en este sentido debe entenderse la expresión *ser reincidente*. Por esta razón, GARZON REAL/MAJON-CABEZA consideran que la reincidencia no es una forma o modo de ejecutar el hecho, sino que es un atributo predicable del sujeto *-ser reincidente-*, que le califica y separa de los demás delincuentes al igual que ocurre con los menores de 18 años<sup>2003</sup>.

3º. La expresión *ser reincidente* confirma el carácter personal de la reincidencia y, en consecuencia, su comunicabilidad a los partícipes no reincidentes<sup>2004</sup>. En este mismo sentido, también se pronuncia MARIN ESPINOSA, quien acude al art. 65.1 del vigente Código penal, que dispone lo siguiente:

**Artículo 65.-** “1. Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad sólo de aquéllos en quienes concurran”.

---

<sup>2001</sup> En este sentido CALDERON/CHOCLAN, *Derecho penal...*, cit., p. 266, para quienes “la reincidencia supone sólo la objetivación de una cualidad personal”.

<sup>2002</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 405.

<sup>2003</sup> Véase GARZON REAL/MANJON-CABEZA, *Reincidencia y Constitución...*, cit., pp. 3 y 4: “El sujeto no actúa dolosamente como reincidente al realizar el tipo, sino que realiza el tipo dolosamente y, con independencia de ello, es o no es reincidente”.

<sup>2004</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 405.



Con base en lo dispuesto en el citado precepto, MARIN ESPINOSA afirma que la reincidencia puede ser incluida en la expresión *otra causa personal*, porque la razón del aumento de la pena radica en una cualidad del sujeto activo<sup>2005</sup>. De ello se deduce que basta comprobar la *cualidad de reincidente*, basándose únicamente en la verificación de los requisitos formales que componen la definición de la agravante, para agravar la responsabilidad del autor<sup>2006</sup>.

4º. Finalmente, afirma MIR PUIG que de la interpretación del art. 60.1 del Texto Refundido de 1973 -actual art. 65.1 del CP-1995-, seguida unánimemente en la práctica, cabe derivar la no necesidad de conocimiento respecto de los hechos fundadores de la reincidencia<sup>2007</sup>.

A partir de los argumentos anteriormente expuestos, consideramos confirmado que la reincidencia como circunstancia agravante es únicamente aplicable a un determinado tipo de autor, esto es, al *autor reincidente*, razón por la cual el encabezamiento del nº 8 del art. 22 CP se inicia con la expresión *ser reincidente*. Se debe precisar, sin embargo, que la *cualidad personal de reincidente* se adquiere, sólo y siempre, mediante la simple constatación de los requisitos exigidos en la misma definición de la agravante. En este sentido se expresa el nº 8 del art. 22 CP cuando dispone que: “hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo Título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza. A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo”. Dado que en la definición de la agravante tan sólo se contienen elementos de naturaleza puramente objetiva –positivos y negativos-, que pueden ser constatados sin necesidad de indagar en el particular modo de ser del agente, podemos afirmar como premisa que según el vigente Código penal la *cualidad de reincidente* se alcanza de manera automática fuera de toda consideración sobre las condiciones subjetivas del autor.

---

<sup>2005</sup> Cfr. MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 291.

<sup>2006</sup> Véase MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 291: “En efecto, la reincidencia es una cualidad del sujeto activo, como la mayoría de edad, o es mayor de edad o no lo es”; asimismo GARZON REAL/MANJON CABEZA, *Reincidencia y Constitución...*, cit., p. 4: “el sujeto no actúa dolosamente como reincidente al realizar el tipo, sino que realiza el tipo dolosamente, y con independencia de ello, es o no reincidente”.

<sup>2007</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 405; asimismo véase GARZON REAL/MANJON CABEZA, *Reincidencia y Constitución...*, cit., p. 4: “Ello hace criticable el fundamento jurídico positivo de la reincidencia. Sería plausible, por ello, una interpretación de aquel precepto, cuya letra, a nuestro juicio, permite, que hiciese exigible tal conocimiento, o, por lo menos, su posibilidad”.

Como acertadamente pone de manifiesto MIR PUIG, lo anterior significa que una vez comprobada la concurrencia de los elementos objetivos de la definición no es necesario indagar más sobre el particular modo de ser del autor, pues basta con constatar la concurrencia de los presupuestos formales de la definición para calificar al sujeto como reincidente<sup>2008</sup>. En este mismo sentido se manifiestan CALDERON/CHOCLAN, cuando afirman que la reincidencia supone la objetivación de una cualidad personal<sup>2009</sup>. Una regulación distinta es la contenida en el Código penal portugués, en el que la agravación de la pena por reincidencia requiere, además del presupuesto formal que constituye la constatación de la condena o condenas antecedentes, un presupuesto de índole material que tiene que ver con la indagación en las condiciones subjetivas del autor. En particular, el art. 75 del Código penal portugués impone al Juez la necesidad de constatar, además de la condena o condenas precedentes, que “pudiera censurarse al autor que la condena o condenas anteriores no le han servido de suficiente advertencia contra el crimen”.

A partir de lo expuesto, es posible concluir que la agravante de reincidencia prevista en el art. 22.8ª CP constituye un ejemplo de genuína punición de *autor*. Como se dijo más arriba, la primera de las razones que avalan una tal conclusión no viene dada porque la circunstancia prevista en el nº 8 del art. 22 CP se regule bajo la expresión *ser reincidente*, sino más bien porque la *cualidad de reincidente* se alcance a través de la constatación de una serie de elementos objetivos relacionados con la vida pasada del autor y absolutamente desconectados del hecho concreto realizado por éste. Por esta razón, CALDERON/CHOCLAN afirman que “la reincidencia supone sólo la objetivación de una cualidad personal”, y que la agravación de la pena no se fundamenta en la culpabilidad sino en la personalidad del autor<sup>2010</sup>. En esta misma dirección, MARIN ESPINOSA afirma que “la reincidencia es una cualidad del sujeto activo, como la mayoría de edad, o es mayor de edad o no lo es<sup>2011</sup>”. También BACIGALUPO considera que la agravante de reincidencia supone la admisión de una *culpabilidad de carácter*<sup>2012</sup>.

El segundo de los argumentos en favor de considerar al reincidente como a un *tipo de autor*, viene determinado por el hecho de que la gravedad del reproche se haga depender,

---

<sup>2008</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, cit., p. 292.

<sup>2009</sup> Cfr. CALDERON/CHOCLAN, *Derecho penal...*, cit., p. 266.

<sup>2010</sup> Cfr. CALDERON/CHOCLAN, *Derecho Penal...*, T. I, cit., p. 266.

<sup>2011</sup> Cfr. MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 291.

<sup>2012</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad e individualización de la pena. El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Angel Torío López*, Comares, Granada, 1999, p. 39.

directamente, de la presunción *iuris et de iure* de que quien ostenta la *cualidad de reincidente* - por concurrir en él los elementos objetivos previstos en la Ley- comete un injusto más grave o más culpable que el delincuente primario, todo ello sin posibilidad de prueba en contrario y sin atender a la concreta subjetividad real del agente. En este sentido, discrepamos tanto de MIR PUIG como de MARTINEZ DE ZAMORA, quienes respectivamente fundamentan la agravación en un mayor contenido del injusto del hecho o de la culpabilidad. Desde la perspectiva dogmática no resulta adecuado deducir una cualidad personal del autor a partir de la mera constatación de ciertos elementos objetivos, pues el carácter presuntivo general de una tal deducción -en la que expresamente se excluye toda indagación sobre las condiciones subjetivas concretas del agente-, obligaría a agravar la responsabilidad incluso en aquellos hechos concretos en los que fuera verificada una menor gravedad del injusto o de la culpabilidad por el hecho, lo que constituye una actuación intrínsecamente injusta. En este sentido se manifiestan GARZON REAL/MANJON-CABEZA, quienes concluyen que “la única razón de ser de la reincidencia y de su efecto agravatorio de la pena está en la mayor peligrosidad del delincuente reincidente, presumida sin posibilidad de prueba en contrario<sup>2013</sup>”. También GONZALEZ CUSSAC afirma que la reincidencia no constituye, en realidad, más que una agravación fundada en la “mayor peligrosidad criminal del reincidente y ello supone, obviamente, una flagrante violación a un Derecho penal asentado en la culpabilidad jurídica<sup>2014</sup>”. Finalmente, CALDERON/CHOCLAN consideran más convincentes aquellas posiciones que fundamentan la reincidencia, “no en la culpabilidad, que no se encuentra modificada por la condena precedente, sino en la mayor peligrosidad del autor que se pone de manifiesto por la reiteración de hechos punibles, esto es, en razones de prevención especial<sup>2015</sup>”.

Finalmente, debe ser criticado el argumento de MARTINEZ DE ZAMORA según el cual el sujeto precedentemente condenado se encuentra en una posición jurídica especial que le impone un deber reforzado de no cometer delitos, y que es precisamente la violación de dicho deber especial lo que le hace contraer mayor responsabilidad que el delincuente primario. Este argumento es propio de un Derecho penal en el que la punibilidad se vincula a una tendencia de la personalidad del agente, en el sentido de que la asignación de un tal deber parte sólo y siempre de la base de la consideración de datos que únicamente tienen

---

<sup>2013</sup> Cfr. GARZON REAL/MANJON-CABEZA, *Reincidencia y Constitución...*, cit., p. 5.

<sup>2014</sup> Cfr. GONZALEZ CUSSAC, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*. Valencia, 1988, p. 173.

<sup>2015</sup> Cfr. CALDERON/CHOCLAN, *Derecho penal...*, cit., p. 266.

que ver con la conducción de la vida pasada del autor. Así por ejemplo, si se admitiera la argumentación de MARTINEZ DE ZAMORA, se podría afirmar que la Ley asigna al precedentemente condenado por un delito de robo la condición de “ya reo por robo”. Esto significaría, ni más ni menos, que la propia Ley consideraría a este individuo durante todo el tiempo de vigencia de los antecedentes penales, como a un ladrón potencial. De una tal consideración del autor, se derivaría la imposición a éste de un deber reforzado de no cometer robos en el futuro, pues si violara tal deber especial sería calificado como “ladrón”, y su hecho sería considerado más grave, lo que por sí mismo justificaría un mayor castigo que el que correspondería a un delincuente primario por un hecho idéntico. Un sistema punitivo configurado de este modo no resulta admisible si entendemos por Derecho penal del hecho “una regulación legal, en virtud de la cual la punibilidad se vincula a una acción concreta descrita típicamente (o a lo sumo a varias acciones de este tipo) y la sanción representa sólo la respuesta al hecho individual, y no a toda la conducción de la vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo<sup>2016</sup>”. Por el contrario, la actual configuración de la reincidencia sería plenamente admisible en el seno de un sistema de Derecho penal de autor en el que “la pena se vincula a la personalidad del autor y es su asocialidad y el grado de la misma lo que decide sobre la sanción<sup>2017</sup>”. En este sentido, GARZON REAL/MANJON-CABEZA, afirman que la agravación por reincidencia prescinde del principio de culpabilidad por el hecho y lo sustituye por su contrario, esto es, por una culpabilidad fundamentada en la conducción de la vida, lo que supone “optar por un Derecho penal de autor y, en definitiva, admitir que la reincidencia da lugar a un tipo de autor –el de reincidente<sup>2018</sup>-. Por otra parte, una característica esencial de los sistemas de Derecho penal basados en una culpabilidad por la *conducción de la vida* sería, según JAKOBS, que el motivo de un hecho sea buscado no tanto en el poder actual del autor, como en la errónea conformación de su vida anterior<sup>2019</sup>.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, consideramos que la diferencia esencial entre cometer un delito habiendo sido precedentemente condenado por otro de la misma naturaleza (art. 22.8<sup>a</sup> CP), y cometerlo por ejemplo por motivos racistas (art. 22.4<sup>a</sup> CP), radica en que para la comprobación de esta última actitud no importa si el autor como tal

---

<sup>2016</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., p. 176.

<sup>2017</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., pp. 176 y 177.

<sup>2018</sup> Cfr. GARZON REAL/MANJON-CABEZA, *Reincidencia y Constitución...*, cit., p. 8.

<sup>2019</sup> Cfr. JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2<sup>a</sup> Ed. corregida. Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Marcial Pons editores, Madrid, 1997, p. 591.

es una persona *racista*, lo que sería un punto de vista del Derecho penal de autor. Y ello porque tal actitud interna, que constituye la actuación racista, no tiene por qué radicar en el modo de ser del autor ni influir en el conjunto de su comportamiento, bastando con que el autor haya sido movido hacia la comisión de su hecho concreto por una motivación particularmente indeseable relacionada con una actitud interna discriminatoria hacia la víctima por razón de su raza, todo ello con independencia de que ello no concuerde con la imagen general de la personalidad del autor, que acaso se haya mostrado por lo demás, como una persona pacífica y de buen corazón<sup>2020</sup>. Tampoco la alevosía (art. 22.1ª CP) presupone que el autor sea un sujeto *alevoso*, sino únicamente que en el hecho concreto ha puesto de manifiesto esos rasgos<sup>2021</sup>. Lo mismo sucede en la interpretación de los elementos contenidos en las agravantes núm. 2ª, 3ª, 5ª y 6ª del art. 22 de la L.O. 10/1995.

En síntesis, la misma objetividad de los criterios generales que permiten calificar a un autor como reincidente, permite englobar en una misma categoría jurídico penal supuestos materialmente diferentes. El hecho de deducir una cualidad personal del reo de circunstancias puramente objetivas relacionadas con la vida pasada del autor, es la causa más probable de que ni en la doctrina ni en la jurisprudencia se haya logrado alcanzar el necesario consenso sobre el fundamento de la agravación, existiendo posturas que defienden la mayor peligrosidad que parece demostrar el reincidente; la mayor culpabilidad de éste a causa de la actitud de mayor desprecio y rebeldía frente a los valores jurídicos; el mayor contenido del injusto del hecho realizado por el reincidente; etc. Por esta razón, el Código penal portugués -al contener en su art. 75, además de los presupuestos formales, un presupuesto de índole material cual es la constatación de que “pudiera censurarse al autor que la condena o condenas anteriores no le han servido de suficiente advertencia contra el crimen”-, facilita la labor del intérprete en el sentido de que asigna un fundamento concreto a la agravante, aunque no por ello queda a salvo de la crítica, pues la causa de la agravación continúa estando más conectada con una especial tendencia de la personalidad del autor deducida de la conducción de su vida pasada, que con las concretas circunstancias del hecho realizado, que, en sí mismo, puede ser idéntico al de un reo primario<sup>2022</sup>.

---

<sup>2020</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., p. 185.

<sup>2021</sup> *Ibidem*.

<sup>2022</sup> En todo caso, además, debe criticarse cualquier incremento de la pena adecuada a la culpabilidad por causa de reincidencia; sobre los efectos de la reincidencia sobre la pena, véase el art. 76 Cp portugués.

## VI. Conclusión

El hecho de que legislador dote en la generalidad de los casos de relevancia jurídica a los antecedentes penales tan sólo en un momento posterior a la fase de determinación e individualización judicial de la pena (p.ej: respecto de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, o respecto del indulto), no resulta incompatible con la función limitadora de la magnitud de la pena que se le asigna al principio de culpabilidad en el momento de la individualización judicial. Los desfavorables efectos de las condenas anteriores a la hora de acceder a determinados beneficios penales o penitenciarios resultan por tanto ser compatibles con el principio de culpabilidad por el hecho, aunque como ha indicado MARIN ESPINOSA podrían vulnerar el art. 25.2 de la Constitución, en el sentido de que obstaculizan la resocialización del reincidente; asimismo, podrían vulnerar el principio de proporcionalidad de las penas y la prohibición de penas inhumanas y ejemplarizantes del art. 15 de la Constitución, dado que la nueva comisión delictiva provoca un trato discriminatorio con respecto a cualquier otro delincuente<sup>2023</sup>.

Sin embargo, el hecho de que el legislador califique a un determinado *tipo de autor* como reincidente y asigne en estos casos de forma automática una especial relevancia a los antecedentes penales ya en el momento de la determinación e individualización judicial de la pena, agravando la responsabilidad del reo por el concreto hecho cometido más allá de lo que permite su culpabilidad, resulta muy difícil de aceptar en un sistema de Derecho penal que renuncie a vincular la punibilidad con la personalidad del autor o con la forma en la que condujo su vida en el pasado. La agravación de la pena por reincidencia en la forma prevista por nº 8 del art. 22 CP-1995, no resulta, por consecuencia, compatible con un sistema que pretenda desarrollar de forma coherente el principio según el cual la culpabilidad del autor manifestada en el hecho concretamente realizado constituye el principio de medida de la pena. En este sentido, coincidimos con CHOCLAN cuando afirma que la agravación de la pena por reincidencia le permite al menos dudar de la adecuación de la reincidencia al principio de culpabilidad por el hecho, pues las necesidades de prevención especial relacionadas con la peligrosidad o con la tendencia del autor y por tanto ajenas a la culpabilidad, no pueden justificar la imposición de una pena que supere el límite máximo que determina la gravedad de la culpabilidad<sup>2024</sup>.

---

<sup>2023</sup> Cfr. MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 394.

<sup>2024</sup> Cfr. CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización judicial de la pena*. Colex, Madrid, 1997, pp. 196 y 197; asimismo la STS de 5 de julio de 1991 (RJ 1991\5545), en la que se afirma: “es preciso

Lo anterior no supone negar que las anteriores condenas puedan ofrecer un dato relevante a la hora de individualizar la pena como una *circunstancia personal* más del sujeto de conformidad con lo dispuesto en el art. 66.6<sup>a</sup> del vigente Código penal<sup>2025</sup>. En este sentido, sirve como ejemplo lo previsto en el parágrafo 46 del StGB alemán, que dispone que en la medición de la pena el Tribunal ponderará las circunstancias tanto favorables como contrarias al autor, contemplando en particular los antecedentes del reo, así como su situación personal y económica. Sobre esta última cuestión, se debe precisar en primer lugar que los antecedentes no deben operar de forma automática en el momento de la individualización siempre en contra del reo, ya que según GARZON REAL/MANJON-CABEZA existirán también supuestos en los que la recaída en el delito manifieste una menor inhibición ante el delito disminuyendo la responsabilidad del autor<sup>2026</sup>. En segundo lugar, se debe subrayar que los antecedentes del autor constituyen un factor que puede y debe ser tomado en consideración en el momento de la individualización judicial de la pena para completar el marco penal *adecuado* a la gravedad de la culpabilidad<sup>2027</sup>. Sin embargo, en ningún caso resulta admisible que por razones de prevención especial relacionadas con la trayectoria criminal del sujeto sea superado el marco de pena *adecuado* a la gravedad de la culpabilidad<sup>2028</sup>. En esta misma dirección y citando como ejemplo el parágrafo 46 del StGB alemán, se manifiesta CHOCLAN, quién afirma que “la reincidencia debe constituir un factor de individualización de la pena sólo dentro del marco penal *adecuado* a la culpabilidad por el hecho<sup>2029</sup>”. Recordemos que el parágrafo 46 StGB impone al Juez el cometido de

---

que cuando el Tribunal de los hechos compruebe la posible aplicación del art. 10.15 CP, establezca anticipadamente hasta donde llega la gravedad de la culpabilidad, pues las necesidades de prevención especial derivadas de la tendencia del autor sólo podrán ser contempladas hasta ese límite”; y que en el juicio de culpabilidad “no entra en consideración el pronóstico desfavorable de conducta futura del autor, que es fundamento de la prevención especial y, por lo tanto, de la agravante de reincidencia”.

<sup>2025</sup> En este sentido MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 380.

<sup>2026</sup> Cfr. GARZON REAL/MANJON CABEZA OLMEDA, *Reincidencia y Constitución...*, cit., p. 5; en el mismo sentido MARIN ESPINOSA, *La reincidencia...*, cit., p. 384, afirma que “tampoco hay que olvidar que la capacidad de resistir a la tentación de cometer nuevos hechos punibles no crece con el número de condenas, sino que disminuye. Por ello, en la mayoría de los casos, la actitud del reincidente va acompañada de una menor capacidad de resistencia frente al delito y, por tanto, actúa con menor culpabilidad”; en la p. 375 cita esta autora una larga lista de autores partidarios de considerar que en la mayor parte de los casos la actitud del reincidente refleja una menor culpabilidad por su menor capacidad de resistirse al delito y de inhibirse en su comisión.

<sup>2027</sup> Cfr. CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 199.

<sup>2028</sup> Véase MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*. Vol. II. Trad. por Bofill Genszch, J. Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 689, según la teoría del “espacio de juego” o del “margen de libertad”, asumida por el Tribunal Supremo Federal “el fin preventivo no puede conducir a una pena que exceda de la pena justa”, siendo la pena justa “la más adecuada a la culpabilidad”.

<sup>2029</sup> Cfr. CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 196.

tener en cuenta para la medición de la pena, entre otras cosas “la vida previa del autor, sus circunstancias personales y económicas”, pero también “su comportamiento posterior al hecho<sup>2030</sup>”. Este precepto no debe ser interpretado como una disposición propia de un sistema de Derecho penal de autor, ya que según ROXIN hay que darle la razón a la opinión dominante cuando sólo admite estos criterios de medición de la pena “como indicios de la medida de la intensidad criminal y actitud interna que se revela en el hecho<sup>2031</sup>”. En opinión de ROXIN, “la culpabilidad por la *conducción de la vida* nunca puede utilizarse para rebasar en la medición de la pena la medida de la culpabilidad por el hecho, por tanto, por un hecho de escasa relevancia no se puede castigar a nadie más gravemente porque la conducción de su vida es equivocada y hace temer su reincidencia en el delito<sup>2032</sup>”.

En esta misma dirección, la STS de 6 de abril de 1990 afirma que “los Tribunales sólo deberán agravar la pena por razón de la reincidencia hasta el límite que no supere la gravedad de la culpabilidad y sin atender al art. 61.2 CP cuando la pena determinada por la reincidencia supere dicho límite”. Coincidimos por tanto con ROXIN, cuando afirma que la culpabilidad por la *conducción de la vida* es sólo una expresión conciliadora para indicar la peligrosidad del autor, por lo que en el caso de que al autor le fuera impuesta una pena más grave con causa en una equivocada trayectoria vital “serían las necesidades de prevención especial las que determinarían la cuantía de la pena y se habría anulado el efecto limitador de la pena que frente a las necesidades preventivas despliega el principio de culpabilidad<sup>2033</sup>”.

Lo anterior no debe ser interpretado en el sentido de negar eficacia a los antecedentes penales de cara a la realización de un juicio pronóstico sobre la peligrosidad criminal del autor. Por consecuencia, no negamos la posibilidad de imponer al autor reincidente que, además, sea peligroso, una medida de seguridad que complemente, sustituya, o pueda cumplirse en lugar de la pena<sup>2034</sup>. Coincidimos por tanto plenamente con

---

<sup>2030</sup> Véase el Parágrafo 46 StGB, así como la interpretación de ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., p. 187.

<sup>2031</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., p. 187, con cita de LACKNER.

<sup>2032</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., p. 188.

<sup>2033</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., p. 188, con cita de BRUNS.

<sup>2034</sup> En este sentido GARZON REAL/MANJON CABEZA OLMEDA, *Reincidencia y Constitución...*, cit., p. 5, quienes concluyen que el reincidente será, en su caso, más peligroso, pero no más culpable: “Un plus de peligrosidad acompañado de una menor (o igual) culpabilidad, no se responde con más pena, sino con otra cosa: igual o menor pena y/o medida de seguridad, cuando



BACIGALUPO cuando afirma que en un sistema de doble vía no es necesaria la agravación de la pena por reincidencia “propia de un *Derecho penal de autor*, pues para las necesidades de prevención especial se cuenta con medidas especiales orientadas a la reeducación del autor”, por lo que “la defensa social está garantizada”<sup>2035</sup>.

### Bibliografía

BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad e individualización de la pena. El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Angel Torío López*, Comares, Granada, 1999.

BACIGALUPO, E., *Reformas penales y Estado de Derecho*. El Derecho, Madrid, 2003.

CALDERON/CHOCLAN, *Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1999.

CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización judicial de la pena*. Colex, Madrid, 1997.

GARZON REAL, B., MANJON-CABEZA OLMEDA, *Reincidencia y Constitución*, Actualidad Penal, nº1, 1991.

GONZALEZ CUSSAC, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*. Valencia, 1988.

JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª Ed. corregida. Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Marcial Pons editores, Madrid, 1997.

MARIN ESPINOSA CEBALLOS, E., *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*. Comares, Granada, 1999.

MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia*. Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1971.

---

se pueda hacer un juicio de pronóstico sobre la peligrosidad del sujeto. La aceptación de esta idea supone sustituir la reincidencia, como circunstancia agravante de la pena, por la habitualidad, que dejaría de tener influencia sobre aquella y pasaría a ser el presupuesto de una medida de seguridad”, y citan como referencia el modelo del P.A.N.C.P. de 1983 (p. 11); en semejante sentido MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 380, afirma que la reincidencia no es una verdadera circunstancia agravante y propone su supresión; asimismo defiende que “las anteriores condenas deben reflejarse en la individualización judicial de la pena como una circunstancia personal más del sujeto”; finalmente, afirma que en el caso excepcional de que el sujeto además de reincidente sea peligroso, es posible imponer junto con la pena una medida de seguridad (p. 384): “Este debería ser el tratamiento para el reincidente peligroso: la posibilidad de aplicar conjuntamente una pena y una medida de seguridad”; asimismo CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 196, fundamenta la reincidencia en la mayor peligrosidad del autor, y afirma que la agravación de la pena por reincidencia supone una quiebra de la relación pena-culpabilidad/medida-peligrosidad, ya que en la reincidencia la pena tiene como función prevenir la peligrosidad del autor, lo que conduce a un sistema monista de sanciones penales.

<sup>2035</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Reformas penales y Estado de Derecho*. Artículo publicado en *El Derecho*, p. 3.

MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*. Vol. II. Trad. por Bofill Genszch, J. Astrea, Buenos Aires, 1995.

MIR PUIG, S., *La Reincidencia en el Código Penal*, ed. Bosch, 1974.

MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*. 5ª ed., Barcelona, 1998.

ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Trad. de la 2ª ed. alemana por Luzón Peña, D.M., Díaz y García-Conlledo, M., Vicente Remesal, J. Civitas, Madrid, 1997.

## Capítulo VII

### La jurisprudencia sobre reincidencia

#### SUMARIO:

**I.** Panorama. **II.** La sentencia del TS de 6 de abril de 1990. **III.** La sentencia del Tribunal Constitucional 150/91, de 4 de julio: **1.** Análisis: **A)** Principio de culpabilidad, inserción social y proporcionalidad. **B)** Seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad. **C)** Principio de igualdad. **D)** Trato inhumano o degradante. **E)** Presunción de inocencia y derecho a la prueba. **F)** Principio de legalidad y prohibición del *bis in idem*. **2.** Consideración doctrinal. **IV.** Evolución posterior.

#### I. Panorama

Desde que en el año 1822 fuera promulgado el primer Código penal español y hasta prácticamente nuestros días, los Tribunales han venido apreciando la *reincidencia* (entendida ésta en su sentido más amplio y comprensivo tanto del fenómeno de la *reincidencia* como de la *multirreincidencia* y la *reiteración*), con todo el rigor con el que venía prevista en la ley positiva. En la práctica, ello suponía que cuando las mencionadas agravantes estaban legalmente configuradas como de obligada apreciación (lo que no ha sucedido siempre), los Jueces las aplicaban de forma *automática* -sin necesidad de ulteriores comprobaciones- a partir de la mera constatación de los presupuestos formal-objetivos previstos en las respectivas definiciones legales<sup>2036</sup>. Así mismo, cuando la *reincidencia* era concebida por la Ley como *imprescriptible* (p.ej.: CP 1848-50), los Tribunales tenían en cuenta para su apreciación condenas muy alejadas en el tiempo, y ello a pesar de que en la doctrina no faltaban las opiniones que sostenían que el transcurso de cierto tiempo “demuestra que ya no existe, o por lo menos no perdura, la tendencia al delito, puesto que durante mucho tiempo no se manifestó<sup>2037</sup>”. Del mismo modo, es necesario recordar que durante la

---

<sup>2036</sup> A título de ejemplo se debe recordar que en el CP 1870 la *reiteración* constituye una circunstancia agravante de apreciación facultativa (no automática); y que en el CP de 1928 tanto la *reincidencia* como la *reiteración* son también circunstancias de apreciación facultativa (no automática).

<sup>2037</sup> De esta opinión BLANCHE, CHAUVEAU, HÉLIE, ORTOLAN, PESSINA, MANZINI y otros citados por JIMENEZ DE ASUA, L., *Lecciones de Derecho penal: Reincidencia y habitualidad*, ed. Pedagógica Iberoamericana, México, 1995, p. 365, por el contrario GAROFALO y otros muchos

vigencia de la anterior agravante de *multirreincidencia*<sup>2038</sup>, esta era aplicable por los Tribunales sin titubeos dando lugar a la imposición de la pena superior en grado a la señalada por la ley para el delito, siendo la única circunstancia agravante en la que ello era posible<sup>2039</sup>.

En cualquier caso, la práctica unanimidad de los autores que han dedicado su esfuerzo a analizar el tratamiento dispensado a la *reincidencia* en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha denunciado expresamente la evidente falta de uniformidad en los criterios utilizados para justificar el aumento de la pena por esta causa<sup>2040</sup>. Se debe precisar que la falta de unidad jurisprudencial, constituye un fiel reflejo de la situación de dispersión existente en la doctrina en torno al fundamento de la reincidencia. Dispersión y falta de uniformidad que no han pasado desapercibidas para algunos autores, que tratando de poner cierto orden en la materia se han ocupado de sistematizar las principales orientaciones seguidas por el Tribunal Supremo. En particular, MARTINEZ DE ZAMORA considera que “tampoco la jurisprudencia mantiene en esta materia (fundamento de la reincidencia) una postura decidida”, y ofrece a continuación un sintético panorama de los argumentos más utilizados por el TS para justificar la agravación, entre los que cabe destacar los siguientes<sup>2041</sup>:

- a) La persistencia en delinquir del agente (hábito)<sup>2042</sup>.
- b) La más perversa inclinación del reo<sup>2043</sup>.
- b) La insensibilidad del reincidente hacia las penas impuestas con anterioridad<sup>2044</sup>.

---

positivistas consideraban que la reincidencia no podía sujetarse a ningún término, y que la tendencia al delito, si reaparecía después de muchos años, demostraba su profundo arraigo.

<sup>2038</sup> Véanse los arts. 1º y 2º de la Ley de 28 de diciembre de 1978, de modificación del Código Penal en materia de reincidencia y reiteración.

<sup>2039</sup> Se debe recordar que la *Ley Orgánica de 25 de junio de 1983, de reforma urgente y parcial del Código penal* suprimió, los efectos agravatorios de la multirreincidencia (art. 61.6º CP), afirmando en su Exposición de Motivos “la intolerabilidad de mantener una regla que permite llevar la pena más allá del límite legal de castigo previsto para la concreta figura del delito, posibilidad que pugna con el cabal entendimiento del significado del principio de legalidad en un Estado de Derecho”.

<sup>1</sup> <sup>2040</sup> Sobre la falta de uniformidad en la jurisprudencia del TS en torno al fundamento de la reincidencia, véase RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *Derecho Penal Español. Parte General*. 17ª ed., Dykinson, Madrid, 1994, p. 747; asimismo GONZALEZ-CUELLAR, A., *La Reincidencia*, en *El Derecho penal del estado democrático*, en *Comentarios a la legislación penal*, T. II. Edersa, Madrid, 1983, p. 23 ss; y también MARIN ESPINOSA CEBALLOS, E., *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*. Comares, Granada, 1999, pp. 188 ss.

<sup>2041</sup> Cfr. MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia*. Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1971, pp. 68 ss.

<sup>2042</sup> Cfr. MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 69, con cita de las SSTs de 6 de diciembre de 1896; 17 de junio de 1940; 11 de diciembre de 1958; y 1 de julio de 1967.

<sup>2043</sup> Ibidem; con cita de la STS de 11 de diciembre de 1958.

<sup>2044</sup> Ibidem; con cita de la STS de 17 de marzo de 1967.

- c) La mayor peligrosidad del autor reincidente<sup>2045</sup>.
- d) Combinación de varias causas<sup>2046</sup>.

A la vista de lo anterior, MARTINEZ DE ZAMORA concluye que el alto Tribunal considera la recaída en el delito como la manifestación externa de una cualidad o estado personal del delincuente (por ej.: autor *insensible* a la fuerza correctora de la condena y no sólo de la pena). Por otra parte, afirma con razón, que los conceptos de culpabilidad (limitada al fuero interno) y de peligrosidad (que exige una manifestación exterior) aparecen ligados y confundidos en las argumentaciones del Tribunal Supremo<sup>2047</sup>.

Por su parte, GONZALEZ CUELLAR considera que las principales orientaciones seguidas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el fundamento de la reincidencia, pueden sistematizarse de la siguiente forma<sup>2048</sup>:

- a) Insuficiencia de las penas impuestas por los anteriores delitos<sup>2049</sup>.
- b) Peligrosidad del reo<sup>2050</sup>.
- c) Mayor culpabilidad<sup>2051</sup>.
- d) Perversidad del delincuente<sup>2052</sup>.
- e) Habitualidad del agente<sup>2053</sup>.
- f) Sentencias que agrupan varias causas como fundamento de la agravación<sup>2054</sup>.

---

<sup>2045</sup> Ibidem; con cita de la STS de 29 de mayo de 1967.

<sup>2046</sup> Ibidem; con cita de la STS de 11 de diciembre de 1958.

<sup>2047</sup> Cfr. MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 70, considera este autor que en las argumentaciones del TS sobre el fundamento de la reincidencia el segundo delito parece funcionar como la evidencia externa de la inclinación o tendencia a delinquir del sujeto (mayor *peligrosidad*); pero ésta *peligrosidad* no es éticamente indiferente, sino *perversa, reprochable* (mayor *culpabilidad*); y ello, tal vez, porque el sujeto ha permitido *libremente* que se forme en su ánimo esta tendencia; en tal caso, el segundo delito es sólo el indicio o manifestación de esa cualidad; y la pena correspondiente al segundo delito se agrava porque éste representa la exteriorización de una cualidad personal, contra la que el sujeto debería haber luchado eficazmente, manteniéndola oculta o detenida.

<sup>2048</sup> Cfr. GONZALEZ-CUELLAR, A., *La Reincidencia...*, cit., pp. 23 ss.; del mismo autor *La reincidencia*, en *La reforma del Código penal de 1983*, en *Comentarios a la legislación penal*, T. V, Vol. I. Edersa, Madrid, 1985, pp. 295 ss.

<sup>2049</sup> Cfr. GONZALEZ-CUELLAR, A., *La Reincidencia...*, cit., p. 23, quién cita, entre otras, la STS de 16 de enero de 1974.

<sup>2050</sup> Ibidem; cita el autor, entre otras, la STS de 25 de noviembre de 1971.

<sup>2051</sup> Ibidem; cita el autor, entre otras, la STS de 28 de septiembre de 1970.

<sup>2052</sup> Cfr. GONZALEZ-CUELLAR, A., *La Reincidencia...*, cit., p. 24, con cita, entre otras, de la STS 12 de febrero de 1959.

<sup>2053</sup> Ibidem; cita el autor, entre otras, la STS de 4 de diciembre de 1969.

<sup>2054</sup> Ibidem; cita el autor, entre otras, la STS de 6 de marzo de 1972.

En semejante sentido, RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, afirman que la jurisprudencia del Tribunal Supremo “ha sido vacilante en cuanto al fundamento de la reincidencia, siguiendo diversos criterios”, entre los que merecen ser destacados los siguientes<sup>2055</sup>:

- a) Mayor culpabilidad<sup>2056</sup>.
- b) Mayor peligrosidad<sup>2057</sup>.
- c) Mayor perversidad<sup>2058</sup>.
- d) Insuficiencia de la pena anterior<sup>2059</sup>.
- e) Habitualidad<sup>2060</sup>.
- f) Función de prevención de la agravante<sup>2061</sup>.
- g) Combinación de varias causas<sup>2062</sup>.

Igualmente, MARIN ESPINOSA afirma con razón que la jurisprudencia del Tribunal Supremo apenas aporta datos nuevos sobre el fundamento de la agravante de reincidencia, y concluye que entre los argumentos “absolutamente dispares” utilizados por el Tribunal Supremo, merecen ser destacados los siguientes<sup>2063</sup>:

- a) Insuficiencia de las penas impuestas<sup>2064</sup>.
- b) Peligrosidad del reo<sup>2065</sup>.
- c) Mayor culpabilidad<sup>2066</sup>.
- d) Pluralidad de delitos<sup>2067</sup>.
- e) Agravación del injusto<sup>2068</sup>.
- f) Habitualidad<sup>2069</sup>.

---

<sup>2055</sup> Cfr. RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *Derecho Penal Español...*, cit., p. 747.

<sup>2056</sup> Ibidem; con cita de la STS de 24 de septiembre de 1970.

<sup>2057</sup> Ibidem; con cita de la STS de 10 de junio de 1960.

<sup>2058</sup> Ibidem; con cita de la STS de 10 de noviembre de 1970.

<sup>2059</sup> Ibidem; con cita de la STS de 10 de octubre de 1964.

<sup>2060</sup> Ibidem; con cita de la STS de 22 de abril de 1967.

<sup>2061</sup> Ibidem; con cita de la STS de 18 de enero de 1985.

<sup>2062</sup> Ibidem; con cita de la STS de 28 de septiembre de 1970.

<sup>2063</sup> Cfr. MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., pp. 189 ss.

<sup>2064</sup> Cfr. MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 189, con cita de la STS de 22 de junio de 1994.

<sup>2065</sup> Ibidem; con cita de la STS de 26 de febrero de 1992.

<sup>2066</sup> Cfr. MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 190, con cita de la STS de 18 de febrero de 1994.

<sup>2067</sup> Ibidem; con cita de la STS de 6 de abril de 1990.

<sup>2068</sup> Ibidem; con cita de la STS de 21 de febrero de 1992.

g) Combinación de varias causas<sup>2070</sup>.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, es posible concluir, en síntesis, que la jurisprudencia tradicional del Tribunal Supremo en materia de *reincidencia* (entendida en sentido amplio) no ha seguido una línea uniforme de fundamentación<sup>2071</sup>. Tal y como sucedía en la doctrina, las líneas argumentales más utilizadas por el Tribunal Supremo para justificar la agravación de la pena por esta causa han sido las que hacían referencia a las siguientes razones:

- a) La mayor *peligrosidad* del agente<sup>2072</sup>.
- b) La *culpabilidad* aumentada del autor<sup>2073</sup>.
- c) La mayor *perversidad* del reo<sup>2074</sup>.
- d) La *insuficiencia de las penas* impuestas por los anteriores delitos<sup>2075</sup>.
- e) La *insensibilidad* hacia la pena y el *desprecio* hacia la admonición de la condena<sup>2076</sup>.
- f) La *habitualidad* del agente<sup>2077</sup>.

---

<sup>2069</sup> Cfr. MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 190, con cita de la STS de 13 de noviembre de 1990.

<sup>2070</sup> Ibidem; con cita de la STS de 26 de diciembre de 1990.

<sup>2071</sup> Cfr. RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *Derecho Penal Español...*, cit., p. 747.

<sup>2072</sup> Vid. SSTs de 16 de noviembre de 1946; 10 de junio de 1960; 29 de mayo de 1964; 6 de febrero de 1969; 30 de enero de 1970; 16 de junio de 1970; 24 de septiembre de 1970; 28 de septiembre de 1970; 22 de octubre de 1970; 29 de octubre de 1970; 25 de noviembre de 1971; 17 de diciembre de 1971; 13 de noviembre de 1990; 12 de septiembre de 1991; 26 de febrero de 1992; 17 de febrero de 1992; y 26 de febrero de 1992; resulta paradigmática la STS de 29 de octubre de 1990 (Ponente: Carrero Ramos), en la que se afirma que “desde la infancia existe la noción de mayor castigo de faltas repetidas”; y continúa: “incoregibilidad que origina mayor peligrosidad (si en todo oficio la experiencia aumenta la eficacia, en la delincuencia también). Peligrosidad que no es un mero *pronóstico* puesto que ya se ha actualizado”.

<sup>2073</sup> Vid. SSTs de 10 de junio de 1960; 12 de junio de 1968; 24 de septiembre de 1970; 28 de septiembre de 1970; 29 de octubre de 1970; 28 de junio de 1973; 25 de enero de 1974; 5 de octubre de 1974; 20 de junio de 1974; 8 de marzo de 1979; 1 de julio de 1992; 18 de febrero de 1993; 9 de julio de 1993; 12 de julio de 1993; 18 de febrero de 1994; y 13 de marzo de 1996; asimismo véase MIR PUIG, S., *La reincidencia en el Código penal*, Bosch, Barcelona, 1974, p. 462, quien considera que la “culpabilidad de autor” es el fundamento más utilizado en la jurisprudencia del TS de la época, citando, entre otras, las SSTs de 8 de febrero de 1965; 12 de junio de 1968; 6 de febrero de 1969; 20 de febrero de 1969; 16 de junio de 1971; 6 de marzo de 1972; 29 de enero de 1973; y 13 de abril de 1973.

<sup>2074</sup> Vid. SSTs de 12 de febrero de 1959; 22 de diciembre de 1959; 10 de noviembre de 1970; 12 de noviembre de 1979.

<sup>2075</sup> Vid. SSTs de 29 de enero de 1962; 10 de octubre de 1964; 25 de junio de 1966; 11 de marzo de 1967; 20 de octubre de 1969; 16 de enero de 1974; 17 de enero de 1974; 21 de enero de 1975; 31 de enero de 1977; 12 de julio de 1993; y 22 de junio de 1994.

<sup>2076</sup> Véase la STS de 15 de marzo de 1947.

<sup>2077</sup> Vid. SSTs de 21 de enero de 1952; 22 de abril de 1967; 4 de diciembre de 1969; 11 de diciembre de 1969; 12 de diciembre de 1969; 20 de enero de 1970; 7 de octubre de 1985; 9 de marzo de 1987; 13 de noviembre de 1990; 24 de abril de 1994; 8 de julio de 1998; y 17 de octubre de 1998.

- g) La mayor *gravedad* del injusto<sup>2078</sup>.
- h) La función de prevención de esta agravante<sup>2079</sup>.
- i) La *combinación* de algunas de estas mismas causas<sup>2080</sup>.

Finalmente, y como complemento de lo expuesto, resulta importante destacar que la Fiscalía del Tribunal Supremo justificaba el incremento de la pena que suponía la apreciación de la *reincidencia*, a partir de argumentos relacionados con la mayor *peligrosidad* demostrada por el agente<sup>2081</sup>.

## II. La Sentencia del TS de 6 de abril de 1990

Como se dijo anteriormente, el Tribunal Supremo se ha servido tradicionalmente de argumentos vinculados con la mayor *culpabilidad*, *insensibilidad*, *perversidad*, o *peligrosidad* del reo, para justificar el aumento de la pena por causa de reincidencia. A la vista de ello, es claro que no le falta razón a MARTINEZ DE ZAMORA cuando afirma que la presunción de que estas cualidades concurren en el reincidente es absoluta, prevaleciendo en todo caso los datos formal-objetivos en los que se apoya la definición positiva de la agravante sobre cualquier otra consideración acerca de la personalidad real del autor<sup>2082</sup>.

En el seno de un panorama caracterizado por la evidente dispersión y falta de unidad argumentativa, en el que la constatación de ciertos elementos puramente objetivos (los integrantes de la definición legal de la agravante) parece ser suficiente para asignar una cierta cualidad (p.ej: mayor *perversidad* o *peligrosidad*) al autor reincidente, merece ser

---

<sup>2078</sup> Vid. SSTs 21 de febrero de 1992; y 9 de marzo de 1992.

<sup>2079</sup> Vid. STS de 18 de enero de 1985, en la que se afirma que con la reincidencia: “se abandona la constitución y configuración de un derecho meramente represivo para llegar, dentro de lo posible, a un derecho que, sin merma de la más enérgica defensa de la sociedad, procure, con más sentido humanitario, la reinserción social del delincuente, *función de prevención* que aflora en esta agravante”.

<sup>2080</sup> Vid. SSTs 10 de junio de 1960; 30 de enero de 1970; 28 de septiembre de 1970; 17 de diciembre de 1971; 20 de junio de 1974; 10 de mayo de 1975; 29 de octubre de 1990; 26 de diciembre de 1990; 18 de febrero de 1994.

<sup>2081</sup> Véase RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *Derecho Penal Español...*, cit., p. 747: “En la Memoria de la Fiscalía del TS de 1973 se dice que los criterios que justifican la reincidencia, son: la insuficiencia de la pena anterior; la personalidad del agente; la peligrosidad (p. 222): *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* (p. 229)”.

<sup>2082</sup> Cfr. MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia...*, cit., pp. 69 y 70, con cita de la STS de 11 de febrero de 1967: “Se alega que no existe en el condenado tendencia subjetiva al delito ni insensibilidad a las penas precedentes que es lo que fundamenta la agravante según las sentencias aludidas; sobre lo cual es de señalar que lo exigido para la apreciación de la circunstancia es la constancia fáctica de los delitos antes sancionados y de las penas impuestas”.



destacada la línea jurisprudencial iniciada por la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1990<sup>2083</sup>. En la mencionada resolución se admite, de forma expresa, la compatibilidad existente entre la agravación de la pena por causa de reincidencia y los valores y principios constitucionales, si bien se precisa que ello sólo será posible cuando la apreciación de la circunstancia agravante de reincidencia no determine una pena mayor a la que corresponda a la gravedad de la culpabilidad del sujeto exteriorizada en la comisión del hecho concreto<sup>2084</sup>.

La Sala inicia la argumentación contenida en la mencionada sentencia de 6 de abril de 1990, afirmando que “la inconstitucionalidad de un precepto del Código Penal sólo se debe decretar si la norma cuestionada no admite una interpretación conforme a la Constitución”. Una vez realizada la anterior precisión, la Sala expone de una forma muy sintética la jerarquía constitucional y las consecuencias del *principio de culpabilidad* en el momento de la individualización judicial de la pena. Y así: a) de una parte, y en cuanto al rango constitucional del mencionado principio, se afirma que “el art. 10.1 CE en tanto considera que la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad son fundamento del orden político y de la paz social, impone un derecho penal respetuoso del principio de la culpabilidad por el hecho concretamente cometido”; b) de otra parte, y en cuanto a las consecuencias, afirma la Sala que “dicho principio, a su vez, determina que la pena imponible no debe superar la medida determinada por la gravedad de tal culpabilidad por el hecho. Este punto de partida excluye, en consecuencia, que la pena aplicable sea establecida tomando en cuenta la culpabilidad de hechos anteriores ya sancionados o la personalidad del autor exteriorizada por hechos punibles cometidos en el pasado y que ya han sido motivo de sanción”.

Una vez verificada la jerarquía constitucional y el contenido del *principio de culpabilidad*, y una vez delimitada su función en el momento de la individualización judicial de la pena, la Sala considera que “la cuestión de la compatibilidad de la circunstancia del art.

---

<sup>2083</sup> Vid. la STS de 6 de abril de 1990 [RJ 1990\3195].

<sup>2084</sup> Sobre la STS de 6 de abril de 1990, véase el amplio comentario en favor de la nueva línea jurisprudencial realizado por MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., pp. 111 ss. y 117 ss.; en el mismo sentido ZUGALDIA ESPINAR, J.M., *Comentarios al art. 22.8 CP-1995*, en *Comentarios al Código penal*, Tomo II, Edersa, Madrid, pp. 1080 ss.; también favorable BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad, carácter de autor y poena naturalis en el Derecho penal actual*, en *Justicia penal y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 120 ss.; en contra sin embargo GARZON REAL/MANJON-CABEZA, *Reincidencia y Constitución*, en *Actualidad Penal*, nº 1, 1990, pp. 6 ss.; también en contra MIR PUIG, S., *Sobre la constitucionalidad de la reincidencia en la jurisprudencia del TS y del TC*, ADPCP, T. XLVI, Fascículo III, 1993, pp. 1140 ss., citado por MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., pp. 116 y 124.

10.15° CP-1973 con dichos principios dependerá de la posibilidad de contemplar la agravante de reincidencia, sin sobrepasar el límite constituido por la gravedad de la culpabilidad por el hecho”. Esta posibilidad existe, a juicio de la Sala, que “estima que la agravante de reincidencia puede ser aplicada sin vulnerar el principio de la culpabilidad por el hecho y, por lo tanto, de acuerdo con la Constitución”, si bien ello implica “una reconsideración del funcionamiento de la agravante para ajustarla a los límites que impone dicho principio, dado que, de las agravantes contenidas en el art. 10 CP-1973, es la única que tiene su fundamento en la comisión de otros hechos ya sancionados”. Como conclusión de todo lo anterior, la Sala considera que “los Tribunales podrán contemplar la agravación que disponen los arts. 10.15° y 61.2 CP-1973, **siempre que de esa manera no se supere la gravedad de la culpabilidad por el hecho**”. Y continúa el alto Tribunal, afirmando lo siguiente:

*“La consecuencia práctica de esta redefinición del régimen de la reincidencia, afecta directamente al actual automatismo de la aplicación del art. 10.15°, en relación al 61.2° CP-1973. Concretamente:*

*a) Los Tribunales sólo deberán agravar la pena por razón de la reincidencia hasta un límite que no supere la gravedad de la culpabilidad y sin atender al art. 61.2° CP cuando la pena determinada por la reincidencia supere dicho límite.*

*b) La cuestión referente a la superación de este límite como consecuencia de la apreciación de la agravante de reincidencia permitirá fundamentar el recurso de casación por infracción de ley con apoyo en los arts. 5.4 LOPJ y 10.1 CE (dado que el art. 5.4 no se limita los derechos fundamentales).*

*Dicho de otra manera: cuando la gravedad de la reprochabilidad por el hecho (establecida sin tomar en cuenta la conducta anterior del autor ni pronósticos de conducta desfavorables para el futuro) no alcance para justificar la aplicación del grado medio o máximo, el Tribunal no deberá agravar la pena fundándose en la reincidencia, por encima de la que resulte de la gravedad de dicha reprochabilidad.*

*De esta manera quedan superadas todas las objeciones constitucionales formuladas contra el art. 10,15° CP-1973. En efecto, dado que la pena no será desproporcionada respecto de la culpabilidad por el hecho, no cabe pensar en la vulneración del art. 15 CE, ya que no se puede considerar la pena adecuada a la culpabilidad ni como inhumana ni como degradante. Tampoco se habrá vulnerado el art. 25.1 CE, pues, al estar la pena determinada por la gravedad de la culpabilidad del hecho cometido, no hay reiteración penal alguna fundada en otros hechos cometidos anteriormente y ya sancionados. (...) Y finalmente no cabe hablar en general y en abstracto de una **ficción de peligrosidad**, incompatible con el art. 24.2 CE, porque ello **dependerá del caso concreto** y del **fundamento real** del pronóstico de recaída en el delito que se formule respecto de los autores, pero no afecta la compatibilidad de la reincidencia con la Constitución en abstracto, en la medida en que la agravación fundada en el art. 10.15 CP estará siempre limitada entendida de esta forma, por la gravedad de la culpabilidad.*

*Por todo ello, la Sala entiende que -interpretado el art. 10.15º CP-1973 de acuerdo con los principios señalados- no corresponde considerar inconstitucional la agravante de reincidencia, mientras con ella no se fundamente la aplicación de una pena superior a la adecuada a la gravedad de la culpabilidad por el hecho”.*

La original línea jurisprudencial iniciada por la sentencia de 6 de abril de 1990, tuvo su continuidad en otras resoluciones que acertadamente descartaban la aplicación *automática* de la circunstancia agravante de reincidencia<sup>2085</sup>. Entre ellas merece una especial atención la STS de 5 de julio de 1991, en la que se afirmaba que “la consideración de la vida del autor anterior al delito en la determinación de la pena en los términos del art. 10.15ª CP-1973 no vulnera, en principio, ninguno de los derechos fundamentales ni de las garantías constitucionales invocadas por el recurrente”<sup>2086</sup>. Asimismo, la Sala recordaba que “en las sentencias de 6-4-90, 15-10-90 y 30-4-91 se decidió, además, que la norma que establece la agravante de reincidencia (...) no requiere ser sometida a un control abstracto de constitucionalidad en los términos del art. 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, pues “la vulneración de derechos fundamentales sólo puede ser considerada en relación a su aplicación concreta cuando la pena resultante superara la gravedad de la culpabilidad por el hecho”.

Realizadas las anteriores precisiones, continúa la mencionada sentencia afirmando que “en la verificación de la culpabilidad por el hecho es preciso partir de un concepto claro de su significación. En este sentido, la Sala advierte que en la discusión en torno al concepto de culpabilidad por el hecho se han deslizado errores que impiden la comprensión adecuada del sistema de individualización de la pena del derecho vigente”. A continuación, la Sala expone dos de los errores a los que pueden dar lugar el concepto de culpabilidad, y que inciden en la adecuada comprensión del sistema de individualización de la pena:

---

<sup>2085</sup> Vid. entre otras las SSTS de 26 de diciembre de 1990; 30 de abril de 1991; 5 de julio de 1991; 28 de octubre de 1991; 2 de diciembre de 1991; 21 de abril de 1992; asimismo véase MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 132, dónde cita las SSTS de 15 de octubre de 1990; 29 de octubre de 1990; 7 de noviembre de 1990; 13 de noviembre de 1990; 5 de diciembre de 1990; 18 de enero de 1991; 30 de abril de 1991; 24 de junio de 1991; 5 de julio de 1991; 28 de octubre de 1991; 2 de diciembre de 1991; 26 de diciembre de 1991; 21 de abril de 1992; 20 de noviembre de 1992; 2 de diciembre de 1992; 14 de enero de 1993; 5 de febrero de 1993; 12 de julio de 1993; y 1 de diciembre de 1995, en las que “se determina que la manera correcta de apreciar la agravante de reincidencia es imponer una pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad del autor por el hecho, aunque para ello no se atiende a la regla 2ª del art. 61 CP-1973”.

<sup>2086</sup> Vid. SSTS 6-4-90 (RJ 1990\3195); 15-10-90 (RJ 1990\8083); 7-11-90 (RJ 1990\8774); 13-11-90 (RJ 1990\8892); 5-12-90 (RJ 1990\9417); 28-12-90 (RJ 1990\10101); 18-1-91 (RJ 1991\148); y 30-4-91 (RJ 1991\3011).

*“En primer lugar, es totalmente equivocado afirmar que el límite de la culpabilidad por el hecho en cada caso concreto viene dado por la pena legalmente impuesta en cada precepto de la Parte Especial. Este punto de vista no toma en cuenta la necesaria diferencia que existe entre individualización legislativa (obligadamente abstracta, carente de vínculo con un sujeto concreto) y la individualización judicial (en relación esencial al autor de un delito determinado). El marco penal establecido por el legislador, en tanto refiere la amenaza a todos, no puede tener en cuenta el grado de reprochabilidad que merece cada autor por el hecho cometido. Por el contrario, la culpabilidad por el hecho es la culpabilidad de un autor concreto, respecto de cuya sanción el Tribunal deberá establecer la cantidad de pena, dentro del marco penal establecido en el precepto legal por el legislador, pero no más allá de su específica reprochabilidad por el hecho cometido.*

*En segundo lugar, es preciso no identificar el principio de culpabilidad con elementos de algún concepto sistemático de culpabilidad. En este sentido reducir el principio de culpabilidad a la conocida premisa de «no hay pena sin dolo o culpa», como si éste fuera todo el contenido del mismo, importa una mutilación muy importante de su alcance. En efecto, este principio no agota su contenido en las exigencias de algunos elementos del concepto dogmático de culpabilidad que es propio de una determinada teoría del hecho punible. El principio de culpabilidad rige, por el contrario, incluso en relación a las teorías del delito que consideran al dolo y a la culpa como pertenecientes a categorías dogmáticas diversas de la culpabilidad, dado que constituye una consecuencia institucional de la prohibición de tratar a las personas como medios y no como fines en sí mismos, es decir, del imperio de la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social. A partir de estas consideraciones se entiende que en la doctrina moderna y en la jurisprudencia de otros Estados de las Comunidades Europeas, de similares concepciones a las que informan nuestra legislación vigente, se considere derecho penal de culpabilidad a aquel en el que rige como precepto básico que la culpabilidad del autor es el fundamento de la individualización de la pena, resaltándose que «con ello no se hace referencia a la culpabilidad como concepto sistemático de la estructura del delito (culpabilidad con presupuesto de la punibilidad), sino a lo ilícito culpablemente cometido en su totalidad (culpabilidad de la individualización)”.*

Una vez aclarado lo anterior, la Sala expone las dos operaciones que el vigente sistema de individualización judicial de la pena exige realizar para determinar de forma general la culpabilidad por el hecho:

*“La **primera operación** está predeterminada por la apreciación de las circunstancias agravantes y atenuantes establecidas por el legislador, que -como lo destacan autorizadas opiniones modernas- indican respectivamente mayor o menor gravedad de lo ilícito y de la culpabilidad por el hecho concreto en forma general. La reincidencia da lugar, en este sentido, a una problemática diversa, dado que es la única circunstancia que tiene como fundamento las penas merecidas por otros hechos punibles anteriores y ya sancionados. Esta primera operación determina el grado de la pena aplicable, es decir un marco penal con su mínimo y su máximo dentro del cual el Tribunal debe fijar la pena correspondiente (p. ej. dentro del grado máximo de la prisión menor concreta se aplicarán 4 años, 2 meses y 1 día o 5 años, o 5 1/2 años, etc.).*

*Dentro de este marco penal tiene lugar la **segunda operación**, con la que culmina la individualización de la pena. En la terminología corriente se suele decir que la determinación de la pena dentro de cada grado depende del arbitrio del Tribunal. Tales expresiones, sin embargo, no se pueden tomar en sentido estricto, dado que en nuestro Estado de Derecho rige la «interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE). Por lo tanto, el arbitrio de los Tribunales*

*estará por su esencia jurídicamente vinculado, lo que significa que debe ser ejercido con arreglo a principios jurídicos. Consecuentemente, la determinación de la pena dentro del grado también se debe fundamentar en la culpabilidad por el hecho del autor”.*

Una vez hechas estas precisiones, la Sala considera que la reincidencia plantea una problemática especial a la hora de determinar el marco general dentro del cual el Tribunal habrá de individualizar posteriormente la pena, en tanto se trata una circunstancia cuyo fundamento se halla en razones de prevención especial “y, por lo tanto, ajenas a la culpabilidad por el hecho”. La particular naturaleza y configuración de la circunstancia agravante de reincidencia que -a diferencia de las demás circunstancias contenidas en el art. 10 CP-1973-, excluye indiscriminadamente el grado mínimo por razones ajenas a la culpabilidad por el hecho, tiene inmediato reflejo en la primera de las operaciones individualizadoras anteriormente descritas, pues:

*“En la medida en que se ha reconocido sin excepciones que la gravedad de la culpabilidad y las necesidades de la prevención especial o general no tienen por qué coincidir (la llamada «antinomía de los fines de la pena»), es preciso, que cuando el Tribunal de los hechos compruebe la posible aplicación del art. 10,15.ª C. P., establezca anticipadamente hasta dónde llega la gravedad de la culpabilidad, pues las necesidades de prevención especial derivadas de la tendencia del autor sólo podrán ser contempladas hasta ese límite, que -como se dijo- no tiene por qué agotar la máxima pena prevista en abstracto en la ley. Más aún, la gravedad de la culpabilidad determinada hasta dónde es posible ascender dentro del marco penal general previsto para el delito.*

Dicho de otra manera: “la especialidad del fundamento de la reincidencia determina la necesidad de invertir la operación de individualización de la pena: se debe determinar primeramente el máximo que corresponde a la gravedad de la culpabilidad y luego, establecer hasta dónde es necesaria la pena considerando la reincidencia<sup>2087</sup>”. Con fundamento en todo lo anterior, el Tribunal Supremo concluye afirmando que “en los casos en que la medida de la culpabilidad, establecida de esta manera, caiga dentro del

---

<sup>2087</sup> Vid. STS de 5 de julio de 1991: “En la determinación de la gravedad de la culpabilidad por el hecho el Tribunal deberá considerar, en general: 1) la gravedad de la ilicitud cometida; 2) las circunstancias que permitan juzgar sobre una mayor o menor exigibilidad del cumplimiento de la norma; y 3) el mayor o menor disvalor ético-social de los motivos que impulsaron al autor. Sobre la base de estos elementos el Tribunal podrá obtener una valoración de la gravedad de la culpabilidad por el hecho concreto, cuya traducción numérica dentro del marco penal correspondiente al delito cometido dará lugar al máximo de pena merecido por el autor según su culpabilidad. En este juicio, como es claro, no entra en consideración el pronóstico desfavorable de conducta futura del autor, que es fundamento de la prevención especial y, por lo tanto, de la agravante de reincidencia”.

grado mínimo, la pena no podrá superar este grado aunque el autor sea formalmente reincidente<sup>2088</sup>”.

### III. La sentencia del Tribunal Constitucional 150/91, de 4 de julio

En el seno del desordenado panorama jurisprudencial expuesto, el Juzgado de Instrucción de Daroca (Zaragoza) promovió las cuestiones de inconstitucionalidad núms. 1407/1989, 2.187/1989, 187/1990, y 188/1990, sobre supuesta inconstitucionalidad del art. 10.15 CP-1973 (hoy art. 22.8 CP-1995)<sup>2089</sup>. La pretensión de inconstitucionalidad de la agravante de reincidencia se fundamentaba, en síntesis, en los siguientes argumentos:

- a) Vulneración del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).
- b) Vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE).
- c) Vulneración del principio de culpabilidad penal (art. 10.1 CE).
- d) Vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la Ley (art. 14 CE).
- e) Vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE).
- f) Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).
- g) Vulneración del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (art. 24.2 CE).
- h) Vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2).
- i) Vulneración del derecho fundamental a la legalidad penal (art. 25.1 CE).
- j) Vulneración del principio "*non bis in idem*" (art. 25.1 CE).
- l) Vulneración del principio de reinserción social (art. 25.2 CE).

Las cuatro cuestiones de inconstitucionalidad promovidas por el Juzgado de Instrucción de Daroca por entender que la agravante de reincidencia contravenía lo dispuesto en los arts. 1.1., 9.3, 10.1, 14, 15, 24.1 y 2, y 25 de la CE, fueron resueltas de

---

<sup>2088</sup> Vid. STS de 5 de julio de 1991: “Ello tiene su fundamento en una interpretación conforme a la Constitución del art. 61 CP-1973, como la postulada en las SSTS 6-4-90 y 29-10-90”; por otra parte: “A la misma conclusión se puede llegar recurriendo al artículo 9.10<sup>a</sup> CP-1973, dado que el resultado especialmente leve del juicio de culpabilidad por el hecho se puede expresar, en su caso en una circunstancia atenuante de análoga significación, compensable con la agravante de reincidencia en la forma prevista en el art. 61.3<sup>a</sup> CP-1973”.

<sup>2089</sup> Como antecedente véase también el comentario que sobre la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 6 de junio de 1989 hace MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., pp. 103 ss.

forma acumulada por la sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) de 4 de julio de 1991. La mencionada resolución, que termina desestimando la cuestión de inconstitucionalidad planteada y confirmando la constitucionalidad de la agravante de reincidencia, comienza precisando que “no existe precepto alguno que proporcione una aproximación sobre cuál sea la naturaleza, fundamento y razón de ser de esta circunstancia agravante de la responsabilidad criminal<sup>2090</sup>”. Y continúa afirmando el Tribunal Constitucional, con evidente acierto:

*“En efecto, basta con señalar, sin ánimo de exhaustividad alguna, que las interpretaciones varían, de una parte, en lo que se refiere a su propia **naturaleza** pues de un lado se formulan tesis que entienden que la reincidencia -como las otras agravantes y las circunstancias atenuantes- sólo afecta a la pena por ser algo externo al delito como formulación jurídica, y, de otro, se mantienen posturas que reconducen a la agravante en cuestión al ámbito del delito. Tampoco hay unanimidad en cuanto a su **fundamento**, pues los argumentos esgrimidos por la doctrina y por la jurisprudencia para justificar los efectos agravatorios de la responsabilidad criminal son numerosos y diferentes, incluso contradictorios entre ellos. Así, por ejemplo, de entre los muchos criterios expuestos, cabe reseñar los siguientes: los que entienden que el fundamento de la agravante radica en la mayor **peligrosidad** del autor; en su mayor **culpabilidad**, bien por la conducta de vida o por el acto aislado; en la **insuficiencia de las penas** impuestas por el anterior o anteriores delitos a efecto de la prevención sobre el delincuente; en la **perversidad** del reo; en la **habitualidad** del delincuente; en el **desprecio y rebeldía** del reincidente frente al Ordenamiento jurídico, etc.*

A pesar de la evidente falta de unanimidad existente en la doctrina y en la jurisprudencia respecto de la naturaleza y fundamento de la reincidencia, el Tribunal Constitucional considera que para resolver sobre la constitucionalidad de la agravante no hay que atender a las distintas construcciones doctrinales formuladas respecto de la reincidencia, sino única y exclusivamente “a la regulación y efectos que el Código Penal establece respecto de la misma, para comprobar si la determinación de una pena superior por el hecho de la concurrencia de la reincidencia es o no conforme con la Constitución”. Y aprovecha el Tribunal Constitucional para recordar que “el parámetro a utilizar para resolver sobre la constitucionalidad de la norma cuestionada es la propia Constitución, y no determinadas categorías dogmáticas jurídico-penales, sobre las que no corresponde

---

<sup>2090</sup> Vid. STC 150/91, de 4 de julio (F. J. 3º): “La institución de la reincidencia, como respuesta al fenómeno de la recaída en el delito, ha sido objeto de especial preocupación para el legislador penal, tanto español como extranjero, así como de análisis y comentario tanto de la doctrina como en la jurisprudencia, que, por lo demás, no llegan en forma alguna a conclusiones unánimes y compartidas”.

pronunciarse a este Tribunal<sup>2091</sup>”. Una vez realizadas las anteriores aclaraciones, el Tribunal Constitucional aborda el estudio de todos y cada uno de los razonamientos aducidos en los Autos de planteamiento del Juzgado de Daroca para promover la cuestión de inconstitucionalidad.

A continuación, realizaremos un breve análisis de los argumentos esgrimidos por el Tribunal Constitucional para desestimar la cuestión planteada, y ofreceremos una sintética exposición de la reacción doctrinal suscitada por la STC 150/91.

## 1. Análisis

### A) Principio de culpabilidad, reinserción social y proporcionalidad.

El TC comienza su argumentación afirmando la plena compatibilidad existente entre la agravación de la pena por causa de reincidencia y los principios de *culpabilidad*, de *reinserción social* y de *proporcionalidad* (Fundamento Jurídico 4º). Antes de exponer el razonamiento que lleva al TC a alcanzar una tal conclusión, conviene recordar que el Juzgado de Daroca cuestionaba la constitucionalidad del art. 10.15 del Código Penal, en primer término, en razón a la posible contradicción de dicha norma con los *principios de culpabilidad* y *proporcionalidad* de la pena, implícitos –según se dice en los Autos de planteamiento- en los *valores superiores del ordenamiento jurídico* (art. 1.1 CE), en el *principio de legalidad* (arts. 9.3 y 25.1 CE) y en la contemplación de la *dignidad* del hombre como fundamento del orden político (art. 10.1 CE).

El propio Tribunal Constitucional, de forma previa al desarrollo de su argumentación, considera necesario aclarar que las normas constitucionales relativas a la *dignidad* de la persona y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), así como a los *valores superiores del ordenamiento jurídico* (art. 1.1 CE), “si bien integran mandatos jurídicos objetivos y tienen un valor relevante en la normativa constitucional, no pretenden la consagración constitucional de ninguna construcción dogmática”. Por lo tanto, continúa el TC, “no cabe fundar la inconstitucionalidad de un precepto en su incompatibilidad con doctrinas o construcciones presuntamente consagradas por la Constitución<sup>2092</sup>”. De todo lo

---

<sup>2091</sup> Vid. STC 150/91, de 4 de julio (F. J. 3º).

<sup>2092</sup> Vid. STC 150/91, de 4 de julio: “Tal inconstitucionalidad derivará, en su caso de que el precepto en cuestión se oponga a mandatos o principios contenidos en el Texto constitucional explícita o implícitamente”.



anterior, resulta que “para resolver la duda sobre la constitucionalidad de la norma cuestionada han de obviarse la mayor parte de los argumentos esgrimidos por el Juez, pues con independencia de la mayor o menor solidez de su construcción dogmática, su misma utilización como parámetro supondría tanto como tomar indebidamente partido por una determinada postura doctrinal acerca de la naturaleza y la ratio de la institución de la reincidencia, postura que, aun siendo compatible con los mandatos constitucionales, no es la única posible en relación con ellos”.

En cuanto a la compatibilidad existente entre el *principio de culpabilidad* y la agravación de la pena por causa de reincidencia, el TC afirma lo siguiente:

*“En este sentido, por lo que se refiere a la contradicción del art. 10.15 del Código Penal con el principio de culpabilidad penal, los Autos de planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad parten de una premisa inexistente, a saber, que la Constitución ha optado por una doctrina de la culpabilidad, más concretamente la de la «normalidad de la motivación». Pero es indudable, conforme a lo antes expuesto, que esta suposición carece de todo fundamento, y, consecuentemente, no cabe apreciar la inconstitucionalidad denunciada. En efecto, la CE consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal, de manera que no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal «de autor» que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos -SSTC 65/1986, 14/1988 (RTC 1988\14) y otras-. Pero la consagración constitucional de este principio no implica en modo alguno que la Constitución haya convertido en norma un determinado modo de entenderlo, como es el de la «normalidad de la motivación»”.*

A continuación, el TC afirma que no cabe estimar inconstitucional la reincidencia por no ajustarse a los denominados *finés constitucionales* de la pena, y ello con fundamento en el siguiente razonamiento:

*“Tampoco la C.E. erige a la prevención especial como única finalidad de la pena; antes al contrario, el art. 25.2 no se opone a que otros objetivos, entre ellos, la prevención general, constituye, asimismo, una finalidad legítima de la pena, razón por la cual el mismo planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad (que estiman que la agravante no responde a fines preventivos ni resocializadores), en este concreto aspecto, aparece desprovisto de base. En primer término el art. 25.2 CE no resuelve sobre la cuestión referida al mayor o menor ajustamiento de los posibles fines de la pena al sistema de valores de la CE ni, desde luego, de entre los posibles -prevención general; prevención especial; retribución, reinserción, etc.- ha optado por una concreta función de la pena en el Derecho penal. Como este Tribunal ha afirmado en otras ocasiones, el art. 25.2 C.E. contiene un mandato dirigido al legislador penitenciario y a la Administración por él creada para orientar la ejecución de las penas privativas de libertad (por todas, SSTC 19/1988 y 28/1988), pero no establece que la reeducación y la reinserción social sean las únicas finalidades legítimas de las penas privativas de libertad. No cabe, por tanto, estimar*

***inconstitucional la agravante de reincidencia por no ajustarse a los «fines constitucionales» de la pena».***

Asimismo, el TC afirma la plena compatibilidad de la reincidencia con el *principio de proporcionalidad* de las penas, con base en la siguiente argumentación:

***“(…) el juicio de proporcionalidad de la pena, prevista por la Ley con carácter general en relación a un hecho punible es competencia del legislador, en función de los objetivos de política criminal que adopte dentro del respeto a los derechos fundamentales de la persona en un Estado social y democrático de Derecho, como el que la CE consagra en su art. 1.1. En efecto, el juicio sobre la proporcionalidad de la pena, tanto en lo que se refiere a la previsión general en relación con los hechos punibles como a su determinación en concreto en atención a los criterios y reglas que se estimen pertinentes, es competencia del legislador en el ámbito de su política criminal, siempre y cuando no exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad penal derivado de ella (STC 65/1986, antes citada); lo que no cabe extraer, en todo caso y necesariamente, de la apreciación de la circunstancia agravante de reincidencia, ya que ésta ha de ser tenida en cuenta por los Tribunales únicamente dentro de unos límites fijados por cada tipo penal concreto y su respectiva sanción: es decir, para determinar el grado de imposición de la pena y, dentro de los límites de cada grado, la extensión de la pena. Por tanto, no cabe apreciar, desde esta perspectiva, la inconstitucionalidad del art. 10.15 C.P”.***

## **B) Seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad.**

El segundo grupo de razonamientos aducidos en los Autos de planteamiento para promover la cuestión de inconstitucionalidad, hacen referencia a la presunta infracción de los *principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad* (art. 9.3 en relación con el art. 25.2 CE). Se afirma al respecto: **a)** de una parte, que la regulación que el art. 10.15 del CP-1973 hace de los distintos supuestos en los que concurre la reincidencia como agravante, puede suponer para el delincuente un obstáculo para el cumplido conocimiento de las consecuencias jurídicas de sus actos; y **b)** de otra parte, que el aumento de la segunda o sucesivas penas, sobre la base de la ineficacia de la pena anterior, constituye un ejercicio arbitrario del *ius puniendi* del Estado.

El TC considera que ninguno de los mencionados argumentos puede servir para estimar que el art. 10.15 CP-1973 sea contrario a los arts. 9.3 y 25.2 CE (Fundamento Jurídico 5º). En primer lugar, y respecto del *principio de seguridad jurídica*, por las siguientes razones:

***“(…) es doctrina reiterada de este Tribunal la de que no vulnera la exigencia de lex certa, como garantía de la certidumbre o seguridad jurídica, el empleo en las normas sancionadoras de conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos***

*o de experiencia que permitan prever, con suficiente seguridad la conducta regulada -SSTC 122/1987, 133/1987 (RTC 1987\133), 69/1989 y 219/1989 (RTC 1989\219)-. Con arreglo a la doctrina citada, ningún reproche de inseguridad cabe hacer a la agravante de reincidencia, pues la lectura del art. 10.15 C.P. permite afirmar que los supuestos de reincidencia contemplados -específica y genérica- están descritos con la necesaria claridad y precisión, de tal modo que no suscitan ninguna incertidumbre razonable sobre los supuestos en los que la reincidencia juega como circunstancia agravante de la responsabilidad criminal.*

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional considera que la aducida infracción del principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 C.E.), es pura retórica:

*“En efecto, de un lado, no se comprende en qué medida la imposición de una pena superior para el reincidente constituye un ejercicio arbitrario del ius puniendi del Estado puesto en relación con el fracaso del tratamiento penitenciario del anterior o anteriores delitos. De otro lado, la tesis de que la agravación de la pena por reincidencia viola el principio de interdicción de la arbitrariedad, por cuanto que con ello se combate un estado peligroso, tiene como presupuesto previo la toma de postura doctrinal del Juez acerca de que la agravante del art. 10.15 CP se basa en la peligrosidad del reincidente, y, en consecuencia, se incide también en este concreto punto en el error de utilizar, como parámetro de constitucionalidad, una determinada concepción dogmática de la agravante cuestionada”.*

### **C) Principio de igualdad.**

En tercer término, el Tribunal Constitucional aborda la pretendida contradicción existente entre la agravación de la pena por causa de reincidencia y el derecho a la *igualdad* establecido en el art. 14 CE (Fundamento Jurídico 6º). Considera el Tribunal que la infracción denunciada es doble: **a)** de una parte, el art. 10.15 CP-1973, en relación con el art. 61 regla 2ª, del mismo Código, supone un injustificado trato de desfavor respecto de los reincidentes, que ven agravada la pena que se les impone; y **b)** de la otra parte, el precepto cuestionado es discriminatorio en cuanto trata igualmente al reincidente que cumplió efectivamente condena y aquel que fue ejecutoriamente condenado pero no la cumplió.

A juicio del Tribunal Constitucional, ninguno de los mencionados alegatos pone de manifiesto la supuesta inconstitucionalidad del art. 10.15 CP-1973, y ello en primer término, porque:

*“(...) es doctrina constante de este Tribunal la de que el principio constitucional de igualdad (art. 14 CE), además de impedir las discriminaciones específicamente descritas, obliga al legislador a no introducir entre los ciudadanos diferenciaciones carentes de todo fundamento razonable, esto es, no orientadas a la obtención de un fin constitucionalmente lícito, o no articuladas en torno a rasgos o elementos que resulten pertinentes para la diferenciación normativa (por todas, STC 19/1988, antes citada). En consecuencia, y considerada no arbitraria la opción legislativa de aumentar la pena a imponer para el delincuente reincidente, forzoso es concluir que de la misma regulación legal de la agravante de reincidencia se desprenden los criterios objetivos tenidos en cuenta por el legislador para establecer un trato punitivo distinto para los delincuentes reincidentes respecto de los no reincidentes. Como señala el Abogado del Estado, tan razonable es sostener que la lesión de un bien jurídico es más grave cuando es repetida (con los requisitos de la reincidencia) como sostener lo contrario: se trata de juicios no arbitrarios de valor, compatibles ambos con la C.E.”*

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional recuerda que ya se ha pronunciado repetidamente en el sentido de que el *principio de igualdad* no puede fundamentar un reproche de discriminación por *indiferenciación*<sup>2093</sup>, concluyendo que:

*“(...) no cabe ignorar que el cumplimiento o no de la pena impuesta en su momento **no** puede erigirse en factor razonable de diferenciación de trato, cuando lo que está en la base de la agravante es una condena ejecutoria, y no el hecho de su efectivo cumplimiento, irrelevante a los efectos de la mayor o menor reprochabilidad penal de la conducta sancionada”.*

#### **D) Trato inhumano o degradante.**

En el Fundamento Jurídico 7º de su resolución, el TC se encarga de despejar la duda de constitucionalidad planteada respecto de la reincidencia por entender que el trato que el legislador dispensa al sujeto reincidente, en cuanto veta al juzgador la posibilidad de imponerle la pena legalmente prevista por un hecho concreto en su grado mínimo, constituye un trato degradante contrario al art. 15.1 CE<sup>2094</sup>. La argumentación del TC, es la siguiente:

*“En primer lugar, según tiene afirmado este Tribunal, pena degradante es la que provoca «una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y*

---

<sup>2093</sup> Sobre ello véanse las SSTC 86/1985 y 19/1988.

<sup>2094</sup> Vid. STC 150/91, de 4 de julio (F.J. 7º): “En este sentido razona el Juez, la pena es degradante porque, de una parte valora al penado que debería haber sido reintegrado en el ejercicio de todos sus derechos -art. 73 de la Ley General Penitenciaria- al mismo nivel que el reo que tiene penas pendientes de cumplimiento; y, de otra, es una pena no justificada, dada la presumible imposibilidad de obtener fines de prevención general o especial que no se hayan logrado con la pena anterior”.

superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena» (SSTC 65/1986 y 89/1987), y su calificación como tal «depende de la ejecución de la pena y de las modalidades que reviste» (STC 65/1986). Es claro al respecto que **la previsión del legislador de una mayor pena -no sólo de las privativas de libertad- por la concurrencia de la agravante de reincidencia, o por cualquier otra agravante, no constituye, de suyo, un trato inhumano o degradante a la luz de la doctrina expuesta (...)**

*En segundo lugar, y en relación con los otros argumentos utilizados, el Juez promotor da por supuestas determinadas cuestiones dogmáticas lo que acarrea sin más la irrelevancia de dichos alegatos. En efecto, cuando se afirma que la apreciación de la reincidencia impide al juzgador la posibilidad de imponer la pena legalmente prevista para un hecho en su grado mínimo, o que la agravación por reincidencia no se justifica en ninguno de los fines de la pena, implícitamente se parte de concretas concepciones dogmáticas acerca de cuál sea la naturaleza de las circunstancias agravantes (esto es, sobre si las mismas afectan únicamente a la pena o pertenecen al ámbito del delito) y cuáles son los fines de la pena, respectivamente”.*

## **E) Presunción de inocencia y derecho a la prueba**

Posteriormente, el TC acomete el análisis de la presunta inconstitucionalidad del art. 10.15 CP denunciada con base en supuestas infracciones del art. 24 CE, en sus dos apartados. Sin embargo, aclara el TC que “de las infracciones aducidas sólo es necesario pronunciarse sobre la referida a los derechos a la presunción de inocencia y a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 C.E.)<sup>2095</sup>”. Sobre ello, afirma el TC lo siguiente:

*“(...) por lo que se refiere a la presunta violación por la agravante de reincidencia de los derechos a la presunción de inocencia y a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa consagrados en el art. 24.2 C.E., se parte de la base de que la aplicación objetiva y automática de la agravante, cualquiera que sea el fundamento de la misma, entraña una presunción iuris et de iure, bien de perversidad, bien de desprecio a un bien jurídico tutelado por la Ley penal, o bien de culpabilidad o de peligrosidad, que no admite prueba en contrario y contradice la presunción constitucional de inocencia, que ha de extenderse a cualquier elemento que constituye presupuesto de una medida represiva o de la agravación de la pena. Pero **del propio planteamiento de la cuestión se deduce que la misma no guarda relación con los citados derechos fundamentales.** En primer lugar, porque, aun admitiendo que la presunción de inocencia también verse sobre las circunstancias agravantes, lo que el Juez propugna no es tanto la prueba de los presupuestos previstos en el art. 10.15 del CP-1973 para poder apreciar la agravante, sino la acreditación, en cada caso concreto, de los supuestos fundamentos o razones tenidas en cuenta por el*

---

<sup>2095</sup> Vid. STC 150/91, de 4 de julio: “(...) dado que, de un lado, la denunciada violación del art. 24.1 C.E. por la «mutilación de derechos legítimos por obra de una resolución judicial en aplicación de una norma constitucional», supone (...) el hacer un supuesto de la cuestión al partir de la inconstitucionalidad del art. 10.15 CP, y, de otro lado el argumento fundado en la presunta violación de la intangibilidad de la cosa juzgada, en realidad se confunde con la supuesta infracción del principio *non bis in idem*, que será objeto de análisis en el siguiente fundamento jurídico”.

*legislador al establecer la reincidencia como circunstancia agravante. Y ello supondría, aparte las dificultades apuntadas por el Fiscal en su escrito de alegaciones, confundir y convertir una relación de fundamentación -sumamente controvertida en el tema que nos ocupa, como pone de manifiesto el plural abanico de presunciones reseñadas por el Juez- en una praesumptio legis y en un presupuesto o requisito no recogido en el art. 10.15 CP-1973”.*

## **F) Principio de legalidad y prohibición del *bis in idem*.**

La sentencia del TC 150/91, finaliza examinando en su Fundamento Jurídico 9º la última duda que plantean las cuestiones respecto de la posible inconstitucionalidad de la reincidencia (art. 10.15 CP-1973) por infringir el principio de legalidad penal (art. 25.1 CE), una de cuyas exigencias es la prohibición del *bis in idem*. Se debe recordar que respecto a esta concreta cuestión, el Juez de Daroca razonó, en primer término, que la agravante de reincidencia supone una segunda sanción por un hecho que fue ya castigado; y en segundo término, que la previsión contenida en el art. 25.1 C.E., *in fine*, que ha de interpretarse en el sentido de que «tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito», significa que el único momento constitucionalmente relevante para la determinación de la pena correspondiente a un sujeto por un delito es el momento de la comisión, sin que pueda tenerse en cuenta otro momento anterior.

Una vez realizadas las anteriores precisiones, el Tribunal Constitucional recuerda que desde su Sentencia 2/1981 (RTC 1981\2) ha reconocido que el principio *non bis in idem*, aunque no aparece constitucionalmente consagrado de manera expresa, ha de entenderse integrado en los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones (art. 25.1 CE). Dicho principio, tal y como lo ha venido interpretando el TC supone la prohibición de que, por autoridades de un mismo orden y a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente una misma conducta, y ello “por entrañar esta posibilidad una inadmisibles reiteración en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado”<sup>2096</sup>. Sin embargo, continúa el TC:

*“(...) del propio significado del non bis in idem se desprende que la agravante de reincidencia del art. 10.15 CP-1973 no conculca dicho principio constitucional. En efecto, la apreciación de la agravante de reincidencia supone, como al principio se expuso, la obligatoriedad de tomarla en consideración, como cualquier otra agravante, para aumentar la pena en los*

---

<sup>2096</sup> Vid. SSTC 2/1981, 159/1985 (RTC 1985\159), 23/1986 (RTC 1986\23), 66/1986 (RTC 1986\66), 94/1986 (RTC 1986\94), 107/1989 (RTC 1989\107), 122/1990 (RTC 1990\122), y 150/91, entre otras.

*casos y conforme a las reglas que se prescriben en el propio Código (art. 58 CP), y, más concretamente, para determinar el grado de aplicación de la pena prevista para el delito y, dentro de los límites de cada grado, fijar -discrecionalmente- la extensión de la pena. Es claro, en consecuencia, que con la apreciación agravante de reincidencia, ya se entienda que afecta al núcleo del delito o sólo a la modificación de la pena, no se vuelve a castigar el hecho anterior o los hechos anteriores, por lo demás ya ejecutoriamente juzgados -art. 10.15 C.P.- y con efectos de cosa juzgada (efectos que no se ven, pues, alterados), sino única y exclusivamente el hecho posterior. En este sentido, es una opción legítima y no arbitraria del legislador el ordenar que, en los supuestos de reincidencia, la pena a imponer por el delito cometido lo sea en una extensión diferente que para los supuestos de no reincidencia. Y si bien es indudable que la repetición de delitos propia de la reincidencia presupone, por necesidad lógica, una referencia al delito o delitos repetidos, ello no significa, desde luego, que los hechos anteriores vuelvan a castigarse, sino tan sólo que han sido tenidos en cuenta por el legislador penal para el segundo o posteriores delitos, según los casos, bien (según la perspectiva que se adopte) para valorar el contenido de injusto y su consiguiente castigo, bien para fijar y determinar la extensión de la pena a imponer. **La agravante de reincidencia, por tanto, queda fuera del círculo propio del principio non bis in idem.***

Y, finalmente, considera el TC que:

*“(…) tampoco es aceptable el argumento de que no es conforme con la Constitución agravar la pena por hechos anteriores a la comisión del delito, que el Juez razona a partir de lo dispuesto en el art. 25.1, in fine, de la Constitución. Basta con señalar, al efecto, que **la exigencia del art. 25.1 CE se refiere a la vigencia, en el momento de cometerse el nuevo delito, de la norma sancionadora; por ello, lo determinante, a efectos de la adecuación a la Constitución, es que se aplique una norma reguladora de la reincidencia que esté vigente en ese momento, según la exigencia de previa lege; norma que, como se ha dicho, no sanciona hechos anteriores, sino los constitutivos del nuevo delito, agravando la correspondiente pena**”.*

La doctrina establecida por el TC en la sentencia 150/91, de 4 de julio, fue reiterada en la STC 152/92, de 10 de octubre, en la que se afirmaba lo siguiente:

*“El objeto del recurso queda circunscrito, pues, a determinar si la aplicación por las resoluciones judiciales impugnadas de la agravante de reincidencia conculca el principio de igualdad de trato del recurrente respecto de los demás condenados en la causa en quienes no concurría dicha agravante pese a que todos ellos tuvieron idéntica conducta; y, en segundo lugar, si su aplicación vulnera el principio non bis in idem, en cuanto implica tomar en consideración unos hechos, por los que ya fue juzgado y condenado, para agravar la pena a imponer por otros hechos diferentes y, en consecuencia, una segunda sanción por un hecho que ya fue castigado.*

*Ambas vulneraciones constitucionales han de ser desestimadas. Para ello, y a fin de evitar innecesarias reiteraciones, basta remitirse a la doctrina sentada por este Tribunal en la STC 150/1991 (RTC 1991\150) en la que se dio respuesta a las*

*cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en torno al art. 10.15 del Código Penal. En dicha Sentencia ya se abordó y desestimó que la aplicación de la agravante de reincidencia conculcase el principio de igualdad de trato de los reincidentes respecto de los que no lo son (fundamento jurídico 6º) así como la alegada contradicción entre la aplicación de la citada agravante en relación con el principio non bis in idem (fundamento jurídico 9º). Las razones jurídicas contenidas en la Sentencia citada son perfectamente aplicables al supuesto que nos ocupa, por lo que a ellas nos remitimos para desestimar las vulneraciones aducidas en el presente recurso”.*

## 2. Consideración doctrinal

Como no podía ser de otra manera, la sentencia del Tribunal Constitucional 150/91 suscitó la inmediata reacción de la doctrina. En particular, ZUGALDIA ESPINAR considera que “aunque a primera vista pudiera parecer lo contrario, no existe, en el fondo, contradicción alguna entre la línea interpretativa iniciada por la STS de 6 de abril de 1990 y la STC de 4 de julio de 1991”, pues “la doctrina del Tribunal Constitucional declarando constitucionalmente conforme la agravante de reincidencia (...) deja totalmente abierta la cuestión (de legalidad ordinaria o de simple legalidad) relativa a la forma concreta –y correcta- en que debe interpretarse y aplicarse el art. 10.15 y el art. 61 del CP-1973, ya que esta cuestión compete a los Jueces y Tribunales<sup>2097</sup>”. En opinión de este autor, la interpretación sobre la constitucionalidad de la reincidencia contenida en la STS de 4 de abril de 1990, permite concluir que “la agravante de reincidencia deja de ser una circunstancia de aplicación *automática* a todo autor formalmente reincidente, para convertirse en una circunstancia de aplicación *posible* sólo al autor formalmente reincidente cuya culpabilidad permita la agravación de la pena que la reincidencia comporta<sup>2098</sup>”.

De otra opinión es MIR PUIG, quien considera que la sentencia del Tribunal Constitucional 150/91, de 4 de julio, declarando la plena compatibilidad de la regulación vigente respecto de la reincidencia y la Constitución, obliga al abandono por parte del Tribunal Supremo de la interpretación sostenida en la STS de 6 de abril de 1990<sup>2099</sup>. Ello

---

<sup>2097</sup> Cfr. ZUGALDIA ESPINAR, J.M., *Comentarios al art. 22.8 CP-1995...*, cit., pp. 1083 ss.; la referencia a los arts. 10.15 y 61 CP-1973, puede entenderse hoy en día dirigida hacia los arts. 22.8 y 66.3 CP-1995.

<sup>2098</sup> Cfr. ZUGALDIA ESPINAR, J.M., *Comentarios al art. 22.8 CP-1995...*, cit., 1082.

<sup>2099</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, cit., pp. 646 ss.; del mismo autor veáse *Sobre la constitucionalidad de la reincidencia en la jurisprudencia del TS y del TC...*, cit., pp. 538 ss., dónde mantiene la tesis de que a partir de la STC 150/91 la agravante de reincidencia se debe aplicar obligatoriamente; sobre ello veáse también ZUGALDIA ESPINAR, J.M., *Comentarios al art. 22.8 CP-1995...*, cit., p. 1083.; asimismo veáse la crítica a la tesis de MIR que hacen BACIGALUPO, E.,



equivale admitir que la reincidencia debe ser aplicada de forma *automática* por los Tribunales en todos los casos en los que concurren los presupuestos formales contenidos en la definición de la agravante (art. 22.8º CP)<sup>2100</sup>.

Por su parte, MARIN ESPINOSA considera que a partir de la interpretación que hace la STS de 6 de abril de 1990 sobre la agravante de reincidencia, queda claro que “no se puede aplicar *automáticamente*”, sin embargo “no por ello se convierte en una circunstancia agravante de carácter *facultativo*<sup>2101</sup>”. Según la mencionada autora, la agravante de reincidencia debe apreciarse a partir de la mera constatación de sus requisitos formales<sup>2102</sup>, pero si con la agravación de la pena que comporta la apreciación de la agravante se supera la culpabilidad del autor por el hecho, entonces “no se deberán tener en cuenta sus efectos penológicos”. En síntesis: la apreciación de la reincidencia no es *facultativa*, sino de aplicación no *automática* o no mecánica, pues resulta imprescindible que el Juez motive en la sentencia por qué impone la pena en una determinada extensión<sup>2103</sup>.

En opinión de BACIGALUPO la agravación de la pena por causa de reincidencia sólo puede fundamentarse en la “personalidad del reo, es decir, precisamente en lo que la STC 150/91 excluye como fundamento legítimo<sup>2104</sup>”. Considera este autor que la reincidencia es una circunstancia agravante que “no resulta explicable por una mayor culpabilidad por el hecho cometido”, pues “la repetición del comportamiento delictivo tiene sobre todo un significado sintomatológico caracterológico” que indica una tendencia

---

*Principio de culpabilidad, carácter de autor y poena naturalis en el Derecho penal actual...*, cit., p. 121; y MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., pp. 124 ss.

<sup>2100</sup> De esta misma opinión aunque sin mencionar la STC 150/91, GARZON REAL/MANJON-CABEZA, *Reincidencia y Constitución...*, cit., p. 8; en contra expresamente de la tesis de MIR PUIG según la cual la agravante de reincidencia debe ser aplicada obligatoriamente a partir de la mera constatación de sus presupuestos formales, véase BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad, carácter de autor y poena naturalis en el Derecho penal actual...*, cit., p. 119, en cuya opinión la aplicación obligatoria (*formal*), o, por el contrario, sometida a las exigencias del principio de culpabilidad “no fue ninguna de las cuestiones discutidas por el TC (...), dado que el Tribunal se limitó a rechazar los argumentos del Juez que propuso la cuestión de inconstitucionalidad sin analizar la alternativa de la jurisprudencia del TS: constitucionalidad sometida al respeto del principio de la culpabilidad (por el hecho)”. Por lo tanto, no cabe deducir de la STC 150/91 “nada respecto de la solución dada en la STS de 6 de abril de 1990, que admite la constitucionalidad, pero la condiciona a la no vulneración del principio de culpabilidad”. En síntesis: el TC no afirma que la aplicación *formalista* de la agravante de reincidencia “sea la única compatible con la Constitución”.

<sup>2101</sup> Cfr. MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 135.

<sup>2102</sup> *Ibidem*; esta es la doctrina unánime del Tribunal Supremo.

<sup>2103</sup> Véase MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 135: “De lo contrario, estará permitido fundamentar un recurso de casación por infracción de Ley con apoyo en los arts. 5.4 LOPJ y 10.1 CE”.

<sup>2104</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad, carácter de autor y poena naturalis en el Derecho penal actual...*, cit., p. 118.

del autor hacia el delito, esto es, ofrece un indicio de peligrosidad<sup>2105</sup>. En su opinión, la STC 150/91 resulta ser, aparentemente, contradictoria, “ya que por un lado excluye la legitimidad de fundamentar la pena y su medida en la personalidad del autor y por otro admite la reincidencia como una circunstancia agravante legítima”, ello a pesar de “que los conocimientos actuales (y no actuales) sobre ella indican que sólo puede tener fundamento en la personalidad del autor y no en una mayor culpabilidad<sup>2106</sup>”.

Coincidimos con BACIGALUPO cuando constata lo siguiente: a) por una parte, que la sentencia del TC 150/91 reconoce el principio de culpabilidad como un principio estructural básico del sistema penal; y b) por otra, que la misma STC 150/91 también afirma que la CE no ha consagrado un determinado concepto de la culpabilidad<sup>2107</sup>. A partir de las anteriores evidencias, afirma acertadamente el autor citado que “lo cierto es que la propia sentencia excluye un concepto fundado en la culpabilidad de la personalidad<sup>2108</sup>” y que con independencia de asumir la eficacia de los argumentos esgrimidos por el TC para desestimar la cuestión de inconstitucionalidad respecto de las alegaciones del Juez que la planteó, existen otros argumentos “que avalan la posible inconstitucionalidad de una aplicación automática de la agravante del art. 22.8 CP-1995<sup>2109</sup>”.

En concreto, es posible afirmar siguiendo a BACIGALUPO que “el TC no ha percibido la dimensión del problema en orden al principio *non bis in idem*”, pues si bien la STC 150/91 dice que *es claro (...) que con la apreciación de la agravante de reincidencia (...) no se vuelve a castigar el hecho anterior, o los hechos anteriores (...), sino única y excusivamente el hecho posterior*; lo que en realidad resulta claro es lo contrario: a) ó en el hecho posterior se castiga nuevamente *una culpabilidad ya extinguida* por la pena sufrida; b) ó se castiga lo que el propio TC considera incompatible con la CE, esto es, la personalidad (peligrosa) del autor<sup>2110</sup>.

En cualquier caso, considera BACIGALUPO que la STC 150/91 admite una interpretación positiva, pues en ella se afirma rotundamente que la agravante de

---

<sup>2105</sup> Ibidem: “Como lo subraya Haffke: la investigación profunda y sutil de la personalidad del autor conducirá, según todos los conocimientos disponibles sobre el autor reincidente, previsiblemente a afirmar que su culpabilidad por el hecho debe ser, por regla, atenuada”.

<sup>2106</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad, carácter de autor y poena naturalis en el Derecho penal actual...*, cit., p. 119.

<sup>2107</sup> Ibidem.

<sup>2108</sup> Ibidem.

<sup>2109</sup> Ibidem.

<sup>2110</sup> Ibidem.

reincidencia puede ser compatible con la fundamentación de la pena en la culpabilidad por el hecho, siempre que la pena resultante no se fundamente en la personalidad (Fundamento Jurídico 4º)<sup>2111</sup>. Esta interpretación coincide con la del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 16 de enero de 1979, en la que se dice:

“(…) La regla (del párrafo 48 StGB) no contradice el principio constitucional de culpabilidad, en la medida en la que no dice que aquéllos que resultan nuevamente punibles a pesar de las condenas anteriores, siempre serán más reprochables, sino que amenaza al autor, bajo ciertas circunstancias, con una pena agravada, si cabe formularle un reproche de culpabilidad elevado en relación a sus condenas previas. Si este es o no es el caso (...) deberá investigarlo el Juez del hecho de oficio<sup>2112</sup>”.

En conclusión, consideramos acertada la posición de BACIGALUPO cuando afirma que la STC 150/91 no afecta la validez de la línea jurisprudencial que sostiene “que no cabe una agravación *automática* de la pena cuando se dan los presupuestos contenidos en el art. 22.8 CP-1995, sino que es preciso comprobar que la pena resultante no supere la gravedad de la culpabilidad<sup>2113</sup>”. En la práctica, esto significa que “no cabe excluir la aplicación de la mitad inferior del marco penal abstracto aunque concurra la reincidencia, sin una previa valoración, sin una previa valoración del hecho y la determinación de la culpabilidad del autor<sup>2114</sup>”. O, lo que es lo mismo: “si el autor formalmente reincidente ha obrado en el nuevo delito con una motivación muy poco reprochable y en circunstancias que disminuyen la exigibilidad del comportamiento adecuado a Derecho, la culpabilidad será menor y puede excluir el efecto agravante de la reincidencia<sup>2115</sup>”.

---

<sup>2111</sup> Véase BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad, carácter de autor y poena naturalis en el Derecho penal actual...*, cit., pp. 119 y 120, de estas consideraciones surge una conclusión que no ofrece duda: la STC 150/91 desautoriza la línea jurisprudencial que entiende que la agravación se justifica por “fines de prevención general y especial de la delincuencia” y que esto eleva la culpabilidad porque “el que a sabiendas comete por segunda o más veces un hecho criminoso (...) asume su culpabilidad con todas las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes” (STS 18-1-91); o que se puede apoyar “en la personalidad del delincuente” (STS 5-11-90 y 5-12-90); o en “una mayor peligrosidad social” (STS 13-11-1990); otra interpretación en MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, cit., p. 646.

<sup>2112</sup> Cfr. *BverfGE* 50, pp. 125 ss., 134, 136, citada por BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad, carácter de autor y poena naturalis en el Derecho penal actual...*, cit., p. 120; véase también MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*. Vol. II. Trad. por Bofill Genszch, J. Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 782 ss.

<sup>2113</sup> Véase BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad, carácter de autor y poena naturalis en el Derecho penal actual...*, cit., p. 120, con cita de las SSTs de 6-4-90; 15-10-90; 26-12-90; 22-4-91; y 6-5-91; el mismo autor responde a la crítica vertida contra la mencionada línea jurisprudencial por considerar que aumenta el *arbitrio judicial* y compromete la *seguridad jurídica* (con cita de la STC 41/97) véase *loc. cit.*, pp. 121 y 122.

<sup>2114</sup> *Ibidem*.

<sup>2115</sup> Véase BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad, carácter de autor y poena naturalis en el Derecho penal actual...*, cit., p. 120, sin perjuicio de ello, “la reincidencia podrá ser considerada en todo caso

#### IV. Evolución posterior

Como se dijo más arriba, la sentencia de 6 de abril de 1990 marcó un punto de inflexión en la tradicional jurisprudencia del TS en materia de reincidencia, permitiendo interpretar la regulación positiva de la agravante desde una perspectiva absolutamente compatible con el principio de culpabilidad por el hecho. Por otra parte, la STC 150/91, de 4 de julio, declarando la plena compatibilidad existente entre la regulación positiva de la reincidencia y la Constitución española, motivó que un cierto sector de la doctrina postulara la imposibilidad de seguir manteniendo la línea argumentativa iniciada por la STS de 6 de abril de 1990 (MIR PUIG), mientras que otro sector consideraba que no existía contradicción alguna entre la línea interpretativa iniciada por la STS de 6 de abril de 1990 y la STC de 4 de julio de 1991 (ZUGALDIA)<sup>2116</sup>.

Ante este panorama, lo cierto es que la jurisprudencia del Tribunal Supremo posterior a la STC 150/91 ha seguido manteniendo la línea iniciada por la sentencia de 6 de abril de 1990, asignando a la reincidencia un fundamento relacionado con la personalidad del autor (no con una mayor culpabilidad), y afirmando la plena compatibilidad existente entre la regulación positiva de la agravante de reincidencia y la Constitución española, siempre que aquélla sea interpretada de un modo respetuoso con el principio de culpabilidad por el hecho. En este sentido, cabe citar, entre otras, las SSTS de 5 de julio de 1991, 28 de octubre de 1991, 2 de diciembre de 1991, 21 de abril de 1992, y 5 de febrero de 1993.

Al mismo tiempo, el Tribunal Supremo ha considerado en no pocas ocasiones que la STC 150/91 no deja lugar a la duda sobre la constitucionalidad de la regulación positiva

---

para decidir sobre la posibilidad de aplicar penas alternativas a la privación de la libertad, cuando lo permita la ley, a los efectos de los sustitutivos penales (arts. 80 y ss CP-1995), sobre todo para decidir la suspensión de la ejecución en el caso del art. 87 CP-1995, en que el Tribunal debe atender a la *peligrosidad criminal del sujeto*. En estos supuestos no se trata de la determinación de la cantidad de pena, sino de modalidades de la ejecución que son independientes de la gravedad de la culpabilidad”.

<sup>2116</sup> Si bien ésta última posición, recogida entre otras en la STS de 5 de febrero de 1993, no excluye que la agravante, cuando se den los presupuestos objetivos para su apreciación, despliegue otros efectos (p.ej.: sobre la posibilidad de suspender la ejecución de la condena, en los que sí habrá de tener en cuenta el Tribunal la peligrosidad criminal del autor); sobre ello véase BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad, carácter de autor y poena naturalis en el Derecho penal actual...*, cit., p. 120.

de la agravante de reincidencia<sup>2117</sup>, resultando paradigmática la STS de 12 de septiembre de 1991, en la que se afirma lo siguiente:

*“(…) con independencia de la mayor peligrosidad social que puede apreciarse en estos casos, la ley penal positiva impone a los Tribunales la estimación de esta circunstancia agravante -vid. sentencia de 13 de noviembre de 1990 (RJ 1990\8892)-, por cuanto la redacción actualmente vigente de la agravante de «reincidencia» es notoriamente posterior a la entrada en vigor del texto constitucional -vid. sentencia de 5 de diciembre de 1990 (RJ 1990\9417)-; destacando la sentencia de 18 de enero de 1991 (RJ 1991\148) que, para el legislador, la persistencia en la delincuencia es más grave que la sola ocasional y aislada; justificándose además por los fines de prevención general y especial de la delincuencia. La Sentencia de 6 de marzo de 1991 (RJ 1991\1919), por su parte, declaró que no puede el Tribunal de casación pronunciarse sobre la inconstitucionalidad o constitucionalidad de la referida circunstancia de agravación, pues no se está en presencia de una eventual inconstitucionalidad sobrevenida, sino de una norma posterior a la Constitución Española, ya que se trata de precepto legal reformado por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio (RCL 1983\1325, 1588 y ApNDL 1975-85, 2364). En el mismo sentido, pueden citarse las sentencias de 12 de abril y 6 de mayo de 1991 (RJ 1991\2616 y RJ 1991\3550).*

*Finalmente, el pleno del Tribunal Constitucional, en sentencia de 4 de julio de 1991 (RTC 1991\150) ha abordado esta cuestión, y se ha pronunciado en favor de la constitucionalidad del artículo 10.15 del Código Penal”.*

A pesar de que en el Fundamento Jurídico 4º de la STC 150/91, se afirmaba que **“la CE consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal, de manera que no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal «de autor» que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos -SSTC 65/1986, 14/1988 (RTC 1988\14) y otras-**”, la STS de 12 de septiembre de 1991 parece seguir asignando a la reincidencia un fundamento relacionado con la mayor *peligrosidad* del autor y justificando la agravación de la pena por razones de *prevención general y especial* de la delincuencia<sup>2118</sup>. En este mismo sentido se manifiesta el Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de septiembre de 2003, en cuyo Fundamento Jurídico Sexto se afirma lo siguiente:

---

<sup>2117</sup> Se debe recordar que la STS de 6 de abril de 1990 tampoco negaba la constitucionalidad de la agravante, aunque la condicionaba a la no vulneración del principio de culpabilidad; sobre ello más ampliamente véase BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad, carácter de autor y poena naturalis en el Derecho penal actual...*, cit., p. 121.

<sup>2118</sup> En el mismo sentido STS de 20 de febrero de 1992, que fundamenta la reincidencia en “las razones de prevención general y especial que persigue la pena”; críticamente véase BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad, carácter de autor y poena naturalis en el Derecho penal actual...*, cit., p. 120.

*“El fundamento de la reincidencia es la mayor peligrosidad que se acredita en el sujeto por su inclinación a cometer la misma clase de delito, por lo que el plus de punición se justifica por una razón de prevención especial orientada a la reforma de aquella inclinación, por más que, desde otra perspectiva más criminológica, la reincidencia acredite el fracaso de la respuesta carcelaria”<sup>2119</sup>.*

Por otra parte, el Tribunal Supremo continúa manteniendo en ciertos casos que el fundamento de la agravación de la pena por causa de reincidencia no se ha de buscar en la mayor peligrosidad del autor, sino más bien en la persistencia en el delito y en la rebeldía ante la norma de autor reincidente. En este sentido, cabe citar la STS de 26 de febrero de 1992, en la que se afirma lo siguiente<sup>2120</sup>:

*“(…) Pretender asimismo que con tal agravante se combate el estado peligroso, supone una postura doctrinal de que la agravante se basa en la peligrosidad del reincidente y se utiliza como parámetro de constitucionalidad una determinada concepción dogmática de la agravante de reincidencia.*

*Igual rechazo ha de correr el motivo desde la perspectiva de la contradicción de la agravante con el principio de culpabilidad, porque parte de la base arbitraria de estimar que su mantenimiento introduciría en nuestra legislación un derecho penal de autor, en el que se sancionaría una personalidad peligrosa o una forma de ser marginando el principio del hecho. La Constitución consagra el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho Penal, de manera que sería ilegítimo un derecho penal de autor, como el propugnado por la denominada Escuela de Kiel y por otros regímenes autoritarios. Así lo ha entendido la doctrina constitucional [SS. 65/1986 (RTC 1986\65) y 14/1988 (RTC 1988\14)] pero ello no implica que el texto fundamental haya convertido en norma un determinado modo de entenderlo, como es el de la «normalidad de motivación» u otras.*

*Se aduce en el motivo que la agravante cuestionada conculca el principio de proporcionalidad de la pena en relación con el impuesto y con la culpabilidad del autor, pero como ha señalado la Sentencia de esta Sala 7-11-1990 (RJ 1990\8774), no atribuye tal circunstancia mayor forma a los reincidentes, sino que se limita a configurar la reincidencia como un dato más, dentro del amplio espectro que puede determinar la personalidad del sujeto, a la que se refiere expresamente la regla 4.ª del art. 61.*

*Si a los Tribunales permite el Código imponer la pena en el grado mínimo o medio «teniendo en cuenta la mayor o menor gravedad del hecho y la personalidad del delincuente», no puede producir escándalo la imposición del grado medio previsto ya por el legislador en los limitados supuestos que la agravante de reincidencia ha quedado tras la reforma operada por la Ley Orgánica 8/1983 (RCL 1983\1325, 1588 y ApNDL 2364), atendiendo a la persistencia en*

---

<sup>2119</sup> Véase la STS Sala 2ª, de 30 de septiembre de 2003. Ponente: D. Joaquín Giménez García.

<sup>2120</sup> En semejante sentido la STS de 18 de junio de 1992, en la que se afirma que “(…) se trata de una pena graduada en función del comportamiento por el nuevo delito cometido dentro del período de cancelación lo que revela una *culpabilidad contumaz*, todo ello dentro estrictamente del principio de legalidad, una norma vigente y postconstitucional [LO 8/1983 (RCL 1983\1325, 1588 y ApNDL 2364)]”.

*el delito y a la rebeldía ante la norma, como un factor más que no altera o sobrepasa la penalidad de la concreta infracción”.*

Asimismo, encontramos algunas resoluciones del TS en las que se afirma que el fundamento de la reincidencia resulta de la combinación de varios factores, tales como la mayor antijuricidad y reprochabilidad de la conducta o la función preventiva de la pena. Y así, por ejemplo la STS de 12 de julio de 1993, en la que se dice<sup>2121</sup>:

*“No es discriminatorio dar trato distinto a culpabilidades diferentes y precisamente la extensión de la pena conforme al art. 61 debe individualizarse y es proporcional a la culpabilidad manifestada en la conducta de quien teniendo recientemente sancionado un hecho delictivo reincide en él (en el caso de autos idéntico) añadiendo así un plus de antijuricidad y reprochabilidad que debe repercutir en pena diferente al que lo comete por primera vez. La finalidad reeducativa de la pena [art. 25 de la Constitución (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875)] lo justifica también, puesto que la pena del delito anterior fue ineficaz a tal efecto (por su extensión cabía en la remisión condicional, que otorga una confianza en blanco a la expectativa de máxima reinserción social, ya que permite al penado seguir como liberto, tras la advertencia de la condena suspensa) y ello aconseja el refuerzo sancionador de la nueva infracción penal por ésta en sí, no como segunda pena del delito precedente”.*

Por otra parte, algunas sentencias del Tribunal Supremo afirman expresamente que la línea jurisprudencial iniciada por la STS de 6 de abril de 1990 no puede ser mantenida después de la STC 150/91. Y en este sentido cabe citar la STS de 21-12-1992, en la que se dice lo siguiente<sup>2122</sup>:

---

<sup>2121</sup> En idéntico sentido la STS de 18 de febrero de 1994; asimismo véase la STS de 29 de octubre de 1990, en la que se combinan varios argumentos para fundamentar la reincidencia; también la STS de 16 de marzo de 1996, en la que se afirma que “La individualización de la pena debe ser proporcional a la culpabilidad manifestada en la conducta de quien, habiendo sido sancionado con anterioridad por un hecho semejante, reincide en él añadiendo así un plus de antijuricidad y reprochabilidad que debe repercutir en una pena diferente del que es delincuente primario”.

<sup>2122</sup> En semejante sentido véase también la STS de 6 de marzo de 1993: “Cierto es que concurren - como expresamente reconoce la sentencia recurrida- los presupuestos fácticos necesarios para su aplicación. Ciertamente también que la doctrina sentada por algunas sentencias de esta Sala [SSTS 30 abril, 5 julio y 2 diciembre 1991 (RJ 1991\3011, RJ 1991\5545 y RJ 1991\8945) y 21-4-1992 (RJ 1992\3171)] en cuanto cuestiona la constitucionalidad de la agravante de reincidencia no puede ser mantenida tras las SSTC 150/1991, de 4 julio (RTC 1991\150), y 152/1992, de 19 octubre (RTC 1992\152), en tanto su aplicación no determina infracción del derecho a la igualdad ni supone contradicción con el principio prohibitivo del «bis in idem»”; en igual sentido la STS de 2 de noviembre de 1994: “ (...) la agravante de reincidencia, según lo dispuesto en el artículo 10.15 del Código, se produce, entre otros casos, cuando al delinquir el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente «por dos o más delitos a los que la ley señale pena inferior». Este es el caso, y a esta norma es a la que hay que atenerse so pena de que queramos conculcar el principio intangible de legalidad y convertir a los Tribunales de Justicia, no en intérpretes de la ley, sino en verdaderos legisladores, competencia esta que le está vedada (obvio es decirlo) por razones estructurales en un Estado democrático y de derecho, en el que la división de «poderes» está perfectamente definida y

*“La conclusión a que llega la Sala de instancia a través de sus muy extensos y eruditos razonamientos, la entendemos, amén de un tanto paradójica, al aceptar la agravante en un plano teórico, para después no aplicarla y dejarla sin efecto en su realidad práctica, también, y sobre todo, muy peligrosa en cuanto sin duda conculca los principios de legalidad y de seguridad jurídica al no tener en cuenta que el art. 61 y su regla 2.<sup>a</sup> supone un mandato (el verbo «imponer» se emplea de modo imperativo) que evita toda posible interpretación o arbitrio judicial al tener que ser aplicado «ope legis» cuando se den los requisitos que en el precepto se señalan, siendo, por ello, de exclusiva competencia del legislador y no de los Jueces modificarlo o dejarlo sin efecto. Es decir, cuando concorra una sola circunstancia agravante, la pena mínima a imponer será necesariamente la que corresponda pero en su grado medio (...)”<sup>2123</sup>.*

Como conclusión de todo lo anteriormente expuesto, cabe afirmar que la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo evidencia que la problemática que plantea la recaída en el delito desde la perspectiva del principio de culpabilidad aún se encuentra en nuestros días en vías de encontrar una solución plenamente satisfactoria. A este respecto, resulta importante destacar, finalmente, que desde hace ya algunos años la jurisprudencia del TS viene manifestando que desde una perspectiva de *lege ferenda*, resulta más adecuado dirigir el tratamiento de la recaída hacia el terreno más propio de las medidas de seguridad. Y en este sentido debe recordarse la STS de 7 de noviembre de 1990, en la que se afirma lo siguiente:

*“(...) Ello no es óbice para que, desde el punto de vista de «lege ferenda», se pueda considerar más conveniente situar la reincidencia en una esfera distinta a la que corresponde específicamente a un derecho penal de culpabilidad en función de las medidas de seguridad que tiene su raíz en un derecho preventivo”.*

Argumentación ésta última que podemos encontrar en la más reciente jurisprudencia, y así la STS de 30 de mayo de 2000, en la que se dice:

*“La Sala cree oportuno poner de manifiesto que la agravante de reincidencia es un medio político-criminal inidóneo para resolver los problemas que plantea la peligrosidad del autor y recuerda la necesidad de introducir en el Código Penal para estos casos medidas de terapia social que permitan lograr aquellos resultados para los que la pena privativa de la libertad se ha mostrado ineficaz por las especiales características del autor”.*

---

delimitada. Hay que entender, por tanto, que en base a los hechos probados, la circunstancia agravatoria de reincidencia se nos aparece como verdad incontestable, y ello con independencia de que existan algunas sentencias de este mismo Tribunal en que se opine lo contrario, ya que tales sentencias tienen un carácter puramente esporádico que no demuestran el sentir generalizado y, por tanto, jurisprudencial de esta Sala”.

<sup>2123</sup> Respondiendo a la crítica de que la tesis de la STS de 6 de abril de 1990 conculca los principios de legalidad y seguridad jurídica, veáse BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad, carácter de autor y poena naturalis en el Derecho penal actual...*, cit., pp. 121 y 122.



Asimismo, en la STS de 3 de abril de 2001 se afirma lo siguiente:

*“La circunstancia agravante de reincidencia se ha caracterizado por la paulatina disminución de su radio de acción, sin duda condicionado por la falta de un fundamento político-criminal, suficientemente claro. Se intensifica la pena al sujeto, aumentando la «dosis» de aquello, que se ha revelado como poco efectivo, para la corrección y reinserción del mismo. Ello nos debe alertar, del carácter restrictivo con que deben interpretarse los criterios ofrecidos por la ley, para concretar el alcance de tal agravatoria”.*

### Bibliografía

BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad, carácter de autor y poena naturalis en el Derecho penal actual, en Justicia penal y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

GARZON REAL/MANJON-CABEZA, *Reincidencia y Constitución*, en *Actualidad Penal*, nº 1, 1990.

GONZALEZ-CUELLAR, A., *La Reincidencia*, en *El Derecho penal del estado democrático, en Comentarios a la legislación penal*, T. II. Edersa, Madrid, 1983.

JIMENEZ DE ASUA, L., *Lecciones de Derecho penal: Reincidencia y habitualidad*, ed. Pedagógica Iberoamericana, México, 1995.

MARIN ESPINOSA CEBALLOS, E., *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*. Comares, Granada, 1999.

MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia*. Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1971.

MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*. Vol. II. Trad. por Bofill Genszch, J. Astrea, Buenos Aires, 1995.

MIR PUIG, S., *La reincidencia en el Código penal*, Bosch, Barcelona, 1974.

MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*. 5ª ed., Barcelona, 1998.

RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *Derecho Penal Español. Parte General*. 17ª ed., Dykinson, Madrid, 1994.

ZUGALDIA ESPINAR, J.M., *Comentarios al art. 22.8 CP-1995*, en *Comentarios al Código penal*, Tomo II, Edersa, Madrid.

## **Capítulo VIII**

### **La superagravante de reincidencia cualificada**

#### **SUMARIO:**

**I.** Introducción. **II.** Motivos y contenido de la reforma. **III.** Regulación positiva de la reincidencia cualificada. **IV.** El problema sistemático. **V.** ¿Reincidencia cualificada o multirreincidencia? **VI.** El cambio de orientación. **VII.** El problema dogmático: **1.** Delimitación del problema. **2.** Rango constitucional del principio de culpabilidad. **3.** Contenido del principio de culpabilidad. **4.** Fundamento de la nueva agravante. **VIII.** Reincidencia cualificada y principio de culpabilidad. **IX.** Culpabilidad y prevención en la individualización. **X.** Conclusión.

#### **I. Introducción**

Recientemente, el legislador ha acometido la más importante reforma del sistema penal desde que fuera promulgada la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. Su incidencia alcanza tanto el ámbito del proceso como el del Derecho penal sustantivo. En concreto, la reforma se articula sobre las siguientes disposiciones:

- a) Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado, cuya entrada en vigor se produjo el día 24 de abril de 2003.
- b) Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre, complementaria de la Ley de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de

modificación del procedimiento abreviado, cuya entrada en vigor se produjo el día 24 de abril de 2003.

- c) Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, cuya entrada en vigor se produjo el día 2 de julio de 2003.
- d) Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional, cuya entrada en vigor se produjo el día 28 de octubre de 2003.
- e) Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, cuya entrada en vigor se produjo el día 1 de octubre de 2003.
- f) Anteproyecto de L.O. por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal.

En este Capítulo nos limitaremos al estudio de la nueva agravante de reincidencia prevista en el número segundo del artículo primero de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, *de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, por el que se modifica íntegramente el art. 66 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

## II. Motivos y contenido de la reforma

La Exposición de Motivos de la Ley nos indica que la iniciativa legislativa tiene por objeto “mejorar la protección de los derechos de los ciudadanos, especialmente frente a las agresiones de la delincuencia<sup>2124</sup>”, expresión de voluntad que sin duda cuenta con el apoyo unánime de quienes como punto de partida admitimos que el Derecho penal de un Estado democrático de Derecho debe cumplir una función de protección<sup>2125</sup>. Para alcanzar este objetivo, el legislador nos ofrece ordenadamente los argumentos en favor de las nuevas

---

<sup>2124</sup> Cfr. Apartado I de la Exposición de Motivos de la *Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*.

<sup>2125</sup> Recordemos que el art. 1.1 de la CE dispone que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

medidas legislativas propuestas en materia de reiteración delictiva, violencia doméstica, e inmigración. Materias las mencionadas en los dos últimos lugares que a pesar de su evidente interés quedan fuera del objeto de nuestro análisis, que como ya dijimos más arriba se limita al estudio del nuevo tratamiento penal dirigido a combatir el fenómeno de la recaída en el delito y, más concretamente, al estudio de la nueva agravante de reincidencia.

Tomando por tanto como única referencia el nuevo tratamiento propuesto para el fenómeno de la repetición delictiva, resulta importante destacar la evidente preocupación social existente hoy día en torno al problema que plantea la delincuencia que reiteradamente comete sus acciones y que el propio legislador –no muy acertadamente– denomina “delincuencia profesionalizada”, cuyo paradigma lo representan “aquellos que cometen pequeños delitos en un gran número de ocasiones, delitos que debido a su cuantía individualizada no obtienen una respuesta penal adecuada<sup>2126</sup>”. Partiendo de la previa constatación de este problema social, la propia Exposición de Motivos nos indica con detalle las líneas maestras de las soluciones legislativas propuestas para combatir eficazmente el fenómeno de la recaída en el delito (o en las faltas). Básicamente, la actuación del legislador descansa sobre dos pilares fundamentales:

- En primer lugar, se propone una medida dirigida a “dar una respuesta adecuada a aquellos supuestos en que los autores ya han sido condenados por la realización de actividades delictivas, a través de la aplicación de la agravante de reincidencia, en este caso cualificada por el número de delitos cometidos<sup>2127</sup>”. Lo anterior se concreta en la posibilidad de aplicar la pena superior en grado a la señalada por la Ley para el delito cuando el autor, al delinquir, hubiera sido ejecutoriamente condenado al menos por tres delitos comprendidos en el mismo Título del Código, siempre que fueren de la misma naturaleza. Ello supone la introducción de una nueva circunstancia agravante de reincidencia, a la que nosotros denominaremos en adelante *reincidencia cualificada* y que el propio legislador entiende “compatible con el principio de responsabilidad por el hecho”<sup>2128</sup>.

---

<sup>2126</sup> Cfr. Apartado II de la Exposición de Motivos de la *Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana...*, cit.

<sup>2127</sup> *Ibidem*.

<sup>2128</sup> Véase el apartado II de la Exposición de Motivos de la *Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana...*, cit; sin embargo, en la Exposición de Motivos del Anteproyecto no se contenía mención alguna al principio de *responsabilidad por el hecho*, pues tan sólo se decía que la nueva agravación se regulaba “respetando en todo momento la doctrina

- En segundo lugar, y a pesar de que no se trata de un supuesto de reincidencia en sentido estricto, pues falta el elemento esencial del instituto que constituye la existencia de “condena previa”, se proponen una serie de “medidas dirigidas a mejorar la aplicación de la respuesta penal a la habitualidad de la conducta cuando los hechos infractores del Código penal cometidos con anterioridad no hubieran sido aún juzgados y condenados”<sup>2129</sup>. En particular, la nueva redacción de los artículos 147 respecto de las lesiones, 234 respecto al hurto, y 244 respecto a la sustracción de vehículos, permitirá castigar con pena de delito la reiteración en la comisión de faltas, siempre y cuando la frecuencia sea de cuatro faltas en el plazo de un año, y en el caso de los hurtos o sustracciones de vehículos el montante acumulado supere el mínimo exigido para el delito.

Se debe señalar que resulta llamativo cómo en la Ley se suprime la propuesta contenida en el *Anteproyecto* de “aplicar la reincidencia a la comisión de faltas, cuando el delincuente al delinquir ya hubiere sido condenado por tres faltas de hurto, sustracción de vehículo a motor o lesiones<sup>2130</sup>”. Recordemos que el Anteproyecto disponía una modificación de la regla general hasta ahora vigente contenida en la redacción original del art. 638 de la L.O. 10/1995, del Código Penal, según la cual en el caso de que la infracción fuera constitutiva de falta, los Jueces y Tribunales individualizarán la pena según su prudente arbitrio dentro de los límites señalados por la Ley, atendiendo a las circunstancias del hecho y del culpable, pero sin ajustarse a las reglas de los artículos 61 a 72 del Código. El *Anteproyecto* disponía una excepción a esta regla general, a cuyo efecto añadía un segundo párrafo al art. 638 del Código penal, que permitía la aplicación de la nueva circunstancia agravante de reincidencia prevista en el nuevo artículo 66.1.5<sup>a</sup> del Código, cuando el culpable hubiere sido condenado por tres faltas de las previstas en los artículos 617, 623 1 y 3, en cuyo caso se aplicaría la pena prevista por la Ley en el artículo 147.1, 234 y 244.1 respectivamente, en su mitad inferior<sup>2131</sup>. Esta medida desaparece completamente en el texto definitivo de la Ley.

---

sentada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 150/1991, de 4 de julio”, toda vez que la elevación de la pena por causa de reincidencia no supone “un trato inhumano o degradante”.

<sup>2129</sup> Cfr. Apartado II de la Exposición de Motivos de la *Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana...*, cit.

<sup>2130</sup> Sobre ello véase el apartado II de la Exposición de Motivos del *Anteproyecto de Ley Orgánica de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*.

<sup>2131</sup> Véase el número decimosexto del artículo primero del *Anteproyecto de Ley Orgánica de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana...*, cit.

### III. Regulación positiva de la reincidencia cualificada

Como dijimos más arriba, la creación de una nueva agravante de *reincidencia cualificada* obedece al propósito confesado de “dar una respuesta adecuada a aquellos supuestos en que los autores ya han sido condenados por la realización de actividades delictivas”, objetivo éste que viene subordinado al más general de dar una respuesta adecuada al problema de la “delincuencia que reiteradamente comete sus acciones”<sup>2132</sup>. Dicho de otra manera, se trata de “mejorar la protección de los derechos de los ciudadanos” frente a aquellos “que cometen pequeños delitos en un gran número de ocasiones, delitos que debido a su cuantía individualizada no obtienen una respuesta penal adecuada”<sup>2133</sup>. Para alcanzar este objetivo, el legislador propone en el número segundo del artículo primero de la Ley, una modificación integral en la redacción original del artículo 66 de la L.O. 10/1995<sup>2134</sup>, si bien en lo que ahora nos interesa debemos destacar únicamente el contenido de la nueva regla 5ª, incluida en el apartado 1º del art. 66, que define la nueva agravante de *reincidencia cualificada* del siguiente modo:

**Artículo 66.- 1.** *En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los Jueces o Tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas: (...)*

**5ª.** *Cuando concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, **podrán aplicar** la pena superior en grado a la prevista por la Ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido.*

*A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.*

---

<sup>2132</sup> Cfr. Apartado II de la Exposición de Motivos de la *Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana...*, cit.

<sup>2133</sup> Ibidem.

<sup>2134</sup> Se debe señalar que la modificación propuesta para el art. 66 es tan profunda, que por sí sola podría ser objeto de una monografía, y así presentan interés dogmático, p. ej: la nueva distinción a efectos de individualización entre delitos dolosos (art. 66.1) e imprudentes (art. 66.2); la posibilidad de aplicar la pena superior en grado en caso de concurrencia de más de dos agravantes si no concurren atenuantes (regla 4ª); etc.

Lo primero que llama nuestra atención es la sustancial diferencia existente entre el nuevo texto legal y el contenido en el *Anteproyecto*, que aunque también ubicaba la nueva agravante de reincidencia en la regla 5ª del art. 66.1, lo hacía del siguiente modo<sup>2135</sup>:

**Artículo 66.- 1. (...)**

**5ª.** *Cuando concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo Título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, se aplicará la pena superior en grado a la prevista por la Ley para el delito de que se trate.*

*A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.*

Tal y como se puede observar, la diferencia esencial existente entre ambos textos radica en la sustitución de la expresión de claro contenido imperativo “*se aplicará la pena superior en grado*” del *Anteproyecto*, por la expresión “*podrán aplicar la pena superior en grado*” utilizada en la Ley. De este modo, la nueva redacción del precepto somete la apreciación de la nueva agravante al poder discrecional de los Jueces, que deberán hacer uso de la facultad que la Ley les otorga, no de una forma libre y arbitraria, sino reglada “*teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido*”<sup>2136</sup>. En cualquier caso, la redacción literal de la Ley nos permite afirmar que se trata de una nueva circunstancia agravante de la responsabilidad criminal, de apreciación facultativa, que exige la previa constatación de los siguientes presupuestos de índole formal y objetiva:

- 1) Existencia de condena o condenas previas<sup>2137</sup>.
- 2) Ejecutoria<sup>2138</sup>.
- 3) No necesidad de condena cumplida<sup>2139</sup>.

---

<sup>2135</sup> Véase el número segundo del artículo primero del *Anteproyecto de Ley Orgánica de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana...*, cit.

<sup>2136</sup> La *Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana...*, cit., afirma en el apartado II de la Exposición de Motivos que “dicha circunstancia de agravación es compatible con el principio de responsabilidad por el hecho, siendo el Juzgador el que, ponderando la magnitud de pena impuesta en las *condenas precedentes* y el número de éstas, así como la *gravedad de la lesión* o el *peligro para el bien jurídico producido por el nuevo hecho* imponga, en su caso, la pena superior en grado”.

<sup>2137</sup> Una o más condenas previas.

<sup>2138</sup> La sentencia o sentencias condenatorias anteriores deben ser firmes, esto es, causar ejecutoria según el art. 141 LECrim.

- 4) Por al menos tres delitos<sup>2140</sup>.
- 5) Comisión de un nuevo delito<sup>2141</sup>.
- 6) Relación de identidad en el Título<sup>2142</sup>.
- 7) Relación de Identidad en la naturaleza<sup>2143</sup>.
- 8) Dentro de los plazos señalados por la Ley<sup>2144</sup>.

En cuanto a sus efectos sobre la pena, debe destacarse el rigor punitivo del que serán objeto los autores en quienes sea apreciada la nueva agravación, ya que supondrá la aplicación de la pena inmediatamente superior en grado a la prevista por la Ley para el delito de que se trate. Por ello, y desde la perspectiva de sus efectos sobre la pena, cabe referirse a la nueva agravante como a una *superagravante*.

#### IV. El problema sistemático

Lo primera pregunta que se plantea el intérprete es la relativa a la situación de la nueva agravante en el Código. Este cuestionamiento tiene sentido si partimos de constatar que la propia Ley la califica como “una nueva circunstancia agravante de reincidencia”<sup>2145</sup>. Si se configura por tanto como una agravante, cabe formularse la siguiente pregunta: ¿por qué se ubica sistemáticamente en el seno de una disposición destinada a establecer las reglas generales para la aplicación de las penas? Lo cierto es que ya existen antecedentes legislativos respecto de la ubicación sistemática propuesta. Y así, ya en el Código Penal de 1928, la reincidencia venía regulada en el art. 67.3<sup>a</sup> dentro del Libro I, Título II: *De la responsabilidad*, Capítulo III: *De la atenuación y de la agravación de la responsabilidad*; si bien la

---

<sup>2139</sup> A diferencia de lo que sucede en otras legislaciones (p.ej.: art. 67 CP suizo), la aplicación de la nueva agravante no requiere como presupuesto el previo cumplimiento total o parcial de la pena impuesta.

<sup>2140</sup> Los tres o más delitos previos que cualifican a la nueva agravante, pueden haber sido objeto de tres condenas independientes, o de una sola condena conjunta (p.ej.: concurso real de delitos); se debe precisar que la nueva agravante ya no se aplicará a las faltas al haberse suprimido la nueva redacción dada por el Anteproyecto al art. 638 CP.

<sup>2141</sup> Quedan por tanto excluidas las faltas.

<sup>2142</sup> El nuevo delito cometido debe estar comprendido en el mismo Título que al menos tres de los delitos que fueron objeto de la condena o condenas antecedentes.

<sup>2143</sup> Además de estar ubicado en el mismo Título, el nuevo delito cometido debe ser de la misma naturaleza que al menos tres de los delitos que fueron objeto de la condena o condenas antecedentes.

<sup>2144</sup> Como ya sucede con la vigente agravante de reincidencia (art. 22.8<sup>a</sup>), tampoco a los efectos de la nueva agravante (art. 66.1.5<sup>a</sup>) serán computados los antecedentes penales cancelados o que pudieran serlo.

<sup>2145</sup> Cfr. Apartado II de la Exposición de Motivos de la *Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana...*, cit.



previsión de la segunda o posteriores reincidencias se hacía en el art. 156, contenido también en el Libro I, si bien dentro del Título III: *De la represión*, Capítulo V: *De la aplicación de las penas*.

Por su parte, también el Código Penal de 1944 regulaba en su art. 10. 15ª la reincidencia dentro del Libro I, Título I: *De los delitos y faltas y de las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal, la atenúan o agravan*, Capítulo IV: *De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal*, si bien la referencia a la segunda o posteriores reincidencias se contenía en la regla 6ª del art. 61 dentro del mismo Libro I, pero en el Título III: *De las penas*, Capítulo IV: *De la aplicación de las penas*. Una sistemática semejante a la del CP de 1944, fue mantenida a través de sucesivas reformas legislativas hasta que mediante L.O. 8/83, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código Penal, se dio nueva redacción al artículo 10.15ª, refundiendo en una sola descripción reincidencia y reiteración, eliminando la mención a la multirreincidencia, y suprimiendo el efecto agravatorio de la multirreincidencia hasta entonces contenido en la regla 6ª del art. 61 del CP 1973.

En nuestra opinión, el retorno a la sistemática de leyes ya derogadas podría encontrar su causa en un simple error del legislador, ya que la nueva agravante vuelve a situarse en el artículo 66 del CP, dentro del Libro I, Título III: *De las penas*, Capítulo II: *De la aplicación de las penas*, Sección 1ª: *Reglas generales para la aplicación de las penas*, cuestiones éstas que si bien guardan relación con los efectos de las circunstancias agravantes resultan ajenas a su concepto. Por esta razón, entendemos que una disposición como la contenida en la nueva regla 5ª del art. 66.1 CP, habría encontrado mejor acomodo dentro del catálogo general de circunstancias agravantes contenido en el art. 22 CP, y más en concreto, podría situarse perfectamente como complemento del actual nº 8 del art. 22 CP. Si así se hiciera, no sólo se alcanzaría un mayor rigor sistemático, toda vez que recordemos que el art. 22 CP se halla ubicado en el Libro I, Título I: *De la infracción penal*, Capítulo IV: *De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal*; sino que, además, podríamos ahorrarnos todo el párrafo final contenido en la nueva regla 5ª del art. 66.1 CP, ya que esta misma expresión ya figuraba en el nº 8 del art. 22 de la L.O. 10/1995.

Por otra parte, también es posible pensar que la ubicación de la nueva agravante de reincidencia no es el resultado de un simple error sistemático, sino el reconocimiento expreso de que la mencionada agravante ya no constituye una circunstancia relacionada con

la “*infracción penal*” (que es la rúbrica del Título I del CP), sino que se trata de una nueva agravante absolutamente desvinculada de la infracción realizada por el autor. Si se aceptara este planteamiento y se tomara en consideración, además, que el Título III de la L.O. 10/1995, en el que se sitúa el nuevo art. 66, se desarrolla bajo la rúbrica “*De las penas*”, sería posible afirmar que la ubicación de la nueva agravante en el Código ofrece un argumento de peso en favor de todas aquellas posturas que mantienen que el fundamento de la reincidencia no se debe buscar en una mayor gravedad del injusto realizado culpablemente, sino más bien en una tendencia de la personalidad del autor que le hace así acreedor de más pena por razones exclusivamente vinculadas con necesidades de tipo preventivo-especial<sup>2146</sup>.

## V. ¿Reincidencia cualificada o multirreincidencia?

Otra de las cuestiones que surgen inmediatamente después de la primera lectura de la nueva agravante de *reincidencia cualificada* contenida en la nueva regla 5ª del art. 66.1 CP, es su aparente relación de parentesco con la vieja circunstancia agravante de *multirreincidencia* contenida en el nº 15 del derogado art. 10 CP-Texto Refundido de 1973, y decimos que la relación es sólo aparente porque nada tienen que ver la una con la otra. Para explicar esta afirmación, debemos recordar el contenido que la Ley 81/78, de 28 de diciembre, sobre modificación del Código Penal en materia de reincidencia y reiteración, cuyo artículo 1º derogaba y daba nueva redacción a la circunstancia 15ª del art. 10 del CP 1973, que quedaba redactada del siguiente modo:

**Artículo 10.-** *Son circunstancias agravantes: (...)*

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

---

<sup>2146</sup> En este mismo sentido, aunque haciendo referencia a la agravante de reincidencia contenida en el nº 8 del art. 22 de la L.O.10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, véase Bacigalupo, E., *Principio de culpabilidad e individualización de la pena*, en *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Angel Torío López*, Comares, Granada, 1999, p. 39: “La reincidencia es una circunstancia agravante que no resulta explicable por una mayor culpabilidad por el hecho cometido, como las restantes contempladas en el art. 22 CP. La repetición del comportamiento delictivo tiene sobre todo un significado sintomatológico caracterológico. Es indicativa de la tendencia del autor y, por lo tanto, de otros posibles ataques a bienes jurídicos, o sea de su peligrosidad”.

*más delitos de los mencionados en el párrafo anterior en varias sentencias, siempre que en alguna de ellas se hubiere apreciado ya la circunstancia de reincidencia.*

A la vista de lo anterior, es claro que la diferencia esencial entre la multirreincidencia de la Ley 81/78, y la nueva agravante de reincidencia contenida en la regla 5ª del art. 66.1 del Código Penal, radica precisamente en la exigencia prevista en la Ley derogada de que en alguna de las condenas ejecutorias previas se hubiere apreciado ya la circunstancia agravante de reincidencia, exigencia ésta que no aparece por ninguna parte en la regulación de la nueva agravante de *reincidencia cualificada* que hace la Ley Orgánica 11/2003. De cualquier modo, se debe recordar que la multirreincidencia, tal y como venía configurada en la Ley 81/78, fue derogada por la L.O. 8/83, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código Penal, en cuya Exposición de Motivos se afirmaba literalmente lo siguiente:

*“Mayor alcance tiene, sin duda, la simplificación de la formulación legal de la reincidencia, pues no sólo se funde en una sola descripción la reincidencia y la reiteración, sino que, además, se suprimen los efectos agravatorios de la multirreincidencia, establecidos hasta ahora en el art. 61.6 del Código Penal (...): La exasperación del castigo del delito futuro, de por sí contraria al principio non bis in idem puesto que conduce a que un solo hecho genere consecuencias punitivas en más de una sola ocasión, se ha mostrado además como poco eficaz solución en el tratamiento de la profesionalidad o habitualidad delictiva; a ello se une la intolerabilidad de mantener una regla que permite llevar la pena más allá del límite legal de castigo previsto para la concreta figura del delito, posibilidad que pugna con el cabal entendimiento del significado del principio de legalidad en un Estado de Derecho”.*

Considerando lo anteriormente expuesto, resulta obligado preguntarse ¿por qué el legislador vuelve a exasperar el castigo en el caso de que el reincidente haya sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en el mismo Título (art. 66.1.5ª CP), si como hemos visto el propio legislador, en el año 1983, ya constató la ineficacia de una tal solución en el tratamiento de la profesionalidad o habitualidad delictiva? Asimismo, cabe cuestionarse ¿es que el legislador entiende actualmente, contra lo manifestado en el año 1983, que mantener una regla que permite elevar la pena más allá del límite señalado por la Ley para el delito no pugna con el principio de legalidad penal? Y, finalmente, ¿es

que acaso ahora la elevación de la pena por causa de reincidencia no es contraria al principio *non bis in idem*?

La respuesta al primero de los interrogantes planteados viene dada por el propio texto de la Ley Orgánica 11/2003, ya que es lógico suponer que si el legislador propone una medida como la prevista en la nueva regla 5ª del art. 66.1 CP, es porque la considera eficaz para combatir el fenómeno de la reiteración delictiva. Surge entonces la pregunta relativa a si esta nueva valoración sobre la eficacia de la medida -contra el criterio mantenido por la Ley 8/83-, se halla fundamentada en estudios empíricos o se basa sencillamente en una intuición de índole político-criminal del propio legislador. También cabría preguntarse, en el hipotético caso de que hubiera sido realizado algún estudio empírico sobre la eficacia de la nueva agravante para el tratamiento del fenómeno de la repetición delictiva ¿dónde está este estudio y qué resultados ofrece? De otro modo, la orientación político criminal eminentemente represiva que subyace en el nuevo texto propuesto para el art. 66.1.5ª del Código penal, podría calificarse como errática y arbitraria.

En cuanto a la respuesta a los interrogantes que cuestionan la compatibilidad de la reincidencia, o de la nueva agravante de reincidencia cualificada (art. 66.1.5ª CP), con los principios *non bis in idem* y de legalidad penal, ésta puede deducirse del propio contenido de la Ley Orgánica 11/2003, ya que la misma regulación positiva de la nueva agravante nos hace pensar que el legislador la considera plenamente compatible con los mencionados principios, y ello a pesar de que la Exposición de Motivos no hace referencia alguna a los argumentos que han podido fundamentar el cambio de orientación respecto de los criterios plasmados por el legislador en la Ley 8/83.

## **VI. El cambio de orientación**

Lo cierto es que la agravante contenida en la nueva regla 5ª del art. 66.1 CP, comparte identidad de naturaleza con la clásica agravante de reincidencia contenida en el nº 8 del art. 22 de la L.O. 10/1995. Por esta razón, es posible hacer extensiva a la nueva regulación legal toda la crítica doctrinal que desde hace tiempo se viene realizando contra la

agravación de la pena por causa de reincidencia, presión que en los últimos tiempos parecía haber logrado un evidente retroceso en el campo de aplicación de la agravante<sup>2147</sup>.

Como prueba del proceso histórico de invariable restricción en el ámbito de aplicación de la reincidencia y de la progresiva moderación de sus efectos sobre la pena, baste recordar cómo en el Código de 1822 la reincidencia venía regulada en el art. 116 como una circunstancia especial dotada de una escala propia de penas (art. 119). Su especial naturaleza no sólo la diferenciaba esencialmente de las agravantes ordinarias, impidiendo su compensación con las atenuantes concurrentes en el supuesto concreto, sino que además podía llegar a justificar la imposición del “doble de pena” en el caso de la primera reincidencia, o de “pena cuádrupla” en el caso de segunda reincidencia (art. 119). Sin embargo, las durísimas consecuencias previstas para la reincidencia en el CP 1822 resultaron por regla general atemperadas en la legislación posterior, y así por ejemplo ya en el CP de 1848 la reincidencia deja de ser considerada como una circunstancia especial y pasa a integrarse en el catálogo general de agravantes (art. 10.18<sup>a</sup>), lo que permite su compensación racional con las demás atenuantes (art. 74.4<sup>a</sup>) sin que en ningún caso pueda superarse por causa de reincidencia pena mayor a la señalada por la Ley para el delito en su grado máximo (art. 74.6<sup>a</sup>); en el Código de 1928, la reincidencia deviene de apreciación facultativa (art. 67.3<sup>a</sup>); la Ley Orgánica 8/83, de 25 de junio, suprime la multirreincidencia; y, finalmente ya en la Ley Orgánica 10/1995 desaparece también la reiteración, reduciéndose considerablemente el ámbito de aplicación de la agravante de reincidencia al precisarse no sólo la comisión de delitos que se hallen en el mismo Título, sino además, que se trate de delitos de la misma naturaleza (art. 22.8<sup>a</sup>)<sup>2148</sup>.

---

<sup>2147</sup> Por todos véase MARIN ESPINOSA CEBALLOS, E., *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, Granada, 1999, pp. 3 ss; sobre el cambio general de orientación en la legislación penal y el resurgir del denominado *punitivismo*, véase la opinión de CANCIO MELIA en la obra conjunta de JAKOBS, G., y CANCIO MELIA, M., *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 69 ss.

<sup>2148</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad e individualización de la pena*, en *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Angel Torío López*, Comares, Granada, 1999, p. 41, un mayor recorte en los efectos de la reincidencia vino dado por la línea jurisprudencial iniciada por la STS de 6-4-90, en la que se postulaba que si “el autor formalmente reincidente ha obrado en el nuevo delito con una motivación muy poco reprochable y en circunstancias que disminuyen la exigibilidad del comportamiento adecuado a Derecho, la culpabilidad será menor y puede excluir el efecto agravante de la reincidencia. Sin perjuicio de ello la reincidencia podrá ser considerada en todo caso para decidir sobre la posibilidad de aplicar penas alternativas a la privación de libertad, cuando lo permita la Ley, a los efectos de los sustitutivos penales (arts. 80 ss.), sobre todo para decidir sobre la suspensión de la ejecución en el caso del art. 87 CP, en lo que el Tribunal debe atender a la *peligrosidad criminal del sujeto*. En estos supuestos no se trata de la determinación de la cantidad de pena, sino de modalidades de la ejecución que son independientes de la gravedad de la culpabilidad”.

## VII. El problema dogmático

Si bien la reincidencia plantea en general distintos problemas relacionados principalmente con su fundamento y naturaleza<sup>2149</sup>, resulta especialmente relevante el cuestionamiento doctrinal de la agravante desde dos perspectivas diversas que en el fondo constituyen las dos caras de una misma moneda: de una parte el problema de la compatibilidad con el principio *non bis in idem*; y de otra, el problema de su compatibilidad con el *principio de culpabilidad*.

### 1. Delimitación del problema

En general, tal y como hace la Exposición de Motivos de la Ley 8/83, de 25 de junio, sobre *reforma urgente y parcial del Código penal*, se admite por un amplio sector de la doctrina que la exasperación del castigo del nuevo delito cometido por el reincidente es de por sí contraria al principio *non bis in idem*, “puesto que conduce a que un solo hecho genere consecuencias punitivas en más de una ocasión”<sup>2150</sup>. Sin embargo, lo cierto es que los ataques doctrinales más severos y decisivos contra el mantenimiento de una agravación de la pena por causa de reincidencia han venido siempre dirigidos desde el punto de vista del *principio de culpabilidad*, entendido éste en su función de principio rector de la medida de la pena, y no en su faceta de presupuesto de la misma. En nuestra opinión, el problema que plantea la reincidencia respecto del *principio de culpabilidad por el hecho* o de *responsabilidad por el hecho* como prefiere denominarlo el legislador, y el problema que plantea respecto del principio *non bis in idem* es el mismo, pues ambos principios comparten entre sus fundamentos la idea de Justicia y la idea de dignidad de la persona humana, llegando a una idéntica conclusión: nadie puede ser castigado de forma desproporcionada<sup>2151</sup>.

Es cierto que el principio *non bis in idem* se manifiesta en dos momentos distintos con singular relevancia: a) de una parte en el seno del proceso penal, se afirma que nadie

---

<sup>2149</sup> Un panorama general de los problemas que presenta la reincidencia en la STC 150/1991, de 4 de julio; asimismo en GARZON REAL/MANJON-CABEZA OLMEDO, *Reincidencia y Constitución*, en *Actualidad Penal*, nº 1, 1990, p. 3 y ss.

<sup>2150</sup> Sobre ello véase la Exposición de Motivos de la Ley 8/83, de 25 de junio; también BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad...*, cit., p. 40; asimismo GARZON REAL/MANJON-CABEZA, *Reincidencia y Constitución...*, cit., p. 2.

<sup>2151</sup> Cfr. Apartado II de la Exposición de Motivos de la *Ley Orgánica 11/2003, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana...*, cit.

puede ser juzgado dos veces por un mismo hecho, y en el caso de que esto sucediera podría ser invocada la excepción de *cosa juzgada* (art. 666.2ª LECrim.), provocando si a ello hubiera lugar el sobreseimiento libre del acusado (art. 675 LECrim.); b) de otra parte, en el seno del Derecho penal sustantivo se afirma que debe existir una adecuada relación de proporcionalidad entre el injusto culpablemente realizado y el castigo impuesto, por lo que ante la evidente desproporción que supone castigar dos veces una misma infracción sería posible invocar tanto la infracción del *principio de culpabilidad* o de *responsabilidad por el hecho*, como la infracción de aquellos valores constitucionales que lo sustentan.

Por estas razones, a continuación expondremos el problema que la nueva agravante de *reincidencia cualificada* contenida en la nueva regla 5ª del art. 66.1 CP, plantea respecto del *principio de culpabilidad por el hecho*. Sobre ello, resulta importante precisar que como punto de partida admitimos que el problema que presenta la nueva agravante respecto del *principio de culpabilidad* es idéntico al que plantea respecto del principio *non bis in idem* en su vertiente de Derecho penal sustantivo (no procesal). En esencia, el problema de la nueva agravante es el que tradicionalmente ha planteado la circunstancia agravante de reincidencia, y que ya ha sido objeto de análisis en la STC 150/91<sup>2152</sup>.

## 2. Rango constitucional del principio de culpabilidad

Como punto de partida para una adecuada comprensión de la relación de conflicto existente entre la nueva agravante de *reincidencia cualificada* y el *principio de culpabilidad*, es necesario recordar que el Tribunal Constitucional ha reconocido el rango constitucional del principio de culpabilidad como principio de medida de la pena en la STC 65/86, en la que se afirma lo siguiente<sup>2153</sup>:

---

<sup>2152</sup> La propia Exposición de Motivos del *Anteproyecto de Ley Orgánica de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana...*, cit., justificaba en su apartado II la nueva regulación de la agravante a partir de la STC 150/1991, de 4 de julio, ya que la agravación de la pena por esta causa no constituía un “trato inhumano o degradante”; sin embargo esta mención desaparece en la Exposición de Motivos de la Ley; sobre ello véase también BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad, carácter de autor y poena naturalis en el Derecho penal actual*, en *Justicia penal y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2002, en donde se afirma que “sobre todo el Tribunal Constitucional no ha percibido la dimensión del problema en orden al principio *non bis in idem*”.

<sup>2153</sup> Véase la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 65/1986, de 22 mayo. Recurso de Amparo núm. 858/1983.

*“Las cuestiones relacionadas con la medida de la pena y la culpabilidad sólo se podrían plantear, (...), cuando la gravedad de la pena atribuida al condenado fuese superior a la legalmente imponible en relación a la gravedad de su culpabilidad”.*

Asimismo, se debe señalar que el Tribunal Constitucional vinculó el principio de culpabilidad con la exigencia de dolo y culpa en la STC 76/90<sup>2154</sup>, y por otra parte sostuvo en la STC 150/91, lo siguiente<sup>2155</sup>:

*“En efecto, la C.E. consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal, de manera que no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal «de autor» que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos -SSTC 65/1986, 14/1988 (RTC 1988\14) y otras-”.*

A pesar de que el Tribunal Constitucional no ha dicho expresamente de dónde deriva el principio *estructural* de culpabilidad, coincidimos con BACIGALUPO cuando afirma que “es evidente que existen tres puntos de apoyo indudables en la Constitución que fundamentan el rango constitucional del principio de culpabilidad”<sup>2156</sup>:

- a) La *justicia*, como “valor superior del orden jurídico”<sup>2157</sup>.
- b) La *dignidad de la persona*, como “fundamento del orden político”<sup>2158</sup>.
- c) El *libre desarrollo de la personalidad*, como “fundamento del orden político”<sup>2159</sup>.

Del valor *justicia* se deduce tanto que la pena sea proporcionada a la gravedad del hecho, como que ésta dependa de la reprochabilidad del autor<sup>2160</sup>. Por su parte, la *dignidad*,

---

<sup>2154</sup> Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 76/1990 (Pleno), de 26 abril. Recurso de Inconstitucionalidad núm. 695/1985 y cuestiones de Inconstitucionalidad núms. 889/1988 y 1960/1988 (acum.), citada por BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad...*, cit., p. 34.

<sup>2155</sup> Véase la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 150/1991 (Pleno), de 4 julio.

<sup>2156</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad...*, cit., p. 34; del mismo autor véase también *La jerarquía constitucional del principio de culpabilidad*, en *Justicia Penal y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 99 ss.

<sup>2157</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad...*, cit., p. 34.

<sup>2158</sup> Ibidem.

<sup>2159</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad...*, cit., p. 34: “Precisamente de estos dos últimos derechos ha deducido el Tribunal Federal Constitucional alemán el principio de culpabilidad. La notoria similitud de la CE y de la Ley Fundamental alemana en este punto permite tomar en consideración los precedentes del Tribunal Constitucional Federal”.

<sup>2160</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad...*, cit., p. 35.



entendida como cualidad moral, indica el valor absoluto del ser humano en cuanto tal. Según KANT los seres humanos, a diferencia de los objetos que tienen valor, tienen dignidad. La igual dignidad de todos los seres humanos se expresa en la idea kantiana de la persona como fin-en-sí<sup>2161</sup>. En la actualidad, constituye un presupuesto filosófico generalmente aceptado aquél según el cual el Hombre debe ser siempre considerado como un fin-en-sí<sup>2162</sup>. Por esta razón, es posible afirmar que la dignidad requiere que las personas no sean utilizadas como medio para obtener fines que les son ajenos<sup>2163</sup>. Por otra parte, coincidimos con BACIGALUPO cuando manifiesta que el *libre desarrollo de la personalidad* “presupone que la actuación penal del Estado sea previsible y ajustada a límites que no conviertan la libertad en excepción y que la libertad sea protegida dentro del marco jurídico de la Constitución”<sup>2164</sup>. Teniendo en cuenta todo lo anterior, podemos concluir que la Constitución española consagra como valor superior del ordenamiento jurídico la Justicia (art. 1.1 CE), y reconoce tanto la dignidad de la persona como el libre desarrollo de su personalidad entre los fundamentos del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE)<sup>2165</sup>. Con base en el valor Justicia, en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, y en la dignidad de la persona<sup>2166</sup>, es posible afirmar que la Constitución consagra el principio de culpabilidad como un principio estructural básico del Derecho Penal<sup>2167</sup>.

### 3. Contenido del principio de culpabilidad

<sup>2161</sup> Véase KANT, I., *Die Methaphysik der Sitten*, B 255 ss., citado por LESCH, H., *La función de la pena*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 9: “El hombre no es una cosa, y por tanto no es algo que pueda ser usado como mero instrumento, sino que tiene que ser tenido en todas sus acciones siempre como fin en sí mismo”; “El imperativo práctico es por tanto el siguiente: actúa de tal manera que nunca utilices la humanidad como mero instrumento ni en tu persona ni en la persona de los demás, sino siempre como fin”; asimismo véase KANT, I., *Introducción a la teoría del Derecho. Introducción a la metafísica de las costumbres*. Trad. por F. González Vicén. Marcial Pons, Madrid, 1997.

<sup>2162</sup> Un análisis de la dignidad de la persona como principio de la filosofía liberal, en NINO, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, 2ª Ed. Barcelona, 1984, pp. 421 ss.

<sup>2163</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad...*, cit., p. 35.

<sup>2164</sup> Ibidem.

<sup>2165</sup> En el mismo sentido de reconocer la dignidad como una cualidad inherente a la persona, véase la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre* (Nueva York, 10 de diciembre de 1948); así como la *Convención contra la tortura y otros malos tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes* (Nueva York, 10 de diciembre de 1984), en cuyo preámbulo se afirma el reconocimiento de los derechos fundamentales del Hombre como base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo, así como que “estos derechos emanan de la dignidad inherente a la persona humana”.

<sup>2166</sup> En este sentido BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho penal. Parte General*. Akal, 4ª ed., Madrid, 1997, en cuya p. 108 manifiesta este autor que el Tribunal Constitucional en su sentencia 150/1991 reconoce el principio de culpabilidad, si bien no establece claramente de dónde surge tal reconocimiento.

<sup>2167</sup> Así lo reconoce el Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico IV letras a.) y b.) de su sentencia nº 150/1991, de 4 de julio: “siempre y cuando no exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio de Estado de Derecho, el valor de la Justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad penal derivado de ella (STC 65/1986, antes citada)”.

Con el objeto de evitar que la persona sea utilizada como un medio para la realización de un fin ajeno a ella y quebrantar con ello su dignidad humana, el principio de culpabilidad excluye la legitimidad de toda pena que no tenga por presupuesto la culpabilidad del autor y que exceda la gravedad equivalente a la misma<sup>2168</sup>. En opinión de BACIGALUPO, si tal y como postula el Tribunal Constitucional en su sentencia 150/91, se asume que la pena debe ser determinada en atención a la culpabilidad del autor exteriorizada en la comisión del hecho, es porque, “implícitamente, se la reconoce también como un presupuesto de la pena, es decir, como una condición de la responsabilidad penal”<sup>2169</sup>. Según este autor, de la jurisprudencia constitucional “se deduce que el principio de culpabilidad tiene una doble dimensión: actúa determinando los presupuestos de la pena y, además, en el marco de la individualización de la pena, es decir, tanto significa que no hay pena sin culpabilidad, como que la pena no puede superar la gravedad de la culpabilidad”<sup>2170</sup>. Partiendo de este contexto, el principio de culpabilidad cumple dos funciones básicas en la estructura del sistema penal<sup>2171</sup>:

- De una parte, condiciona el *si* de la pena, pues sólo será legítima la pena que tenga como presupuesto la culpabilidad del autor<sup>2172</sup>. Desde este punto de vista, la culpabilidad tiene por objeto la constatación de los elementos que fundamentan la reprochabilidad del autor y se erige como la justificación de la imposición de la pena<sup>2173</sup>.

---

<sup>2168</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho penal...*, cit., p. 108.

<sup>2169</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho penal...*, cit., p. 109.

<sup>2170</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad...*, cit., p. 35: “El principio de culpabilidad, por lo tanto, va mucho más lejos que el modesto art. 5 CP, en que sólo se hace referencia al dolo y la imprudencia como presupuestos de la pena”.

<sup>2171</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho penal...*, cit., p. 109; del mismo autor *Justicia penal y derechos fundamentales: La jerarquía constitucional del principio de culpabilidad...*, cit., pp. 107 ss.; en semejante sentido ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención en Derecho penal. Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad*. Trad. e introducción de Muñoz Conde, F., ed. Reus. Madrid, 1981, pp. 42 y 43.

<sup>2172</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho penal...*, cit., p. 109, desde este punto de vista el principio de culpabilidad determina las siguientes consecuencias: a) No es admisible la responsabilidad objetiva, sin dolo o imprudencia (art. 5 CP); b) Se debe reconocer la relevancia del error sobre los hechos y, al menos, sobre la antijuridicidad (art. 14 CP); y, c) Sólo puede ser responsable quien tenga las condiciones espirituales para cumplir con el Derecho (arts. 19, 20.1º, 2º y 3º CP); véase también del mismo autor *Principio de culpabilidad...*, cit., p. 35.

<sup>2173</sup> Véase SCHÜNEMANN, B., *Libertad de voluntad y culpabilidad en Derecho penal*. Trad. por Baza, L., en *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Tecnos. Madrid, 2002, p. 25.

- De otra parte, condiciona el *quantum* de pena, dado que sólo será considerada legítima la pena que resulte adecuada a la culpabilidad del autor<sup>2174</sup>. Desde esta perspectiva, la culpabilidad tiende a establecer los criterios de la medición de la gravedad del reproche<sup>2175</sup>. Dicho de otra manera, la culpabilidad determina la relación de proporcionalidad que debe existir entre la gravedad de la pena y la gravedad del reproche, pues dentro del marco penal legalmente determinado los Tribunales deben fijar la pena en una magnitud que resulte adecuada a la gravedad de la culpabilidad, es decir a la reprochabilidad del autor<sup>2176</sup>.

Sólo mediante la influencia del principio de culpabilidad es posible evitar una instrumentalización de la persona que debe sufrir la pena, pues “se trata de la prohibición de que la gravedad de la pena que se impone por un delito supere la gravedad de la culpabilidad referida al concreto delito, aunque ello pudiera ser justificado por necesidades preventivas (especiales o generales)”<sup>2177</sup>. En cualquier caso, es preciso separar el análisis de la culpabilidad como presupuesto de la pena de su consideración como límite y criterio para la determinación cuantitativa de la pena aplicable, pues ambos conceptos difieren en su contenido de manera clara<sup>2178</sup>. Además, es necesario aclarar que el principio de culpabilidad no se dirige sólo al legislador, imponiendo la renuncia a las soluciones legislativas que lo contradicen; sino que también se dirige al Juez, que en el marco de la individualización debe

---

<sup>2174</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho penal...*, cit., pp. 109 y 110, desde este punto de vista el principio de culpabilidad determina las siguientes consecuencias: a) La pena debe ser proporcionada a la gravedad de la culpabilidad; y, b) Las necesidades preventivas no pueden justificar una pena que supere en gravedad a la de la culpabilidad; con base en lo anterior, afirma el autor que este principio resulta desconocido en el Derecho vigente a la vista de la actual regulación de la agravante de reincidencia (art. 20. 8ª CP), cuya aplicación automática descarta cuando ello suponga una vulneración del principio de culpabilidad por el hecho.

<sup>2175</sup> De otra opinión MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*. 5ª ed., Barcelona, 1998, pp. 95 ss., a cuyo parecer el principio de culpabilidad nada dice sobre la gravedad de la lesión ni sobre la cuantía de la pena. Según su concepción, este principio engloba los siguientes subprincipios: a) principio de personalidad de las penas; b) principio de responsabilidad por el hecho; c) principio de dolo o culpa; y, d) principio de imputación personal (también denominado principio de culpabilidad en sentido estricto); y se debe distinguir del principio de proporcionalidad que sirve de límite del *ius puniendi*.

<sup>2176</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad...*, cit., pp. 35 y 36.

<sup>2177</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad...*, cit., p. 36; en este sentido también ROXIN, C., *Derecho penal. Parte General*. T. I., Trad. de la 2ª ed. alemana y notas por Luzón Peña, D.M., Civitas, Madrid, 1999, p. 99; en sentido crítico véase JAKOBS, G., *El principio de culpabilidad*, en *Estudios de Derecho penal*. Trad. por Peñaranda Ramos, E., Suárez González, C., y Cancio Meliá, M., Civitas, Madrid, 1997, pp. 366 ss.

<sup>2178</sup> Véase BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho penal...*, cit., p. 110, para quien mientras la culpabilidad como presupuesto de la pena tiene la misión de *constatar* los elementos que fundamentan la reprochabilidad del autor; la culpabilidad como medida de la pena tiene que *establecer los criterios de la medición de la gravedad del reproche*.

establecer la gravedad de la culpabilidad para adaptar la sanción aplicable al concreto delito cometido<sup>2179</sup>.

#### 4. Fundamento de la nueva agravante

Si como punto de partida aceptamos que la nueva agravante contenida en la regla 5ª del art. 66.1 CP, no resulta explicable por una mayor culpabilidad por el hecho cometido, como sucede en el caso de las restantes circunstancias contenidas en el art. 22 de la L.O. 10/1995 -a excepción claro está de la reincidencia (art. 22.8ª)- entonces debemos buscar una justificación de la agravación fuera del contenido propio del injusto culpablemente realizado<sup>2180</sup>. En este sentido, comparando la circunstancia agravante de reincidencia del art. 22.8ª de la L.O. 10/1995 con el resto de las agravantes, afirma BACIGALUPO que “totalmente diversa es la estructura de la reincidencia, pues no se refiere a circunstancias del hecho, sino a una tendencia de la personalidad del autor<sup>2181</sup>”. Por su parte, BERDUGO considera que la agravante de reincidencia se basa en la personalidad defectuosa del autor, sin tomar demasiado en cuenta el hecho concretamente cometido y responde a criterios propios de un sistema de Derecho penal de autor<sup>2182</sup>. También MIR PUIG considera que no es de extrañar que “se alce contra la agravación de pena asignada por los códigos a la reincidencia una poderosa corriente político-criminal que entiende debería esta institución ser sustituida por la idea puramente preventiva de la habitualidad, con o sin asidero en la pluralidad material de infracciones o de condenas, en cuanto que indicio de peligrosidad, a tratar no como objeto de desvalor a través de la pena, sino como presupuesto que hace preciso el tratamiento propio de una medida de seguridad”<sup>2183</sup>.

---

<sup>2179</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad...*, cit., p. 36.

<sup>2180</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad...*, cit., p. 39.

<sup>2181</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho penal...*, cit., p. 162; del mismo autor véase *Principio de culpabilidad, carácter de autor y poena naturalis en el Derecho penal actual*, en *Justicia penal y derechos fundamentales...*, cit., pp. 118 ss.; también CALDERON/CHOCLAN, *Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 242, para quienes la reincidencia plantea una problemática especial, “discutiéndose en la teoría si incide en la culpabilidad, aumentándola, o si por el contrario no afecta a la culpabilidad por el hecho sino a la personalidad del autor (mayor peligrosidad)”; partidarios de asignar a la reincidencia un fundamento fuera del injusto y de la culpabilidad GARZON REAL/MANJON-CABEZA, *Reincidencia y Constitución...*, cit., p. 5; véase también COBO/VIVES, *Derecho penal. Parte General*. 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 900.

<sup>2182</sup> Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., y OTROS, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*. Praxis, 2ª ed., Barcelona, 1999, p. 321.

<sup>2183</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, cit., p. 544.

En esta misma dirección se manifiestan GARZON/MANJON-CABEZA, cuando afirman que el reincidente será, en su caso, más peligroso, pero no más culpable, por lo que la reacción adecuada no debe ser la pena, sino la medida de seguridad siempre que se pueda hacer un juicio pronóstico sobre la peligrosidad del sujeto, “la aceptación de esta idea supone sustituir la reincidencia, como circunstancia agravante de la pena, por la habitualidad, que dejaría de tener influencia sobre aquélla y pasaría a ser el presupuesto de una medida de seguridad”<sup>2184</sup>. Por su parte, COBO/VIVES afirman que la reincidencia no nos debe situar en un Derecho penal represivo a través de la pena, sino en el marco de un Derecho preventivo y de medidas de seguridad, “que conoce y concede mayor relevancia no tanto al delito, sino al estado peligroso, entendido como presupuesto de la aplicación de aquéllas”<sup>2185</sup>. De la misma opinión es LUZON PEÑA, quien afirma que “la agravante de reincidencia (art. 22.8ª) no se basa en una mayor culpabilidad, sino fundamentalmente en consideraciones preventivo-especiales”<sup>2186</sup>.

En opinión de CALDERON/CHOCLAN, la reincidencia “supone sólo la objetivación de una cualidad personal”<sup>2187</sup>. A partir de esta premisa, CHOCLAN afirma que la agravación de la pena por reincidencia le permite al menos dudar sobre la adecuación de la reincidencia al principio de culpabilidad por el hecho, pues las necesidades de prevención especial relacionadas con la peligrosidad o con la tendencia del autor y por tanto ajenas a la culpabilidad, no pueden justificar la imposición de una pena que supere el límite máximo que determina la gravedad de la culpabilidad<sup>2188</sup>. Por su parte, ROXIN afirma que “la culpabilidad por la conducción de la vida nunca puede utilizarse para rebasar en la medición de la pena la medida de la culpabilidad por el hecho; por tanto, por un hecho de

---

<sup>2184</sup> Cfr. GARZON REAL/MANJON-CABEZA, *Reincidencia y Constitución...*, cit., p. 5.

<sup>2185</sup> Cfr. COBO/VIVES, *Derecho penal...*, cit., p. 901: “Y dentro de este marco seguimos, pese a todo, propugnando la desaparición del mismo instituto de la reincidencia, en sus distintas manifestaciones, así como de su consideración agravatoria de la pena, pues ésta ha evidenciado su total inoperatividad”.

<sup>2186</sup> Cfr. LUZON PEÑA, D., *Observaciones sobre culpabilidad y pena en el Código Penal de 1995*, en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Prof. Doctor D. Angel Torío López*, Comares, Granada, 1999, p. 166.

<sup>2187</sup> Cfr. CALDERON/CHOCLAN, *Derecho penal...*, cit., p. 266.

<sup>2188</sup> Cfr. CHOCLAN MONTALVO, J. A., *Individualización Judicial de la pena*, Colex, Madrid, 1997, pp. 196 y 197; asimismo la STS de 5 de julio de 1991, en la que se afirma lo siguiente: “es preciso que cuando el Tribunal de los hechos compruebe la posible aplicación del art. 10.15 CP, establezca anticipadamente hasta donde llega la gravedad de la culpabilidad, pues las necesidades de prevención especial derivadas de la tendencia del autor sólo podrán ser contempladas hasta ese límite”; y que en el juicio de culpabilidad “no entra en consideración el pronóstico desfavorable de conducta futura del autor, que es fundamento de la prevención especial y, por lo tanto, de la agravante de reincidencia”.

escasa relevancia no se le puede castigar a nadie más gravemente porque la conducción de su vida es equivocada y hace temer su reincidencia en el delito<sup>2189</sup>”. En este mismo sentido, resulta interesante recordar que en el seno de los debates previos a la aprobación de la vigente L.O. 10/1995 del Código Penal, el Grupo Federal IU-IC presentó ante el Congreso una enmienda de supresión apoyada en los argumentos que literalmente se transcriben a continuación<sup>2190</sup>:

*“Ninguna de las razones que se han alegado para castigar la reincidencia son convincentes desde el prisma de un Estado social y democrático de Derecho. El Derecho penal de un tal Estado no puede castigar más que conductas externas según su gravedad y ésta no aumenta por la existencia de condenas anteriores. El Derecho penal no puede castigar personalidades ni formas de ser: la perversidad que pueda concurrir en el reincidente no puede, pues, ser objeto de la pena. Tampoco puede tratarse con una pena la peligrosidad mayor que pueda demostrar aquél, pues la peligrosidad del sujeto debe afrontarse dentro de los límites estrictos, mediante las medidas de seguridad”<sup>2191</sup>.*

Teniendo en cuenta por tanto que la repetición del comportamiento delictivo es indicativa de una tendencia de la personalidad del autor, la agravación de la pena prevista en la nueva regla 5ª del art. 66.1 CP sólo se puede justificar a partir de consideraciones relativas a la personalidad del reo, esto es, precisamente en lo que la STC 150/91 excluye como fundamento legítimo de la pena<sup>2192</sup>.

### **VIII. Principio de culpabilidad y reincidencia cualificada**

El texto actual de la Ley Orgánica 11/2003 ha sustituido la mención que hacía el Anteproyecto a la relación de compatibilidad existente entre la nueva agravación y la prohibición de penas inhumanas o degradantes, por una declaración expresa de compatibilidad entre la nueva circunstancia agravante y el *principio de responsabilidad por el hecho*<sup>2193</sup>. Para comprobar la certeza de esta declaración, debemos aceptar como punto de partida que la CE consagra el principio de culpabilidad como un principio estructural

---

<sup>2189</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit.

<sup>2190</sup> En el Proyecto de CP debatido en Congreso y Senado la reincidencia estaba regulada en el nº 9 del art. 23; si bien al aprobarse la L.O. 10/1995 la reincidencia pasó al nº 8 del art. 22.

<sup>2191</sup> Véase la enmienda nº 660, presentada en el Congreso de los Diputados por el Grupo Federal IU-IC. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, V Legislatura, 6 de marzo 1995.- Serie A. Núm. 77-6.

<sup>2192</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad...*, cit., p. 39.

<sup>2193</sup> Véase el apartado II de la Exposición de Motivos de la *Ley Orgánica 11/ 2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana...*, cit.

básico del Derecho penal. Este principio no sólo se manifiesta en el ámbito de los presupuestos de la pena, sino que también cumple una esencial función en el momento de la determinación del castigo, pues “no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal *de autor* que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos”<sup>2194</sup>.

La nueva agravación de la pena aprobada por el legislador (art. 66.1.5ª CP) comparte naturaleza jurídica con la reincidencia (art. 22.8ª CP), y al igual que sucede con esta última, sólo puede fundamentarse -según indicamos anteriormente- en la personalidad del autor, y más concretamente en su presunta peligrosidad deducida de su trayectoria criminal anterior. Sólo en este sentido cabe interpretar la circunstancia de que para apreciar la nueva agravación el Juez deba considerar “las condenas precedentes”<sup>2195</sup>. Según BACIGALUPO, la STC 150/91 excluye precisamente un concepto de culpabilidad que se fundamente en la personalidad del autor<sup>2196</sup>, por ello cabe cuestionarse ¿es compatible la nueva agravante de reincidencia con el principio de culpabilidad consagrado por la CE? La respuesta puede ser afirmativa, siempre y cuando se interprete la STC 150/91 poniendo el acento hermenéutico en el F.J. 4º a.), ya que lo que en ella se afirma es que la agravante de reincidencia “puede ser compatible con la fundamentación de la pena en la culpabilidad por el hecho, siempre que la pena resultante no se fundamente en la personalidad”<sup>2197</sup>.

En un esfuerzo por interpretar la agravante de reincidencia de acuerdo con el *principio de culpabilidad por el hecho*, el Tribunal Supremo en su sentencia de 6 de abril de 1990 reconoció la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad como fundamentos del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE), deduciendo de lo anterior la necesidad de un Derecho penal respetuoso con el principio de culpabilidad por el hecho concretamente cometido<sup>2198</sup>. De acuerdo con esta última afirmación, la pena no puede superar en ningún caso la medida de la culpabilidad por el hecho, por lo que un Derecho penal respetuoso con el principio de culpabilidad no puede establecer las penas tomando en cuenta la culpabilidad de hechos anteriores ya sancionados, o la personalidad del autor exteriorizada en hechos punibles cometidos en el pasado y que ya han sido objeto de

---

<sup>2194</sup> Cfr. STC 150/1991, de 4 de julio.

<sup>2195</sup> Cfr. *Proyecto de Ley Orgánica de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana...*, cit., artículo primero, núm. segundo, regla 5ª de la modificación propuesta para el art. 66.1 CP.

<sup>2196</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad...*, cit., p. 40.

<sup>2197</sup> *Ibidem*.

<sup>2198</sup> En esta misma línea las SSTs 5-10-90; 26-12-90; 22-4-91; y 6-5-91.

sanción<sup>2199</sup>. Como consecuencia del razonamiento expuesto, la mencionada STS de 6 de abril de 1990 afirma que la compatibilidad de la agravante de reincidencia con el principio de culpabilidad y con los valores constitucionales que lo fundamentan, dependerá de la posibilidad de contemplar la agravante sin sobrepasar el límite de la culpabilidad por el hecho. Ello será posible, siempre y cuando la apreciación de la reincidencia por parte de los Tribunales no implique una agravación de la pena por encima del límite marcado por la culpabilidad del autor. Como conclusión práctica, el Tribunal Supremo propone reconsiderar el automatismo con el que actualmente se aplica la agravante de reincidencia, de modo tal que cuando la gravedad de la reprochabilidad por el hecho (establecida sin tomar en cuenta la conducta anterior del autor ni pronósticos de conducta desfavorables para el futuro) no alcance para justificar la aplicación de la pena en su mitad superior, el Tribunal no deberá agravar la pena con fundamento en la reincidencia, por encima de la que resulte de la gravedad de dicha reprochabilidad<sup>2200</sup>.

En definitiva, el Tribunal Supremo considera posible una interpretación constitucional de la agravante de reincidencia, siempre y cuando de su apreciación no se derive la imposición de una pena superior a la adecuada a la gravedad de la culpabilidad por el hecho. Con esta propuesta no se presume la mayor gravedad del hecho ni la mayor culpabilidad del autor, pues en cada caso particular habrá de ser determinada la concreta medida de la culpabilidad por el hecho, todo ello a fin de establecer la posibilidad de aplicar o no el n° 8 del artículo 22 en relación con el n° 3 del artículo 66 CP<sup>2201</sup>. En concreto, la mencionada STS de 6 de abril de 1990 afirmaba que “los Tribunales sólo deberán agravar la pena por razón de la reincidencia hasta el límite que no supere la gravedad de la culpabilidad y sin atender al art. 61.2 CP-1973 cuando la pena determinada por la reincidencia supere dicho límite”<sup>2202</sup>. Una adecuada comprensión de la posición mantenida por la STS de 6 de abril de 1990, exige algunas precisiones sobre la relación existente entre la culpabilidad y la prevención en el momento de la individualización judicial de la pena.

## **IX. Culpabilidad y prevención en la individualización**

---

<sup>2199</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad...*, cit., p. 40.

<sup>2200</sup> Véase la STS de 6 de abril de 1990.

<sup>2201</sup> Cfr. JAEN VALLEJO, M., *Los principios superiores del Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 77.

<sup>2202</sup> Vid. STS 6-4-1990; en el mismo sentido SSTs de 6-4-90; 5-10-90; 26-12-90; 22-4-91 y 6-5-91.



La doctrina y la jurisprudencia alemanas han desarrollado tres teorías que tienen por objeto facilitar la concordancia, en el caso concreto, de los diversos fines postulados por las diferentes teorías de la pena<sup>2203</sup>.

- *Teoría de la pena puntual (Punkstraftheorie)*. Los defensores de esta teoría, construida sobre una justificación retributiva de la pena, consideran que en el acto de la individualización el Juez debe señalar según su parecer la pena exacta adecuada a la culpabilidad del autor<sup>2204</sup>. Según esta teoría, la pena adecuada a la culpabilidad del autor no queda condicionada por las necesidades preventivas.
- *Teoría del espacio de juego (Spielraumtheorie)* o del *margen de libertad*. Desarrollada por la jurisprudencia alemana, afirma que la pena adecuada a la culpabilidad no es una magnitud puntual, sino que existe un “*espacio de juego*” que se encuentra limitado hacia abajo por la pena *ya adecuada* a la culpabilidad, y hacia arriba por la pena *todavía adecuada* a la culpabilidad. Sólo dentro de tales límites cabe considerar los fines preventivos de la pena<sup>2205</sup>.

Junto a esta última teoría, se encuentra la denominada *teoría de la prohibición del exceso sobre el grado de culpabilidad*, coincidente con la *teoría del espacio de juego*, si bien permite imponer por razones vinculadas con la prevención especial una pena por debajo de la que corresponde a la culpabilidad del autor, e incluso renunciar a ella. La culpabilidad opera entonces como límite máximo, pero no como límite mínimo de la pena<sup>2206</sup>. En España se muestra partidario de esta teoría CHOCLAN, quien considera que “a salvo del límite

---

<sup>2203</sup> Sobre ello véase BACIGALUPO, E., *La jerarquía constitucional del principio de culpabilidad*, en *Justicia penal y derechos fundamentales...*, cit., pp. 104 ss.

<sup>2204</sup> Sobre ello véase JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho penal. Parte General*. Trad. por Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993, p. 795; según JAKOBS, G. *Derecho penal. Parte General*. Trad. por Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 36, ninguna teoría de la pena permite calcular cantidades de pena claramente definidas. La teoría de la prevención general positiva indica tan sólo un marco formado por la reacción que ya puede tomarse en serio y por la reacción drástica que aún no es exagerada. Este marco puede completarse desde la prevención especial, mientras sean posibles medidas eficaces; en otro caso, no se debe sobrepasar la medida mínima de la reacción que ya puede tomarse en serio.

<sup>2205</sup> Expresamente rechaza la teoría del espacio de juego JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho penal...*, cit., p. 794: “La teoría del espacio de juego debe, sin embargo, ser rechazada. Es ciertamente correcto que para un hecho concreto no hay ninguna determinada pena justa como magnitud objetiva, pero lo es asimismo que tampoco hay valores fronterizos fijos de la pena justa hacia arriba o, en su caso, hacia abajo”; partidario de la misma CHOCLAN MONTALVO, J. A. *Individualización...*, cit., pp. 178 ss.

<sup>2206</sup> Cfr. MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 162; asimismo CHOCLAN MONTALVO, J. A., *Individualización...*, cit., pp. 193 a 195.

mínimo de prevención general – defensa del orden jurídico-, la personalidad del reo y la clase de la necesidad de resocialización del acusado pertenecen al momento de la individualización judicial de la pena, y contemplando nuestro Derecho la personalidad del reo como factor de individualización, nada impide que se rebaje el marco penal correspondiente a la gravedad de la culpabilidad al menos hasta el límite mínimo establecido en la amenaza legal<sup>2207</sup>.

- *Teoría del valor relativo*, del valor posicional o teoría gradual (*Stellenwerttheorie*). Parte de distinguir tajantemente entre los criterios de la culpabilidad y de la prevención. A su tenor, sólo la culpabilidad debe ser tomada en consideración para fijar la magnitud de la pena, mientras que la prevención especial ha de tenerse en cuenta para todas las restantes decisiones en el marco de la individualización penal (clase de pena, suspensión de la pena, etc.), y únicamente para éstas<sup>2208</sup>.

## X. Conclusión

Ya hemos manifestado nuestra posición respecto de la función de protección que cabe asignar al Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho. Pero los mecanismos de protección y control social que brinda la Ley penal deben mostrarse respetuosos tanto con los valores superiores del ordenamiento jurídico, entre los que cabe destacar el valor Justicia, como con los fundamentos del orden político y la paz social, entre los que merece una especial consideración el respeto a la dignidad de la persona y a la libertad individual. Por estas razones, consideramos que una agravación de la pena que como fundamento último atiende a una determinada tendencia de la personalidad del autor puesta de manifiesto a través de su hoja histórico penal, sin conexión alguna con el concreto delito cometido -que en sí mismo puede ser idéntico al de un reo primario-, no

---

<sup>2207</sup> Cfr. CHOCLAM MONTALVO, J. A. *Individualización...*, cit., p. 195; en el mismo sentido ROXIN, C., *Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad*. Trad. por Patricia S. Ziffer y Daniel R. Pastor, en la obra *Determinación judicial de la pena*, Del Puerto Editores, Buenos Aires, 1993, p. 42: “la pena sirve a finalidades de prevención especial y general. Es limitada en su monto mediante la medida de la culpabilidad, pero puede no alcanzar esta medida, en tanto esto sea necesario para las necesidades de prevención especial y no se opongan a ello los requisitos mínimos de prevención general”; en nuestra opinión, esta teoría puede explicar de forma satisfactoria la rebaja de pena hasta el mínimo del marco legal previsto para el delito cometido que suele caracterizar la denominada *conformidad*.

<sup>2208</sup> Véase JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho penal...*, cit., p. 795, a ello se opone por la crítica el que la culpabilidad juega también un papel en la elección de la clase de pena (privativa de libertad o multa) y la prevención opera asimismo para fijar la magnitud de pena.

sólo resulta incompatible con el principio de culpabilidad o de responsabilidad por el hecho, sino que desconoce los valores y principios constitucionales que lo sustentan.

Pero, además de respetar los valores constitucionales, la protección penal debe ser eficaz. A estos efectos, el legislador ha tenido una inmejorable oportunidad para escoger la prevención de la recaída a través de las medidas de seguridad, sin embargo ha optado en su lugar por castigar más duramente al reincidente. Tal decisión no es afortunada si, como punto de partida, se admite que la más eficaz protección contra el crimen viene dada más por su prevención que por su represión, por esta razón presentaremos a continuación nuestra propuesta alternativa para el tratamiento del reincidente.

### Bibliografía

- BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho penal. Parte General*. Akal, 4ª ed., Madrid, 1997.
- BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad e individualización de la pena*, en *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Angel Torío López*, Comares, Granada, 1999.
- BACIGALUPO, E., *Justicia penal y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I., y otros, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*. Praxis, 2ª ed., Barcelona, 1999.
- CALDERON/CHOCLAN, *Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1999.
- CANCIO MELIA, M./JAKOBS, G., *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003
- CHOCLAN MONTALVO, J. A., *Individualización Judicial de la pena*, Colex, Madrid, 1997.
- COBO/VIVES, *Derecho penal. Parte General*. 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- GARZON REAL/MANJON-CABEZA, *Reincidencia y Constitución*, en *Actualidad Penal*, nº 1, 1990.
- JAEN VALLEJO, M., *Los principios superiores del Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 1999.
- JAKOBS, G., *El principio de culpabilidad*, en *Estudios de Derecho penal*. Trad. por Peñaranda Ramos, E., Suárez González, C., y Cancio Meliá, M., Civitas, Madrid, 1997.
- JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte General*. Trad. por Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997.
- JAKOBS, G./CANCIO MELIA, M., *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003.
- JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho penal. Parte General*. Trad. por Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993, p. 795.

KANT, I, *Introducción a la teoría del Derecho. Introducción a la metafísica de las costumbres*. Trad. por F. González Vicén. Marcial Pons, Madrid, 1997.

LESCH, H., *La función de la pena*, Dykinson, Madrid, 1999.

LUZON PEÑA, D., *Observaciones sobre culpabilidad y pena en el Código Penal de 1995*, en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Prof. Doctor D. Angel Torío López*, Comares, Granada, 1999.

MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, Granada, 1999.

MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*. 5ª ed., Barcelona, 1998.

NINO, C. S., *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, 2ª Ed. Barcelona, 1984.

ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención en Derecho penal. Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad*. Trad. e introducción de Muñoz Conde, F., ed. Reus. Madrid, 1981.

ROXIN, C., *Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad*. Trad. por Patricia S. Ziffer y Daniel R. Pastor, en la obra *Determinación judicial de la pena*, Del Puerto Editores, Buenos Aires, 1993.

ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Trad. de la 2ª ed. alemana por Luzón Peña, D.M., Díaz y García-Conlledo, M., Vicente Remesal, J., Civitas, Madrid, 1999.

SCHÜNEMANN, B., *Libertad de voluntad y culpabilidad en Derecho penal*. Trad. por Baza, L., en *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Tecnos. Madrid, 2002.

## QUINTA PARTE

### PROPUESTA ALTERNATIVA

#### SUMARIO:

I. Consideraciones previas. II. Supresión de la reincidencia. III. Antecedentes penales e individualización judicial: 1. La orientación marcada por las SSTS 6-4-90 y 5-7-1991. 2. Las anteriores condenas como factores reales de la individualización. IV. Habitualidad: 1. revisión del concepto. 2. Habitualidad y medidas de seguridad. V. Recaída y beneficios penales.

#### I. Consideraciones previas

La tradición según la cual la reacción jurídico-penal más adecuada para combatir el fenómeno de la *reincidencia* es el incremento de la *pena*, ha sido una constante histórica en nuestra legislación y a ella se ha sometido el legislador penal de forma sustancialmente invariable desde el Código Penal de 1822. Sin embargo, la evidencia empírica nos indica que la *pena* no es, ni ha sido nunca, una *eficaz* reacción para atajar el fenómeno de la *reincidencia*, y ello ha sido puesto de manifiesto a lo largo de los años por un gran número de

autores<sup>2209</sup>. Asimismo, la propia *naturaleza* de la *reincidencia* como circunstancia agravante de la responsabilidad criminal, ha sido discutida con base en rigurosas argumentaciones teóricas que ya desde antiguo evidenciaban la contradicción existente entre la agravación de la *pena* por causa de *reincidencia*, y algunos de los más esenciales principios del sistema dogmático de la teoría del delito (p.ej.: principio de culpabilidad, *non bis in idem*, etc.).

A todo este proceso de crítica histórica no ha permanecido ajeno el legislador en España, y así se ha puesto de manifiesto a través del lento pero inexorable proceso de evidente *restricción* en su alcance –con la muy señalada excepción de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre- que ha seguido la regulación positiva de la agravante desde la remota regulación contenida en el Código Penal de 1822. Por todo ello, y a pesar de que el reciente cambio de orientación operado a raíz de la reforma contenida en la Ley Orgánica 11/2003, ofrece nuevas razones que pudieran hacer pensar lo contrario, seguimos considerando con ZUGALDIA ESPINAR que la actual regulación de la *reincidencia* no es más que la *crónica de una muerte anunciada*<sup>2210</sup>.

Es cierto que en unos primeros momentos, la inexistencia de un sistema homogéneo y coordinado de *medidas de seguridad* como el que actualmente -con sus virtudes y defectos- previene el Código Penal de 1995, pudo amparar al legislador para mantener como reacción única frente el fenómeno de la *reincidencia* el incremento automático de la *pena*. Y ello a pesar de las numerosas críticas que suscita y de los alambicados argumentos que han de ser esgrimidos para mantener, de una parte, la *naturaleza* de la *reincidencia* como circunstancia agravante de la responsabilidad criminal; y, de la otra, el *principio de culpabilidad* o de *responsabilidad por el hecho* y su principal postulado, esto es, que la *medida de la pena* debe ser *adecuada* a la *culpabilidad* del autor.

Sin embargo, ya desde el Código Penal de 1928, texto en el que se integra por primera vez en España un sistema completo de medidas de seguridad (arts. 90 ss.), el legislador tuvo la ocasión de extraer la *reincidencia* del catálogo de circunstancias agravantes y

---

<sup>2209</sup> Recientemente también la jurisprudencia, y así la STS de 30 de mayo de 2000 [EDJ 2000/14435], en la que se afirma que “la Sala cree oportuno poner de manifiesto que la agravante de reincidencia es un medio político-criminal inidóneo para resolver los problemas que plantea la peligrosidad del autor y recuerda la necesidad de introducir en el Código Penal para estos casos medidas de terapia social que permitan lograr aquellos resultados para los que la pena privativa de libertad se ha mostrado ineficaz por las especiales características del autor”.

<sup>2210</sup> Sobre el cambio de orientación y el *resurgir del punitivismo*, véase la opinión de CANCIO MELIA en JAKOBS, G./CANCIO MELIA, M., *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 69 ss.

orientar la reacción frente a la recaída hacia el terreno propio de las *medidas de seguridad*. Este paso no fue dado en el texto de 1928, aunque por primera y única vez en la historia de la codificación penal española, tanto la *reincidencia* como la *reiteración* serían de apreciación facultativa. Actualmente, el Código Penal de 1995 mantiene la apreciación obligatoria de la agravante (art. 22.8<sup>a</sup>) así como sus efectos sobre el *quantum* de la pena a imponer (art. 66.3<sup>a</sup>), al tiempo que regula una serie de *medidas de seguridad* aplicables únicamente a los autores *inimputables* o a los *semiimputables*. Sin embargo, de forma inexplicable impide hacer extensivo el sistema de *medidas* a los autores plenamente responsables que plantean semejantes problemas que los anteriores, y así por ejemplo, actualmente no es posible acudir a la imposición de una medida de seguridad en el caso de los autores *habituales peligrosos* y plenamente *imputables*.

Nuestra propuesta tiende a superar las críticas doctrinales que suscita la actual regulación de la reincidencia, ofreciendo al mismo tiempo un nuevo entorno hacia el que enfocar el tratamiento del fenómeno de la recaída en el delito. Para alcanzar este objetivo era necesario, en primer término, concebir un contexto teórico compatible con los principios esenciales del sistema dogmático de la teoría del delito. Por otra parte, era también necesario que la propuesta concebida fuera susceptible de ser trasladada con éxito desde la esfera de la razón especulativa hasta el terreno de lo práctico, de lo real.

Entendemos que la propuesta que a continuación se expone satisface ambas exigencias, pues no sólo se justifica racionalmente el tratamiento de seguridad propuesto para el reincidente peligroso, sino que, además, resulta practicable, esto es, susceptible de ser integrado en el sistema actual del Código sin merma alguna –más bien al contrario- en la función de protección asignada al Derecho penal. Y ello porque, tal y como afirmaba la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2000, consideramos que “la agravante de reincidencia es un medio político-criminal inidóneo para resolver los problemas que plantea la peligrosidad del autor”, y que es necesario “introducir en el Código penal para estos casos medidas de terapia social que permitan lograr aquellos resultados para los que la pena privativa de libertad se ha mostrado ineficaz por las especiales características del autor”.

## **II. Supresión de la reincidencia**

Como ya se dijo anteriormente, la reincidencia (art. 22.8ª CP) es una circunstancia agravante de la responsabilidad criminal que incide directamente sobre la gravedad de la pena a imponer (art. 66.3ª CP). Por otra parte, la actual regulación de la reincidencia no viene limitada a delitos concretos, sino que se halla ubicada dentro de la Parte General y despliega sus efectos respecto de todos los delitos de la Parte Especial. Una disposición sobre reincidencia de semejante contenido y ámbito general de aplicación se hallaba incluida en el párrafo número 48 del viejo texto del StGB alemán. Sin embargo, mediante la 23ª Ley de reforma del Código Penal alemán, de 13 de abril de 1986, el párrafo 48 fue suprimido dado el escaso resultado del precepto en la práctica, por lo que actualmente el párrafo 48 del StGB alemán no tiene contenido alguno. Las razones que se alegaron contra la agravación prevista en el suprimido párrafo 48, que permitía elevar el mínimo de pena hasta seis meses, incluso en los delitos considerados bagatelas, fueron las siguientes<sup>2211</sup>:

- a) Las dudas acerca de que la reincidencia sea una causa de aumento de la culpabilidad.
- b) El esquematismo en la admisión del efecto admonitorio de las condenas y ejecuciones precedentes.
- c) La inoperancia del párrafo 48 desde la perspectiva de la prevención especial.

Después de la supresión del párrafo 48 del StGB, la recaída en el delito sólo constituye en Alemania un elemento más a tener en cuenta en el momento de la individualización judicial de la pena (párrafo 46.II), o un elemento a valorar a la hora de determinar los presupuestos de una medida de seguridad como la prevista en el párrafo 66 (custodia de seguridad).

En España, sin embargo, la actual regulación de la reincidencia (art. 22.8ª CP) supone una quiebra del denominado sistema dualista, basado en los pares dialécticos *pena-culpabilidad* y *medida-peligrosidad*. Según BACIGALUPO, “si la pena se emplea –aunque sólo sea en el caso de la reincidencia- para prevenir la comisión de hechos futuros en el caso de autores peligrosos, se da lugar a un sistema monista de sanciones penales, que desconoce

---

<sup>2211</sup> Cfr. JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal...*, cit., p. 812.



las conexiones entre la pena y la culpabilidad<sup>2212</sup>». Coincidimos por tanto con BACIGALUPO cuando afirma que la reincidencia es una circunstancia agravante que no resulta explicable por una mayor *culpabilidad por el hecho* cometido como las restantes contempladas en el art. 22 CP, pues la repetición del comportamiento delictivo tiene sobre todo un significado *sintomatológico caracterológico* que resulta indicativo de una tendencia del autor y, por lo tanto, de otros posibles ataques a bienes jurídicos, o sea de su *peligrosidad*<sup>2213</sup>.

La evidente tensión existente entre culpabilidad y prevención especial en materia de reincidencia ha sido puesta de manifiesto reiteradamente por la doctrina, ya que mientras la culpabilidad se refiere al hecho concreto, la prevención especial se orienta hacia la tendencia del autor hacia el delito, esto es, hacia su peligrosidad. Así, tanto JAEN VALLEJO como CHOCLAN coinciden en asignar a la circunstancia agravante de reincidencia un fundamento relacionado con la mayor peligrosidad del autor, lo que les lleva a proponer de *lege ferenda* la desaparición de la agravante, ya que la peligrosidad constituye un elemento ajeno a la culpabilidad y la gravedad de la pena determinada conforme a este último concepto no tiene por qué coincidir con las necesidades de prevención especial<sup>2214</sup>.

La regulación de la reincidencia en el vigente Código penal, opone una gran resistencia a la evolución de un auténtico Derecho penal de la culpabilidad, así como a la estructuración de un verdadero sistema de doble vía, ya que la utilización de la pena para resolver el problema de la peligrosidad revela una “concepción monista del sistema de sanciones”<sup>2215</sup>. Según CHOCLAN, el mayor desprecio y rebeldía que representa la insistencia en el delito a pesar de la admonición que supone la condena precedente, no resulta equivalente a una mayor culpabilidad por el hecho, salvo que ésta sea considerada como culpabilidad de carácter o por la conducción de la vida. Como el contenido del injusto y de la culpabilidad no resulta agravado por la existencia de las condenas anteriores, sólo cabe fundamentar la reincidencia en la mayor peligrosidad puesta de manifiesto por el autor. Por ello, si se quiere ser consecuente con los fundamentos de la pena y de la medida de seguridad, es necesario admitir que “la reincidencia debe constituir un factor más de

---

<sup>2212</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit. P. 21: del mismo autor *Principio de culpabilidad, carácter de autor y poena naturalis en el Derecho penal actual*, en *Justicia penal y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 118 ss.

<sup>2213</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad...*, cit., p. 39.

<sup>2214</sup> Vid. JAEN VALLEJO, M., *Los principios...*, cit., p. 76; asimismo CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 196.

<sup>2215</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios...*, cit. p. 22.

individualización de la pena sólo dentro del marco penal *adecuado* a la culpabilidad por el hecho<sup>2216</sup>. De esta misma opinión es BACIGALUPO, para quién la agravación de la pena por reincidencia sólo se puede fundamentar en la personalidad del reo<sup>2217</sup>. Por su parte, JAEN VALLEJO considera que el máximo de pena determinado según la medida de la culpabilidad del autor por el delito cometido no debe sobrepasarse en ningún caso, aunque ello pudiera estar justificado por necesidades preventivo generales o preventivo especiales<sup>2218</sup>.

Por estas razones y dada la particular naturaleza de las agravantes de *reincidencia* y de *reincidencia cualificada*, que como dijimos suponen la “objetivación de una cualidad personal” absolutamente desvinculada de la gravedad del concreto injusto culpablemente realizado por el autor<sup>2219</sup>, nos mostramos partidarios de la pura y simple supresión tanto de la agravante de *reincidencia* (art. 22 8ª CP), como de la *reincidencia cualificada* (art. 66.1.5ª CP). Se debe precisar que tampoco consideramos admisible como alternativa la regulación contenida en el art. 75 del Código penal portugués, pues a pesar de que introduce un criterio material que faculta al Juez para apreciar o no la agravante según pueda o no “censurarse al autor que la condena o condenas anteriores no le han servido de suficiente advertencia contra el crimen”, sigue vinculando la punibilidad con ciertas tendencias de la personalidad del autor. En cualquier caso, y como consecuencia inmediata de lo anterior, habrían de suprimirse también las referencias a la reincidencia contenidas en los arts. 190, 375, 388, 580, así como en las Disposiciones Transitorias 6ª y 7ª del vigente Código Penal.

### **3. Antecedentes penales e individualización judicial**

#### **1. La orientación marcada por las SSTs 6-4-90 y 5-7-1991**

---

<sup>2216</sup> Cfr. CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 196, quien cita como ejemplo el parágrafo 46.II del StGB; en este mismo sentido MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 380.

<sup>2217</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad...*, cit., p. 39: “esto es, precisamente en lo que la STC 150/91 excluye como fundamento legítimo”.

<sup>2218</sup> Cfr. JAEN VALLEJO, M., *Los principios...*, cit., p. 76.

<sup>2219</sup> En contra MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 205, para quien “la reincidencia se configura en nuestro Derecho como una circunstancia agravante de la responsabilidad con fundamento en la mayor culpabilidad que se encuentra en el delito del ya reo comparativamente a la infracción cometida por el delincuente primario”; de otra opinión MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, cit., p. 653, para quien la reincidencia supone un mayor contenido de injusto.

Tal y como expondremos más adelante, en algunos casos la existencia de anteriores condenas podrá fundamentar la realización de un juicio pronóstico de peligrosidad criminal que justifique la imposición de una medida de seguridad. Sin embargo, resulta importante precisar que no toda recaída habrá de ser siempre y necesariamente considerada como un indicio de peligrosidad criminal<sup>2220</sup>. En los supuestos en los que las anteriores condenas no sean suficientes para fundamentar un pronóstico de peligrosidad futura y con ello justificar la imposición de una medida de seguridad, la supresión de las circunstancias agravantes de *reincidencia* y de *reincidencia cualificada*, permitirían al Juez *individualizar* la pena conforme a las *circunstancias personales* del autor (art. 66.1.6ª CP).

La supresión de la *reincidencia* y de la *reincidencia cualificada*, no implica necesariamente dejar de considerar las anteriores condenas -sobre todo si se trata de hechos de la misma naturaleza-, como un factor más de los relacionados con las *circunstancias personales* del autor a tener en cuenta en el momento de la individualización judicial de la pena dentro de los límites derivados del principio de culpabilidad (p.ej.: parágrafo 46 del StGB alemán). Para alcanzar este objetivo, la existencia de las anteriores condenas debe dejar de considerarse como una inadmisibile presunción *iuris et de iure* de mayor culpabilidad por la conducción de la vida del autor reincidente. No obstante, si en el caso concreto se constatará la existencia de una determinada tendencia del autor hacia la comisión de hechos punibles, las necesidades de prevención especial relacionadas esta tendencia podrán ser consideradas para fijar la pena definitiva dentro del marco penal o *espacio de juego* adecuado a la culpabilidad del autor por el injusto realizado. Sólo de este modo se respeta el efecto limitador que frente a las necesidades preventivo-especiales despliega el principio de culpabilidad<sup>2221</sup>.

Ya se dijo anteriormente que el Tribunal Supremo reconoció en su sentencia de 6 de abril de 1990, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad como fundamentos del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE), afirmando la necesidad de un Derecho penal respetuoso con el principio de culpabilidad en el que la magnitud de la

---

<sup>2220</sup> Véase JIMENEZ DE ASUA, L., *Lecciones de Derecho penal: Reincidencia y habitualidad*, ed. Pedagógica Iberoamericana, México, 1995, pp. 361 ss.

<sup>2221</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., pp. 187 y 188.

pena no supere la medida de la culpabilidad por el hecho concretamente realizado<sup>2222</sup>. Con base en el anterior planteamiento, el Tribunal Supremo concluyó que un Derecho penal respetuoso con el principio de culpabilidad no puede establecer las penas teniendo en cuenta la culpabilidad por hechos anteriores ya sancionados. Según la mencionada STS de 6-4-1990, la compatibilidad de la agravante de reincidencia con el principio de culpabilidad y con los valores constitucionales que lo fundamentan, dependerá de la posibilidad de contemplar la agravante sin sobrepasar el límite de la culpabilidad por el hecho. Ello será posible siempre que la apreciación de la reincidencia por parte de los Tribunales no implique una agravación de la pena por encima del límite marcado por la culpabilidad por el hecho. Como conclusión práctica, propone el Tribunal Supremo reconsiderar el automatismo con el que se aplica la agravante de reincidencia (art. 22.8ª CP), de modo tal que cuando la gravedad de la reprochabilidad por el hecho establecida sin tomar en cuenta la conducta anterior del autor ni pronósticos de conducta desfavorables para el futuro, no alcance para justificar la aplicación de la pena en su mitad superior, el Tribunal no deberá agravar la pena con fundamento en la reincidencia por encima de la que resulte de la gravedad de dicha reprochabilidad<sup>2223</sup>.

En definitiva, el Tribunal Supremo considera posible una interpretación constitucional de la agravante de reincidencia, siempre y cuando ello no suponga la imposición de una pena superior a la *adecuada* a la gravedad de la culpabilidad. Con esta propuesta del Tribunal Supremo, ni se presume la mayor gravedad del hecho ni la mayor culpabilidad del autor, pues en cada caso particular habrá de ser determinada la concreta medida de la culpabilidad por el hecho, todo ello a fin de establecer la posibilidad de aplicar o no la agravación por reincidencia<sup>2224</sup>. La argumentación contenida en la STS 6-4-90, significa que no cabe excluir la aplicación de la mitad inferior del marco penal abstracto aunque concurra la reincidencia (art. 22.8ª CP), sin llevar a cabo una previa valoración del hecho y una determinación de la culpabilidad del autor<sup>2225</sup>. O lo que es lo mismo, “si el autor formalmente reincidente ha obrado en el nuevo delito con una motivación muy poco reprochable y en circunstancias que disminuyen la exigibilidad del comportamiento

---

<sup>2222</sup> Vid. BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad...*, cit., p. 40; en esta misma línea las SSTS 5-10-90; 26-12-90; 22-4-91; y 6-5-91.

<sup>2223</sup> Vid. STS 6 de abril de 1990.

<sup>2224</sup> Vid. JAEN VALLEJO, M., *Los principios...*, cit., p. 77.

<sup>2225</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad...*, cit., p. 41.

adecuado a Derecho, la culpabilidad será menor y puede excluir el efecto agravante de la reincidencia<sup>2226</sup>”.

Por su parte, el Tribunal Constitucional en su sentencia 150/1991, avaló la tesis del Tribunal Supremo contenida en la sentencia 6-4-1990, al declarar compatible con la Constitución la regulación de la agravante de reincidencia, si bien precisó que “la Constitución española consagra sin duda el *principio de culpabilidad* como principio estructural básico del Derecho penal, de manera que no sería constitucionalmente legítimo un Derecho penal de *autor* que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos”. En opinión de BACIGALUPO, la STC 150/91 aparece a primera vista como contradictoria, ya que por un lado excluye la posibilidad de fundamentar la pena y su medida en la personalidad del autor y por otro admite la reincidencia como una circunstancia agravante legítima, ello a pesar de que los conocimientos sobre ella nos indican que sólo puede fundamentarse en la personalidad del autor y no en una mayor culpabilidad<sup>2227</sup>. Según este autor, y a pesar de que la STC 150/91 afirma que la Constitución no ha consagrado una determinada doctrina de la culpabilidad, es posible deducir sin problemas que la propia sentencia excluye un concepto fundado en la “culpabilidad de la personalidad<sup>2228</sup>”.

Se muestra por tanto acertado BACIGALUPO cuando afirma que la doctrina sentada por la STC 150/91 coincide con el contenido de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 16-1-1979, en la que se afirma que “la regla (del párrafo 48 StGB) no contradice el principio constitucional de culpabilidad, en la medida en la que no dice que aquéllos que resultan nuevamente punibles a pesar de las condenas anteriores, siempre serán más reprochables, sino que amenaza al autor, bajo ciertas circunstancias, con una pena agravada, si cabe formularle un reproche de culpabilidad elevado en relación a sus condenas previas. Si este es o no el caso (...) deberá investigarlo

---

<sup>2226</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad...*, cit., p. 41.

<sup>2227</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad...*, cit., p. 40; del mismo autor *Principio de culpabilidad, carácter de autor y poena naturalis en el Derecho penal actual*, en *Justicia penal y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 119.

<sup>2228</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad...*, cit., p. 40, en relación con el problema de la reincidencia y el principio “non bis in idem” afirma este autor que: “En el hecho posterior se castiga nuevamente una culpabilidad ya extinguida por la pena sufrida, o se castiga lo que el propio TC considera incompatible con la CE: la personalidad (peligrosa) del autor”.

el Juez del hecho de oficio<sup>2229</sup>». En este sentido, e incidiendo en la presunción *iuris et de iure* de mayor culpabilidad o peligrosidad que implica la reincidencia se manifiesta ASUA BATARRITA, para quien la constatación de que el reo tiene condenas anteriores no debe implicar automáticamente la imposición de una pena superior, ya que un Derecho penal moderno “debe excluir prescripciones legales agravatorias basadas en meras presunciones, máxime si además son difícilmente verificables, como son las presunciones de mayor culpabilidad o de mayor peligrosidad<sup>2230</sup>».

A partir de las anteriores consideraciones, deduce BACIGALUPO que la STC 150/91 desautoriza la línea jurisprudencial de algunas sentencias del Tribunal Supremo que consideran que la agravación por reincidencia “se justifica por fines de prevención general y especial de la delincuencia” y que esto eleva la culpabilidad porque “el que a sabiendas comete por segunda o más veces un hecho criminoso (...) asume su culpabilidad con todas las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes” (STS 18-1-91); o que se puede apoyar en la “personalidad del delincuente” (STS 5-11-90 y 5-12-90); o en una “mayor peligrosidad social” (STS 13-11-1990)<sup>2231</sup>. Sin embargo, la STC 150/91 no afecta a la validez de la línea argumental iniciada por la STS de 6-4-90<sup>2232</sup>.

Se debe precisar que con posterioridad a la STC 150/91, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1991, después de afirmar que el principio de culpabilidad puede ser deducido del art. 10.1 de la CE, aclara dos aspectos que han dado lugar a distintos errores en la comprensión del principio de culpabilidad:

a) En primer lugar, se dice que no es correcto afirmar que el límite de la culpabilidad por el hecho en el caso concreto viene dado por la pena legalmente prevista en cada precepto de la Parte Especial, ya que el marco penal abstracto establecido por el legislador, en tanto refiere la consecuencia punitiva a una generalidad de individuos, no puede tener en cuenta el grado de reprochabilidad que merece cada autor por el hecho cometido<sup>2233</sup>. Por el contrario, la culpabilidad por el hecho es la culpabilidad de un autor

---

<sup>2229</sup> BverfGE 50, 125 y ss., 134, 136, citada por BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad...*, cit., p. 40.

<sup>2230</sup> Vid. ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, p. 460.

<sup>2231</sup> Esta conclusión y las resoluciones citadas por BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad...*, cit., pp. 40 y 41.

<sup>2232</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad...*, cit., p. 41.

<sup>2233</sup> En este sentido JAEN VALLEJO, M. *Los principios...*, cit., p. 79, quien con cita de la STC 65/1986, afirma que “ciertamente, el límite de la pena que fija el legislador para cada delito

concreto, respecto de cuya sanción el Tribunal deberá establecer la cantidad adecuada de pena dentro del marco penal establecido en el precepto legal por el legislador, pero no más allá de su específica reprochabilidad por el hecho cometido.

b) En segundo lugar, se afirma que es preciso no identificar el principio de culpabilidad con elementos de algún concepto sistemático de la culpabilidad. En este sentido, reducir el principio de culpabilidad a la premisa “no hay pena sin dolo o culpa” supone una mutilación importante en su alcance, pues el principio de culpabilidad no agota su contenido en las exigencias de algunos elementos del concepto dogmático de culpabilidad que es propio de una determinada teoría del delito. Por el contrario, el principio de culpabilidad rige incluso en relación con las teorías que consideran al dolo y a la culpa como pertenecientes a categorías dogmáticas diversas de la culpabilidad, dado que constituye una consecuencia institucional de la prohibición de tratar a las personas como medios y no como fines en sí mismos, es decir, del imperio de la *dignidad* de la persona como fundamento del orden político y de la paz social (art. 10 CE). Por todo ello, en la doctrina moderna se considera como Derecho penal de culpabilidad aquel en el que rige como precepto básico que la culpabilidad del autor es el fundamento de la individualización de la pena, resaltándose que con ello no se hace referencia a la culpabilidad como concepto sistemático de la estructura del delito (culpabilidad como presupuesto de la punibilidad), sino a lo ilícito culpablemente cometido en su totalidad (culpabilidad de la individualización).

A tenor de las anteriores consideraciones, resulta evidente que la reincidencia plantea en el momento de la determinación e individualización judicial de la pena un problema particular, ya que el fundamento de la agravación radica en razones de prevención especial relacionadas con la vida pasada del autor y ajenas por tanto a la culpabilidad por el hecho concretamente realizado. Precisamente a causa de la particular problemática que plantea la reincidencia, y en la medida en que se ha reconocido que la gravedad de la culpabilidad y las necesidades de prevención pueden no coincidir, la STS 6-4-1990 considera que cuando el Tribunal de los hechos compruebe la posible aplicación de la agravante, establezca anticipadamente hasta dónde llega la gravedad de la culpabilidad, pues las necesidades de prevención especial derivadas de la tendencia del autor sólo podrán

---

(individualización legislativa) no se puede sobrepasar. Pero este límite no tiene por qué coincidir con el que corresponde en cada caso a la gravedad de la culpabilidad por el hecho del autor”.

ser contempladas hasta ese límite<sup>2234</sup>. La peculiar naturaleza de la agravante de reincidencia hace necesario invertir el proceso generalmente seguido para la individualización de la pena, de modo tal que “se debe determinar primeramente el máximo que corresponde a la gravedad de la culpabilidad y luego, establecer hasta donde es necesaria la pena considerando la reincidencia<sup>2235</sup>”.

Como se dijo más arriba, la STS de 5 de julio de 1991 afirma que para la determinación de la culpabilidad por el hecho, el Tribunal deberá considerar tanto la gravedad de la ilicitud cometida, como las circunstancias que permitan juzgar sobre una mayor o menor exigibilidad en el cumplimiento de la norma, así como el mayor o menor disvalor ético-social de los motivos que impulsaron al autor. Sobre esta base, el Tribunal obtendrá una valoración de la gravedad de la culpabilidad por el hecho concreto que se traducirá en una magnitud equivalente al máximo de pena merecido por el autor según su culpabilidad. En esta valoración no habrán de ser considerados los pronósticos desfavorables relativos a la conducta futura del autor, que son el fundamento de la prevención especial y de la reincidencia. En definitiva, lo que postula el Tribunal Supremo en la mencionada sentencia de 5 de julio de 1991, es que en los casos en los que la medida de la culpabilidad, establecida de esta manera, caiga dentro de la mitad inferior de la establecida por la Ley, la pena no podrá superar este grado aunque el autor sea formalmente reincidente. Además, y según el Tribunal Supremo, es posible llegar a la misma conclusión recurriendo al n° 6 del artículo 21 del Código penal, dado que el resultado especialmente leve del juicio de culpabilidad por el hecho se puede expresar, en su caso, en una circunstancia atenuante de análoga significación compensable con la agravante de reincidencia en la forma prevista en el n° 7 del art. 66 del Código penal.

Favorable a la línea jurisprudencial iniciada en la sentencia de 6 de abril de 1990 se muestra MARIN ESPINOSA, y en este sentido coincidimos plenamente con la mencionada autora cuando afirma que la agravante de reincidencia sólo debería aplicarse cuando no se supere la gravedad de la culpabilidad del autor por el hecho. Esto es, los efectos penológicos de esta circunstancia dependerán de que la pena a imponer no supere la culpabilidad del autor, aunque se constate la existencia de todos sus requisitos formales<sup>2236</sup>.

---

<sup>2234</sup> Cfr. STS de 5 de julio de 1991.

<sup>2235</sup> Cfr. STS de 5 de julio de 1991.

<sup>2236</sup> Cfr. MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 371.



## 2. Las anteriores condenas como factores reales de la individualización

La teoría del *espacio de juego* o del *margen de libertad* ofrece la alternativa más adecuada para compatibilizar culpabilidad y prevención en el momento de la individualización judicial de la pena, ya que permite imponer al autor una pena atendiendo a las necesidades de prevención especial siempre que no se sobrepase el límite de la culpabilidad por el hecho<sup>2237</sup>. Tomando como punto de partida esta teoría, consideramos que sería preferible desde el punto de vista del principio de culpabilidad suprimir la agravación de la pena por causa de reincidencia, y en su lugar, tomar en consideración los antecedentes del reo en el momento de la individualización –dentro de los límites de la culpabilidad- del mismo modo en que lo hace el parágrafo 46 del StGB, o el art. 63 del Código penal suízo.

Así, de conformidad con los postulados de la *teoría del espacio de juego*, en el momento de la individualización de la pena *strictu sensu* habrá de determinarse la pena adecuada a la culpabilidad por el hecho dentro de un máximo y un mínimo (espacio de juego). Dentro de ese marco la pena será *ya adecuada* a la gravedad de la culpabilidad del autor por el hecho concretamente realizado y *todavía adecuada* al mismo. En ese mismo momento de la individualización judicial *strictu sensu*, y sin superar el límite máximo establecido por el denominado *espacio de juego*, el Juez podrá concretar la pena exacta a imponer al reo de acuerdo con criterios de prevención especial relacionados con la peligrosidad del autor<sup>2238</sup>. En definitiva, lo que se propone es delimitar un marco de pena a partir de la valoración de la culpabilidad y, dentro de este marco, establecer la pena en concreto de acuerdo a los fines preventivos que a la pena se asignan<sup>2239</sup>. Según CHOCLAN, una vez determinado el marco de la culpabilidad y fijado su límite máximo, resulta evidente que sólo puede completarse por necesidades preventivas. La entrada de consideraciones preventivo-especiales en la concreción del marco de la culpabilidad, permite dar cabida a la idea de

---

<sup>2237</sup> Cfr. MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 166.

<sup>2238</sup> Sobre ello *vid.* MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal...*, cit., p. 689, la decisión BGH 20, 266, contiene un resumen de la teoría del margen de libertad, que pasó a ser permanente desde la decisión BGH 7, 28: “fundamentos básicos de la medición judicial de la pena son la gravedad del hecho en su significación para el ordenamiento jurídico infringido y el grado de la culpabilidad personal del autor. Mediante la consideración y la ponderación recíproca de estos puntos de vista, el Juez debe encontrar la pena justa, es decir, la más adecuada a la culpabilidad (BGHSt 3, 179, y 7, 28). Para ello, el Juez puede tomar en cuenta también otros fines de la pena, como los de la intimidación y el aseguramiento. Sin embargo, el fin preventivo no puede conducir a una pena que exceda de la pena justa”.

<sup>2239</sup> En este sentido MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 161.

resocialización en el momento mismo de la determinación de la pena y no sólo en el de su ejecución<sup>2240</sup>. En definitiva, lo que se propone es delimitar un marco de pena a partir de la valoración de la culpabilidad y, dentro de este marco, establecer la pena en concreto de acuerdo a los fines preventivos que a la pena se asignan<sup>2241</sup>.

A partir de las anteriores consideraciones, los antecedentes del reo podrán ser valorados –en sentido favorable o contrario al reo– entre las *circunstancias personales* del delincuente (art. 66.1.6ª CP)<sup>2242</sup>, del mismo modo en que lo permite el parágrafo 46 del StGB, o el art. 63 del Código penal suízo. Si bien se ha de precisar que las necesidades preventivas de pena relacionadas con la peligrosidad del autor, sólo podrán ser consideradas para fijar la pena dentro del marco penal *adecuado* a la culpabilidad por el hecho<sup>2243</sup>. De acuerdo con la *teoría del espacio de juego*, la peligrosidad o las necesidades de resocialización del penado servirán para concretar exactamente la pena dentro del marco determinado a partir de la valoración de la culpabilidad del autor por el injusto realizado, pues ya hemos visto como los criterios de prevención no pueden conducir a una pena que exceda de la pena limitada por la culpabilidad<sup>2244</sup>.

La pena adecuada a la culpabilidad no es por tanto una magnitud puntual, antes al contrario, existe un *espacio de juego* que se encuentra limitado hacia abajo por la pena *ya adecuada* a la culpabilidad y hacia arriba por la pena *todavía adecuada* a la culpabilidad. Sólo dentro de tales límites cabe considerar los fines de prevención especial de la pena<sup>2245</sup>. En este sentido, coincidimos con CHOCLAN cuando afirma que las anteriores condenas pueden ser valoradas como un indicio de mayor peligrosidad criminal que debe ser tenido en cuenta en el momento de la individualización de la pena<sup>2246</sup>. Sin embargo, precisa este autor que cualquier indicio desfavorable relacionado con la peligrosidad del reo debe ser considerado, en todo caso, como un criterio de prevención especial, por lo que su eficacia

---

<sup>2240</sup> Cfr. CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 193.

<sup>2241</sup> En este sentido MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 161.

<sup>2242</sup> Vid. art. 156 CP 1928; también MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 380: “Ello obligará a realizar un análisis de por qué se ha cometido un nuevo delito, y cómo se puede evitar su repetición. Para llegar a una respuesta adecuada será necesario conocer su entrono familiar, su situación económica y laboral, y cualquier otro dato que pueda servir para determinar la pena que le corresponde a ese individuo por un hecho delictivo concreto”; asimismo véase CHOCLAN MONTALVO, J.A. *Individualización...*, cit., p. 200.

<sup>2243</sup> Cfr. CHOCLAN MONTALVO, J.A. *Individualización...*, cit., p. 199.

<sup>2244</sup> Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal...*, cit., p. 689.

<sup>2245</sup> Vid. sobre ello JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal...*, cit., p. 794, quien sin embargo rechaza esta teoría.

<sup>2246</sup> Cfr. CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 200.

habrá de quedar necesariamente limitada en el momento de la individualización de la pena por los límites del marco penal o *espacio de juego* adecuado a la gravedad de la culpabilidad<sup>2247</sup>.

Si se admite que las anteriores condenas pueden funcionar en favor o en contra del reo como cualquier otra *circunstancia personal* atendido el supuesto concreto, es posible evitar el *plus* de pena que de una forma automática e indiscriminada los jueces se ven obligados a imponer cuando ante ellos comparece un autor formalmente *reincidente*<sup>2248</sup>. En el sentido expuesto, la denominada *teoría del espacio de juego* permite adaptar la pena a imponer al autor a las necesidades de prevención especial siempre que no se sobrepase el límite de la culpabilidad por el hecho<sup>2249</sup>. Por todo ello, consideramos preferible desde el punto de vista del principio de culpabilidad suprimir tanto la vieja agravante de *reincidencia* (art. 22.8ª CP), como la nueva circunstancia agravante de *reincidencia cualificada* (art. 66.1.5ª CP), lo que no impediría tomar en consideración los antecedentes del reo en el momento de la individualización de la pena del mismo modo en que lo hace el parágrafo 46 del StGB<sup>2250</sup>, o en el modo previsto por la Comisión Redactora del Nuevo Código Penal Tipo Iberoamericano, que en su reunión de Panamá celebrada en el año 1998, aprobó la siguiente disposición comprensiva de los principios orientadores de la individualización judicial<sup>2251</sup>:

*“Principios orientadores de la individualización. En la individualización de la pena se tendrá en cuenta: la gravedad de la ilicitud cometida; la mayor o menor exigibilidad de cumplimiento de la norma y del deber; el mayor o menor disvalor de la acción realizada por el autor; la conducta*

---

<sup>2247</sup> Vid. sobre ello CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 199.

<sup>2248</sup> Sobre ello se debe recordar que la nueva agravante de *reincidencia cualificada* prevista en el art. 66.1.5ª CP es de apreciación facultativa, pues aun en el caso de concurrir todos sus presupuestos objetivos, el Juez viene facultado –no obligado– a aplicar la pena superior en grado atendiendo al número de condenas precedentes así como la gravedad del nuevo delito cometido.

<sup>2249</sup> Cfr. MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 166.

<sup>2250</sup> El parágrafo 46 StGB dispone lo siguiente: *“Fundamentos en la medición de la pena.*

*I. La culpabilidad del autor será el fundamento de la medición de la pena. Se deberán considerar los efectos derivados de la pena para la vida futura del autor.*

*II. En la medición de la pena el Tribunal ponderará las circunstancias favorables y contrarias al autor. Con este fin se contemplarán particularmente:*

*los fundamentos de la motivación y los fines del autor,*

*la intencionalidad que se deduce del hecho y la voluntad con que se realizó el hecho,*

*la medida del incumplimiento del deber,*

*el modo de ejecución y los efectos culpables del hecho,*

*los antecedentes del autor, su situación personal y económica,*

*así como*

*su conducta después del hecho, especialmente sus esfuerzos por reparar los daños, y sus esfuerzos para acordar una compensación con el perjudicado.*

*III. No podrán tomarse en consideración las circunstancias que ya caractericen el tipo penal”.*

<sup>2251</sup> Cfr. JAEN VALLEJO, M. *Los principios...*, cit., p. 71.

*posterior al hecho, en especial los esfuerzos para reparar el daño; la pena natural, sufrida por el autor en la realización del hecho. No se tomarán en consideración aquellas circunstancias tenidas ya en cuenta en la descripción del tipo penal e inherentes al mismo”.*

Los antecedentes del reo pueden y deben ser valorados entre las *circunstancias personales del delincuente* (art. 66.1.6<sup>a</sup> CP)<sup>2252</sup>. Sin embargo, se ha de precisar que la relevancia de la trayectoria criminal del sujeto en el momento de la individualización judicial de la pena debe limitarse a completar el marco penal *adeudado* a la culpabilidad por el hecho<sup>2253</sup>. De acuerdo con la *teoría del espacio de juego*, las anteriores condenas servirán para concretar exactamente la pena dentro del marco determinado a partir de la valoración de la culpabilidad del autor por el delito cometido, pues ya hemos visto como los criterios de prevención no pueden conducir a una pena que exceda de la pena justa<sup>2254</sup>. La pena justa es la pena adecuada a la culpabilidad, si bien ésta no es una magnitud puntual, antes al contrario, existe un *espacio de juego* que se encuentra limitado hacia abajo por la pena *ya adecuada* a la culpabilidad y hacia arriba por la pena *todavía adecuada* a la culpabilidad, dentro de tales límites cabe considerar los fines de prevención especial de la pena<sup>2255</sup>.

En este sentido, es claro que las anteriores condenas pueden ser consideradas como indicio de un juicio desfavorable de peligrosidad criminal que debe ser tenido en cuenta en la individualización de la pena<sup>2256</sup>. Sin embargo, la relevancia de este juicio desfavorable que debe ser considerado como un criterio de prevención especial, debe quedar necesariamente limitada en el momento de la individualización de la pena por los límites del marco penal - *espacio de juego*- adecuado a la gravedad de la culpabilidad<sup>2257</sup>. En definitiva, las necesidades de prevención relacionadas con la vida pasada del autor y con un juicio pronóstico sobre su peligrosidad futura, no pueden conducir a una pena que exceda de la pena adecuada a la

---

<sup>2252</sup> En este sentido MARIN ESPINOSA, E., *La reincidencia...*, cit., p. 380: “Ello obligará a realizar un análisis de por qué se ha cometido un nuevo delito, y cómo se puede evitar su repetición. Para llegar a una respuesta adecuada será necesario conocer su entorno familiar, su situación económica y laboral, y cualquier otro dato que pueda servir para determinar la pena que le corresponde a ese individuo por un hecho delictivo concreto”; asimismo CHOCLAN MONTALVO, J.A. *Individualización...*, cit., p. 200.

<sup>2253</sup> Cfr. CHOCLAN MONTALVO, J.A. *Individualización...*, cit., p. 199.

<sup>2254</sup> Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal...*, cit., p. 689.

<sup>2255</sup> Vid. sobre ello JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal...*, cit., p. 794, quien sin embargo rechaza esta teoría.

<sup>2256</sup> Cfr. CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 200.

<sup>2257</sup> Vid. sobre ello CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 199.

gravedad de la culpabilidad por el hecho, es decir, a la gravedad del reproche que quepa hacer al autor por el injusto culpable realizado<sup>2258</sup>.

En particular, y con relación a la nueva agravante de *reincidencia cualificada* prevista en el art. 66.1.5ª CP, puede afirmarse que según la interpretación expuesta no cabe excluir la aplicación de la pena señalada por la Ley para el delito sin una previa valoración del hecho y de la culpabilidad del autor, y ello a pesar de que el culpable, al delinquir, hubiera sido precedentemente condenado por tres o más delitos de la misma naturaleza.

Por otra parte, si se admite que las anteriores condenas pueden funcionar en favor del reo como cualquier otra *circunstancia personal* atendido el supuesto concreto, de acuerdo con la *teoría de la prohibición del exceso sobre el grado de culpabilidad* también sería posible que por razones de prevención especial le fuera impuesta una pena inferior a la adecuada a la gravedad de la culpabilidad, esto es, una pena por debajo de la que *ya es adecuada* a la culpabilidad. Según CHOCLAN, en la teoría existe más o menos consenso acerca de la idea de que “la pena no debe superar la medida de la culpabilidad<sup>2259</sup>”, sin embargo la discusión surge acerca de si la vinculación desaparece respecto del límite inferior del marco adecuado a la culpabilidad<sup>2260</sup>.

#### **IV. Habitualidad**

##### **1. Revisión del concepto**

Como tuvimos ocasión de exponer en los capítulos precedentes, la reincidencia y la habitualidad constituyen fenómenos con un distinto contenido, por lo que resulta plenamente justificado su tratamiento diferenciado. En general, consideramos acertadas todas aquéllas propuestas que inciden en la posibilidad de suprimir la reincidencia del

---

<sup>2258</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad...*, cit., p. 36.

<sup>2259</sup> Cfr. CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 194: “En suma, los terminos de la cuestión que ahora nos ocupa se reducen a determinar si por razones de prevención es posible la imposición de una pena inferior a la adecuada a la gravedad de la culpabilidad (esto es, una pena por debajo de la que ya es adecuada a la culpabilidad), lo que importa determinar si el límite inferior de la pena –a diferencia del límite superior– se determina por puntos de vista vinculados a la culpabilidad o, por el contrario, sólo inciden razones preventivas. Esta cuestión se considera una de las más discutidas en la moderna teoría de la determinación de la pena y en la actual Ciencia del Derecho penal”.

<sup>2260</sup> Los postulados de esta teoría permiten justificar la rebaja de pena hasta el mínimo de la amenaza legal que suele caracterizar en la práctica forense la denominada *conformidad* procesal.

catálogo general de circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal, y adoptar en su lugar un concepto de habitualidad dotado de un contenido criminológico concreto<sup>2261</sup>. En este sentido, la habitualidad podría operar como el presupuesto de una medida de seguridad siempre y cuando fuera revisada su actual configuración positiva.

Tal y como se postula, es posible suprimir la reincidencia del catálogo de circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal, tomando eso sí en consideración los antecedentes del reo en el momento de la individualización judicial de la pena y respetando -en todo caso- los límites de la responsabilidad por el hecho. Por otra parte, y con absoluta independencia de los efectos sobre la pena que puedan tener los antecedentes del reo, es claro que si el autor presenta problemas de peligrosidad criminal que permitan su calificación como reo *habitual*, es posible acudir a un tratamiento de seguridad basado en el recurso al sistema de medidas<sup>2262</sup>. Además, desde el punto de vista del principio de culpabilidad, no existe inconveniente teórico alguno para que tales medidas sean impuestas como un *complemento* de la pena. Lo anterior significa que si a partir de la existencia de las anteriores condenas fuera posible realizar un juicio pronóstico de peligrosidad respecto del autor, resultaría en todo caso plenamente compatible con el principio de culpabilidad admitir la posibilidad de calificar a éste como reo *habitual* e imponer junto con la pena una medida de seguridad destinada a neutralizar dicha tendencia al delito tal y como sucede en los Códigos penales suízo (art. 42) e italiano (arts. 102 ss.)<sup>2263</sup>.

Lo anterior implica revisar el defectuoso tratamiento que el vigente Código penal dispensa a la habitualidad, comenzando con una revisión íntegra de la definición contenida en el art. 94 CP. Como complemento de lo anterior, también deberían revisarse las menciones contenidas en los arts. 87.1 y 88 del Código penal, relativas a la suspensión y a la sustitución de la pena respectivamente. Asimismo, la reelaboración del concepto de habitualidad debería incidir también en la configuración de los supuestos previstos en los

---

<sup>2261</sup> Sobre ello véase JIMENEZ DE ASUA, L., *Lecciones de Derecho penal...*, cit., pp. 361 ss.

<sup>2262</sup> En este sentido GONZALEZ-CUELLAR GARCIA, A., *La reincidencia*, en *Comentarios a la legislación penal*, T. II, Edersa, Madrid, 1983, p. 4, quien refiriéndose tanto a la reitaración como a la reincidencia, afirma que “parece aconsejable la mayor cautela sobre el incremento e incluso conservación de los efectos agravatorios de estas circunstancias, ya que una desaparición de sus consecuencias sería deseable siempre que se hiciese recaer en las medidas de seguridad para delincuentes habituales y profesionales la lucha contra el crimen en este campo”.

<sup>2263</sup> En este sentido GONZALEZ-CUELLAR GARCIA, A., *La reincidencia...*, cit, p. 25, afirma que “únicamente en la lucha contra las verdaderas categorías de delincuentes que presentan superior peligrosidad, como los habituales y profesionales y nunca los reincidentes y reiterantes, y en la utilización de las verdaderas armas que se encuentran en las medidas de seguridad, puede estar el comienzo de la solución de la cuestión”.

arts. 173.2 (violencia habitual en el ámbito familiar); 147.1 (habitualidad en las lesiones); 234 (habitualidad en el hurto); 244 (habitualidad en la sustracción de vehículos); 286 (habitualidad en delitos relacionados con el mercado de valores); y 299 (receptor habitual), todos ellos del vigente Código penal. Finalmente, la reelaboración de un concepto de habitualidad dotado de un contenido criminológico concreto debe culminar con un cambio general de orientación en su tratamiento, y en este sentido se propone dirigir el tratamiento de la habitualidad delictiva hacia el entorno que le es más propio, esto es, hacia el terreno de las medidas de seguridad.

## 2. Habitualidad y medidas de seguridad

Desde la perspectiva del principio de culpabilidad, nada impide que un autor que manifiesta a través de su trayectoria delictiva una evidente peligrosidad criminal, sea sometido a una medida de seguridad complementaria de la pena. Por lo general, en el Derecho penal moderno se admite que toda pena presupone la culpabilidad del autor por la comisión de un hecho que pertenece al pasado, mientras que la medida de seguridad presupone la peligrosidad del autor y mira hacia el futuro (art. 6 CP). A partir de estas dos premisas básicas, es posible deducir que las medidas de seguridad no constituyen necesariamente una alternativa a la pena, sino que también pueden ser aplicadas junto con ella (p.ej.: art. 104 CP). En este sentido, se muestra acertado BACIGALUPO cuando concluye que un “sistema de doble vía no se caracteriza porque el ordenamiento prevé penas para capaces de culpabilidad y medidas de seguridad para incapaces de culpabilidad, sino porque el sistema de reacciones penales prevé penas para los culpables y medidas para los peligrosos (capaces o no de culpabilidad)<sup>2264</sup>”.

A pesar de que la agravación de la pena por causa de reincidencia no resulta explicable por un mayor contenido del injusto culpablemente realizado, es posible admitir que la recaída en algunos casos puede tener un significado sintomatológico que resultará, en su caso, indicativo de una tendencia del autor y por lo tanto de otros posibles ataques a bienes jurídicos, esto es, de su peligrosidad<sup>2265</sup>. Por ello, en los supuestos en los que la recaída en el delito pueda fundamentar un juicio pronóstico de peligrosidad criminal, no

---

<sup>2264</sup> Cfr. BACIGALUPO, E, *Principios...*, cit. P. 23, de acuerdo con ello “una estricta separación entre penas y medidas sólo es posible en tanto la pena se entienda desde el punto de vista de las teorías absolutas”.

<sup>2265</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad...*, cit., p. 39.

existe inconveniente en acudir a la imposición de una medida de seguridad, aunque se debe subrayar el hecho de que no en todos los casos en los que concurran los presupuestos formales de la definición de reincidencia habrá de presumirse *iuris et de iure* una mayor peligrosidad criminal<sup>2266</sup>.

El hecho de que las necesidades de prevención relacionadas con la vida pasada del autor o con un juicio pronóstico sobre su peligrosidad futura, no puedan conducir a una pena que exceda de la pena *adecuada* a la gravedad de la culpabilidad, es decir, de la reprochabilidad del autor por el hecho cometido<sup>2267</sup>, no impide que al autor que manifiesta a través de su trayectoria delictiva una evidente peligrosidad criminal le sea impuesta una medida de seguridad como *complemento de la pena*<sup>2268</sup>. En este sentido se manifiesta JAEN VALLEJO, cuando afirma que la relación entre la pena y la medida de seguridad “no es necesariamente alternativa, sino que puede operar complementariamente, luego es perfectamente posible que se pueda completar la pena con una medida de seguridad para los reincidentes, sin que ello suponga una vulneración del principio *ne bis in idem*”<sup>2269</sup>.

En cuanto a la prioridad en el orden cronológico de cumplimiento entre penas y medidas cuando ambas sean aplicadas conjuntamente, se debe precisar que no sólo es posible concebir un sistema vicarial como el contenido en el art. 99 CP, que en el caso de concurrencia de penas y medidas privativas de libertad establece como regla general el cumplimiento previo de la medida -que en todo caso se abonará para el de la pena-. También es posible, y ello resultará más adecuado en determinados casos de autores reincidentes de criminalidad grave, adoptar un sistema como el contenido en el párrafo

---

<sup>2266</sup> En este sentido GONZALEZ-CUELLAR GARCIA, A., *La reincidencia...*, cit., p. 22, en cuya opinión “el reincidente no es más peligroso que el resto de los delincuentes. Puede serlo o no; precisamente el formalismo que reviste la figura impide mantener esta afirmación, que sería aceptable si nos estuviéramos refiriendo a otras categorías como la de los delincuentes habituales”.

<sup>2267</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad...*, cit., p. 36.

<sup>2268</sup> Más ampliamente en este sentido véase JAEN VALLEJO, M., *Justicia penal contemporánea*, ed. Portocarrero. Lima, 2002, pp. 228 ss., quien defiende una adecuada comprensión de la relación entre la pena y la medida de seguridad dentro del vigente sistema de doble vía, que tome como punto de partida la existencia de una relación entre ambas consecuencias no sólo de alternatividad, sino también de complementariedad, con reconocimiento del principio vicarial en este último caso; asimismo, sobre la distinción entre medidas de seguridad que *complementan la pena* o que se imponen *en lugar de la pena*, véase JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit., pp. 40 y 41.

<sup>2269</sup> Cfr. JAEN VALLEJO, M., *Delito de violencia doméstica: ¿insuficiencia del derecho penal?*, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Año XII, núm. 534, Madrid, 2002, p. 3, y en p. 4 afirma que “la medida impuesta con carácter complementario junto con la pena, que debe tener una especial aplicación en el caso de los reincidentes, cumple una función vinculada con el mantenimiento de la validez de la norma, pues se aplica a personas que han obrado culpablemente, y pretende, también, al mismo tiempo, eliminar el peligro que representa la tendencia del sujeto a reincidir”.



67.II StGB, que en los supuestos de concurrencia de penas y medidas privativas de libertad permite al Tribunal acordar que toda la pena, o al menos una parte de ella, deba cumplirse antes de la medida si la finalidad de ésta es así más fácilmente alcanzada<sup>2270</sup>.

Por otra parte, es evidente que BERISTAIN acierta plenamente cuando afirma que dada la complejidad de las modernas ciencias que estudian el comportamiento humano, tan necesarias para diagnosticar el estado peligroso y para señalar el tratamiento adecuado, el asesoramiento de un equipo de especialistas no es sólo necesario únicamente a la hora de individualizar y ejecutar las penas, sino también cuando se trata de adoptar una decisión en materia de medidas de seguridad<sup>2271</sup>. En este sentido, debemos recordar que el propio artículo 95.1 del Código penal dispone que “las medidas de seguridad se aplicarán por el Juez o Tribunal, previos los informes que estime convenientes”. En nuestra opinión, tal posibilidad de petición de informes debería haber sido también prevista para el caso de las penas, si bien en el ámbito de las medidas de seguridad resulta esencial. Para orientarse sobre el contenido y concreta configuración de tales informes, podría tomarse como punto de partida -con las necesarias matizaciones-, lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor, en lo referente al denominado “informe del equipo técnico”. En cualquier caso, nos mostramos partidarios de la propuesta de BERISTAIN, para quien de cara al futuro sería interesante considerar una posible división del proceso penal en dos fases, especialmente cuando se impongan medidas de seguridad<sup>2272</sup>.

Inexplicablemente, el legislador no ha previsto la posibilidad de aplicar medidas de seguridad a los reincidentes peligrosos, pues la reforma no contempla ninguna modificación en tal sentido, y ello a pesar de que la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2000, afirmaba con razón que “la agravante de reincidencia es un medio político-criminal inidóneo para resolver los problemas que plantea la peligrosidad del autor”, y que es necesario “introducir en el Código penal para estos

---

<sup>2270</sup> Sobre ello también JAEN VALLEJO, M., *Delito de violencia doméstica...*, cit., p. 4.

<sup>2271</sup> Cfr. BERISTAIN, A., *Medidas penales...*, cit., p. 55.

<sup>2272</sup> Vid. BERISTAIN, A., *Medidas penales...*, cit., p. 55, quien se refiere a las fases del derecho anglosajón conocidas como *conviction* y *sentencing*; según este mismo autor, presenta otro planteamiento BARBERO SANTOS, M., *La división en dos fases del proceso penal*, en *Anuario de Derecho penal*, 1969, pp. 269 ss.; asimismo véase JORGE BARREIRO, A., *Las medidas...*, cit., pp. 170 a 175, con especial referencia a la interesante propuesta de “tercera vía” formulada por ANTON ONECA (p. 172).

casos medidas de terapia social que permitan lograr aquellos resultados para los que la pena privativa de libertad se ha mostrado ineficaz por las especiales características del autor”.

Resulta sin duda criticable que el vigente Código penal no permita la imposición de medidas de seguridad a los delincuentes imputables peligrosos, tal y como hizo el Código de 1928, precursor en la materia. Asimismo, resulta difícil de comprender el hecho de que el legislador español no haya previsto en la reciente Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de *medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, la posibilidad de aplicar medidas de seguridad a los autores habituales peligrosos del mismo modo en que lo hacen los Códigos alemán, suízo e italiano. Pero lo que sin duda resulta más desconcertante, es que el actual Gobierno planteara en los debates parlamentarios previos a la aprobación del CP 1995 la necesidad de combatir la reincidencia mediante el recurso a las medidas de seguridad, y ahora, sólo unos años después, cambie radicalmente de orientación político-criminal en favor de la más pura represión (ó punitivismo)- que encarna la *superagravante de reincidencia cualificada* contenida en el nuevo art. 66.1.5ª CP. Para ilustrar lo anterior, debemos recordar que en el Proyecto de Ley Orgánica del Código penal presentado por el Gobierno el 13 de septiembre de 1994, tanto la reincidencia como la reiteración se regulaban en el nº 9 del art. 23 como circunstancias generales de agravación de la responsabilidad criminal<sup>2273</sup>. Una vez en el Congreso, fueron varias las enmiendas presentadas por los diferentes Grupos Parlamentarios, siendo de destacar que el Grupo Popular presentó una enmienda de modificación al art. 23.9ª, proponiendo la siguiente redacción alternativa:

*“9ª. Ser reincidente.*

*Hay reincidencia cuando al delinquir, el culpable hubiere sido condenado ejecutoriamente por un delito semejante no computándose a tal efecto los antecedentes penales cancelados y que hubieran podido serlo. Al reincidente se le aplicarán, en su caso, las medidas de seguridad previstas en el Título Cuarto, Capítulo Primero (arts. 95 y ss. del presente Código)<sup>2274</sup>”.*

La enmienda del Partido Popular propuesta en el Congreso y posteriormente mantenida ante el Senado, consideraba adecuado mantener la reincidencia dentro del catálogo general de circunstancias agravantes, si bien optaba por un concepto estricto y unitario de reincidencia, eliminando la denominada reincidencia genérica o reiteración. Se

---

<sup>2273</sup> Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, V Legislatura, 26 de septiembre 1994.- Serie A. Núm. 77-1.

<sup>2274</sup> Cfr. Enmienda nº 251, presentada en el Congreso de los Diputados por el Grupo Popular; *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, V Legislatura, 6 de marzo 1995.- Serie A. Núm. 77-6.

proponía, asimismo: “*completar el mecanismo agravatorio ordinario, propio de todas las circunstancias descritas por el proyecto en su artículo 23, por la previsión de las correspondientes medidas de seguridad, colmando una laguna llamativa del Proyecto*”<sup>2275</sup>”.

## V. Recaída y beneficios penales

Por otra parte, lo anteriormente dicho no supone dejar de considerar las anteriores condenas sean o no constitutivas de *reincidencia* o de *reincidencia cualificada* a la hora de decidir sobre la posibilidad de aplicar penas alternativas a la privación de libertad cuando así lo permita la Ley (p.ej.: para decidir entre pena de prisión o multa); o a los efectos de los sustitutivos penales (art. 80 ss. CP); o incluso para decidir sobre la suspensión en el supuesto previsto en la art. 87 CP, en el que el Tribunal debe atender a la “*peligrosidad criminal del sujeto*”; ya que en estos casos “no se trata de la determinación de la cantidad de pena, sino de modalidades de ejecución que son independientes de la gravedad de la culpabilidad”<sup>2276</sup>. Tales decisiones dependen por lo general de consideraciones de índole preventiva<sup>2277</sup>, y en este sentido coincidimos con JESCHECK cuando afirma que las alternativas mencionadas anteriormente dependen de “*consideraciones acerca de cómo el proceso sancionador completo, incluida la eventual ejecución de una pena privativa de libertad, repercutiría en el reo, en su posición profesional, social y en el fortalecimiento de su carácter con vista a la prevención de futuros delitos*”<sup>2278</sup>. Por otra parte, algo semejante sucede respecto de la incidencia de la trayectoria criminal del sujeto en el régimen de la prisión provisional o en el del indulto.

Resulta por tanto importante precisar que el hecho de que la existencia de antecedentes penales despliegue sus negativos efectos respecto de la posibilidad de acceder a determinados beneficios penales y penitenciarios, no guarda relación alguna con el

---

<sup>2275</sup> Cfr. Enmienda nº 251, presentada en el Congreso de los Diputados por el Grupo Popular; *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, V Legislatura, 6 de marzo 1995.- Serie A. Núm. 77-6.

<sup>2276</sup> Cfr. JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal...*, cit., p. 805; asimismo véase BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad, carácter de autor y poena naturalis...*, cit., p. 120 ss.

<sup>2277</sup> Ya sea para evitar el efecto nocivo de las penas privativas de libertad inferior a seis meses (art. 36 CP), o porque concurren los requisitos de los artículos 88 y ss. CP para penas privativas de libertad de hasta dos años para españoles (art. 88.1) y de hasta seis años para extranjeros (art. 89.1).

<sup>2278</sup> Vid. JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal...*, cit., p. 805.

principio de culpabilidad o de responsabilidad por el hecho (art. 10.1 CE) sino con las posibilidades de resocialización del penado (art. 25.2 CE)<sup>2279</sup>.

### Bibliografía

ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia. Su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los códigos penales españoles del S. XIX*. Bilbao, 1982.

BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho penal*. 3ª ed., Akal/Iure, 1994.

BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad e individualización de la pena. El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Angel Torío López*. Comares, Granada, 1999.

BACIGALUPO, E., *Principio de culpabilidad, carácter de autor y poena naturalis en el Derecho penal actual, en Justicia penal y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

BARREIRO, A. J., *Las medidas de seguridad en el derecho español*. Civitas. Madrid, 1976.

BERISTAIN, A. *Medidas penales en Derecho contemporáneo*. Ed. Reus, Madrid, 1974.

CANCIO MELIA, M./JAKOBS, G., *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003

CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Individualización judicial de la pena*. Colex, Madrid, 1997.

GONZALEZ-CUELLAR GARCIA, A., *La reincidencia*, en *Comentarios a la legislación penal*, T. II, Edersa, Madrid, 1983

JAEN VALLEJO, M., *Los principios superiores del Derecho penal*. Dykinson. Madrid, 1999.

JAEN VALLEJO, M., *Justicia penal contemporánea*, ed. Portocarrero. Lima, 2002.

JAEN VALLEJO, M., *Delito de violencia doméstica: ¿insuficiencia del derecho penal?*, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Año XII, núm. 534, Madrid, 2002.

JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª Ed. corregida. Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Marcial Pons editores, Madrid, 1997.

JAKOBS, G./CANCIO MELIA, M., *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003.

JESCHECK. H.H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, (trad. de Manzanares Samaniego), ed. Comares, Granada, 1993.

JIMENEZ DE ASUA, L., *Lecciones de Derecho penal: Reincidencia y habitualidad*, ed. Pedagógica Iberoamericana, México, 1995.

MARIN ESPINOSA CEBALLOS, E., *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*. Comares, Granada, 1999.

---

<sup>2279</sup> Aunque ello podría ser contrario a la orientación resocializadora de penas y medidas establecida en el art. art. 25.2 CE.

MARTINEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia*. Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1971.

MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*. Vol. II. Trad. por Bofill Genszch, J. Astrea, Buenos Aires, 1995.

MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*. 5ª ed., Barcelona, 1998.

ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Trad. de la 2ª ed. alemana por Luzón Peña, D.M., Díaz y García-Conlledo, M., Vicente Remesal, J. Civitas, Madrid, 1997.

⌘