

Aspectos críticos de la elevación de pena en casos de multirreincidencia*

GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO

Catedrático de Derecho penal en la Universidad Autónoma de Madrid

I. INTRODUCCION

La regla 6.^a del artículo 61 del Código penal, dispone: “Cualquiera que sea el número y entidad de las circunstancias agravantes, los Tribunales no podrán imponer pena mayor que la señalada por la Ley en su grado máximo, salvo el caso de que concurra la agravante décimoquinta del artículo 10, en el que se aplicará la pena superior en uno o dos grados, a partir de la segunda reincidencia, en la extensión que aquéllos estimen conveniente”.

Este precepto experimentó una notab'e transformación a lo largo de las distintas reformas de que fue objeto nuestro Código penal. El Código de 1870 establecía: “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”. Se partía de la idea de que el legislador, “al señalar la pena total del delito, ha debido tener en cuenta toda la gravedad que pudiera alcanzar por razón de las circunstancias que concurrieran en su autor, por tanto —concluía Viada— no cabe traspasar este límite legal de la pena señalada al delito” (1). Posición acorde con el estricto legalismo que en materia de determinación de penas adoptó el Código de 1870 (2).

La reforma de 1932, manteniendo la declaración anterior como regla general, concedió, sin embargo, arbitrio a los Tribunales para

* El texto del presente artículo se corresponde esencialmente con la disertación mantenida, el 23 de junio de 1971, en la solemne clausura de curso del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, del que es director el profesor Del Rosal. Hemos añadido las imprescindibles referencias bibliográficas y jurisprudenciales.

(1) S. VIADA, *Código Penal reformado de 1870*, I, 4.^a ed. (Madrid, 1890), pág. 464.

(2) Cfr. R. NÚÑEZ BARBERO, *La reforma penal de 1870* (Salamanca, 1969), pág. 59.

que, en caso de reincidencia, pudieran aplicar la pena inmediatamente superior (3).

El legislador de 1944, inspirándose en los artículos 70, 71 y 157 del Código de 1928 y obediendo —en el decir del profesor Castejón— a dictados de defensa social, convirtió en obligatoria, a partir de la segunda reincidencia, la elevación de la pena en grado, dejando únicamente al arbitrio de los Tribunales la elevación en dos (4). Posibilidad de elevación en dos grados que convirtió, a partir de 1944, en paradójicos privilegios, preceptos que con anterioridad ostentaban un inequívoco carácter agravatorio, como por ejemplo, el párrafo 2.º del artículo 516, que establece para el hurto la pena sólo superior en grado cuando el culpable fuere dos veces reincidente. Pero de la problemática que plantea éste y otros preceptos específicos sobre la plurirreincidencia, no podemos ocuparnos ahora. Nuestra atención se va a centrar en la disposición general contenida en la regla 6.ª del artículo 61 del Código penal.

Presupuesto de esta regla es, según exigencia expresa de la Ley, la concurrencia de la agravante decimoquinta del artículo 10. En este precepto se ofrece una definición normativa de reincidencia: “Hay reincidencia —dice— cuando al delinquir el culpable hubiere sido ejecutoriamente condenado por otro u otros delitos comprendidos en el mismo Título del Código”.

La agravante decimoquinta requiere necesariamente que el sujeto esté *ejecutoriamente condenado* al delinquir de nuevo. La reincidencia no se puede identificar, en consecuencia, con la mera repetición de delitos (5).

Durante largo tiempo, el Tribunal Supremo, a efectos de apreciar la segunda reincidencia, no lo entendió sin embargo así. “Es doctrina uniforme y reiteradamente sentada por esta Sala —declara la Sentencia 9 noviembre 1957— que el reo que al delinquir estuviere ejecutoriamente condenado dos o más veces por delitos comprendidos en el mismo Título del Código, es multirreincidente aun en el caso de que las condenas precedentes, hubieran recaído en una misma sentencia” (6).

La verdad es —como observa Rodríguez Devesa— que “no puede haber segunda reincidencia si no se ha apreciado la primera, y el artículo 10 es terminante en cuanto que para el concepto técni-

(3) Código penal de 1932, artículo 67, regla 6.ª. Cfr. *Anteproyecto de Reforma del Código Penal que eleva al Gobierno la comisión jurídica asesora* (Madrid, 1931), pág. 35.

(4) F. CASTEJÓN, *Génesis y breve comentario del Código Penal de 23 de diciembre de 1944* (Madrid, 1946), pág. 41.

(5) J. M.ª RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal. Parte General*, 2.ª ed. (Madrid, 1971), pág. 611.

(6) En el mismo sentido, entre otras muchas, sentencias 8 julio 1953, 12 noviembre 1959 y 29 enero 1962.

co de reincidencia no basta una pluralidad de delitos condenados en una misma sentencia" (7).

En este mismo sentido de estricto respeto al concepto legal de reincidencia, se orienta una reciente dirección jurisprudencial. La importante Sentencia de 25 de enero de 1972, dictada bajo ponencia de Díaz Palos, imprime un giro decisivo: "de la noción legal de multirreincidencia del número 15 del artículo 10 en relación con la regla 6.^a del artículo 61 del Código penal, se deduce que sólo puede imponerse la pena superior en uno o dos grados, a *partir de la segunda reincidencia* por lo que resulta obvio que sólo puede declararse segunda vez reincidente a quien lo fue por primera vez en anterior sentencia, o lo que es lo mismo, que para que haya doble reincidencia es preciso que se hayan dictado por lo menos dos sentencias condenatorias anteriores al hecho que se enjuicia, de modo que en el segundo de tales fallos se haya apreciado la primera o simple reincidencia". Acertada interpretación sobre la que vuelve a insistir la Sentencia de 22 febrero 1972, dictada bajo ponencia de Sáez Jiménez, en la que se advierte: "En cuanto a la "multirreincidencia", según reciente orientación de esta Sala, si los robos fueron incriminados en una sólo y única sentencia impedirían la real existencia de la "segunda reincidencia" necesaria e imprescindible para que pueda entrar en juego la citada regla 6.^a del artículo 61 y ser producidos los peculiares efectos agravatorios de la concurrencia de la multirreincidencia.

Línea jurisprudencial que continúa y desarrolla, en ponencia de Escudero del Corral, la Sentencia de 18 de octubre de 1972, en la que se ofrece la siguiente fundamentación:

"Variando el criterio anteriormente sostenido, de que la multirreincidencia a que se refieren los artículos 61, regla 6.^a, 516 núm. 3.^o, y 530 del Código penal, podía deducirse de la existencia de una sola sentencia precedente, con tal de que se reprochara en ella, dos o más delitos, comprendidos en el mismo título del Código de aquel que se juzgaba, esta Sala en su importante Sentencia de 25 de enero de 1972, atendiendo a la literalidad normativa, que sólo permite imponer la pena superior en grado o grados, a partir de la segunda reincidencia, a quien le fue por primera vez en anterior sentencia, estimó que para que se produzca doble reincidencia es preciso que se dictaran dos sentencias condenatorias anteriores al hecho que se enjuicia, de modo que en el segundo de tales fallos se haya apreciado la primera o simple reincidencia; posición justa y legal si se atiende a la necesidad de respetar

(7) J. M.^a RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal. Parte General*, cit. pág. 612, nota (101).

la expresa dicción de las normas; a la distinción entre pluridelincuencia —varios delitos— y plurirreincidencia —delitos antecedentes que operan en los subsiguientes— con la secuela de una mayor perversidad, en quien ya fue altamente castigado y advertido, continuando el fracaso de la prevención especial; a que lo esencial no es la condena, sino a la declaración del llamado doctrinalmente estado de “reidad”, con individualizada conminación; a la eficacia del principio humanitario “pro reo”, que elude sin más la virtualidad de la mera repetición, así como la de la interpretación peyorativa en contra de aquél; y por fin, a que la reincidencia es un concepto jurídico que impide que pueda darse segunda reincidencia sin que previamente hubiere recaído la primera, lo que no resulta viable, sin que al menos se hayan dictado dos sentencias condenatorias antes de realizarse el delito en qué se estime la segunda reincidencia, y de que en dicha segunda condena se haya estimado existente la primera reincidencia, para todo lo que, como quiera también la mejor doctrina científica, no es suficiente que las resoluciones judiciales sean de distinta fecha, sino que es preciso que la primera de ellas haya sido estimada a virtud de la reincidencia en la segunda, lo que debe ser precisado por las Audiencias con todo rigor en los hechos probados, o al menos resultar demostrado por deducción fundada, de acuerdo con el intervalo de tiempo existente entre ellas y las fechas de las causas que las motivaron”.

Muy importante, desde el punto de vista práctico, resulta la oportuna advertencia de que no es suficiente que las anteriores resoluciones judiciales sean de distinta fecha, sino que “es preciso que la primera de ellas haya sido estimada a virtud de la reincidencia en la segunda”, y la consiguiente exigencia de que tal extremo “debe ser precisado por las Audiencias con todo rigor en los hechos probados”. El criterio de que, en su caso, basta que el mencionado requisito resulte al menos demostrado por deducción fundada, de acuerdo con el intervalo de tiempo existente entre las sentencias y las fechas de las causas que las motivaron, aun siendo, en sí mismo considerado, admisible (se exige, en efecto, que ha de “resultar demostrado por deducción fundada”), entraña, sin embargo, el riesgo de originar presunciones contrarias al reo en una materia en la que, como resalta la propia sentencia comentada, debe otorgarse virtualidad al principio “pro reo”. Y ciertamente sería inadecuado que una interpretación simplista del criterio reconocido en la sentencia 18 de octubre de 1972, condujese a presumir, sobre la base del tiempo existente entre las sentencias y las fechas de las causas que las motivaron, que la primera de las resoluciones fue tomada en consideración en la segunda

de éllas, motivando la apreciación de reincidencia. Se desvirtuaría, así, en definitiva, la doctrina establecida en la misma Sentencia de 18 de octubre de 1972 que, como hemos visto, exige que tal extremo *resulte demostrado*, y no meramente presumido.

Esta nueva orientación del Tribunal Supremo que parece haberse confirmado ya, según acabamos de ver, merece ser acogida con beneplácito. En efecto, la primitiva doctrina jurisprudencial iba más allá de lo que permite el tenor literal de la Ley, en una materia desfavorable para el reo. Tal vez porque desde el punto de vista criminológico lo más significativo de la plurirreincidencia sea la habitualidad o la inclinación al delito que revela, y esta habitualidad o inclinación al delito puede mostrarse también y de modo idéntico por la repetición de delitos no constitutiva de reincidencia en sentido legal. Pero la regla 6.^a del artículo 61 no autoriza desde luego a semejantes equiparaciones, precisamente porque la fórmula legal suscita importantes objeciones desde la perspectiva criminológica.

II. ASPECTOS CRIMINOLOGICOS

El párrafo inicial de la agravante decimoquinta —“ser reincidente”— en si mismo considerado pudiera conducir a conclusiones engañosas. Podría hacer pensar, en efecto, que la ley considera como agravante un particular “modo de ser” del sujeto. La lectura de la definición de reincidencia que se contiene en el segundo párrafo muestra, sin embargo, que la agravación depende del dato formal de la existencia de anteriores condenas.

El verdadero modo de ser del sujeto puede resultar indiferente. El autor habitual o profesional que ha vivido durante años del producto de sus robos, no es reincidente en sentido legal si tuvo la suerte de no haber sido descubierto y juzgado hasta después de cometido el último delito de la serie. Quien en los comienzos de la mayoría de la edad penal fue condenado por un hurto y después de muchos años de vida ordenada y conforme a Derecho, impulsado por una situación de penuria económica —que no llega a fundamentar en el caso concreto mas que la apreciación de un estado de necesidad incompleto— vuelve a cometer un hurto es, inexcusablemente, según la ley *reincidente* (8).

Con razón habló ya Pacheco de una “reincidencia legal” para destacar que la agravante prevista por el Código difiere de la realidad criminológica del hábito: “El que que mata tres hombre de seguida, el que comete treinta robos —escribía Pacheco— no es rein-

(8) Cfr. A. GROIZARD, *El Código Penal de 1870*, I (Burgos, 1870), página 435.

cidente aun en los delitos que perpetra. Habrá hábito; reincidencia legal no la hay". (9).

La presencia de condenas anteriores obliga ineludiblemente a aplicar la agravación, sin que le esté permitido al Tribunal hacer averiguaciones sobre la auténtica personalidad del autor. Como ha dicho en más de una ocasión el Tribunal Supremo, con cierto acento de amargura, no está permitido "tomar en consideración las condiciones del delincuente, y la naturaleza, los motivos y los efectos del delito". (10).

Sin duda la reincidencia es una cualificación que afecta a la persona del autor, que se convierte, merced a ella, en reincidente en sentido legal. Pero se trata de una cualificación que no se deriva del propio modo de ser del sujeto. Como subrayó un ilustre comentarista resulta chocante que, en definitiva, la agravación dependa no ya de la conducta personal del culpable, "sino de acontecimientos totalmente ajenos a la misma, y desde luego a su voluntad, como es la actuación judicial. Su habilidad o torpeza, la diligencia de la policía, la actividad o retardo burocrático de las secretarías judiciales, determinan de facto la agravación" (11).

La plural recaída en el delito puede ser el fruto de una particular inclinación al crimen o de hábito criminal. Pero puede ser también un fenómeno ocasional que no revele un particular tipo de personalidad criminal. Beza dos Santos, gran especialista en la materia, habló de delincuentes *pluri-ocasionales*, y en nuestra patria el profesor Antón pone de relieve que es posible recaer a veces en el delito sin que deje de ser ocasional por la repetición de las circunstancias externas productoras del estímulo (12). Y esto puede ser significativo sobre todo en recaídas muy distanciadas en el tiempo.

El parágrafo 17 del Código penal alemán, según la reciente reforma introducida por la Ley de 25 de junio de 1969, admite la prescripción de la reincidencia, declarando que, a efectos de la apreciación de la misma, no puede ser tomado en consideración el hecho delictivo anterior si entre éste y el siguiente han transcurrido más de cinco años. Pero, como se sabe, la distancia temporal entre las condenas, por muy dilatada que sea, no impide, según nuestro Derecho vigente la apreciación de la reincidencia (13). El Real Decreto de 14 noviembre de 1925 dispuso el cese de los efectos de la condena

(9) J. F. PACHECO, *El Código Penal concordado y comentado*, I, 3.^a ed. (Madrid, 1881), págs. 238-239.

(10) Sentencias 13 octubre de 1956 y 6 febrero 1959, entre otras.

(11) A. QUINTANO, *Comentarios al Código Penal*, 2.^a ed. (Madrid, 1966), pág. 238.

(12) J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, I (Madrid, 1949), pág. 390.

(13) El T. S. tiene declarado, en consecuencia, que es irrelevante el tiempo que media entre las dos condenas, e incluso que haya transcurrido el plazo de prescripción de la pena impuesta por los anteriores delitos. Vid. sentencias 8 mayo 1936, 25 noviembre 1940, 6 octubre 1942, 19 diciembre 1945 y 17 de octubre 1956.

anterior cuando pasara el tiempo necesario para la prescripción del delito. Pero este Decreto fue derogado por el Código de 1928, restablecido por Decreto de 31 mayo de 1931 y vuelto a derogar por el Código de 1932. De *lege ferenda*, en tanto persistan como agravantes la reincidencia y reiteración, concebidas al estilo actual, parece indudable la conveniencia de admitir la prescripción.

La reincidencia, tal como la configura formalmente la ley, dice muy poco desde el punto de vista criminológico. En el segundo Congreso Latino-Americano de Criminología, celebrado en Santiago de Chile en 1941, fue aprobada la tesis del profesor Schweitzer de abolir el criterio de considerar apriorísticamente a la reincidencia como índice de peligrosidad. En apoyo de su tesis dijo literalmente el profesor chileno: "La reincidencia, considerada en la forma en que la hemos precisado, no pasa de ser otra cosa que un hecho objetivo, material, tangible y demostrable; pero sin una significación propia, que se revele y aprecie por sí misma, aisladamente considerada del delincuente y de las circunstancias que le rodearon en el momento de delinquir. Casos hay —concluía— en que la reincidencia no significa absolutamente nada" (14).

En el más reciente movimiento de reforma penal, parece tenerse clara conciencia de la necesidad de atender a las circunstancias de la recaída para atribuir significación a la reincidencia. Incluso aquellos proyectos, como el oficial alemán de 1962 o el portugués de 1963, que defendieron en su momento la elevación de pena a partir de la segunda reincidencia en delitos dolosos, se preocuparon de condicionar esa elevación a las circunstancias del caso concreto.

El parágrafo 61 del proyecto alemán subordinaba la elevación de pena a que se le pudiera "reprochar al autor, a la vista de la clase y circunstancias del hecho punible realizado, el haber desatendido la advertencia de las anteriores condenas". Maurach, en estudio sobre las metas político-criminales que perseguía el proyecto, ejemplifica señalando que la elevación de pena no debería tener lugar cuando el tercer hecho se comete bajo el influjo de aguda necesidad, presiones exteriores, fuertes arrebatos o intensas pasiones (15).

En similar sentido se orientó el artículo 90 del Proyecto portugués. La agravación de la pena se hace depender de la demostración de que, al condenado por lo menos dos veces por delitos dolosos, "consideradas las circunstancias del caso concreto, no le sirvieron de prevención contra el crimen las condenas anteriores". El profesor Correia, autor del Proyecto, destaca que la comisión del nuevo delito puede no tener fuerza indiciante de falta de respeto o desatención de las condenas anteriores, como sucede por ejemplo, en caso de ter-

(14) Cit. por N. HUNGRÍA, *Comentarios ao Código Penal*, III, 2.^a ed. (Río, 1955), pág. 110.

(15) R. MAURACH, en *Verhandlungen des dreiundvierzigsten deutschen Juristentages*, I, 3, A (Tübingen, 1960), pág. 30.

cer delito cometido en exceso de legítima defensa. Precisamente por eso —advierde Correia— “parece adecuado, ante todo, hacer depender el funcionamiento de la reincidencia de la comprobación por parte del juez de que, atendiendo a las circunstancias del caso, las anteriores condenas no sirvieron al delincuente de prevención contra el crimen” (16).

En nuestro Derecho positivo —como puso de relieve Quintano— la apreciación de la reincidencia “tiene un carácter exclusivamente objetivo, medible burocráticamente por los renglones de las hojas de antecedentes penales” (17). Si a pesar de ello se persistiese en el intento de ver detrás de la reincidencia un tipo de autor, sería al precio de recurrir a una presunción. Habría que admitir que la ley presume *iuris et de iure* que la recaída en el delito, después de precedentes condenas, demuestra la existencia de un especial tipo de personalidad criminal. Pero operar con una presunción de esta índole resulta altamente insatisfactorio, y va en contra de la propia teoría de los tipos de autor, que no se complace con presunciones legales, sino que invoca realidades psicológico-naturalistas. Sirva de ejemplo la interpretación propugnada en Italia por Bettiol. A su juicio, el reincidente es un “tipo legal criminológico-represivo de autor”, y añade: “El tipo es indudablemente un tipo legal en cuanto es la ley la que lo diseña, pero el legislador se basa sobre una realidad psicológico-naturalista, la de la inclinación al delito, que el individuo ha dejado que se formase en su ánimo cuando hubiera podido evitarla” (18).

En el concepto de reincidencia que ofrece nuestro Código, falta como requisito esencial esta base psicológico-naturalista, que no siempre existe, y si nos empeñamos en afirmar lo contrario, caemos en una presunción tan inadmisibles desde el punto de vista criminológico como la que expresamente sentaron, entre otras, las Sentencias de 31 diciembre y 12 noviembre 1912: “Probado que el culpable fue anteriormente condenado por delito al que la ley señala igual o mayor pena, resulta evidenciada su habitualidad para la delincuencia”; “no obsta a su apreciación la antigüedad con que haya sido penado el culpable por diversos delitos, pues tal repetición de actos punibles demuestra de un modo evidente su habitualidad para la delincuencia”.

Que la reincidencia no presupone necesariamente habitualidad vino a reconocerlo expresamente la Ley de Vagos y Maleantes al referirse, en el apartado 1.º de su artículo 3 a “los reincidentes y reiterantes de toda clase de delitos en los que sea presumible la habitualidad criminal”. Se admitía, de esta suerte, que hay reincidentes que no suscitan, siquiera a título presuntivo, la idea de habitualidad. Y en

(16) E. CORREIA, *Direito Criminal*, II (Coimbra, 1968), pág. 167.

(17) A. QUINTANO, *Comentarios*, cit., pág. 239.

(18) G. BETTIOL, *Diritto Penale. Parte Generale*, 7.ª ed. (Padova, 1969), pág. 598.

la misma línea se mueve la vigente Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, al declarar en su artículo 4: "También podrán ser sometidos a los preceptos de esta Ley los condenados por tres o más delitos, en quienes sea presumible la habitualidad criminal, previa expresa declaración de su peligrosidad social".

La habitualidad criminal tiene su fundamento en aquélla ley biológica en virtud de la cual un acto, a medida que se repite, exige menos esfuerzo para ser realizado. Por ello no basta una multiplicidad de actos delictivos. Es preciso que la repetición se haya incorporado al carácter del sujeto, surtiendo el efecto propio de todo hábito. Llamamos hábitos —indica Lersch— a formas fijas, estereotipadas, de acción y de conducta que se constituyeron en el curso de la vida por la repetición, y que desempeñan un considerable papel en la vida psíquica, pues alivian la conciencia y dejan la atención disponible para nuevos objetivos y necesidades imprevistas (19). En consecuencia, el hábito criminal puede describirse como "la condición personal del individuo que con su persistente actividad criminal demuestra haber adquirido una notable aptitud para cometer delitos" (20).

La noción de reincidencia, tal como la define nuestro artículo 10, y la noción de habitualidad deben mantenerse separadas. La reincidencia puede engendrar o no hábito criminal. Por otro lado, la habitualidad no presupone la reincidencia, no sólo porque es incluso posible la existencia de habitualidad en delitos integrados por una pluralidad de acciones que forman, sin embargo, una sola infracción punible, sino además, por la sencilla razón de que si el autor habitual no ha sido anteriormente condenado, no se le puede calificar de reincidente.

La interesante Sentencia de 29 de abril de 1972 de la Sala Especial de Peligrosidad y Rehabilitación Social, dictada bajo ponencia de Seijas Martínez, subraya la diferencia entre multirreincidencia y habitualidad en los siguientes términos: "Si bien es cierto que para apreciar la habitualidad no basta la repetición de infracciones punibles, sino que es necesario que esta reiteración haya creado una costumbre o hábito, de tal modo que constituya un elemento integrante de la manera de obrar o conducta del sujeto, esta circunstancia concurre en el encartado, lo que, indudablemente, no cabe confundir con la multirreincidencia que sus numerosos antecedentes penales le depara, que constituirá nota cualificadora para la agravación de la sanción penal que pudiera corresponderle en caso de subsiguientes infracciones delictivas, porque aun cuando ambos conceptos devienen en función de la repetición de un hecho, que es

(19) Ph. LERSCH, *La estructura de la personalidad*, II (Trad. Serrate Torrente) (Barcelona, 1959), pág. 495.

(20) F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, 6.^a ed. (Milano, 1969), pág. 523.

lo que constituye el común elemento objetivo de los mismos, y ambos, también, son determinantes de la conducta y actividad rebelde y antisocial del sujeto, integrantes del elemento subjetivo, igualmente común, sin embargo la multirreincidencia envuelve un concepto jurídico del que deriva la agravación de la pena, en tanto la habitualidad constituye un concepto social, que origina una medida de seguridad, previa declaración de peligrosidad del sujeto, como consecuencia del carácter antisocial y dificultad de enmienda, al recaer en el delito, haciendo de él costumbre, por lo que puede decirse que la habitualidad la constituye la costumbre adquirida por la repetición de actos delictivos, que viene a originar una determinada facilidad para la comisión de hechos punibles, y que nace en el sujeto por la existencia en el mismo de reflejos condicionados por los anteriores actos delictivos, por lo que, en definitiva, cabe afirmar que el delincuente habitual actúa obedeciendo a una interna tendencia criminal”.

En el Congreso penal y penitenciario internacional, celebrado en La Haya en 1950, Jiménez de Asúa proclamó que la reincidencia fue una noción jurídica muy importante en el pasado, como instrumento de agravación de la pena, pero que ahora, justamente a causa del progreso de la Criminología, aquélla noción se encuentra en retroceso. Lo que importa es atender a la tendencia criminal, a la delincuencia habitual o profesional que la repetición delictiva puede revelar. La criminología señala, en efecto, que la reincidencia o no tiene significado o si lo tiene es precisamente en cuanto índice revelador de un estado peligroso. Peligrosidad que deberá ser tratada—del tratamiento y liberación de los delincuentes habituales se ocupó ampliamente la Sección II del Congreso que acabo de citar, pero es un aspecto sobre el que no podemos detenernos ahora— con las adecuadas medidas de seguridad y corrección. De este modo, la Criminología denuncia al mismo tiempo la equivocación que supone reaccionar frente a la plurirreincidencia con la elevación de la pena (21).

Elevación de pena que aparece contraindicada, no sólo desde la perspectiva criminológica, sino también desde el punto de vista dogmático.

III. ASPECTOS DOGMATICOS

Conforme a los postulados de un Derecho penal de hecho y de acuerdo con la concepción retributiva de la pena, la gravedad de ésta oscilará al compás de la ilicitud del acto y de la mayor o menor culpabilidad del autor por haberlo realizado.

Desde este ángulo, la elevación de pena prevista para la pluri-

(21) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *El delincuente habitual y el “recidivismo”*, en “El Criminalista”, 2.^a serie, II (Buenos Aires, 1958), págs. 259 y sig.

rreincidencia aparece como un cuerpo extraño dentro del sistema acogido por nuestro Código. Ya Groizard lo percibió claramente y lo señaló así con el lenguaje propio de su tiempo: “He aquí —comentaba— un nuevo origen de aumento de pena: la pluralidad de delitos. Hasta aquí, las circunstancias examinadas han dependido siempre del hecho realizado. Han sido accidentes o han estado estrechamente relacionadas con el delito que se trataba de calificar. Ahora la responsabilidad viene de otro lado; surge de consideraciones independientes, de causas de todo punto ajenas al delito actual. La Ley va a ofrecer en estos números —advertía Groizard— un espectáculo al que no estábamos acostumbrados” (22).

Resulta obvio que el hecho del reincidente no presenta un mayor contenido de injusto que el hecho del no reincidente. Por ello, los esfuerzos para justificar dogmáticamente la elevación de pena discurren por el cauce de la culpabilidad. Y aquí tropezamos ya en primer lugar con la sin duda seductora —pero también artificiosa, como veremos seguidamente— teoría de la *culpabilidad por la conducción vital* (de culpabilidad de autor y culpabilidad de carácter hablan otros sectores doctrinales). A ella recurre expresamente, por ejemplo, para explicar la regulación del Código penal italiano, Bettiol. “El sujeto —escribe este autor— habría podido evitar, con un mayor esfuerzo personal, recaer en el delito y, consiguientemente, que se formase en él la misma inclinación al delito. De suerte que él, a través siempre de la repetición de *acciones*, asumió un determinado *modo de ser* que postula una retribución mediante un aumento de pena por el ulterior delito cometido” (23).

La teoría de la culpabilidad por la conducción de vida suscita graves reparos que han hecho que no lograrse imponerse ni en la práctica ni en la doctrina de su propio país de origen, Alemania. Tal teoría se desarrolló en tiempos del nacional-socialismo como un intento para incorporar las figuras jurídicas que se mostraban dentro de Código como elementos espúreos, al genuino Derecho penal de culpabilidad. Se trataba de limitar de este modo, el Derecho penal del terror propio de la época. La teoría que estamos considerando fue uno de aquellos rodeos que bajo el nacional-socialismo urdieron la ciencia y la práctica alemanas para salvar la concepción de la pena como retribución justa y para no permitir que el sistema penal se convirtiera, incluso oficialmente, en un Derecho general de prevención del ánimo. Fue un esfuerzo para mantener dentro de los límites de un Derecho penal de culpabilidad un ordenamiento punitivo que, en realidad —como indica Maurach— se había apartado de la culpabilidad y se había entregado a la peligrósidad (24).

(22) A. GROIZARD, *El Código Penal*, I, cit., pág. 432.

(23) G. BETTIOL, *Diritto penale*, cit., pág. 598.

(24) R. MAURACH, *Tratado de Derecho Penal* (Trad. J. Córdoba Roda) (Barcelona, 1962), I, pág. 77, y II, pág. 81.

El origen mismo de la teoría y sus motivaciones deben servir para hacernos sospechar que las figuras a las que pretende aplicarse no responden, en realidad, a los dictados de un auténtico Derecho penal de culpabilidad.

Por otro lado, se observa que la comprobación de la existencia de una culpabilidad de carácter haría preciso distinguir los casos en los que el hombre está en condiciones de superar los aspectos innatos de su carácter, sus taras hereditarias, sus anomalías biopsíquicas, de aquellos otros casos en los que carece de semejante posibilidad de superación. El cometido del juez, aun contando con todos los auxilios periciales imaginables, se convertiría en una misión prácticamente irrealizable, lo que de hecho daría lugar al nacimiento de criticables presunciones.

Añádase que en nuestro Derecho —según se deduce de la expresa declaración del artículo 1.º del Código penal— al autor del delito se le pena no por lo que *es* —no por ser más o menos perverso, más o menos rebelde, más o menos peligroso— sino únicamente por sus *acciones* y *omisiones*. Es cierto —como tantas veces se repite— que hecho y autor se implican mutuamente en una insuprimible relación dialéctica. Un hecho penal sin autor es tan inimaginable como un autor sin un hecho. Y es igualmente cierto que la personalidad del autor en cuanto aparezca *expresada* en el hecho puede —y debe— ser tomada en consideración a efectos de determinar la penalidad, pero siempre dentro de los márgenes penales ordinarios señalados para el hecho delictivo. En este sentido es inobjetable y resulta plausible la regla 4.ª del artículo 61 que remite a la mayor o menor gravedad del hecho y a la personalidad del delincuente. Pero si en atención a la conducción vital del sujeto, quebrantamos los márgenes normales previstos para la comisión del hecho y le imponemos una pena superior, terminamos castigándolo, con este complemento, por lo que *es*, y no por lo que él *ha hecho*.

En el mes de marzo de 1971, algún diario madrileño daba la noticia, en su crónica de Tribunales, de que la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid, había impuesto la pena de dieciocho años y tres días al autor de tres falsificaciones de participaciones de lotería, a través de las cuales consiguió defraudar 453 pesetas (25). Se trataba —no es necesario advertirlo— de un plurirreincidente. El periódico destacaba la noticia, convencido de que produciría —como ahora se dice— impacto en la masa de lectores. Porque más allá de cualquier discusión teórica, la verdad es que el carácter retributivo de la pena tiene vigencia en la conciencia popular. Se sabe que la pena es un castigo proporcional a la gravedad del hecho, proporcionalidad que se rompe aparatosamente en casos como el mencionado, en los que se castiga al sujeto no sólo por lo que hizo, sino por lo que *es*. Estoy seguro que la impresión de la masa de lectores sería

(25) Diario "YA" del día 27 marzo 1971.

aún más profunda, si el periodista hubiese aclarado que el Tribunal sentenciador apuró su benevolencia y se movió sobre los mínimos legales.

Del desprestigio en que ha caído la teoría de la culpabilidad por la conducción de vida, nos da buena idea la posición adoptada en Alemania por la Gran Comisión que elaboró la reciente reforma penal. Resulta altamente significativo que en la exposición de motivos del Proyecto oficial de 1962 se haya indicado, en repetidas ocasiones, que el Proyecto repudia la idea de una culpabilidad por la conducción de vida. Uno de los puntos en que se insiste en ello, es precisamente el relativo a la reincidencia. Se pretende a toda costa fundamentar la elevación de pena para la plurirreincidencia en base a una mayor culpabilidad por el *acto aislado*. El hecho resultaría más culpable cuando se le pueda reprochar al autor el haber desatendido la advertencia que entrañan las condenas anteriores. La decisión de ejecutar el nuevo hecho sería más reprochable en tanto implica una falta de respeto por la advertencia contenida en las condenas precedentes (26). Habría así en el reincidente, frente al autor primario, una especie de “complemento de desobediencia” (27).

Tras esta construcción anida el equívoco a que puede dar lugar, si no se maneja con la cautela precisa, el concepto normativo de culpabilidad. Sin duda, la culpabilidad es reprochabilidad, pero no cualquier clase de reprochabilidad. Es el juicio de reproche que formulamos al autor basándonos en el *deber jurídico* de omitir la acción antijurídica. Más concretamente aún, en el deber jurídico-penal de abstenerse de ejecutar el hecho injusto. Porque, a diferencia de lo que acontece en el ámbito de la antijuridicidad —para la que es determinante el total ordenamiento jurídico— la cuestión de cuando se da culpabilidad debe contestarse atendiendo tan sólo al Derecho penal (28).

Pues bien, para justificar que la culpabilidad por el acto aislado es mayor cuando lo realiza un reincidente, no bastará invocar la desobediencia de éste o su falta de respeto ante las condenas precedentes, sino que será necesario demostrar que al reincidente incumbe personalmente un cualificado deber jurídico-penal más intenso de omitir el hecho. Aspecto que se silencia, porque, como es obvio, constituye un absurdo admitir que el reincidente esté jurídicamente más obligado a no matar, a no robar que el resto de los ciudadanos.

Con razón el Proyecto alternativo alemán prescindió de un párrafo correlativo al 61 que figuraba en el Proyecto oficial, y criticó a éste por la elevación de pena propugnada para la plurirreincidencia. Los autores del Proyecto alternativo destacaron que el oficial, pese a

(26) *Entwurf 1962* (Bonn, 1962), págs. 182-183.

(27) La expresión se utiliza en el *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil* (Tübingen, 1966), pág. 111.

(28) Cfr. R. MAURACH, *Tratado*, cit. II, pág. 52.

la referencia a “la reprochabilidad por haber desatendido las condenas anteriores”, no consiguió evitar el quebranto del principio de la culpabilidad por el hecho aislado, y cayó en la esfera de la expresamente repudiada “culpabilidad por la conducción vital”, creando la figura de lo que Bockelmann llamó “mini-delincuente habitual” (29). Téngase en cuenta, por lo demás, que, a la vista de nuestra regulación positiva, habría que hablar en todo caso de una “presunción de mayor culpabilidad”, porque “lo cierto es que basta con el dato objetivo de la anterior o anteriores condenas, para que su apreciación haya de verificarse ineludiblemente, sin que sean permitidas indagaciones de ningún género acerca de la conciencia y voluntad del sujeto en el momento de delinquir” (30).

A nuestro juicio, debe renunciarse al intento de explicar la función agravatoria de la plurirreincidencia desde la perspectiva de un Derecho penal de culpabilidad. Y esto hace, efectivamente, en nuestra patria, un sector doctrinal y cierta línea jurisprudencial, que invocan expresamente para fundamentar la elevación de pena, a partir de la segunda reincidencia, la mayor peligrosidad del autor (31).

Aparte de que tal invocación equivale a reconocer la quiebra de los principios propios de un Derecho penal de culpabilidad, semejante fundamentación tropieza con serias dificultades derivadas del mismo ordenamiento positivo español.

En efecto, el mismo ordenamiento reconoce expresamente en alguna ocasión que la reincidencia no siempre es signo de una mayor peligrosidad. Se deduce así, según hemos visto, por ejemplo, del artículo 4 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, cuyo texto hemos mencionado ya anteriormente. Por otra parte, el legislador declaró expresamente en el preámbulo de la Ley de 20 diciembre de 1952 que “la exclusión de los reincidentes y reiterantes del beneficio de la rehabilitación da por supuesto, de un lado, la idea de la imposibilidad de su regeneración que es contraria a los principios cristianos, y de otro, una *peligrosidad que no siempre existe*, sobre todo cuando ambas condenas son muy distantes en el tiempo”.

Obsérvese asimismo que la doctrina que apela a la mayor peligrosidad provoca otra consecuencia inadmisibile. En los casos en que los reincidentes sean declarados, conforme al artículo 4 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, peligrosos y se les aplique la correspondiente medida de seguridad, quienes fundamentan la elevación de la pena en la mayor peligrosidad, deberán admitir que de un idéntico y único presupuesto —peligrosidad del autor— se deriva la aplica-

(29) Vid. *Alternativ-Entwurf*, cit., pág. 111.

(30) M. LUZÓN DOMINGO, *Derecho Penal del Tribunal Supremo*, I (Barcelona, 1964), pág. 426.

(31) Así, A. FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, I (Murcia, 1946), págs. 411-412, y, entre otras, sentencias 21 enero 1952 y 29 mayo 1964.

ción de dos sanciones: la elevación de pena en uno o dos grados y la imposición de la medida de seguridad.

Si bien es cierto que la doctrina de la mayor peligrosidad no puede fundamentar satisfactoriamente la elevación de pena en los casos de multirreincidencia, tiene, en cambio, el mérito de haber destacado el verdadero significado que ésta puede revestir: el de ser síntoma de un estado peligroso. Al mismo tiempo pone en evidencia que estamos aquí ante una pena por la peligrosidad y, por tanto, ante una pena injustificada.

IV. PERSPECTIVA POLITICO-CRIMINAL

Siempre que una regulación legal prescinde de las indicaciones criminológicas y desatiende los más elementales principios dogmáticos, el fracaso en cuanto a los objetivos político-criminales está prácticamente asegurado.

La obligación de imponer la pena superior en grado, hará que los Tribunales en muchas ocasiones, en aras de un elemental sentido de equidad, renuncien a hacer uso de la facultad que les reconoce el artículo 4 de la Ley de Peligrosidad Social. ¿Por qué? Porque como ya el aumento de pena previsto para la plurirreincidencia es, según hemos visto, una pena por la peligrosidad, decretar la imposición complementaria de medidas de seguridad, equivale a la imposición de una doble sanción en base al mismo y único presupuesto. Recordemos el caso anteriormente mencionado. ¿Cómo va a pensar el Tribunal que se ha visto obligado a imponer al autor de las falsificaciones y estafa de 453 pesetas dieciocho años y tres días, en declararle peligroso y decretar que cuando extinga esa pena, sea internado en un establecimiento de custodia para comenzar a cumplir una medida de seguridad?

La solución —de la que ciertamente no son responsables los Tribunales, sino la propia Ley— no puede ser más desacertada político-criminalmente. Mediante la obligatoria elevación de pena, se castiga lo que no se debe castigar y al renunciar a la imposición de la medida de seguridad se descuida lo que necesitaba tratamiento: la peligrosidad.

La multirreincidencia muestra inequívocamente el fracaso de los efectos de prevención especial de las penas anteriormente impuestas. Cuando se propugna como oportuna para combatir la plurirreincidencia una elevación de la pena, se olvida incompresiblemente que el grave error de la antigua política criminal fue, precisamente, el de suponer que la pena-retribución, especialmente exasperada en su afflictividad, podía extirpar la delincuencia habitual. Fue el gran fracaso de los clásicos, que los positivistas supieron aprovechar para combatir la pena y defender la necesidad de dar paso a todo un nuevo sistema penal, integrado únicamente por sanciones preventivas.

Ante el fracaso de la función de prevención especial de la pena que la plurirreincidencia revela, parece muy poco acertado que el ordenamiento jurídico reaccione, a su vez, "reincidiendo" en la pretensión de lograr finalidades de aseguramiento y prevención a través del mismo medio que fracasó ya con anterioridad.

Cuando la Ley, ante el demostrado fracaso de las penas anteriores, opta una vez más por la elevación de la nueva pena, puede decirse con Groizard que lo único que sucede es que los legisladores no han sabido desatar el nudo y lo han cortado (32).

(32) A. GROIZARD, *El Código penal*, I, cit., págs. 438-439.