ADELA ASUA

LA REINCIDENCIA EN LOS CODIGOS PENALES ESPAÑOLES DEL SIGLO XIX

I

U N I V E R S I D A D D E D E U S T O

LA REINCIDENCIA EN LOS CODIGOS PENALES ESPAÑOLES DEL SIGLO XIX

(Evolución legal, doctrinal y jurisprudencial)

Tesis presentada para obtener el grado de Doctor en Derecho por ADELA ASUA BATARRITA.

Director: DR. CARLOS Mª LANDECHO VELASCO

Bilbao, Diciembre 1.980

INDICE SISTEMATICO

Págs.

INTRODUCCION

I. OBJETO DEL PRESENTE ESTUDIO XVIII
II. FUENTES XXIII
III. METODO UTILIZADO XXV
IV. ORDEN DE EXPOSICION XXVI

CAPITULO PRIMERO:

LA REINCIDENCIA EN EL CODIGO PENAL DE 1822

SECCION PRIMERA:

Introducción al código penal de 1822

I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL CODIGO 2
II. ENCUADRAMIENTO DE LAS FIGURAS OBJETO DE ESTUDIO. 7
III. SISTEMATICA GENERAL EN LA GRADUACION DE PENAS .. 10
1. Elenco de penas 10
2. Graduación según la concurrencia de atenuantes y agravantes 13

SECCION SEGUNDA:

Tratamiento general de la reincidencia

I. REINCIDENCIA EN DELITOS DEL MISMO TITULO 17
1. Regulación legal 18
2. Requisitos 19
A. Condena anterior 19
a. Condena judicial 21
b. Por alguna culpa o delito 22
c. No necesidad de condena cumplida 25
a'. El art. 124 del Proyecto y sus vicisitudes 25
b'. La cláusula "pero en caso de reincidencia" 28
d. Comprobación de la condena anterior ... 29
B. Comisión de nuevo delito o culpa 30
C. Del mismo Título del código 31

Págs.

a. Determinación del Título 32
b. Insuficiencias de la fórmula 32
c. De este código 34
D. En los plazos establecidos 35
a. Determinación de los plazos 35
b. Cómputo de los mismos 36
c. La expresión "dentro de los dos años siguientes" 37
a'. Interpretación estricta o gramatical 38
b'. Interpretación amplia 39
3. Efectos 40
A. En la pena (art. 119) 40
a. Pecuniarias, privativas de libertad no perpetuas y destierro temporal 43
b. Penas distintas o más graves 46
c. Limitaciones a las reglas del art. 119. 49
B. Exclusión del beneficio del indulto 51
4. Reincidencia por segunda vez 52
5. Resumen 54

II. REITERACION O RECAIDAS EN DELITOS DE DISTINTO TITULO 57
1. Denominación 57
2. Regulación legal 59
3. Requisitos 60
A. Comunes con la reincidencia 60
B. Específicos 61
4. Efectos 62
5. Resumen 64

SECCION TERCERA:

Casos especiales de reincidencia

I. REINCIDENCIA ESPECIAL EN ROBOS Y HURTOS 66
1. Regulación legal (art. 753) 68
2. Requisitos 69
A. Condena anterior por robo o hurto 69

Págs.

B. Comisión de otro robo o hurto 70
C. En el plazo establecido 70
3. Efectos 72
A. Supuestos legales 74
a. Robo con violencia 74
b. Robo con fuerza en las cosas 80
c. Robo por sorpresa 81
d. Hurtos 82
e. Examen global de los cuatro supuestos . 83
B. Comparación con los efectos de la reinci - dencia general 85
4. El Debate Parlamentario 88
5. Resumen 91

II. REPETICION DE ROBOS Y HURTOS SIN CONDENA INTERME DIA 93
1. Razón de su estudio 93
2. Regulación legal 95
A. Robo con violencia en las personas (art. 730, 1°) 95
B. Robo con fuerza en las cosas (art. 738) .. 96
C. Robos por sorpresa (art. 732) 97
D. Hurtos (art. 751) 98
3. Requisitos 99
A. Comisión de robos y hurtos 99
B. Sin condena intermedia 100
4. Efectos 102
A. Supuestos legales 103
a. Robo con violencia en las personas 103
b. Robo con fuerza en las cosas 105
c. Robos por sorpresa 106
d. Hurtos 107
e. Examen global de los cuatro supuestos . 108
B. Comparación con los efectos de la reinci - dencia específica 110
5. Resumen 111

Págs.

III. RECAIDAS ANTES DE COMPLETAR CONDENA 115
1. Durante el cumplimiento de la condena anterior 116
A. Regulación legal (art. 80) 116
B. Casos que comprende 116
C. Efectos 118
D. Comparación con el art. 124 del Proyecto . 119
2. Después de quebrantamiento de condena 121
A. Regulación legal 123
a. Fuga de Trabajos perpetuos (art. 49) .. 123
b. Fuga de Deportación (art. 51) 124
c. Fuga de Extrañamiento (art. 52) 126
d. Fuga de Obras Públicas (art. 58) 126
e. Fuga de Reclusión (art. 61) 127
f. Fuga de Prisión (art. 71) 128
g. Fuga de Confinamiento (art. 72) 129
h. Fuga de Destierro perpetuo o temporal de lugar determinado (art. 73) 129
i. Fuga de Arresto (art. 77) 130
B. Requisitos 130
a. Cumpliendo condena por delito o culpa . 130
b. Quebrantamiento de la condena 131
c. Comisión de delito de cierta gravedad . 133
d. Que no suponga reincidencia 134
a'. Alcance del término reincidencia .. 136
b'. No exigencia de condena cumplida .. 137
c'. La reincidencia específica del art. 753 138
C. Efectos 139
a. Supuestos legales 139
b. Comparación con las penas de la reincidencia 141
D. El Debate Parlamentario 144
3. Resumen 153

Págs.

SECCION CUARTA:

Fundamentación jurídica de la reincidencia en el código penal de 1822

I. EN LA DOCTRINA DE LA EPOCA: MAYOR PERVERSIDAD, INCORREGIBILIDAD, ALARMA SOCIAL 160

II. DEBATE PARLAMENTARIO: PERVERSIDAD E INCORREGIBILIDAD 169

III. EN LA NORMATIVA DEL CODIGO 176

1. Reincidencia en delitos del mismo Título 177
2. Reiteración 182
3. Reincidencia y repetición en robos y hurtos . 183
4. Recaídas después del quebrantamiento de condena 185

IV. CONCLUSION: PRESUNCION DE TENDENCIA DELICTIVA INTENSA, PREVENCION ESPECIAL 187

NOTAS al texto del Capítulo Primero 191-241

CAPITULO SEGUNDO:

LA REINCIDENCIA EN EL CODIGO PENAL DE 1848 Y REFORMA DE 1850

SECCION PRIMERA:

Introducción al código penal de 1848

I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL CODIGO 243

II. ENCUADRAMIENTO DE LAS FIGURAS OBJETO DE ESTUDIO. 250

III. SISTEMATICA GENERAL DE LAS PENAS 253

1. Elenco de penas 253
2. Juego de las agravantes en la graduación de las penas 255

Págs.

SECCION SEGUNDA:

Tratamiento general de la reincidencia

I. REINCIDENCIA EN DELITOS DE LA MISMA ESPECIE 259
1. Regulación legal 259
2. Requisitos 260
A. Ser reincidente 260
a. Condena anterior 264
a'. Condena judicial firme 272
b'. No necesidad de condena cumplida .. 274
a''. "Haber sido castigado" 275
b''. El art. 125 288
c'. Por delito 291
d'. Comprobación de la condena anterior 292
b. Comisión de nuevo delito 294
B. De delito de la misma especie 294
a. Determinación de la especie 296
b. Delitos no recogidos en el código 301
C. No prescripción 301
3. Efectos 303
A. En la pena 303
B. Otros 305
a. Indulto 305
b. Cláusula de retención 307
c. Abono de la prisión preventiva 310
d. Pérdida de peculio 311
e. Conclusión 312
4. Resumen 313

II. REITERACION O RECAIDA EN DELITOS DE DISTINTA ESPECIE 316
1. Denominación 317
2. Regulación legal 318
A. Oposición de la doctrina a esta agravante. 319
B. Crítica al encuadramiento de la reincidencia 322
3. Requisitos 323

Págs.

A. Comunes con la reincidencia 323
B. Específicos 324
a. Delitos de distinta especie 325
b. Gravedad relativa del delito cometido anteriormente 326
4. Efectos 333
A. En la pena 333
B. Otros 333
5. Compatibilidad con la agravante 18ª 334
6. Resumen 336

SECCION TERCERA:

Casos especiales de reincidencia

I. EL REO HABITUAL EN EL HURTO Y EN LA ESTAFA EN EL CODIGO DE 1848 340
1. Razón de su estudio 340
2. Regulación legal 341
3. Requisitos 343
A. Pluralidad de hechos punibles 343
a. Cualitativamente: clase de delitos 344
b. Cuantitativamente: número de delitos .. 345
c. No necesidad de condena intermedia 347
a'. Compatibilidad con la reincidencia y la reiteración 350
b'. Compatibilidad con el concurso de delitos del art. 76 355
B. Intervalo temporal 361
4. Efectos 363
5. Postura de los comentaristas 366
6. Resumen 367

II. REINCIDENCIA CUALIFICADA EN ROBO, HURTO Y ESTAFA EN LA REFORMA DE 1850 370
1. Regulación legal 371
A. En el robo 371
B. En el hurto 374
C. En la estafa 374

Págs.

2. Requisitos 376
A. Reincidencia 376
B. Misma o semejante especie 381
3. Efectos 384
4. Resumen 386

III. RECAIDAS ANTES DE COMPLETAR LA CONDENA ANTERIOR. 388
1. Encuadramiento en el código 389
2. Regulación legal 392
3. Requisitos 394
A. Condena anterior 394
a. Condena firme 394
b. Por delito o falta 395
B. En período de cumplimiento 396
a. Nota característica 397
b. Restricción del ámbito de las agravantes 17ª y 18ª 400
C. Comisión de un nuevo delito o falta 402
4. Compatibilidad con las agravantes 17ª y 18ª y con las reincidencias cualificadas 403
5. Efectos 404
A. En la pena 404
a. Cumpliendo pena perpetua 406
a'. Cadena perpetua 408
b'. Reclusión o relegación perpetuas .. 410
b. Cumpliendo penas temporales 412
B. Otros efectos 413
6. Resumen 417

SECCION CUARTA:

Fundamentación Jurídica de la reincidencia en el código penal de 1848

I. EN LA DOCTRINA 421
1. El esquema de ROSSI 423
2. Doctrina española 428

Págs.

A. Inclinación a delinquir pese al castigo anterior: mayor perversidad 429
B. Alarma social 435
C. Ineficacia de la pena anterior 437
D. Conclusión: hábito o inclinación delictiva especialmente intensos 439

II. EN LA NORMATIVA DEL CODIGO 442
1. La reincidencia como agravante genérica 444
2. La agravante de reiteración 447
3. La reincidencia como circunstancia cualificativa en algunos delitos patrimoniales 451
4. Las recaídas durante el período de ejecución de condena 455

III. CONCLUSION 458

NOTAS al texto del Capítulo Segundo 463-519

CAPITULO TERCERO:

LA REINCIDENCIA EN EL CODIGO PENAL DE 1870

SECCION PRIMERA:

Introducción al código penal de 1870

I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL CODIGO 523

II. EVOLUCION DE LA CIENCIA PENAL DURANTE LA VIGENCIA DE ESTE CODIGO 528

III. ENCUADRAMIENTO DE LAS FIGURAS OBJETO DE ESTUDIO. 533

IV. SISTEMATICA GENERAL EN LA GRADUACION DE LAS PENAS 535
1. Elenco de penas 535
2. Graduación de las penas por las agravantes .. 537

Págs.

SECCION SEGUNDA:

Tratamiento general de la reincidencia

I. REINCIDENCIA EN DELITOS DEL MISMO TITULO 541
1. Regulación legal 541
2. Requisitos 543
A. Cuestión previa: "ser reincidente" 543
B. Condena ejecutoria anterior 543
a. Ejecutoria 544
b. Por delito 545
a'. "Delito" y no "falta" 545
b'. Delito como "tipo legal abstracto". 549
c. Anterior al nuevo enjuiciamiento 550
a'. Incongruencias 550
b'. Doctrina 553
c'. Jurisprudencia 558
d'. Límites con el concurso de delitos. 564
d. No necesidad de condena cumplida 570
a'. Condena anterior "al ser juzgado" . 571
b'. El art. 131 572
c'. Doctrina 573
C. Delitos del mismo Título 577
a. Determinación del Título: el de los tipos abstractos del Libro II 581
a'. Formas imperfectas de desarrollo y participación 583
b'. Delitos complejos 586
c'. Delitos culposos 589
b. Títulos del código penal 591
c. Crítica de la doctrina 593
D. No prescripción 596
a. Doctrina 598
b. Jurisprudencia 601
E. Carácter preceptivo 603
3. El Real Decreto de 14 de noviembre de 1925 .. 606
A. Mismo Título del código o misma ley especial 608
B. Gravedad relativa de las penas 608

Págs.

a. Pena igual o mayor 609
b. Comparación en abstracto 611
C. Prescripción 613
a. Plazos: remisión a la prescripción de los delitos 614
b. Cómputo de los plazos 617
D. Retroactividad de la modificación 618
4. Efectos 619
A. En la pena 620
B. Otros 626
a. Indulto 626
b. Abono de prisión preventiva 628
c. Condena condicional 631
d. Libertad condicional 635
5. Resumen 637

II. REITERACION O RECAIDA EN DELITOS DE DISTINTO TITULO 640
1. Denominación. Introducción del término "reiteración" por la doctrina y jurisprudencia 640
A. Doctrina 641
B. Jurisprudencia 643
2. Regulación legal 643
3. Requisitos 644
A. Haber sido castigado anteriormente 644
a. No necesidad de condena cumplida 645
a'. Doctrina 647
b'. Jurisprudencia 655
b. Anteriormente 659
B. Por delito o delitos 663
a. Delito de pena igual o mayor 664
a'. Comparación de las penas: en abstracto 666
b'. Criterios de gravedad de las penas. 673
b. Dos o más delitos de pena menor 678
c. De distinto Título 679
C. Comisión de una nueva infracción penal ... 680

Págs.

4. Cláusula facultativa 681
A. Naturaleza del delito: exigencia de analogía entre las infracciones 685
a. Doctrina 686
b. Jurisprudencia 690
B. Circunstancias del delincuente: frecuencia de delitos 699
a. Doctrina 700
b. Jurisprudencia 701
C. Lapso de tiempo 706
5. Efectos 709
6. Compatibilidad con la agravante 18ª 711
7. Resumen 714

SECCION TERCERA:

Casos especiales de reincidencia

I. SIMPLE REINCIDENCIA EN ALGUNOS DELITOS 718

II. PLURIRREINCIDENCIA EN ROBO, HURTO Y ESTAFA 720
1. Regulación legal 723
A. Robo 724
B. Hurto 725
C. Estafa 726
2. Requisitos 727
A. Cualitativamente: reincidencia del art. 10, 18 728
a. Pluralidad de reincidencias 729
b. Problema del hurto inferior a 10 pesetas 733
c. Estafa: mismo delito o semejante especie 737
a'. Doctrina 738
b'. Jurisprudencia 741
B. Cuantitativamente: dos delitos condenados anteriormente 744
a. En una o en varias sentencias 746
b. No necesidad de primera reincidencia .. 750

Págs.

3. Compatibilidad con las agravantes genéricas de reincidencia y reiteración 752
A. Con la reincidencia genérica del nº 18 ... 752
B. Con la reiteración 754
4. Efectos 757
5. Postura de la doctrina ante la agravación por multirreincidencia 758
6. Resumen 768

III. FALTAS DE HURTO: CONVERSION EN DELITO POR ESPE - CIAL REINCIDENCIA 771
1. Regulación legal 772
A. Período 1870-1876 772
B. Período 1907-1928 777
2. Caracteres de esta reincidencia especial 782
A. Elemento del tipo del delito de hurto inferior a 10 pesetas 783
B. Diferencias con la reincidencia del art. 10, 18 785
a. Condena anterior a la recaída 786
b. Por delito de robo o hurto 788
c. Por dos faltas de hurto 789
a'. Hurto inferior a 10 pesetas o sin constar cuantía 789
b'. En una o en varias sentencias anteriores 791
C. Prescripción de condenas anteriores. El R. D. de 14 de noviembre de 1925 .....
3. Compatibilidad con las agravantes de reinci - dencia y reiteración 797
A. Con la reincidencia 797
B. Con la reiteración 805
4. Compatibilidad con la doble reincidencia del art. 533-3º 808
5. Daños causado por ganado: conversión en delito 813
6. Resumen 815

IV. RECAIDAS DURANTE CUMPLIMIENTO DE CONDENA 818
1. Regulación legal 818

Págs.

2. Crítica de la doctrina 819
A. Incorrecta ubicación 819
B. Improcedencia o superfluidad 821
3. Requisitos 823
A. Recaída en delito o falta después de sentencia firme 823
B. Durante el período de ejecución de condena 824
4. Efectos 827
A. Grado máximo preceptivo, no compensable .. 827
B. Orden de cumplimientos de condenas 831
C. Indulto a la edad de 70 años 832
5. Compatibilidad con las agravantes 17 y 18 ... 834
6. Compatibilidad con la reincidencia cualificada 836
7. Resumen 837

SECCION CUARTA:

Fundamentación jurídica de la reincidencia en el código penal de 1870

I. EN LA DOCTRINA 842
1. Clásicos y correccionalistas 843
A. Línea clásica contraria a la agravación: GROIZARD 844
B. Línea clásica ecléctica 846
C. Correccionalistas eclécticos 852
2. Correccionalismo positivista y positivismo crítico 862
A. Correccionalismo positivista 864
B. Positivismo crítico 872
3. Resumen .....

II. EN LA JURISPRUDENCIA .....

III. EN EL CODIGO 891
1. Reincidencia en delitos del mismo Título 892
2. Reiteración 894

Págs.

3. La doble reincidencia como circunstancia cualificativa en algunos delitos patrimoniales . 897

IV. CONCLUSION 900

NOTAS al texto del Capítulo Tercero 905-1.031

CONCLUSIONES

I. RESPECTO A LA REGULACION LEGAL Y CONCEPCION DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA 1.033

II. CONCLUSIONES SOBRE LA FUNDAMENTACION JURIDICA DE LA REINCIDENCIA 1.046

III. REFLEXION SOBRE LA NORMATIVA ACTUAL 1.054

INDICE DE ABREVIATURAS 1.057

BIBLIOGRAFIA 1.061

I N T R O D U C C I O N

INTRODUCCION

I. OBJETO DEL PRESENTE ESTUDIO.

El presente trabajo pretende analizar la regulación legal de la reincidencia en los códigos penales españoles del siglo pasado para a través de ella, y del examen de la doctrina y jurisprudencia correspondientes, indagar la justificación que pudo inspirar el concreto tratamiento agravatorio de la citada circunstancia que básicamente ha perdurado hasta el momento actual [1)].

El fenómeno de la reincidencia, piedra de toque de todo el sistema de la lucha contra el delito [2)], puede ser abordado desde muy diversos frentes, pues su rico significado penal y criminológico cuestiona principios básicos del derecho penal tradicional, así como la Política Criminal del legislador en líneas generales. Este trabajo va a limitarse a la perspectiva legal en la concreta faceta de su encuadramiento como circunstancia agravante general, o específica para determinados delitos patrimoniales, y referida a la normativa de aquellos códigos sobre los que se configuró el actualmente vigente.

La contemplación de una serie de incongruencias que presenta la normativa actual sobre la reincidencia, pese a la modificación introducida recientemente [3)], el formalismo de su misma definición legal [4)], el automatismo de sus efectos [5)] que no sólo se dirigen a

agravar la pena sino que se prolongan a otros aspectos ciertamente gravosos para la reincorporación del reincidente en la sociedad [6], nos indujeron a buscar el origen de esta regulación para intentar comprender la posible justificación de la misma. La atención que la ciencia penal española ha dedicado al tema de la reincidencia ha sido escasa, lo que contrasta con la copiosísima bibliografía que sobre ella encontramos en otros países, desde hace más de un siglo [7]. La primera monografía española sobre el tema es la de ARMENGOL [8], que data de 1873. Treinta años después aparece la de MORENO CALDERON en la que se trasluce el influjo correccional-positivista [9]. Hemos de esperar a 1930 para volver a encontrar un estudio extenso sobre el tema, realizado por BENITEZ DE LUGO [10]. A partir de esta fecha sólo encontramos referencias a la reincidencia en los tratados, comentarios o manuales de carácter general, salvo algún artículo aislado [11], hasta que de nuevo en esta última década aparecen una serie de monografías que desde diversas perspectivas tratan de la reincidencia o de la multirreincidencia. Así las de MARTINEZ ZAMORA [12], MIR PUIG [13], LANDIN [14], y los estudios no publicados de MAJADAS [15] y GONZALEZ CUELLAR [16], a través de los cuales se subrayan en mayor o menor grado las insuficiencias de la concreta regulación legal. El examen de estas obras nos confirmó en la dificultad de encontrar una explicación satisfactoria de tal regulación desde la perspectiva dogmática actual [17] y en la necesidad de replantear el tema a

partir del contexto en el que surge por primera vez la normativa que ha dado origen a la actualmente vigente.

Es sabido que, como apunta CORDOBA, las directrices y paredes maestras del código penal que hoy rige se remontan a aquellos cuerpos legales del siglo pasado y que numerosas contradicciones internas del código presente provienen de reformas, a menudo precipitadas, que se insertan como cuerpos extraños al sistema original [18]. El sustrato ideológico y el sistema de valores propios de aquella sociedad de condicionamientos políticos y socioeconómicos considerablemente diferentes a los actuales, puede sin duda explicar las peculiaridades de la reincidencia tal como quedó entonces configurada, -pensemos por ejemplo en las cualificaciones del hurto [19]-, peculiaridades que sin embargo hoy pueden resultar inaceptables [20].

En el momento actual se constata un replanteamiento de la significación de la reincidencia que ha conducido a varios autores a cuestionar, si no a oponerse claramente a su encuadramiento como agravante [21]. La revitalización que recientemente se ha producido en la reflexión sobre cuestiones básicas del sistema penal tales como las finalidades de la pena y la necesidad de integrar las aportaciones de la Criminología en la Política Criminal para orientar las nuevas soluciones legislativas [22], incidirá sin duda en una nueva concepción del significado

del fenómeno de la reincidencia y del tratamiento que debe dársele. Pues ciertamente la cuestión del tratamiento legal de la reincidencia se encuentra estrechamente ligada a los postulados fundamentales relativos a la culpabilidad y a las finalidades de la pena que inspiran un determinado sistema penal en cada momento histórico.

Como acertadamente decía VIZMANOS en 1848 con palabras que hoy resultan de plena actualidad, "las leyes civiles y penales no deben ser consecuencia de la exageración de un partido político, ni el ensayo de una teoría filosófica, ni el absoluto trasunto de la rutina venida de los tiempos antiguos, sino la expresión del estado de la ciencia y del resultado de la experiencia, fruto de la meditación sobre el estado social, sobre las necesidades públicas y su comparativa importancia" [23]. La larga vigencia del código penal que hoy se pretende derogar en España [24] creemos que justifica el estudio de los principios inspiradores del mismo y concretamente en relación a la reincidencia, aquellas concepciones vigentes en el siglo XIX que pudieron influir en el legislador de aquella época. En toda tarea de renovación legislativa el paso de la tradición juega un importante papel, máxime si la normativa que se quiere modificar ha estado vigente por más de un siglo. La necesaria confrontación entre los principios que la inspiraron y las que predominan hoy día exige un cabal conocimiento no sólo de estos últimos, sino también de los

primeros, a fin de obtener elementos de juicio suficientes para su mantenimiento o rechazo total o parcial. Sólo así puede evitarse caer en antiguos defectos e impedir la consolidación de un instituto determinado en base a la costumbre, rutina, o a consideraciones más o menos superficiales tal vez apoyadas en reacciones sociales escasamente racionalizadas [25].

Por ello creemos que la limitación que nos hemos impuesto en cuanto al ámbito temporal objeto de nuestro estudio, códigos penales del siglo XIX y doctrina y jurisprudencia que gira alrededor de ellos, queda suficientemente justificada. Además, la relativamente reciente publicación de las monografías sobre la reincidencia de MARTINEZ ZAMORA y de MIR PUIG, -esta última casi exhaustiva-, que, enfocadas desde la dogmática actual, exponen las principales posiciones de la doctrina extranjera de este siglo sobre el instituto citado, nos excusa de abordar esta perspectiva para centrarnos en un campo de investigación hasta ahora apenas tratado. Pensamos que de esta forma puede enriquecerse la reflexión sobre la regulación que debe darse a la reincidencia, reflexión en la que tampoco debieran estar ausentes las pertinentes consideraciones criminológicas, imprescindibles para lograr que las soluciones legislativas sean suficientemente realistas [26].

II. FUENTES.

Las fuentes principales de este trabajo han sido en primer lugar los textos penales españoles del siglo pasado, códigos de 1822, 1848 y reforma de 1850, código de 1870 y reformas parciales de éste en materia de reincidencia hasta su derogación en 1928. En segundo lugar la literatura penal que se produce alrededor de cada código, ya sea como preparación de su promulgación o como comentario o crítica al texto legal, así como la doctrina española en general sobre la reincidencia. En tercer lugar, la jurisprudencia penal del T. Supremo que, como es sabido, comienza a partir de 1870 momento en el que comienza la unificación de criterios en la interpretación de los textos legales iniciándose la línea jurisprudencial que enlaza directamente, salvo las lógicas alternativas derivadas de las distintas redacciones de los textos legales, con la de la época actual.

También hemos tenido presente aquellos códigos extranjeros de principios de siglo cuya influencia en los cuerpos legales españoles es patente; e igualmente las obras de los autores más significativos de la reforma penal en el panorama europeo del siglo XIX, en la medida en que inciden decisivamente en el ambiente penal español han sido de imprescindible consulta. Por ello haremos algunas referencias a las figuras más representativas de la Ilustración, inspiradores del proceso codificador que se

produce en el continente, así como a los maestros principalmente italianos que influyen más decisivamente en la recepción en España de los dogmas de la llamada Escuela Clásica. Otras referencias incidentales a la doctrina extranjera han sido utilizadas principalmente en la parte última de este trabajo al dar cuenta de la creciente preocupación que sobre el fenómeno de la reincidencia se constata a nivel internacional en el último tercio del siglo pasado, potenciada con la aparición del positivismo naturalista. Corriente que si bien no tiene influjo en el texto legal, alimenta la nueva generación de penalistas que enlaza ya con el nuevo siglo y que marca el comienzo del desfase entre el derecho positivo y las propuestas de la renovada ciencia penal.

Al tomar como objetivo de nuestro trabajo el conocimiento del pensamiento jurídico penal español que rodea a cada uno de los códigos que examinamos, la doctrina extranjera queda relegada a un plano secundario, pues no pretendemos exponer las diversas opiniones que en el siglo pasado se vertieron sobre la reincidencia como concepto teórico, sino las opiniones vertidas en relación a la concreta regulación jurídica positiva española de aquella institución. Por ello sólo en tanto en cuanto puedan extenderse a la regulación positiva citada acudiremos a opiniones de la doctrina foránea, pues debe tenerse en cuenta que ésta se pronuncia en la mayoría de los casos sobre la normativa concreta vigente en sus diversos países.

III. METODO UTILIZADO.

El método utilizado ha sido el siguiente: en primer lugar, para conocer el contenido y alcance de los preceptos legales hemos procedido al análisis exegético de las disposiciones relativas a la reincidencia en cada uno de los códigos objeto de estudio. Disposiciones que en todos ellos recogen la reincidencia en una triple vertiente: a) como agravación general en su doble modalidad de reincidencia y reiteración; b) como circunstancia cualificadora para determinados delitos, particularmente importante en algunos patrimoniales que serán objeto de atención preferente por nuestra parte; c) como agravación especial para las recaídas durante el período de ejecución de condena o después de haberse quebrantado ésta. En el examen de esta normativa hemos intentado fijar el sentido y alcance de cada una de esas figuras a través del estudio de sus requisitos en una interpretación sistemática y teniendo en cuenta el material ofrecido por la doctrina penal española que en general hemos tenido que ir extrayendo a través de los Comentarios al código y obras de carácter general. Asimismo, a partir de 1870 hemos acudido a las resoluciones jurisprudenciales del Supremo en las cuales hemos encontrado interesantes datos sobre los problemas reales de aplicación de la agravante, así como importantes explicaciones que revelan la concepción del Alto Tribunal sobre el significado de la reincidencia.

IV. ORDEN DE EXPOSICION.

Sobre esta doble perspectiva, análisis de las disposiciones legales por un lado, y búsqueda del fundamento jurídico que justifica esa concreta normativa por otro, hemos dividido el trabajo en tres grandes partes, a las que convencionalmente hemos llamado Capítulos, que se corresponden al estudio de cada uno de los códigos objeto de nuestro estudio: código de 1822, código de 1848 y reforma de 1850 y código de 1870 en último lugar. Esta división nos pareció necesaria para lograr una mayor claridad en la exposición, pues pese a la estructura básicamente común que la normativa de la reincidencia presenta en todos ellos, existen también diferencias importantes, algunas sustanciales como es la cuestión de exigencia o no de condena previa a la recaída, que a nuestro juicio imponían este tratamiento separado. De forma que cada uno de esos Capítulos presenta en sí mismo: una unidad en cierto modo independiente, aunque lógicamente se realizan las comparaciones oportunas según se va avanzando en el trabajo. En orden a evitar repeticiones debe señalarse que cuando determinado elemento o requisito legal es idéntico en los distintos códigos, hemos abordado su estudio en uno solo de ellos haciendo las remisiones pertinentes en los demás. Por ello el Capítulo destinado al código de 1870 es el que ha alcanzado mayor extensión, ya que en él se abordan con más detalle algunas cuestiones que en los Capítulos anteriores habíamos simplemente reseñado. Aparte de

que por la larga vigencia de este último código la doctrina penal que se produce durante este tiempo es lógicamente más abundante, a lo que se suma la copiosa jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el tema que no existía en relación a los códigos anteriores.

En cada uno de esos Capítulos seguimos un mismo orden de exposición dividido en cuatro Secciones. En la primera realizamos muy brevemente una reseña del proceso de formación de cada código y sus rasgos fundamentales. En la Sección Segunda entramos a analizar las particularidades de los conceptos legales de las agravantes genéricas de reincidencia y reiteración a la luz de la doctrina y la jurisprudencia cuando ello es posible. En la Sección Tercera tratamos de la contemplación especial de la reincidencia como cualificadora de determinadas infracciones patrimoniales así como las reglas especiales previstas para las recaídas durante período de ejecución de condena o después del quebrantamiento de ésta, en cuanto que constituyen supuestos particulares de efectos penales superiores a los previstos para las agravantes genéricas. Y finalmente en la Sección Cuarta de cada Capítulo emprendemos la investigación de la justificación a la reincidencia, teniendo en cuenta el contexto doctrinal dominante en cada período, con lo que llegamos a la conclusión sobre el fundamento jurídico que parece inspirar esa normativa a lo largo del siglo pasado.

1) La ley 81/1978 de 28 de diciembre no ha modificado sustancialmente la normativa de la reincidencia, pues aunque se admite la prescripción de las condenas anteriores, la novedad sustancial se refiere a la configuración expresa de los requisitos de la multirreincidencia de acuerdo con la línea jurisprudencial iniciada en 1972 (vid infra Cap. 3°. Secc. 3ª. II. 2.A.a. pág. 732 s. y notas 794 a 799), y a la supresión de la cualificación por doble reincidencia prevista desde 1870 para los delitos de hurto; pero mantiene, probablemente por error, la misma cualificación relativa a determinadas estafas.

2) En este sentido, PETROCELLI, Recidiva, 321 s.

3) Vid supra n.1.

4) Una de las características legales a nuestro juicio más criticables es ese formalismo proveniente de la mera constatación de una condena anterior y de la comprobación del encuadramiento de los delitos cometidos por el reo en el "mismo Título" del código, lo que impide la confrontación en cada caso particular de la presencia o no de lo que pueda ser el fundamento o justificación de la agravación. Este aspecto ha sido denunciado repetidamente por LUZON, Tribunal Supremo, I, 426, MARTINEZ ZAMORA, Reincidencia, 69 y 111, MIR PUIG, Reincidencia, 195; QUINTANO, Tratado, II, 309, RODRIGUEZ MOURULLO, Multirreincidencia, 296 y MISMO AUTOR, Comentarios, I, 744.

5) Automatismo que se deriva de la configuración formal aludida y de las reglas que el código preve para la graduación de la pena en función de la presencia de circunstancias modificativas (art. 61). La aplicación obligatoria del grado máximo de la pena por reincidencia cuando no existen atenuantes obliga de hecho a un aumento cuya importancia puede ser muy considerable, pues puede consistir en varios años más de privación de libertad. Teniendo en cuenta la costumbre de los Tribunales de aplicar el grado mínimo de la pena cuando no concurren agravantes (Vid CORDOBA, Jurisprudencia, 123) la realidad es que se produce un efectivo aumento cuya intensidad depende de cuál sea la pena señalada por la ley al delito cometido, y que a nuestro juicio en la mayoría de los casos suele resultar desproporcionado respecto a la real significación que la presencia de la condena anterior, motivadora de la apreciación de la reincidencia, puede tener en el supuesto concreto. Si bien este defecto del automatismo de las reglas del art. 61 se proyecta respecto a todas las agravantes, en la reincidencia resulta particularmente relevante por el formalismo con que está concebida, lo que lleva a los Tribunales a apreciarla sin tener en

cuenta, a diferencia de lo que hace al examinar la presencia de otras agravantes, si realmente la condena anterior aporta un "plus" de desvalor al delito cometido. Sobre este aspecto vid QUINTERO OLIVARES, Pena, 67 s.

6) Vid infra Cap. 3°. Secc. 2ª. I. 4. pág. 619 ss. Los graves inconvenientes del mantenimiento de los antecedentes penales por un largo tiempo no han sido salvados por la modificación introducida por la ley 81/1978 en relación a los reincidentes, para los que se sigue manteniendo en todo caso un plazo de 10 años para la rehabilitación. Aparte de que la prescripción de las condenas a efectos de la reincidencia viene condicionada por la efectiva cancelación de los antecedentes penales, lo que viene a añadir otro formalismo más a la ya formal configuración de la reincidencia. Sobre estos extremos recientemente se han manifestado en sentido crítico BELLO LANDROVE, Antecedentes, y BUENO ARUS, Rehabilitación y MISMO AUTOR, Notas.

7) Baste como botón de muestra la consulta del índice bibliográfico que sobre esta materia ofrecen BENITEZ DE LUGO, Reincidencia, 169-79, y RICCIO, Recidiva, 5 s.

8) ARMENGOL, Reincidencia. Monografía que de forma un tanto asistemática pretende fundamentalmente poner de relieve el problema penitenciario en relación a la reincidencia, aunque se intenta fijar también el contenido y alcance de las figuras legales.

9) MORENO CALDERON, Reincidencia, pretende demostrar la ineficacia del tratamiento legal, para llegar a la conclusión de la necesidad de penas indeterminadas para el reincidente.

10) BENITEZ DE LUGO, Reincidencia, presenta a través de su tesis doctoral el estudio de la reincidencia tal como quedaba configurada en el código de 1928.

11) Como el de RUIZ VADILLO, Doble reincidencia, publicado en 1964.

12) MARTINEZ ZAMORA, Reincidencia, que constituye la primera monografía más completa sobre el tema, con principal contemplación de la doctrina italiana.

13) La obra de MIR PUIG, Reincidencia, constituye un análisis exhaustivo de las agravante 14 y 15 del art. 10 del código penal actual. Aborda el autor la multitud de cuestiones interpretativas que plantea el texto legal y añade una valiosísima aportación sobre la fundamentación jurídica de la reincidencia a tra-

vés de las más importantes publicaciones italianas y alemanas fundamentalmente, sobre el tema.

14) LANDIN, Multirreincidencia, presenta la primera monografía sobre la multirreincidencia desde la perspectiva criminológica.

15) MAJADAS, Reincidencia, estudio realizado en el Gabinete para la prevención del delito del Ministerio de Justicia en 1974, que aporta una serie de datos estadísticos sobre diversos factores susceptibles de incidir en la recaída en el delito.

16) GONZALEZ CUELLAR, Multirreincidencia, tesis doctoral sin publicar consistente en el estudio jurisprudencial fundamentalmente de las disposiciones legales actuales que contemplan la multirreincidencia.

17) Los estudios más completos realizados sobre la fundamentación jurídica de la reincidencia, el de MIR PUIG y el de MARTINEZ ZAMORA, dejan sin explicar el porqué de esos requisitos legales peculiares de la regulación española y su posible significación para desentrañar el fundamento que los inspira, pues la perspectiva desde la que abordan el tema es la de las explicaciones actualmente imperantes en Italia y Alemania principalmente. Con lo cual se llega a exponer el estado actual de la cuestión, pero no la justificación de la concreta normativa legal del código de 1944 y sucesivos textos refundidos.

18) CORDOBA, Evolución, 15 s.

19) Vid BERISTAIN, Crisis, 24. El anacronismo del código actual es reconocido en la Exposición de Motivos del Proyecto 1980.

20) Entre otras razones por la desproporción que supone esa excesiva preocupación por la delincuencia patrimonial de mínima gravedad mientras que se presta todavía una muy escasa atención (Vid BAJO, Económico, 32) a la delincuencia económica en mayor escala, cuya importancia y gravedad en la actualidad no tienen la suficiente y adecuada recogida en el código.

21) Se pronuncian expresamente en favor de la supresión de la reincidencia como agravante del delito RODRIGUEZ MOURULLO, Multirreincidencia, 298 y MISMO AUTOR, Comentarios, I, 144; MIR PUIG, Reincidencia, 546 s., LANDIN, Multirreincidencia, 523 se pronuncia concretamente en contra de la agravación por plurirreincidencia; SERRANO, Modificación, 36-8, rectificando su postura anterior (Vid SERRANO, Reincidencia, 79 s.); y BELLO LANDROVE, Antecedentes, 46.

22) Muestra de la importancia que está adquiriendo esta temática en la doctrina penal española, reflejo de la preocupación principalmente europea sobre esta problemática, es el Primer Coloquio Regional Español celebrado en Madrid en Octubre de 1977 sobre "Política Criminal y Derecho Penal" (Vid las ponencias presentadas en el citado coloquio en el número monográfico dedicado a este encuentro en RevIntDrPen 1 (1978)). A partir de esta fecha las aportaciones relativas a la Política Criminal-Criminología-Pena-cambio del sistema penal, son cada vez más numerosas como puede constatarse a través de los artículos publicados en estos dos últimos años en el AnDerPen y en CuadPolCrim principalmente. Sin ánimo de exhaustividad y ciñéndonos a los autores españoles pueden verse: COBO y BACIGALUPO, Criminología, 31-45, CUELLO, J., Ideología, 423-40, GARCIA PABLOS, Resocializadora, 694-700, GROSSO, Criminología, 72 s., LOPEZ HERNANDEZ, Criminología, 25 s., LUZON PEÑA, Pena, MUÑOZ CONDE, Resocialización, 91-106, NOVOA, Alternativas, 538-43, QUINTERO OLIVARES, Pena, 67-70, SERRANO, Preventiva, 83 s. y MISMO AUTOR, Dogmática, 636-9

23) VIZMANOS y ALVAREZ, Comentarios, I, Introducción, XLVII

24) Desde la publicación del Proyecto de Ley orgánica de código penal en el BolCong de 17 de Enero de 1980 han surgido numerosas críticas al mismo, tanto por el procedimiento seguido en su elaboración como por sus incongruencias respecto a los principios en que dice inspirarse, y asimismo por importantes defectos técnicos. Vid a este respecto RODRIGUEZ DEVESA, Inobservancia, y BERISTAIN, Proyecto.

25) Como dice ROMANELLI, Recidiva, 254, tal vez no puede excluirse que el fundamento jurídico positivo de la reincidencia se encuentre en un "motivo inconsciente de orgullo, ofendido por haber osado el reo cometer la acción por la cual había sido castigado". En este sentido se había pronunciado ya tiempo atrás TISSOT, Droit penal, I, 146 s.

26) No pueden olvidarse las observaciones que desde la perspectiva criminológica ofrece principalmente LEMERT, Deviance, 62 ss. para explicar la reincidencia o "desviación secundaria" como consecuencia de los mecanismos legales y sociales dirigidos precisamente a evitarla.

CAPITULO PRIMERO

LA REINCIDENCIA EN EL CODIGO PENAL DE 1.822

SECCION PRIMERA

INTRODUCCION AL CODIGO PENAL DE 1.822

I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL CODIGO

Los principios de la Ilustración que aun con cierta timidez comenzaron a penetrar en España a finales del siglo XVIII [1], fueron preparando el camino hacia una reforma en profundidad, y evidenciaron la necesidad de un código criminal unificado y moderno que rompiese con los abusos y arbitrariedades del Antiguo Régimen. El trabajo realizado por LARDIZABAL al encargársele en 1.776 la formación de un "código criminal", aunque resultó ser principalmente una recopilación de las leyes vigentes [2], puede considerarse como una primera aproximación a esa necesidad. La verdadera labor codificadora se emprende con las Cortes de Cádiz [3] al derrocar éstas la Monarquía Absoluta y proclamar los principios liberales [4].

La inestabilidad política de estas primeras décadas del siglo XIX en que se alternan los períodos liberales y absolutistas con predominio de estos últimos en cuanto a su duración, dificulta la renovación legislativa.

Pero precisamente en el trienio constitucional de 1.820-23, nombrada la Comisión de código penal en 1.820, se elabora el primer Proyecto [5], el cual, tras un extenso debate en las Cortes unicamerales es aprobado el 8 de Junio de 1.822 y sancionado por el Rey el 27 del mismo mes [6], a la vez que se señala como fecha de su entrada en vigor el primero de enero de 1.823 [7].

Pero la invasión de las tropas francesas en abril de ese mismo año logra su objetivo de devolver el poder absoluto al Monarca [8], y el primero de octubre queda reinstaurado un nuevo período absolutista que comienza con la anulación de todos los actos del Gobierno anterior; consecuentemente queda derogado el recién estrenado código [9]. Su corta vigencia [10], impidió una suficiente aplicación del mismo, que hubiese servido para poner de relieve sus virtudes e insuficiencias en la práctica. Lo cual no le resta el mérito de ser una verdadera primicia de la moderna legislación española.

La participación de diversas entidades, Universidades, Colegios de Abogados, Tribunales, y personalidades destacadas en la elaboración del código a través de los informes enviados por solicitud expresa de la Comisión Codificadora al presentar el Proyecto [11], y la detenida discusión de éste en el Parlamento durante tres meses [12], artículo por artículo [13], hechos que no se dan en la ela-

boración de códigos posteriores, ofrecen un interesante material para conocer el espíritu y la opinión de los estamentos cultos de la época. Lo cual, a falta de comentarios posteriores al código de la doctrina o de la jurisprudencia, constituyen prácticamente el único medio importante de adentrarse en las concepciones inspiradoras de este cuerpo penal [14].

Es patente en él la influencia de los autores europeos más en boga: BENTHAM, FILANGIERI, BECCARIA, MONTESQUIEU son citados con mayor o menor frecuencia [15] durante los debates parlamentarios, donde también se alude en alguna ocasión a LARDIZABAL [16]. Indudablemente se tuvo en cuenta el código de Napoleón [17] y en alguna medida el derecho histórico español [18].

El deseo de desterrar las leyes "bárbaras" del Antiguo Régimen y la preocupación por consagrar definitivamente el principio de legalidad para seguridad jurídica, quedan recogidos en el mismo Preámbulo del Proyecto [19]. Pero no obstante, aunque debe reconocerse el indiscutible progreso que supuso el nuevo código frente a la legislación anterior, la ruptura con alguna de las características de esta última no es total [20]. El código del 22 recoge, como expresa ANTON "una extraña mezcla, muy significativa de la época, de tradición y progreso, de rigor medieval y aspi-

ración humanitaria" [21], fruto de las diversas fuentes inspiradoras del mismo. Concretamente en materia de reincidencia, como tendremos ocasión de comprobar en su momento, junto a una adecuada definición del concepto, se mantiene la tradicional dureza en su represión, especialmente en lo referente a robos y hurtos.[22]

La reminiscencia de ciertos rasgos de legislación anterior, puede tal vez explicarse por dos circunstancias: por un lado, la existencia en el país, reflejada en el seno del Congreso y en los informes de las diversas entidades, de dos sectores de opinión opuestos estre sí, el liberal-revolucionario y el tradicional conservador [23]; y por otro, la asunción de la prevención general como fin principal de la pena [24], tal como era propugnado por los pensadores de la Ilustración, coincidiendo en parte con los objetivos del régimen anterior [25].

De la dinámica entre los dos grupos de opinión opuestos se deriva una política de concesiones mutuas, que se manifiesta en ese contraste aludido, y que ANTON describe como combinación de "sorprendentes aciertos y rudas supervivencias" [26]. Y la adopción de la prevención general a lo largo del código, lleva a empañar en muchas ocasiónes el proclamado humanitarismo de la Comisión, estableciendo penas excesivamente duras [27] que recuerdan el período anterior, aunque ahora queden enmarcadas en el principio de legalidad.

Por desgracia se olvida la memorable Pragmática de Carlos III que limitaba a 10 años la duración de las penas primitivas de libertad [28].

Globalmente el código de 1.822 ha merecido un juicio positivo [29], aunque se destacan como sus principales defectos el excesivo casuismo [30], sacrificar a pretensiones artísticas la técnica legislativa [31], la intensa carga de ejemplaridad en las penas, y la intromisión de preceptos de derecho procesal y administrativo [32]. Pero es innegable su mérito, como primer código penal español, a la altura de los conocimientos y exigencias de su época, que cristaliza el esfuerzo codificador del trienio constitucional y la opinión de gran parte de las Instituciones del país. Modelo sobre el que se volverán los ojos en nuevas etapas codificadoras [33].

II. ENCUADRAMIENTO DE LAS FIGURAS OBJETO DE ESTUDIO

La reincidencia considerada en su sentido general, en cuanto comisión de una infracción penal por el sujeto que anteriormente ha sido condenado por otra, queda contemplada en el código de 1.822 en tres lugares sistemáticamente diferenciados. Como norma básica y general, en el Capítulo V del Título Preliminar se recogen las definiciones y los efectos de las dos modalidades de reincidencia. La denominada "reincidencia" queda configurada sobre las recaídas en delitos del mismo Título del código, y la que nosotros para diferenciar llamaremos "reiteración" [34], circunstancia innominada en la ley, queda constituída por las recaídas en delitos de distinto Título. Los efectos de ambas en la pena serán sustancialmente distintos.

Pero también en el Título Preliminar, en el Capítulo III que trata de las fugas y quebrantamientos de sentencias, se dictan reglas de agravación de la pena, distintas parcialmente [35] a las generales del Capítulo V, para las recaídas ocurridas durante el cumplimiento de cierto tipo de condenas, o después de la fuga o quebrantamiento de la condena anterior. Son reglas de aplicación general a todos los delitos pero que a su vez están en relación de es-

pecialidad con las contempladas en el Capítulo V, por la especial situación del que recae.

Y por otro lado, en la Parte Primera y Parte Segunda del código que tratan de los delitos y culpas en particular, encontramos la reincidencia contemplada específicamente para algunos delitos, con efectos superiores a los consignados en el Título Preliminar. Nos interesan sobre todo las disposiciones relativas a la reincidencia en robos y hurtos, delitos en los que el legislador tradicionalmente castiga con mayor severidad la recaída y que serán objeto constante de agravación especial por esta causa en los códigos posteriores.

En el desarrollo de nuestro trabajo, examinaremos en su Sección Segunda, que titulamos "Tratamiento general de la reincidencia" las reglas generales básicas del Capítulo V del código. Después, en su Sección Tercera, relativa a "Casos especiales de reincidencia", trataremos en primer lugar las particularidades de las recaídas en robos y hurtos, incluyendo entre ellas los casos de mera repetición sin condena intermedia por el tratamiento similar a la reincidencia de que son objeto. Y en esa misma Sección, en último lugar veremos la regulación de las recaídas durante cumplimiento de condena o después de fuga, pues aunque son reglas de aplicación general encuadradas en el Título Pre-

liminar del código, constituyen a su vez normativa especial frente a la reincidencia del Capítulo V. El examen en último lugar de esta materia obedece a su menor significación en la evolución del tratamiento de la reincidencia, pues a partir del código de 1.928 se suprime este tipo de reglas concretas para recaídas durante cumplimiento de condena o después de haberla quebrantado.

A falta de comentarios de este código y de doctrina penal española sobre la materia de nuestro estudio [36], acudiremos al examen de los preceptos legales que nos interesan y a su relación sistemática entre sí, ayudados en cuanto sea posible por las opiniones vertidas durante el interesante debate parlamentario que tuvo lugar durante la discusión del Proyecto.

Antes de entrar en el examen de las diversas modalidades de reincidencia vamos a exponer brevemente la sistemática de este código en la graduación de las penas, concretamente en relación con las atenuantes y agravantes, para poder comparar posteriormente los efectos diversos y más graves de la reincidencia en relación con los de las circunstancias agravantes genéricas.

III. SISTEMATICA GENERAL EN LA GRADUACION DE PENAS

La técnica peculiar de este código en la graduación de las penas, exige a nuestro entender una exposición somera de sus principales características para comprender su mecánica, tan distinta a la de los códigos posteriores que es la que nos ha llevado hasta nuestros días y que por ello nos resulta más familiar. El extendido casuismo que encontramos en los preceptos del código de 1.822, creemos que se debe en parte a las dificultades que presenta esta gradación de penas, punto que se pone claramente de manifiesto en las mismas disposiciones sobre la reincidencia [37].

1. ELENCO DE PENAS

El artículo 28 establece veintiseis penas distintas, clasificadas en "corporales", de las que se enuncian onde; "no corporales" trece; y "pecuniarias", dos. Transcribimos dicho artículo:

Artículo 28.- "A ningún delito, ni por ninguna circunstancia, excepto en los casos reservados a los fueros eclesiástico y militar, se aplicarán en España otras penas que las siguientes:

Penas corporales

Primera:	La de muerte.
Segunda:	La de trabajos perpetuos.
Tercera:	La de deportación.
Cuarta:	La de destierro o extrañamiento perpetuo del territorio español.
Quinta:	La de obras públicas.
Sexta:	La de presidio.
Séptima:	La de reclusión en una casa de trabajo.
Octava:	La de ver ejecutar una sentencia de muerte.
Novena:	La de prisión en una fortaleza.
Décima:	La de confinamiento en un pueblo o distrito determinado.
Undécima:	La de destierro perpetuo o temporal de un pueblo o distrito determinado.

Penas no corporales

Primera:	La declaración de infamia, a cuya clase pertenece también la de ser declarado indigno del nombre español, o de la confianza nacional.
Segunda:	La inhabilitación para ejercer empleo, profesión o cargo público en general, o en clase determinada.
Tercera:	La privación de empleo, honores, profesión o cargo público.
Cuarta:	La suspensión de los mismos.
Quinta:	El arresto que se imponga como castigo; el cual se declara no ser corporal para los efectos civiles, ni merecer otro concepto que el de meramente correccional.
Sexta:	La sujeción a la vigilancia especial de las autoridades.
Séptima:	La obligación de dar fianza de buena conducta.
Octava:	La retractación.
Novena:	La satisfacción.
Décima:	El apercibimiento judicial.

Undécima: La reprensión judicial.
Duodécima: El oir públicamente la sentencia.
Decimatercia: La corrección en alguna casa de esta clase para mujeres y menores de edad.

Penas pecuniarias

Primera: La multa.
Segunda: La pérdida de algunos efectos para que se aplique su importe como multa; entendiéndose estas penas sin perjuicio de la indemnización de perjuicios y de resarcimiento de daños, y del pago de costas judiciales". 38).

Esta lista cerrada de penas es meramente enunciativa, aunque concretamente en las "corporales" aparecen en un orden de mayor a menor gravedad. No se atribuye a esta escala ningún efecto graduatorio para casos de elevación o rebaja de pena, sino que será el mismo legislador el que señale concretamente la pena que corresponda cuando quiere imponer una superior.

Respecto a la duración de las mismas, únicamente tenemos señalados los límites máximos para las obras públicas, presidio y reclusión: 25, 20 y 15 años, respectivamente [39], pero no se señala límite mínimo; y para las demás penas ni mínimo ni máximo. El margen de duración de cada pena vendrá señalado para cada delito o culpa en particular, en la Parte Primera u Segunda del Código. Respecto a las penas perpetuas huelga hablar de su duración. No obstante es interesante reseñar la posibilidad de obtener una rebaja de la pena, o imposición

de una pena perpetua inferior si el reo se muestra arrepentido y observa buena conducta. Así se dispone en el art. 144 y siguientes. Rebaja que puede también obtenerse en caso de pena temporal y que puede afectar hasta una tercera parte de la duración total impuesta [40)]. Es éste un rasgo humanitario del código que puede considerarse precedente de la libertad provisional establecida en el sistema progresivo actual de cumplimiento de penas.

2. GRADUACION SEGUN LA CONCURRENCIA DE ATENUANTES O AGRAVANTES

Sólo cuando la pena señalada para el delito sea "indeterminada", esto es cuando tenga previsto un mínimo y un máximo, procederá la graduación si concurren circunstancias modificativas.

En estos casos, los Jueces de hecho deberán, cuando declaren el delito, declarar también su grado. Transcribimos los artículos 101 y 102:

Artículo 101.- "En los casos en que la ley imponga al delito pena corporal o no corporal, o pecuniaria de tiempo o cantidad indeterminada, y haya fijado solamente el mínimo y el máximo, los jueces de hecho deberán, cuando declaren el delito, declarar también su grado. En cada uno de estos delitos habrá tres grados. El primero o el más grave de todos; el segundo o el de inferior gravedad; y el tercero o el menos grave de todos. Para la calificación del grado atenderán los jueces de hecho a la mayor o menor gravedad, y al mayor o menor número de las circunstancias que agraven o disminuyan el delito, conforme a la disposición respectiva de la ley y a los artículos 106 y 107"

Artículo 102.- "Al delito en primer grado se aplicará el máximo de la pena señalada por ley, pudiendo el juez de derecho disminuirlo hasta una sexta parte menos del total. Al delito en segundo grado se aplicará el termino medio del mínimo y máximo señalados por la ley, pudiendo el juez de derecho aumentar o disminuir el término medio hasta una sexta parte del máximo. Al delito en tercer grado se aplicará el mínimo, o se aumentará éste hasta una sexta parte más del máximo señalado en la ley; dejándose arbitrio al prudente juicio de los jueces de derecho, según la mayor o menor gravedad que resulte".

El "grado de delito", se corresponde con una "parte" de la pena, más cercana a la duración máxima, media o mínima, según sea el delito en primer, segundo o tercer grado. El método matemático empleado puede considerarse como antecedente de la futura división de la pena en tres grados que aparece ya en los códigos posteriores [41].

Según cual sea la pena señalada por la ley al delito, cada grado reflejará o no, una duración propia y distinta en la pena. La técnica de aumentar o disminuir 1/6 sobre el tope mínimo o máximo, no siempre conducirá a la fijación de tres períodos distintos, sino que pueden éstos quedar superpuestos parcialmente [42].

Lo que más interesa destacar de estas reglas es que nunca podrá elevarse la pena, o reducirse, por encima o por debajo de los topes máximo y mínimo respectivamente, señalados para la pena del delito. El artículo 108 reafirma esta limitación: "ningún juez ni tribunal podrá jamás aumentar

ni disminuir las penas prescritas por la ley sino en los casos y términos expresados en el artículo 102. Tampoco podrán nunca variar, conmutar, dispensar ni alterar en manera alguna las penas que la lay señale, si dejar de aplicarlas en los casos respectivos".

El catálogo general de agravantes y atenuantes viene recogido en los artículos 106 y 107 respectivamente. El artículo 106 contempla nueve agravantes, y el 107 seis atenuantes [43]. Entre estas últimas se contempla la nº 4 la de "ser el primer delito y haber sido constantemente buena la conducta anterior del delincuente, o haber hecho éste servicios importantes al Estado". En cambio entre las agravantes no aparece la reincidencia, ni la mala conducta del reo. La reincidencia recibe un trato especial en capítulo aparte, con efectos agravatorios, pero no tiene el carácter de una mera agravante; la reiteración, tratada en el mismo Capítulo V , va a considerarse sin embargo como"circunstancia agravante" según dispone el artículo 121 [44].

En conclusión, las agravantes genéricas vienen recogidas en el catálogo general del artículo 106, y su consecuencia en la pena se traduce en la imposición del máximo de la duración de la misma, que podrá disminuirse en 1/6, a través de la declaración de "delito en primer grado". Pero esta consecuencia no es taxativa, puesto que los jueces habrán de tener en cuenta la mayor o menor gravedad del hecho

y el mayor o menor número de las circunstancias que agraven o disminuyan el delito. Por lo tanto, si concurre una sola agravante, no es obligatorio declarar el delito en "primer grado". Y por supuesto que si concurren alguna o algunas atenuantes, los efectos se compensarán. En los casos más graves el tope máximo ineludible será el máximo de la duración de la pena señalada por la ley para el delito que se trate.

Si la pena que corresponda por ley al delito, es de duración fija o determinada, se impondrá ésta irremisiblemente, sin necesidad de distinguir el grado del delito, según dispone el artículo 103. Por lo que en caso de pena perpetua, o pena capital, no cabe graduación posible por la concurrencia de atenuantes o agravantes.

Nos interesa destacar estas conclusiones para dejar patente la diferencia de trato que se da a la "reincidencia", cuyos efectos son taxativos, no compensables, superiores en gravedad, y aplicables aun cuando la pena sea de duración fija, pues para estos casos existe una escala concreta [45)].

SECCION SEGUNDA

TRATAMIENTO GENERAL DE REINCIDENCIA

Exponemos a continuación las reglas generales básicas previstas para la reincidencia, normativa que será de aplicación subsidiaria respecto a las reglas particulares dictadas para la reincidencia en algunos delitos [46], y que asimismo quedará desplazada cuando proceda por las reglas que contemplan las recaídas durante cumplimiento de condena o habiéndola quebrantado [47].

I. REINCIDENCIA EN DELITOS DEL MISMO TITULO

Siguiendo en este punto la técnica del código Napoleónico [48], se dedica un Capítulo especial para recoger las prescripciones generales "De las reincidencias, y del aumento de penas en estos casos". No obstante, el contenido de las figuras de este Capítulo V, difiere del modelo francés ya que éste no distinguía por razón de la clase de delitos (según fuesen análogos o distintos) [49], ni recogía la prescripción a estos efectos, cosa que hace este primer código español de forma bastante perfecta. Por ello, con razón decía GARCIA GOYENA que si bien en esta materia el código de

1.822 se calcó sobre el francés de 1.810 aventajaba a éste en previsión y humanidad [50].

Aunque el Capítulo V en el que vamos a entrar, se titula "De las reincidencias ...", en su articulado el término "reincidencia" se reserva para la recaída en delitos del mismo Título, por lo que utilizaremos también nosotros este nombre para referirnos únicamente a este tipo de recaídas [51]. Examinaremos los artículos 116 a 120, que son los que recogen esta figura.

1. REGULACION LEGAL

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 ú otro que esté comprendido en el mismo título de este código que el primer delito o la primera culpa".

Los dos artículos siguientes establecen distintos plazos de prescripción según los delitos sean de mayor gravedad o hubiere sido el reo apercibido judicialmente:

Artículo 117.- "Para los demás delitos de mayor gravedad será de seis años el término de la reincidencia, en la propia forma que queda expresada".

Artículo 118.- "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 artículo 116, y de ocho en el del 117".

La definición que nos ofrece el artículo 116, a pesar de los distingos por las clases de penas a efectos de señalar el término de prescripción, es bastante perfecta: requiere una condena anterior, y cierta semejanza entre los delitos pasado y futuro a través de la fórmula del mismo Título. Aunque recoge indistintamente la reincidencia entre delitos y culpas e incluso la refencia al "Título" merezca ciertas objeciones, la precisión de estos requisitos la hace superior a las regulaciones legales de códigos posteriores [52]. Y aunque sea la más lejana en el tiempo es la que más se asemeja en su contenido a la definición actual de reincidencia, que data de 1.944. Esta semejanza es mayor aún desde que recientemente se ha introducido la prescripción de la condena anterior a efectos de esta agravante [53].

2. REQUISITOS

Examinaremos separadamente los requisitos que se desprenden de la descripción legal del artículo 116.

A. Condena anterior

"Los que hayan sido condenados judicialmente

por alguna culpa o delito"

Es este un requisito fundamental, que por primera vez se recoge de forma expresa en las leyes penales españolas al referirse a la reincidencia. Hasta entonces no estaba claro si reincidencia, "reincidir", significaba volver a cometer el delito, repetir un delito, o si además era necesario un castigo anterior. Marcos GUTIERREZ [54], en 1.805 se había adelantado a explicar que el aumento de pena por reincidencia debía residir precisamente en que el primer castigo había sido insuficiente para el reo, con lo que partía del dato de la condena previa a la recaída. Pero al no estar explicitado en las leyes, parece que era una cuestión dudosa. Así lo manifiesta GARCIA GOYENA en el período posterior a la derogación del código de 1.822, en que vuelven a aplicarse las antiguas leyes [55], si bien nos dice que había opiniones favorables a la efectiva exigencia de condena previa, para la imposición de pena de muerte por el tercer hurto. Tal era la postura de Antonio MATEU [56], de la que GARCIA GOYENA se muestra partidario [57].

El código de 1.822, al tomar el modelo francés, se vincula claramente a la tesis de exigencia de condena previa. Requisito fundamental para indagar en el fundamento de la agravación, en cuanto que definitivamente se deslinda la reincidencia de la mera repetición delictiva. Y sin embargo, es curioso que la exigencia de condena anterior a a la recaída no se vuelve a encontrar formulada en los có-

digos españoles de ese siglo. En el de 1.848 porque no se alude expresamente a ella, aunque la doctrina mayoritariamente se pronuncia por tal exigencia [58], y en el código de 1.870 porque expresamente se dispone que basta que "al ser juzgado" el reo haya sido condenado otra vez anterior[59].

Veamos las características de esta condena anterior que se exige en el código de 1.822:

a) C o n d e n a j u d i c i a l

La exigencia de condena judicial nos remite a la sentencia dictada por el Juez penal. La falta de un código de procedimiento coetáneo [60] dificulta establecer precisiones sobre el carácter de ejecutoriedad o firmeza de la condena. No obstante encobtramos algunos preceptos en el código que se refieren a "sentencia legal que cause ejecutoria", como es el artículo 158 que la exige con este carácter para poder obtener indulto particular; mientras que por el contrario para poder beneficiarse de indulto general se requiere que el delincuente no esté sentenciado en aquella fecha "de modo que cause ejecutoria", según dispone el artículo 167 [61]. En el arículo 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 he-

cho enjuiciado.

Si este código hubiera llegado a estar vigente durante un tiempo mínimamente suficiente, se hubieran puesto de manifiesto sus aciertos y sus errores, como dice VIZMANOS [62] y se hubiera creado una línea de interpretación de aquellos puntos oscuros, que en el caso que tratamos pensamos hubiera sido en el sentido propugnado, como se hizo en los códigos posteriores aunque tampoco especificaban sobre la "ejecutoriedad" [63].

No hemos aducido, como argumento para defender la necesidad de condena firme, la referencia que en el mismo artículo 116 se hace a la condena cumplida o al indulto particular, porque como se expondrá más adelante, esta alusión al cumplimiento no requiere que efectivamente se haya dado, sino que únicamente sirve a efectos de cómputo del plazo de prescripción [64].

b) P o r a l g u n a c u l p a o d e l i t o

La definición de estos dos conceptos viene recogida en los dos primeros artículos del código [65]. Con ello se establece un sistema bimembre de las infracciones criminales [66], que no se corresponde exactamente con la gravedad de las mismas, sino con su clase de culpabilidad. Se sigue la técnica antigua recogida en Las Partidas,

según expresa el mismo CALATRAVA [67].

No podemos ahondar en este trabajo en el sentido y trascendencia de estas dos definiciones, objeto de un largo e interesantísimo debate durante la discusión del proyecto [68]. Básicamente podemos establecer que delito es toda infracción recogida en el código, que exija comisión maliciosa. Malicia que se presume, salvo que el reo pruebe lo contrario (artículo 1, segundo inciso). Mientras que será culpa la infracción que la ley expresamente prevé se cometa por "descuido" [69], o "involuntariamente" [70] por "ligereza" [71], "negligencia" [72], "culpa" [73], "imprudencia" [74], "sin precaución" [75], por "imprevisión" [76] "por falta de destreza" [77], "equivocación" [78], "falta de instrucción" [79], "impericia" [80], "abandono" [81], o "ignorancia" [82]. Tal es la terminología con la que el legislador designa esa ausencia de malicia que exige la definición del artículo 2 para que exista la "culpa".

La definición del artículo 2 nos presenta una modalidad de infracción, la "culpa", pero sin la operatividad que encontramos en los códigos posteriores a través de las cláusulas generales de "imprudencia" [83]. El legislador del 22 recoge casuísticamente los distintos supuestos de comisión culposa, dispersándolos a lo largo de los Títulos de la Parte Primera y Segunda del Código, de forma que aparecen seguidamente de los "delitos" que se corresponden a las mismas conductas cometidas dolosamente [84].

No se establece una graduación en razón de la mayor o menor intensidad de ese "descuido" o falta de cuidado que alienta la "culpa", sino que en cada caso la gravedad de la infracción no maliciosa (gravedad que constatamos por la pena que se señale), viene determinada en función del resultado causado, o de la conducta objetivamente considerada.

A efectos de nuestro trabajo, interesa únicamente resaltar la amplitud con que se concibe la reincidencia respecto a los hechos punibles que puedan sustentarla. Una condena anterior por "culpa", dará lugar a reincidencia cuando posteriormente se cometa un delito del mismo Título que aquella; y viceversa. Lo cual supone una quiebra a los fundamentos que se alegan para la elevación de pena, como veremos más adelante [85].

La agravación por reincidencia en las "culpas", fue objetada por ECHEVERRIA en el debate del Congreso, ciñéndose al caso de los posibles "descuidos" de un Magistrado en el ejercicio de su profesión, pues entendía excesiva la pena de privación de empleo para cuando incurriese por segunda vez en un olvido natural, a menudo inevitable [86]. CALATRAVA zanja la posible discusión, arguyendo que ese extremo ya había sido aprobado por las Cortes (pues en aquel momento se discutían los efectos en la pena, no ya la reincidencia en las culpas, aprobadas en el artículo anterior), y que aedmás se trataba de castigar descuidos "graves" [87]. Esta gravedad a que alude CALA-

TRAVA, no puede ser sino por razón del resultado del descuido, pues el código no presenta otra matización sobre la entidad del mismo.

c) N o n e c e s i d a d d e c o n d e n a c u m p l i d a

El artículo 116 del código establece que se incurrirá 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 ((...))".

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. Veamos los pasos que nos llevan a esta conclusión.

a') El artículo 124 del Proyecto y sus vicisitudes

En el Proyecto de Código que se presentó al debate parlamentario [88], aparecía en el Capítulo V de las reincidencias el artículo 124 que trataba de la comisión de delitos durante el cumplimiento de la condena impuesta anteriormente por otro. Decía así:

> "El que hallándose cumpliendo una condena por algún delito o culpa cometa otro ú otra por más diferente que sea, será castigado con el máximum de la pena señalada a la culpa o delito que cometiere, la cual se podrá aumentar hasta una tercera parte más".

Por lo tanto quedaba claro en el Proyecto, que la reincidencia del artículo 118 (artículo 116 del código) y la "reiteración" del 123 (artículo 121 del código) exigían castigo cumplido, pues el 124 recogía los supuestos de recaídas mientras el reo se hallase aún cumpliendo condena.

Y por otro lado, en el Capítulo III se contemplaban otras disposiciones para los casos de quebrantamiento de condena y posterior recaída [89].

Pero precisamente la discusión sobre estos artículos que trataban de la fuga y posterior delito, llevó, al variarse éstos, a un cambio sustancial en lo referente a la exigencia de condena cumplida.

Las penas que se preveían para estos supuestos, -artículos 50, 52, 53, 59, 62, 74, 75, 76 y 80 del Proyecto [90]- eran excesivamente duras y merecieron fuertes críticas por parte de diputados durante el debate,así como en los informes de varias entidades de las que presentaron sus observaciones [91].

Principalmente el artículo 50 fue el que centró la mayor discusión, por ser el más duro y porque las objeciones que se le opusieron eran también válidas para los siguientes artículos [92]. Entre otras impugnaciones, uno de los diputados, MARTINEZ DE LA ROSA, alegaba la falta de correlación entre la gravedad de las penas que preveía el artículo 50, y la agravación, mucho más leve, del artículo 124, tratando ambos de recaídas antes de completar el cumplimiento de la condena anterior [93]. CALATRAVA responde que el citado artículo 124 no podía aplicarse a las penas perpetuas [94], pero de todas formas más adelante, al llegar a la discusión de este artículo propone que se posponga éste, hasta que se presentase por la Comisión la nueva redacción de aquellos artículos 50 y siguientes que no habían sido aprobados por la Cámara, y a efectos de ofrecer una redacción más congruente [95].

El artículo 124 no llega por lo tanto a ser discutido como tal. Días después, el 14 de enero de 1.822, se presentan las reformas que propone la comisión en los artículos del Título Preliminar que le habían sido devueltos y nos encontramos con que:

- El artículo 124 que quedó suspendido, pasa a ser artículo 83, ahora ya en el Capítulo III, junto con los quebrantamientos de condena, varíandose sustancialmente su contenido que queda así:

> "El reo que estando sufriendo alguna de las penas prescritas en los dos últimos artículos o la de infamia sola, o la de inhabilitación, privación o suspensión, cometiere otro delito que no sea caso de reincidencia, sufrirá la pena respectiva al nuevo delito con el aumento de una sexta parte más, sin perjuicio de cumplir también la condena anterior; pero en caso de reincidencia, se procederá con arreglo al Capítulo V de este título" 96).

Se limita por lo tanto, a las recaídas durante el cumplimiento de determinadas clases de penas, y por otro lado, se excluyen de su ámbito las recaídas en delitos del mismo Título.

- En todos aquellos artículos que tratan de la fuga o quebrantamiento de condena y posterior comisión delictiva, se añade a modo de coletilla la misma cláusula de que "pero en caso de reincidencia se procederá conforme al Capítulo V expresado" 97).

b') La cláusula "pero en caso de reincidencia..."

Al querer solventar las posibles incongruencias entre el Capítulo III y lo dispuesto en el artículo 124 del proyecto, y en general entre dicho Capítulo y el Capítulo V, se llega a una fórmula que modifica sustancialmente el contenido primero que se dió a las disposiciones sobre reincidencia. La cláusula citada supone el reconocimiento de que cabe reincidencia aún cuando el reo no haya cumplido su castigo. Con ello, no se han solucionado los

problemas que se apuntaron en la discusión del artículo 50 sobre la desproporción o desigualdad del tratamiento respecto al Capítulo V, y en ocasiones resultará inaplicable la remisión a las disposiciones de este último [98]. Pero expresamente se ha variado el alcance de la alusión que se hace en el artículo 116 del código "al día en que hubiere completado el reo su condena", que no puede tener ya otro sentido que el de cómputo del plazo de prescripción, pues el código reconoce que la recaída durante el cumplimiento de condena puede constituir reincidencia.

Estas variaciones que se presentaron, fueron aprobadas sin que se hiciera ninguna observación sobre ellas [99].

d) C o m p r o b a c i ó n d e l a c o n d e n a a n t e r i o r

En el código no encontramos referencia alguna al modo de comprobación de los antecedentes delictivos del reo. La falta de una ley coetánea de procedimiento donde pudiera establecerse alguna disposición al respecto, hace más patente esta laguna.

La marca, como medio de comprobación del delito anterior se proponía en el Proyecto del código enviado a las diversas entidades para su estudio, pero únicamente para el reo castigado a pena de trabajos perpetuos [100] y a

efectos de comprobar su identidad en caso de fuga [101]. Los informes de las diversas entidades fueron en su mayoría contrarios a esta pena [102], por lo que la Comisión "desiste muy gustosa de una medida que, por más fundada que pueda ser, no tiene tanta importancia y utilidad, que equivalga al inconveniente de ser mal recibida" [103]. Así que en las "Variaciones" que siguen al Proyecto para discutirse en el Congreso, desaparece ya esta pena.

El medio de comprobación se basaría lógicamente en la revisión de los registros o archivos de los Juzgados. El escaso tiempo de vigencia de este código, impide la subsanación de esta laguna [104].

B. Comisión de nuevo delito o culpa

Sobre la base de que el reo ha sido condenado anteriormente por un delito o culpa, elemento de pasado necesario para que sea posible la reincidencia, ésta surge precisamente en la comisipon de una nueva infracción penal por el mismo sujeto. Aquella potencialidad de reincidencia, que sólo existe en los ya reos, se materializa con la realización de un nuevo delito o culpa, cualquiera que sea su gravedad [105], y siempre que pertenezca al mismo Título que el anterior.

Es indiferente que las infracciones (la pasada condena, o la actual que se juzga), hayan quedado en un grado imperfecto de ejecución, o bien la participación del reo no haya sido a título de autor; siempre que estas modalidades sean punibles en el código, y den lugar a una condena penal, constituirán base idónea para soportar una reincidencia. Ello en virtud del artículo 1 y 2 de este código, en relación con los preceptos del Título preliminar que recogen los distintos grados de desarrollo del delito o de la participación en él [106].

C. Del mismo Título

En el intento de precisión para conjugar lo que se considera específico de la reincidencia, con las exigencias del principio de legalidad, se acude a la fórmula del "mismo título de este Código", fórmula original para esta época [107]. Con ella se pretende recoger al mismo tiempo la característica tradicional de la identidad o al menos semejanza entre las infracciones[108], y asegurar una aplicación homogénea por parte de los juzgadores a la hora de pronunciarse sobre esa semejanza.

Las disposiciones penales anteriores al código contemplaban la reincidencia de forma particular para determinados delitos, y enfocada a la repetición del mismo hecho [109]. Al arbitrarse ahora una fórmula general de va-

lidez para toda clase de infracciones, se elige la de comparación de los Títulos, con lo cual se sacrifica la comprobación en cada caso de la existencia o no de esa analogía o semejanza de delitos, en aras a la certeza y seguridad jurídica. Como resultado se obtiene un concepto legal y objetivizado y formalista [110], pero de fácil manejo por los tribunales.

a) D e t e r m i n a c i ó n d e l T í t u l o

Los Títulos que habrán de compararse serán los que aparecen en las Partes Primera y Segunda del Código, que son los que contemplan los delitos y culpas.

La ubicación del artículo que describa al hecho punible que se juzga nos indica automáticamente el Título objeto de comparación, respecto al del delito anteriormente condenado. Nos referimos al artículo que recoja el "tipo abstracto" [111], esto es la conducta consumada y del autor, aunque en concreto el reo sea un cómplice, o no se haya llegado a la consumación. Los preceptos que recogen las formas imperfectas de desarrollo o participación, se consideran de carácter accesorio o secundario respecto al tipo principal [112].

b) I n s u f i c i e n c i a s d e l a f ó r m u l a

El carácter objetivo y formalista apuntado, conducen a la preceptiva estimación de la reincidencia siempre que

las infracciones pertenezcan al mismo título, aunque entre ellas no exista ninguna semejanza o analogía, que era en principio la ratio sustentadora de esta figura. Y viceversa: aunque dos infracciones presenten características muy similares, si están encuadrados en distintos Títulos, a lo más darán lugar a la "reiteración", pero no a la "reincidencia".

Por ejemplo, en la Parte Segunda del Código, su Título I "De los delitos contra las personas", abarca delitos tan distintos como el homicidio, o las lesiones, y el adulterio, o el estupro, o la violación de enterramientos. A sensu contrario, se encuentran en títulos distintos delitos que guardan bastante semejanza, como el estupro del Título I citado (Parte 2ª del código), y el delito del funcionario público que abusando de sus funciones seduce a mujer que se encuentre bajo su custodia, que pertenece al Título VI de la Parte Primera.

Por otro lado, como ya hemos visto [113)], la comisión de una "culpa" dará lugar a reincidencia cuando se cometa un "delito" del mismo Título y al revés. E igualmente, puesto que no se establecen diferencias por la mayor o menor gravedad de las infracciones, en un mismo Título encontramos hechos de mínima entidad [114)] junto con lo que podríamos calificar de "crímenes", siguiendo la terminología del código francés.

Estas incongruencias no son exclusivas de este código del 22. Los códigos españoles posteriores que utilizan la misma técnica de referencia al Título vuelven a incidir en los mismos defectos. Aunque la división de Títulos y Capítulos obedece a la agrupación de infracciones que guarden una cierta semejanza o ataquen a un mismo bien jurídico, la inclusión concreta de ciertos delitos en un mismo Título es con frecuencia discutible, y en muchos casos difícil lograr un encuadre correcto, debido a la complejidad de algunas conductas punibles por la diversidad de bienes atacados en ellas.

c) D e e s t e C ó d i g o

No existirá reincidencia legal cuando el delito o culpa, pasado o presente, estén contemplados en leyes penales especiales.

Y por la misma razón, no podrá apreciarse cuando el reo hubiere sido condenado anteriormente por un delito, aunque sea el mismo que el cometido posteriormente y que se juzga de acuerdo con las leyes penales anteriores a la promulgación del código penal. Toda condena penal anterior, sólo podrá tenerse en cuenta a efectos de "reiteración".

D. En los plazos establecidos

Se establece la prescripción de la reincidencia, institución casi inédita en el derecho penal español anterior y posterior [115]; y de todas formas original en su época, separándose del sistema del código francés que no diferenciaba tiempos a estos efectos [116]. En opinión de la Comisión Codificadora, el paso de un cierto tiempo sin delinquir, es muestra suficiente de la mejor inclinación del reo, y hace innecesaria la agravación [117].

La novedad de esta institución, no pasó por alto a los organismos que enviaron sus informes sobre el Proyecto del Código, y algunos mostraron su disconformidad. Así la Universidad de Orihuela y el Colegio de Abogados de Cádiz censuran que se señale término a la reincidencia, objeciones que rebate CALATRAVA aludiendo principios de humanidad, y opiniones de escritores "muy acreditados" [118], con lo que se aprueba este punto sin mayor problema.

a) D e t e r m i n a c i ó n d e l o s p l a z o s

La duración del plazo de prescripción dependerá de la gravedad del delito anterior (esto es de la pena señalada a aquel delito), teniendo en cuenta también si existió o no apercibimiento judicial en la primera sentencia. Se pueden establecer dos clases de plazos:

- Para delitos o culpas de pena no corporal, ni infamatoria, ni inhabilitación perpetua para obtener cargos públicos: el término será de 2 años (artículo 116). Si hubo apercibimiento judicial, será de tres años.

- Para delitos o culpas de pena más grave: término de 6 años, que se ampliarán a 8 si hubo apercibimiento judicial.

Estos plazos son muy similares a los establecidos para la prescripción de los delitos en los artículos 174 y 175 [119].

b) Cómputo de los mismos

Según el artículo 116 el cómputo se realizará a partir del día en que hubiere cumplido el reo su condena anterior, u obtenido su indulto particular por aquella culpa o delito. Una vez que el reo se encuentra en libertad y sin restricción de derechos comienza la prueba de su enmienda, de forma que si se mantiene el tiempo prefijado sin delinquir, no merecerá la tacha de reincidencia en una posible infracción futura.

Ahora bien, los términos reales durante los cuales debe mantenerse sin delinquir para que quede prescrita su con-

dena anterior, serán más largos que los 2, 3, 6 ú 8 años establecidos, pues éstos abarcan únicamente el tiempo en libertad sin contar el tiempo que el reo pasó cumpliendo la condena. En los casos de penas corporales, que pueden llegar a 15, 20 ó 25 años [120], el tiempo que debe permanecer el reo sin delinquir a estos efectos de reincidencia, será por lo tanto bastante largo. La comisión de un delito durante el cumplimiento de la condena puede dar lugar a reincidencia, como ya veremos [121], y en todo caso, originará una prolongación de la pena, o la imposición de otra distinta, con lo que ya la prescripción se contará a partir del cumplimiento de la nueva pena, y según el carácter de ésta.

Cuando la pena señalada para el delito sea perpetua, nunca procederá la prescripción a efectos de reincidencia.

c) La expresión "dentro de los dos años siguientes..."

Dice el artículo 116: "... cuando dentro de los dos años siguientes al día en que hubieren cumplido su condena u obtenido indulto particular por aquella culpa o delito ...". Los artículos siguientes (117 y 118) establecen otros "términos" de reincidencia, pero remitiéndose a la fórmula de cómputo establecida en el 116. La "reiteración" del artículo 121, también se remite al artículo 116, 117 y 118. Por lo tanto la interpretación o solución que

obtengamos será aplicable para todos estos casos.

El problema radica en determinar si puede existir reincidencia antes de que el reo haya completado el cumplimiento de su condena anterior, o si por el contrario, es imprescindible que la recaída tenga lugar "dentro de" ese período de tiempo señalado a partir de que el reo ha finalizado su condena. Caben dos interpretaciones:

a') Interpretación estricta o gramatical.

La expresión "dentro de" implica que la recaída debe situarse a partir de la fecha en que quedó cumplida la condena anterior, o indultada, y antes de que transcurran 2, 3, 6 u 8 años, según el caso. El límite mínimo temporal en que puede ocurrir reincidencia será el día siguiente a aquel en que completó la anterior condena; y el límite máximo los 2, 3... años desde entonces. De esta forma la reincidencia queda efectivamente "dentro de" ese término señalado por la ley.

Abona esta interpretación a aquel artículo 124 del Proyecto al que nos hemos referido al examinar el requisito de la condena [122)]. Pero al suprimirse este artículo del Capítulo V, y variar sustancialmente su redacción, junto con la inclusión de la cláusula "pero en caso de reincidencia..." en los artículos referentes a las recaídas después de quebrantamien-

to de condena [123], la indagación de la "voluntas legis" no puede hacerse tomando en cuenta este artículo. Por el contrario, las modificaciones apuntadas, nos llevan a apoyar la otra interpretación que seguidamente exponemos.

b') Interpretación amplia

La expresión "dentro de", no exige que la recaída tenga que darse a partir de la fecha de finalización de la condena anterior, sino que simplemente indica el modo de computar el plazo de prescripción o término máximo durante el cual son relevantes a efectos de reincidencia. Las disposiciones del Capítulo V en cuestión, serán aplicables siempre que la nueva infracción cometida por el reo tenga lugar antes de que transcurran aquellos plazos, para cuyo cómputo se ha señalado como inicio el día en que se considera finalizada la condena anterior. Y salvo que exista disposición especial que contemple estas recaídas [124].

Puesto que la interpretación de la "lege data" ha de realizarse en base al articulado concreto del código, relacionando sistemáticamente sus disposiciones, esta segunda postura parece la correcta, pues en otro caso la repetida cláusula "pero en caso de reincidencia se aplicará lo dispuesto en el Capítulo V" sería supérflua por inaplicable.

Precisamente el hecho de comenzar a computarse el plazo de prescripción a partir del cumplimiento de condena. nos está indicando que cuando el reo recaiga antes de cumplir aquella condena, no habrá para él plazos de prescripción [125]. Conclusión que de esta forma aparece congruente con el hecho de que se aluda a la reincidencia en los artículos 49 y correlativos. Es significativo que el artículo 753 que recoge la reincidencia especial en robos y hurtos contempla expresamente estas dos posibilidades: recaída una vez cumplida la condena en cuyo caso habrá un plazo de seis años, o recaída después de haberse fugado de la condena anterior, en cuyo caso no hay plazo de prescripción [126].

3. EFECTOS

A. En la pena: Artículo 119

Concebida la reincidencia como institución especial de distinta significación que las meras circunstancias modificativas, sus efectos en la pena son también distintos a los de las circunstancias agravantes contempladas en el artículo 106 [127].

No se trata de"graduar" la pena señalada por la ley para el delito o culpa, sino de imponer penas

distintas y superiores en gravedad [128]. Por ello no son de aplicación aquí los límites impuestos para las circunstancias agravantes en los artículos 102 y 108 [129], puesto que la reincidencia no va a influir en la determinación del "grado del Delito", como lo hacen las circunstancias modificativas; sino que sus efectos son taxativos; se eleva la pena en su totalidad, o se impone otra distinta, sin que se pueda compensar este efecto con los de posibles atenuantes. Sobre la pena así elevada podrán incidir las atenuantes o agravantes que existan, pero sólo para decidir el grado del delito.

Estos efectos especiales vienen regulados en el artículo 119:

> "La reincidencia por primera vez será castigada con doble pena de la que esté señalada por la ley del 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 cuádruple 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:

Penas señaladas para el delito	Reincidencia	Reincidencia por segunda vez
Trabajos perpetuos	Muerte	.....
Deportación	Trabajos perpetuos	.....
Destierro perpetuo del reino	Deportación.....	.....
Obras públicas por más de doce años	Diez años de obras públicas y deportación	.....

Penas señaladas para el delito	Reincidencia	Reincidencia por segunda vez
Destierro perpetuo de lugar determinado	Destierro igual con un año de reclusión	Destierro igual con tres años de reclusión .....
Infamia	Infamia con un año de obras públicas..	Infamia con tres años de obras públicas .....
Suspensión de empleo, cargo o profesión	Privación	Privación con inhabilitación perpetua para obtener cargo alguno público .....
Privación de empleo o cargo	Privación con inhabilitación por seis años	Privación con inhabilitación perpetua y dos años de reclusión .....
Inhabilitación temporal	Inhabilitación perpetua	Inhabilitación perpetua con cuatro años de reclusión..
Apercibimiento judicial	Apercibimiento con tres meses de arresto	Apercibimiento con un año de arresto.
Represión judicial ...	Apercibimiento	Apercibimiento con tres meses de arresto.....
Sujeción a la vigilancia	La misma con tres meses de arresto ..	La misma con un año de arresto .....

Podemos por tanto distinguir dos fórmulas en la agravación por reincidencia; según sea la clase de pena señalada por la ley al nuevo delito o culpa:

a) Penas pecuniarias, privativas de libertad no perpetuas y destierro temporal.

La reincidencia por primera vez será castigada con la imposición del doble de la pena. Esto es la misma pena, pero doblando los límites mínimo y máximo de la misma, caso de que fuese de duracipon relativamente indeterminada. Si se trata de pena de duración fija, la operación es más sencilla.

Esta regla de duplicación fue aprobada sin discusión en el Congreso [130], si bien parece que algún diputado, concretamente MORENO, no era partidario de agravaciones en la penalidad por causa de recaídas en delito, pues al discutir el artículo 123 (que se corresponde con el 121 del código) expone su objeción, aplicable, a nuestro entender, a la reincidencia. Dice textualmente:

> "Es bien sabido el influjo y potestad que tienen el honor y la verguenza para retraer a los hombres de un delito. Muchas cosas no se hacen por el honor, cuando no sería suficiente ninguna otra cosa para retraer a un hombre de la ejecución de aquellas. Así es que el honor es más apreciable que todo; más apreciable que el dinero, más apreciable que la vida misma. Faltando el honor, no se tiene amistad, ni estímulo para obrar como corresponde. Por tanto, yo creo que el que ha sido condenado judicialmente por algún delito o culpa, esto es, que esté en el caso del artículo en cuestión, le falta el honor o el estímulo más poderoso para obrar bien; y por lo mismo yo creo que la pena que nuevamente se le impone por un nuevo

> delito no debe ser tan grave como quiere la comisión. Porque si ya sufrió pena,en eso mismo perdió su honor; si perdió el honor, tiene menos retraentes del vicio; y el que tiene menos retraentes, es más excusable, como el que tiene más es menos excusable" 131).

Esta solitaria objeción fué rotundamente contestada por CALATRAVA que se muestra escandalizado de semejante argumento por pretender excusar la mayor "perversidad e impudencia del reincidente". En opinión de CALATRAVA el mismo hecho de tener"menos retraentes" para el vicio merece la agravación de la pena [132].

El denunciado formalismo que acusa la figura legal de reincidencia, queda otra vez de manifiesto en los rígidos efectos que se le asignan cara a la pena. La duplicación aritmética de su duración, o la imposición de una pena superior, son consecuencias preceptivas, independientemente de la mayor o menor entidad que sustancialmente revele la recaída. Es indiferente que la anterior condena haya sido por una "culpa" del mismo Título, o por un delito grave.

El aumento de la duración de la pena debe calcularse sobre la señalada a la nueva infracción por lo que según cual sea dicha pena, el aumento o agravación por reincidencia será más o menos importante pudiendo consistir en un cierto número de días más de privación de libertad [133], o de meses [134], o en otros casos de años. Por

ejemplo, si se trata de unas lesiones del artículo 643 (anteúltimo supuesto) cuya pena es de 7 a 12 años de obras públicas, la reincidencia obligará a una duración de 14 a 24 años. Lo mismo si la anterior infracción fue un homicidio, que si fue una omisión de socorro cuya pena pudo ser un arresto de seis días, o una multa de 2 duros [135]. La pena concreta que se imponga entre esos 14 y 24 años de obras, dependerá ya únicamente del "grado del delito", el cual se fijará sobre la concurrencia de atenuantes o agravantes [136] en las lesiones que se juzgan. Caso de no existir circunstancias modificativas, lo normal sería calificar el delito en segundo grado, por lo que la pena quedaría en 19 años de obras públicas (podría oscilar entre 13 y 24 según el artículo 102); mientras que si no se hubiese dado reincidencia, hubiese sido de 9 años de las mismas obras [137]. Un aumento de 10 años, por haber sido condenado anteriormente a omisión de socorro: la misma que si hubiese sido condenado antes por un homicidio. Cuando parece que la entidad de la reincidencia en el primer caso es bastante menos grave que en el segundo.

Hay que tener en cuenta que estamos ante el primer código penal español y que es la primera vez que se señalan efectos generales a la reincidencia para todos los delitos. Por seguridad jurídica se escoge una fórmu-

la aritmética, siguiendo el modelo francés, pero solo en parte, pues éste diferenciaba los efectos según la clase de pena del delito cometido anteriormente [138]. El resultado en nuestro código es poco satisfactorio por su inflexibilidad, que imposibilita la acomodación a la importancia real del caso concreto, lo que unido a los defectos ya señalados de la definición legal [139] hace que las penas resulten excesivas y comparativamente desproporcionadas para los distintos casos que pueden entrar en un mismo supuesto.

Además, al no tener en cuenta la pena del delito anteriormente cometido, cuando ésta fuese perpetua, difícilmente se puede añadir la nueva pena [140], salvo que se trate de una pena compatible como puede ser una pecuniaria.

Respecto a los efectos de la segunda reincidencia, en cuanto cuadruplicación de las penas, pueden repetirse las mismas objeciones.

b) P e n a s d i s t i n t a s o m á s g r a v e s

Como se ve por la escala al efecto del artículo 119 [141] las penas en estos casos se modifican no ya en la duración sino en su misma clase o naturaleza, por regla general.

En el debate parlamentario no surgió apenas oposición a esta escala, pues en parte esta mecánica de agravación imponiendo penas superiores, había sido ya objeto de discusión durante el examen de los artículos correspondientes a las recaídas en delitos después de la fuga o quebrantamiento de condenas. Allí principalmente MARTINEZ DE LA ROSA se había manifestado en contra de la imposición de pena capital e incluso de la supresión de los beneficios del artículo 144 en los trabajos perpetuos, apoyado por los señores RAMONET, ECHEVERRIA y CANO MANUEL [142]. CALATRAVA, REY y VADILLO, contestan defendiendo la redacción propuesta por la Comisión de la que ellos formaban parte [143]. No obstante, no llega a aprobarse el artículo 50 en cuestión [144]. Pero al llegar a la discusión de las penas de la reincidencia en este artículo 119, tal vez por no volver a repetir las mismas consideraciones, no se manifiesta la misma oposición.

CALATRAVA expone que el Fiscal de la Audiencia de Mallorca observa que en general la reincidencia en delito no capital no debe pasar de la pena de trabajos perpetuos, a lo que contesta el mismo CALATRAVA con argumentos expuestos anteriormente [145] sobre la "necesaria gradación" de las penas, para que no queden"impunes" algunos delitos muy graves [146]. Realmente aquí no se entiende bien que quiere decir con que queden

"impunes", sino en todo caso que no queden "agravados" con la proporción que se venía estimando. La cuestión es que se llega a aprobar este extremo referente a la imposición de la pena de muerte sin que se levanten opiniones contrarias en este momento.

La Audiencia de Madrid en su informe exponía que la escala de reincidencia debiera arreglarse al principio de no ser perpetuas las penas, pero, como contesta CALATRAVA, ya se había aprobado por las Cortes el que algunas penas tuviesen esa duración [147]. Las objeciones, por lo tanto, son frecuentemente allanadas mediante el argumento, real, de que ya en otro momento anterior se había admitido atro principio distintos, que no podía volver a ser revisado.

Respecto a la pena de suspensión de empleo, cargo o profesión, que por reincidencia se convierte en privación del mismo, el Sr. ECHEVERRIA manifiesta su disconformidad por parecerle demasiado grave teniendo en cuenta que puede darse por reincidencia incluso en culpas [148] en ejercicio de ciertas profesiones, proponiendo como regla más justa y adecuada la duplicación de la duración de la misma [149]. No se acepta esta objeción, pues inmediatamente votado el artículo en cuestión, es aprobado.

La crítica que hemos hecho a la técnica de duplicación de la duración de la pena calculada sobre la del delito último [150], es totalmente aplicable también a esta escala de penas distintas, si bien en este caso los efectos son aún más graves y en este sentido más desproporcionados, en los supuestos en que la infracción anterior, que es la que da base a la reincidencia, hubiese sido simplemente una "culpa", o un delito de poca entidad.

Pero se ve que la Comisión codificadora estuvo constantemente preocupada por la combinación de dos principios: que la pena debe ser distinta y más grave en caso de reincidencia; y que esta elevación ha de mantener una cierta graduación, esto es, que ha de suponer realmente un aumento proporcionalmente significativo respecto a la pena del nuevo delito. No se tiene en cuenta la mayor o menor entidad de la anterior infracción como lo hacía el código francés, a pesar de haber seguido a éste en la mecánica de señalar penas superiores por reincidencia [151].

c) L i m i t a c i o n e s a l a s r e g l a s d e l a r t i c u l o 1 1 9

Con el casuismo que caracteriza a este código, el artículo 120 recoge otras nuevas reglas para los casos en que la aplicación del artículo119 lleve a imponer una

duración en determinadas penas, por encima de los límites máximos señalados con carácter general. Se trata de las penas de obras públicas, presidio y reclusión, que según los artículos 53, 56 y 59 no pueden exceder de veinticinco, veinte y quince años, respectivamente [152]. Textualmente el artículo 120 dice:

> "Cuando por la unión de unas penas con otras o por su duplicación o cuadriplicación en los casos de reincidencia según lo que queda prevenido resultare que se deba imponer al reo un número de años de obras públicas, presidio o reclusión que exceda en ocho o en menos de los veinticinco, de los veinte y de los quince señalados como mayor duración respectiva de estas penas, no se le impondrá más que el término de esta respectiva duración. Si el número de años excediere en más de ocho, siendo la pena de obras públicas, se impondrán al reo diez años de éstas, y después será deportado. Si la pena fuere de presidio, se impondrán por todo al reo de dieciseis a veinticinco años de obras públicas. Si la pena fuere de reclusión, se impondrán por todo al reo de doce a veinte años de las mismas obras."

Tenemos por lo tanto otra vez dos reglas más que vienen a corregir las anteriores:

Obras públicas: Si resultan de duración no superior a 33 años, como máximo se le impondrán 25 años.

Si resulta superior a 33 años, los efectos serán los de la escala del artículo 119: diez años de obras públicas y deportación.

Presidio: Si resulta de duración no superior a 28 años, como máximo se le impondrán 20 años.

Si excede de esos 28 años, se impone la pena superior de obras públicas, con duración de 16 a 25 años.

Reclusión: Si no excede de 23 años, como máximo serán 15 años.

Si excede de esta cifra, se eleva la pena a obras públicas, con duración de 12 a 20 años de las mismas.

Queda patente también aquí la preocupación por la gradación y por la congruencia con otras reglas anteriores. Si en los primeros supuestos (cuando no exceda en ocho años del máximo) podemos hablar de una cierta suavización respecto a las normas anteriores, en los segundos la mecánica es igual a la de la escala del artículo 119.

B. Exclusión del beneficio de indulto

Dice al artículo 161:

"Tampoco puede ser indultado en ningún caso el reo de reincidencia"

La Universidad de Zaragoza proponía una enmienda por la que la reincidencia pudiese tener efectos retroactivos para dejar sin efecto un indulto anterior que

hubiese podido disfrutar el reo: "si el indultado reincidiere en el mismo delito u en otro de igual o mayor pena, será castigado también con la del primero, a no ser que se hubiese completado la prescripción" [153]. No fue aceptada esta propuesta [154]. Propiamente este efecto retroactivo que pedía la Universidad de Zaragoza se limitaba a la recaídas en el mismo delito, o en otro que por su gravedad fuese al menos igual, con lo que seleccionaba las recaídas que le parecían más graves, con un criterio que indica mayor desvaloración de la progresión que muestra el reo en el camino del delito [155].

En cuanto al alcance de esta excepción de indulto, creemos que sólo abarca a los genuinamente "reincidentes", esto es,a los que recaen en delitos del mismo Título; ello en base a la terminología utilizada por el legislador, que nos lleva a una interpretación estricta de este término [156]. Aunque tal vez en este punto se pretendía excluir de esta gracia a todo el que recae en delito o culpa, pero por la razón antedicha, y para no interpretar desfavorablemente pensamos que no debe darse mayor alcance a la prohibición.

4. REINCIDENCIA POR SEGUNDA VEZ

La dobre reincidencia es contemplada en este código como causa de un mayor aumento de la pena, en el ar-

tículo 119 [157].

Los requisitos de la "reincidencia por segunda vez" deberán ser los mismos establecidos en el artículo 116 y siguientes, si bien referidos en cuanto a los plazos y condena firme al segundo delito o culpa sobre el que ya se aplicó o pudo aplicarse la primera reincidencia. Los dos primeros delitos condenados han de pertenecer al mismo Título que la infracción sobre la que se aprecie la segunda reincidencia.

Puesto que es requisito ineludible la ejecutoriedad de la condena anterior, esta relación debe guardarse tanto entre el primer delito y el segundo como entre este último y el nuevo. Con lo cual no se identifica tercer delito condenado con segunda reincidencia, pues si al tiempo de comisión de los delitos aun no consta sentencia firma anterior, no podrá hablarse de reincidencia.

La segunda reincidencia supone, por lo tanto, que se hayan vuelto a repetir todas las condiciones objetivas requeridas para la primera. Sólo en este caso podrán tener lugar los graves efectos previstos en el artículo 119 para ella. la tercera y posteriores reincidencias, se regularán de la misma forma, y los efectos serán ya los mismos que los de la segunda.

La técnica de agravar más fuertemente la segunda reincidencia empalma con el Derecho histórico anterior que imponía sanciones mucho más duras sobre todo a partir de la tercera vez [158], y constituye una muestra evidente de las finalidades de prevención especial que orientan el código en algunos puntos.

5. RESUMEN

Es indiscutible el mérito del legislador de este código de 1.822, al establecer por primera vez una definición legal de reincidencia de validez general para todos los delitos en términos precisos y acertados que han llegado hasta el código actual [159].

La exigencia de condena firme anterior a la nueva comisión delictiva, establece una clara diferenciación entre la reincidencia y la mera repetición de delitos, distinción que no era tan evidente en la legislación anterior, y que supone un avance, no siempre mantenido en los códigos posteriores [160]. La no exigencia de cumplimiento efectivo de la condena anterior aparece como consecuencia de las vicisitudes que sufrió el Proyecto en relación con las disposiciones de la fuga y recaída, quedando modificada indirectamente esta nota, ya que en un principio se exigía aquel cumplimiento [161].

Criticable es, en cambio la fórmula del

"mismo Título", que aunque parece que pretende recoger la semejanza tradicionalmente requerida entre los delitos, resulta inadecuada en muchos casos, llevando a estimar automáticamente la reincidencia aun cuando no exista aquella relación de homogeneidad que intenta recoger [162]. Este defecto aparece agravado por la contemplación de "culpas" y "delitos" dentro de unos mismos Títulos, y por la falta de una clasificación correspondiente de las infracciones por razón de su gravedad. Y sin embargo, es la fórmula que ha perdurado hasta el momento actual.

Como nota de modernidad, enmarcada en el humanismo del código,destaca la prescripción de la reincidencia, institución laudable y justa que solo tímidamente y por poco tiempo vuelve a recogerse en épocas anteriores[163].

La definición legal en su conjunto es casi perfecta salvo el formalismo a que da pié la referencia al Título de los delitos. Los efectos asignados a esta figura, resultan por el contrario demasiado fuertes, y recuerdan la dureza de épocas anteriores; La procedencia de elevar la pena por reincidencia, según se desprende del debate parlamentario, resulta algo tan evidente que no necesita mayor explicación. El esfuerzo se centra en lograr una correcta gradación progresiva de forma que la agravación por reincidencia tenga un reflejo real en la pena.

Lo cual resultaba particularmente difícil cuando se trataba de penas perpetuas.

La reincidencia se concibe como figura sustancialmente distinta a las meras circunstancias agravantes. Tanto por su encuadramiento en Capítulo aparte como por sus efectos preceptivos superiores. A su vez, se diferencia claramente de las recaídas en delitos de distinto Título, que aunque se recogen en el mismo Capítulo V reciben el trato de una mera agravante. Los códigos posteriores encuadrarán ambas clases de recaídas en el catálogo de agravantes, pero mantienen, siguiendo el precedente establecido en este código, la división entre reincidencia genuina y lo que llamamos "reiteración", considerando siempre a esta última de menor entidad que la primera [164].

II. REITERACION O RECAIDAS EN DELITOS DE DISTINTO TITULO

Después de consignar las notas características de la reincidencia en delitos del mismo Título y sus efectos en la pena, en último lugar dentro de ese mismo Capítulo V se contemplan las recaídas en delitos o culpas "por diferentes que sean" entre sí, remitiéndose en cuanto a los demás requisitos a los enunciados en el artículo 116.

Con ello se adopta el sistema de diferenciar dos modalidades de reincidencia, lo cual va a ser una característica de los códigos penales españoles [165], pues el código de 1.848 sigue en esto al de 1.822, aunque coloque ambas circunstancias en el catálogo de agravantes.

Examinaremos seguidamente esta segunda modalidad de reincidencia a la que el código asigna el valor de una mera agravante y por lo tanto de menor significación que la reincidencia en delitos del mismo Título [166].

1. DENOMINACION

Aunque el Capítulo V se titula "De las reincidencias y del aumento de penas en estos casos" parece que

el legislador reserva el nombre de "reincidencia" para las recaídas en infracciones del mismo Título. En efecto, así como en el artículo 116 se dice "incurrirán en reincidencia", en el artículo 121 que ahora vamos a tratar no se usa esta palabra ni ninguna otra que sirva de denominación a la figura recogida en ese artículo.

En el derecho histórico la reincidencia se concebía como recaída en el mismo delito o en otro semejante [167]; es en el código de 1.822 donde por primera vez encontramos contempladas las recaídas en infracciones distintas totalmente [168]. Tal vez por ello el legislador al describir esta figura, no se decide por darle un nombre concreto, aunque sea claro que pertenece al género de las reincidencias en cuanto que supone recaída después de la condena anterior. Esta figura permanece innominada a lo largo de los códigos de 1.848 y de1870, hasta que en 1.928 se le da el nombre de "reiteración", término que se había introducido ya en la práctica a finales del siglo XIX [169].

Examinando la nomenclatura del código, vemos que también en otros lugares el término "reincidencia" solo se utiliza para designar las recaídas en delitos del mismo Título. Concretamente en los artículos 49 y correlativos que tratan de la comisión de delitos después del quebrantamiento de condena anterior, se establece una excepción en favor de las reglas generales de la reincidencia que dice: "pero en caso de reincidencia, se procederá

conforme al Capítulo V expresado". Esta referencia no puede entenderse que comprende también a recaídas en delitos de distinto Título, pues entonces quedarían totalmente vacíos de contenido los artículos citados referentes a la fuga y comisión de nuevo delito [170].

Por otro lado, durante el debate parlamentario del Proyecto, en más de una ocasión el mismo CALATRAVA contrapone las dos clases de recaídas, denominando "reincidencia" únicamente a la figura del artículo 116 [171]; y otras veces son los diputados, no miembros de la Comisión, los que establecen la misma diferencia [172].

En consecuencia, no es procedente utilizar el término "reincidencia" para designar la figura recogida en el artículo 121, pues esa denominación se reserva específicamente para las recaídas en delitos del mismo Título. Pero como por razones metodológicas y de claridad expositiva es conveniente dar un nombre a esta segunda modalidad innominada en la ley, como ya se dijo anteriormente, nosotros a lo largo de este trabajo la designaremos con el nombre de "reiteración" [173].

2. REGULACION LEGAL

El artículo 121, último del Capítulo V del Título preliminar, es el que contempla la reiteración o recaídas en delitos de distinto Título de la siguiente forma:

> "El que habiendo sido condenado judicialmente por algún delito o culpa, cometa otro ú 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"

Con esta disposición quedan recogidas como meras agravantes todas las recaídas después de condena anterior que no puedan encajar en el supuesto del artículo 116 o genuina reincidencia, aunque en todo caso juegan los mismos términos de prescripción que en esta a efectos de excluir la posibilidad de agravación.

Es evidente que esta figura recogida en el artículo 121, constituye una segunda modalidad de reincidencia pero de menor gravedad por razón de la no inclusión en el mismo Título de las infracciones pasada y presente.

3. REQUISITOS

A. Comunes con la reincidencia

Al igual que para la reincidencia del artículo 116 se requiere condena firme anterior a la recaída y que ésta sea dentro de los plazos determinados en los artículos referentes a la reincidencia, por lo que respecto a estos requisitos nos remitimos a lo expuesto anteriormente [174]. Vamos a examinar únicamente las notas distintivas de la reiteración frente a la reincidencia.

B. Específicos

Dice el artículo 121: "((...)) comete otro u otra por diferente que sea". Con ello parece que se pretende recoger las recaídas en delitos que no guarden semejanza con el anterior condenado, mientras que en la reincidencia era precisamente esta semejanza el elemento característico, el cual se intentaba captar bajo la fórmula del "mismo Título".

Al haber equiparado en el artículo 116 esa analogía o semejanza pretendida con el hecho de que las infracciones se encuentren en el mismo Título, quedan para la reiteración las recaídas en infracciones de distinto Título. Sean o no semejantes, pues ya dijimos que no por encontrarse en distintos Títulos van a ser siempre delitos totalmente diferentes [175].

El artículo 121 será de aplicación subsidiaria respecto al 116. Puede recoger toda clase de recaída en delito o culpa (supuestos los demás requisitos), siempre que no sea caso de reincidencia. Y salvo, por supuesto, que otra disposición especial prevenga reglas distintas para determinados casos, como son los artículos 49 y correlativos respecto a la fuga y recaídas [176].

Pueden quedar dentro de su ámbito la comisión de delitos o culpas que no estén recogidos en el có-

digo, pero sí en leyes penales especiales, pues no se establece ningún límite por esta razón.

4. EFECTOS

El artículo 121 prevé que el reo que después de haber sido condenado anteriormente comete un delito u culpa distinto que el anterior "tendrá contra si por esta razón una circunstancia agravante del segundo delito".

Los efectos varían sustancialmente respecto a los de la reincidencia. Estamos propiamente ante una agravante genérica, como las enunciadas en el catálogo del artículo 106, aunque ésta se sitúe en el Capítulo de las reincidencias por razones sistemáticas. Por lo tanto su incidencia en la pena será la misma que la de cualquier agravante: influirá a la hora de determinar el "grado" del delito [177], y consecuentemente éste tendrá su reflejo en la duración que deba darse a la pena señalada por la ley. Nunca se podrá elevar esa pena por encima de los límites señalados por la ley para la infracción que se trate [178]. E incluso, si junto con la "reiteración" concurriesen en el hecho alguna o algunas atenuantes, podría quedar la pena en el grado mínimo [179]. Los efectos agravatorios, son pues compensables con otras circunstancias.

Este tratamiento más suave de la "reiteración" sobre todo si lo comparamos con la reincidencia, pu-

do ser la causa que evitó que se presentasen objeciones sobre ella [180] a pesar de su novedad [181]. Unicamente se pronuncia en contra el diputado MORENO, con argumentos que lo mismo son aplicables a la reincidencia, y que probablemente se referían a ésta, pues pide que no se imponga pena "tan grave", en base a la falta de estímulos retraentes para delinquir por parte de quien ya perdió su honor con una condena anterior [182]. Es interesante, no obstante, esta intervención de MORENO por su alusión, un tanto velada, a la diferencia entre culpabilidad y peligrosidad o inclinación al delito, que es rechazada enérgicamente por CALATRAVA, por cuestionar la "maldad" de quien recae en un nuevo delito:

> "Sacar una excusa de la mayor perversidad o impudencia de los reos, no lo he oído hasta ahora. La Comisión propone una cosa más clara que la luz del mediodía; que aunque las Cortes no la aprobasen, no dejaría de ser una circunstancia agravante en el ánimo de todos. No sé cómo el señor preopinante puede oponerse a ésto, fundándose en una razón tal como la que han oído las Cortes, a saber: porque estos hombres son más malos, pues no tienen tantas causas retraentes de los delitos. Esto mismo debería ser en rigor una causa para aumentarles la pena, aunque no tanto como a los declarados reincidentes; y sin embargo la Comisión no trata de ésto y sólamente propone una cosa que los jueces,de hecho todos,precisamente la declararían tal, aunque aquí no se previniese; porque, ¿quién habrá que no califique de reo en más alto grado al que otra vez ha delinquido, que al que lo ha hecho por primera vez?" 183).

Es innegable que los jueces en todo caso tendrían en cuenta la condena anterior, pero no necesariamente como agravante [184]. La mayor gravedad de la"reincidencia"

a que alude CALATRAVA sin explicar el por qué de la misma, debe radicar necesariamente en la única diferencia entre ambas circunstancias: la semejanza o no de las infracciones en juego, lo que legalmente se ha determinado por la inclusión o no de los delitos o culpas en el mismo Título del código. Según esto la mayor pena asignada a la reincidencia reside en el hecho de que la recaída ha sido en un delito (o culpa) análogo al anterior, lo cual parece que se toma como síntoma de una inclinación del reo hacia determinados delitos. Esta inclinación o especialización en un tipo de infracciones es lo que se pretende combatir a través de la imposición de penas más graves, dentro del marco de las finalidades intimidativas atribuídas a la sanción penal.

5. RESUMEN

Esta figura que llamaremos "reiteración" tomando la denominación actual por mayor claridad, se presenta sustancialmente distinta a la reincidencia. Sus requisitos son los mismos que los de ésta, salvo el de que los delitos se encuentren en el mismo Título; y aquí radica la diferencia. En criterio del legislador, la recaída en delitos que no guarden semejanza (aunque el artículo 121 puede aplicarse a delitos semejantes siempre que no estén en el mismo Título), no tiene la gravedad que revela la reincidencia. El peso de la tradición histórica de con-

siderar sólo las reincidencias en el mismo delito, debió influir en la diferenciación de clases de recidiva. Por ello, la "reiteración", tendrá el efecto de una simple agravante. Aunque también es muy posible que la mayor gravedad reservada para la reincidencia se deba a una presunción de inclinación delictiva deducida del hecho de que la recaída sea en una determinada especie de delitos.

El encuadramiento de la reiteración en el Capítulo V junto a la reincidencia responde a una opción sistemática de reunir en un mismo apartado las figuras del mismo género, pero al asignar a la reiteración los efectos de una simple agravante, y por lo tanto compensable con atenuantes, queda patente la benignidad de trato de ésta frente a la reincidencia.

En los códigos penales posteriores de 1.848 y sucesivos, se seguirá esta misma tónica de dar un trato más suave a la reiteración, aunque la técnica utilizada sea distinta.

SECCION TERCERA

CASOS ESPECIALES DE REINCIDENCIA

I. REINCIDENCIA ESPECIAL EN ROBOS Y HURTOS

En la parte segunda del Código "De los delitos contra los particulares", el Título III trata "De los delitos contra la propiedad de los particulares". En él, los CapítulosI y II recogen respectivamente los robos y hurtos, y el Capítulo III, las disposiciones comunes a ambos. Este último es el que nos interesa, pues contempla la reincidencia especial que vamos a examinar.

Es sobradamente conocido el tradicional rigor en el castigo de los delitos contra la propiedad en épocas históricas anteriores [185], debido principalmente a que también eran los delitos más frecuentes [186]. Las penas asignadas a robos y hurtos, no siempre diferenciados conceptualmente [187], eran frecuentemente las mismas que las establecidas para los delitos contra la vida, incrementándose curiosamente esta dureza en épocas cronológicamente más próximas a la codificación [188].

Los nuevos principios penales propagados por los autores de la Ilustración en orden a la humanización y la proporcionalidad de los castigos, denunciando aquéllos crueles y la prodigalidad de la pena de muerte en los delitos contra la propiedad [189], consiguen progresivamente una suavización de las penas, pero la supresión de la pena capital para estas infracciones, no será total, en lo referente a las leyes españolas, hasta la promulgación del primer código penal [190].

En este código encontramos una definición separada para el robo y para el hurto respectivamente en los artículos 723 y 745 [191]. Los artículos siguientes a éstos, haciendo gala de un extremado casuismo, recogen los distintos modos de comisión, o los posibles objetos del delito [192]. Se destierra la pena capital para robos y hurtos [193], aunque las penas aún son bastante graves, pero los legisladores no se resistieron a dejar de contemplar de forma específica la reincidencia, a pesar de que ya se habían plasmado unas reglas generales para ésta en la Parte Preliminar. Se continúa , pues, con la inmemorial costumbre de recoger especialmente la recaída en robos y hurtos, asignándole penas bastante más graves que las que corresponderían al nuevo delito; no sólo en los casos de reincidencia, sino también en los de mera repetición sin condena intermedia, como veremos en su momento [194]

Hay que tene en cuenta que aún a principios de siglo perduraba la plaga de bandolerismo que había motivado las enérgicas pragmáticas de los últimos monarcas del Antiguo Régimen [195], por lo que se comprende que siga viva la preocupación por la frecuencia de los delitos contra la propiedad. Sobre el "ladrón" continúa pesando toda la carga peyorativa de maldad e incorregibilidad, si bien estos atributos se dirigen tanto al reo de robo como al de hurto, según se refleja en el debate del Proyecto [196]. A pesar de que el código presenta una diferencia clara, se utiliza por los Diputados indistintamente el vocablo robo para designar el hurto [197].

1. REGULACION LEGAL (ARTICULO 753)

En el Capítulo III del Título III, de la Parte Segunda del Código, el artículo 753 recoge la reincidencia especial que vamos a examinar. Dice textualmente:

> "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 reunan 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 un hurto con otro cometidos de manera expresada, serán castigados con la pena de quince s veinticinco años de obras públicas".

Estamos ante una verdadera reincidencia, aunque el código no utilice este término, limitada al mismo delito o a otro muy semejante: robos y hurtos. Los requisitos de condena anterior, e incluso la fijación de un plazo de prescripción, responden al mismo concepto dado en el artículo 116 para la reincidencia genérica.

2. REQUISITOS

A. Condena anterior por robo o hurto

Presupuesto básico, como en toda reincidencia es la condena anterior.

De la lectura del artículo 753 se desprende que debe de tratarse de condena por robo con violencia en las personas, o robo con fuerza en las cosas, o rono de los artículos 731 ó 732, o hurtos. Estos delitos se encuentran recogidos en los dos capítulos anteriores del mismo Título. Pero, sin embargo, en el código se contemplan también robos y hurtos en otros Títulos, como delitos complejos. Tales como el robo con homicidio del artículo 611 [198] y el robo por lesiones del artículo 651 [199], que se encuentran en el Título "De los delitos contra las personas". Puesto que el artículo 753 únicamente se refiere a robos y hurtos no habría obstáculo para que en caso de que el reo hubiese sido condenado anteriormente por uno de estos robos

complejos, cometiese cualquier robo o hurto se aplicasen las disposiciones especiales de dicho artículo 753. O bien cuando el nuevo delito cometido fuese uno de los complejos señalados, si el anterior condenado fué otro robo o hurto. Aunque en realidad las posibilidades se limitarían a los casos de robo con lesiones, pues el robo con homicidio conlleva la pena de muerte.

B. Comisión de otro robo o hurto

Aquí radica la diferencia de esta disposición con la reincidencia general. La selección de los delitos pretendidamente "semejantes" se hacía en ésta a traves de la fórmula del mismo Título. Ahora el criterio es por un lado más restringido, pues cualquier delito contra la propiedad no es suficiente, sino sólo los robos o hurtos, y no los demás del Título. Pero por otro lado al no referirse a los Capítulos concretos en que se recogen éstos, aunque no se encuentren ni siquiera en el mismo Título, pueden quedar comprendidos en esta reincidencia: tal es el caso de los delitos complejos apuntados.

C. En el plazo establecido

Según el artículo 753, la comisión del nuevo robo o hurto puede darse "sea dentro de los seis años siguientes al cumplimiento de su condena, sea habiéndose fugado sin cumplirla"

El plazo de 6 años, comenzará a contarse a partir de que el reo completó el cumplimiento de su condena [200]. Ello no implica necesariamente que la recaída, para ser objeto de este artículo, deba darse después de haber sufrido y completado el castigo anterior, y antes de 6 años desde entonces. Creemos que aquí procede la misma interpretación que se dio al examinar los plazos de la reincidencia general [201], por lo que también serán objeto de este artículo las recaídas durante el cumplimiento de la condena.

Quedan también expresamente abarcados los robos o hurtos que pueda cometer el que quebrantó su condena anterior. Para éste no habrá plazos de prescripción de reincidencia, como tampoco los hay para el que delinque durante el cumplimiento de la condena anterior, sin fugarse, puesto que estos plazos comienzan a transcurrir a partir del cumplimiento total.

El término de prescripción es único para todos los delitos comprendidos en el artículo 753. No se establecen diferencias por la clase de pena anterior, ni por la existencia o no de apercibimiento judicial. Con lo que en caso de hurtos leves que tengan señalada pena no corporal ni infamatoria, el plazo de posible reincidencia se ve considerablemenre aumentado, respecto a los dos años que señalaba el artículo 116 [202].

Para los demás supuestos, el término de 6 años es el mismo del Capítulo V, si bien cuando haya existido apercibimiento judicial no será aumentado a 8 años como corresponderá según las normas generales del artículo 118 [203].

3. EFECTOS

Los dos capítulos que quedan afectados por el artículo 753, contemplan robos y hurtos de muy diversa entidad. En primer lugar, los más graves, los robos con violencia en las personas (fuerza o violencia contra las personas, dice el código) se castigan con penas que pueden oscilar entre los 7 y los 25 años de Obras Públicas (artículos 727 y 728). En segundo término, los robos con fuerza en las cosas (fuerza o violencia en las cosas, dice el código), llevan penas de obras públicas de duración entre los 2 y 16 años (artículos 733, 734 , 735 y 736). Una tercera clase, de menor gravedad pues propiamente no conlleva fuerza ni violencia, lo constituyen los "robos por sorpresa" de pañuelos, capas, alhajas ... etc., y aquellas sustracciones que se realizan aprovechando la confusión de una riña o agolpamiento de gente, provocados para el robo (artículos 731 y 732). Estos dos casos tienen señaladas penas de 2 a 6 años de las mismas obras.

Entre los hurtos, tenemos aquellos que excedan de 6 ú 8 duros (este segundi límite para objetos alimenticios, o leñas, ladrillo ... et.), y los hurtos de ga-

nados con penas hasta de 8 años de obras públicas (artículos 747 y 748). Los hurtos inferiores a aquellas cantidades, por ínfimo que sea el valor sustraído, llevan pena de reclusión de 1 ñes a 1 año (artículo 746). Y en último lugar, lo que hoy llamaríamos apropiación indebida, y la apropiación de objetos perdidos, tienen señalada una pena de arresto de 10 días a 2 meses y multa por el valor de la cosa mueble (artículo 752).

Al no existir una clasificación de delitos y faltas, toda sustracción por mínima que sea, será "delito" [204], y le serán aplicables las reglas del artículo 753.

Este artículo 753 contempla cuatro clases de supuestos de reincidencia, en atención a cual sea el delito más grave de los cometidos por el reo. Es indiferente, en principio, que ese delito más grave sea aquél por el que ya fue condenado anteriormente, o el nuevo por el que se le juzga y el que produce la reincidencia. El resultado va a ser la imposición de una pena superior mucho más grave que la que correspondería al delito sin reincidencia. Muestra inequívoca de la presencia de finalidades de prevención especial tendentes a la inocuización del delincuente segregándole de la sociedad por largo tiempo, por más que la pena resulte claramente desproporcionada con la gravedad del hecho cometido.

Téngase en cuenta que todo robo o hurto, independientemente de que haya o no reincidencia, lleva aparejado junto a la pena principal la sujeción a vigilancia de la autoridad por un tiempo de 1 a 5 años, empezados a contar después de cumplida la pena principal [205], lo cual constituye lo que hoy llamaríamos una"medida de seguridad" [206], por más que jurídicamente tenga el carácter de "pena". En materia de robos y hurtos se atiende de forma particular a prevenir la delincuencia, y se hace lógicamente con el único medio conocido: la pena y la intimidación a través de ésta. Una excepción es la medida de sujeción a vigilancia, que tiene un sabor de modernidad ciertamente encomiable para esta época.

La casuística empleada en el artículo 753 diferenciando cuatro supuestos de reincidencia en función de los delitos en juego, y cuatro penas distintas según los casos, obliga a examinar separadamente cada supuesto.

A. Supuestos legales

a) Robo con violencia en las personas [207]

Decía el 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..., sufrirán la pena

de trabajos perpetuos"

Según el tenor literal del artículo, procede imponer la pena de trabajos perpetuos, cuando el reo:

- Haya sido condenado anteriormente por un robo con violencia en las personas y posteriormente cometa otro cualquier robo o hurto.

- Haya sido condenado anteriormente por hurto, y cometa posteriormente un robo con violencia en las personas.

Por lo tanto, cuando el reo haya sido condenado anteriormente por robo con fuerza en las cosas o por otro del artículo 731 o 732 y cometa luego un robo con violencia, no quedará comprendido en este primer extremo del artículo 753: no procederá la aplicación de la pena de trabajos perpetuos. Respecto al robo con fuerza, como veremos en el apartado b), se señala la pena de 10 años de obras públicas y Deportación cuando se reincida en otro cualquier robo; pero para los del artículo 731 o del 732, en el tercer inciso del artículo que estudiamos, solo se prevé la reincidencia con otro robo de los mismos artículos citados o con hurtos, luego serán de aplicación las reglas generales de reincidencia del Capítulo V.

Resulta a todas luces incongruente que el reo de un hurto anterior, se le someta a la pena de trabajos perpetuos cuando cometa un robo con violencia, y en cambio a los reos de otros robos que reincidan también en uno con violencia se les imponga una pena menor. No creemos que la intención del legislador fuese llegar a esta discriminación del hurto con un trato más severo que el dado a los otros robos; al contrario, parece que el hecho de aludir al reo condenado anteriormente por hurto, pretende dejar patente cómo incluso infracciones menos graves (comparándolas con los robos), al concurrir con el robo con violencia, dan lugar, indistintamente del orden de condenas, a la pena más grave de las previstas para la reincidencia especial que contempla el artículo. La omisión de referencia a otros robos, parece más bien un defecto de redacción que pasa desapercibido durante la discusión del Proyecto, precisamente porque en la mente de la Comisión, e incluso de los diputados e informantes, era claro que implícitamente se recogían todos los casos de reincidencia en que una de las condenas (la anterior o la presente), fuesen de robo con violencia.

Apoya esta conclusión, en primer lugar, la misma estructura del artículo 753, el cual recoge escalonada-

mente en orden descendente de gravedad cuatro clases posibles de reincidencia, de forma que ya los últimos supuestos solo contemplan aquélla en robos de su misma gravedad, o en hurtos, y en último lugar la reincidencia en las infracciones más leves de las consideradas en este artículo, hurtos entre sí ... La intención del legislador parece que fue ir presentando cuatro supuestos prograsivamente, de mayor a menor importancia, de forma que siempre que apareciese el robo más grave, con violencia en las personas, se impusiese trabajos perpetuos. Si el robo más grave de los que concurren fuese robo con fuerza en las cosas, la pena debería ser de 10 años de obras públicas y deportación. Cuando el hecho más grave fuese robo de artículos 731 o 732, 15 a 25 años de obras públicas. Y si sólo se hubiesen cometido hurtos, también de 15 a 25 años de obras públicas [208]. Este sería el contenido congruente que creemos se pretenció dar a este artículo.

También indican que éste debió ser el contenido del artículo 753, los preceptos que el mismo código dispone para castigar la mera repetición del robos y hurtos sin condena intermedia [209], en los que se presenta la misma técnica de ir recogiendo escalonada y descendentemente los posibles concursos de robos y hurtos, según cual fuese el de más gravedad de los que reune el reo, con una clara congruencia [210].

Es significativo que el mismo CALATRAVA, al exponer este artículo en el Congreso (en el Proyecto, artículo 757), rebate las objeciones de algunas de las entidades informantes, partiendo de la base de equiparación en gravedad de las reincidencias que contengan un robo con violencia en las personas, ya sea como condena anterior, o ya sea como delito cometido posteriormente a otra condena cualquiera por robo o hurto. Transcribimos la exposición de CALATRAVA que contiene todo lo que sobre este artículo se dijo durante el debate parlamentario:

> "La Audiencia de Sevilla propone otra gradación de penas conforme al sistema que antes ha manifestado; pero no habiéndose adoptado éste, creo que tampoco tiene lugar ahora. El Fiscal de la de Mallorca dice que no se castigue con la misma pena al que condenado por un robo comete un hurto, que al que incurre en otro nuevo robo. Sea robo o hurto el segundo delito, siempre hay reincidencia e igual prueba de incorregibilidad, que es, repito, a lo que la Comisión cree que debe atenerse más que a la entidad del segundo crimen. La Audiencia de Extremadura dice que en lugar de "los que del mismo modo", se ponga para mayor claridad, "los que después de haber sido condenados por un robo con fuerza o violencia contra las personas, etc.". Esto le parece indiferente a la comisión; pero cree que es una repetición inútil. El Colegio de Abogados de Madrid dice que es duro el artículo en cuanto a la pena de trabajos perpetuos, la cual puede ser más fuerte que la capital, principalmente para los jóvenes. Las Cortes recordarán que el Colegio ha sido de opinión de que no se estableciese esta pena sino para delitos de mucha gravedad y, sin duda, no creerá que pertenece a esta clase de reincidencia de un ladrón que ya ha sido condenado por tal, y que después reune un robo con violencia contra las personas a <u>otro robo</u> o

> a un hurto; pero la Comisión opina que este hombre incorregible, ya que no muere, debe ser separado para siempre de la sociedad" 211).

Como se ve, en las observaciones de los informes presentados, y por la ausencia de objeciones por parte de los Diputados, no se cayó en la cuenta del defecto que presentaba el primer extremo del artículo. Tal vez influyó el que el día anterior se habían discutido y aprobado los artículos sobre la repetición de hurtos y robos sin condena intermedia, por lo que al presentarse ahora la reincidencia en los mismos, con la misma sistemática (salvo el defecto apuntado) que los artículos de la repetición, pero exigiéndose ahora condena intermedia, se dió por bueno, puesto que las penas establecidas eran prácticamente las mismas que las de aquéllos 212), sin entrar en detalles.

Probablemente si se hubiera atendido la observación de la Audiencia de Extremadura que pedía mayor claridad en la expresión del segundo supuesto de robos, se hubiera llegado a detectar aquel lapsus que resta coherencia al artículo.

El escaso tiempo que estuvo en vigor este código no permitió que la práctica pusiese de relieve este defecto y por lo tanto que se hubiese procedido a su subsanación.

b) Robo con fuerza en las cosas [213]

"Los que del mismo modo reunan un robo con violencia o fuerza en las cosas con otro cualquiera o con un hurto, sufrirán diez años de obras públicas con deportación", dice al artículo 753.

No es claro si la referencia al "mismo modo" quiere aludir únicamente a la exigencia de condena anterior y posterior comisión delictiva en los 6 años siguientes..., o si siguiendo estrictamente la redacción del primer párrafo supone que "los que después de haber sido condenados por un robo con violencia o fuerza contra las cosas, cometieren cualquier otro robo o hurto, y los que habiendo sido condenados por un hurto cometieren un robo con fuerza en las cosas". En este segundo caso, se sigue arrastrando el defecto del supuesto anterior, con las mismas consecuencias desfavorablemente discriminatorias para el hurto, y favorables en este caso para los robos de los artículos 731 y 732 que no se consideran robos "con fuerza".

Lo lógico, y lo que parece ser "voluntas legislatoris" por las razones ya señaladas [214], es que siempre que el reo haya cometido un robo con fuerza en las cosas, y no otro más grave, mediando una condena anterior por un mismo robo, o por cualquier otro robo o hurto (excepto robo con violencia), reciba la pena de obras públicas y deportación.

c) R o b o p o r s o r p r e s a

En el último inciso del artículo 753 se contemplan las reincidencias de los"robos por sorpresa" [215]:

> "Un robo de los artículos 731 y 732 con otro de la misma clase ó con un hurto, o ((...)) serán castigados con la pena de quince a veinticinco años de obras públicas".

En línea descendente de gravedad, se recoge aquí la reincidencia de estos robos más leves cuando el segundo delito es también un robo de esta clase, o un hurto; o bien si la condena anterior fue por hurto y ahora comete un robo de los artículos 731 ó 732.

Si condenado ya por uno de estos robos, el reo comete un robo con violencia en las personas, o uno con fuerza en las cosas, se seguirán las reglas generales de reincidencia del Capítulo V del Título Preliminar, pues este supuesto no queda recogido en los dos primeros incisos del artículo 753. Esta conclusión, que es la que se desprende de la letra de la ley, es realmente ilógica, y posiblemente no es, como ya hemos apuntado, la que pretendieron los miembros de la Comisión codificadora [216]. El mismo hecho de que este inciso solo se remita a robos de la misma clase o a hurtos, excluyendo la recaída en robos mayores, es indicio de que se consideraba que estas recaídas ya estaban recogidas en los apartados anteriores.

d) H u r t o s

También en el último inciso del artículo 753 se dice: "O un hurto con otros cometidos de la manera expresada, serán castigados con la pena de quince a veinticinco años de obras públicas".

En último lugar la reincidencia entre hurtos. Escalonadamente se han ido recogiendo los distintos supuestos de reincidencia entre hurto y cada una de las clases de robo, tanto cuando la condena anterior hubiese sido por robo, como al revés. Por ello, ya sól quedaba recoger la reincidencia entre hurtos. Técnica sistemáticamente congruente en este caso, y que debiera haberlo sido también en los demás. Aunque es, a todas luces, excesivo y por ello criticable que se imponga la misma pena al que reincide en un robo con violencia que al que después de un robo de esa clase comete un simple hurto, y lo mismo puede decirse respecto al robo con fuerza, objeción que fue apuntada por el Fiscal de Mallorca sin éxito [217)].

Por otro lado, es significativo que se reunan en un solo apartado y que se señale la misma agravación para la reincidencia en robos "por sorpresa" y en hurtos. Ello indica que aunque estas dos figuras quedan encuadradas en distintos capítulos, se reconoce su gran similitud, pues ciertamente esos robos se asemejan más a los

hurtos que a los robos con violencia o con fuerza.

e) E x a m e n g l o b a l d e l o s c u a t r o s u p u e s t o s.

Como resumen de los efectos asignados para esta reincidencia específica en robos y hurtos, de acuerdo con la literalidad del artículo 753, tendríamos el siguiente cuadro de penas:

CUADRO N°1: REINCIDENCIA EN ROBOS Y HURTOS

(Según el texto literal del art. 753)

	DELITO POSTERIOR			
CONDENA ANTERIOR	ROBO CON VIOLENCIA	ROBO CON FUERZA	ROBO ARTS. 731 ó 732	HURTO
ROBO CON VIOLENCIA	Tr. Perp.	Tr. Perp.	Tr. Perp.	Tr. Perp.
ROBO CON FUERZA	10 años O.P. y Deportación	10 años O.P. y Deportación	10 años O.P. y Deportación	10 años O.P. y Deport.
ROBO ARTS. 731 ó 732	Reglas generales de reincidencia	Reglas generales de reincidencia	15 a 25 años de O.P.	15 a 25 años de O.P.
HURTO	Tr. Perp.	10 años O.P. y Deportación	15 a 25 años de O.P.	15 a 25 años de O.P.

Queda patente la desproporción de las penas asignadas por reincidencia al antiguo reo de hurto en comparación con

los reos de otros robos que no sean con violencia en las personas.

Por otro lado, respecto a los robos con fuerza, o los de los artículos 731 y 732, nos encontramos con que se les asigna penas inferiores a las señaladas para los casos de mera repetición sin condena intermedia cuando concurran junto a un robo con violencia [218], lo cual resulta ilógico, dentro de la línea del código.

Lo correcto, y que creemos es lo que estaba en la mente del legislador, hubiese sido llegar a la relación de penas que se presenta en el siguiente cuadro:

CUADRO N°2: REINCIDENCIA EN ROBOS Y HURTOS

(Según interpretación lógica del texto del art. 753)

	DELITO POSTERIOR			
CONDENA ANTERIOR	ROBO CON VIOLENCIA	ROBO CON FUERZA	ROBO ARTS. 731 ó 732	HURTO
ROBO CON VIOLENCIA	Tr. Perp.	Tr. Perp.	Tr. Perp.	Tr. Perp.
ROBO CON FUERZA	Tr. Perp.	10 años O.P. y Deport.	10 años O.P. y Deport.	10 años O.P. y Deport.
ROBO ARTS. 731 ó 732	Tr. Perp.	10 años O.P. y Deport.	15 a 25 años O.P.	15 a 25 años O.P.
HURTO	Tr. Perp.	10 años O.P. y Deport.	15 a 15 años O.P.	15 a 25 años O.P.

B. Comparación con los efectos de la reincidencia general

En el Capítulo V del Título Preliminar, la elevación de la pena por reincidencia se calculaba sobre la asignada al nuevo delito cometido [219]. En el artículo 753, por el contrario, es en principio el delito más grave de los cometidos el que nos señalará la pena a imponer, ya sea el anteriormente condenado, o el actual. Siempre que un sujeto haya sido condenado por robo con violencia contra las personas, la siguiente vez que cometa un robo cualquiera o un hurto por ínfimo que sea, será castigado con trabajos perpetuos. Y así sucesivamente podíamos seguir con el robo con fuerza, que llevará a 10 años de obras públicas y deportación, etc.

Las penas que impone el artículo 753, resultan, en general, más graves que las que correspondería por aplicación de las reglas generales de reincidencia.

Esto es evidente cuando exista condena anterior por robo con violencia, pues incluso si el segundo delito es otro robo igual, según el artículo 119 le corresponderían 10 años de obras públicas y deportación como máximo, ya que las penas señaladas para estas infracciones son de obras públicas [220]. Si el segundo delito es otro cualquier robo o hurto, la diferencia es mucho más patente, pues, como ya hemos visto, por ejemplo los hurtos del

artículo 752 llevan una pena de arresto de 2 meses como máximo, y multa. Entre duplicar esta pena, como indica el artículo 119, e imponer los trabajos perpetuos, hay claramente un abismo.

Si la condena anterior fue por robo con fuerza, solo en algún caso en que el segundo robo también con fuerza lleve una pena de obras públicas superior a 12 años, quedaría igual el efecto en la pena. En los demás, sigue marcándose una gran diferencia.

Y cuando se trate de robos de los artículos 731 ó 732, ó hurtos, la diferencia puede estribar entre los dos meses, o 16 años de reclusión en los casos más graves, siguiendo las reglas generales del artículo 119, y los 15 a 25 años de obras públicas que preceptivamente señala el 753.

Aparte que, en todo caso, cuando la condena anterior fuese por hurto, si el segundo delito es un robo, se seguirán las reglas respectivas a éstos, y por tanto, la pena puede ser trabajos perpetuos u obras públicas y deportación, y no las señaladas en el artículo 119.

Podemos decir que las penas del artículo 753 son mucho más fuertes que las de la reincidencia general, y aún en los casos menos agravados resulta por lo menos una

pena superior en grado a la que correspondería por las reglas del artículo 119.. Puede haber alguna excepción en algún caso de robo con fuerza.

La desproporción que presenta este artículo entre los hechos o delito que comete el autor,y la pena asignada por reincidencia es demasiado grande. En los casos de hurtos, que cuando se junten con robo con violencia llegan a merecer trabajos perpetuos, no podemos sino acordarnos de las penas que se imponían en las últimas Pragmáticas del Antiguo Régimen, por más que ahora en vez de la pena capital se señalen trabajos perpetuos. El mismo criterio que llevó a señalar como agravante "la mayor necesidad que tenga la sociedad de escarmientos"[221], se plasma en materia de robos y hurtos por ser los delitos más frecuentes [222]. Junto a las penas de por sí graves señaladas a estos delitos por prevención general, se acentúa el castigo del reincidente en aras a la prevención especial que cobra aquí dimensiones absolutas con la imposición de penas perpetuas, medida evidente de inocuización del reo al separarle por siempre de la sociedad. Claramente se rompe con la debida proporcionalidad de la pena con la gravedad del delito, ruptura que como en seguida veremos es admitida por la Comisión codificadora como conveniente para estos supuestos [223]. Pero lo malo no es sólo que se continúa con la línea de severidad tradicional en esta materia, sino que se sienta un precedente ya en el

primer código penal español, que seguirá apareciendo constantemente en los códigos posteriores [224].

4. EL DEBATE PARLAMENTARIO

El artículo 753 quedó aprobado por el Congreso tal como aparecía en el Proyecto presentado por la Comisión (en el cual figuraba como artículo 757), tras la lectura por CALATRAVA de las observaciones de las diversas entidades [225], y sin que interviniese ningún diputado.

En estas últimas sesiones en que se debaten los capítulos finales del Proyecto, la participación parlamentaria es escasa. Probablemente el cansancio de los diputados y la aceptación de que ya poco podría modificarse contribuyen al rápido avance en la aprobación de estos artículos. CALATRAVA se limita a exponer las opiniones de las entidades informantes, y se van aprobando sin discusión en su mayor parte. Se habían sentado ya las líneas fundamentales del código; al llegar el artículo 757, estaban aprobadas las disposiciones sobre robos y hurtos y sus castigos correspondientes, incluso en los casos de recaídas sin condena intermedia [226], por lo que el contenido del artículo 757 se presentaba consecuente con lo anterior. No obstante, interesa destacar cómo durante la exposición de los artículos sobre robos y hurtos, se traslucen claramente dos líneas de opinión contrapuestas, por parte de las diversas entida-

des que informaron, en cuanto a las penas que deben llevar estos delitos. La primera recogiendo el criterio tradicional del castigo severo y definitivo, y la segunda por el contrario, solicitando una suavización de las penas en base a criterios humanitarios y progresistas [227].

Exponentes de la primera postura, son las Audiencias de Valencia y Madrid, que proponen la imposición de la pena capital para el segundo robo aún cuando el reo no hubiese sido condenado previamente por el primero [228]. También la Universidad de Granada señala la misma pena para la reincidencia cuando el reo hubiese sido condenado anteriormente por robo con violencia en las personas, propuesta que efectaba propiamente al artículo 757 (753 del código), aunque CALATRAVA da cuenta de ella al tratar del robo con violencia [229]. En la misma línea de dureza, el informe de PACHECO BERMUDEZ en el que considera que el robo en cuadrilla [230], si es por segunda vez, debe castigarse con la muerte, "especialmente si es robo en despoblado y en camino", creyendo que el ladrón en estos casos merece la muerte mejor que el homicida premeditado [231].

Frente a esta línea de extrema severidad, otras entidades se caracterizan precisamente por su sistemática oposición a la dureza que en muchos puntos presentan las penas del Proyecto. Así la Audiencia de Sevilla, concretándonos a robos y hurtos, denuncia constante-

mente la excesiva gravedad de las penas, proponiendo casi artículo por artículo otras más suaves [232]. El Colegio de Abogados de Madrid objeta el ningún uso que se hace de las penas pecuniarias en los delitos contra la propiedad, que son las más análogas para esos delitos [233] y en otro lugar pide que se tenga en cuenta la fuerza de la tentación refiriéndose a la apropiación indebida o de cosa perdida [234]. El Ateneo de Madrid [235] y la Universidad de Valladolid [236] y el Fiscal de la Audiencia de Mallorca [237] también se distinguen por sus intentos en la suavización de las penas, en alguna ocasión.

Entre estas dos posiciones contrapuestas, resultaba bastante fácil para la Comisión, personalizada en CALATRAVA principalmente [238], la aprobación de sus propuestas [239], las cuales aparecían como representantes de un punto intermedio o de equilibrio frente a las dos corrientes señaladas. Lo cual no quiere decir que fuesen moderadas, pues en cuestiones de ataques a la propiedad, la predisposición contra el "ladrón", y sobre todo contra el reincidente, logran vulnerar el principio de proporcionalidad: es la "incorregibilidad", inatacable presunción, la que marca la pauta del castigo, y a lo que se atiene la Comisión, en palabras de CALATRAVA, más que a la entidad del segundo crimen [240]. Con lo cual reconoce que la finalidad principal de la pena en este campo es la prevención especial, el impedir de la forma más eficiente posible que el reo vuelva a cometer otros robos o hurtos.

4. RESUMEN

A pesar de que en las reglas generales de reincidencia del Título Preliminar del código se señalaban fuertes elevaciones de la pena, el código dedica castigos aún más severos para la simple reincidencia en robos y hurtos. Castigos que tienden a imponer penas perpetuas o muy largas de privación de libertad aún cuando los delitos cometidos por el reo no fuesen de gran entidad. Así, siempre que uno de los delitos cometidos por el reo, ya sea el anteriormente condenado o el que se juzga, fuese de robo con violencia en las personas se señala la pena de trabajos perpetuos; y si el delito más grave fuese de robo con fuerza o violencia, la pena de 10 años de obras públicas y deportación. Aunque la reincidencia haya surgido por la comisión de un hurto de poco valor después de anterior condena por robo. Menos severas las penas por reincidencia entre robos "por sorpresa" y hurtos, pueden llegar no obstante hasta 25 años de obras públicas.

Es evidente la tendencia a segregar perpetuamente al reo en esta clase de delitos patrimoniales, como medio eficaz de evitar su ulterior delincuencia. El avance que supone la supresión de la pena capital para estos delitos, - supresión no por todos encomiada -, queda empañado por la excesiva dureza que implica la imposición de penas perpetuas. No se ha logrado superar la inercia del tratamiento que en la época anterior se daba a los robos y hur-

tos; el principio de utilidad y de intimidación se manifiestan claramente en esta materia justificados por la frecuencia de este tipo de infracciones [241].

Como rasgo positivo es de destacar el término de 6 años marcada como prescripción de la condena anterior a efectos de la reincidencia cualificada en estos delitos. Criticable es, por el contrario el casuismo con que se formulan las penas que en cada caso corresponden por reincidencia.

II. REPETICION DE ROBOS Y HURTOS SIN CONDENA INTERMEDIA

En los mismos Capítulos destinados a la descripción de los diversos robos y hurtos y sus penas respectivas, encontramos una serie de disposiciones referentes a la mera repetición de delitos de esta clase sin mediar condena entre uno y otro asignando a estos supuestos penas en algunos casos tan graves como las señaladas para la reincidencia en los mismos delitos.

Vamos a tratar ahora de estas disposiciones, artículos 730, 1º 732, 738 y 751, que con farragosa casuismo detallan las posibles combinaciones de las diversas clases de robo y de hurto y las penas correspondientes en cada caso.

1. RAZON DE SU ESTUDIO

En el intento de reducir a toda costa la frecuencia de los delitos contra la propiedad, y particularmente los robos y hurtos, el legislador manifiesta un especial interés en captar al delincuente que muestre una tendencia hacia la comisión de éstos, y separarlo en lo posible de la sociedad para protegerla de nuevos ataques a tan preciado bien. Por ello, hemos visto que al reincidente que habien-

do sido condenado anteriormente repite su delito, se le condena a penas perpetuas, o de larga duración [242]. Pero el tener que esperar a la existencia de una condena previa para separar al delincuente de forma eficaz, habida cuenta de las limitaciones de la administración de justicia, hubiese impedido abarcar, con la intensidad que se quería, este tipo de delincuencia que preocupaba tan intensamente. Todo aquel que comete dos o más robos o hurtos seguidos muestra igualmente, a juicio del legislador, la misma peligrosa sentencia, y debe ser sometido al mismo o parecido tratamiento, aunque los principios de culpabilidad y proporcionalidad sufran por ello; el objetivo priporitario, es intensificar la persecución de estos delitos y un medio idóneo parece ser castigar a los "ladrones" destacados de forma genérica, independientemente de que hubiesen sido condenados previamente o no, por otro delito similar.

Por ello, en los artículos que vamos a examinar, el reo que reune dos o más delitos de los expresados, en algunos casos va a merecer pena igual que el reincidente, cuando en realidad se trata de un mero concurso de delitos. En la Parte Preliminar del código se recogen unas reglas generales para el concurso de delitos en los artículos 113 y 114 [243], que llevan a imponer o sólo la pena del delito más grave, o una equivalente a la suma de las que correspondan. De estas normas se van a sepa-

rar los concursos de robos y hurtos que, por el contrario, se van a asimilar o acercar en los efectos, a las penas señaladas para la reincidencia particular prevista para ellos.

Por esto, nos interesa examinar brevemente estas normas especiales de repetición, que nos indican cual es el interés primordial del legislador respecto a las recaídas en robos o hurtos: no tanto la mayor rebeldía del reo demostrada por su recaída después de una experiencia de condena, sino la tendencia a la comisión de estos delitos, constatada por la efectiva realización de dos o más de ellos.

2. REGULACION LEGAL

Siguiendo la misma técnica que en el artículo 753, se contemplan cuatro casos de repetición, según la gravedad del delito mayor, y en orden ascendente.

A. Robo con violencia en las personas (artículo 730, 1°)

Dice el párrafo 1°del 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 cualquiera clase, o uno de los primeros y dos hurtos más, sin haber sido condenados por ninguno de ellos".

Los tres artículos anteriores a que se refiere tratan de robos con violencia en las personas [244].

La comisión de dos o más robos de los expresados lleva a la imposición de los trabajos perpetuos. O incluso cuando concurra uno de ellos con otro robo de cualquier clase que sea. Esto es, aunque sea un robo "por sorpresa"; o bien cuando concurra con un delito complejo de robo con homicidio [245] - si éste no lleva ya la pena capital - que es la que le corresponde por delito consumado al autor- , o con un robo con lesiones [246], delitos que vienen recogidos en otro Título del código. La concurrencia con algunos de los robos comprendidos en los números 2°, 3°, ó 4° del mismo artículo 730 llevará esa misma pena de trabajos perpetuos, si bien estos robos tienen señalada precisamente esta pena perpetua [247]. Por este exacerbado casuismo legal, quedan beneficiados los casos de repetición de dos robos con lesiones inferiores a 30 días, que seguirán las reglas generales del concurso, según las cuales no se llegará a la pena de trabajos perpetuos [248].

B. Robo con fuerza en las cosas (artículo 738)

> "Dos de los robos expresados en dichos cuatro penúltimos artículos, si fueren cometidos en distintas ocasiones, o uno de ellos con otro de los expresados en los artículos 731 y 732, o con dos hurtos o más, sin que haya recaído condenación judicial por ninguno de ellos, serán castigados con la pena de diez años de obras públicas y después con la deportación".

Los cuatro penúltimos artículos a que se refiere, recogen distintas modalidades de robo con fuerza o violencia en las cosas.

Este artículo será de aplicación, siempre que el robo más grave de los que reuna el reo sea con fuerza en las cosas. En cuanto que concurra un robo con violencia en las personas, será de aplicación en cambio el artículo 730, 1° que acabamos de exponer en el subapartado anterior.

C. Robos por sorpresa (artículo 732)

El último inciso del 732 dice:

> "Los que en distintas ocasiones hubieren cometido dos o más robos de los expresados en este artículo y en el precedente, o uno de ellos, y dos hurtos o más, sin haber sido condenados por ninguno de ellos, sufrirán el máximo de la pena señalada al delito que la merezca mayor, la cual podrá aumentarse hasta una cuarta parte más".

Quedan aquí contemplados los que hemos llamado robos "por sorpresa" [249] recogidos en artículos 731 y 732. Cuando el robo más grave de los cometidos sea uno de esta clase, que puede concurrir también como en los casos anteriores con dos hurtos, se impone igualmente una pena única, pero ya no va a ser una pena superior, sino la del delito más grave y facultativamente aumentable en una cuarta parte. Es manifiesta la menor importancia que con-

fiere el legislador a esta clase de robos dándoles un tratamiento similar al de la repetición de hurtos, lo que implica un reconocimiento de que propiamente están más cercanos a éstos que a las otras clases de robos [250].

D. Hurtos (artículo 751)

Dice el artículo 751:

> "Dos hurtos o más, cometidos en distintas ocasiones, antes de haber sido condenado el reo por alguno de ellos, serán castigados con el máximo de la pena correspondiente al delito que la merezca mayor, la cual se podrá aumentar hasta una cuarta parte más. Todo el que cometa hurto fuera de los casos del artículo 746 será infame por el mismo hecho."

Cuando el reo haya cometido varios hurtos simplemente, se le aplicará una pena única agravada, siguiendo la misma regla que la prevista para los robos "por sorpresa". Lo que choca es, que recibiendo el mismo trato estos últimos robos y los hurtos, cuando concurran un robo "por sorpresa" con un solo hurto no procede la aplicación del artículo 732 (último párrafo), mientras que si se trata de dos hurtos se aplica el 751. No tiene mayor trascendencia pues la imposición del máximo de la pena más grave, puede resultar de parecida duración a la suma de las penas por separado; dependerá de cada caso particular.

3. REQUISITOS

A. Comisión de robos y hurtos

Se contempla la comisión de varios robos o hurtos de los comprendidos en los capítulos I y II del Título Tercero de la Parte Segunda del código [251].

Cuantitativamente han de concurrir al menos dos robos cualquiera que sea su clase, la cual determinará el artículo correspondiente a aplicar. Cuando se trate de la comisión de hurtos, deben concurrir dos al menos junto a un robo para que puedan aplicarse los artículos 730, 1°, 732 o 738. Dos hurtos sólamente bastarán para la incriminación por el artículo 751.

Aunque el número de delitos cometidos exceda de esta cantidad mínima, las reglas a aplicar son las mismas. No existe límite máximo por razón del número de delitos cometidos.

No se requiere ningún plazo o límite respecto al tiempo que puede mediar entre un delito y otro. Salvo que se dé lógicamente la prescripción de alguno de los delitos de acuerdo con las normas generales del código [252].

B. Sin condena intermedia

Este es el requisito diferencial con la reincidencia y que nos indica que estamos ante un concurso real de delitos.

Los artículos 730, 1°, 738 y 732 se refieren a la comisión de varios robos y hurtos "sin haber sido condenado por ninguno de ellos" [253], expresión que no deja demasiado claro si se trata de inexistencia de condena intermedia entre las varias comisiones delictivas o simplemente que no haya sido condenado todavía por ninguna de ellas. Pero el artículo 751 concretamente alude a la comisión de varios hurtos "antes de haber sido condenado el reo por alguno de ellos", sentando claramente la diferencia con la reincidencia. Es en este sentido en el que deben entenderse también las expresiones de los demás preceptos citados, pues la falta de precisión a este respecto creemos que responde meramente a razones de estilo. Se requiere que en el momento de la comisión de cada uno de los delitos que reune el reo no haya recaído ninguna sentencia condenatoria por otro robo o hurto. Si uno de estos varios delitos así cometidos es sentenciado antes que los demás, ello no supone obstáculo para que se apliquen las prescripciones de los artículos que estamos examinando.

Si el reo comete varios robos o hurtos sin condena intermedia entre ellos, pero años antes, por ejem-

plo, fue ya condenado por otro robo o hurto, serán de aplicación las prescripciones de la reincidencia especial del artículo 753. Siempre claro está, que no haya transcurrido el plazo de prescripción señalado en dicho artículo 753 [254].

La inexistencia de condena se refiere a ausencia de condena anterior por robo o hurto. Si el reo ha sido condenado anteriormente por alguna otra infracción distinta pero que pertenezca al mismo Título de los delitos contra la propiedad, procederá la estimación de la reincidencia del artículo 116, pues en principio ésta no es incompatible con las prescripciones que estamos examinando; aunque de hecho puede quedar absorbida en sus efectos por la pena prevista para la repetición de robos [255]. También podría darse la reiteración si la infracción anteriormente condenada era de distinto Título.

Las disposiciones que estamos examinando pretenden recoger la comisión repetida de robos y hurtos, que no pueden encuadrarse en la reincidencia especial del artículo 753 por faltar el requisito de la condena previa, pero que no obstante se considera merecen un trato tan severo., como el dado a aquella reincidencia, al menos en los casos de repetición de robos con violencia o con fuerza.

4. EFECTOS

En todos los supuestos se señala una pena única para el conjunto de todos los delitos que cometió el reo. Pero hay una diferencia sustancial de trato cuando concurre un robo con violencia o con fuerza, respecto a los casos en que el delito más grave es un robo por sorpresa o un hurto.

En los primeros, la pena final resulta excesivamente dura, superando con creces a los que correspondería por la suma de las penas por separado. Incluso cuando el número de los delitos que se juntan sea muy superior a dos, pues la suma del total de las penas produciría un alargamiento en la duración de la pena, pero no un salto cualitativo a otra de naturaleza distinta y tan grave como es la de Trabajos Perpetuos.

En los robos por sorpresa y en los hurtos, la regla para determinar la pena final, es por el contrario, bastante equitativa. Incluso puede resultar más benigna que la suma por separado de las correspondientes por cada delito.

Veamos brevemente los efectos de cada supuesto particular.

A. Supuestos legales

a) Robo con violencia en las personas

Cuando un sujeto comete un robo con violencia en las personas, y antes o depués otro robo o dos hurtos, por lo menos, será castigado a trabajos perpetuos. La misma pena que señala el artículo 753 para cuando hubiese mediado condena anterior por robo con violencia o por hurto[256].

Cuando se trata de reincidencia, se juzga un sólo delito, pues el anterior o anteriores ya han recibido su pena correspondiente, y aún así ya vimos que las penas del artículo 753 resultaban de gravedad desproporcionada [257]. Ahora se trata de castigar dos o más delitos a la vez,pero aun así la pena señalada en el artículo 730, 1°, supone un plus considerable sobre la suma que resultaría de aplicar sucesivamente las penas de cada uno de ellos.

En caso de robos con violencia de los artículos 727 o 728, como máximo de la suma de las varias penas, podrían resultar 50 años de obras públicas [258], lo cual excede ciertamente del límite de 25 años señalado para éstas [259]; la regla que sigue el código en estos casos en que se llega a ese límite, es imponer 10 años de obras y luego deportación [260], no subir a trabajos perpetuos. Claro que pueden concurrir más de dos robos

con violencia, pero también pueden concurrir simplemente con uno de estos dos hurtos, y sin embargo se imponen igualmente los trabajos a perpetuidad.

La Audiencia de Sevilla, en su constante intento de suavizar las penas del Proyecto, había propuesto para estos casos de repetición la pena de 12 a 15 años de obras públicas, pero la Comisión consideró que no era suficiente ni compatible con las que se habían aprobado ya para un solo robo con violencia [261].

El Tribunal Supremo de Justicia, había hecho notar que no era proporcional imponer la misma pena en caso de concurrir dos robos con violencia, que cuando a uno de éstos acompañasen dos hurtos. La respuesta de CALATRAVA en nombre de la Comisión fue que "no supone sin embargo más depravación e incorregibilidad" el robar dos veces con violencia, que el hacerlo una sola y agregar dos hurtos [262]. Criterio muy discutible este de equiparar dos hurtos a un robo con violencia, pero que sin embargo prospera. Por otro lado, como ya hemos reseñado en otro momento [263], la Audiencia de Valencia y la de Madrid, proponían para estos casos la pena de muerte.

En resumen, un sujeto que comete dos robos,uno de ellos con violencia en las personas, sin mediar condena entre ellos, recibirá la misma pena que si hubiese sido condenado previamente por uno de ellos y hubiese cometido

después el otro. La reincidencia y la mera repetición en este caso, tienen los mismos graves efectos. Cuando junto al robo con violencia el reo hubiese cometido algún hurto se requiere que, por lo menos, sean dos los hurtos realizados para que proceda la aplicación de la pena de trabajos perpetuos; en esto hay una ligera diferencia con la reincidencia del artículo 753 para la que bastaba un solo hurto después de la condena por robo con violencia a efectos de imponer esa misma pena perpetua. Salvo este matiz respecto al número de hurtos se puede decir que el legislador equipara reincidencia y repetición: la elevación de la pena no surge pues por la experiencia previa de condena sino por la presunción de una tendencia delictiva deducida de la comisión de dos o más delitos de la misma clase.

b) R o b o c o n f u e r z a e n l a s c o s a s

Cuando el delito más grave de los varios robos y hurtos cometidos por el reo sea un robo con fuerza en las cosas se impondrá por todos ellos la pena de 10 años de obras públicas y después deportación. Como en el supuesto anterior, la pena es la misma que la prevista por reincidencia en el segundo inciso del artículo 753 [264)]

Podemos repetir aquí las mismas consideraciones expuestas para el artículo 730, 1°: se trata de castigar a la vez varios delitos, pero no obstante la pena señalada

supera con creces la que resultaría de la suma por separado de las penas de cada delito [265], especialmente cuando junto al robo concurran dos hurtos.

La Audiencia de Sevilla, proponía para estos casos la imposición del máximo de la pena del delito mayor con un tercio de aumento [266]; pero CALATRAVA explica el parecer de la Comisión, que cree más justa la del Proyecto, pues en estos casos "no se atiende tanto a la entidad de cada delito de los que se reunen, como al carácter que su reunión descubre en el reo, y a la ninguna o poquísima esperanza de su enmienda" [267]. Los argumentos son los mismos que los expuestos para fundamentar las penas por reincidencia en el artículo 753 [268] sin hacer ninguna alusión a la diferencia sustancial que supone la no existencia de condena en el caso que examinamos. La presunción de incorregibilidad, de que el reo seguirá en el camino del delito, parece que es lo que lleva a señalar una pena perpetua después de los 10 años de obras públicas.

c) R o b o s p o r s o r p r e s a

Cuando los varios delitos cometidos por el reo fuesen robos menos graves, esto es de los artículos 731 o 732, o bien concurran dos hurtos con uno de éstos, es impondrá la pena señalada al delito más grave en su límite máximo, el cual "podrá" aumentarse hasta una cuarta parte más.

Esta regla se separa claramente de lo dispuesto para la reincidencia específica, que imponía de 15 a 25 años de obras públicas [269].

Puesto que los robos objeto de este artículo tienen señalados la pena de 2 a 6 años de obras públicas, el máximo que podría imponerse por repetición de delitos sería 7 años y medio de las mismas obras [270], duración que puede resultar inferior a la suma de las penas, sobre todo si concurren más de dos robos de esta clase.

Hay un salto entre la dureza asignada a los supuestos anteriores y la benignidad de esta regla, lo cual viene a reconocer la distinta entidad de estas infracciones, que aunque colocadas en el Capítulo de los robos, se asemejan más a los hurtos, en cuanto que no suponen fuerza ni violencia.

d) H u r t o s

Dos hurtos o más, sin condena intermedia, serán castigados con el máximo de la pena del delito más grave, la cual podrá aumentarse hasta una cuarta parte más.

La regla es la misma que la de los robos de los artículos 731 y 732, como igualmente en la reincidencia específica del 753 se dictaba una misma norma para éstos y los hurtos.

En este artículo y en el anterior (artículo 732), se nos presenta una verdadera regla de concurso, cuya única finalidad parece que es calcular una pena equivalente a lo que pudiera resultar la suma y aún a riesgo de ser benigna en algunos casos. No se trasluce aquí interés agravatorio alguno, y por el contrario se mantiene una proporción respecto a los delitos cometidos (en relación con las penas señaladas por separado).

e) Examen global de los cuatro supuestos

Las penas señaladas para la repetición en los artículos examinados, pueden reconducirse gráficamente al siguiente cuadro, atendiendo a las posibles concurrencias que entre robos y hurtos y efectos correspondientes.

CUADRO N° 3: REPETICION DE ROBOS Y HURTOS

	ROBO CON VIOLENCIA	ROBO CON FUERZA	ROBO ARTS. 731 ó 732	2. HURTOS	1.HURTO
ROBO CON VIOLENCIA	Tr. Perp.	Tr. Perp.	Tr. Perp.	Tr. Perp.	Reglas art. 114
ROBO CON FUERZA	Tr. Perp.	10 años OP Deport.	10 años OP Deport.	10 años OP Deport.	Reglas art. 114
ROBOS ART. 731 ó 732	Tr. Perp.	10 años OP Deport.	Máx.pena delito más grave; puede + 1/4	Máx. pena delito más grave; puede + 1/4	Reglas art. 114
2. HURTOS	Tr. Perp.	10 años OP Deport.	Máx. pena delito más grave; puede + 1/4	Máx. pena delito más grave; puede + 1/4	Reglas art. 114
1. HURTO	Reglas art. 114	Reglas art. 114	Reglas art. 114	Máx. pena delito más grave; puede + 1/4	Máx. pena delito más grave; puede + 1/4

La comisión de un robo con violencia, junto con otros robos o hurtos, supondrá la aplicación del artículo 731, 1° , y por tanto la pena de trabajos perpetuos.

Siempre que el robo de más entidad de los cometidos sea un robo con fuerza en las cosas procede el artículo 738, con 10 años de obras públicas y deportación.

Estos dos casos recogen los mismos efectos que los de la reincidencia específica del artículo 753 [271].

Siguiendo en gravedad, los robos de los artículos 731 ó 732 y los hurtos, cuando no concurra además alguno de los robos anteriores. En este caso, las reglas para imponer la pena se distancian considerablemente de lo señalado en aquel artículo 753 [272], pues la pena queda en el límite máximo y facultativamente puede aumentarse un cuarto de este límite. Lo cual, teniendo en cuenta que las penas de los hurtos y de los robos por sorpresa son relativamente suaves, no supone demasiado aumento. Por supuesto, nunca se podrá llegar a la pena de 10 años de obras públicas y deportación que preveía el artículo 753 para la reincidencia.

La severidad frente al "ladrón" se limita, cuando no hay condena anterior, a los robos con violencia o fuerza, lo cual se corresponde con las formas aún recientes de bandolerismo que habían preocupado tanto en el siglo anterior.

B. Comparación con los efectos de la reincidencia específica

Si comparamos el cuadro n°3 que acabamos de ver en el punto anterior, con el cuadro n°2 que vimos al tratar el artículo 753 [273], se pueden constatar fácilmente las similitudes y diferencias que ya han quedado apuntadas al tratar de los efectos de cada uno de los supuestos

de repetición.

Cuando el sujeto ha cometido varios robos y hurtos, el haber sido condenado por uno de ellos con anterioridad a la comisión de otro, sólo tiene relevancia diferencial respecto a la mera repetición de los mismos en los robos "por sorpresa" y en los hurtos. También hay una pequeña diferencia en todo supuesto de concurrencia de un robo cualquiera, en cuanto que si además se cometió algún hurto, es necesario que al menos sean 2 los hurtos para que se apliquen las prescripciones de los artículos 730, 1°, 738 y 732.

La experiencia de una condena anterior, confiere en principio una mayor gravedad a la recaída. Pero esta mayor significación de la condena anterior queda diluída en los casos graves frente a la finalidad primordial de evitar nuevos delitos por parte de aquéllos que muestran una particular tendencia a los robos. Esta puede ser la razón de la equiparación de los efectos de la repetición y de la reincidencia cuando el delito más grave sea un robo con violencia o con fuerza.

5. RESUMEN

Todo el que además de un robo con violencia contra las personas o con fuerza en las cosas, hubiere cometido otro robo cuaquiera o dos hurtos, quedará sujeto a

una pena perpetua: trabajos perpetuos, o deportación después de 10 años de obras públicas según cual sea la entidad del robo más grave de los cometidos. El efecto es el mismo que si hubiere mediado condena anterior por uno de aquellos robos: se señala idéntica pena que ls impuesta por reincidencia en el artículo 753.

Queda patente la prácticamente nula significación de la existencia de una condena previa a la nueva comisión delictiva en estos casos. Durante el debate parlamentario, ni siquiera se hace alusión a esta diferencia sustancial con la reincidencia en los mismos delitos, a pesar de que los efectos agravatorios van a ser los mismos. La "depravación e incorregibilidad", que en opinión de CALATRAVA existe con igual intensidad cuando el reo ha cometido dos robos con violencia, que cuando sólo ha cometido uno de esta clase y además dos hurtos, parece ser la misma que se estima existir en caso de reincidencia. Lo significativo es que el reo ha cometido varios robos y hurtos. La "ninguna o poquísima esperanza de su enmienda" se manifiesta por la mera constatación de la reunión de varios delitos de esta clase, con o sin condena intermedia. Se pretende a toda costa, separar definitivamente de la sociedad a aquel ladrón que muestre una cierta tendencia hacia los robos, y ésta se presume por la comisión de dos delitos de esta clase.

En los hurtos, y en los robos "por sorpresa", el tratamiento es distinto, diferenciándose en los efectos la reincidencia y la mera repetición. La existencia de una condena anterior, determinará una mayor elevación de pena, mientras que la mera repetición originará simplemente un aumento de la duración de la pena del delito más grave: regla más semejante a la del srtículo 114 sobre concurso de delitos.

Podemos decir, por tanto, que en cierto modo se reconoce una mayor significación a la experiencia previa de condena, pero en los supuestos de robo con violencia o fuerza la necesidad de desterrar a toda costa la prodigalidad con que se manifestaban estos delitos, conduce a que prevalezca el principio de la defensa de la sociedad sobre el de analogía entre la gravedad de las penas y la de los hechos cometidos.

La explicación de este tratamiento fuertemente agravatorio creemos que sólo puede encontrarse en las finalidades de prevención especial asumidas en el código, que en este tipo de infracciones contra la propiedad, pasa a ser el objetivo principal de la sanción penal. Prevención especial, no en el sentido de adecuación de la pena a las características personales del reo y orientada a la reforma de éste, sino orientada a la intimidación y a la supresión de la posibilidad física de volver a delinquir por un tiempo largo, mediante la aplicación de penas largas o incluso per-

petuas privativas de libertad. La imposición de estas penas se produce de forma objetiva en función del número de robos o hurtos cometidos por el sujeto, que bastan para presumir automáticamente una tendencia delictiva, justificativa de tales incrementos de pena, en función de los objetivos apuntados.

III. RECAIDAS ANTES DE COMPLETAR CONDENA

Al estudiar las normas generales de reincidencia y reiteración del Capítulo V del Título Preliminar, teníamos como requisito básico una condena anterior, aunque no era necesario que el reo hubiese cumplido dicha condena. La no exigencia de condena cumplida se deducía precisamente de la comparación sistemática con los preceptos que van a ser objeto del presente apartado [274].

El Capítulo III de la misma Parte Preliminar, donde se encuentran los artículos que vamos a estudiar ahora, trata "De las penas, y sus efectos, y del modo de ejecutarlas". En él se nos presentan una serie de disposiciones que suponen una excepción a las prescripciones generales del Capítulo V antedicho. En primer lugar, y con ámbito muy restringido, al artículo 80 contempla particularmente las recaídas durante el cumplimiento de determinadas condenas. Por otro lado, nos encontramos con una serie de artículos que prevén las recaídas después del quebrantamiento de la condena que se hallaba cumpliendo el reo, pero con ciertas matizaciones: por de pronto no se recogen las recaídas que supongan "reincidencia".

Veremos por separado los dos supuestos.

1. DURANTE EL CUMPLIMIENTO DE LA CONDENA ANTERIOR

A. Regulación legal (artículo 80)

Dice textualmente el artículo 80:

> "El reo que estando sufriendo alguna de las penas prescritas en los tres últimos artículos, o la de infamia sola, o la de inhabilitación, privación o suspensión, cometiere otro delito que no sea caso de reincidencia, sufrirá la pena respectiva al nuevo delito con el aumento de una sexta parte más, sin perjuicio de cumplir también la pena anterior; pero en caso de reincidencia se procederá conforme al Capítulo V de este Título".

Los tres artículos anteriores a que se refiere tratan del cumplimiento de la pena de arresto, y del quebrantamiento del mismo (artículo 77); del cumplimiento de la pena de sujeción a vigilancia especial de las autoridades (artículo 78), y del modo de cumplir la fianza de buena conducta (artículo 79).

B. Casos que comprende

El ámbito de este artículo es muy reducido, pues se limita a los casos de cumplimiento de penas "no corporales": arresto, sujeción a vigilancia, fianza, inhabilitación, privación o suspensión de empleo o cargo público.

Resulta incongruente que se prevean únicamente las recaídas durante el cumplimiento de penas leves, por lo tanto de condenas por delitos o culpas de poca enti-

dad, asignándoles una agravación superior en general a la que corresponderáa por la aplicación de las reglas del Capítulo V; mientras que las recaídas durante el cumplimiento de condenas más graves, quedan sujetas a las reglas generales de aquel Capítulo [275]. Ello puede responder a la sistemática seguida en este Capítulo III, en que el legislador después de regular la forma de ejecución de cada pena, prevé,caso por caso, las fugas o quebrantamientos y después las recaídas posteriores a la fuga. Al llegar a las penas restrictivas de derechos, sobre las que propiamente no cabe fuga o quebrantamiento, se limita a contemplar las recaídas "durante" el cumplimiento. Caso especial es el de arresto, pena privativa de libertad, que queda incluída en el artículo 80, aunque ya había quedado afectada por las reglas sobre quebrantamiento y posterior recaída en el artículo 77 [276].

Por otro lado, respecto al nuevo delito cometido durante el cumplimiento, se limita a aquellos que "no sean caso de reincidencia", esto es,a los que no pertenezcan al mismo Título que el anteriormente cometido cuya condena se hallaba el reo cumpliendo [277].

Se reduce, por lo tanto, a supuestos de "reiteración", y sólo cuando el delito o culpa anterior haya merecido pena no corporal de las señaladas en dicho artículo 80. Las recaídas durante el cumplimiento de otra clase de pena y todas aquellas que supongan "reincidencia"

quedarán reguladas por las prescripciones generales del Capítulo V.

C. Efectos

Según el artículo 80: "Sufrirá la pena respectiva al nuevo delito con el aumento de una sexta parte más".

Aumento preceptivo de 1/6, que no queda claro si debe calcularse sobre los topes mínimo y máximo de la pena señalada por la ley en su caso, o únicamente sobre el máximo. En artículos anteriores se había utilizado una fórmula parecida, pero precisa: "el máximo de la pena señalada al nuevo delito, el cual podrá aumentarse hasta una sexta parte más" [278]. Tal vez la falta de claridad de este artículo 80 se debe a error de redacción, o preocupaciones de estilo. No vamos a profundizar en las posibles soluciones porque carecen de trascendencia en este momento. De todas formas parece que se pretende asignar una elevación superior a la que correspondería por la aplicación de las reglas generales de reiteración del artículo 121 cuyo efecto era el de una simple agravante [279].

El aumento preceptivo de 1/6, no será factible cuando la pena del nuevo eelito sea indivisible (infamia, reprensión ...) o perpetua. Otra incongruencia más que el legislador no ha logrado salvar con su prolijo casuismo.

Cuando el reo que se encuentre cumpliendo una pena de prisión, destierro, etc., que no sea de las señaladas en el artículo 80, comete un nuevo delito de distinto Título que el anterior, sufrirá simplemente la pena del nuevo delito, sin que pueda rebasarse su tope máximo, pues esta recaída tendrá la significación de una mera agravante [280]. No resulta lógico que resulten más castigadas las recaídas durante el cumplimiento de penas de menor entidad, como no sea para lograr una mayor intimidación que contrarrestase las menores trabas para delinquir que pudiera encontrar el reo cuya pena no conllevaba privación de libertad.

D. Comparación con el artículo 124 del Proyecto

Hemos señalado al tratar de la reincidencia [281], cómo en el Proyecto del código aparecía un artículo 124 en el Capítulo V que contemplaba con carácter general las recaídas durante el cumplimiento de una condena anterior. Al presentarse las Variaciones a algunos artículos del Título Preliminar que no habían sido aprobados, dicho artículo 124 pasó a constituir el artículo 83 en el Capítulo III, junto a las disposiciones que trataban de los delitos cometidos después del quebrantamiento de la condena anterior [282]. Aquel artículo 83 queda en el código como artículo 80, que es el que estamos tratando.

Frente a la amplitud con que el artículo 124

recogía toda clase de recaídas durante cumplimiento de condena, sin ninguna limitación por la clase de pena en cumplimiento, ni por la del nuevo delito cometido, el artículo 80 se presenta totalmente recortado, y no sólo eso, sino que la inclusión en él de la cláusula "pero en caso de reincidencia ...", va a suponer una modificación sustancial del contenido de las figuras de reincidencia y reiteración, como ya hemos visto [283].

Lo curioso es que CALATRAVA, en un momento que se trajo a colación aquel artículo 124 al discutirse las disposiciones de los delitos cometidos después de la fuga de trabajos perpetuos, había puesto de relieve cómo esta disposición era inaplicable cuando la condena que el reo estaba cumpliendo fuese de carácter perpetuo [284]. El artículo, por lo tanto, era inadecuado para aplicarse con carácter general. Pero al modificarlo, no se crea una regla especial precisamente para las recaídas durante el cumplimiento de dichas penas perpetuas, sino que estos casos se seguirán rigiendo por el Capítulo V, con lo que se mantiene la misma incongruencia, pues difícilmente se puede añadir una nueva pena a otra perpetua [285].

Por el contrario, se reduce el ámbito del artículo 80 al cumplimiento de las penas más leves, para las que no presentaba problema aquella primera regla. Aunque incluso en estos casos existe el mismo problema cuando la pe-

na del nuevo delito cometido sea perpetua.

La agravación que preveía el artículo 124, era algo más fuerte: "el máximum de la pena señalada a la culpa o delito que cometiere, la cual se podrá aumentar hasta una tercera parte más" [286].

2. DESPUES DE QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA

Es obsesivo el casuismo de este código que se empeña en hacer distingos y más distingos, rompiendo con reglas generales anteriormente establecidas, creando nuevas normas para casos en que coincidan dos figuras parecidas, especificando particularmente pena por pena. Aquí nos encontramos ante uno de los ejemplos típicos de esta exacerbada ejemplificación, que más que aclarar, enturbia, con resultados en algunos puntos totalmente incongruentes.

Después de establecerse de forma detallada el modo de ejecución de las respectivas penas, se contempla en el mismo Capítulo III, el recargo que debe sufrir el reo en caso de fuga. Recargo que será distinto según la clase de pena quebrantada.

Siguiendo en esta lógica, prevé también el legislador que el fugado pueda cometer nuevos delitos, y para éstos señala otro recargo especial, o bien la imposición de una pena superior, en ocasiones muy superior a la

señalada por la ley al delito. Por ello, es éste uno de los temas que más vivamente y con más extensión fueron debatidos en el Congreso, sin que se llegase a aprobar la redacción propuesta por la Comisión. Ya al publicarse el Proyecto en el Diario de Cortes, en vista de los informes enviados por las diversas entidades, se habían adjuntado unas modificaciones a estos artículos [287], que suponían una cierta suavización frente a la redacción original [288]. Pero aún sufrirán una nueva modificación tras la larga discusión parlamentaria, hasta que finalmente son aprobados globalmente con la redacción que llega al código, en la que se incluye la repetida cláusula "pero en caso de reincidencia ..." [289].

El debate en el Congreso ofrece un extraordinario interés, por la animada participación de los Diputados criticando la excesiva dureza del Proyecto en este tema. Es la primera vez que salen a relucir opiniones sobre la reincidencia, y con mucho mpas vehemencia que en otros momentos posteriores, reflejando claramente el criterio de la Comisión respecto a los reincidentes, el cual desdice del espíritu progresista y humanitario que muestra en otros puntos el código. Por ello, trataremos separadamente el contenido de dichos debates, aunque también hagamos alusión a ellos durante la exposición del tratamiento legal.

Veremos en primer lugar los artículos que recogen esta figura de recaída tras quebrantamiento de condena, sus requisitos y efectos, siguiendo el esquema que tomamos en apartados anteriores, y finalmente expondremos el debate del Proyecto en este punto.

A. Regulación legal

Según cual sea la pena quebrantada, la comisión posterior de otro delito queda recogida en los artículos 49, 51, 52, 58, 61, 71, 72, 73 y 77.A su vez la mayoría de estos artículos contemplan distintos efectos en consideración a la mayor o menor gravedad de la pena del nuevo delito. Para mayor claridad expondremos esquemáticamente el contenido de cada artículo, dejando en nota a pie de página la cita textual del mismo.

a) F u g a d e T r a b a j o s P e r p e t u o s (a r t i c u l o 49) [290]

Recoge dos supuestos, en atención a la gravedad del delito cometido después de la fuga:

- Si el nuevo delito tiene señalado pena corporal inferior a 12 años de obras públicas, se inpondrá la misma pena de trabajos perpetuos, pero con la exclusión del beneficio del artículo 144 [291] durante 10 años, más el tiempo de la nueva pena. Pero en caso de reincidencia se seguirán las reglas del Capítulo V.

- Si el nuevo delito lleva pena superior a 12 años de obras públicas, se le impondrá al reo la pena de muerte.

En este segundo supuesto,no hay remisión a la "reincidencia". Por las reglas del Capítulo V, sólo cuando la pena del nuevo delito fuese de trabajos perpetuos se hubiese llegado a la de muerte [292]. El legislador ha considerado que la comisión de un delito grave (de pena superior a 12 años de obras) después del quebrantamiento, merece la última pena, por lo que no eran suficientes las reglas de reincidencia. El hecho de la fuga, provoca esta severidad definitiva.

Principalmente por la asignación de la pena capital, este artículo fue el que causó la mayor discusión en el Congreso. Era también el primero que se debatía sobre esta clase de recaídas, y el que sentaba las premisas sobre las que volvían a incidir los artículos posteriores.

b) F u g a d e D e p o r t a c i o n (articulo 51) [293]

- Si el nuevo delito tiene señalado una pena corporal inferior a 12 años de obras públicas, continuará el reo en la deportación, pero en ella será destinado a los trabajos más duros, durante un tiempo proporcional a la duración de la pena del nuevo delito, más el tiempo correspondiente al recargo por la fuga.

- Si el nuevo delito lleva pena superior a 12 años de obras públicas, sufrirá el reo la de trabajos perpetuos.

- Si el nuevo delito lleva pena de trabajos perpetuos, se le impodrá la pena de muerte.

Pero en todo caso de reincidencia, se procederá conforme al Capítulo V.

Aquí se diferencia entre las penas superiores a los 12 años de obras,que pueden ser estas mismas en suración superior a la señalada. Extrañamiento y deportación; y la pena de trabajos perpetuos para la que se reserva la pena de muerte. En todo caso de reincidencia, sin embargo, se remite a las reglas del Capítulo V. Con lo que el supuesto segundo resulta más revero que las reglas generales de reincidencia, en las que los trabajos perpetuos se imponen sólo cuando el nuevo delito merezca deportación [294]. Según ésto, la recaída en delito de distinto Título, llevará la pena de tratajos perpetuos, y la recaída en delito del mismo Título la pena de 10 años de obras públicas y deportación. Lo cual resulta incongruente con la política del código, de castigar con más severidad la reincidencia que la reiteración.

c) F u g a d e E x t r a ñ a m i e n t o (artículo 52) [295]

- Si el nuevo delito cometido tiene señalado pena corporal inferior a 12 años de obras públicas, sufrirá el reo la deportación, sin posibilidad de obtener la gracia del artículo 144 sino después de 10 años más el tiempo de la pena del nuevo delito.

- Si el nuevo delito tiene pena superior a 12 años de obras públicas, se le impondrá la pena de trabajos perpetuos.

- Si el nuevo delito tiene señalado la pena de trabajos perpetuos, se le impondrá la pena de muerte.

Pero en todo caso de reincidencia se procederá conforme al Capitulo V.

Se sigue la misma sistemática que en el artículo anterior, salvo en el primero de los supuestos, en el que se eleva la pena a deportación, en vez de mantener el Extrañamiento.

d) F u g a d e O b r a s P ú b l i c a s (artículo 58) [296]

- Si el nuevo delito lleva pena corporal de tiempo determinado seguirá el reo en las mismas obras, pero su duración se prolongará en la de la nueva pena, hasta 25 años como máximo. Si la suma de ambas duraciones excede en más de 8 de los 25 años de obras, se impondrán 10 años

de éstas y después deportación.

- Si el nuevo delito tiene señalado pena de deportación, se impondrán trabajos perpetuos.

- Si la nueva pena es de trabajos perpetuos, se impondrá la pena de muerte.

Pero en todo caso de reincidencia se procederá conforme al Capítulo V expresado.

Queda sin contemplar el caso de que la nueva pena sea de destierro perpetuo o extrañamiento. Por lo demás, los dos últimos supuestos establecen la misma regla que la prevista en el artículo 119 para la reincidencia.

e) F u g a d e R e c l u s i ó n (artículo 61) [297]

- Si el nuevo delito lleva pena corporal o de infamia, y menor a 10 años de obras públicas, se impondrán estas obras por el tiempo que resulte de la suma de las duraciones de la primera y segunda penas.

- Si el nuevo delito lleva pena superior a 10 años de obras, o extrañamiento, se impondrán 10 años de obras públicas y deportación.

- Si el nuevo delito lleva pena de deportación, se impondrán trabajos perpetuos.

- Si la nueva pena es trabajos perpetuos, se impondrá la de muerte.

Pero en todo caso de reincidencia se observará lo dispuesto en el Capítulo V de este Título.

f) F u g a d e P r i s i ó n (artículo 71) [298]

Si comete posteriormente un nuevo delito , se impondrá además de la pena correspondiente a la fuga, el máximo de la pena señalada para el nuevo delito, el cual se podrá aumentar hasta una cuarta parte más.

Observándose en caso de reincidencia lo dispuesto en el Capítulo V.

En este artículo y en los siguientes, varía sustancialmente la sistemática: no se diferencia por la gravedad de la nueva infracción cometida, y se dispone una sola regla para todos los casos. Regla que resulta bastante más suave que las anteriores, y más suave que las previstas con carácter general para la reincidencia. Aunque en caso de que la pena señalada para el nuevo delito sea de carácter perpetuo no podrá sumarse ésta a la de prisión que estaba cumpliendo el reo.

g) F u g a d e C o n f i n a m i e n t o (artículo 72) [299]

Si comete posteriormente otro delito, se le impondrá, además de la pena por la fuga, el máximo de la señalada a éste último, el cual podrá aumentarse hasta una sexta parte más.

Pero en caso de reincidencia, se seguirán las reglas del Capítulo V.

El aumento facultativo sobre el máximo de la nueva pena es inferior al caso anterior. Va disminuyendo la gravedad del quebrantamiento de la condena.

h) F u g a d e D e s t i e r r o p e r p e t u o o t e m p o r a l d e l u g a r d e t e r m i n a d o (artículo 73) [300]

Si cometiese nuevo delito dentro del término que le está prohibido, además de la pena por la fuga, sufrirá el máximo de la correspondiente al segundo delito, el cual se podrá aumentar hasta una sexta parte más. Y luego, cumplirá el destierro.

Pero en caso de reincidencia se observarán las reglas del Capítulo V.

i) F u g a d e A r r e s t o (artículo 77) [301]

Se establece la misma regla que en los anteriores: pena de la fuga más el máximo de la correspondiente al nuevo delito, aumentable en un sexto.

En este artículo no aparece la claúsula de expcepción de la reincidencia, probablemente por olvido, pues como ya hemos visto, cuando la recaída tenga lugar durante el cumplimiento de Arresto, de acuerdo con el artículo 80, si es caso de reincidencia queda sujeta al Capítulo V [302]. No tiene sentido que en estos últimos supuestos se deje fuera la reincidencia, y no en cambio en los quebrantamientos de condena, que reciben en el cáodigo una consideración de mayor gravedad.

B. Requisitos

a) C u m p l i e n d o c o n d e n a p o r d e l i t o o c u l p a

Los artículos citados parten del supuesto que el reo se encuentre cumpliendo una pena, por lo que es claro que ha debido existir una condena ejecutoria anterior. Condena que puede provenir de delito o culpa, puesto que no especifica.

Si el reo que se halle en un establecimiento penitenciario, pendiente de la sentencia final, se fugase antes de

ésta, quedará sujeto a las prescripciones del artículo 357 [303], y no al Capítulo que tratamos.

b) Quebrantamiento de la condena

Esta es la nota específica común a todos los artículos citados. La fuga o quebrantamiento de condena, separadamente considerada, merece una agravación en general leve. Pero cuando posteriormente se comete un nuevo delito, el hecho de la fuga confiere una especial gravedad a la recaída. Ello se deduce de las graves penas señaladas para ésta, superiores en algunos casos a las que corresponderían por "reincidencia" y muy superiores a las previstas para la simple "reiteración". Como hemos visto, son los casos de"reiteración" los que se recogen en estos artículos [304], pues la "reincidencia" seguirá las prescripciones del Capítulo V, tal como se indica machaconamente en los artículos que se han expuesto.

Cierto es, que en los primeros artículos (49 a 61), la pena final responde a la integración de tres elementos: la condena que estaba cumpliendo el reo, la fuga, y el nuevo delito cometido. Así lo manifiestan CALATRAVA [305] y VADILLO [306], en el intento de defender los graves efectos previstos para las recaídas.Pero ni aún así se justifican las fuertes elevaciones de pena.

No prosperaron los intentos de RAMONET [307] y de CANO MANUEL [308] por minimizar la importancia de la fuga, a la

que consideraban estos últimos como respuesta a los impulsos de la naturaleza, y por lo tanto no merecedora de castigo especial. En el mismo sentido, apuntaba el Colegio de Abogados de Cadiz [309] y MARTINEZ DE LA ROSA [310] estimando la fuga como hecho de menor gravedad de la establecida por la Comisión. Pero, como en un momento expone CALATRAVA, ésta estima que no se puede negar la mayor alarma que causa el delito cometido por un facineroso fugado del lugar de su condena, porque todos entonces están expuestos a sus ataques. "El interés general que casi siempre se manifiesta contra tales reos, el haber convenido casi generalmente los hombres de todos los tiempos en perseguirlos con más eficacia y castigarlos con más prontitud, son otras tantas pruebas de que sus crímenes alarman más a la sociedad, y merecen escarmientos más ejecutivos ((...)) [311].

Esta idea debió ser la que motivó a la Comisión a crear la figura especial de recaída después de la fuga. De nuevo puede más el criterio de prevención general y de defensa de la sociedad a ultranza, sobre los principios de proporcionalidad y culpabilidad.

c) C o m i s i ó n d e d e l i t o s d e c i e r t a g r a v e d a d

Los artículos 49, 51, 52 y 58 recogen únicamente las recaídas en delitos que tengan señalada pena corporal. El artículo 61, admite también aquellos que llevan pena de infamia. Por lo tanto, cuando después del quebrantamiento de una pena perpetua, obras públicas o reclusión, el reo cometa una infracción cuya pena sea no corporal y, por consiguiente, de menor entidad, no quedará sujeto a las reglas de los artículos citados; se seguirán las normas generales del Capítulo V, sobre reincidencia y reiteración.

Cuando se trate de quebrantamiento de condenas menos graves, como son la de prisión, confinamiento, destierro perpetuo o temporal de lugar determinado, o arresto (artículos 71, 72, 73 y 77), toda recaída en cualquier tipo de infracción quedará regulada conforme a lo prescrito en el artículo que corresponda del capítulo III. Salvo, por supuesto, la excepción de los casos de reincidencia; pero no hay límites por razón de la clase de pena.

Respecto a si la nueva infracción pueda ser delito o culpa, el código en estos artículos alude únicamente a "delito", luego, en principio deben entenderse excluídas las "culpas". En los primeros supuestos que exigen recaída en delito de pena corporal, es claro que no ca-

bría nunca una culpa, pues nunca llevan pena de esa gravedad [312]. Pero en casos de fuga de prisión o de penas inferiores, no habría obstáculo por la clase de pena. No obstante, puesto que no se alude a la "culpa", si la nueva infracción es de esta clase, quedará sujeta a las reglas del Capítulo V expresado [313].

d) Que no suponga reincidencia

"Pero en caso de reincidencia se procederá conforme al Capítulo V de este Título".

Esta claúsula se repite machaconamente en cada uno de los artículos que tratamos, salvo en el 77 (quebrantamiento de arresto), probablemente por error [314]. Y en el artículo 49, esta excepción en favor de la reincidencia no se amplía a las recaídas en delitos que merezcan penas superiores a 12 años de obras públicas como ya hemos visto [315].

Durante el largo debate sobre el artículo 50 del Proyecto (de acuerdo con las variaciones presentadas junto a éste) MARTINEZ DE LA ROSA achacaba la falta de proporción en las penas establecidas, apoyándose entre otros argumentos, en la disposición del artículo 124 que el mismo Proyecto presentaba para las recaídas "durante" el cumplimiento de la pena:

> "Por lo cual me parece que no guarda proporción la pena que aquí se establece: siendo esta observación tanto más exacta, a mi entender, cuando la misma comisión en otro artículo de este proyecto ha seguido principios más benignos y humanos. (Leyó el artículo 124). Nótese cuanta analogía y semejanza hay en estos dos casos, y que desproporción en la pena. En el uno al que se halla sufriendo una condena y comete otro delito o culpa, no se le castiga más que con el máximum de la pena señalada al nuevo delito que comete; en el otro, sin más delito que la fuga y algún otro, que puede ser leve, se aumenta la pena de trabajos perpetuos hasta llenar el exacto sentido de estas palabras, es decir, hasta la muerte. No guardan, pues, estos dos artículos la analogía y correspondencia que deben guardar las distintas partes de un Código". 316)

Y continúa con otras consideraciones. CALATRAVA posteriormente contesta a esta objeción explicando que dicho artículo 124 era inaplicable cuando la condena que está cumpliendo el reo fuese de la trabajos perpetuos 317). El resultado de esta comparación de artículos no va a ser rebajar las penas del artículo 50 (artículo 49 del código), sino modificar el artículo 124. Efectivamente, al llegar el momento de discutir éste, CALATRAVA propondrá que se posponga hasta que la Comisión presente la nueva redacción de los artículos 50 y siguientes que no habían sido aprobados por el Congreso 318). Cuando días después, se presentan las modificaciones de los artículos correspondientes a la fuga y recaída, el artículo 124 queda convertido en el artículo 83, como ya vimos, y a la vez, aparece la famosa claúsula de "pero en caso de reincidencia ..." para estas recaídas 319).

Durante la discusión de estos artículos, en ningún momento se había propuesto la inclusión de esta claúsula o de otra semejante, ni siquiera la supresión del artículo 124, sino la suavización de las penas. No obstante, la Comisión al parecer, creyó conveniente hacer esta remisión para separarse lo menos posible de las reglas generales del Capítulo V. La inclusión de la citada claúsula, impone unas consecuencias que vamos a examinar seguidamente.

a') Alcance del término "reincidencia"

La claúsula "pero en caso de reincidencia...", para que tenga algún sentido, debe entenderse como comprensiva únicamente de las recaídas en delitos del mismo Título que el anterior cuya condena quebrantó el reo. Si entendiésemos por "reincidencia" todos los supuestos comprendidos en el Capítulo V, no quedaría contenido alguno para los artículos 49 y correlativos, pues desde el momento que ya hay una condena previa, cualquier infracción cometida posteriormente encajaría o bien en el artículo 116, o bien en el 121, lo que hemos llamado "reincidencia" y "reiteración" respectivamente.

Durante el debate parlamentario, se trasluce que en este sentido apuntado se entendía la "reincidencia". Así ROMERO ALPUENTE en un momento equipara la reincidencia a la recaída en delitos de la"misma especie", mientras que denomina "casireincidencia" a aquella en de-

litos de distinta especie [320]. Si bien el código formula esta semejanza a través de la expresión "del mismo Título" [321].

Ya habíamos sentado anteriormente que a pesar de que el Capítulo V se titula "De las reincidencias...", sólo en el artículo 116 se habla de"incurrir en reincidencia", mientras que la figura del artículo 121 queda innominada en la ley [322]. Y esta claúsula del Capítulo III que estamos examinando, apoya la interpretación restrictiva del término "reincidencia".

En consecuencia, sólo las recaídas en delitos de distinto Título que el anterior cuya condena fue quebrantada, quedarán sujetas a las prescripciones de los artículos que estamos examinando. Se reduce, por lo tanto, a supuestos de "reiteración", para los que el legislador estimó que la regla prevista en el artículo 121 era demasiado benigna, insuficiente para recoger la severidad que merece el fugado de una condena anterior que vuelve a cometer otro delito, por diferente que sea respecto al anterior.

b') No exigencia de condena cumplida

Es evidente que los artículos 49 y correlativos no requieren condena cumplida, pues precisamente se basan en el quebrantamiento de dicha condena anterior.

Respecto a las figuras del Capítulo V, desde el momento que se incluye la claúsula "pero en caso de reincidencia..." en los artículos que examinamos, la misma ley reconoce que tampoco se exige este cumplimiento de la condena anterior para la reincidencia. La referencia que contiene el artículo 116 "al día en que el reo hubiere cumplido su condena ú obtenido indulto particular", no tiene por lo tanto, otra significación que la de señalar el momento en que comienza a correr el plazo de prescripción [323].

Y puesto que el artículo 121, la "reiteración", se remite al 116 en cuanto a las exigencias de plazo y demás requisitos salvo el del Título de los delitos, podemos decir que tampoco la reiteración requiere condena cumplida.

c') La reincidencia específica del artículo 753

Cuando la pena quebrantada haya sido impuesta por algún robo o hurto, y posteriormente el reo cometa otro delito de esta clase, serán de aplicación preferente las normas del artículo 753, por más que los artículos 49 y siguientes sólo remitan al Capítulo V del Título Preliminar. Dicho artículo 753, como vimos, contemplaba expresamente la reincidencia en robos y hurtos, incluso cuando el reo se hubiese fugado sin cumplir la condena anterior [324]. Luego por principio de especialidad el 753 se aplicará por encima de las prescripciones del Capítulo III e igualmente sobre las disposiciones generales del Capítulo V.

C. Efectos

Puesto que más arriba vimos esquemáticamente el contenido de los artículos que tratamos, y ya quedaron enunciados sus efectos [325], a fin de aliviar el farragoso casuismo del código, exponemos ahora sólamente el cuadro general de las penas que se prescriben para las recaídas.

CUADRO N°4

PENA FINAL EN FUNCION DE LA CONDENA QUEBRANTADA

	FUGA DE	PENA DEL NUEVO DELITO	PENA FINAL (.)
Art. 49	Trabajos perpetuos	a) corporal inferior a 12 años de Obras Públicas	. Trabajos perpetuos sin beneficio art. 144 durante 10 años, más tiempo de nueva pena
		b) superior a 12 años de Obras	. Pena de muerte (..)
Art. 51	Deportación	a) corporal inferior a 12 años de Obras Públicas	. Deportación en trabajos más graves, por el tiempo señalado para la fuga, más tiempo de la nueva pena.
		b) superior a 12 años de Obras Públicas	. Trabajos perpetuos
		c) Trabajos Perpetuos	. Pena de Muerte
Art. 52	Extrañamiento	a) corporal inferior a 12 años de Obras Públicas	. Deportación sin beneficio art. 144 por 10 años, más tiempo nueva pena
		b) superior a 12 años de Obras Públicas	. Trabajos Perpetuos
		c) Trabajos Perpetuos	. Pena de Muerte
Art. 58	Obras Públicas	a) corporal de tiempo determinado	. Obras Públicas prolongadas en duración de la nueva pena. Si excede de 25 años: 10 de O.P. y Deportación.
		b) deportación	. Trabajos Perpetuos
		c) Trabajos Perpetuos	. Pena de Muerte
Art. 61	Reclusión	a) corporal inferior a 10 años de Obras Públicas o pena de infamia.	. Obras Públicas por tiempo de la suma de la 1ª y 2ª pena.
		b) superior a 10 años de Obras Públicas o pena de Extrañamiento	. 10 años de Obras Públicas y Deportación
		c) Deportación	. Trabajos Perpetuos
		d) Trabajos Perpetuos	. Pena de Muerte
Art. 71	Prisión	cualquiera	. Pena de la Fuga, más el máximo de la pena del 2° delito, aumentable en 1/4.
Art. 72	Confinamiento	cualquiera	. Pena de la Fuga, más el máximo de la pena del 2° delito, aumentable en 1/6.
Art. 73	Destierro perpetuo o temporal	cualquiera	. Pena de la Fuga, más el máximo de la pena del 2° delito, aumentable en 1/6.
Art. 77	Arresto	cualquiera	. Pena de la Fuga, más el máximo de la pena del 2° delito, aumentable en 1/6 (...)

(.) Salvo que el nuevo delito sea caso de reincidencia, pues entonces serán de aplicación las reglas del Capítulo V.

(..) En este supuesto, aún cuando el nuevo delito sea caso de reincidencia, se aplicará la pena de muerte, pues no aparece para él la excepción en favor del Capítulo V.

(...) El artículo 77 no contempla tampoco la claúsula de excepción de los casos de reincidencia, como ya hemos dicho, probablemente por error.

Queda patente la preocupación por graduar correctamente las penas resultantes, en consideración a la que estaba sufriendo el reo y a la que merezca por el nuevo delito cometido; más el dato de la fuga. Habida cuenta de la lista de penas que presenta el Código [326], esta graduación no resultaba fácil, sobre todo cuando concurre una pena perpetua.

Salvo en los cuatro últimos supuestos, que tratan de quebrantamiento de penas de inferior gravedad (artículos 71, 72, 73 y 77), en los demás el legislador ha seguido el criterio de elevar a penas superiores de carácter perpetuo, a excepción de cuando el nuevo delito merece pena corporal inferior a 12 años de obras.

En cuanto concurre una pena perpetua, ya sea la quebrantada o la señalada para el nuevo delito, la pena final resulta muy superior en gravedad.

Los cuatro últimos artículos, por el contrario, establecen una regla general que supone la suma de los tres conceptos (pena quebrantada, fuga y pena del nuevo delito), quedando agravada esta última mediante la imposición de su máximo, el cual podrá aumentarse todavía en 1/4 (artículo 71) o en 1/6. Si la nueva pena es de carácter perpetuo, será imposible esta adición, pero no se prevé pena distinta.

a) Comparación con las penas de la reincidencia

Cuando se apliquen las reglas de la reincidencia, el reo deberá cumplir: la pena que quebrantó, la agravación correspondiente a la fuga, y la pena que resulte por la reincidencia que supone el nuevo delito cometido.

Pero el Capítulo V no prevé cómo pueder conjugarse las penas que debe cumplir, cuando una de ellas sea de carácter perpetuo. Tampoco hay reglas para compatibilizar el cumplimiento de penas temporales, aunque en éstas lo lógico es el cumplimiento sucesivo. Por ello,las remisiones al Capítulo V serán de difícil aplicación en muchos casos, y pueden resultar incluso más beneficiosas que las reglas impuestas por los artículos de las fugas.

Las prescripciones de los artículos 49 a 61, calculan una pena única como suma de los tres conceptos antedichos. Esta puede ser la razón de que resulten penas superiores a las de la reincidencia en algunos supuestos.

El error, a nuestro entender, y la causa de la excesiva gravedad radica precisamente en considerar que la suma de dos penas distintas debe dar como resultado una superior a ambas.

Si comparamos el cuadro anterior con las penas previstas en el Capítulo V para la reincidencia [327)], tenemos:

Penas mayores en los artículos 49, 51, 52 y 58, en relación con lo que correspondería por reincidencia, en los siguientes casos:

- La pena de muerte que se impone en el artículo 49, por reincidencia sólo hubiese tenido lugar cuando el nuevo delito llevase la de trabajos perpetuos; pero no cuando fuese de deportación, o extrañamiento u obras públicas superiores a 12 años. Recuérdese que en este caso no había excepción en favor de la reincidencia.

- La pena de trabajos perpetuos que se impone en los artículos 51 y 52 para cuando la nueva pena sea superior a 12 años en obras, por el Capítulo V sólo tiene lugar si esta nueva pena fuese la deportación.

- La pena de deportación que se impone en el artículo 52 para cuando el nuevo delito lleve una corporal inferior a 12 años de obras, por reincidencia sólo se impondrá cuando la nueva pena de extrañamiento. Pero no cuando fuese por ejemplo,de prisión, reclusión...., casos que quedan abarcados en dicho artículo 52.

- Las obras públicas que se imponen en los artículos 58 y 61, pueden resultar superiores a las penas que correspondería por reincidencia, sólo cuando la nueva pena no fuese precisamente de obras públicas. Es decir, si esta nueva pena es de reclusión, prisión, confinamiento o destierro temporal, por reincidencia se hubiese impuesto la misma pena pero con una duración doble, lo cual es de inferior gravedad a las obras públicas.

En los demás casos de estos cinco prjmeros artículos (49 a 61), las prescripciones son las mismas que las de la reincidencia.

En los artículos 71, 72, 73 y 77, el resultado es más suave que el que correspondería por reincidencia. Y ligeramente superior a las reglas de la reiteración del artículo 121, por la posibilidad de aumentar 1/4 ó 1/6 el límite máximo de la pena.

En resumen, este tipo de recaídas se consideran de una gravedad similar a la reincidencia, aunque incluso en ocasiones las penas resultantes son superiores a las previstas para ésta. Cuando el reo ha quebrantado su condena, especialmente si ésta provenía de un delito grave, merece los mismos adjetivos de incorregible y perverso, independientemente de que recaiga en delito de la misma o de distinta especie que el anterior; si no hubiese me-

diado aquel quebrantamiento, por el contrario, su recaída no hubiese tenido mayor significación que la de una mera agravante (nos referimos a las recaídas en delitos de distintos Título, que son las recogidas en los artículos estudiados).

Respecto al intento de graduar la compatibilización de las penas cuando una sea perpetua, después de tantas previsiones y particularizaciones caso por caso, quedan sin regular la forma de sumar una pena perpetua en los supuestos de los artículos 71 a 77 y en los casos de reincidencia. El exagerado casuismo no ha logrado evitar las incongruencias y lagunas.

D. El Debate parlamentario

El debate parlamentario que tuvo lugar con ocasión de la discusión de los artículos que tratamos, y principalmente del artículo 49 (artículo 50 en el Proyecto) es el de mayor interés de los que se mantuvieron sobre la materia que tratamos. Es la primera vez que salen a relucir opiniones sobre la reincidencia, explayándose CALATRAVA en este punto con mayor detalle y dureza que cuando se discutió el Capítulo V. La fuerte controversia que suscita la severidad de las penas impuestas para estas recaídas, motivó a una viva participación por parte de los Diputados, contestada por varios miembros de la Comisión Codificadora.

Si en otro lugar habíamos apuntado la existencia de dos corrientes de opinión contrapuestas[328], una defensora a ultranza de la debida proporcionalidad de las penas y de su suavización en base a principios humanitarios, y la otra más afincada en los principios tradicionales de severidad, a lo largo de la discusión de estos artículos quedan patentes estas dos líneas, pero en este caso la Comisión representa la más dura.

El debate se centra en el artículo 50 del proyecto variado [329], que sustancialmente es el mismo artículo 49 del código, salvo la disposición sobre el juicio sumario que se suprimió, y la claúsula de excepción en favor de las reglas de reincidencia, que se incluyó posteriormente. La energía de CALATRAVA en mantener las posturas del Proyecto, va agotando en cierto modo las esperanzas de las voces discordantes. En un primer momento declara éste como "la Comisión no se separa jamás del propósito que anunció ya desde el principio de que no formaría empeño en sostener las penas en cuanto a su mayor duración o severidad..."[330], y más adelante, tras haber oído fuertes objeciones, llega a decir: "Creo que todos los señores han convenido que el delito cometido por el reo que se fuga de un establecimiento de castigo merece ser castigado con más rigor que el que comete por primera vez; y aunque no hubieran convenido, es de una justicia tan clara, que no admite disputa" [331]. Lo cierto es, que no había existido tal acuerdo respecto a la mayor

gravedad de la fuga, y se había desaprobado el artículo 50. Los artículos 52 y 53 se pospusieron por esta causa, y el artículo 59 durante cuyo debate sienta CALATRAVA la tajante conclusión citada, fue desaprobada en su segunda parte, la relativa al tratamiento de las recaídas después de la fuga.

Los puntos principales de discusión versaron sobre la gravedad de las penas, particularmente sobre la imposición de la pena de muerte cuando el nuevo delito no la tuviese señalada, y la remisión a un juicio sumario para el enjuiciamiento de estos delitos. Nos interesa el primer punto.

Comenzó MARTINEZ DE LA ROSA con la impugnación de la pena de privación del beneficio del artículo 147 (144 del código) por desproporcionada con la clase de delitos por la que se imponía, por ser excesivamente dura al dejar sin esperanza a los reos, y disconforme con la regla mucho más humanitaria establecida en el artículo 124 del Proyecto [332].

En la misma línea de intento de suavización, se pronuncian varios diputados impugnando la imposición de la pena de muerte en estos casos, según preveía el Proyecto. RAMONET alude a la falta de proporción entre la gravedad del nuevo delito cometido con la pena señalada, que sería en todo caso la pena de muerte. Con lo cual se exponía al

reo a cometer los delitos más atroces, puesto que de todas formas le iba a corresponder la misma pena. Además que, a su entender, el agravar la pena por el hecho de la fuga era ir en contra de las leyes de la naturaleza que impulsan al hombre a buscar su libertad [333]. ECHEVERRIA insiste en su repulsa a la pena de muerte, y a las penas perpetuas, y más aún si se imponían tras un juicio sumario en el que más fácilmente se podía incurrir en error judicial, error que en la pena de muerte se convierte en irreparable [334]. CANO MANUEL incide en los mismos argumentos expuestos por RAMONET, remarcando la diferencia de gravedad entre la fuga de unos trabajos perpetuos y la fuga de unos trabajos temporales. En este segundo caso, -dice- la malicia es mayor, porque el reo tenía esperanza de salir en libertad, no así cuando cumple trabajos perpetuos; de ahí que sea comprensible la fuga del reo, e incluso la comisión de otros delitos, pues dificilmente encontrará medios de subsistencia. La imposición de la pena de muerte en estos casos, en vez de retraer al reo de cometer delitos, le impulsa a cometer otros más graves [335]. ROMERO ALPUENTE, posteriormente, durante el debate del artículo 59 (artículo 58 del código) vuelve a achacar de "extraordinariamente duro que se imponga la pena de muerte a aquél delito que no la merezca, ó por el que las leyes no la tienen señalada", y continúa: "no es necesaria, y es demasiado dura e intolerable para que un Congreso tan filantrópico como el presente la consienta" [336].

Las contestaciones de los miembros de la Comisión van a defender la "necesaria gradación", que no se observaría si se impone pena menor. Pero veamos primero la contestación de CALATRAVA a MARTINEZ DE LA ROSA, donde vierte su conceptción sobre los reincidentes,en sentido general. Transcribimos por su interés algunos párrafos de su extensa intervención.

Después de reconocer la dificultad de mantener penas severas en un congreso "tan propenso a los sentimientos de humanidad" dice:

> "((...)) la comisión, aunque no tiene ninguna dificultad en que las Cortes moderen estas penas cuanto crean conveniente, no puede dejar de anunciar al Congreso la necesidad que hay de resolver en este asunto, más por lo que exige el interés de la sociedad, que por lo que sugieren los sentimientos de compasión. Si se tratase de hombres regulares o de otra clase de delincuentes, muchas de las reflexiones que se han hecho podrían tener lugar; pero tratándose de aplicar penas a reos de los delitos más graves, a criminales incorregibles, para quienes ya no hay más razones que el castigo, es menester que seamos justos, y no dejarnos engañar por los sentimientos del corazoón ((...))"
>
> "((...)) Es necesario reconocer que hay una razón poderosísima para castigar más severamente estos delitos, que aislados no merecerían tanta pena, a saber, el carácter que llevan de reincidencia e incorregibilidad.
>
> "((...)) el que cometa un hurto que no pase de seis duros no merece en concepto de la comisión más que una pena corresccional de un mes a un año de reclusión; pero si condenado por este hurto, comete otro durante su condena, aunque los dos no pasen de esa cantidad, ¿debemos contentarnos con imponerles solamente una reclusión de dos meses a dos años que es la pena de los dos delitos?. Creo que todos conocerán que merece una mucho más grave, porque hay reincidencia, porque se manifiesta el carácter de la depravación, y porque se ve a un hombre

endurecido en el crimen". 337)

Y continúa fundamentando la procedencia del juicio sumario en estos casos:

> "((...)) ha creído (la comisión) que convendría mucho al bien público abreviar y reducir los trámites para el caso del artículo, en los cuales la prontitud del castigo interesa más que en todos los demás, porque estos reos son por lo común unos fieras, cuyo exterminio importa a la sociedad, y cuya depravación no les hace merecer tantas consideraciones como los demás procesados ((...))". "((...)) no merecen ser juzgados como los demás ((...))" 338).

Respecto a la gradación que debe mantenerse, había aludido a la imposibilidad de encontrar otra pena proporcionada para el nuevo delito que no fuese la de muerte, ya que la de trabajos perpetuos es la inmediatamente inferior a ésta 339). Pero la principal razón para mantener esta pena, como se deduce de su exposición, radica en que se trata de reos indeseables: depravados, incorregibles, unas "fieras" que la sociedad necesita exterminar.

No ya la prevención general, sino la defensa de la sociedad de semejantes criminales. Este es sin duda, el motivo de las fuertes elevaciones de pena en todo caso de reincidencia.

Las intervenciones de otros miembros de la Comisión fueron más moderadas, insistiendo únicamente en la necesidad de encontrar una pena superior en grado. Así manifiesta REY: "¿Podrá imponerse la pena de confinamiento a

un reo que debe ya por delito sufrir la de trabajos perpetuos? Está bien claro, que no. ¿Cuál pues, será la pena proporcionada al nuevo delito?. Está igualmente claro que no puede ser otra que la que aumente un grado a la de trabajos perpetuos. ¿Y cuál es la pena que aumenta un grado?. No puede ser otra que la de muerte, porque entre ésta y la de trabajos perpetuos no hay ningún grado intermedio" [340].

En el mismo sentido VADILLO, insistiendo en que la nueva pena se impone sobre tres delitos: "el primero es aquél por el que el reo fue condenado a trabajos perpetuos: el segundo es la fuga que le hace acreedor a un recargo de pena: el tercero es aquél que lo sometería a nada menos que a más de doce años de obras públicas, cuya pena no comprende sino delitos muy considerables ((...)) [341].

Un punto importante de discordia había sido el carácter que la Comisión asignaba a la fuga, la cual, en opinión de RAMONET [342] y CANO MANUEL [343], era producto de un impulso natural, por lo que no debía agravar de tal modo la recaída. Pero, contesta REY, ya estaba aprobado el artículo que consideraba separadamente la fuga como causa de recargo en la pena [344]; contestación que no justificaba que las recaídas posteriores adquiriesen tal importancia como para merecer pena de muerte.

El hecho de que anteriormente se hubiera aprobado determinada disposición, va condicionando progresivamen-

te las posibles modificaciones de artículos posteriores, y es un argumento que frecuentemente utilizan los miembros de la Comisión para zanjar las discusiones [345].

No se aprueba el artículo 50. En vista de lo cual, a proposición de CALATRAVA, se suspende la discusión del artículo 52, y de los dos últimos párrafos del artículo 53, que contenían las disposiciones sobre las recaídas después de la fuga. Cuando se llega al artículo 59, sobre la fuga de obras públicas o presidios, se vuelven a manifestar las mismas objeciones respecto a la desproporción en la aplicación de la pena de muerte [346] por lo que el segundo párrafo del artículo, que trataba sobre las recaídas es desaprobado [347].

En cambio, el artículo 62, sobre fugas de reclusión, donde también se aplicaba la pena de muerte cuando el nuevo delito mereciese la de trabajos perpetuos, se aprueba sin ninguna discusión, aunque tal vez por sorpresa, pues lo único que consta en el Diario de Sesiones sobre él es lo siguiente:

> "Acerca del 62 dijo el Sr. Calatrava que las observaciones que había sobre este artículo se dirigían al que primero se puso en el proyecto, por lo que habiéndole variado la comisión, no había necesidad de leerlas.- Quedó aprobado, y suprimido el 63" [348].

Posteriormente, los artículos últimos que no elevan la pena sino en 1/4 sobre el máximo del nuevo delito,

fueron aprobados sustituyendo el aumento por 1/6 [349].

Los artículos que habían sido desaprobados por las Cortes, son devueltos a la Comisión, que antes de un mes presenta las reformas de rodos aquellos del Título Preliminar que le habían sido desaprobados o suspendida su discusión. Entre ellos, se encuentran los artículos 50, 52 53, 59, 62, 74, 75 y 76, con la redacción que encontramos en el código en los artículos 49, 51, 52, 58, 61, 71, 72 y 73 del código respectivamente. Es decir, se ha suprimido el juicio sumario, y se ha añadido la claúsula "que no sea reincidencia...; pero en caso de reincidencia se procederá conforme al Capítulo V". Por lo demás las penas asignadas son las mismas del Proyecto. Sin embargo, se aprueba en bloque todo el conjunto de las reformas del Título Preliminar, sin que medie ninguna intervención que se oponga a ello [350].

La inclusión de la claúsula "pero en caso de reincidencia..." es idea de la Comisión, pues durante la discusión no hubo ninguna propuesta en este sentido, ni siquiera por miembros de dicha Comisión. En el informe de las reformas que se presentan, los artículos 59 y siguientes citados, aparecen en la lista de las "Adiciones que en el mismo Título Preliminar propone la comisión para evitar algunas dudas" [351], con la única "adición" de la claúsula referida. Qué duda se aclara con ello, es lo que no vemos. Por

el contrario, va a surgir el problema de cómo se aplican las penas de reincidencia sobre otras perpetuas que mereció el reo por condena anterior.

Lo único que queda claro es que las recaídas en delitos de distinto Título, que normalmente no tienen más significación que la de una agravante [352], cuando se produzcan después de la fuga del cumplimiento de la condena anterior, adquieren la misma gravedad que la que conlleva la reincidencia en casos normales. Por ello, las reglas de los artículos correspondientes que recogen estas situaciones son iguales o muy similares a las de la reincidencia [353]; mientras que las recaídas que supongan "reincidencia" propiamente dicha, no necesitan reglas especiales, pues ya son suficientemente proporcionadas al caso, las previstas en el Capítulo V.

3. RESUMEN

En el Proyecto de código penal presentado a debate, se preveían con carácter general tres clases de recaídas:

- Las ocurridas después del cumplimiento de una condena anterior, que según fuesen en delitos o culpas del mismo, o de distinto Título que el anterior, recibían un trato más o menos severo: imposición de penas superiores, o consideración de simple agravante, respectivamente [354]. (Capítulo V del Título Preliminar).

- Las que tuviesen lugar, durante el cumplimiento de una condena anterior: artículo 124 del Proyecto, en el que se asignaba la imposición del máximo de la pena del nuevo delito aumentable dn 1/3. (También en el Capítulo V del Título Preliminar).

- Aquellas ocurridas después que el reo quebrantase el cumplimiento de la condena anterior; éstas adquirían una entidad especial de mayor gravedad, cuando la pena que estaba cumpliendo el reo era de carácter perpetuo, obras públicas o reclusión, y el nuevo delito llevase pena corporal. Por ello, se le asignaban penas similares a las establecidas en las reglas de la reincidencia del Capítulo V o incluso superiores (Capítulo III del Título Preliminar).

Las impugnaciones en contra de la severidad de las penas de estas últimas recaídas, y la alusión por parte de un Diputado a la desproporción con la regla fijada en el artículo 124 [355)], llevaron a la Comisión, tras no aprobarse las principales disposiciones sobre estas recaídas, a introducir una serie de modificaciones:

- Supresión del artículo 124 del Capítulo V, pasando a contemplar en el Capítulo III únicamente las recaídas durante el cumplimiento de penas muy leves, excepto cuando éstas fueren caso de reincidencia: con lo que se ad-

mite que pueda existir ésta aún antes de haber cumplido condena.

- Inclusión de la claúsula "pero en caso de reincidencia..." en los artículos referentes a la fuga y recaída: por lo que el ámbito de éstos se reduce a la "reiteración" después del quebrantamiento de condena.

Por ello, la concreta regulación que encontramos en el código, que es la presentada en estas modificaciones; y las opiniones vertidas por CALATRAVA durante el debate del Capítulo III, nos indican que, en caso de fuga, la comisión de un delito posterior adquiere extremada significación, no ya por su semejanza o desemejanza respecto al anterior cometido, sino por la "depravación" e "incorregibilidad" que manifiesta la fuga y la posterior recaída valoradas conjuntamente.

No es tanto el daño causado por el nuevo delito lo que importa, sino el "carácter" que revela el delincuente, el cual se desprende de que ha sido capaz de cometer dos delitos de una cierta entidad, y de quebrantar la sentencia impuesta anteriormente. El bien de la sociedad requiere en estos casos castigos eficaces, en el sentido de separar el máximo de tiempo posible a este reo de la sociedad.

Por ello, salvo en los quebrantamientos de penas menos graves, -prisión, confinamiento, destierro y arresto-, la comisión de un delito posterior de cierta entidad(que merezca pena corporal) después de la fuga, originará la imposición de penas superiores incluso a las que corresponderían por reincidencia, aunque el criterio parece ser castigar de forma similar a lo señalado para ésta en el Capítulo V.

Para fijar la pena del nuevo delito cometido, no se atiende ya al daño real que produzca, sino a la mayor necesidad de prevención especial para estos delincuentes que, cumpliendo una pena perpetua son capaces de fugarse de ella y además volver a delinquir. Para conseguir una intimación suficiente frente a estos reos, no bastará el asignarles la misma pena perpetua que ya habían merecido anteriormente, sino que independientemente de la entidad del segundo crimen, se fija una pena superior a la que estaba cumpliendo el reo, aunque cualitativamente suponga una pena distinta y muy superior a lo que merecería por la suma de las penas correspondientes a los delitos cometidos.

La "alarma social" que produce el delito del fugado, y la presunción de "incorregibilidad" que recaen sobre éste, exigen una mayor garantía de que ese reo volverá a delinquir: será necesario someterle a una pena más fuerte, cuyo quebrantamiento sea más difícil.

SECCION CUARTA

FUNDAMENTACION JURIDICA DE LA REINCIDENCIA EN EL CODIGO PENAL DE 1.822

En esta Sección pretendemos encontrar la explicación que subyace al tratamiento fuertemente agravatorio que el código penal de 1.822 reserva a la reincidencia y para ello acudiremos a las ideas penales de la época reflejadas en el cuerpo legal.

Como es sabido, la imposición de fuertes penas por reincidencia fue una práctica común en la legislación del Antiguo Régimen, especialmente en materia de delitos patrimoniales [356]. Aunque la prevención general aparece como el principal objetivo de la justicia criminal en aquella época, la eliminación del delincuente reincidente o su colocación en situación de imposibilidad de delinquir responden también a objetivos de prevención especial [357].

El nuevo sistema penal propugnado por los escritores de la Ilustración y sus seguidores pretende la instauración de las garantías de seguridad jurídica junto con la suavi-

zación y racionalización del castigo, pero paradójicamente continúan asignando a la pena las mismas finalidades de prevención general y utilidad propias del régimen anterior [358]. Así podemos leer en BECCARIA [359], o en ROMAGNOSI [360], que la pena es justa en cuanto que es necesaria, pero se matiza, y ahí está la diferencia, que solo es justa la pena estrictamente necesaria para apartar a los hombres de cometer delitos. BENTHAM dirá que "una pena insuficiente es un mal mayor que un exceso de rigor, porque una pena insuficiente es un mal sin provecho alguno" [361]. La finalidad esencial de la pena es "alejar el delito" [362].

En el momento en que surge el código penal de 1.822 la moderna ciencia penal se encuentra aún en sus comienzos. La reincidencia permanece todavía fuera de sus construcciones y apenas encontramos referencias a ella, o si las hay, se encuadran en las orientaciones sobre la medida de la pena y a efectos del logro de objetivos de prevención general o especial [363]. La profundización en el estudio de la reincidencia tendrá lugar a partir de las primeras críticas que, comenzando por la de CARNOT [364] se oponen a su consideración como circunstancia agravante [365].

Posteriormente, con el abandono de la prevención como fin justificativo de la pena, proliferarán los esfuerzos para explicar el fundamento de la reincidencia en base a la re-

tribución, constituída ésta en eje central de las nuevas construcciones. Pero sin duda es en el último cuarto de siglo cuando el estudio de la reincidencia cobra el mayor interés, tanto en los últimos autores clásicos como, evidentemente, en las concepciones revolucionarias de la Escuela Positiva, en pleno auge durante la vigencia del código penal de 1.870. [366)]

No obstante, pese a esa falta de atención por parte de los teóricos a la reincidencia, en la época en que surge el código de 1.822, éste nos ofrece una detallada y moderna definición de la circunstancia objeto de nuestro estudio, definición que nos va a orientar sobre la concepción que tenían sobre la reincidencia los autores del código. Por ello, vamos a recordar las características más salientes de la figura legal, ya examinadas en las Secciones anteriores, para intentar extraer algunas conclusiones sobre su fundamentación jurídica. Pero previamente analizaremos las explicaciones que sobre la reincidencia nos ofrecen los representantes de la reforma penal en España, por su influencia en la recepción de las ideas ilustradas en el país, y consecuentemente en el código de 1.822. Asimismo examinaremos las manifestaciones vertidas sobre el fundamento de la agravación en la discusión parlamentaria del Proyecto, testimonio valiosísimo para conocer las ideas del legislador sobre esta materia.

I. EN LA DOCTRINA DE LA EPOCA; MAYOR PERVERSIDAD, INCORREGIBILIDAD, ALARMA SOCIAL

En las obras de los penalistas de la Ilustración apenas encontramos referencias a la reincidencia. BECCARIA [367] y ROMAGNOSI [368] no aluden en concreto a este tema. FILANGIERI indirectamente parece referirse a la reincidencia al comentar cómo la "violación de un pacto" puede ir acompañada de circunstancias que indiquen "la mayor disposición en que se halla el delincuente para violar cualquier otro pacto, o para recaer en el mismo delito", en cuyo supuesto el delito se hace más grave y más digno de castigo [369]. BENTHAM escuetamente enuncia la reincidencia entre las circunstancias que sirven para fijar la medida de la pena y en su obra sobre "Las penas y recompensas" expone los medios de prevenir las reincidencias [370]. En los autores españoles, aunque también de forma breve, encontramos algunas observaciones sobre este instituto, comenzando con LARDIZABAL. Por ello, y porque en principio a lo largo de este trabajo pretendemos ceñirnos a la doctrina española coetánea o más cercana a cada uno de los códigos que vamos a examinar, nos centraremos ahora en los escritores patrios que participan o influyen en el movimiento de la reforma penal en España.

LARDIZABAL en primer lugar, principal introductor de las nuevas concepciones en lo referente a la justicia criminal, nos ofrece en su Discurso alguna reflexión sobre la reincidencia cuando trata de las circunstancias que deben tenerse en cuenta para la medida de las penas. Dice concretamente:

> "La reincidencia es otra de las circunstancias, que como se ha dicho, agravan el delito, porque supone el ánimo más pervertido y obstinado en el mal, y puede llegar a tanto que sea incorregible el delincuente en cuyos casos la pública utilidad pide que se agrave la pena, pero guardando siempre la debida proporción y analogía con la naturaleza del delito" 371).

Obstinación y perversión, alusiones claras a la inclinación delictiva del sujeto, que incluso puede llegar a ser "incorregible". Esto es lo que demuestra la reincidencia: un particular carácter del delincuente en relación con su actitud ante el delito. La agravación se funda en que esa "perversión" e inclinación exigen como contrapartida una mejor protección de la sociedad. Es la "pública utilidad", la salud de la República [372] la que requiere una pena agravada. Poco podemos deducir de este escueto pasaje de LARDIZABAL. Queda claro la reconducción de la reincidencia a las finalidades de utilidad, no al daño mayor del delito. Y debe destacarse la fijación de un límite a esa "pública utilidad": la pena agravada debe guardar analogía y proporción con el delito cometido. Máxima que como se ha podido ver no siguieron en este punto los legisladores del código de 1.822.

MARCOS GUTIERREZ, siguiendo el esquema de LARDIZABAL, señala al igual que éste cómo es el"daño y agravio hechos a la sociedad" la verdadera medida de la gravedad de los delitos. Pero también deben tenerse en cuenta, dice, una serie de circunstancias que pueden concurrir en el hecho, entre las cuales aparece enunciada la reincidencia [373]. En el capítulo dedicado a "La medida o cantidad de las penas", explica MARCOS GUTIERREZ, brevemente, su concepción de esta circunstancia:

> "Quien reincide en un delito debe ser castigado por la segunda vez que delinquió con mayor pena que lo fué por la primera, aunque no haya sido más grave su culpa en aquella que en ésta, pues la reincidencia demuestra un ánimo más pervertido, y que no ha sido suficiente el primer castigo para refrenar al reo; si bien en todo caso han de tenerse presentes las reglas de proporción y analogía con el crimen" 374).

Al igual que LARDIZABAL, la reincidencia es para MARCOS GUTIERREZ muestra de la "perversidad" del reo. "Perversidad", cualidad que en los escritos españoles aparece casi siempre en la explicación del fundamento de la reincidencia[375], y que significa según el Diccionario de la Lengua "suma maldad o corrupción de las costumbres o delacalidad o estado debido"[376]. Y en este sentido parece que lo utilizan los autores citados. La reincidencia es muestra de una corrupción o depravación del reo que por ello hace más difícil que la amenaza de la pena sirva de contraestímulo eficaz a los instintos delictivos del sujeto.En el contexto de las explicaciones que ofrecen estos au-

tores la "perversidad" queda reconducida a la personalidad del reo, más que a la realización del delito concreto o al elemento moral que concurre en el hecho. Pues la justificación del aumento de pena no pretende basarse en que el reo "merezca" más pena en el sentido retributivo por una hipotética mayor culpabilidad, sino en la finalidad de prevención de futuros delitos. Puesto que la pena normal no ha sido eficaz "para refrenar al reo es necesario aumentar la dosis para lograr una adecuada intimidación. O bien, y a la vez, para mantener al sujeto imposibilitado de delinquir durante un tiempo mayor, por "pública utilidad". Utilidad que no autoriza, según estos autores, un aumento de pena que exceda de la proporción debida con la gravedad del delito.

La afirmación de esa mayor "perversidad" y obstinación como connatural al hecho de la reincidencia, aparece como una premisa evidente aplicable a todo reincidente. LARDIZABAL matiza que en algún caso el reincidente puede llegar a ser incorregible con lo que establece la posibilidad de diversos grados en la inclinación al delito que supone la reincidencia. Pero de todas formas, queda patente el método apriorístico y abstracto utilizado en el razonamiento. Sobre los presupuestos de un derecho penal ideal, de acuerdo con los principios de la Ilustración, se ofrecen unas consecuencias que aparecen como lógicas e irrefutables. El reincidente es "más perverso" y por ello necesita una pena mayor, dirigida a lograr su intimidación. El método deductivo y racional, sobre apriorismos o premisas

teóricas, es el mismo que observamos en los autores de la Escuela Clásica representada por CARRARA [377]. Aunque en los primeros penalistas de la reforma, la "perversidad" que se aplica como cualidad de todo reincidente se toma como medida o síntoma de mayor alarma social, o mayor temor de que el sujeto cometa nuevos delitos. Esquema que no se diferencia mucho del que presentará la doctrina posterior, aunque en ésta se den algunos intentos de reconducir la "perversidad" a la "culpabilidad especial" del sujeto [378].

Otro de los importantes escritores reformistas ilustrados, Ramón SALAS, no alude directamente a la reincidencia, pero podemos conocer su opinión sobre el tratamiento que debe darse a las circunstancias que aumentan el "mal de segundo orden" o "alarma", entre las que se encuentra la reincidencia, de acuerdo con la clasificación de BENTHAM que SALAS sigue y comenta [379]. Para BENTHAM, esas circunstancias que influyen en la mayor alarma, aunque suponen "indicios contrarios" sobre el carácter del delincuente, no ofrecen suficiente base para aumentar proporcionalmente la pena, sino que basta "una cierta modificación" de la misma que sirva "para despertar en el alma de los ciudadanos una antipatía saludable contra esta circunstancia agravante" [380]. A esta solución de "mera modificación" de la pena se opone SALAS por considerarla insuficiente, e incluso dice no ser consecuente tal propuesta con las mismas enseñanzas que ofrece BENTHAM a lo largo del capítulo objeto del comentario. Para SALAS la modificación de la pena

> "o realmente es un aumento de la pena, o no es ciertamente bastante; porque si aumentándose el mal del delito no se aumenta el mal de la pena, una parte del delito quedará impune; y esta impunidad parcial producirá proporcionalmente los mismos funestos efectos en aquel accesorio del delito, que producirá la impunidad total en el delito principal" 381).

El mal del delito que se aumenta es el llamado de "segundo orden" o alarma, que en el esquema de BENTHAM, seguido por SALAS, debe computarse para hallar la pena proporcional al delito [382]. Una pena inferior a la necesaria para intentar que no se produzcan esas circunstancias, hace que el delincuente no tenga mayores motivos para no incurrir en ellas, cuando precisamente la ley trata de evitar que se produzcan por hacer el delito más grave.

Ciertamente BENTHAM no atiende expresamente a la reincidencia en su Tratado, sino meramente para enunciarla, pues alude genéricamente a los medios de prevenir todas esas circunstancias que aumentan el mal de segundo orden. En cambio en su obra posterior, "Teoría de las penas y de las recompensas" en 1.811, concretamente trata de los medios de prevenir las reincidencias que, según expone, puede conseguirse por tres vías: por la incapacitación física para delinquir, por la reforma moral, o por la intimidación o temor a la pena [383]. Soluciones enmarcadas en la prevención especial, y como siempre en aras a la evitación de futuros delitos. No hay duda de que estas observaciones que BENTHAM explicita, están presentes cuando una ley prevé fuertes aumentos de pena para los reincidentes.

Para entender la postura de SALAS, defensor del "aumento" de pena cuando concurran circunstancias que aumentan la "alarma", son ilustrativos los Comentarios que el mismo autor publica sobre la obra de BECCARIA. En ellos queda patente la finalidad de intimidación que atribuye a la pena: ésta debe ser proporcional, -dice- , a la gravedad de los delitos, pues cuanto más graves "más importa a la sociedad que sean raros"[384]. Pero esa gravedad o mal causado por el delito se divide en "mal de primer orden, mal de segundo orden, y mal de tercer orden"[385], que se corresponden con el daño causado al afectado directamente por el delito, el mal a la comunidad o alarma general, y en tercer lugar "el mal que afecta las cualidades activas del hombre" [386]. Para explicar esta división, pone el ejemplo del robo, que como tal produce inquietud o alarma entre los ciudadanos, pues temen que el mismo ladrón u otros que sigan su ejemplo puedan hacerles objeto de su delito. Pero es que además, dice SALAS, si los robos son tan frecuentes que nadie puede tener seguridad de no ser objeto de alguno, se produce ese mal de tercer orden, que es el desaliento, la falta de estímulo para trabajar o ahorrar dinero o adquirir bienes, con los que disminuye la riqueza particular, y en consecuencia la riqueza pública [387].

Estas consideraciones explican que un robo o hurto, aunque objetivamente por el valor de lo apropiado no sea grave, pueda llegar a ser castigado con pena muy severa, pues esos componentes o males de segundo y tercer orden según SALAS

que definitivamente ambos son alarma social [388], justifican la pena mayor. El delito es más grave si es más frecuente, y si crea mayor alarma.

A nuestro juicio estas consideraciones están presentes en el concreto castigo que el código penal de 1.822 reserva para la reincidencia y repetición de robos o hurtos, y también en las disposiciones sobre la reincidencia en general [389]. No es la gravedad intrínseca del delito, o la maldad del sujeto proyectada en el acto, sino el efecto en la tranquilidad pública, el temor que producen los que aconsejan el severo aumento de pena para el reincidente.

En resumen, para los escritores españoles que encarnan la nueva filosofía penal de la Ilustración, la agravación por reincidencia se encuentra vinculada a las finalidades asignadas a la pena. Puesto que esta circunstancia revela ante todo "obstinación" o "incorregibilidad" es necesario una pena agravada que pueda cumplir los fines de "intimidación" que exige la "utilidad pública". MARCOS GUTIERREZ dice expresamente que este aumento es necesario ya que se ha comprobado que la pena anterior no logró "retraer al reo", por lo que se justifica el mayor empeño en lograr la intimidación esta segunda vez.

No se trata de justificar el aumento porque el reo sea más culpable, sino porque se <u>temen</u> de él nuevas caídas

en el delito. SALAS, siguiendo a BENTHAM, considera que la frecuencia hace que el delito sea más grave por razón de la "mayor alarma social" y justifica el aumento de pena para tranquilizar a la sociedad y por prevención general. Pero no se refiere concretamente a la reincidencia. No obstante el utilitarismo asumido por este autor y su fidelidad a las doctrinas de BENTHAM permiten incluir en su concepción la prevención especial como objetivo del aumento de pena por reincidencia, tal como explicaba su maestro al detallar los objetivos de intimidación o de inocuización como medios de prevenir nuevas recaídas.

La parquedad de las formulaciones de los autores citados impide extraer mayores conclusiones sobre la justificación de la agravante. Téngase en cuenta que no se basan en un concreto texto legal o normativa concreta, sino que simplemente se esbozan unos principios generales de legislación deducidos de las nuevas concepciones, aunque, como ya se ha apuntado, en cuestión de las finalidades de la pena la novedad reside en la limitación a las penas arbitrarias y desproporcionadas, más que en los objetivos que deben cumplir aquellas. Del carácter axiomático de la eficacia intimidativa de las penas se deduce que el medio <u>eficaz</u> de evitar nuevas recaídas por parte del sujeto que muestra una mayor <u>obstinación</u>, es imponer una mayor dosis de pena. En el contexto de la prevención, es la perversidad mayor del reo la que justifica el aumento de la pena, por el temor de nuevas recaídas que inspira esa perversidad.

II. DEBATE PARLAMENTARIO: PERVERSIDAD E INCORREGIBILIDAD

Del examen de la discusión parlamentaria del Proyecto se puede concluir que la reincidencia es admitida prácticamente por unanimidad como causa de elevación de la pena. La incorregibilidad, perversidad y mala inclinación que presentan los reincidentes son las explicaciones, o más que explicaciones afirmaciones, que casi machaconamente aduce CALATRAVA, en nombre de la Comisión codificadora, como fundamento de la agravación. Las discrepancias que se constatan provienen de los diferentes criterios respecto a la intensidad del aumento de pena que debe conllevar la reincidencia, principalmente por la oposición de algunos sectores a la imposición de la pena de muerte por agravación cuando el delito cometido no la tiene señalada con carácter general [390].

Solamente en una ocasión se pronuncia un diputado, MORENO, en contra de la agravación y de las razones que se aducen para fundamentarla. Para MORENO, la primera condena sufrida por el reo produce en éste un debilitamiento de los frenos inhibitorios pues, según explica, una vez perdido el honor con la primera condena, se ha perdido el mayor estímulo para obrar bien y por tanto el sujeto "tiene menos retraentes del vicio; y el que tiene menos retraentes es más excusable, como el que tiene más, es menos excusable [391]. Avanzada in-

tuición, levemente esbozada, sobre la diferencia entre la culpabilidad y la inclinación a delinquir, no común en aquella época. CALATRAVA toma semejante objeción como inconcebible desatino, que se opone a lo que es más claro "que la luz del mediodía": pues precisamente el tener menos retraentes para el vicio, dice, es en rigor una causa para aumentar la pena [392].

Otra opinión aislada que de forma un tanto tímida y contradictoria se opone en concreto a la agravación por la recaída ocurrida después de la fuga de trabajos perpetuos es la de CANO MANUEL. Este diputado llega a decir que "cuando a uno se le ha impuesto la pena de trabajos perpetuos la causa ya está concluída, y no debe de tenerse en cuenta respecto de otro nuevo delito" [393], afirmación que apunta, adelantándose, a la famosa objeción que opondrá CARNOT a la reincidencia en base a "ne bis in idem" [394]. Pero el mismo CANO MANUEL continúa explicándose: "no es esto decir que no se tenga en consideración la reincidencia..." sino que se tenga en cuenta que la fuga de una pena perpetua es una reacción que responde a una "necesidad que no se puede remediar" y asimismo los delitos a que se ve abocado a cometer el fugado [395]. Argumentación dirigida a evitar que se aprobase la imposición de la pena de muerte para el reo que después de fugado de los trabajos perpetuos comete un nuevo delito, y que por tanto no puede tomarse como opinión de este diputado sobre la reincidencia en general. Pe-

ro en ella se trasluce el intento de diferenciar la tendencia criminal de la mayor culpabilidad -denominada ésta como "malicia" en palabras del mismo diputado [396] - y la distinta significación y reacción que merecen una y otra. Aparte de esta opinión, y la de MORENO a que hemos aludido, parece que hay conformidad sobre la mayor inclinación criminal como justificación de la agravante.

La Universidad de Orihuela en su informe se oponía a la fijación de un término de prescripción para la reincidencia por la "mala inclinación" que esta circunstancia demuestra [397]. La Comisión codificadora, a través de CALATRAVA, vierte constantemente su opinión sobre la "incorregibilidad" del que reincide, apoyándose en ella para justificar las elevaciones de pena. E incluso más de una vez equipara reincidencia e incorregibilidad:

> "sea robo o hurto el segundo delito siempre hay reincidencia e igual prueba de incorregibilidad..." 398)

O en otra ocasión, defendiendo las elevaciones previstas para la recaída después de la fuga dice:

> "Es necesario conocer que hay una razón poderosísima para castigar más severamente estos delitos, a saber, el carácter que llevan de reincidencia e incorregibilidad" 399)

Y continúa:

"El que cometa un hurto que no pase de seis duros no merece en concepto de la comisión más que una pena correccional de un mes a un año de reclusión: pero si condenado por ese hurto comete otro durante su condena, aunque los dos no pasen de esa cantidad, ¿deberemos contentarnos con imponerle solamente una reclusión de dos meses a dos años que es la pena de los dos delitos? Creo que todos conocerán que merece una mucho más grave, porque hay reincidencia; porque se manifiesta el carácter de la depravación, y porque se ve a un hombre endurecido por el crimen" 400)

Poco antes, en el mismo pasaje había manifestado que:

"La comisión, aunque no tiene ninguna dificultad en que las Cortes moderen estas penas cuanto crean correspondiente, no puede dejar de anunciar al Congreso la necesidad que hay de resolver este asunto, más por lo que exige el interés de la sociedad que por lo que sugieren los sentimientos de compasión. Si se tratase de hombres regulares o de otra clase de delincuentes, muchas de las reflexiones que se han hecho podrían tener lugar; pero tratándose de aplicar penas a reos de los delitos más graves, a criminales incorregibles, para quienes ya no hay más razón que el castigo, es menester ser justos y no dejarnos engañar por los sentimientos de nuestro corazón" 401).

Y al final de su discurso, rebatiendo las objeciones que se pusieron al juicio sumario previsto para los supuestos del art. 50, llega a decir que

"estos reos son por lo común unas fieras, cuyo exterminio importa a la sociedad, y cuya depravación les hace no merecer tantas consideraciones como a los demás procesados" 402).

Hay que tener en cuenta que estas manifestaciones se corresponden con la defensa del art. 49 del Proyecto,

que señalaba la pena de muerte para el reo que después de fugado de la pena de trabajos perpetuos cometiese cualquier delito castigado con pena corporal [403], como puede ser un hurto[404] Lo cual había sido objetado de excesivo, con toda razón. Aunque la defensa que hace CALATRAVA, con el calor que le caracteriza, parece exagerada en algunos puntos, creemos que es ilustrativa de la concepción que al menos él, y debe entenderse que la mayor parte de los miembros de la Comisión codificadora, tenían de la reincidencia. En el fondo se trata de proteger a la sociedad de esos hombres "incorregibles" y "depravados". Y no hay otra pena que pueda retraer a un reo condenado a trabajos perpetuos de la comisión de nuevos delitos si sabe que no será peor su condición con tal que las nuevas infracciones que cometa no tengan señalada pena grave. Es la pena eficaz para la intimidación la que se busca, y la defensa de la sociedad por encima de las consideraciones de la proporción de la pena con el nuevo delito cometido.

En la discusión sobre las penas señaladas para la reincidencia y repetición de robos y hurtos vuelven a pronunciarse la misma clase de explicaciones:

> "Sea robo o hurto el segundo delito, siempre hay reincidencia e igual prueba de incorregibilidad que es, repito, a lo que la comisión cree que debe atenerse, más que a la entidad del segundo crimen" 405)

o en otro pasaje sobre el mismo tema de los hurtos:

> "en estos casos no atiende tanto a la entidad de cada delito de los que se reunen, como al carácter que su reunión descubre en el reo, y a la ninguna o poquísima esperanza de su enmienda" 406

y defendiendo la imposición de la pena de trabajos perpetuos para el que después de un robo con violencia comete cualquier otro robo o hurto o viceversa,CALATRAVA intenta justificar esa pena diciendo que:

> "La comisión opina que este hombre incorregible, ya que no muere, debe ser apartado para siempre de la sociedad" 407).

La perspectiva con que se acerca la Comisión al tema de la reincidencia es fundamentalmente defensista y utilitaria. Es la presunta "incorregibilidad" del reo la que justifica las elevaciones de pena por reincidencia. Se prescinde casi por completo de la gravedad objetiva del nuevo delito cometido, cuando lo que interesa es ante todo evitar la frecuencia de determinados delitos. Según manifiesta CALATRAVA, la atención se dirige preferentemente al carácter del reo como dato para pronosticar su futuro comportamiento; el delito es sólo, si nos atenemos a la literalidad de sus manifestaciones, la prueba de incorregibilidad del reo. Y frente a ésta la sociedad necesita protegerse mediante penas más largas, que si logran la intimidación del reo tanto mejor,pero al menos lo que efectivamente se logra es separarle de la sociedad durante un tiempo mayor, o en algunos casos a perpetuidad. Prevención especial a ultranza.

Las repetidas alusiones a la "incorregibilidad" del reo en el debate del Proyecto podrían hacernos pensar que una de las finalidades principales de las penas en el código es la corrección o reforma del culpable. Pero aunque el código recoge la posibilidad de rebaja de la pena por "el arrepentimiento y enmienda" del recluso [408], y determina la obligatoriedad de desarrollar un trabajo durante el cumplimiento de ciertas penas [409], lo que podría ser un medio encaminado a la corrección, estos rasgos no son suficientes para concluir que sea ésta la finalidad del elenco de penas que ofrece el código penal de 1.822, orientadas fundamentalmente a la intimidación. La "incorregibilidad" a que alude tantas veces CALATRAVA significa ante todo el desfavorable pronóstico que merece el reincidente de cara a su comportamiento futuro.

III. EN LA NORMATIVA DEL CODIGO

La sistemática del código penal de 1.822 de recoger la reincidencia primero por un lado como circunstancia general de agravación, pero por otro de forma especial y en particular para determinados delitos, constituye el esquema básico sobre el que los códigos españoles posteriores configurarán su normativa de la reincidencia: Una regla general y unas excepciones particulares que tienen especial relevancia en algunos delitos patrimoniales. La plasmación de dos variantes de reincidencia, genérica y específica o de delitos del mismo Título, es otra originalidad del código de 1.822 que se mantendrá en el de 1.848 y a través de éste en los posteriores, constituyendo lo que será a partir de este momento peculiar tradición española en la contemplación de la reincidencia. Pero sobre este esquema básico los efectos asignados a la circunstancia en cuestión en 1.822 respecto a los códigos posteriores son mucho más graves, consecuencia del imperio de los principios utilitaristas y de prevención propios de la época. Por ello, cuando más tarde el principio retribucionista ponga coto al utilitarismo, los efectos de la reincidencia se encuadrarán, no sin excepciones, en la pena proporcional fijada sobre la gravedad objetiva del hecho, no sobre las necesidades de prevención como ocurre en esta primera etapa. No obstan-

te, el hecho de que el código de 1.848 mantenga la diferencia reincidencia-reiteración y la cualificación por reincidencia para ciertos delitos patrimoniales, indica que de alguna forma se prolongan en él las finalidades y los fundamentos presentes en este primer código. Lo que no resulta extraño, máxime si tenemos en cuenta que la filosofía penal dominante cuando se elabora aquél código es el eclecticismo de ROSSI [410].

La normativa de la reincidencia que presenta el código de 1.822 se escribe en clave de prevención, preferentemente prevención especial,y de ahí las dificultades que surgen para intentar justificar la agravación en épocas posteriores en base a la culpabilidad, pues la configuración legal tiene su origen en esta primera formulación de 1.822.

Recordemos ahora las características fundamentales de las diversas figuras de reincidencia, que nos puedan orientar sobre la justificación de la agravante en el derecho positivo y confirmar o no hasta qué punto las indicaciones preventivistas están presentes en ella.

1. LA REINCIDENCIA EN DELITOS DEL MISMO TITULO

Una primera característica que nos indica la importancia que el legislador dió a esta circunstancia es la de su ubicación en un Capítulo propio, junto con la reiteración.

De acuerdo con el enunciado del Capítulo V donde queda recogida, la reincidencia es "causa de aumento de la pena", no ya mera circunstancia de las que "agravan el delito" [411] como son las ennumeradas en el catálogo del art. 106. Por supuesto que el escaso grado de desarrollo dogmático en esta época histórica y las finalidades de prevención que orientan el código no permiten llegar a una conclusión definitiva sobre la naturaleza o carácter de una figura legal por el mero hecho de su localización en el cuerpo positivo. Es evidente, por ejemplo que "la mayor necesidad que tenga la sociedad de escarmientos, por la mayor frecuencia de los delitos" [412], es una circunstancia que propiamente no "agrava", -no hace más grave-, el delito objetivamente considerado, por más que se recoja en la lista del art. 106. Es un criterio extrínseco, la "alarma social", o "mal de segundo orden" según BENTHAM [413] y la necesidad de prevención general, el que justifica en este caso la agravación de la pena. Pero de todas formas el dato de la ubicación de la reincidencia es importante en cuanto se configura como una "superagravante" [414], con efectos muy superiores a los previstos para las agravantes generales del art. 106.

En cuanto a las características propias del concepto legal, cabe destacar la exigencia de condena anterior a la recaída, requisito que permite deslindar perfectamente la reincidencia de la mera repetición de delitos que, salvo algunas excepciones [415], no tiene en el código efecto agravatorio.

La condena anterior es el dato que permite presumir la "obstinación" del reo, su "incorregibilidad", tal como manifestaba CALATRAVA. La constatación de que el reo ha sido ya condenado una primera vez justifica el incremento de pena porque la recaída muestra que el sujeto necesita una sanción más intimidativa . Desde las coordenadas de prevención vigentes en la época y asumidas en el código, no puede darse a nuestro juicio otro significado a la exigencia de condena previa. Por seguridad jurídica, y en consecuencia del principio de legalidad, la presunción de "mayor perversidad" debe descansar en un dato fehaciente: ésta es la función del requisito de condena anterior. Pues no se trata de reprochar al sujeto su "mayor perversidad", -no se pone el acento en el reproche aunque en el plano de abstracción e intuición en que se elaboran los conceptos en esta época tampoco habría obstáculo para reprochar al reo su perversidad-, sino de comprobar que efectivamente el reo es "más perverso" y que por lo tanto se necesita una pena mayor para contrarrestar su obstinación. Por supuesto que la comprobación no es sino una "presunción", que no admite pruebe en contrario.

Pero no es el dato de la condena anterior lo que decide la fuerte agravación, o mejor diremos la elevación de la pena, que implica la reincidencia. Pues la condena anterior se exige igualmente para la reiteración, y los efectos de ésta son los de una mera agravante: no puede nunca dar lugar a que se traspasen los límites de la pena señalada para

el delito [416]. Por lo tanto la explicación del trato agravatorio de la reincidencia debe buscarse en la nota que le distingue de la reiteración: la semejanza entre los delitos, formulada legalmente sobre el criterio de la inclusión de los delitos pasado y presente en el "mismo Título" del código. Este requisito de la semejanza, aunque el criterio legal del Título no sea feliz [417], sugiere que es la presunción de tendencia delictiva la que justifica la agravación. Tendencia delictiva hacia determinada clase de delitos que, como tal, supone mayor propensión y facilidad para nuevas recaídas. Lo que en el pensamiento de los más ilustres reformadores de la época debe ser contrarrestado por una pena mayor. BECCARIA [418], LARDIZABAL [419] y BENTHAM [420] insisten en la necesidad de una pena más fuerte para "estorbar" el delito en estos casos, a fin de que el motivo para abstenerse de delinquir tenga más fuerza que la tendencia a recaer en delito.

La exigencia de semejanza entre las infracciones cometidas por el reo, más el requisito de la experiencia previa de condena, indican que la agravación se fundamenta en la presunción de tendencia delictiva hacia determinados delitos, especialmente intensa, ya que se manifiesta pese al tamiz de la primera condena.

Los graves efectos asignados a la reincidencia confirman esta conclusión. La pena proporcional que se consi-

dera normalmente idónea para un delito concreto deja de ser adecuada cuando el sujeto es un reincidente, Podría decirse que el código presenta dos criterios para determinar qué pena es la proporcional para ejercer la suficiente intimidación que retraiga de la comisión de un delito. Uno sería el criterio de la prevención general, que marca la pena adecuada para que la población en general se abstenga de cometerlo, y el otro sería un criterio de prevención especial atendiendo a las particulares características del reincidente en cuanto que presenta una mayor inclinación al delito. De ahí que para éste la pena del delito sea doble, o bien una pena superior a la señalada para el delincuente primario. Y si el sujeto es doble reincidente la pena se cuadriplica o se impone otra aún superior que incluso puede ser la de muerte [421].

Ya que la pena, en el pensamiento de los reformadores, comenzando con BECCARIA, no trata de castigar el acto pasado ni la inmoralidad del sujeto sino ante todo "prevenir los delitos" [422], resulta congruente que en aquellos casos que hacen presumir nuevas recaídas del sujeto se traten con un incremento de la pena. Solución similar a la que se llegará a finales del siglo XIX al replantearse los penalistas la necesidad de una eficacia preventiva que los límites de la retribución no podían atender [423]. Como diría DORADO al contemplar la instauración de "penas excepcionales" y "penas de relegación" para los multirreincidentes e incorregibles en los

últimos años del siglo, sólo incorrectamente pueden denominarse "penas" a aquellas que se dirigen a segregar o inocuizar al reo, pues por su finalidad no son sino "medidas", o más propiamente "medidas de seguridad" [424]. Salvando la distancia existente entre estas dos épocas que marcan el principio y el final del siglo pasado, puede reconocerse un cierto paralelo entre la respuesta penal que para el reincidente, y más especialmente para el multirreincidente, ofrece el código de 1.822 y las propuestas que desde la nueva perspectiva defensista presentan las corrientes derivadas del positivismo naturalista [425]. Aunque evidentemente las vias metodológicas que conducen a tales soluciones son en uno y otro caso diametralmente opuestas: apriorismos y deducciones abstractas aplicadas a la obtención de penas eficaces en el primer caso, y observación de la realidad y utilización del método empírico inductivo, como reacción a las concepciones abstractas de culpabilidad y premisas iusnaturalistas, en el segundo.

2. LA REITERACION

La reiteración o recaída en delitos de distinto Título después de condena ejecutoria aparece como un complemento a la genuina reincidencia, o como una reincidencia de tono menor. El hecho de que los delitos cometidos por el reo sean de distinta naturaleza [426], impide aplicar al sujeto las presunciones de "incorregibilidad" o de propensión delictiva intensa. Evidentemente la recaída muestra que el su-

jeto es menos intimidable que la generalidad de la población, pero no se patentiza una especialización en el crimen que es lo que en el reincidente hace temer nuevas recaídas y justifica penas superiores. Por ello se considera suficiente la imposición de la pena en lo que hoy llamaríamos grado máximo.

La "depravación" del que comete un delito distinto a aquél por el que fue anteriormente condenado es mayor que la de un delincuente primario. Pero menor que la del reincidente.

3. REINCIDENCIA Y REPETICION DE ROBOS Y HURTOS

Las previsiones especiales para la reincidencia en robos y hurtos son una muestra tan patente de la preeminencia de los objetivos de prevención especial en esta clase de delitos, que casi excusa cualquier comentario. Basta echar una mirada al cuadro de las penas señaladas en el art. 753[427], donde vemos que la simple reincidencia en hurto, por leve que ésta sea, da lugar a la pena de 15 a 25 años de obras públicas. O que la comisión de un hurto después de haber sido condenado el reo por un rono con violencia se castiga con la pena de trabajos perpetuos. O cómo un hurto cometido después de la condena por un robo con fuerza en las cosas se pena con 10 años de obras públicas y deportación.

La desproporción entre el daño causado por el delito y la pena que se le impone al reo es tan grande, que salta a la vista la finalidad defensiva, que anima tales elevaciones de pena.

En esta materia quedan plasmadas, con exageración, las indicaciones utilitarias en boga que aconsejaban penas más fuertes cuanto más frecuente fuese el delito, o mayores los estímulos o facilidades para su comisión [428]. Y probablemente también tuvo su influencia la tradición legislativa anterior en materia de represión de robos y hurtos. Curiosamente y por desgracia, este código, que sin duda es más humanitario que la legislación que deroga, olvida aquella famosa Pragmática de Carlos III que señalaba el término de 10 años como máximo para la privación de libertad, si bien con la retención indeterminada para los "incorregibles" [429]. Aunque esta observación es aplicable al elenco general de penas del código, tiene su aplicación en esta materia en la que con tanta facilidad se puede incurrir en pena perpetua por simple reincidencia.

Pero es que además no solo es la reincidencia la que origina penas tan severas. Como ya se ha visto, la mera repetición de robo y hurtos sin condena intermedia da lugar a penas iguales a las señaladas para la reincidencia en estos delitos, salvo en el caso de robos por sorpresa y hurtos [430]. El hecho de que el reo haya experimentado la imposición de una

condena anterior deja de tener relevancia cuando se trata de robos con fuerza y violencia. Ante todo la política de prevención contra los posibles delincuentes habituales contra la propiedad.

Las penas señaladas para la reincidencia y la repetición en robos y hurtos, que en varios casos son de carácter perpetuo [431], es evidente que no van dirigidas a "castigar" el hecho cometido, sino a evitar que el reo vuelva a cometer otros de la misma naturaleza. El fundamento de las fuertes elevaciones de pena se justifican en la presunción de tendencia hacia esta clase de delitos, tendencia que se presume conduce a la delincuencia habitual o profesional si es que el sujeto no es ya efectivamente habitual o profesional en esta materia.

4. RECAIDAS DESPUES DE QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA

Los arts. 49, 51, 52, 58, 61, 71, 72, 73 y 77, con el minucioso y farragoso casuismo que pudimos comprobar en su momento [432], señalan para la recaída en delitos después del quebrantamiento de condena penas iguales o muy similares a las previstas para la reincidencia en el Capítulo V. Expresamente se repite constantemente que si el nuevo delito cometido después de la fuga es caso de reincidencia, se deben aplicar las reglas previstas en dicho Capítulo V. Las agravaciones que se señalan en los artículos citados, quedan pues reservadas para

la comisión de delitos de distintos Título, o reiteración. La reiteración, que salvo en estos supuestos tiene el carácter de una simple circunstancia agravante, pasa ahora a ser causa de importantes aumentos de la pena, equiparables a los previstos para la reincidencia.

El motivo de esta excepción a las reglas generales, parece radicar en el deseo del legislador de evitar esas recaídas que, por tener lugar después de un quebrantamiento de sentencia, podían lógicamente constituir motivo de mayor alarma social. Por ello intenta una más intensa intimidación de los reclusos a través de la amenaza de penas mayores. Aparte del problema que en los casos de cumplimiento de pena perpetua se suponía laimposición de una pena menor al reo por el nuevo delito cometido, lo que podía conducir de hecho a la impunidad por aquellos delitos cuya pena no pudiera sumarse a una de carácter perpetuo.

IV. CONCLUSION: PRESUNCION DE TENDENCIA DELICTIVA INTENSA; PREVENCION ESPECIAL

En un sistema en que los delitos se castigan por la necesidad de mantener el "contrato social", para prevenir a los ciudadanos de que los cometan, bajo los módulos de utilidad y eficacia, la agravación por reincidencia no se fundamenta por una mayor culpabilidad. Recordemos como BECCARIA decía que "erraron quienes creyeron verdadera medida de los delitos la intención de quien los comete" [433]. Tampoco la gravedad del pecado puede servir de medida de la pena: "la gravedad del pecado depende de la inescrutable malicia del corazón, la cual no puede ser conocida por los seres finitos sin revelación" [434]. No es pues la culpabilidad, sino el daño del delito la verdadera medida. La cuestión radica pues en la medición de ese daño a la sociedad. Y ahí es donde se computan factores ajenos a los elementos que hoy consideramos esenciales dogmáticamente al concepto de delito. La alarma social, la utilidad pública, las necesidades de prevención, son criterios que van a conjugarse para fijar la pena "proporcional". Por ello no es de extrañar que, aunque se intenten y se logren en gran parte penas "suaves"y proporcionadas, en aquellos casos donde es más necesaria la prevención, las penas se disparen hacia cotas más elevadas. Este es el caso de la reincidencia.

En las manifestaciones de CALATRAVA queda paten-

te que es la "incorregibilidad", la "perversidad" y el "peligro" que los reincidentes representan para la sociedad lo que justifica el severo trato de la ley para con ellos. Elevaciones de pena automáticas, que solo el transcurso de un cierto tiempo entre los delitos puede evitar.

Los escritores de la Ilustración y sus seguidores apenas si dedican alguna palabra a la reincidencia. LARDIZABAL, BENTHAM, MARCOS GUTIERREZ, aunque de forma breve, la consideran justa causa de modificación de la pena, pero siempre sin sobrepasar la proporción y analogía con el delito cometido. Pero es indudable que son los principios de utilidad y eficacia propugnados por los reformistas los que se toman como guía en el código de 1.822 para traspasar esos límites indicados por la proporción objetiva, que es aquella necesaria para la prevención general [435]. De cara a la reincidencia la utilidad pide que la pena se determine por las necesidades de prevención especial, y por lo tanto de acuerdo con las características del reo que hacen presumir su fuerte inclinación al delito.

Atendiendo a los rasgos legales de la reincidencia, el fundamento que justifica las fuertes elevaciones de pena reside en la presunción -"iuris et de iure" si tiene lugar en determinados plazos-, de una intensa inclinación al delito por parte del sujeto, inclinación cuya intensidad queda patente por el hecho de no haber podido ser contrarrestada con

la experiencia de la primera condena. La presunción de la tendencia se deduce de que la recaída es en delitos semejantes. De ahí que la reiteración aparezca como una reincidencia de tono menor, pues no se puede deducir de ella sino en todo caso una menor intimidabilidad del sujeto, o una "perversidad" mayor que la del delincuente primario pero menor que la del reincidente genuino.

En el caso de los delitos patrimoniales más frecuentes y que producen el mayor número de delincuentes habituales y profesionales por razones obvias [436], las elevaciones de pena son aún más enérgicas que las previstas para la reincidencia como regla general, e incluso se llega a prescindir de la exigencia de condena anterior. La justificación de este trato especial solo puede encontrarse en el soterrado intento de poner coto a la plaga de ladrones de oficio. Se presume que la inclinación hacia delitos patrimoniales es más difícil de contrarrestar y por ello las penas por reincidencia e incluso por mera repetición se convierten en verdaderas"penas de segregación", penas en la mayoría de los casos perpetuas, que propiamente hoy se catalogarían como "medidas de seguridad".

La justificación del tratamiento agravatorio de la reincidencia en el código penal de 1.822 no puede entenderse desligada de las finalidades de la pena reinantes en aquella época hitórica y asumidas por el código. Si la prevención general marca las penas proporcionales, que constituye a la vez

la medida de la retribución para los delitos en general, la prevención especial dicta la agravación o elevación de pena por reincidencia. Prevención especial entendida como intimidación individual y en algunos casos como verdadera medida de inocuización, y justificada la necesidad de contrarrestar la tendencia criminal que se presume especialmente intensa en el reincidente por no haber bastado la primera pena para abatirla. Excepcionalmente, en robos y hurtos, la presunción de tendencia delictiva aún sin experiencia previa de condena, se considera suficiente justificación para elevar las penas, por la necesidad de evitar la facilidad con que el reo puede convertirse en profesional de esos delitos.

CAPITULO PRIMERO

NOTAS AL TEXTO

1) Vid TOMAS y VALIENTE, Monarquía, 103-12; VIZMANOS y ALVAREZ, Comentarios, Introducción XXXI s.; CEREZO Curso, 73-82. De historiadores, por citar sólo algunos más destacados, Vid SARRAILH, Ilustrada, 11-3 y 708-11; y ARTOLA, Afrancesados, 11-9 quien remarca el carácter minoritario de la recepción de la Ilustración en España. Recepción que, en opinión de este autor fué más aparente que real.

2) El Ministro de Gracia y Justicia; F. Manuel de RODA, dirige en esa fecha un oficio al Consejo de Castilla encargando el estudio de varios problemas penales y la formación de un "código criminal". El Consejo comisiona a LARDIZABAL para que forme un"extracto" de las leyes vigentes evitando puntos oscuros y con adaptación a las nuevas costumbres. Sobre este encargo y la labor realizada por LARDIZABAL, Vid ANTON ONECA, Código penal de 1.822, 264 s. y MISMO AUTOR, Ilustración, 601-3. También CASABO RUIZ, Codificación, 313 ss. quien da cuenta de la existencia del "plan de distribución del código criminal" fruto de los trabajos realizados por LARDIZABAL; SEMPERE y GUARINOS, Ensayo, III, 166 ss.; TOMAS y VALIENTE, Monarquía, 107 ss.

3) La decisión de emprender una renovación sustancial de la legislación hasta entonces vigente queda patente en el Decreto de 22 de mayo de 1.809 por el que se invita a todos los ciudadanos a que expongan sugerencias para diversas reformas, y entre ellas para la necesaria reforma legislativa. La invitación formulada tiene gran éxito pues se reciben cerca de doscientos escritos procedentes de diversos estamentos sociales (Vid CASABO RUIZ, Código Penal de 1.822, 6 s.). Como es sabido, la propia Constitución de 1.812 en su art. 258 establecía que "el código civil, el criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía". En la primera sesión de la legislatura ordinaria el 1° de octubre de 1.813 se nombran las Comisiones para la formación de códigos quedando la del código criminal pendiente de designación de la Comisión redactora, que se nombra el 1 de marzo de 1.814. Vid ANTEQUERA, Codificación, 19 s.

4) Como señala TOMAS y VALIENTE, Monarquía, 111 s., "El reformismo ilustrado era incompatible en el fondo con un sistema político monárquico absolutista y con una sociedad estamental" y de ahí el fracaso de esos primeros intentos anteriores a la Constitución.

5) Durante el período absolutista enterior, Fernando VII había intentado la formación de un código criminal encergando al Consejo Real por Real Decreto de 2 de diciembre de 1.819 su elaboración. La sublevación de Riego y el comienzo del trienio liberal impide que se lleve a cabo la tarea encomendada por el monarca, pero se da paso a un nuevo Proyecto, bajo los auspicios de la Constitución y de las nuevas Cortes extraordinarias. Vid ANTON ONECA, Código Penal de 1.822, 266 s.; SALDAÑA, Adiciones, I, 435 , comparaba aquella decisión de Fernando VII con la del monarca francés Luis XVI, aludiendo irónicamente a la "simulación de ardores filantrópicos" impuestos por la conveniencia, que no por la convicción de la necesidad de la formación de un código.

6) Sobre la formación del código de 1.822 en líneas generales puede verse, ANTEQUERA, Codificación, 23-31; ANTON ONECA, Código penal de 1.822, 263-78; CEREZO, Curso 107-11; CASABO RUIZ, Código penal de 1.822 (tesis doctoral publicada en extracto); GONZALEZ MIRANDA, Historia, 8-13; GUTIERREZ, Examen histórico, 245 s.; JIMENEZ DE ASUA, Tratado, I, 756 s.; RODRIGUEZ DEVESA, General, 7ª ed., 96-8; SAINZ CANTERO, Informe, 511; SALDAÑA, Adiciones, I, 428-37; SALILLAS, Evolución, 241-344; VIZMANOS y ALVAREZ, Comentarios, Introducción XXV-XXXIII.

7) Una vez aprobado el Proyecto de Código, se insta por parte de varios Diputacdos a que su entrada en vigor se difiera hasta la promulgación de un código de procedimientos, sin el cual, difícilmente - arguyen - se podrán llevar a cabo las prescripiciones del código de 1.822. E igualmente, se aduce la falta de establecimientos penitenciarios adecuados para el cumplimiento de las penas previstas en el nuevo código DiarSesCong 1.821-22, III, 2.288 s. Además de estos inconvenientes, surge el problema de la desparición de la minuta del Proyecto, que aparece al cabo de pocos días (Pueden verse Actas de las Sesiones Secretas de las Cortes ordinarias y extraordinarias de los años 1.820 y 1.821, 424-7, correspondientes a las sesiones de 22, 23 y 24 de abril. CASABO RUIZ Código penal de 1.822, 8 atribuye esta serie de inconvenientes al grupo exaltado de los liberales.

8) Sobre el Congreso de Verona donde se fragua la intervención armada para devolver el poder al Monarca de forma absoluta, vid. TUÑON DE LARA, España, I, 74-83.

9) Por Real Decreto de 1 de octubre de 1.823, Fernando VII declara nulos todos los actos del Gobiernos desde el 7 de marzo de 1.820, con lo que queda sin vigor el recén estrenado código de 1.822. El texto del R.D. puede verse en SAINZ DE VARANDA, Colección, 133 s.

10) La cuestión de la vigencia real del código de 1.822 ha sido debatida recientemente para concluir afirmando la misma, aunque ciertamente fuese corta. VIZMANOS y ALVAREZ (Comentarios, Introducción XL) aludían al "escaso tiempo de vida que pudo contar" este código. Posteriormente la mayoría de los autores se limitaban a poner en duda su posible vigencia después de que ALONSO y ALONSO (Vigencia, 2-15) se pronunciase por la imposibilidad de tal vigencia en base a las vicisitudes no solo políticas y legislativas, sino a la ausencia de cauces procedimentales adecuados. ANTON ONECA (Código penal de 1.822, 274-5) prudentemente alude a que "la aplicación del Código debió ser, a lo más, breve, imperfecta y desigual". Recientemente CASABO (Código penal de 1.822, 9, y MISMO AUTOR, Aplicación, 333 s.) afirma que el código llegó a aplicarse y constata la existencia de sentencias dictadas en su aplicación. Confirma esta tesis ALVAREZ GARCIA (Aplicación, 229-35) en base a diversos datos obtenidos rereferentes a fechas posteriores a la entrada de los "cien mil hijos de San Luis" y principalmente por el contenido de una Real Cédula de Fernando VII de fecha 5 de febrero de 1.824 en la que se pretende dirimir las dudas surgidas sobre la validez de las sentencias judiciales dictadas durante el "trienio liberal". En el mismo sentido, FIESTAS LOZA, Políticos, 87 y MISMA AUTORA, Vigencia, 70-77, donde resalta la influencia de los "exaltados" en el retraso de la entrada en vigor del Código que cifra entre finales de abril y primeros de mayo de 1.823.

11) DiarSesCong 1.821-22, I, 485.

12) El Proyecto de Código fechado el 21 de abril de 1.821, y las "Variaciones" al mismo que se proponen una vez vistos los informes enviados por las diversas Entidades que contestaron a la invitación de la Comisión, se publican en el Diario de Cortes de 1° de noviembre de 1.821; comienzan a discutirse el 23 de noviembre del mismo año, y finaliza el debate el 2 de febrero del año siguiente.

13) Con especial detenimiento, y con mayor viveza y participación de los diputados, se discutió la Parte General o Título Preliminar del Proyecto. Como señala CASABO (Código penal de 1.822, 8) los debates relativos a esta parte ocupan casi dos volúmenes de los tres que consta el Diario de Sesiones de aquella Legislatura.

14) Ciertamente, como dijo Benito GUTIERREZ (Examen histórico, 246), el mejor comentario del Código de 1.822 lo constituye la discusión en que tomaron parte los más distinguidos jurisconsultos en el Parlamento, entre los que destaca CALATRAVA como defensor del Proyecto, quien, si bien generalmente habla en nombre de la Comisión codificadora, lo hace con personal vehemencia no exenta de protagonismo. También PACHECO(Código pe-

nal, I, Introducción LXVI) se refiere a la discusión parlamentaria, diciendo de ella que constituye "un libro de doctrina tan apreciable como el Código mismo".

15) Vid SALILLAS, Evolución, II, 256-60, donde se destaca el gran número de veces que resulta citado BENTHAM durante los Debates parlamentarios del Código. Por el contrario SALDAÑA, Adiciones, I, 437 considera que la influencia de BENTHAM fue muy vaga.

16) SALILLAS, (Evolución, II, 260) explica que la parquedad de referencias a LARDIZABAL puede deberse a la trayectoria política de éste, por haberse significado en contra del Gobierno Constitucional en 1.814.

17) Vid ANTON ONECA, Código penal de 1.822, 270; SALDAÑA, Adiciones, I, 437. En materia de reincidencia, como veremos (infra, secc. 2ª, I, pag.17ss) se sigue el modelo francés al recogerla en un capítulo aparte y señalar la agravación de forma casuista en función de la pena señalada para el delito.

18) VIZMANOS y ALVAREZ, Comentarios, Introducción XXXV; PACHECO, Código Penal, I, Introducción XVII, sienta la conocida frase: "Hay en él algo de Fuero Juzgo y de las Partidas, envuelto con el carácter del Código de Napoleón", que se ha venido repitiendo por autores posteriores.

19) DiarSesCong.1.821-22,I,apéndice al nº38, 481 s.. Después de describir con negros trazos la situación anterior de las leyes criminales: "leyes oscurísimas", "crueles, sanguinarias, que autorizan atroces y horrorosos suplicios...", "parto de los siglos bárbaros...", se pasa a exaltar las conquistas de la "memorable revolución de España" con un estilo grandilocuente de ardores políticos, de marcado signo enciclopedista.

20) VIZMANOS y ALVAREZ (Comentarios, Introducción XXXV) se expresan en este sentido: "el código sacrifica más de una vez los principios en aras de la costumbre y de la preocupación política, porque no pueden libertarse sus autores del influjo consiguiente a la atmósfera que les circunda, y todavía se clasifican como crímenes, actos que no merecen esta calificación,todavía se deslizan ideas propias de otros tiempos y contra los consejos de la razón y la experiencia ..."

21) ANTON ONECA, General, 60.

22) Vid infra Secc. 3ª I y II pág. 66 ss.

23) Vid PACHECO, Código penal, I, Introducción, LIV-V. También VIZMANOS y ALVAREZ (Comentarios, Introducción XXXIV) dan cuenta indirectamente de estas dos tenden-

cias. Posteriormente han señalado este fenómeno, ANTON ONECA, Código penal de 1.822, 268; CASABO RUIZ, Código penal de 1.822, 7; CUELLO CONTRERAS, Informe, 91.

24) ANTON ONECA, Código penal de 1.822, 277; CASABO RUIZ, Código penal de 1.822, 12. Ambos autores señalan también el criterio de prevención especial que se refleja en algunos preceptos del código, si bien es predominante la prevención general. En el mismo sentido CUELLO CONTRERAS, Informe, 107, s.

25) Sobre las finalidades de prevención en los autores de la Ilustración, ANTON ONECA, Prevención, 33-40. Este autor destaca la paradoja de que aquellos hombres ilustrados "críticos implacables de la legislación del antiguo régimen, reconociesen a la penalidad el mismo fin que aquella", si bien los reformadores se aprestan a corregir el abuso o exceso en la utilización del criterio preventivista. La prevención especial, como pone de relieve ANTON ONECA, es no obstante, un objetivo primordial de la pena en LARDIZABAL "compaginando la base utilitaria de los pensadores de la Ilustración con el fondo ético español para dar relieve singular a la parpe penológica y al fin correccional".

26) ANTON ONECA, Antecedentes, 32

27) VIZMANOS y ALVAREZ, Comentarios, Introducción XVIII, s. se duelen de la sistemática severidad del código por dar la mayor importancia a la ejemplaridad de las penas, y de la demasiada frecuencia con que aún recoge la pena de muerte, sobre todo en materia de delitos políticos.

28) Pragmática de 12 de marzo de 1.771, Ley VII, Tit. 40, libro XII de la Novísima Recopilación. Como es sabido junto al límite de los 10 años, se establecía la famosa cláusula de retención para los reos "más agravados" de delitos de "segunda clase" o más graves, condenados a penas de galeras, "y cuya mayor corrupción y abandono hace más temible su deserción y fuga a los moros".

29) Vid por todos ANTON ONECA, Código penal de 1.822, 275-8

30) Como tendremos ocasión de comprobar en los preceptos sobre la reincidencia de algunos delitos contra la propiedad y en las recaídas ocurridas antes de completar la condena anterior. Vid infra. Secc. 3ª, I y III, pag.

31) GUTIERREZ, Examen histórico, 245 s., PACHECO, Código penal, I, Introducción LVII-VIII, VIZMANOS y ALVAREZ, Comentarios, I, Introducción XXXIX, s.

32) ANTON ONECA, Código penal de 1.822, 278.

33) Ibidem, 277.

34) A efectos de unificar la denominación de esta circunstancia a lo largo del trabajo designaremos a partir de ahora con el término reiteración las reincidencias en delitos de distinto Título del código (códigos de 1.822 y 1.870), o en delitos de distinta especie (código de 1.848-50). Seguimos así la terminología introducida en el código de 1.928 que actualmente nos resulta más familiar por ser la consignada en el código de 1.944 y sucesivos textos refundidos. Hay que tener en cuenta, no obstante, que hasta finales del siglo XIX, en que doctrina y jurisprudencia comienzan a denominar así a esta circunstancia (Vid infra cap. 3° Secc. 2ª. II.1 pag.640ss), la palabra"reiteración" se utilizaba para designar la mera repetición de delitos sin condena intermedia. Cuando alguna vez se utilice en este sentido en el texto por alusión de algún autor, lo haremos notar debidamente para evitar confusiones.

35) Distintas parcialmente, porque en la mayoría de los supuestos cuando la recaída después de la fuga es caso de "reincidencia", esto es en delito del mismo Título, se establece expresamente la remisión a las reglas generales del capítulo V, Vid infra secc. 3ª. III.2.B.d. pag. 134 s.

36) Por la escasísima vigencia del código de 1.822, la legislación del antiguo régimen continúa aplicándose casi ininterrumpidamente, y por ello, aún a principios del siglo XIX aparecen algunas obras de los que se conocen como "prácticos tardíos" destinadas a aclarar las leyes sustantivas y procesales aplicables a los casos concretos (Para una relación de estos prácticos tardíos vid JIMENEZ DE ASUA, Tratado, I, 858 s.). Como obras teóricas de principios en materia criminal solo pueden reseñarse la de LARDIZABAL, Discurso de las penas publicada en 1.774, y la de Marcos GUTIERREZ, Discurso de los delitos y las penas, publicada en 1.804. En ambas, las referencias a la reincidencia son escasas(Vid infra, Secc. 4ª

37) Este casuismo alcanza uno de sus puntos máximos en la regulación de las penas por las recaídas después de una fuga, previstas en el Capítulo III del Título Preliminar. Vid infra Secc.3ª. III.2. pag.121 ss.

38) Según SALILLAS, Evolución, 352 s., la escala de penas que ofrece el código no constituye ninguna novedad especial pues la mayoría de ellas venían siendo aplicadas en la práctica por los Tribunales; por ello, considera que en este punto el código no representa una reforma, sino más bien la consolidación de los ya establecidos o ensayados.

39) Según dice al art. 54: "La pena de obras públicas no podrá pasar de veinticinco años". Por otra parte, el art. 56 establece que: "La pena de presidio no podrá pasar de veinte años. En el caso del art. 69 podrá llegar esta pena a veinticinco años". (El art. 69 se refiere a los sacerdotes, para los que se establecía que cumplirían las penas de obras públicas en presidio). y el art. 59 dice: "La pena de reclusión podrá llegar a veinticinco años para las mujeres y ser perpetua para los hombres mayores de setenta años en los casos prescritos en los artículos 66 y 67. Para los demás no podrá pasar de quince años. Habrá casas de reclusión diferentes para los dos sexos". (Los artículos 66 y 67 se referían a que las mujeres, y los hombres de más de 70 años, en caso de ser condenados a penas superiores a la de reclusión, debían cumplir únicamente dicha pena de reclusión.

40) Dice el art. 144: "Por medio del arrepentimiento y de la enmienda el condenado a trabajos perpetuos, podrá, después de estar en ellos diez años pasar a la deportación. Por el mismo medio, el deportado podrá obtener en su deportación, después de estar en ella diez años, alguno o todos los derechos civiles, y los empleos o cargos públicos que el Gobierno quiera conferirle. Por el propio medio, el condenado a otra pena corporal o no corporal de un número determinado de años que pase de dos, podrá después que sufra la mitad de su condena, obtener una rebaja de la cuarta a la tercera parte de todo el tiempo que se le hubiere impuesto.

41) La división de la pena en tres grados se instaura en el código de 1.848 con la misma fórmula que ha llegado hasta el código actual (texto refundido de 1.976) en el art. 78. En el Proyecto de Código penal de 1.930 se suprime esta división en tres grados, y para la graduación de la pena en función de la existencia de atenuantes o agravantes se sigue una técnica, en cierto modo similar a la del Código de 1.822 (Vid art. 78 del Proyecto) limitando la pena a la mitad inferior de la duración total señalada para el delito, o a la mitad superior según se trate respectivamente de atenuantes o agravantes.

42) Así por ejemplo, si la pena señalada para el delito es de obras públicas de 7 a 20 años (como es la del robo del art. 728), las duraciones correspondientes a cada período serían:

- delito en 1er grado: de 16 años y 8 meses a 20 años de O.P.
- delito en 2° grado : de 10 años y 2 meses a 16 años y 10 meses.
- delito en 3er grado: de 7 años a 10 años y 4 meses.

Mientras que si la pena de es reclusión de 4 a 6 años (art. 522, por ejemplo), serían:

- delito en 1er grado: de 5 a 6 años de reclusión
- delito en 2° grado : de 4 a 6 años
- delito en 3er grado: de 4 a 5 años

En este segundo ejemplo el delito en segundo grado comprende una duración de pena que abarca la del 1er grado y la del tercero. En cambio en el primer ejemplo, cada grado tenía unos márgenes propios, aunque se superponían parcialmente.

43) Ambos artículos no constituyen yn catálogo cerrado, pues el art. 109 admite atenuantes y agravantes por analogía con las contenidas en los artículos anteriores. Aunque no es objeto de nuestro estudio el examen de estas circunstancias, es interesante destacar porque son significativas de ese contraste de modernidad frente a la supervivencia de criterior tradicionales, algunas atenuantes como la 1ª del art. 106:"La corta edad del delincuente, y su falta de talento o instrucción". Frente a ésta, se recoge como agravante, en el art. 107, 4; "la mayor instrucción o dignidad del delincuente, y sus mayores obligaciones para con la sociedad o para con las personas contra las que delinquiere". Por otro lado es ilustrativa de las finalidades de prevención general asumidas en el código la agravante 107, 2: "la mayor necesidad que tenga la sociedad de escarmientos por la mayor frecuencia de los delitos". Sobre estos aspectos de las atenuantes y agravantes, vid ANTON ONECA, Código penal de 1.822, 277.

44) Vid infra Secc. 2ª. II. pág. 57 ss.

45) Vid infra Secc. 2ª. I.3.A. pág. 40 ss.

46) Vid infra Secc. 3ª. I. pág. 66 ss.

47) Vid infra Secc. 3ª. III. pág. 115 ss.

48) El código penal francés de 12 de febrero de 1.810, dedicaba el capítulo IV del Libro Primero a "Des peines de la recidive pour crimes et delits", capítulo que comprendía los artículos 56 a 58 inclusive. El texto de estos artículos será citado más adelante vid infra 3.A.a. pág. 45 s.nota 138

49) El código francés dicta diversas reglas de agravación en función de las penas correspondientes al delito por el que fue condenado anteriormente y al delito nuevamente cometido (cuando decimos delito, nos referimos a cualquiera de las tres modalidades de infracciones

previstas en el código francés: crímenes, delitos o contravenciones). Por ello, la doctrina francesa acostumbra a denominar esta figura legal como "reincidencia de penas" (Vid VIDAL, Cours, 456 s.; DONNEDIEU DE VEBRES, Criminal, 485)

50) GARCIA GOYENA, Código, I, 91

51) Vid infra II.1. pág. 57 ss.

52) Los códigos de 1.848 y 1.850 en la agravante 18ª recogen "Ser reincidente en delito de la misma especie". el de 1.870 dice: "Hay reincidencia cuando al ser juzgado el culpable por un delito estuviere ejecutoriamente condenado por otro comprendido en el mismo Título" (subrayado nuestro; sobre la problemática de la expresión "al ser juzgado" vid infra cap. 3° pag.) En el código de 1.932 se mantiene la misma definición de 1.870. El código de 1.928, por el contrario vuelve a exigir condena anterior a la nueva comisión: art. 67-3º: "Cuando al ejecutar el delito el culpable estuviere castigado, con anterioridad y ejecutoriamente, por otro comprendido en el mismo título de este Código".

53) La definición actual del n° 15 del art. 10, aunque en su redacción gramatical se asemeja a la de 1.870, al sustituirse la expresión "al ser juzgado" por "al delinquir", vuelve a explicitar la necesidad de condena previa a la nueva comisión de delito, con lo que sustancialmente reproduce los requisitos de 1.822. Más aún con la admisión de la prescripción, por la Ley de 28 de diciembre de 1.978.

54) MARCOS GUTIERREZ, Discurso, 59

55) GARCIA GOYENA, Código II, 199: "queda en pie la duda si para la agravación (por reincidencia) será preciso que el ladrón haya sido condenado por sus hurtos anteriores.

56) Citado por GARCIA GOYENA en Ibidem.

57) GARCIA GOYENA, Código II, 200

58) Vid infra Cap. 2° Secc. 2ª, I. pág. 259 ss.

59) Vid infra Cap. 3° Secc. 2ª, I. pág. 541 ss.

60) Este punto es uno de los caballos de batalla que afloran frecuentemente en la discusión del Proyecto del Código (Vid DiarSesCong 1.821-22, III, 2.270-2, y 2.288-92 principalmente) y una de las causas que motivó el retraso de la entrada en vigor del Código, como señalan ALONSO y ALONSO, Vigencia, 10-12, CASABO RUIZ, Aplicación 335 s.

61) Art. 158: "Ningún reo puede obtener indulto particular sino después de haber sido condenado por sentencia legal que cause ejecutoria"

Art. 167: "El Rey en las faustas ocasiones ((...)), puede conceder, oyendo también al Consejo de Estado indulto general en favor de todos los que hayan delinquido, y no estén sentenciados hasta aquella fecha, de modo que cause ejecutoria ((...))".

62) VIZMANOS, Comentarios, Introducción XL.

63) Vid infra Cap. 2° Secc. 2ª.I.2.A.a.a' y Cap. 3° Secc. 2ª.I.2.B. págs. 272 y 543.

64) Vid infra c. y D.c., págs. 25 ss. y 35 ss.

65) Art. 1: "Comete delito o falta el que libre y voluntariamente y con malicia hace u omite lo que la ley prohibe o manda bajo alguna pena. En toda infracción de la ley se entenderá haber voluntad y malicia mientras que el infractor no pruebe o no resulte claramente lo contrario.

Art. 2: "Comete culpa el que libre y voluntariamente, pero sin malicia, infringe la ley por alguna causa que puede y debe evitar"

66) Vid CUELLO CONTRERAS, Informe 98

67) CALATRAVA, DiarSesCong 1.821-22, II, 1.001 argumenta en favor de esta división recogida en nuestras leyes antiguas a través del derecho romano, frente a la tripartición del código francés de Napoleón, por la que precisamente se pretendía recortar la competencia de los Jurados. Vid sobre este extremo las manifestaciones del Colegio de Abogados de Madrid, Observaciones 13-7.

68) Vid DiarSesCong 1.821-22, II, 962-72 y 992-1.003 donde se recoge la discusión mantenida sobre el art.1 del Proyecto cuyo texto decía: "Es delito todo acto cometido u omitido voluntariamente y a sabiendas, con mala intención y con violación de la ley." A pesar de la ausencia de una ciencia jurídica suficientemente elaborada en esta época son de gran interés los intentos por fijar las diferencias entre la mera voluntariedad de la conducta y la culpabilidad, y dentro de ésta las nociones de la imputabilidad y del dolo y culpa. Sobre el debate de estos extremos vid. ANTON ONECA, Código penal de 1.822, 272 s. CASABO RUIZ, Código penal de 1.822, 10 s., CEREZO MIR, Antijuricidad, 451 ss., CUELLO CONTRERAS, Informe, 92-100

69) Este es el término usado con más frecuencia para describir las "culpas". Aparece en los siguientes artí-

culos que transcribiremos total o parcialmente, subrayando los términos que hagan referencia a la culpa:

Art. 246: delito de detención arbitraria, que contiene siete supuestos. A continuación del séptimo dice: "El Magistrado o juez que incurra en alguno de los casos de este artículo por ignorancia o descuido, será suspensode empleo y sueldo por uno a dos años ..."

Art. 368: "El boticario o practicante de botica que equivocando por impericia o descuido el medicamento prescrito en la receta ((...)) causare por ello algún daño, ((...))."

Art. 483: "Cualquier funcionario público o agente del gobierno que tocándole como tal el cumplimiento y ejecución de una orden superior que legalmente se le comunica, no la cumpla y ejecute, o no la haga cumplir ((...)), bien sea por lentitud, bien por omisión o descuido ((...))

Art. 505: Exceso en el ejercicio de su cargo, por funcionarios "((...)) Si no lo hiciere a sabiendas, sino por descuido o falta de instrucción pagará una multa ((...)).

Art. 507: Retraso en la administración de la justicia por autoridad judicial o administrativa. El último inciso del artículo dice: "((...)) si no lo hiciere a sabiendas, sino por negligencia, descuido o falta de instrucción ((...))"

Art. 513: "El juez letrado de derecho de cualquier clase, que por falta de instrucción o por descuido falle contra ley expresa ((...))".

Art. 627: De homicidio involuntario, quizá el más conocido y de gran trascendencia en cuanto a que fija los elementos de la culpa y prácticamente del caso fortuíto y que dice textualmente:
"El que por ligereza, descuido, imprevisión, falta de destreza en el manejo de algún arma, equivocación, contravención a las reglas de policía y buen gobierno, o por otra causa semejante que pueda y deba evitar, mate involuntariamente a otro, o tenga aunque involuntariamente la culpa de su muerte, sufrirá un arresto de tres meses a dos años, y otros dos años más de destierro del lugar del delito y veinte leguas en contorno".
(Omisión de cuidado, evitabilidad, exigibilidad,... componentes fundamentales de la "culpa")

Art. 657: "El que involuntariamente hiera o maltrate de obra a otro por ligereza, descuido u otra causa que pueda y deba evitar o tenga del mismo modo la culpa, aunque involuntaria, de que otro sea herido o maltratado ((...))"

Art. 659: "Los dueños o encargados de perros u otros animales fieros o peligrosos que hagan daño a alguna persona, serán castigados como reos de heridas involun-

tarias cometidas por ligereza o descuido, con arreglo al art. 657, si hubiera procedido el daño de estar suelto el animal, o de no tenerle con las precauciones debidas, o de otra negligencia o culpa del dueño ((...))"

70) Arts. 627, 657 y 659 citados en nota anterior.

71) Art. 517: "La pena señalada en el precedente artículo se impondrá también a los jueces de hecho o de derecho o árbitros, que antes de pronunciar su sentencia definitiva, manifiesten o descubran la que piensen dar ((...)). Si lo hicieren únicamente por ligereza o imprudencia serán reprendidos."; y arts. 627, 657 y 659 citados en nota 69).

72) Arts. 354, 442, 466 y 507 citados en nota 69).
Art. 442: "Cuando alguno de los delitos expresados fuere cometido por negligencia u otra culpa del depositario, archivero, escribano o encargado de la custodia ((...))". Los delitos expresados a que se refiere son, la sustracción, alteración o destrucción de documentos en custodia, apertura ilegal de testamentos cerrados, quebrantamiento de sellos, embargos o secuestros. Es interesante resaltar aquí que se remite el legislador a estos "delitos" cometidos por negligencia o culpa, con lo que admite "delitos culposos", aunque probablemente ha sido un descuido en la redacción.

Art. 466: "El que teniendo a su cargo caudales o efectos de los sobredichos diere lugar por su negligencia o culpa al extravío de alguno de ellos, o a que otros los usurpen o sustraigan o malversen, será depuesto de su empleo ((...))".

Art. 542: "Cuando la prostitución o corrupción del joven dimanare de abandono o negligencia de los padres, madres o abuelos ((...)). Si el abandono o negligencia fuese de parte de los tutores, curadores, parientes, maestros, directores o jefes del establecimiento, a cuyo cuidado estuvieren los jóvenes ((...))".

Art. 545: "La que ignorando esta circunstancia contrajere el matrimonio de buena fe, pero de manera que su ignorancia procediese de negligencia culpable en enterarse debidamente del verdadero estado de la otra persona ((...))".

(Muy interesante la alusión a la ignorancia vencible, que dará lugar a responsabilidad, no así la invencible).

Art. 549: "Los testigos que, com pleno conocimiento y malicia concurran a la celebración del matrimonio en que se cometa el delito de bigamia ((...)) Pero si en su testimonio hubisesen procedido sin malicia, aunque con la culpa de afirmar por credulidad u otro motivo lo que efectivamente no les constaba, o con la de ignorar por negligencia lo que debían saber para sus declaraciones ((...))".

73) Arts. 354, 442 y 466 citados en notas anteriores.

74) Art. 517 citado en nota 71)

75) Art. 370: "El boticario que teniendo para usos de farmacia víboras u otros animales venenosos no los custodiare con las precauciones regulares, pagará una multa de cinco a veinte duros, si no causaren daño alguno, y además de esta multa sufrirá una reclusión de un mes a un año si lo causare ((...))".

76) Art. 627 citado en nota 69)

77) Art. 627 citado en nota 69)

78) Art. 627 y 368 citados en nota 69)

79) Arts. 505, 507 y 513 citados en nota 69)

80) Art. 368 citado en nota 69)

81) Art. 542 citado en nota 72)

82) Arts. 246, 545, y 549 citados en nota 69) el primero y en nota 72) los dos últimos. Obsérvese que en estos dos se matiza que la ignorancia debe ser por negligencia.

83) Como es sabido a partir del Código de 1.848 desaparece la división de "delito" y "culpa" como conceptos contrapuestos, y ésta última queda recogida en un Título especial en el Libro de los delitos, con carácter de fórmula general de aplicación (salvo excepciones, por mantenerse todavía alguna descripción culposa de forma particular, y porque determinados delitos no admiten la comisión culposa). Se clasifica asimismo la culpa según su gravedad, en imprudencia temeraria simple con infracción (art. 469) y simple (art. 480, 7°, en el Libro de las faltas), tal como básicamente ha llegado al código actual. La implantación de estas fórmulas generales, evitando así el casuismo del código del 22, mediante un proceso de abstracción, suscita la cuestión de si contemplan un "crimen culpae", o si por el contrario, tienen únicamente el valor de forma de culpabilidad. RODRIGUEZ DEVESA, General, 7ª ed., 97, nota 17) pone de relieve la influencia que el código de 1.822 con su doble definición de las infracciones punibles, ha tenido sobre la ductrina y jurisprudencia posterior para la interpretación en favor de la tesis del "crimen culpae".

84) Aunque únicamente los títulos VI ("De los delitos y culpas de los funcionarios en el ejercicio de sus cargos"), y IX ("De los delitos y culpas de los impreso-

res, libreros y otras personas en el abuso de la libertad de imprenta") de la Parte Primera del Código, recogen en su enunciado la referencia a las "culpas" la mayoría de los títulos recogen alguna "culpa". Examinando los artículos que hemos citado en las notas 69 a 82, vemos se incluyen algunas "culpas" también en los títulos I ("De los delitos contra la Constitución":art. 246 cit.), III ("Contra la seguridad interior del Estado ...": art. 354), IV ("Contra la Salud Pública": arts. 368 y 370), V ("Contra la Fé Pública": art. 442) y VII ("Contra las buenas costumbres": arts. 542, 545 y 549) de la Parte Primera. En la Parte Segunda, de los delitos contra los particulares, en el Título I ("De los delitos contra las personas": arts. 627, 657 y 659).

85) Vid infra, Secc. 4ª pág. 160 ss.

86) ECHEVERRIA, DiarSesCong 1.821-22, II, 1.596 s. En realidad este diputado no impugna la improcedencia de la reincidencia en las "culpas", sino la gravedad de las penas que resultan para estos casos, por aplicación de la escala prevista en el artículo 121 del proyecto (art. 119 del código).

87) CALATRAVA, DiarSesCong 1.821-22, II, 1.597: "((...)) Yo creo que la única razón que ha dado S.S. es que es muy duro castigar de esta manera un descuido; pero no se ha hecho cargo de que se trata de un descuido grave cometido por segunda vez; y ha olvidado que aqui no se propone sino lo aprobado ya por las Cortes ((...))" Más adelante continúa: "Aquí tienen las Cortes castigada la reincidencia en un delito que merece suspensión con la privación, y además con inhabilitación perpetua; pero repito que el señor preopinante no se ha hecho sin duda cargo de que se trata de delitos de reincidencia, ni de que las Cortes tienen ya aprobada una base ((...))" (subrayado nuestro). Aquí CALATRAVA alude a "delitos de reincidencia" término confuso, tanto por lo que toca a la reincidencia, como porque se estaba hablando de "descuidos". Por ello, ECHEVERRIA (Ibidem) le contesta que: "Debo advertir que yo he hablado de olvidos naturales, y no de delitos", dejando así claro la diferencia entre los dos conceptos (delito-culpa)

88) El Proyecto aparece en el DiarSesCong 1.821-22, I, 481-557, apéndice al número 38, incluyendo las variaciones que propone la Comisión después del examen de los informes emitidos Por Audiencias, Universidades, y otras entidades y personalidades.

89) Artículos paralelos al art. 49 y correlativos que examinaremos más adelante, Vid infra Secc. 3ª. III. 2 pág. 121 ss.

90) Este articulado corresponde al del Proyecto con las Variaciones que figuran en el mismo apéndice.

91) Vid infra Secc. 3ª. III.2.D. pág.144 ss. donde se desarrollan estos artículos y las distintas posturas que sobre ellos se manifestaron en el Congreso.

92) Decía el art. 50 del Proyecto: "Si el reo fugado en cualquiera de los casos del artículo precedente cometiere después de su fuga otro delito a que esté señalada pena corporal o de infamia, se le condenará a que no pueda salir nunca de los trabajos perpetuos, ni disfrutar de la gracia que se expresará en al artículo 147; y si el delito cometido después de la fuga mereciere más de doce años de obras públicas, se impondrá al reo irremisiblemente la pena de muerte; entendiéndose que en ninguno de estos casos deberá haber más que un juicio sumario con arreglo al código de procedimientos" El artículo anterior se refería a la fuga del reo que se hallase cumpliendo pena de trabajos perpetuos.

93) MARTINEZ DE LA ROSA, DiarSesCong 1.821-22, II, 1.382-4 y 1.386. Otra de las serias objeciones que se hicieron a este artículo versaron sobre el procedimiento sumario establecido para el enjuiciamiento de los delitos en estos casos.

94) DiarSesCong 1.821-22, II, 1.386

95) Ibidem, 1.597

96) DiarSesCong 1.821-22, III, 1.801. Este artículo 83, queda prácticamente igual, pasando en el código a ser el 80. Vid infra Secc. 3ª. III.1.C. pág. 118

97) Vid infra Secc. 3ª.III.2.B.d. pág. 134 ss.

98) Vid infra Secc. 3ª.III.2.C.b. pág. 141 ss.

99) DiarSesCong 1.821-22, II,1.800-2

100) Art. 48 del Proyecto: "El reo condenado a trabajos perpetuos será marcado públicamente en la espalda por el ejecutor de la justicia con un hierro ardiente que forme la figura de la letra D.
Para ello, será conducido en el mismo día o en el siguiente a la notificación de la sentencia, desde la cárcel a un tablado hecho en una plaza pública, y se le llevará en camisa de medio cuerpo por arriba, atadas las manos, descubierta la cabez, y sobre un jumento guiado del diestro por el ejecutor de la justicia. Para que éste le ponga la marca, será atado el reo a un palo colocado sobre el tablado, observándose en todo

lo demás lo dispuesto en los artículos 40, 42 en cuanto al cartel 43, 44, 45 y 46"
En este punto la Comisión reconoce seguir los pasos del Código francés que aplicaba esta pena únicamente para los casos de trabajos perpetuos, y en algunos casos a los sentenciados a trabajos temporales y a los falsarios. Aun después de haber reconocido que la Marca, es "un resto de los siglos bárbaros", y que "ultraja a la humanidad" porque "era más a propósito para causar la desesperación del culpable que su corrección y enmienda", considera que es "uno de los medios más oportunos para comprobar las reincidencias criminales, y la experiencia ha demostrado los buenos efectos de esta medida". (Apéndice al n°38 del Diar SesCong 1.821-22, I, 483.
Al admitirse solo para los condenados a trabajos perpetuos, parecen también tener en cuenta las consideraciones que sobre ésta había hecho años antes Marcos GUTIERREZ (Discurso 116-8), que aún rechazándola por su"inutilidad pública" y contraindicada para la corrección, admite que, caso de no abolirse totalmente solo sería procedente en el condenado a pena de muerte o a esclavitud perpetua.

101) DiarSesCong 1.821-22, I, 483

102) Así lo manifiesta la Comisión en las Variaciones, DiarSes. Cong.1.821-22,I, 551. El Colegio de Abogados de Madrid, no rechazaba la marca para los reos condenados a Trabajos perpetuos, "porque en tal caso la consideramos como una seguridad que previene el peligro de evasión o de la deserción, pero podría imprimirse no con un hierro ardiendo que hace sufrir al delincuente y a los espectadores, sino con polvos colorantes o de otra manera menos cruenta" (Observaciones, 27). Por otro lado la Universidad de Granada, aunque la rechazaba para las penas perpetuas sobre las que el Proyecto proponía, la solicitaba para todo el que robase por encima de 20 reales, al que se debía marcar en la espalda con una "L", y además en caso de reincidencia proponía se le impusiese la pena de muerte (DiarSesCong 1.821-22, III, 2.084 y SAINZ CANTERO, Informe, 535)

103) DiarSesCong 1.821-22, I, 551

104) Hasta la creación del Registro Central de Penados en 1.879, la efcicacia en la comprobación de las condenas anteriores del reo, dependerá de la coordinación y agilidad administrativa entre los distintos Juzgados u órganos encargados de administrar la justicia penal. En los años que siguen a la derogación del código del 22, el panorama en este punto volvería probablemente a ser el mismo que describe TOMAS Y VALIENTE,(Monarquía, 345), para la época inmediatamente anterior,

y concretamente, refiriéndose a los hurtos: "el ladrón "agotaba" una ciudad cuando recibía una pena, pero se marchaba huyendo de la posible futura apreciación de reincidencia, pues siendo desconocido en la segunda ciudad, no era fácil que se le tuvieran en cuenta los hurtos cometidos en otras".

105) Puesto que este código no establece una clasificación de las infracciones por razón de su gravedad, y expresamente se refiere a "delito o culpa", por ínfima que sea la entidad del hecho punible, puede quedar afectado por la reincidencia.

106) Vid infra Cap. 3° Secc. 2ª, I, 2.B.b. pág.545 donde desarrollamos más extensamente las razones que conducen a esta conclusión, aplicables paralelamente también a esta código.

107) El Código francés de 1.810 no distinguía la reincidencia por la semejanza de las infracciones (Vid infra pág.46 nota138 donde se transcriben los artículos 56 a 58 de dicho Código); el Código penal austriaco consideraba como agravante el haber sido castigado anteriormente por un delito semejante (art. 37, 3°); el Código de Dos Sicilias seguía el modelo francés (arts. 78-84). La fórmula del mismo Título para designar la reincidencia específica la encontramos únicamente muchos años más tarde en el código penal del cantón Tesino de Suiza, código del año 1.873, según consta en la relación que ofrece MANZINI (Recidiva ,316) de los diversos criterios utilizados para designar la homogeneidad de los delitos.

108) Durante el debate del Proyecto, en alguna ocasión se equipara "reincidencia" a la recaída en delito de la "misma especie" que el anteriormente condenado. Concretamente en la intervención de ROMERO ALPUENTE durante la discusión del art. 75 del Proyecto (DiarSesCong 1.821-22, II, 1.425) donde este diputado explicaba que: "si es de la misma especie podrá graduarse de reincidencia, y de casi reincidencia si fuese de otra especie".

109) TOMAS y VALIENTE, Monarquía, 344: "La reincidencia es enfocada siempre en relación a un mismo delito ((...)). Por ello, es en ciertos delitos de los que ofenden directamente a Dios, (perjurio, blasfemias ...) y en los delitos contra la propiedad (hurtos, robos) donde de un modo más constante las leyes imponen penas más graves a quienes los cometen por tercera o por segunda vez" Vid también Ibidem 248-53 sobre los delitos contra la propiedad. En el mismo sentido GARCIA GOYENA; Código, I, 90: "((...)) común es hablar de simple reincidencia, y siempre en la misma especie de delito: pero en la mayor parte se echa de menos esta previsión, y yo no encuentro una que hable de reincidencia en deli-

to de distinta especie. De consiguiente, llegado este caso, que suele ser muy frecuente, el juez se encuentra sin regla alguna segura de su conducta, y hace sacar testimonio de la condena anterior, para unirlo a la causa, y darle el valor arbitrario de una circunstancia agravante". Esta última observación, puede responder a que la regla que disponía la Partida VII. Tit. XXXIV, XIII: "Et aun dixeron que quien una vez es dado por malo siempre lo es, deben tener por tal fasta que se pruebe lo contrario"

110) Este extremo ha sido evidenciado principalmente a partir de los comentaristas del código de 1.870 (Vid infra Cap. 3° Secc. 2ª, I.2.C.c., pág. 593) y continúa su denuncia en la doctrina y comentaristas del código de 1.944. Vid por todos, MIR PUIG, Reincidencia, 304, nota 7

111) Acudimos a la terminología de la dogmática moderna, tan posterior a este código, pero creemos que es aplicable en este aspecto, la perspectiva actual, por supuesto. Sobre los "tipos abstractos" o "incompletos" a efectos de señalar el "título" relevante para la reincidencia, Vid MIR PUIG, Reincidencia, 327-8, y 365.

112) Este punto será tratado más extensamente con el código de 1.870. Vid infra Cap.3° Secc. 2ª.I.2.C.b.pág. 583 ss.

113) Vid supra A.b. pág. 22 ss.

114) Tal es el caso de algunos delitos del Título VII de la Parte Primera, como los de los artículos 561 o 572 que se refieren a los desacatos de hijos a los padres, o de las desavenencias entre cónyuges, respectivamente. El artículo 562 utiliza el término "falta" refiriéndose a los desacatos citados: "Si después de esto, el hijo o hija reincidiere en las mismas faltas, podrá el padre ponerlos, con conocimiento y auxilio del alcalde en una casa de corrección por espacio de un mes a un año". Sin embargo, al no establecer el código otra clase de infracciones que "delitos" y "culpas", debemos entender, que aunque se está reconociendo su mínima entidad, se trata de un "delito", y por lo tanto puede causar reincidencia si comete otro del mismo título (la reincidencia en la misma conducta queda recogida especialmente en el artículo transcrito)

115) Volvemos a encontrar la prescripción de la reincidencia en los últimos años de vigencia del código de 1.870 al introducirse por R.D. de 14 de noviembre de 1.925 (Vid infra Cap. 3° Secc.2ª.I.3. pág.613). El código de 1.928 concedía al Juez la facultad de dejar de estimar la reincidencia o la reiteración en consideración al tiempo transcurrido entre los delitos (art. 67-3°). El código de 1.932 no recoge la prescripción, aunque el tiempo transcurrido entre

las infracciones podía tenerse en cuenta en la reiteración a través de la claúsula facultativa establecida para ella (art. 10 u.p.). El código de 1.941 impide toda posibilidad de prescripción a efectos de reincidencia o reiteración; recientemente por ley 81/78 de 28 de diciembre se instaura la prescripción para ambas agravantes adelantándose a la regulación que en este aspecto se prevé en el Proyecto de ley orgánica del código penal de 1.980 recién presentado a las Cortes (BolCong 17 de enero de 1.980) en su art. 28, nº11.

116) Sobre la prescripción de la reincidencia en la legislación comparada Vid MANZINI, Recidiva, 320-4

117) DiarSesCong 1.821-22, II, 1.596

118) Ibidem. CALATRAVA: "La comisión ha seguido un principio más humano, y ha creido deber preferir una opinión apoyada por escritores muy acreditados, que tienen por indispensable señalar término a la reincidencia. En efecto, sería muy duro, el castigar como reincidente al que vuelve a delinquir después de veinte años que se ha conservado irreprensible; tanto más que aquí se trata de delitos que ni aún merecen pena corporal. Después, cuando se trata de los que la merecen se aumenta el término para la reincidencia". No sabemos en que acreditados escritores se apoyan, si bien la medida es laudable.

119) Art. 174: "En los demás delitos que no merezcan, según la ley, pena corporal ni de infamia, ni privación de empleo, ni inhabilitación para ejercer profesión o cargo público, la acción para acusarlos o proceder criminalmente contra ellos, o para demandar los resarcimientos e indemnizaciones, se prescribe en el término de tres años, contados desde el día siguiente a aquel en que se cometió el delito ((..))".

Art. 175: "En los delitos y culpas más graves, el término de la prescripción para los efectos expresados en los dos primeros párrafos del artículo precedente, será el de ocho años; y si dentro de ellos se hubiera empezado a proceder criminalmente de oficio, el de doce, según lo prevenido en el párrafo tercero del propio artículo.

Los arts. 172 y 173 establecen términos de 30 días para las injurias, y de 1 año para el adulterio y el estupro.

120) Vid supra Secc. 1ª.III.1. pág.10 ss.

121) Vid infra Secc. 3ª.III.1.A y 2.A.d. págs. 116 y 126

122) Vid supra 2.A.c.a' págs. 25 ss.

123) Vid infra Secc. 3ª.III.2.B.d. pág. 134 ss.

124) Como son los artículos del Capítulo III del Título Preliminar, que examinaremos más adelante. Vid infra Secc. 3ª.III. pág. 115 ss.

125) Salvo indulto de la pena, como expresamente dice el art. 116. Téngase en cuenta que en el Código de 1.822 no se contempla la prescripción de penas.

126) Vid infra Secc. 3ª.I.2.C. pág. 70

127) Vid supra Secc. 1ª.III.2. pág. 13 ss.

128) Pena distinta puede considerarse también cuando se modifican los topes mínimo y máximo señalados por la ley al delito, aunque se mantenga la misma clase de pena.

129) Vid supra Secc. 1ª.III.2. pág. 13 ss.

130) DiarSesCong 1.821-22, II, 1.596

131) Ibidem, 1.597. Subrayado nuestro.

132) Ibidem. La contestación textual de CALATRAVA queda recogida más abajo, Vid infra II.4. pág. 63

133) Si el nuevo delito encaja en el art. 810, de ejercicio arbitrario del propio derecho, cuya pena es de 4 a 20 días de arresto, el aumento por reincidencia, será de días: de 8 a 40 días del mismo arresto.

134) En delito del abogado o procurador que se negase a defender gratuitamente a los pobres sin motivo legítimo, el artículo 587 señala una pena de multa de 5 a 30 duros y suspensión de oficio de 2 a 6 meses. La reincidencia duplicará la multa, y los meses de suspensión.

135) El delito de omisión de socorro viene recogido en el artículo 698, del mismo Título de los delitos contra las personas, y tiene señalada una pena de reprensión y arresto de 1 a 6 días, o multa de 10 reales de vellón a tres duros.

136) Vid supra, Secc. 1ª.III.2. pág. 13 ss.

137) Señalamos 9 años, en números redondos fijando una pena concreta, ya que al delito en segundo grado, sin reincidencia, le correspondería una duración de 7 años y un mes, a 11 años y un mes.

138) El capítulo IV del Libro Primero del Código francés, recoge los artículos 56 a 58, en los que se señalan los efectos de la reincidencia, teniendo en cuenta la clase

de pena del primer delito ya condenado y la del nuevo:
Art. 56: "Quinconque, ayant été condamné a une peine afflictive ou infamante, aura commis un second crime portant la degradation civique, será condamné a la peine du carcan. Si le second crime emporte la peine du carcan ou du bannissement, il será condamné a la peine de la reclusion. Si le second crime entraine la peine de la reclusion, il será condamné a la peine des travaux forcés a temps et a la marque. Si le second crime entraine la peine de travaux forcés a temps, ou la déportation il será condamné a la peine des travaux forcés a perpetuité. Si le second crime entraine la peine de travaux forcés a perpetuité, il será condamné a la peine de mort.

Art. 57: "Quinconque, ayant été condamné pour un crime aura commis un délit de nature a étre puni correctionnellement, será condamné au maximum de la peine portée par la loi, et cette peine pourra etre élevée jusqu'au double".

Art. 58: "Les coupables condamnés corresctionnellement a un emprisonnement de plus d'une année, seront aussi, en cas dé nouveau délit, condamnés au maximum de la peine portée par la loi, et cette peine pourra atre elevée jusqu'au double: ils seront de plus mis sous la surveillance spéciale du Gouvernement pendant au moins cinq années et dix ans au plus".

139) Vid supra 2.C.b. pág. 32 s.

140) En los arts. 49 y 55, del código se prevén penas distintas para los casos de quebrantamiento de pena perpetua y recaída en otro delito pero no para las recaídas durante el cumplimiento. Vid infra Secc.3ª , III. 1.B. pág. 116

141) Vid supra 3.A. pág. 40

142) DiarSesCong 1.821-22, II. 1.382 s. Los beneficios del art. 144 (147 en el Proyecto) se refieren a la posibilidad de pasar a la deportación después de estar diez años en los trabajos perpetuos.

143) Ibidem, pág. 1.387-9.

144) DiarSesCong 1.821-22, II, 1.597

145) Argumentos manifestados en la discusión principalmente del artículo 50 del Proyecto. Vid infra Secc. 3ª. III. 2.D. pág.144 ss.

146) CALATRAVA, DiarSesCong 1.821-22, II, 1.596

147) Ibidem

148) Vid supra 2.A.b. pág. 22 ss.

149) DiarSesCong 1.821-22, II, 1.596 s.

150) Vid supra A.a. pág. 44 s.

151) Vid supra A.a. nota 138 pág. 46

152) Vid supra Secc. 1ª, III.1. nota 39) pág. 12

153) DiarSesCong 1.821-22, III, 1.615

154) No obstante, y aunque parezca dura la proposición, no parece que repugnase demasiado en esta época, pues los Proyectos de Códigos Criminales de los años 1.830 y 1.834, recogen estos efectos retroactivos: artículo 470 del Proyecto de 1.830, y art. 563 del de 1.834, cuya redacción es idéntica: "Siempre que un reo indultado de la pena de un delito vuelva y incurrir en otro de la misma especie, quedará sin efecto el primer indulto y será castigado como reo de reincidencia" (Vid CASABO RUIZ, Proyecto 1.830, y MISMO AUTOR, Proyecto 1.834.)

155) Es curioso que, la Universidad citada considera más relevante el que la recaída sea en delito de igual o mayor pena que el anterior, independientemente del Título en que se encuentre con respecto al primero. Posteriormente en el Código de 1.848, y a partir de él en los posteriores, se utiliza esta misma expresión para la agravante de "reiteración, pero en el sentido contrario, exigiendo que el delito anterior sea el de pena igual o mayor que el segundo.

156) Vid infra, II.1. pág. 57 sobre la denominación de las recaídas en delito de distinto Título.

157) Vid supra 3.A. pág. 40

158) Vid TOMAS Y VALIENTE, Monarquía, 250 s. y 344 principalmente.

159) Aunque la estructura del código actual proviene del de 1.848, la definición de la reincidencia, sobre todo al admitirse la prescripción por ley 81/1.978, coincide más con la de este primer código del 22 que con la del código del 48, y por supuesto que con la criticable definición de 1.870.

160) Especialmente el código de 1.870 que exige que la condena sea anterior al enjuiciamiento del nuevo delito, sin que por lo tanto pueda exigirse con anterioridad a la nueva comisión Vid infra Cap. 3°Secc. 2ª. I. pág. 541

161) Vid supra 2.A.c.a' pág. 25 ss.

162) Vid supra 2.C.b. pág. 32 ss.

163) Vid supra 2.D. pág. 35 nota 115

164) A partir del código de 1.848, en que ambas clases de recaídas aparecen como agravantes genéricas, la "reiteración" exige que la pena del delito anteriormente condenado sea igual o mayor que la señalada al nuevo delito. Aún así, en 1.870, su apreciación es facultativa en consideración de las circunstancias del hecho y del reo, facultad que se mantiene en 1.928 y 1.932, para ser otra vez de apreciación obligatoria a partir de 1.944.

165) La mayoría de los códigos extranjeros siguen el sistema de, o no diferenciar la reincidencia por la semejanza de las infracciones, o de castigar sólo la reincidencia específica en delitos que guarden entre sí una cierta analogía. Siguen un sistema parecido al de los códigos españoles, la legislación rusa-polaca de finales del siglo XIX; también la búlgara, la belga y varios códigos sudamericanos de esa misma época. Sobre estos extremos Vid MANZINI, Recidiva, 311-6, donde aporta una relación completa de los diversos códigos sobre este particular, si bien en referencia a los códigos de finales de siglo.

166) También en derecho comparado cuando se sigue el sistema de recoger diferencialmente las dos modalidades de reincidencia por razón de la homogeneidad de las infracciones, la recaída en delitos no semejantes, tiene en general unos efectos más suaves que la reincidencia en delitos semejantes. Vid MANZINI, Recidiva 314-6.

167) Vid supra I.2.C. pág. 31

168) Aunque en el art. 121 pueden encajar las recaídas en infracciones más o menos semejantes con tal de que no estén encuadradas en el mismo Título del código, parece claro que el legislador pretende recoger en este artículo la recaída en infracciones distintas, al usar la expresión "por diferente que sea"; expresión que en el Proyecto presentado al Congreso, era aún más tajante en este sentido, pues decía "por más diferente que sea" (Vid DiarSesCong 1.821-22, I, 495)

169) Vid infra Cap. 3° Secc. 3ª.II.1. pág.723

170) Vid infra Secc. 3ª. III.2.B.d. pág. 134 ss.

171) DiarSesCong 1.821-22, II, 1.597. Al tratar del artículo que prescribía las penas por reincidencia alude CALATRAVA a una propuesta de la Universidad de Zaragoza en el sentido de imponer la pena de muerte cuando el reo hubiese cometido dos delitos cuyas penas fuesen de trabajos perpetuos; a esta proposición contesta CALATRAVA diciendo: "Si el delito segundo es caso de reincidencia, sufrirá esta pena con arreglo al artículo precedente; si no lo es, la comisión cree que no hay necesidad de tanto rigor". Es evidente que por "reincidencia" se refiere a aquella en delitos del mismo Título pues para ésta se señalaba la pena de muerte en el caso en cuestión, y no para la "reiteración" o recaída en delitos distintos. Más adelante, en el mismo pasaje, defiende que debe agravarse la pena al que recae después de una condena en delito distinto, "pero no tanto como a los declarados reincidentes".

172) Así, ECHEVERRIA, DiarSesCong 1.821-22, II, 1.387, durante la discusión del art. 50 del Proyecto dice: "... que haya una certeza física, tanto de haber ejecutado la fuga como de haber reincidido después de ella, ó haber cometido otro distinto crimen". También ROMERO ALPUENTE (DiarSesCong 1.821-22, II, 1.425) con ocasión del debate de las agravaciones por las recaídas ocurridas después de la fuga, diferencia ambas clases de reincidencia: "... porque si es de la misma especie podrá graduarse de reincidencia, y de casi-reincidencia si fuere de otra especie". Esta es la única vez que vemos denominada de alguna forma la "reiteración"; el nombre utilizado "casireincidencia" indica la similitud con la genuina reincidencia, salvo en el extremo de la semejanza de delitos.(Subrayados nuestros)

173) Vid supra Secc. 1ª.II. pág.7

174) Vid supra I.2.A.B y D, págs. 19 ss, 30 ss. y 35 ss.

175) Vid supra I.2.C.b. pág. 32

176) Vid infra Secc. 3ª. III.2. pág. 121 ss.

177) Vid supra Secc. 1ª.III.2. pág. 13 ss.

178) Ibidem

179) Ibidem

180) DiarSesCong 1.821-22, II, 1.597. Según manifiesta CALATRAVA, no había observación alguna de este artículo en los informes enviados por las diversas entidades que mandaron observaciones al Proyecto.

181) Es curioso que, en este momento no haya objeciones a la inclusión de esta figura como agravante, y que en cambio al promulgarse el código de 1.848 que también la recogía surjan numerosas críticas insistiendo en la improcedencia de su encuadramiento como agravante. Vid infra Cap. 2° Secc. 2ª.II.2.A. pág. 319

182) Esta intervención de MORENO, ha quedado recogida textualmente anteriormente al examinar los efectos de la reincidencia. Vid supra I.3.A.a. pág. 43 s.

183) DiarSesCong 1.821-22, II, 1.597. Subrayados nuestros.

184) Como señala TOMAS Y VALIENTE (Monarquía, 344) refiriéndose a la práctica del Antiguo Régimen, cuando el Fiscal advertía que el reo había sido condenado anteriormente por un delito, aunque fuese muy diferente al que se le juzgaba, se tomaba este dato, no precisamente para pedir un aumento de la pena del nuevo hecho, sino para pedir que el juez lo tuviese en cuenta a la hora de enjuiciar la malicia personal del reo, o de dar credibilidad a las afirmaciones del sujeto; más como una presunción en contra de su honorabilidad que predisponía a creerlo culpable del nuevo delito. GARCIA GOYENA (Código, I, 90) refiriéndose a la práctica posterior a la derogación del código de 1.822 nos dice que en estos casos el juez solía pedir testimonio de la condena anterior para unirla a la causa y darle el valor de una circunstancia agravante.

185) Sobre las disposiciones legales españolas de la época medieval y posteriores, hasta la codificación Vid QUINTANO RIPOLLES, Tratado II, 44-55; RODRIGUEZ DEVESA, Hurto, 36-59; TOMAS Y VALIENTE, Monarquía, 248-53. Es de resaltar la benignidad de la legislación medieval y la dureza de las últimas Pragmáticas reales, lo cual sin embargo, no indica que la práctica fuese paralela al menor o mayor rigor de las leyes, pues así como el arbitrio judicial templó la dureza de las disposiciones más modernas, este mismo arbitrio llevó a una aplicación de penas más severas que las previstas en las leyes durante épocas anteriores (QUINTANO, Tratado,II, 53: "siempre ha sido achaque en España el que, para bien o para mal, las leyes queden frecuentemente incumplidas"). Una muestra del rigor en la práctica, contra los delitos patrimoniales sin base estricta en el derecho legislado lo constituye la aplicación de la pena de muerte al "latro famosus" como puso de relieve PEREDA (Famosus, 9-21)

186) Vid TOMAS Y VALIENTE, Monarquía, 248 s. y 253-71

187) RODRIGUEZ MOURULLO, Hurto-Robo, 25-111, sigue paso a paso la evolución de estas dos figuras en el derecho

histórico. Vid especialmente 101-6, donde pone de relieve la ruptura en la Novísima Recopilación de la línea anterior que diferenciaba ambos conceptos. Regresión conceptual apuntada también por QUINTANO, Tratado, II, 52 s.

188) En comparación con las penas establecidas en Las Partidas para el hurto y robo, que sólo en determinados casos señalaba la pena de muerte, entre ellos para el "ladrón conocido que manifiestamente tuviese caminos" (Partida VII, 14-18), las leyes de la novísima Recopilación, suponen un endurecimiento que tiene su punto álgido con las Pragmáticas Reales del siglo XVIII entre las que destaca la famosa de Felipe V de 23 de febrero de 1.734 por la que se señala la pena de muerte para todo hurto cometido en la Corte o a 5 leguas a la redonda, salvo que el reo fuese menor de 17 años. Vid QUINTANO, Tratado, II, 52 s. RODRIGUEZ DEVESA, Hurto, 58 s.

189) BECCARIA, Tratado, 115-17, propugnaba que los hurtos debían ser castigados con pena pecuniaria, pero "como ordinariamente este delito proviene de la miseria y desesperación, cometido por aquella parte infeliz de los hombres, a quien el derecho de propiedad (terrible y acaso no necesario) ha dejado sólo la desnuda existencia", propone que será más oportuna la esclavitud por un cierto tiempo. Pero, "cuando el hurto está mixto con violencia, la pena debe ser igualmente un mixto de corporal y servil". LARDIZABAL, Discurso 33-37 s., sigue el mismo criterio de la debida analogía entre la naturaleza de los delitos y la pena que se señale para cada uno.

190) El código de 1.822 no prescribe la pena de muerte para los robos y hurtos (salvo el robo con homicidio, que se recoge con los delitos contra las personas en el art. 611), ni siquiera para las reincidencias en estos delitos, pero sí la pena de trabajos perpetuos para varios casos de reincidencia, pena inmediatamente inferior a la de muerte que puede considerarse casi tan grave, aunque más "útil". Respecto a la "utilidad" de los trabajos a perpetuidad, vid CASABO RUIZ Codificación, 313 s., nota (16) donde transcribe algunos de los consejos de MACANAZ a Felipe V, en el sentido de que debe evitarse en lo posible la pena capital para los robos y hurtos, porque esta pena no reporta utilidades al reino, ni es más ejemplar que el destino a obras fuertes o a galeras para toda la vida.

191) Art. 723: "Comete robo el que quita o toma para sí con violencia o con fuerza lo ajeno"

Art. 745: "Comete hurto el que quita o toma para sí lo ajeno, fraudulentamente, sin fuerza ni violencia con-

tra las personas o las cosas".
RODRIGUEZ DEVESA, Consideraciones, 60 s., pone de relieve la influencia que ha tenido esta clasificación del primer código penal español para marcar la línea en los códigos posteriores que mantienen las sustracciones con simple fuerza en las cosas en el capítulo de los robos, junto a los cometidos con violencia en las personas en vez de encuadrarlos junto a los hurtos con los que guardan mayor semejanza.

192) Sobre todo en la descripción del robo, en los artículos 725 a 744. Vid RODRIGUEZ MOURULLO, Hurto-Robo, 106 s. sobre las desventajas de esta técnica casuística.

193) CALATRAVA, DiarSesCong 1.821-22, III, 2.085, manifiesta que "La Comisión, con respecto a los que roban, reservará siempre la pena capital para los que maten, porque si se les castiga con ella, aunque no haya homicidio, tendrán siempre un interés en cometerlo"; razonamiento idéntico al que hacía LARDIZABAL, Discurso, 42 s., al hablar de estos delitos.

194) Vid infra II. pág. 93 s.

195) TOMAS Y VALIENTE, Monarquía, 270 s., cifra el auge del bandolerismo en los últimos años del siglo XVIII, hasta 1.808, fecha en que aún existían en los alrededores de Sierra Morena y en las cercanías de Madrid.

196) CALATRAVA, DiarSesCong, 1.821-22, III, 2.098, se refiere al "ladrón" para designar tanto al reo de robo como de hurto.

197) DiarSesCong 1.821-22, III, 2.095. Tanto CAVALERI como REY, este último, miembro de la Comisión codificadora, utilizan indistintamente el verbo "robar" como el de "hurtar" para aludir a las sustracciones sin fuerza ni violencia; concretamente se debatía sobre el hurto de ganados.

198) Art. 611: "Los salteadores y ladrones que de cualquier modo, maten para robar ó hurtar, ó en el acto de hacer el robo ó hurto, ó después para encubrirlo ó salvarse, serán castigados como asesinos, cualquiera que fuere su intención y premeditación, sin exceptuar caso alguno. Todos los que concurran y cooperen al robo ó hurto cuando lo hagan dos ó más, serán castigados como reos del asesinato que entonces se cometa; excepto cuando resulte claramente quién lo cometió en particular, y que los demás no tuvieron parte alguna en el homicidio, ni pudieron remediarlo, ni dejaron de hacer cuanto les fue posible para impedirlo".

199) Art. 651: "Los salteadores o ladrones que para robar ó hacer alguna otra fuerza, ó en el acto de cometer alguno de estos delitos, ó después para encubrirlos ó salvarse, hieran ó maltraten de obra a otro en términos de causarle enfermedad ó incapacidad de trabajar como antes, que pase de treinta días, ó le aten y dejen expuesto a la intemperie, no quedando allí quien pueda socorrerle de pronto, o ejerzan con él algún acto de crueldad ó ferocidad, sufrirán la pena de trabajos perpetuos. Si las heridas ó mal trato de obra fueren más leves y sus autores merecieran por el robo la pena de obras públicas, serán deportados después de estar en ellas diez años."

200) Vid supra Secc. 2ª, I.2.D.b. pág. 36 .Téngase en cuenta que todo hurto ó robo además de la pena que le corresponda según su entidad, lleva aparejado la sujeción a vigilancia de la autoridad por un tiempo de 1 a 5 años, según dispone el art. 754. Por lo tanto, el plazo de prescripción empezará a correr después de que se haya completado el cumplimiento de esa "pena" común a todo robo o hurto.

201) Vid supra Secc. 2ª. I.2.D.c. pág. 37 ss.

202) Vid supra Secc. 2ª. I.2.D.a. pág.35

203) Ibidem

204) Se prevé una atenuación del hurto por necesidad de alimentarse o de vestirse, del reo y sus familiares en circunstancias calamitosas, pero sólo para el delito cometido por primera vez, en el art. 755 que dice así: "la necesidad justificada por el reo de alimentarse o vestirse, o de alimentar o vestir a su familia en circunstancias calamitosas, en que por medio de un trabajo honesto no hubiere podido adquirir lo necesario, será excepción bastante para que se disminuya de una tercera parte a la mitad de la pena respectiva al delito cometido por primera vez"

205) Así lo dispone el art. 754 que dice: "Todo el que sea condenado por robo ó hurto, sufrirá también la pena de quedar puesto por uno a cinco años, después de sufrir el castigo corporal, bajo la vigilancia de las autoridades; y aún cumplidos, no podrá ser rehabilitado para ejercer los derechos de ciuadadano, si no diere fiador de buena conducta. Todo reo de hurto o robo cometido en cuadrilla, sufrirá, además de las penas en que incurra con arreglo a las disposiciones precedentes de este artículo, las que le correspondan según los arts. 339 y 340". Estos últimos artículos que castigan especialmente a los miembros de cuadrilla formada para robo o daños, aunque no lleguen a cometer delito, establecen penas de obras públicas o de reclusión de 2 a 6 años e incluso si la cuadrilla está formada por más

de 40 individuos, prevé el art. 340 que se les impongan las penas correspondientes al delito de sedición.

206) Así la califica también QUINTANO RIPOLLES, Tratado, II 55, y BERISTAIN, Medidas, 38 s.

207) Aunque el código usa la denominación de "robo con fuerza, o violencia contra las personas", para abreviar utilizaremos la expresión, "robo con violencia en las personas" o simplemente "robo con violencia", al referirnos a esta clase de robos.

208) Vid infra e. cuadro n° 2 pág. 84

209) Vid infra II.2. pág. 95 ss.

210) Vid infra II.4.A.e. cuadro n° 3 pág. 109

211) CALATRAVA, DiarSesCong 1.821-22, III, 2.098. Subrayado nuestro.

212) Vid infra II.4.A.e. cuadro n° 3 pág. 109

213) Para simplificar, utilizaremos la expresión "robo con fuerza" o "robo con fuerza en las cosas" para designar lo que el código denomina "robo con fuerza o violencia contra las cosas"

214) Vid supra a. pág. 74 ss.

215) De ahora en adelante utilizaremos la denominación de "robo por sorpresa", para designar los supuestos recogidos en los artículos 731 y 732, ya que ambos contemplan las sustracciones cometidas durante una distracción de la víctima, o cogipendole desprevenida, sin ejercer fuerza ni violencia.

216) Vid supra a. pág. 74 ss.

217) Vid supra a. pág.78 s. la intervención de CALATRAVA

218) Vid infra II.4.A.e. cuadro n° 3 pág. 109

219) Vid supra Secc. 2ª. I.3.A. pág.40 ss.

220) Vid supra 3. pág. 72 donde se daba una reseña de las penas imponibles para cada clase de robo y de hurto.

221) La agravante segunda del art. 106 del código dice textualmente: "la mayor necesidad que tenga la sociedad de escarmientos, por la mayor frecuencia de los delitos". Reconocimiento expreso de la prevención general como criterio orientador a la hora de determinar la pena concreta.

222) El informe de la Universidad de Granada (Vid SAINZ CANTERO, Informe 523), después de aludir a la necesidad de prevención general y de la certeza de las penas, argumenta sobre la necesidad de fuertes castigos en delitos contra la propiedad porque "el delito más común y frecuente, más atractivo y preciso, más escandaloso y descarado, ha sido el latrocinio; delito que,desterrando la seguridad de los caminantes, ha estancado el comercio de las provincias, ha perdido a los infelices trajineros ((...))" "((...)) delito, contra el que está declarada la indignación pública, del que apenas hay un español que no haya sido juguete, y muchos víctima ((...))"

223) Vid infra, Secc. 4ª. II, pág. 169

224) El código de 1.848 establece la elevación de la pena en un grado para el hurto habitual (Vid infra, Cap. 2° Secc. 3ª. I. pág.340ss). En 1.850 se sustituye el "habitual" por la simple reincidencia extendiendo la misma agravación a determinadas estafas (Vid infra, Cap. 2° Secc. 3ª,II.1. pág.374 ss). En el código de 1.870 la agravación especial surge por doble reincidencia extendiéndola a determinada clase de robos (Vid infra Cap. 3° Secc. 3ª, pág.724) y se establece la conversión de la falta de hurto, en delito por reincidencia, tal como se ha mantenido en el código de 1.932 y en 1.944.
Por ley 81/1.978 se ha suprimido la agravación por doble reincidencia en el hurto, manteniéndola, al parecer por error, en las estafas; pero continúa el efecto especial de conversión de la falta de hurto en delito. En el Proyecto de código penal de 1.980 no hay referencias a reincidencia cualificada en los delitos contra la propiedad, salvo la conversión de la falta de hurto en delito (Arts. 236 u.p. y 261 u.p. del Proyecto de 1.980).

225) Vid supra 3.A.a pág. 78 donde hemos transcrito la intervención de CALATRAVA.

226) Como veremos en seguida (infra II, pág.93ss.), la mera repetición de robos y hurtos lleva aparejadas penas tan graves como la reincidencia en esos mismos delitos.

227) Con acierto apuntaba PACHECO (Código Penal, I. Introducción, LIII-LVII) sobre "una nueva y científica dificultad que en el presente siglo se ha suscitado acerca de las reformas legislativas", aludiendo a la reacción que, frente a los intentos de supresión y cambio total de las antiguas leyes y principios propone el mantenimiento de muchas de las instituciones anteriores, si bien con las convenientes "reformas": "Este fenómeno natural, indispensable que traía a la política

la eterna ley de las reacciones, se verificaba también en la esfera de la legislación. Lo que en aquella representaba la constitución y la carta que acabamos de citar (se refiere a la Carta de Luis XVIII), representaban en esta segunda la codificación y las leyes especiales, el sistema de la escuela racional y de la escuela histórica. Proponíase el primero hacer nuevos y completos códigos, reformar plenamente las legislaciones que tenía en gran parte, cuando no en todo, por malas: sostenía el segundo que era necesario no tocar su generalidad a lo que había hecho santo y legítimo la sucesión de los tiempos, y que podía alcanzarse todo el bien, y mayor aún que por el otro arriesgado camino, derogando y modificando cada una de por sí, y con la detención conveniente, las leyes especiales que lo necesitasen". Aunque en esta época no se puede hablar en España de estas dos escuelas racional e histórica, y aunque de hecho se está acometiendo con la tarea de un nuevo código penal, totalmente innovador como tal, subyace de algún modo la misma problemática apuntada, que se trasluce en las dos corrientes que aparecen a lo largo de la discusión del Proyecto.

228) DiarSesCong 1.821-22, III, 2.085. Con ocasión del debate sobre el art. 730. La Audiencia de Valencia, como línea general, estimaba que el proyecto presentaba mayor número de penas demasiado suaves, que demasiado fuertes y que se economizaba demasiado la pena de muerte (Ibidem I, 921 s., según el resumen que expone CALATRAVA de los varios informes). También sobre las penas de los hurtos de ganados, considera esta Audiencia que las penas son muy suaves (Ibidem III, 2.095)

229) DiarSesCong 1.821-22, III, 2.084. En exposición de CALATRAVA: "La Universidad de Granada propone que se marque en la espalda a todo el que robe de 20 reales para arriba, además de imponérsele la pena de presidio ú otra, según el delito, y que en caso de reincidencia sufra la pena capital". Esta observación se presenta al art. 728, robo con violencia.

230) Textualmente la redacción del Diario de Sesiones dice "gavilla", y no cuadrilla, pero creemos que tiene que ser una errata, pues no hay tal clase de robo en el código, ni tendría ello relación con la posibilidad de que sea "en despoblado y en camino".

231) DiarSesCong 1.821-22, III, 2.083, sobre el artículo 723.

232) Las penas que indica la Universidad de Sevilla resultan siempre, aproximadamente la mitad en cuanto a duración de las previstas en el Proyecto: Para el art. 728, propone 4 a 10 años de Obras Públicas, frente a los 7 a 20 años que señalaba el Proyecto. Para el art.

730, 1°, 12 a 15 años de obras públicas en vez de los trabajos perpetuos. En los arts. 731 y 732, 1 a 4 años de obras públicas, en vez de 2 a 6; Para el 733, 4 a 8 años, en vez de 5 a 16; y en la misma proporción en los artículos 734,735, 736, 741; en el 738 propone el máximo de la pena más 1/3 en lugar de los 10 años de obras públicas y Deportación; etc. En ningún caso, sin embargo se rebajaron las penas del Proyecto. Unicamente se suavizaron en el 756 (752 del código:apropiación indebida), sobre el que precisamente la Universidad de Sevilla no había hecho observación. Vid DiarSesCong 1.821-22, III, 2.083-6 y 2.096.

233) Observaciones, 68 s. Frente a la inaplicabilidad de las multas cuando el reo fuese insolvente, proponen el trabajo obligatorio, con cuyo jornal se satisfarían aquellas. También la Universidad de Sevilla había propuesto (DiarSesCong 1.821-22, III, 2.095) que, como norma general los delitos patrimoniales se castigasen con penas pecuniarias. Criterio de analogía entre la naturaleza del delito y de la pena propuesto por BECCARIA (Delitos , 153 s) y LARDIZABAL (Discurso 37, s.)

234) DiarSesCong 1.821-22, III, 2.096 sobre el art. 756 (752 del código)

235) Ibidem

236) Ibidem

237) Ibidem

238) Salvo una intervención de REY, sobre los hurtos de ganado (Ibidem 2.095), durante toda la discusión de robos y hurtos solo CALATRAVA expone el parecer de la Comisión y es el que resume las observaciones de los informantes.

239) Los capítulos sobre el robo y el hurto, pasan prácticamente idénticos al código. Unicamente se suprime la pena de verguenza, pues había sido rechazada por las Cortes al discutir el art. 29 (DiarSesCong 1.821-22, II, 1.340); y los artículos que establecían la responsabilidad mancomunada de los vecinos del lugar donde se hubieran producido varios robos. (arts. 744 a 748 del proyecto). Y se modifica la pena del art. 755 (752 del código), suavizándola. Lo demás queda igual.

240) Vid supra 3.A.a. pág.78 s.la cita a CALATRAVA.

241) La frecuencia de cierto tipo de delitos venía reconocida como causa de incremento de la pena para mejor escarmiento e intimidación en Las Partidas (Partida VII, Ley 8, Tit. 14): "si el yerro es mucho usado de facerse

en la tierra, deve entonces ponerse crudo escarmiento, porque los omes se rezelen de lo facer". Aunque los penalistas de la Ilustración aconsejan la suavidad de las penas y la proporcionalidad con el mal causado, continúan poniendo el acento en la prevención (Vid ANTON ONECA, Prevención, 33-9). LARDIZABAL (Discurso, 106 s.) indicaba la conveniencia de agravar las penas cuando se tratase de delitos más frecuentes o de mayor facilidad de comisión; En el mismo sentido BENTHAM (Peines, 4 s.). Por ello, no es de extrañar que el código de 1.822, inspirado en estas ideas y en la larga tradición en el mismo sentido prevencionista, admita en materias como ésta de los delitos patrimoniales una clara ruptura con la proporción aconsejable entre el daño causado y la pena para atender a fines de utilidad, inocuizando al delincuente mediante una larga privación de libertad.

242) Vid supra I.3.A.e. pág. 83 cuadro nº 1.

243) Art. 113: "En el caso de que algún reo haya de ser sentenciado por dos o más delitos, de los cuales el uno tenga señalada la pena de muerte, y los demás otras diferentes, sufrirá solamente la mayor; pero se impondrán con ella la de infamia, si la mereciere el reo, y las penas pecuniarias en que hubiere incurrido. Si por un delito mereciere la pena de trabajos perpetuos, y otras más leves por los demás, todas se refundirán en la primera, excepto las pecuniarias, las cuales se impondrán también al mismo tiempo".

Art. 114: "Si el reo en el caso del artículo anterior mereciere pena de deportación por un delito, y por otro ú otros destierro, presidio, reclusión, prisión, confinamiento, arresto, sujeción a la vigilancia, ú obligación de dar fianza, solamente se la impondrá la primera pena; pero si por un delito mereciere obras públicas y por otro deportación, sufrirá ésta después de cumplir el tiempo de aquéllas. El que por un delito merezca destierro, confinamiento, sujeción a la vigilancia u obligación de dar fianza, y por otro obras públicas, presidio, reclusión, prisión o arresto, sufrirá estas últimas penas respectivamente y después será desterrado, confinado o sujeto a la vigilancia, ú obligado a dar la fianza. El que por dos o más delitos incurra en dos o más penas distintas dentro de la clase de las de obras públicas, presidio, reclusión, prisión o arresto sufrirá la pena mayor en el caso respectivo, aumentándosele el tiempo de la otra ú otras con la proporción siguiente: un año de obras públicas por cada dieciocho meses de presidio o reclusión, ó por cada dos años de prisión o arresto. Un año de presidio por cada uno de reclusión. Un año de presidio por cada dieciocho meses de prisión o arresto. El que por un delito merezca prisión, y por otro ú otros arresto, sufrirá todo el tiempo de éste en la prisión. En todos los casos comprendi-

dos en este artículo, las demás penas no expresadas en él, menores que las de muerte y de trabajos perpetuos, se impondrán y ejecutarán todas como las prescriba la ley contra los diferentes delitos en que hubiere incurrido el reo, guardándose en la ejecución el siguiente orden: Primero: el oir públicamente la sentencia.Segundo: la reprensión y apercibimiento judicial. Tercero: la retractación y satisfacción. Cuarto: el ver ejecutar la sentencia".

244) Art. 727: "Serán castigados con la pena de diez a veinticinco años de obras públicas lo que con fuerza o violencia cometida contra alguna persona, según el artículo 725, roben en camino público, fuera de poblado, o en casa, choza, barraca ú otro edificio habitado o sus dependencias".

Art. 728: "Los que con fuerza o violencia contra alguna persona roben en cualquier otro sitio, no siendo camino público fuera de poblado, ni casa, choza, barraca ú otro edificio habitado o sus dependencias sufrirán la pena de siete a veinte años de obras públicas".

Art. 729: "Para calificar el grado del delito en los casos de que tratan los dos últimos artículos, se tendrán por circunstancias agravantes, además de las generales que expresa el artículo 106, las siguientes: Primera: cometiéndose el robo desde media hora después de puesto el sol, hasta media hora antes de haber salido. Segunda: siendo dos o más los ladrones. Tercera: yendo éstos enmascarados, o disfrazados, o con uniforme militar, ó con armas ostensibles de fuego, acero o fierro. Cuarta: cometiéndose el robo por alguna persona que habite en la misma casa, edificio o heredad que el robado, o por algún criado, familiar, discípulo, oficial, aprendiz, consocio o aparcero actual del mismo, o por el que viaje o ande en su compañía. Quinta: introduciéndose en la casa o edificio habitado o deshabitado, o en la heredad cercada por medio del escalamiento, fractura, llave falsa, o connivencia con algún doméstico. Sexta: siendo pobre el robado, o bastando para arruinarle la cantidad robada. Séptima: robándole los instrumentos, máquinas, aperos o utensilios de su oficio, o las yuntas o caballerías de su labor o tráfico. Octava: atando, mortificando o maltratando de obra a alguna persona para la ejecución del robo, o en el acto de haberlo cometido, aunque no se llegue al caso del artículo 651".

245) El delito de robo con homicidio se recoge en el art. 611, en el Título de los delitos contra las personas, y lleva aparejado la pena de muerte.

246) El robo con lesiones queda recogido en el art. 651, con dos penas distintas según la gravedad de las lesiones: trabajos perpetuos si exceden de 30 días, y 10 años de obras públicas y deportación, si son inferiores. De estos dos supuestos, el primero queda expresamente recogido también en el mismo artículo 730, en su número 2°: "los que roben hiriendo o maltratando de obra en los términos expresados en el primer párrafo del art. 651". Pero el n° 1 del artículo 730 que tratamos se remite únicamente a los robos "expresados en los tres artículos precedentes"

247) Se trata del robo con lesiones superiores a 30 días (n° 2 del art. 730), también recogido en el art. 651 antes citado; de la piratería (n° 3 del art. 730) y del robo cometido aparentando ser autoridad o funcionario público (n° 4 del art. 730).

248) Ya que según el art. 651, segundo inciso, estos robos complejos tienen señalada la pena de 10 años de obras públicas y deportación.

249) Vid supra II. 2.C., pág. 97

250) En este sentido se pronuncia RODRIGUEZ DEVESA (Consideraciones, 60 s.) en relación con el robo con fuerza en las cosas del código de 1.944.

251) También puede entrar en el juego previsto los delitos complejos de robo con homicidio o de robo con lesiones, pero sólo para las prescripciones del art. 730, 1° ya que en este artículo se alude a robos de "cualquier clase". El robo con homicidio, que tiene señalada pena de muerte, sólo excepcionalmente podrá dar lugar a la aplicación de estas reglas; así puede ocurrir cuando por las circunstancias del robo deba rebajarse la pena e imponer otra menor que la pena capital.

252) El código regula la prescripción de los delitos de los artículos 171 a 178. No se prevé por el contrario la prescripción de las penas.

253) Vid supra 2. pág. 93 ss.

254) Vid supra I.2.C. pág. 70

255) Ya que en caso del concurso previsto en los artículos que estamos examinando, se impone una pena global, sin tener en cuenta las penas particulares de cada uno de los delitos que reune el sujeto.

256) Vid supra I.3.A.a. pág. 74

257) Ibidem y I.3.B. pág. 85

258) Respecto a las penas de los robos con violencia, Vid supra 2.A. nota (237) pág. 95

259) Según prescribe el art. 54 del código.

260) Así lo hace por ejemplo, en las reglas generales de reincidencia del art. 119. Vid supra Secc. 2ª, I.3.A. pág. 40 ss.

261) DiarSesCong 1.821-22, III, 2.085

262) Ibidem

263) Ibidem. Vid también supra I.4. pág. 88 ss.

264) Vid supra I.3.A.b., pág. 80

265) Téngase en cuenta que los robos con fuerza en las cosas, tienen señalado la pena de obras públicas que puede oscilar para estos delitos entre 2 y 16 años, según su gravedad (Vid arts. 733 a 736). Sólo en caso de que los dos robos que reúna el reo sean los más graves, y les corresponda la pena en el grado superior (delito "en primer grado") la suma podía resultar un número alto de años de obras públicas. Pero en todo caso por las reglas generales del concurso de delitos no se llegaría a la deportación que es la pena que impone el art. 738.

266) DiarSesCong 1.821-22, III, 2.086

267) Ibidem. Subrayado nuestro

268) Vid supra I.4. pág. 88

269) Vid supra I.3.A.c. pág. 81

270) Es de destacar que, así como los robos "por sorpresa" tienen señalada la pena de 2 a 6 años de obras públicas (arts. 731 y 732) independientemente de la cuantía del objeto apropiado, el hurto, cuya pena viene determinada por el valor de lo sustraído, puede llegar a pena de 2 a 8 años de las mismas obras (incongruencia que por haberse mantenido distinta técnica para señalar la pena en robos y hurtos aún encontramos en el código de 1.944. Vid QUINTANO, Curso, II, 228 y RODRIGUEZ DEVESA, Especial, 407).
En relación con el art. 732 que ahora nos ocupa, como la pena por repetición entra en juego también cuando junto a un solo robo "por sorpresa" reúna el reo dos hurtos, si el hurto es el delito que tiene la pena más grave, será el que marque la pena total a imponer.

271) Vid supra I.3.A.e. los cuadros números 1 y 2, págs. 83 s.

272) Ibidem

273) Ibidem, cuadro n° 2

274) Vid supra Secc. 2ª.I.2.A.c., pág. 25 ss.

275) Esta diferencia de trato se da únicamente para las recaídas en infracciones de distinto Título, pues en caso de reincidencia o comisión de delitos o culpa del mismo Título, siempre procede la aplicación de las reglas del Cpítulo V, en virtud de la remisión expresa en este sentido, que contempla el art. 80. Por ello, la diferencia estriba en que cuando la pena que se encuentra cumpliendo el reo no sea de las señaladas en el art. 80, la pena de la nueva infracción sufrirá el efecto de una simple agravante según esta prescrito para la reiteración; mientras que en los casos previstos en el art. 80, se superan los topes de la pena señalada para la nueva infracción al imponer 1/6 o más de duración sobre el tope máximo de la pena.

276) En el Proyecto del código incluídas las Variaciones, el artículo equivalente al 80 del código (art. 83 del Proyecto) no aludía a la pena de arresto. Y curiosamente el art. 77 que trata de las recaídas después de haber quebrantado una pena de esta clase no contempla la claúsula "pero en caso de reincidencia..." que aparece en todos los demás artículos sobre recaída después de quebrantamiento. Por ello pensamos que tal vez al repasar el texto aprobado y darse cuenta la Comisión del lapsus, pretendieron compensar ese error llevando otra vez el arresto al artículo 80 en el que sí aparecía la claúsula famosa de "pero en caso de reincidencia...".

277) Respecto al alcance del término "reincidencia" en esta claúsula, debe entenderse en el sentido del art. 116 del código. Vid infra 2.B.d. pág.134 ss.

278) Así en los artículos 72, 73 y 77. Vid infra 2.A.f,g,h, i. pág. 128 ss.

279) Vid supra Secc. 2ª II.4. pág. 62

280) Ibidem

281) Vid supra Secc. 2ª I.2.A.c.a' pág.25 ss.

282) Ibidem

283) Ibidem. En cuanto que desde la inclusión de esa claúsula y la supresión del antiguo art. 124 no hay obstáculo para que las recaídas durante cumplimiento de condena queden incluídas en las figuras generales de reincidencia y reiteración, pues no se desprende que deba exigirse condena cumplida.

284) Ibidem, nota

285) Salvo que se trate de una pena compatible como puede ser una pecuniaria.

286) Subrayado nuestro.

287) DiarSesCong 1.821-22, I, 551-5

288) El Proyecto original señalaba la pena de muerte para los delitos cometidos después de quebrantamiento de trabajos perpetuos o de deportación, cuando el nuevo delito llevase pena corporal o de infamia. (Arts. 49 y 52 delProyecto). En las Variaciones, se limita la pena de muerte para los delitos de pena superior a 12 años de obras públicas, si la fuga fue de trabajos perpetuos; o para delitos con pena de trabajos perpetuos, si el reo se fugó de la Deportación. (Arts. 50 y 52 de las Variaciones). En los demás artículos referentes a estas recaídas encontramos también una suavización en el mismo sentido de limitar las penas superiores a las recaídas más graves.

289) Vid infra B.d. pág. 134 ss.

290) Art. 49: "Si el reo fugado en cualquiera de los casos del artículo precedente cometiere después de su fuga otro delito a que esté señalada pena corporal menor de doce años de obras públicas, y que no le constituya en reincidencia con arreglo al capítulo quinto de este título,será condenado a que no pueda en su caso obtener la gracia que se expresará en el artículo 144, sino después de estar en los trabajos perpetuos los diez años que señala dicho artículo, y otro tanto tiempo más, cuanto sea el de la nueva pena en que incurra; debiéndose también en el intermedio vigilar su conducta más estrecha y severamente. Pero en caso de reincidencia, se procederá conforme a capítulo quinto expresado. Si el delito cometido después de la fuga mereciere más de doce años de obras públicas, se impondrá al reo la pena de muerte".

291) Vid supra Secc. 1ª. III.1. pág. 10 ss.

292) Vid supra Secc. 2ª. I.3.A. pág. 40 ss.

293) Art. 51: "El que sentenciado a deportación, y habiéndosele notificado la sentencia que cause ejecutoria, se fugare antes o después de llegar a su destino, será condenado, si se le aprehendiere, a las obras o trabajos más penosos que haya en el lugar de la deportación por cuatro meses a un año, sin necesidad de más proceso ni diligencia que el mero reconocimiento o justificación de la identidad de la persona. Si

después de la fuga, cometiere otro delito de pena corporal, que no pase de doce años de obras públicas, ni sea caso de reincidencia, se le condenará otra vez a la deportación, y además de sufrir en ella la pena de la fuga, se le destinará a los trabajos más graves del establecimiento, con proporción a la pena del nuevo delito, y por todo el tiempo de la misma. Si el nuevo delito mereciere más de doce años de obras públicas y menos de trabajos perpetuos, será castigado con esta última pena; y si mereciere trabajos perpetuos se impondrá al reo la de muerte; pero en caso de reincidencia se procederá con arreglo al capítulo V de este Título."

294) Vid supra Secc. 2ª I.3.A. pág. 40 ss.

295) Art. 52: "El que sea condenado a destierro perpetuo o extrañamiento del territorio español, será conducido hasta ponerle fuera de él. Si después de le aprehendiere en España, será deportado sin más que reconocerse la identidad de la persona. Si después de haber quebrantado el destierro cometiere en España otro delito que merezca pena corporal menor de doce años de obras públicas, y que no constituya reincidencia, será deportado con la circunstancia de que no pueda obtener en su caso la gracia del artículo 144, sino después de estar en la deportación los diez años que señala dicho artículo, y otro tanto tiempo más cuanto sea el de la pena del nuevo delito: pero si este mereciere más de doce años de obras públicas, y menos de trabajos perpetuos, se impondrá al reo la de muerte; observándose en caso de reincidencia lo dispuesto en el capítulo V de este Título."

296) Art. 58: "Los que después de habérseles notificado la sentencia de obras públicas que cause ejecutoria se fugaren antes o después de llegar a su destino, sufrirán un recargo de cuatro meses a un año; y los que sentenciados a presidio se fugaren en igual caso, serán destinados a obras públicas por todo el tiempo que les falte de su conducta primitiva, sin que respecto de unos y otros se necesite más proceso ni diligencia que el reconocimiento de la identidad de la persona. Si después de la fuga cometieren otro delito que no sea caso de reincidencia, y a que esté señalada pena corporal de tiempo determinado, sufrirán también todo éste en obras públicas en cuanto quepa en los veinticinco años de su mayor duración; pero si excediere de éstos en más de ocho, el tiempo de la primitiva condena junto con el del nuevo delito, sufrirán los reos diez años de obras públicas, y después serán deportados. Si el nuevo delito mereciere pena de deportación, se le impondrá la de trabajos perpetuos,y si ésta, la de muerte. Pero en todo caso de reincidencia se procederá con arreglo al capítulo V de este Título."

297) Art. 61:"El que después de haberse notificado la sentencia de reclusión se fugare antes o después de estar en su destino, será tratado en él con mayor severidad si se le aprehendiere; sufrirá un recargo de tres a diez meses, y perderá el capital que hubiere ganado, quedando éste a beneficio del establecimiento. Si después de la fuga cometiere delito de pena corporal o de infamia, que no sea de reincidencia, ni pase de diez años de obras públicas, será además condenado a éstas por todo el tiempo de la primera y segunda pena. Si el nuevo delito mereciere más de diez años de obras públicas o destierro perpetuo del reino, sin exceder de esta pena, se le impondrán diez años de obras públicas con deportación después de cumplidos. Si mereciere deportación, sufrirá la pena de trabajos perpetuos; y si éstos , la de muerte; pero en caso de reincidencia, se observará lo dispuesto en el capítulo V de este Título."

298) Art. 71:"El sentenciado a prisión en una fortaleza será puesto en un castillo, ciudadela o fuerte, y no podrá salir de su recinto interior hasta cumplir su condena. Si la quebrantare, concluirá el tiempo que le falte en una reclusión. Si durante el quebrantamiento cometiere otro delito que no sea de reincidencia,se impondrá además el máximo de la pena que éste mereciere, la cual se podrá aumentar hasta una cuarta parte más; observaándose en caso de reincidencia lo dispuesto en el capítulo V de este Título."

299) Art. 72:"El reo sentenciado a confinamiento en un pueblo o distrito determinado no podrá salir de éste y de sus arrabales, y tendrá obligación de noticiar a la autoridad local su habitación y modo de vivir. Si quebrantare el confinamiento sufrirá un arresto de uno a ocho meses; y si durante el quebrantamiento cometiere otro delito que no sea de reincidencia, se le impondrá además el máximo de la pena que éste mereciere, la cual se podrá aumentar hasta una sexta parte más; observándose en caso de reincidencia lo dispuesto en el Capítulo V de este Título."

300) Art. 73:"El reo condenado a destierro perpetuo o temporal de un pueblo o distrito determinado, será conducido fuera de él. Si volviere a entrar en el distrito prohibido antes de cumplir el tiempo de su condena, se se impondrá una reclusión de seis meses a dos años, la cual se podrá aumentar hasta un año más, si no diere el reo fianza de su buena conducta. Si dentro del recinto que le esté prohibido cometiere otro delito que no sea de reincidencia, se le impondrá además el máximo de la pena señalada al nuevo delito, la cual se podrá aumentar hasta una sexta parte más, y en todo caso cumplirá después su destierro; pero si hubiere reincidencia se observará lo prescrito en el Capítulo V de este Título."

301) Art. 77: "El condenado a arresto será puesto en la cárcel, fortaleza, cuerpo de guardia o casa de ayuntamiento, según las circunstancias del pueblo; pero la cárcel de estos arrestados será siempre diferente de la de los acusados o procesados por delitos. Podrán ser arrestadas en su propia casa las mujeres honestas, las personas ancianas o valetudinarias, y las que vivan de algún arte, profesión u oficio doméstico. El que quebrante el arrasto sufrirá el tiempo que le falte en una reclusión; y si después de quebrantarlo cometiere otro delito, se le impondrá además el máximo de la pena que este mereciere, la cual se podrá aumentar hasta una sexta parte más."

302) Vid supra 1.B. pág. 116 nota 269

303) El art. 357 se encuentra en la Parte Primera del código, Título III, Capítulo VIII ("De los que allanan las cárceles o establecimientos de corrección o de castigo((...))"). Remite al Capítulo III del Título Preliminar la fuga del reo que se hallase cumpliendo condena. Pero "si se fugase antes de la sentencia final, no siendo para presentarse a superior competente, tendrá por ésto contra sí una circunstancia agravante del delito que hubiera cometido, y de cualquier otro que cometiere después de su fuga: pero si hubiere ejecutado ésta con escalamiento del edificio en que estuviere preso, o con fractura de alguna de sus puertas, o con violencia contra alguna persona, sufrirá además en todos los casos la pena de uno a seis meses de prisión o reclusión, sin perjuicio del castigo que merezca por la violencia que hubiere cometido contra las personas".

304) Vid infra d. pág. 134 ss.

305) DiarSesCong 1.821-22, II, 1.384

306) Ibidem 1.389

307) RAMONET, Ibidem I, 945, en la discusión sobre la totalidad del Proyecto, lee un extenso informe en el que entre otros puntos, critica que se castigue al reo por fugarse, pues "no hace más que obedecer las leyes positivas de la naturaleza, que imperiosamente le mandan huir de lo que le lastime y buscar lo que le guste, ¿ha de ser castigado por solo el hecho de procurarse su libertad? ((...))".

308) CANO MANUEL Ibidem,II, 1.388, considera natural la tendencia a la fuga en el reo condenado a una pena perpetua, por lo cual debe de tratarse más benignamente ésta que la fuga y recaída de un reo que cumpla una pena temporal, que por lo tanto tiene esperanzas de quedar en libertad al de un tiempo.

309) Ibidem 1.424. Este Colegio consideraba que erab muy duras las penas de la fuga en los casos de quebrantamiento de prisión o de confinamiento.

310) Ibidem, 1.382. "Yo no entraré ahora a examinar (porque no es de la cuestión presente) hasta qué punto sea criminal la acción del que evita con la fuga el dolor de la pena; pero desde luego se puede decir que la fuga es un delito leve, reconocido como tal por la misma comisión..." En base a esta premisa, considera MARTINEZ DE LA ROSA desproporcionadas las penas que se imponen por la recaída posterior, cuando el nuevo delito puede ser de carácter leve.

311) Ibidem 1.411. Esta cita de CALATRAVA corresponde a la discusión sobre la procedencia del juicio sumario que el Proyecto establecía para este tipo de recaídas, y concretamente al debatirse el art. 59, de fuga de obras públicas. Pero los argumentos que expone son ilustrativos de la opinión de la Comisión sobre estos reos, y explican la gravedad de las penas asignadas para estas recaídas.

312) Vid Supra 2a.I.2.A.b. pág..22 ss. donde traíamos a colación las disposiciones del código sobre la "culpa". Del exámen de esos artículos se desprende, que en el caso más grave, como es el homicidio por imprudencia, recogido en el art. 627, se impone un arresto de tres meses a dos años, y otros dos años más de destierro del lugar del delito.

313) Pues en él se remite expresamente a la comisión de nuevos delitos o "culpas". Vid Supra Secc.2ª.I.2.B.pág. 30

314) Vid supra 1.B., nota 269, pág.116

315) Vid supra 2.A.a. pág. 123

316) MARTINEZ DE LA ROSA. DiarSesCong 1.821-22, II, 1.383

317) CALATRAVA, Ibidem 1.386

318) Ibidem, 1.597

319) Ibidem, III, 1.800-2

320) ROMERO ALPUENTE, Ibidem, II, 1.425, durante la discusión del art. 75 del Proyecto, sobre la fuga de confinamiento: "Enhorabuena, que al que ha cometido un delito, digámoslo así, general, se le agrave la pena del otro delito que cometa antes de cumplir el primero, porque si es de la misma especie podrá graduarse de reincidencia, y de casi reincidencia si fuere de otra especie; pero agravar la pena de un delito común al que lo comete sin haber cumplido la pena del delito local que causó el confinamiento, ¿cómo podrá justificarse ni

aun con el pretexto de una aparente reincidencia? (Subrayados nuestros).

321) Vid supra Secc. 2ª I.2.C. pág. 31 ss.

322) Vid supra Secc. 2ª, II.1. pág. 57

323) Vid supra Secc. 2ª, I.2.D. pág. 35

324) Vid supra Secc. 3ª, I.2.C. pág. 70

325) Vid supra A. letras a. hasta i., y en notas correspondientes, el contenido literal de cada artículo; pág. 123 ss

326) Vid supra Secc. 1ª, III.1. el art. 28, pág.10 ss.

327) Vid art. 119, supra Secc. 2ª, I.3.A. pág. 40 ss.

328) Vid supra I.4. pág. 38 ss.

329) El art. 50, en las Variaciones introducidas al Proyecto decía así: "Si el reo fugado en cualquiera de los casos del artículo precedente cometiera después de su fuga otro delito a que esté señalada pena corporal o de infamia, se le condenará a que no pueda salir nunca de los trabajos perpetuos, ni disfrutar la gracia del art. 147; y si el delito cometido después de la fuga mereciere más de doce años de obras públicas, se impondrá al reo irremisiblemente pena de muerte; entendiéndose que en ninguno de estos casos deberá haber más que un juicio sumario con arreglo al código de procedimientos".

330) CALATRAVA. DiarSesCong 1.821-22, II, 1.384

331) Ibidem, 1.409, durante el debate del art. 59. El subrayado es nuestro.

332) MARTINEZ DE LA ROSA, Ibidem 1.382-3

333) RAMONET, Ibidem, 1.386

334) ECHEVERRIA, Ibidem, 1.387

335) CANO MANUEL, Ibidem 1.388

336) ROMERO ALPUENTE, Ibidem 1.408-9

337) CALATRAVA, Ibidem 1.384. Subrayado nuestro.

338) Ibidem 1.385

339) Ibidem 1.384

340) REY, Ibidem 1.386

341) VADILLO, Ibidem 1.389

342) RAMONET, Ibidem 1.386

343) CANO MANUEL, Ibidem 1.388

344) REY, Ibidem 1.387

345) Sobre todo, en las últimas sesiones sobre las que se debate el Proyecto. En el artículo 50, ocurre lo mismo con la pena de trabajos perpetuos, que algunos diputados rechazan, pero sobre la que no cabe discusión por haber quedado aprobada en la escala general de penas (Vid ECHEVARRIA, Ibidem 1.387 y CANO MANUEL, Ibidem 1.388)

346) Ibidem, 1.408 s. La principal oposición la mantiene el diputado ROMERO ALPUENTE.

347) Ibidem 1.412

348) Ibidem

349) Esta modificación surge, al discutirse el art. 75 (Ibidem, 1.425), y luego se extiende a los demás artículos que preveían el aumento de 1/4, cuando se presentan las reformas introducidas al Título Preliminar del Proyecto, aprobadas el 14 de enero (Ibidem III, 1.800-2)

350) Ibidem, III, 1.800-2

351) Ibidem 1.800

352) Según lo dispuesto en el art. 121 Vid supra Secc. 2ª II.4. pág. 102

353) Vid supra 2.C.b. pág. 141

354) Las figuras de reincidencia y reiteración, arts. 116 y 121 del código.

355) Vid supra 2.D. pág. 144 ss.

356) Vid supra Secc. 2ª I.2.C. pág. 31 n. 109, donde remitimos al estudio de TOMAS Y VALIENTE y a las referencias que nos ofrece GARCIA GOYENA sobre este tema. Puede verse también GONZALEZ CUELLAR. Multirreincidencia, Cap. 1°, 2-11.

357) Prevención especial en el sentido de inocuización del reincidente. La prevención especial en el sentido de tratamiento para lograr la corrección del reo resulta ajena a este momento histórico. Los primeros atisbos en pro de una prevención especial a través de la reforma o corrección del culpable los encontramos en BENTHAM, Tratados, IV, 256 y MISMO AUTOR, Peines, 4 s. y con mayor amplitud en LARDIZABAL, Discurso, 84. Vid ANTON, Fines, 422 s. y MISMO AUTOR, Prevención, 37 s.

358) Sobre este aspecto Vid ANTON, Prevención, 35

359) BECCARIA, Delitos, XV, 114 (Citamos por la edición de TOMAS Y VALIENTE. Vid Bibliografía)

360) ROMAGNOSI, Genesis,150-62

361) BENTHAM, Tratados, IV, 255 s.

362) ROMAGNOSI, Genesis,150 s., insiste cómo el fin último y general de la pena es "alejar el delito de la sociedad" y el fin próximo, "infundir temor" para que no se cometan delitos.

363) Vid infra I, pág. 160

364) CARNOT,Commentaire, I, 162, sienta en 1.824 la conocida tesis del "Bis in idem" que supone agravar por reincidencia el nuevo delito.

365) Siguen a CARNOT, GESTERDING en Alemania y CARMIGNANI en Italia, y posteriormente un numeroso grupo de autores se pronuncian en contra de la agravación por considerar que la reincidencia es producto de las pésimas condiciones carcelarias y por ello es injusto cargar en el reo las propias culpas de la Administración penal. Vid MANZINI, Recidiva, 414-25 y MATTEOTI, Recidiva, 233-43.

366) Vid infra Cap. 3° Secc. 4ª, I. pág. 842 ss.

367) BECCARIA, Delitos

368) ROMAGNOSI, en Génesis

369) FILANGIERI, Legislación, VI, 6 s.

370) Meramente enuncia la circunstancia de reincidencia en Tratados, V, 21 y de forma más extensa se refiere al modo de prevenir las reincidencias en Peines, 4 s.

371) LARDIZABAL, Discurso, 143. Subrayado nuestro

372) Como es sabido, LARDIZABAL, Discurso, 83, señala como fin primero y principal de la justicia criminal la "salud de la República" aunque junto a este fin reconoce que hay otros igualmente necesarios, "y sin los cuales no podría verificarse el general", como son la corrección del delincuente "para hacerle mejor si puede ser, y para que no vuelva a perjudicar a la sociedad" y el escarmiento y ejemplo para la población en general.

373) MARCOS GUTIERREZ, Discurso, 24

374) Ibidem, 59 Subrayado nuestro

375) Como veremos en los Capítulos posteriores, es común aludir a la "perversidad" como característica del reincidente, a la hora de justificar el aumento de pena por reincidencia. Vid infra Cap. 2° Secc. 4ª I. pág. y Cap. 3° Secc. 4ª I.

376) En el mismo sentido, por "perverso-sa" el Diccionario dá la siguiente definición: "sumamente malo, depravado en las costumbres u obligaciones de su estado". Característica de la persona que no se circunscribe a un momento dado, sino que se entiende permanente.

377) Aunque algunos autores españoles como QUINTANO, Curso, I 75 y MIR PUIG, Introducción, 261 incluyen en el clasicismo español a los primeros reformadores a partir de LARDIZABAL; nosotros en este trabajo reservamos la denominación de seguidores de la Escuela Clásica a los autores que, a partir de ROSSI, siguen fundamentalmente las premisas de aquella escuela italiana cuyo máximo exponente será a mediados del XIX Francesco CARRARA. Por ello, consideraremos a PACHECO primer representante del clasicismo español si bien es, como el de ROSSI, un clasicismo ecléctico. Respecto a la coincidencia del método apriorístico y deductivo en los autores de ambas fases del pensamiento penal español, Vid MIR PUIG, Introducción, 262.

378) Vid infra Cap. 2° Secc. 4ª, I.1. pág. 423 ss.

379) BENTHAM, Tratados, V, 21

380) Ibidem, 59

381) SALAS, Comentarios a BENTHAM, Tratados, V, 66

382) SALAS, Ibidem, 22: "Ya hemos dicho, y no debe olvidarse, que la pena de un delito no solamente debe proporcionarse al mal de primer orden que causa, sino también al mal de segundo orden, si produce alguno; y aun a veces este último mal sólo es el que justifica la pena, como sucedería en el caso de un pobre hambriento que robase un pan a un rico". Con este ejemplo que ofrece SALAS se explica cómo en el código de 1.822 el hurto justificado por necesidad resultaba atenuado, pero no exento de pena (art. 755 transcrito supra nota 204).

383) BENTHAM, Peines, 4 s.

384) SALAS, Comentarios a BECCARIA, 18

385) Ibidem, 24

386) Ibidem, 25

387) Ibidem

388) Pues el efecto en la cualidad activa del hombre, que hace disminuir o suprimir los alicientes por ciertos bienes, no es sino un derivado de ese temor a perderlos injustamente.

389) Vid infra

390) Vid supra, Secc. 3ª.II.4. pág. 88 ss. y III.2.D. pág. 144 ss.

391) MORENO, DiarSesCong 1.821-22, II, 1.597

392) CALATRAVA, Ibidem

393) CANO MANUEL, Ibidem, 1.388

394) Vid CARNOT, Commentaire, I, 162

395) CANO MANUEL, DiarSesCong, 1.821-22, II, 1.388

396) Ibidem. Refiriéndose el mismo diputado a la reincidencia del sujeto que se fuga de su condena a trabajos temporales, estima que en este caso, -por el contrario al supuesto de la recaída tras la fuga de trabajos perpetuos-, la "malicia" es, dice, "muy grande" ya que según sus palabras, "supone un reo que pudiendo salir después de su condena meramente temporal a disfrutar pacíficamente de sus derechos, comete un nuevo crimen, y es muy distinta su posición de la del condenado a trabajos perpetuos...". Aparte de las objeciones que podrían hacerse a tal diferenciación, lo que nos interesa destacar es que al menos se intenta dar un significado distinto a lo que es la "necesidad" por fuerte inclinación, y la culpabilidad.

397) Según expone CALATRAVA, en el resumen de los informes relativos al artículo que regulaba la reincidencia, DiarSes Cong 1.821-22, II, 1.596.

398) CALATRAVA, DiarSesCong 1.821-22, II, 2.098

399) Ibidem, 1.384. Subrayado nuestro.

400) Ibidem. Subrayado nuestro

401) Ibidem. Subrayado nuestro

402) Ibidem 1.385. Subrayado nuestro.

403) El contenido del art. 49 del Proyecto, pasa a ser luego art. 49 también en el código, pero modificado, reservando la pena de muerte para los casos de recaída en delito que mereciese pena superior a 12 años de obras públicas. (Vid supra, Secc. 3ª.III.2.A.a. pág. 123).

404) De acuerdo con la clasificación de penas del art. 28 del código, la reclusión, prisión, el confinamiento, e incluso el destierro son catalogadas en el grupo de "penas corporales" al igual que las demás penas superiores a éstas. Y el hurto está castigado con reclusión, o con obras públicas, incluso en los casos más leves.

405) CALATRAVA, DiarSesCong, 1.821-22, II, 2.098. Subrayado nuestro.

406) Ibidem 2.086. Subrayado nuestro.

407) Ibidem 2.098. Subrayado nuestro.

408) Así lo prevé el art. 144. Vid supra Secc. 1ª.III.1. pág. 12 s.

409) Según dispone el art. 57, la pena de presidio se cumple en un establecimiento de tal clase, donde el recluso será destinado "al servicio de hospitales, oficinas o establecimientos públicos, reparación o construcción de obras y limpieza de la población, con la precisa circunstancia de que ninguna pueda estar sin ocupación constante y efectiva, en lo cual no habrá nunca esención, dispensa ni rebaja". Y el art. 60 dispone que el condenado a reclusión "trabajará constantemente en el oficio, arte u ocupación para que sea más proporcionado". Aparte de la pena de obras públicas que, por su naturaleza implica la realización de esa clase de trabajos públicos (art. 55) y la de trabajos perpetuos (art. 53).

410) Vid infra Cap. 2° Secc. 4ª.I. pág. 421 ss.

411) El Capítulo IV del código penal de 1.822 se titula "Del modo de graduar los delitos, y aplicar y dividir las penas; de las circunstancias que los agravan o disminuyen; de las penas que se deben aplicar cuando concurren diferentes; y de la esclusión de todo asilo para los que delincan" (Subrayado nuestro). En dicho Capítulo IV, el art. 106 recoge los diversos supuestos catalogados como tales "agravantes".

412) Circunstancia agravante segundo del art. 106

413) Vid BENTHAM, Tratados, IV, 20s.

414) Curiosamente, como destaca BERNALDO DE QUIROS, Nuevas Teorías, 326 en las nuevas corrientes defensistas de alborean a finales del siglo la reincidencia vuelve a tomar el lugar de circunstancia "muy agravante" destacando sobre las demás agravantes genéricas cuya significación queda por debajo de la que se da a la reincidencia.

415) Nos referimos a la repetición de robos y hurtos que dan lugar a la imposición de penas iguales o muy similares a las previstas por reincidencia. Vid supra. Secc. 3ª.II.4. pág. 108 ss.

416) Vid supra Secc.2ª.II.4. pág. 62

417) Como ya se puso de manifiesto en su momento, Vid supra Secc. 2ª.I.2.C.b. pág. 32

418) BECCARIA, Delitos, XXIII, 137 s.: "los obstáculos que aparten a los hombres de los delitos deben ser más fuertes a medida que los delitos sean más contrarios al bien público y en proporción a los estímulos que impulsen a ellos"

419) LARDIZABAL, Discurso, 106 s.: "El mal ejemplo es tanto mayor y más perjudicial cuanto es mayor la frecuencia con que se cometen los delitos". Líneas después insiste: "cuanto mayor fuere la facilidad para delinquir, mayores en más número, o más vehementes las causas o estímulos que incitan a ello, tanto más se deberán agravar las penas, para que el miedo de ellas sirva de obstáculo a la facilidad de delinquir, y de contrapeso a las causas u ocasiones que pueden incitar a ello.

420) BENTHAM, Tratados, IV, 255 s.: "Algunos autores célebres han querido establecer una máxima contraria, y dicen que lo grande de la tentación debe hacer que se disminuya la pena que minora la culpa, y que cuanto más poderosa es la seducción, tanto menos se puede inferir que el delincuente es depravado. Esto puede ser verdad, pero no por eso, la

regla es menos cierta, porque para estorbar el delito es necesario que el motivo que reprime sea más fuerte que el motivo que seduce, y la pena debe hacerse temer más que el delito se hace desear".

421) Vid supra Secc. 2ª.5.4. pág. 52 s.

422) BECCARIA, Delitos, XLI, 180: "es mejor prevenir los delitos que punirlos. Este es el fin principal de toda buena legislación".
LARDIZABAL, Discurso, 83 s.: "La salud de la república es la suprema ley". Y aunque señala que además del fin general están las finalidades de la corrección del reo, el escarmiento y el ejemplo, resume su opinión sobre el objeto y fin de las penas (Ibidem 86 s.) diciendo: "Es pues el ejemplo para lo futuro más que la venganza de lo pasado el objeto de la justicia criminal, y por consiguiente de las penas, porque no es posible deshacer un delito ya cometido...".
En términos similares, BENTHAM, Peines, 4 s.

423) La ineficacia de la pena retributiva para hacer frente a las necesidades de una defensa más enérgica contra el crimen frecuente y especialmente frente a la reincidencia, es reconocida incluso por autores que en pleno auge de las doctrinas positivistas-defensistas se adscriben al clasicismo tradicional, como es el P. MONTES: Vid MONTES, Derecho penal, II, 36.

424) DORADO, Pena, 421 s.

425) Vid infra Cap. 3° Secc. 3ª, II.5. nota 924 sobre la irrupción en el panorama legislativo europeo de "penas" de relegación o de detención para delincuentrs habituales e incorregibles.
El paralelismo entre las doctrinas y propuestas de los escritores reformistas seguidores de BECCARIA y los movimientos de defensa social de finales del XIX y principios del XX, e incluso del movimiento de La Nueva Defensa Social de ANCEL, han sido suficientemente puestos de relieve por los escritores contemporáneos. En España, a principios de este siglo, DORADO, Prevención, 502-11 había señalado el paralelo entre las propuestasque MARCOS GUTIERREZ presenta en el Prólogo de su Discurso como medios de prevenir los delitos mediante la evitación de las causas de los mismos, con los modernos "sustitutivos penales" de FERRI.
CASTEJON, Génesis, 8 considera que "la intimidabilidad y el utilitarismo penal de BENTHAM, la coacción psíquica y la ejemplaridad de FEUERBACH y la prevención y controspinta criminosa de ROMAGNOSI, evolucionando y amalgamándose, han venido a formar el precedente de la defensa social". ANCEL Défense, 56-66 reconoce a BECCARIA como precursor de la "Nueva Defensa Social".

426) Aunque como ya se ha dicho (Vid supra Secc. 2ª.I.2.C.b. pág. 32 ss.), el hecho de que los delitos estén en distinto Título no impide que pueda existir semejanza entre ellos es evidente que el legislador pretendió marcar la diferencia entre la reincidencia y la reiteración por razón de la semejanza aludida.

427) Vid supra, Secc. 3ª.I.3.A.e. pág. 84 cuadro nº 2.

428) A las que hemos hecho referencia anteriormente, Supra C. pág. y notas 377, 378 y 379.

429) Pragmática de 12 de marzo de 1.771. NovRec, Lib XII. Tit. XL, Ley 7ª.

430) Vid supra Secc. 3ª.II.4.A.e. pág. 108, cuadro nº 3.

431) Tanto en la reincidencia como en la mera repetición sin condena intermedia, siempre que uno de los dos o más delitos cometidos por el reo fuese un robo con violencia en las personas, la pena correspondiente al segundo delito era la de trabajos perpetuos. Y en la reincidencia, cuando el delito pasado o presente fuese un robo con fuerza se debía imponer también la pena perpetua de deportación, después de cumplir 10 años de obras públicas.

432) Vid supra Secc.3ª.III.2.A. pág. 123 ss.

433) BECCARIA. Delitos, 140

434) Ibidem, 142

435) Vid ANTON, Fines, 426

436) Vid infra Cap. 3ºSecc. 3ª.II. nota 749.

CAPITULO SEGUNDO

LA REINCIDENCIA EN EL CODIGO PENAL DE 1.848

Y REFORMA DE 1.850

SECCION PRIMERA

INTRODUCCION AL CODIGO PENAL DE 1.848-50

I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE ESTE CODIGO

Con la derogación del código penal de 1.822, al reimplantarse un nuevo periodo absolutista, el panorama penal español vuelve a hundirse en la legislación del Antiguo Régimen, con todo su anacronismo y potencial dureza, mitigada ésta por las amplias facultades del arbitrio judicial [1]. Pero la necesidad de un cuerpo legal unificado y adaptado a las exigencias de la época, era algo que no podía dilatarse por más tiempo [2]. Por ello, el mismo Fernando VII en 1.829 nombra una Comisión para la formación de un nuevo código [3], la cual presentará sus trabajos un año después. Diversas vicisitudes impiden que el Proyecto elaborado llegue a aprobarse [4]. La misma suerte correrán Proyectos posteriores como el de SAINZ ANDINO de 1.831 [5], o el de 1.834 [6].

Con la creación de la Comisión General de Codificación en 1.843, el impulso codificador va a lograr por fin cristalizar en el nuevo código penal de 1.848, aunque también tras diversos avatares [7], desde el estancamiento del Proyecto

en 1.845, fecha en que fue presentado al Gobierno, hasta 1.847 en que se presenta a las Cortes, tiempo durante el cual, parece que el Proyecto original sufrió algunas modificaciones [8].

En el breve debate que tuvo lugar en ambas Cámaras, surgieron fuertes objeciones principalmente respecto al modo de presentarlo como obra terminada [9], sin previa audiencia a aquellas entidades que informaron para la elaboración del código de 1.822, y respecto a la misma oportunidad de la implantación de un "código" [10]. No obstante, el Proyecto fue aprobado y sancionado el 19 de marzo de 1.848 para comenzar a regir el 1° de Julio siguiente.

Se inicia así la vigencia de un código que va a perdurar en lo fundamental hasta nuestros días [11]. SEIJAS LOZANO, principal artífice de esta obra [12], manifiesta ante las Cortes presentar un código "puramente español" [13], pero son evidentes las influencias de otros códigos europeos, como el francés y el napolitano, y particularmente la del código de Brasil [14], así como la del derogado código de 1.822 en algunos puntos, al menos en lo tocante a la reincidencia [15].

La implantación de un nuevo sistema penal, de un "código", tras tantos siglos de vigencia de la antigua legislación, no era tarea fácil. La acomodación de los tribunales y prácticos del derecho a las nuevas disposiciones no pudo ser ni rápida ni exenta de dificultades en el entendimien-

to de sus preceptos, por más que el código fuese añorado como necesidad urgente. La misma ley de 19 de marzo de 1.848, en que se ordenaba su promulgación, establecía la facultad del Gobierno para hacer las reformas urgentes en previsión de posibles defectos en su comprensión o en su aplicación[16], así como para la proposición a las Cortes, dentro de los tres años siguientes, de las reformas o mejoras necesarias en vista de las observaciones anuales de los Tribunales [17]. Así surgieron una serie de decretos aclaratorios, adiciones y reformas que culminaron con el decreto de 8 de junio de 1.850 por el que el Gobierno Narváez publica una nueva edición reformada del código que además de recoger las reformas decretadas en los dos últimos años, incluye importantes modificaciones en algunos aspectos, especialmente en el campo de los delitos políticos [18]. Reforma "desgraciada" [19], de marcado tinte autoritario [20], en un momento en que estaban suspendidas las garantías constitucionales [21], y que como señala BARBERO, no fue de "poca monta" [22]. Concretamente en la materia que a nosotros nos ocupa, se produce una modificación importante en lo referente a la reincidencia en los delitos contra la propiedad [23].

Aparte de esta desafortunada reforma de 1.850 el código del 48, ha merecido más alabanzas que críticas [24], tanto por su factura técnica [25], que ha perdurado hasta el momento actual, como por su eclecticismo [26], que rompe con una larga tradición en la que la intimidación general era el principal módulo de la pena.

En cuanto al tratamiento de la reincidencia, se rebaja la dureza con que venía castigada en el código de 1.822, quedando ahora dentro de los límites de retribución por el hecho cometido, como cualquier otra agravante. Pero en materia de recaídas en algunos delitos patrimoniales, pasa a primer plano el criterio de prevención especial para imponer penas superiores a los reos "habituales" de hurtos y ciertas estafas, cuya frecuencia era causa de fuerte alarma social [27].

Igualmente, para las recaídas durante el cumplimiento de condena, prima el interés intimidativo hacia los presos, y por ello, se establecen unas elevaciones de pena que recuerdan en parte las disposiciones del código de 1.822 [28].

La publicación del código penal posibilitó un florecimiento y nuevo interés por el estudio de las ideas penales en España, después del vacío en que quedó este campo, tras la derogación del código de 1.822 [29]. A la recepción de las ideas ilustradas y el utilitarismo de BENTHAM durante el primer cuarto de siglo, sucede la penetración de las concepciones retributivas eclécticas propugnadas principalmente por ROSSI, que llegan a nuestro país a través de las "Lecciones" de PACHECO [30]. En este ambiente de renovado interés por los principios penales quedó elaborado el código de 1.848. Ello explica que inmediatamente a su promulgación surjan una serie de obras dedicadas al comentario de sus preceptos y en las

que con más o menos profundidad quedan reflejadas aquellas teorías.

Los Comentarios al Código que van apareciendo, tienen un eminente interés práctico, pues van dirigidos a facilitar la comprensión del texto legal por parte de las personas destinadas a aplicarlo desde una u otra perspectiva. Destacan los de PACHECO [31], más por la fama de su autor y la difusión que alcanzaron que por lo acabado de su contenido [32], aunque no deja de ser obra de excepcional interés. Los comentarios de VICENTE y CARAVANTES [33], donde el autor se enfrenta a arduos problemas de interpretación adelantando valiosas soluciones con criterio razonado y sereno, igualan, si no superan en algunos aspectos las explicaciones de tono más exaltado que encontramos en PACHECO. También los de VIZMANOS y ALVAREZ, nos ofrecen atinados y justos criterios [34].

Más esquemáticas, y obviando en ocasiones evidentes problemas de interpretación del cuerpo legal, la obra de GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN [35] y la de CASTRO y ORTIZ DE ZUÑIGA [36]. En la misma línea, las "Instituciones de Derecho Penal" de AURIOLES MONTERO [37], y el texto de "Elementos de Derecho Penal" de Eustaquio LASO [38]. El Código Penal reformado con anotaciones de CORZO [39], se centra únicamente en los artículos afectados pot la reforma de 1.850. Aparece alguna otra publicación que apenas merece ser reseñada [40].

Son obras de divulgación dirigidas a juristas o a estudiantes de Derecho, cuyo objetivo reside en facilitar la interpretación de los preceptos del texto legal, utilizando el método exegético [41]. Unicamente los"Estudios de Derecho Penal" de PACHECO siguen el método lógico abstracto propio del clasicismo imperante en esta época y que a través de sus lecciones va a introducirse en el ambiente español si bien con las características del eclecticismo de ROSSI, su principal inspirador [42].

En el desarrollo de nuestro trabajo, acudiremos constantemente a estas obras aludidas, cuya obligada consulta se hace más necesaria e ineludible para descifrar el texto legal y la opinión de los jurisconsultos prácticos y teóricos de la época, a falta de una jurisprudencia unificada a la que acudir.

Las prácticamente nulas competencias del Tribunal Supremo en materia penal [43], hace que las 14 Audiencias Territoriales entonces existentes sean las que conozcan en última y definitiva instancia de los procesos criminales, produciéndose la consiguiente lógica diversidad de criterios.

Por obligadas limitaciones de nuestro trabajo, nos reduciremos al estudio de las obras de los comentaristas y doctrina en general, relativamente abundante en este período, que creemos ofrecen datos suficientemente abundantes para co-

nocer la opinión que dentro del ámbito jurídico español existía sobre la reincidencia, objeto de nuestro estudio. En el capítulo siguiente, al tratar el código de 1.870, tendremos ocasión de profundizar en la Jurisprudencia que el Tribunal Supremo va creando a lo largo de los casi 60 años en que el último código del siglo XIX estuvo en vigor, y que en algunos aspectos parece que condicionó la línea jurisprudencial que fundamentalmente se ha mantenido hasta la pasada década [44].

II. ENCUADRAMIENTO DE LAS FIGURAS OBJETO DE ESTUDIO

Como consecuencia de la sistematización y proceso de abstracción propios de un código, la reincidencia va a quedar básicamente configurada en el Libro I, como circunstancia general. Pero dentro de este Libro I, o Parte General del Código, la comisión de un delito después de una condena anterior se encuentra regulada en dos lugares distintos: en el catálogo general de agravantes del art. 10 se recogen la "reiteración" [45] o recaída en delitos de distinta especie, y la genuina reincidencia o recaída en delitos de la misma especie. Y por otro lado, cuando la comisión de un nuevo delito o falta acontece durante el cumplimiento de condena, entra en juego el art. 125, que aparece en el Título V del Libro I,: "De las penas en que incurren loa que quebrantan sentencias, y los que durante condena delinquen de nuevo". Aquí se establece una serie de reglas de agravación o de elevación de pena, que sobrepasan los efectos previstos para las agravantes generales, por razón de esa situación del reo de cumplimiento de condena. Esta disposición va a imponer una limitación a la aplicación de las agravantes de reiteración y reincidencia.

Por otro lado, al igual que en el código de 1.822, la reincidencia va a ser contemplada de forma específica para algunos delitos a lo largo del Libro II, para imponer

elevaciones concretas de pena que impiden la estimación de la agravante genérica . Pero como expusimos al estudiar el código de 1.822 [46], sólo nos vamos a ocupar de la reincidencia específica en los delitos contra la propiedad.

Ahora bien, en la edición del código de 1.848, 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 1.850 cuando se sustituye la agravación del "habitual" por la de "reincidencia". Por ello, y porque dentro del concepto de habitualidad también cabe en determinados casos incluir la reincidencia, nos centraremos en el estudio de esta regulación, que además entronca con la técnica del código del 22 de elevar la pena tanto en caso de repetición como de reincidencia para los robos y hurtos [47].

El orden de exposición será examinar en primer lugar, en la Sección Segunda, las agravantes 17ª y 18ª del art. 10, como normas generales que ofrecen el concepto de reiteración y de reincidencia, de forma muy similar a como han llegado al código de 1.944. La reforma de 1.850 mantiene inalterable ambas agravantes, por lo que no es necesario hacer matización alguna al respecto.

A continuación veremos los casos especiales de reincidencia en la Sección Tercera, donde entraremos a estu-

diar la peculiar configuración en este aspecto de algunos delitos contra la propiedad, tanto en la edición de 1.848, como en la de 1.850, que introduce una modificación sustancial en este campo. También en esta sección se examinarán los casos de recaídas durante el cumplimiento de condena. Aunque propiamente constituyen reglas generales dentro del Libro I del Código, las vamos a considerar(como ya hicimos en el Código de 1.822), como un caso particular de reincidencia, porque su ámbito supera los criterios y los requisitos establecidos para aquellas agravantes genéricas.

En último lugar, en la Sección Cuarta, intentaremos analizar la fundamentación jurídica que parece subyacer en la concreta configuración del código en este tema de la reincidencia, así como las posturas mantenidas por la doctrina y comentaristas, sobre la misma.

III. SISTEMATICA GENERAL DE LAS PENAS

1. ELENCO DE PENAS

La sistemática de las penas en el código de 1.848 nos resulta muy familiar porque es prácticamente la misma que ha perdurado hasta nuestros días. Por ello, vamos a resaltar únicamente algunos aspectos que van a tener su relevancia cara a nuestro tema.

Al igual que en el código de 1.944, las penas vienen agrupadas en cuatro escalas generales, apareciendo dentro de cada una de éstas en orden de mayor a menor gravedad [48]. Lo que nos interesa destacar es el mantenimiento de penas perpetuas, además de la pena de muerte. Pueden ser perpetuas la cadena, la reclusión, la relegación y el extrañamiento. Y no existe, lamentablemente, una disposición como la del código de 1.822 [49], que posibilite la rebaja de las penas perpetuas por medio de la enmienda y buena conducta para llegar al menos a ejercer los derechos civiles en el lugar de la deportación o de la relegación en su caso. Poco espacio va a tener la prevención especial en este código, salvo para fines intimidativos o asegurativos de cara al reincidente.

La existencia de penas perpetuas conduce a algunos problemas cuando el reo condenado a una de ellas, deba cumplir además otras condenas inferiores. Tal es el caso de comisión de nuevo delito durante cumplimiento de cadena perpetua, regulado en el art. 125, sonde de deñala la imposición de otra pena superior en algunos casos, para lograr una efectiva agravación [50].

Otro punto a destacar es el de la pena de sujeción a vigilancia de la Autoridad [51], que se impone como accesoria, son carácter perpetuo, cuando el reo hubiere sido indultado de otra pena perpetua [52], o por un tiempo igual a la duración de la pena principal, pero comenzando a partir del cumplimiento de ésta, cuando la condena haya sido a pena de cadena temporal, presidio mayor, reclusión, relegación y extrañamiento temporales, presidio menor y correccional y confinamiento mayor [53].

La sujeción a vigilancia de la Autoridad, implica según dispone el art. 42, la obligación de fijar un domicilio y dar cuenta de él a la Autoridad, no pudiendo cambiarlo sin permiso escrito de dicha Autoridad; observar las reglas de inspección que fije ésta, y adoptar oficio, arte, industria o profesión si el reo no tuviese medios conocidos de subsistencia.

Aunque tenga carácter de pena, esta vigilancia constituye lo que hoy llamaríamos una medida de seguridad post-

delictual, aunque con duración predeterminada. En el código de 1.822, la sujeción a vigilancia se imponía de forma particular para los robos y hurtos [54]; en este código del 48, se ha extendido a la mayoría de los delitos graves, en incluso a aquellos delitos menos graves que lleven pena de presidio correccional. Los robos y hurtos quedan automáticamente sujetos a esta pena accesoria ya que para ellos se señalan penas de presidio correccional o penas más graves; a excepción del robo con fuerza en las cosas y hurto, inferiores a 5 duros que lleven penas de arresto mayor [55]. Esta medida de vigilancias constituye indudablemente uno de los pocos puntos en que el código abre paso a la prevención especial.

A efectos de reincidencia, la trascendencia de esta pena accesoria radica en que mientras dure su cumplimiento, cualquier recaída del reo va a quedar sujeta a las prescripciones del art. 125, más duro en sus efectos, y más amplio que las agravantes de reincidencia y de reiteración del art. 10 porque abarca indiscriminadamente toda recaída en delito o falta [56].

2. JUEGO DE LAS AGRAVANTES EN LA GRADUACION DE LAS PENAS

Las reglas de graduación establecidas en el art. 74 de este código [57], son casi idénticas a las previstas en el código actual (texto refundido de 1.973) en su art. 61.

Nota diferencial es, la obligación de imponer la pena en su grado medio cuando no existan atenuantes ni agravantes (regla 1ª del art. 74). También hay que destacar que en el art. 70 se establece la ausencia de efectos en las penas indivisibles de la posible existencia de circunstancias modificativas [58]; lo que significa que en las penas perpetuas por su propia naturaleza indivisibles, no van a jugar las agravantes ni atenuantes. Salvo que se trate de una pena compuesta de dos indivisibles, en cuyo caso los Tribunales deben imponer la mayor de ellas, salvo que concurra alguna atenuante.

La diferencia más notable en lo que a nosotros interesa, respecto al código actual, radica en la imposibilidad de imponer pena o duración superior a los límites señalados por la ley como pena del delito cometido. La regla 6ª del art. 74 establece el grado máximo como tope infranqueable, por muchas agravantes que concurran en el caso, sin excepción. Solo en la particular regulación que vamos a encontrar en el art. 125 para las recaídas durante el período de cumplimiento de condena, y en aquellos delitos que quedan cualificados por la reincidencia, esta circunstancia tendrá la virtualidad de superar los topes máximos de la pena señalada por la ley para el delito [59].

SECCION SEGUNDA

TRATAMIENTO GENERAL DE LA REINCIDENCIA

El código de 1.848 recoge, como ya lo hizo el código de 1.822, dos clases de reincidencias genéricas (reiteración) y específica. Pero a diferencia de aquel primer código español, ambas circunstancias aparecen con la misma significación a efectos de la responsabilidad criminal, encuadradas como meras agravantes genérales dentro del catálogo del artículo 10. En este aspecto de su ubicación, el legislador optó por seguir el sistema del código de Brasil [60], en vez del adoptado por el código de 1.822, tomado del modelo francés, que destinaba un capítulo especial para las dos clases de reincidencia [61]. No fue bien acogido por los comentaristas la nueva sistemática, cuando por otro lado se regulan las recaídas durante el cumplimiento de condena, en capítulo aparte, lo cual lleva a una cierta confusión o incongruencias [62]. Sin embargo, este sistema es el que ha perdurado hasta el momento actual.

El contenido de ambas agravantes varía considerablemente respecto al código del 22. Por de pronto se suprime la prescripción; y la reincidencia específica queda enunciada esquemáticamente posibilitando diversas interpretaciones en cuanto a la exigibilidad de condena anterior. Tie-

ne de ventaja que los efectos en la pena quedan enmarcados dentro de los límites de la pena señalada por la ley al nuevo delito. Regla general no exenta de excepciones.

I. REINCIDENCIA EN DELITOS DE LA MISMA ESPECIE

En continuidad con la línea histórica y con el código de 1.822, sólo la recaída en delitos de análoga naturaleza recibe legalmente la denominación de "reincidencia". El criterio para determinar esa analogía, que en el código anterior había quedado encorsetado bajo la fórmula del "mismo Título", se determina ahora mediante una fórmula más flexible y acertada con la referencia a la "misma especie". Pero por otro lado, queda sin determinar qué es lo que debe entenderse por reincidencia, pues la descripción legal es tan exigua que más bien constituye una mera enunciación, como veremos seguidamente.

1. REGULACION LEGAL

El nº 18 del art. 10 recoge como circunstancia agravante: "Ser reincidente de delito de la misma especie" Fórmula sencilla, casi idéntica a la recogida en el Código de Brasil, en la que probablemente se inspiró [63]. Esta simplicidad en la formulación va a plantear una serie de problemas a la hora de fijar los requisitos que integran esta agravante, por la posibilidad de distintas interpretaciones de esos elementos normativos que el legislador meramente enuncia.

2. REQUISITOS

Para descifrar el contenido de los dos elementos que fija la descripción legal, "ser reincidente" y "de delito de la misma especie" recurriremos a examinar los comentarios y doctrina de esta época sobre esta circunstancia. y asimismo acudiremos a las posibilidades de interpretación sistemática en relación con otros preceptos que presenta el código sobre recaídas.

A. Ser reincidente

La primera cuestión que plantea esta expresión es la de determinar cuándo se es "reincidente", ya que el código no explicita en esta circunstancia cuáles son los requisitos que dan a un sujeto tal carácter. Estamos ante un elemento normativo cuyo contenido vendrá dado por el concepto común de reincidencia aceptado en la doctrina o en la práctica de los tribunales. O bien puede entenderse que las notas configuradoras del reincidente vienen señaladas por la ley en la descripción de la agravante 17ª, si es que consideramos a ésta como una modalidad de reincidencia.

De hecho, el código penal, al referirse en el nº 18 del art. 10, a "ser reincidente de delito de la misma especie", está admitiendo que un sujeto puede ser "reincidente de delito de distinta especie". Y puede pensarse que esta modalidad es la que viene recogida en el nº 17 del mis-

mo artículo 10, aunque la agravación se limite a los casos en que el delito anterior llevaba señalada pena igual o mayor que el nuevo delito cometido [64]. Según ésto, si ambas agravantes pertenecen al género común de "reincidencia", podemos pensar que el requisito expresado en la n° 17, referente a "haber sido castigado anteriormente por delito" es común a ambas. La mayoría de la doctrina así lo entenderá, y tratará conjuntamente ambas circunstancias extendiendo a la 18ª el requisito de castigo anterior exigido para la 17ª [65].

Quizás fueron meras razones estilíticas en el deseo de evitar repeticiones, las que llevaron al legislador a no reproducir en la agravante 18ª los requisitos ya enunciados en la 17ª, como señalaba MONTERO [66]. Es probable que el legislador considerase obvio y sobradamente conocido que tales eran los requisitos de la reincidencia.

Aunque como expone GARCIA GOYENA, según la normativa del Antiguo Régimen, que era la que derogó el código de 1.848,la exigencia de condena previa a la recaída no era cuestión demasiado clara, si bien existía una opinión favorable a tal exigencia [67]. No obstante los comentaristas del código de 1.848 se pronunciarán mayoritariamente en favor de la necesidad de condena previa [68].

Otra cuestión que podría plantear la expresión "ser reincidente" es la posibilidad de que la ley con-

templase en esta agravante un "tipo de autor", un particular "modo de ser" del sujeto. Cuestión suscitada en épocas posteriores [69], pero que podría tomarse en consideración ante esta definición tan exigua en la que sólo se alude a "ser reincidente" de delitos semejantes [70].

Sin embargo debe negarse tal posibilidad. En primer lugar porque el código de 1.848 está inspirado en los principios de la escuela clásica cuyos postulados se centran en la contemplación objetiva del "hecho" realizado, y no en la "maldad del autor" que como tal no debe castigarse sino en cuanto "maldad del hecho" [71]. Y en segundo lugar, porque incluso la misma definición legal, aunque escueta, parte de la comisión de más de un delito de la misma especie, dato objetivo de repetición independiente de las características personales del reo. Si nos atenemos a la interpretación de la doctrina y comentaristas sobre esta agravante, constatamos la unanimidad sobre la exigencia de la constancia material de las varias infracciones, aunque como ya se ha apuntado, la mayoría de los autores exijan acertadamente la necesidad de condena previa a la segunda comisión delictiva [72].

"Ser reincidente" supone pues, la existencia de unos requisitos objetivos, los cuales dan lugar a la apreciación automática de la agravante. Estamos por lo tanto ante una circunstancia personal, porque se trata de una situacion particular del sujeto, y por tanto incomunicable [73],

pero objetivada [74]: surge con la constatación formal de la comisión de dos (o más) delitos que guarden entre sí determinada relación temporal atendiendo al momento de condena del primero de ellos y al de ejecución del segundo, según interpretación mayoritaria.

Téngase en cuenta que si precisamente el código de 1.848 se caracteriza por un exacerbado legalismo, consecuencia del deseo de romper con los excesos del anterior arbitrio judicial, la contemplación en la agravante 18ª de lo que hoy llamaríamos un "tipo de autor", constituiría una consagración de lo que precisamente pretendían desterrar, y por tanto una contradicción flagrante de principios. Y ciertamente, por las razones apuntadas no parece ser éste el caso de la reincidencia.

Otra cosa es que la razón de la agravación por reincidencia se explique, con cierta inconsecuencia, en base a la presunción de mayor "perversidad" del reo, o en su inclinación a delinquir, como hacen la mayoría de los autores de esta época [75]. Presunciones que probablemente coinciden con las que llevaron al legislador del 48 a establecer la citada agravación. Pero ello no obsta a la conclusión anterior sobre el carácter objetivado de la agravante que tratamos, pues no se agrava la pena al que demuestra "más perversidad" o cierta "inclinación a delinquir", sino al que reune los requisitos legales del reincidente, se den o no en él esas características de "perversidad" [76].

a) C o n d e n a a n t e r i o r

Un sujeto es reincidente cuando re-incide, esto es, vuelve a cometer un delito, exista o no condena intermedia, según la acepción puramente gramatical de reincidencia. Al no desarrollar la ley el contenido del "ser reincidente", ésta podría ser una primera interpretación de ese concepto. Así lo entienden CASTRO yORTIZ DE ZUÑIGA al comentar brevemente la agravante 18ª: "la reincidencia existe, según la circunstancia 18ª, aunque el hecho no haya recibido todavía una pena jurídica" 77). Conclusión a la que llegan al comparar el distinto texto de la agravante 17ª en la que expresamente se alude a "haber sido castigado anteriormente". El mismo modo de pensar encontramos en un artículo publicado en la revista de CARDENAS "El Derecho Moderno", en 1.849, artículo que no lleva firma, por lo que suponemos debe atribuirse al propio CARDENAS. Respecto a la reincidencia se pregunta:

> "¿Pero, cuando hay reincidencia?. Haila según el párrafo XVII cuando el culpable ha sido castigado anteriormente por delito a que la ley señale igual o mayor pena. Haila según el párrafo XVIII cuando el culpable ha cometido antes otro delito de la misma especie que el último que se le castiga ((...)) Respecto a los delitos de la misma índole que el último hay reincidencia aunque el culpable no haya sido castigado por el primero y sea menor la pena que por él había merecido" 78)

Aun encontramos otro autor que llega a esa misma conclusión, por la simple lectura comparativa de ambas agravan-

tes. Nos referimos a ARAMBURU y ARREGUI, Catedrático de la Universidad de Oviedo, que según explica en el prólogo de su obra "Instituciones de Derecho Penal Español", fechada en 1.862, se había dedicado a la enseñanza de Historia y Elementos del Derecho Civil, pasando por en cargo de una R.O. de 1.858,a las asignaturas de derecho Mercantil y derecho Penal [79]. En su opinión la agravante 18ª recoge la mera reiteración en delito, mientras que la reincidencia, para la cual debe exigirse condena anterior queda recogida en el n° 17 del mismo art. 10, por lo que considera que en el n° 18 se utiliza impropiamente la voz "reincidencia" [80].

Estas aseveraciones nos indican que no existía uniformidad de criterios a la hora de interpretar el contenido de la agravante enunciada en el n° 18, pues como ahora mismo veremos, existe un amplio grupo de autores que entienden la expresión "ser reincidente" del código en el sentido que doctrinalmente se exige para poder hablar de reincidencia en términos jurídicos, ésto es, sobre la base de condena anterior a la recaída [81].

Puestos a valorar las argumentaciones y criterios utilizados por los autores arriba citados, hemos de decir que apenas ofrecen explicación alguna de sus conclusiones, salvo el texto legal interpretado literalmente,de forma que comparando la definición del n° 17 con la del n° 18

llegan a concluir la no exigencia legal de condena anterior.

Veamos ahora las explicaciones en general más detalladas y fundamentadas de los comentaristas que insisten en la exigencia de esa previa condena, y que podemos decir constituyen mayoría.

Así, MONTERO critica duramente la aseveración de CASTRO y ORTIZ DE ZUÑIGA, calificándola de "insostenible", pues precisamente el fundamento filosófico que tuvo en cuenta el legislador al contemplar esta agravante -dícese basa en "la ineficacia o insuficiencia de la primera condena del delincuente..." ya que en otro caso faltaría el fundamento racional para la agravación [82]. Tal vez -continúa MONTERO- "se hayan apoyado los citados comentaristas en la diferencia de redacción que se advierte en las circunstancias 17ª y 18ª", pero en su opinión el que la ley no hable de castigo anterior en el nº 18 "debe atribuirse a mala redacción, atendidas las consideraciones expuestas" [83].

La mayoría de los autores comentan conjuntamente en un mismoapartado ambas agravantes 17ª y 18ª y extienden a ésta última el requisito de "haber sido castigado" que aparece en la 17ª. PACHECO nos dice que "técnicamente se ha entendido en todos los tiempos" que sólo son reincidentes los

que ya fueron condenados y volvieron a caer en el mismo delito [84]. VIZMANOS y ALVAREZ consideran también esencial el que haya precedido juicio y condenación, diferenciándose en este extremo de la mera repetición de delitos [85]. Las mismas consideraciones encontramos en GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN: "Esta reincidencia, que es la verdadera con razón está clasificada entre las circunstancias agravantes, porque el delincuente que a pesar de haber sido ya castigado por otro delito análogo ..." [86]. En el mismo sentido LASO [87] y AURIOLES [88].

Cuando el código llevaba ya dos años de vigencia, VICENTE Y CARAVANTES vuelve a insistir en la exigencia de condena, sumándose a los primeros comentaristas [89] y de la misma forma, CORZO, Abogado Fiscal del Tribunal Supremo de Justicia manifiesta la exigencia de condena anterior para la reincidencia, subrayando las diferencias de ésta con el hábito [90]. Ya hemos citado la misma opinión de MONTERO HIDALGO en 1.852, rebatiendo a CASTRO y ORTIZ DE ZUÑIGA [91].

Constatamos por lo tanto una postura bastante uniforme -salvo las excepciones apuntadas- en la exigencia de condena previa a la comisión del nuevo delito como requisito fundamental de la reincidencia. Así lo mantienen los más ilustres jurisconsultos del país, como son los autores aludidos, entre los que figuran algunos miembros de la Co-

misión Codificadora [92], catedráticos, abogados ilustres, e incluso un Fiscal del Tribunal Supremo. Es importante la existencia de esta postura común, por la necesaria influencia que debió ejercer en la aplicación práctica de las leyes penales. Las obras de estos autores tuvieron gran difusión en el ámbito universitario y profesional, tanto por el prestigio y categoría de aquellos, como porque eran las primeras publicaciones que ayudaban a conocer el contenido del nuevo código, por lo que su consulta se hacía obligada. El hecho de que en ellas y particularmente en aquellas que aparecieron después de algunos años de vigencia del código, no se haga referencia a la existencia de una interpretación distinta de la agravante 18ª en el requisito que comentamos, parece indicar que así se estaba estimando mayoritariamente incluso en la práctica de los Tribunales.

No obstante tenemos alguna duda sobre si la exigencia de condena anterior se refería al momento de la ejecución del nuevo delito, o al momento del enjuiciamiento del mismo. De la postura de los comentaristas se deduce que la condena debía ser anterior a la recaída, pero aunque esta opinión prácticamente unánime pueda indicar que tal era la práctica de los Tribunales, no puede confirmar este extremo ante la inexistencia de un Tribunal Superior a las Audiencias en materia criminal que estableciese una cierta uniformidad de criterios.

Tenemos algunos datos, no completos, sobre la forma en que se venía aplicando la reincidencia en la Audiencia de Madrid, a través de la obra de AZCUTIA, Abogado Fiscal y Magistrado de esa Audiencia durante la vigencia del código de 1.848-50, que luego pasará a ser Fiscal del Tribunal Supremo [93]. En su "Derecho Criminal", expone resumidamente algunas de las causas falladas por la Sala donde él ejercía, seleccionadas "de los seis mil procesos que hemos despachado" por su especial interés o porque"refiriéndose a los delitos más frecuentes, vienen siendo objeto de apreciaciones muy diversas, que es muy conveniente uniformar" [94].

Entre los varios casos que expone encontramos dos de ellos que versan sobre la reincidencia. En el primero se rechaza la reincidencia cualificada sobre un delito de tenencia ilícita de ganzúas, por estimar que este hecho, aunque encuadrado en el capítulo de los hurtos, es propiamente una tentativa de robo,y como tal no sujeto a las agravaciones cualificadas, sino solo a la genérica de reincidencia del nº 18 del art. 10, por tener el reo una condena anterior de robo [95]. En el segundo caso se desestima la agravante de reincidencia por no darse el requisito de "misma especie" entre el delito por el que fue condenado anteriormente, "tala de leñas", y el hurto que entonces se enjuiciaba; ya que en 1.847, fecha de aquel primer de-

lito esa infracción era considerada como "daños", no como "hurto" 96).

Lo que a nosotros nos interesa es que en ambos casos, para poder apreciar la reincidencia se parte de una condena anterior. Aunque no consta si la comisión del nuevo delito fue realmente posterior a aquella condena.

Nos parece significativo que de todos los casos seleccionados por AZCUTIA, no aparezca ninguno sobre incorrecta aplicación de la agravante por inexistencia de condena anterior. Puesto que el objetivo de la presentación de estos casos era dar cuenta del criterio constantemente mantenido por la Jurisprudencia de la Audiencia en los casos problemáticos, la ausencia de referencia al punto indicado nos lleva a pensar que era comúnmente admitida la necesidad de condena previa por otro delito de la misma especie.

En otra publicación posterior del mismo AZCUTIA, en 1.876, vigente ya el código del 70, manifiesta claramente que respecto a la condena anterior, aún cuando la letra del código de 1.848 no aludiese a ella expresamente en la agravante 10, 18ª, era evidente la exigencia de la misma: "tal ha sido siempre la inteligencia, en esta parte del Código de 1.850 y la jurisprudencia establecida" 97) porque:

> "Mientras en un proceso no recae sentencia ejecutoria, declarando al reo culpable del delito imputado e imponiéndole el castigo, a que por el mismo se ha hecho acreedor, no existe el antecedente penal que en la comisión posterior de otro hecho igual, ha de producir la reincidencia". 98)

Pero estas manifestaciones aluden a la necesidad de esa condena por delito anterior; no son terminantes respecto al momento en que debe exigirse esa constancia de antecedente penal, ya que poco después manifiesta:

> "Si hubiera de entenderse que la reincidencia se produce únicamente cuando al cometerse el nuevo delito está ya juzgado el culpable, o condenado por otros de igual clase, vendría a suceder que tal circunstancia no nacería, como es lo propio, de la ejecución del mismo hecho criminal en sí, sino de la sentencia recaída, en que así se hubiera declarado; dándose la anomalía de que veinte hurtos cometidos antes de la misma, todos y cada uno de ellos, a los efectos de la agravación, serían los primeros" 99)

Por ello, en su opinión, la definición de reincidencia, debiera ser la que sigue:

> "Hay reincidencia, cuando al recaer sentencia condenatoria en un proceso, aparezca penado el delincuente por otro delito análogo anterior" 100).

Con esta propuesta de definición pretendía salvar los inconvenientes de la redacción de la agravante en el código de 1.870, que como veremos tenía el grave defecto de posibilitar la apreciación de reincidencia sobre el primer hecho cometido por el reo, con tal que anteriormente hubiese

sido condenado por otro cometido con posterioridad [101].

Con estas afirmaciones de AZCUTIA tampoco se puede demostrar obviamente que durante el período de aplicación del código de 1.848-50, se considerase como suficiente la constancia, en el momento de enjuiciamiento de un delito, de una condena por otro cometido anteriormente. Lo más probable es que hubiese resoluciones an ambos sentidos, condena previa a la recaída, y condena previa simplemente al enjuiciamiento. Lo que sí parece en todo caso más verosímil es que por lo menos se exigía la prueba de un antecedente penal. Y si se consideraba suficiente que esa condena constase en el momento del juicio del segundo delito, lo que si podría afirmarse es que la práctica jurisprudencial era contraria a las directrices propugnadas por la doctrina y comentaristas, cosa, por otro lado, bastante común en todas las épocas [102].

a') Condena judicial firme

Es evidente que la condena anterior a que hacemos referencia debe ser una resolución firme, condena ejecutoria impuesta por la autoridad judicial competente, como explicaba VICENTE Y CARAVANTES al sentar la irrelevancia jurídica a estos efectos del castigo impuesto por un particular, extrajudicialmente [103].

Y ha de tratarse de condena firme, ejecutoria, pues mientras exista posibilidad de recurso, y en consecuencia de modificación del fallo, no puede afirmarse aún la responsabilidad criminal por ese hecho primero, del que aún puede quedar absuelto.

Una vez ejecutoria, la condena debe comenzar a cumplirse salvo que sea otorgado un indulto, o el perdón del agraviado en los casos en que tenga virtualidad para remitir la pena [104]; por otras circunstancias la condena puede no llegar a cumplirse, si el reo se sustrae al cumplimiento de la misma y la pena llega a prescribir según las prescripciones del código.

Lo más normal y frecuente será que la condena pase a ser cumplida. Y en principio también lo más normal, al menos teóricamente, es que si el reo vuelve a delinquir lo haga cuando ha recobrado totalmente su libertad. No obstante puede ocurrir, -y por lo que parece ocurría con cierta frecuencia [105]-, que el reo recaiga en delito durante el cumplimiento de la condena o habiéndola quebrantado. En previsión de estas recaídas durante período de cumplimiento de condena, el código señala unas reglas especiales de incremento de pena o elevación de la misma en el art. 125 que estudiaremos más adelante [106]. Lo que ahora nos cuestionamos, en relación con la reincidencia, aplicable también a la reiteración o agravante 17ª, es

hasta qué punto puede decirse que para la apreciación de estas agravantes es exigible que el reo haya cumplido esa condena anterior ejecutoria, o si simplemente basta, según la prescripción legal y en base a los preceptos del código que puedan dar luz sobre este punto, que haya recaído condena firme. Este extremo es el que vamos a tratar seguidamente.

b') No necesidad de condena cumplida

Como hemos visto, la circunstancia 18ª del art. 10 no hace mención siquiera a la exigencia de condena, y por ello tal vez parezca innecesario adentrarnos en la cuestión de si la condena debe estar cumplida. Pero ya ha quedado expuesto que la opinión mayoritaria, en el ámbito de la doctrina, parte de este requisito de la condena anterior como fundamento básico de la reincidencia legal, entendiendo que la explicitación que en el nº 17 del art. 10 se hace a "haber sido castigado anteriormente" debe extenderse a la reincidencia descrita en el nº 18. Por otro lado, una vez admitido que deba requerirse condena anterior a la recaída, la existencia del art. 125 en el que se recogen aquellas que tengan lugar durante el período de cumplimiento de condena, obliga a indagar hasta qué punto este precepto impone una limitación al contenido de ambas agravantes 17 y 18. Por ello, a fin de poder llegar a una conclusión suficientemente vá-

lida, vamos a examinar las consecuencias que pueden derivarse de esos dos datos: la expresión "haber sido castigado" y el artículo 125.

Respecto al primero, requisito expreso de la "reiteración", las conclusiones a que lleguemos serán directamente aplicables a esa agravante, por lo que en el momento de estudiar sus elementos nos remitiremos a lo que ahora se diga.

a'') "Haber sido castigado"

Salvo la excepción apuntada de CASTRO y ORTIZ DE ZUÑIGA, CARDENAS, y ARAMBURU ARREGUI [107], la mayoría de los autores unen las agravantes de reincidencia y reiteración bajo un mismo apartado, comentando conjuntamente los requisitos comunes a ambas, que entienden se derivan de la expresión legal "haber sido castigado anteriormente". Por lo que respecto a la posible exigencia o no de condena cumplida ambas siguen la misma suerte.

Si comenzamos con una interpretación gramatical y lingüística de la expresión en cuestión, creemos que pueden defenderse dos conclusiones opuestas: que "haber sido castigado" equivale a "haber sufrido castigo", o bien que equivale a "haber sido impuesto un castigo" que sería lo mismo que haber sido condenado.

En esta época, solo VICENTE Y CARAVANTES se plantea el

problema de interpretación de esta expresión, cuestionándose el alcance del término "castigado". Así dice:

> "Para que se entienda que hay reincidencia ¿será necesario que se haya impuesto la pena al reo del primer delito, haciéndole sufrir sus efectos, o bastará que haya recaído sentencia condenatoria sobre el delito que perpetró?. Las palabras terminantes del nº 17, "haber sido castigado" inclinan a adoptar la primera alternativa, porque para que haya castigo, no basta la declaración de haber incurrido el reo en la pena, sino que es necesario sufrir los efectos de ésta". 108)

La equiparación castigado-condena cumplida, deriva según este autor, de la acepción gramatical de la expresión legal. Sin embargo, personalmente se inclina por la segunda solución. Así dice:

> "Pero es más lógica la segunda alternativa, entendiendo aquellas palabras como referente a la imposición de pena o al pronunciamiento de sentencia condenatoria. En este caso la sentencia habría de ser definitiva, sin que se diera recurso alguno sobre ella. Entendiéndose de esta suerte, tendría aplicación la doctrina de la reincidencia en el caso de indulto y de prescripción de la pena, porque no destruyen la sentencia condenatoria aunque libren de la aplicación de la pena" 109).

Apoya esta segunda conclusión en lo dispuesto en el Real Decreto de Indulto de 19 de julio de 1.850, cuyo art. 15 textualmente establecía que:

> "Las gracias de este decreto se reputan no concedidas en caso de ulterior reincidencia. Si se verificase, mis Fiscales pedirán, y decretarán las Salas de Justicia, que aedmás de la pena a que la reincidencia diere lugar, haya de cumplir el penado, siendo posible, la remitida por dicha calidad en este decreto" 110)

Existía también otra disposición, la Real Orden de 9 de octubre de 1.853, sobre Abono de prisión preventiva, que aunque posterior a la promulgación al Código, es próxima a ella, y que aunque VICENTE Y CARAVANTES no la pudo citar pues su obra data de 1.851, abona la misma tesis. En el art. 2 de la citada R.O., se establecía que quedaban excluídos del cómputo de la prisión preventiva a efectos de cumplimiento de condena:

"1. Los reincidentes en la misma especie de delito.
2. Los que por cualquier otro delito hayan sido condenados a pena igual o mayor a la que nuevamente se les imponga" 111)

Parece evidente que en el nº 2 se alude a la agravante 17ª, pues la redacción es prácticamente la misma que la del código, salvo precisamente, el término "condenado" que sustituye al "castigado" del código. Según esto, podemos decir que a nivel legislativo se están utilizando indistintamente las palabras "condena" y"castigo".

Pero es que además, incluso dentro del mismo código penal de 1.848, -e igualmente ocurrirá con los códigos posteriores que están redactados sobre su patrón [112)]-, el término "castigado" es utilizado en muchas ocasiones para significar "condenado", o "penado", o "imponer pena", o "punible".

No otro puede ser el sentido del art. 6 cuando dice:

> "Se reputan delitos graves los que la ley castiga con penas aflictivas".- Se reputan delitos menos graves los que la ley reprime con penas correccionales.- Son faltas las infracciones a que la ley señala penas leves".

Cuando se dice que"la ley castiga", todos entendemos que la ley"impone castigo", o "señala castigo".

O cuando el art. 5 dice que "las faltas solo se castigan cuando han sido consumadas", entendemos que solo son punibles, que sólo puede imponerse pena a las faltas consumadas, y no que solo puede"ejecutarse" la pena en las faltas consumadas como si en las frustradas y tentadas pudiese"imponerse pena" pero no "ejecutarlas" o "sufrirlas".

Igualmente en el art. 2 de este código:

> "No serán castigados otros actos u omisiones que los que la ley con anterioridad haya calificado de delitos o de faltas",

quiere decir que no se puede"imponer pena" a los actos no previstos en la ley; no que lo que se prohibe sea "ejecutar" la pena.

A lo largo de los Libros II y III del código, para señalar las penas a imponer en cada caso a las infracciones alli contempladas se utilizan indistintamente las expresiones "será castigado", que es la más frecuente, o "incurrirá en pena", o "se impondrá la pena". Estas tres expresiones

aparecen por ejemplo, en los delitos contra la honestidad. Aunque en principio la imposición de una pena por condena judicial firme llevará normalmente a su posterior ejecución, en varios delitos contra la honestidad se prevé que la pena impuesta puede dejar de ser cumplida por perdón del ofendido [113]. Es decir, "castigará" no puede equipararse a "se ejecutará la pena", pues este es un trámite posterior, que en algunos casos puede quedar relevado de cumplimiento.

Si a lo largo del código el verbo "castigar" se utiliza en sus distintos modos verbales para significar "imponer pena", no puede concluirse que en el n° 17 del art. 10 tenga un significado único, distinto al que tiene en otros preceptos del código.

El que una interpretación estricta de "castigado" como equivalente a"haber sufrido la pena", o "haberse ejecutado el castigo" pueda resultar favorable al reo, es un argumento a tener en cuenta, pero no puede ser el único si de la interpretación sistemática y del sentido con el que se utiliza en el código esa expresión se deriva otra consecuencia.

Además, téngase en cuenta que en este código de 1.848, donde por primera vez aparece la expresión "haber sido castigado" que luego se va a repetir en códigos posteriores, el equiparar "haber sido castigado" a "haber cumpli-

do el castigo" no supone causar ningún beneficio al reo, pues si éste recae cuando se hallaba cumpliendo condena, va a quedar sujeto a las prescripciones del art. 125, más gravosas en todo caso que las de una circunstancia genérica de agravación.

Y además ya se ha citado el R.D. de Indulto en el que se parte de la posibilidad de "reincidencia" aun cuando no esté cumplida la condena.

Por todo ello, en nuestra opinión, creemos debe tomarse la expresión "haber sido castigado" en su sentido amplio, como equivalente a "haber sido impuesta una condena",con lo cual caen dentro del ámbito de estas agravantes las recaídas,tanto cuando ocurran después de mera sentencia condenatoria, como cuando se den después de haberse cumplido dicha condena.

No creemos que pueda defenderse una interpretación estricta en base a la primera acepción que ofrece el Diccionario de la Real Academia, tal como hacen ANTON ONECA [114] y MIR PUIG [115] en la actualidad, sin tener en cuenta otros datos que ofrece la misma ley penal o disposiciones complementarias.

Examinemos ahora como fue interpretado la expresión en cuestión por los comentaristas del Código de 1.848-50, más cercanos al momento en que se redactó, y algunos de ellos miembros de la Comisión Codificadora aunque su par-

ticipación en la misma fuese más bien escasa [116].

Lo primero que advertimos en los comentaristas de este código, salvo la excepción de VICENTE Y CARAVANTES a quien ya hemos aludido, es la ausencia de atención expresa a los diversos significados del término "castigado". Se utilizan indistintamente las referencias a "haber sido castigado", tal como reza el código, y a "haber sido penado", o "condenado" o "juzgado". Por ello solo indirectamente podemos obtener alguna conclusión de su discurso. Y habremos de aludir necesariamente a sus comentarios al art. 125 en cuanto pueden ayudar a descifrar el significado atribuido a la expresión que estudiamos.

PACHECO, por de pronto, que comenta conjuntamente ambas agravantes, nos dice que "es menester, para que haya reincidencia, que preceda el juicio y la condenación por el primer delito, de manera que solo sean reincidentes los que ya fueron condenados y volvieron después a dar la misma caida que tuvo en consideración el primer juicio" [117]. En otros momentos habla del reincidente como el que "castigado por cierta culpa vuelve a cometerla" [118], pero en ningún momento alude a la necesidad que el castigo se haya previamente cumplido. Al comentar el art. 125, comienza diciendo:

> "Sobre la teoría de este artículo hemos hablado ya en el Comentario a los números 17 y 18 del art. 10. Decíase en ellos que era circunstancia agravante de un delito el haber sido castigado anteriormente su autor por otro a que la ley señalase igual o mayor pena; y que lo era también el ser reincidente en delitos de la misma especie o índole. Teniendo ahora presente aquella doctrina, y descendiendo ya a las particularidades de la práctica, van a fijarse en estas reglas los distintos procederes, a que estima la ley que han de dar lugar los diversos casos de reincidencia que son posibles" 119).

Nótese que al referirse a "haber sido castigado", toma las mismas palabras de la ley, por lo que no se resuelven los problemas que plantea esa expresión. Lo que nos parece interesante es que considera el art. 125 como una disposición que señala "reglas para la práctica", no que varíe el concepto de reincidencia ya fijado en las agravantes 17 y 18 con carácter general, aunque ahora se particularice sobre los "diversos casos de reincidencia que son posibles". Por eso, al examinar la regla 4ª del art. 125, referente a las recaídas durante el cumplimiento de penas no perpetuas dice:

> "Ya aquí es necesario distinguir dos casos: ó han cumplido, ó no han cumplido la primera condena. Si la han cumplido, se han de regir por las reglas comunes de las circunstancias agravantes (art. 10 núms. 17 y 18); si no la han cumplido, si no la han empezado a cumplir, o la están cumpliendo de hecho, entonces es el caso de esta regla" 120)

Parece claro que PACHECO entiende que el art. 125 es una mera regla de penalidad, que se separa de las reglas comunes previstas para las agravantes en el art. 74, 4°[121])

pero que no altera el contenido teórico de las agravantes descritas en el art. 10 como reincidencia [122]. Aunque ese art. 125 recoge supuestos que en ningún caso entrarían dentro del ámbito de las agravantes 17 o 18, por tratarse de infracciones de distinta especie cuya pena no cumpla los requisitos exigidos en el n° 17 en cuanto que presente una gravedad igual o menor que el delito castigado anteriormente [123]; extremo al que PACHECO no alude.

Tampoco vamos a encontrar una aclaración al tema en la obra de VIZMANOS y ALVAREZ. Al comentar las agravantes 17 y 18 usan indistintamente "ha sido ya castigado" para referirse a las mismas, como "haya sido juzgado" [124]. Concluye el comentario, firmado por ALVAREZ diciendo:

> "la reincidencia, según la letra y espíritu del código, no es circunstancia agravante sino cuando es de delito de la misma especie, o cuando el hecho de índole diversa por que el culpable haya sido antes juzgado, sea de tal gravedad, que la ley le castigue con igual o mayor pena" 125).

Al llegar al art. 125, que es examinado por VIZMANOS, se exponen las distintas posibilidades de recaídas, y en vista de los preceptos legales, establece que la reincidencia implica que el reo "ha sido penado por un delito y cumplido su condena" antes de la nueva comisión delictiva; mientras que cuando se recae durante el cumplimiento de la condena anterior hay que atenerse a lo previsto en el

art. 125. [126] A esta conclusión llega VIZMANOS, no porque la interpretación del término "castigado" le obligue a ello, sino por la limitación impuesta por el art. 125 al ámbito de aplicación de las agravantes 17 y 18 como circunstancias genéricas. Precisamente el autor critica que se hayan establecido tales reglas especiales, más graves, para penar estos supuestos de recaída durante cumplimiento:

> "¿el delito cometido durante el tiempo de una condena debe considerarse como una reincidencia de distinto género y más grave que si se hubiera cometido el delito después de cumplida la condena? Dudoso parécenos el que deba hacerse distinción y dictar reglas especiales después de haber dicho ya que la reincidencia propia o impropiamente entendida es una circunstancia agravante, y después de haber prescrito como hayan de aplicarse las penas en caso de concurrir circunstancias agravantes" 127).

De este párrafo se desprende que de no existir esta regla especial que es el art. 125, regla que repudia, no habría ningún inconveniente para considerar comprendidas en la letra de las agravantes 17 y 18 las recaídas durante condena. En cierto modo también parece que concibe al art. 125 como una "regla de penalidad" simplemente.

CASTRO y ORTIZ DE ZUÑIGA, refiriéndose a la agravante 17ª -puesto que para la reincidencia ya vimos que se pronunciaban por la no necesidad de condena previa- decían que "no se necesita identidad ni semejanza en la especie de delito, siempre que la pena merecida sea de que menos igual a la impuesta por los Tribunales" [128]. Al comentar

el art. 125 no recortan el alcance de esta aseveración, es más, denominan reincidencia a los casos comprendidos en el art. 125 [129], aunque hemos de entender que se refieren a la "reincidencia en sentido general".

AURIOLES se remite simplemente a señalar la exigencia de "juicio y condenación" [130] para estas agravantes; y al comentar el art. 125 no añade nada significativo en el punto que tratamos.

GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN establecen como nota distintiva de la reincidencia frente a la repetición de delitos que en este último caso el reo no ha sido aún juzgado por ninguno de ellos [131]; pero al tratar el art. 125 aclaran que:

> "Es reincidente el que castigado por un delito comete de nuevo el mismo crimen, u otro a que corresponda igual penalidad después de cumplida la condena" 132)

Ante la presencia del art. 125 matizan cómo las agravantes 17 y 18 deben quedar reducidas a las recaídas después de cumplida la condena; pero nótese que esta exigencia no la deducen de la expresión "castigado"; pues precisamente ellos la utilizan como equivalente a "condenado" razón por la que añaden que además de"castigado", debe tener cumplida la condena.

Es sintomático que según traten de comparar la reincidencia con la mera repetición de delitos o con el hábito como hacía PACHECO [133], o por el contrario la comparen con lo dispuesto en el art. 125, se pone el límite entre la reincidencia y las figuras citadas en la existencia de previo juicio y condena, o en que la condena esté cumplida respectivamente. Con lo cual no se puede deducir una postura clara respecto a la exigencia o no de si debe estar cumplida la condena. Decimos ésto, porque aunque es evidente que las recaídas durante el período de cumplimiento de condena quedan sujetas a las reglas del art. 125, ello no obliga a que recaídas después de un indulto o de remisión de la pena por perdón del agraviado cuando ello sea posible, queden fuera de las agravantes 17 o 18. En este sentido MONTERO proponía la conveniencia de que junto a la descripción de estas agravantes figurase una aclaración que explicitase la eficacia de las condenas anteriores en estos casos de perdón o indulto [134]. También PACHECO aludía al problema de la amnistía e indulto pronunciándose a favor de una disposición tal como la del código napolitano que expresamente admitía la validez de la condena indultada a efectos de reincidencia [135]; y ya vimos cómo VICENTE Y CARAVANTES pensando precisamente en el indulto y en la prescripción de pena, consideraba más lógico la interpretación de "castigado" en el sentido de "condenado" [136].

Para terminar con la referencia a los autores que más o menos directamente aluden al punto que tratamos, hemos de citar a CORZO, quien fundamenta la reincidencia en que "la pena ya sufrida no ha bastado á retraer de nuevos delitos" [137]. Pero cuando quiere marcar la diferencia con el "hábito" alega que cuando existe éste "el reo todavía no se ha mostrado sordo a la voz de la justicia, ni frustrado una de las miras con que la ley pena el delito, puesto que jamás ha sido juzgado ((...))" [138]. También, aunque de forma esquemática, LASO entiende que la reincidencia propia (así denomina a la del nº 18), consiste en "cometer delito por el que antes cometió otro igual o de la misma especie y sufrió su pena" [139], fijando así la diferencia con los supuestos del art. 125; pero no acompaña mayor explicación de su postura.

Resumiendo la exposición de los comentaristas respecto al punto que tratábamos de interpretación de "haber sido castigado", podemos decir que, salvo VICENTE Y CARAVANTES, ningún otro se plantea expresamente la problemática de esta expresión. Tal vez porque no les parecía problemática. Pero lo cierto es que más bien no reparan demasiado en ella sino en cuanto exigencia de condena anterior; y normalmente sólo cuando se confronta la agravante 10,17ª -o bien las dos, 17ª y 18ª-, con el art. 125, es cuando de forma más clara aluden a la necesidad de que la condena esté previamente cumplida. Pero más por la necesaria limitación que impone dicho artículo que por exigencias

del texto que define ambas agravantes.

Pocos, o mejor diremos, solo VICENTE Y CARAVANTES, PACHECO y MONTERO se plantean la posibilidad de recaídas después de una condena no cumplida por haber quedado el reo eximido legalmente de su cumplimiento. VICENTE Y CARAVANTES estima que precisamente porque es obligado dar cabida en las agravantes 17 y 18 a estos supuestos, el término "castigado" debe interpretarse como equivalente a "condenado". PACHECO entiende que los casos de indulto mantienen la validez de condena firme a efectos de reincidencia, y en el mismo sentido MONTERO propone cómo hubiese sido mejor, para evitar dudas, explicitar la eficacia de estos supuestos, añadiendo un párrafo clarificador junto a la descripción de las agravantes 17 y 18.

Resumiendo, de la postura de los comentaristas no se puede concluir que entienden que "castigado" equivale a "haber cumplido el castigo". Y de la terminología utilizada a lo largo del Código tampoco. Por lo tanto, creemos que puede ser correcto interpretar "haber sido castigado" como "haber sido condenado", independientemente de que esa condena haya sido o no cumplida [140].

b'') El artículo 125

El legislador ha considerado que existe un plus de desvalor en las recaídas ocurridas durante período de cumpli-

miento de condena, cuyo reflejo en la pena debe ser superior al señalado para las agravantes genéricas; de ahí las nuevas reglas que contempla el art. 125 [141]. Por ello, a primera vista se podía pensar que las agravantes 17 y 18 sólo incluyen las recaídas ocurridas después del cumplimiento de la pena anterior. A esta conclusión parece que llegan algunos comentaristas que, al comparar las agravantes citadas con el art. 125, sientan que la reincidencia implica condena anterior cumplida. Pero a nuestro entender tal conclusión no es correcta porque:

- Si bien es cierto que al art. 125 sustrae de las reglas generales de las agravantes las recaídas durante cumplimiento de condena o habiéndose quebrantado ésta, quedan aún casos en que el reo recae sin haber cumplido la condena anterior, pero por no serle exigible tal cumplimiento. Son los supuestos a que aludían VICENTE Y CARAVANTES, (este autor se refería al indulto y prescripción de la pena), PACHECO, (se refería al indulto) y MONTERO (refiriéndose al indulto y al perdón del ofendido) [142]. Por lo tanto, la comisión de un delito por el reo que anteriormente fue condenado, habiéndosele remitido la pena ya sea por indulto, por haber prescrito dicha pena, o por perdón del agraviado en los casos en que proceda, puede encajar perfectamente en las agravantes 17 o 18. Por ello decimos que no es preceptivo para estas circunstancias que el reo haya cumplido la pena anteriormente impuesta.

- El presupuesto del art. 125 está construido no solo sobre la recaída sino también, y principalmente, por la peculiar situación del reo consistente en hallarse cumpliendo la pena anterior o haber quebrantado dicho cumplimiento. De ahí que en consideración a esta situación del reo se dicten reglas especiales de agravación, reglas que, como proponía MONTERO podían y deberían haberse incluído junto con las previstas para las agravantes genéricas [143], pues su inclusión en capítulo aparte sólo se debe a una defectuosa sistematización del código. Con lo cual hubiese quedado más claro que la reincidencia, tal como se define en el nº 18 y en el nº 17 del art. 10, puede tener unos efectos superiores en caso de recaída durante cumplimiento de condena; el concepto legal de reincidencia no quedaría afectado por el hecho de que se prevean unas reglas especiales de penalidad cuando el reo estaba cumpliendo pena anterior. En nuestra opinión, tampoco con la sistemática concreta del código queda afectado ese concepto legal, pues el art. 125 sigue siendo principalmente una regla diferente de penalidad, tal como apuntaban PACHECO y MONTERO. [144]

c') Por delito

La agravante 18ª dice "Ser reincidente de delito ...".

En la clasificación tripartita del código en delitos graves, menos graves, y faltas de acuerdo con lo dispuesto en el art. 6 [145], sólo las dos clases primeras constituyen "delito". Sólo éstos pueden constituir base idónea para generar la agravante de reincidencia. Las "faltas", o infracciones a que la ley señala penas leves [146], aunque contempladas en el código en su Libro III, procesalmente quedan reguladas en la Ley Provisional que acompaña al código, estableciéndose para ellas la competencia de los Alcaldes o Tenientes para su enjuiciamiento, mediante juicio verbal [147]. Además, el art. 488 del código establece que para las faltas, los Tribunales procederán a su prudente arbitrio en la aplicación de las penas, dentro de los límites de cada una y atendiendo a las circunstancias de cada caso. Luego no quedan sometidas preceptivamente a las reglas previstas en el Libro I para la determinación de las penas.

Cuando la ley ha querido dar relevancia a una condena por "falta" para agravar la penalidad, se ha remitido expresamente a esta clase de infracciones, o alude simplemente a "condena ejecutoria" sin especificar que ésta deba derivarse de delito o de falta. Tal es el caso del art. 125

que comienza "los que después de haber sido condenados por ejecutoria cometieren algún delito o falta ..." [148]. Por ello, puede afirmarse que en la agravante 18ª la expresa referencia a "delito" excluye las condenas por meras "faltas" penales.

Respecto al alcance del concepto "delito" en cuanto tipo "abstracto", comprensivo de formas de desarrollo imperfectas o de diversas formas de participación, nos remitimos a lo que se expondrá al examinar el código de 1.870, donde podemos encontrar algunas referencias sobre estos extremos en la doctrina y en la jurisprudencia [149]. Las conclusiones que allí sentaremos son aplicables a este código de 1.848-50, por ser la estructura de ambos códigos prácticamente idéntica.

En cuanto al número de delitos por los que el reo fue condenado anteriormente, es indiferente que sean uno o varios. El sujeto es igualmente "reincidente" en ambos casos, aunque lógicamente el juez tendrá en cuenta el mayor o menor número de condenas anteriores a la hora de fijar la pena concreta, dentro de los límites que le permita la ley [150].

d') Comprobación de la condena anterior

Hasta 1.848, la comprobación de los anteriores delitos a que hubiese sido condenado un reo se hacía sobre la de-

claración del mismo reo en indagatoria sobre este extremo [151], o suponemos que en lo posible por los testimonios que obrasen en el mismo Juzgado que conocía de la nueva causa.

Por Real Decreto e Instrucción de 22 de Setiembre de 1.848 se crea el Registro Central de Penados en el Ministerio de Gracia y Justicia, y en los Tribunales militares y eclesiásticos que de él dependían [152]. Este registro comprendía una relación de los que se llevaban en cada Juzgado, Audiencia y Tribunal Supremo pero según da cuenta CASTEJON, en 1.853 se suspendió la remisión de hojas de antecedentes al Ministerio, para restablecerse en la Dirección General en 1.859 [153]. Su funcionamiento no debió ser demasiado eficaz hasta la reorganización definitiva en 1.879 [154].

En la práctica judicial se solicitaba a ese Registro Central, según se desprende de las instrucciones de AZCUTIA [155], el envío de los antecedentes penales del reo. El mejor o peor funcionamiento del Registro, sería ya otra cuestión en la que creemos no merece la pena entrar a efectos de nuestro trabajo.

b) C o m i s i ó n d e n u e v o d e l i t o

Sólo el que haya sido ya condenado por un delito está en condiciones de poder ser reincidente. Por ello, como requisito básico, pero elemento que pertenece al pasado del delincuente, nos referíamos a la condena anterior. Pero la reincidencia surge en el momento en que esa persona vuelve a cometer otro delito de la misma especie.

Como hemos expuesto al hablar de la condena anterior [156], el nº 18 habla de "delito", por lo que deben excluirse la comisión de las faltas; la nueva infracción penal debe ser un delito grave o menos grave, cuya comisión sea posterior a aquella condena ejecutoria.

También aquí nos remitimos a lo que diremos al tratar del código de 1.870 sobre la idoneidad de las formas imperfectas de ejecución o de participación como integrantes del concepto de "delito" que pueda dar origen a esta agravante de reincidencia [157].

B. De delito de la misma especie

El Código de 1.822 había roto con la línea histórica de considerar reincidencia sólo la recaída en determinados delitos, al establecer una cláusula general de reincidencia con el criterio de que fuesen delitos del "mismo Título". Fórmula más amplia, y también más rígida y forma-

lista [158]. Los proyectos de código penal que se elaboraron durante los últimos años del reinado de Fernando VII, y el de 1.834 establecían, por el contrario, o bien reincidencia sobre el "mismo" delito [159] o, con más amplitud el de SAINZ ANDINO, sobre delitos del "mismo género" [160]. El Código de 1.848 se inclina por una fórmula parecida a ésta última mediante la alusión a la "misma especie" de delitos, fórmula que permite una aplicación más flexible e idónea para el caso concreto, dejando para el Juzgador la valoración de lo que debe entenderse por "misma especie". Lo cual puede dar pie, lógicamente, a diversas interpretaciones sobre el criterio para determinar esa analogía.

Pero aún dentro de la mayor o menor amplitud con que puede concebirse la citada expresión, constituye la nota característica de lo que los comentaristas estiman como "verdadera" reincidencia [161], en contraposición con la agravante 17ª.

El Código de 1.870 volverá a adoptar la fórmula del "mismo Título" [162] en aras de mayor certeza jurídica, y así permanecerá hasta el momento actual. El Proyecto de Código penal de 1.980, vuelve a tomar el criterio de la especie [163], por lo que las consideraciones que ahora expondremos pueden ser de gran interés para el presumiblemente futuro código penal.

a) D e t e r m i n a c i ó n d e l a "e s p e c i e"

Sólo en VICENTE Y CARAVANTES encontramos una explicación razonada de lo que en su criterio debe entenderse por "misma especie", barajando las posibles soluciones:

> "Discurren los intérpretes sobre si debe entenderse por delitos de la misma especie los penados bajo una misma calificación por el Código, o los castigados en un mismo artículo. Pero fundándose la circunstancia agravante de la reincidencia en la mayor perversidad que demuestra, y en la mayor alarma que produce en la sociedad el que habiendo sido castigado por un mismo delito los vuelva a cometer, creemos que por delito de la misma especie deberá entenderse no sólo los delitos idénticos, sino todos los que se derivan de un mismo principio, todos los que tienen un mismo origen de criminalidad. Así pues, habiéndose dividido los delitos por la naturaleza misma de las cosas, en delitos contra la propiedad, contra las personas, contra el honor, etc. .., la reiteración en cada una de estas clases constituirá reincidencia; y por el contrario no habrá reincidencia si los dos delitos no pertenecen a la misma clase, porque no existía el hábito entre ellos" 164).

Para concretar la exigencia legal de "misma especie", parte VICENTE Y CARAVANTES de la reflexión sobre el fundamento de la reincidencia, que cifra en la mayor perversidad, el hábito, y la alarma consecuente. Y el hábito, solo se presume en la comisión de delitos que tengan un mismo "origen de criminalidad". Esta expresión parece que alude al móvil del delito, pero al concretar ese origen común, se centra el autor en la naturaleza de los delitos en juego, indicando de alguna forma que se puede acudir a los Títulos

del Código en cuanto que agrupan infracciones de la misma naturaleza. Pero tampoco se ata al mero criterio objetivo de los Títulos, pues atiende ante todo a la "naturaleza" de los delitos.

Es interesante la referencia que hace al "hábito", indicando que si no hay hábito no hay reincidencia, y que el "hábito" solo puede deducirse de la comisión de delitos semejantes [165]. También PACHECO se refiere al "hábito" al explicar la reincidencia, al decir que ésta se fundamenta en el "hábito que éste ((el reo)) va adquiriendo al caer en determinado delito" [166]. Asimismo CORZO aludía a la "propensión" a delinquir que arguye la reincidencia[167]. Resaltamos este dato, porque creemos que ciertamente con el criterio de acudir a la "misma especie", -o en otros códigos a los "Títulos"-, se pretende captar esa inclinación criminal que conduce a la distinción entre reincidencia genuina y reincidencia en delitos distintos (agravante 10, 17ª) asignando a ésta última una menor gravedad [168].

Continuando con las explicaciones sobre lo que es "misma especie" CARDENAS aconseja atenerse al sentido común. En su opinión "son de una especie aquellos que causan al ofendido males iguales o análogos por naturaleza: v.g. todos los delitos contra la propiedad, todos los que atacan al honor, todos los contrarios a la honestidad, etc." [169] El criterio es parecido al apuntado por VICENTE Y CARAVANTES.

Los demás comentaristas apenas hacen alusión a este punto. PACHECO, al hablar de reincidencia alude a la recaída en el mismo delito, o en "determinado delito" [170] por lo que parece que se refiere a delitos idénticos; al establecer la diferencia con la agravante 17ª alude a la "analogía" que se requiere para la 18ª [171]. VIZMANOS y ALVAREZ, equiparan "misma especie" a "misma índole" [172], con lo cual no aclaran en absoluto las dudas. Igualmente GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN indican que los delitos deben ser "análogos" [173], como si estuviese suficientemente claro lo que es "misma especie".

En resumen, sólo VICENTE CARAVANTES y CARDENAS aportan alguna orientación, fijando la especie sobre el bien jurídico lesionado con el delito, criterio que se asemeja bastante al del Título pero que permite más flexibilidad, pues está por encima de la agrupación más o menos convencional que ha podido seguir el legislador al encuadrar los delitos en Títulos.

No obstante, parece que la práctica jurisprudencial, con mayor acierto, restringía la "misma especie" a aquellos delitos que no sólo atentasen al mismo bien jurídico, sino que además fuesen parecidos por los modos de comisión o el móvil del sujeto, tal como propone MARTINEZ DE ZAMORA actualmente [174]. Los indicios que tenemos para decir cuál era la interpretación jurisprudencial provienen de algún caso reseñado por AZCUTIA, y de al

gunas sentencias del Supremo dictadas en los primeros años de vigencia del código de 1.870 en las que se aplica retrospectivamente el código de 1.850 en esta materia, por resultar más favorable al reo de delitos cometidos antes de 1.870.

De AZCUTIA tomamos el caso anteriormente citado de hurto de leñas, en el que se desestima la agravante de reincidencia porque la condena anterior había sido por "daños", aunque el hecho cometido era sustancialmente el mismo de corte de leña y aprovechamiento de la misma, calificación jurídica diversa por la inclusión en 1.850 de estos supuestos en los hurtos. En este caso, curiosamente, encontramos una aplicación formalista que atiende no al hecho en sí, sino a su calificación jurídica, en beneficio del reo. Para lo que a nosotros interesa, podemos deducir que "daños y "hurtos" eran considerados de distinta especie [175].

De sentencias del Supremo posteriores a 1.870, podemos citar algunas en las que no se estima la agravante. Así en la de 16 de marzo de 1.877 [176], se desestima la reincidencia al juzgar un delito de disparo de arma de fuego porque la condena anterior del reo, que databa de 1.865, había sido por lesiones, delito considerado de distinta especie que aquél, de acuerdo con la normativa del código de 1.850 más favorable al reo; pues según el código de

1.870 se debía haber apreciado la agravante al estar ambos delitos encuadrados en el mismo Título. Igualmente se desestima la agravante en delito de robo con homicidio, porque la condena anterior había sido por robo durante el código del 50, en S. de 16 de mayo de 1.877 [177]. En S. de 22 de abril de 1.878 en un asesinato también se desestima la agravante porque la condena anterior lo fue por lesiones [178]. En otra sentencia, de 11 de febrero de 1.874, se da un caso similar pues se juzgaba un homicidio y el reo tenía condena anterior por lesiones, desestimándose la agravante por las mismas consideraciones de retroactividad y criterio de la necesidad de "misma especie" [179]

Por el contrario, se aprecia reincidencia cuando los delitos son de robo y hurto, según aparece en S. de 31 de marzo de 1.874 [180].

De las sentencias citadas se deduce en primer lugar que el Título en que se encuentran los delitos no era en absoluto criterio válido para determinar la "especie" de las infracciones, en la aplicación práctica de los Tribunales. Ni tampoco se consideraba suficiente la atención al bien jurídico lesionado, sino cuando las formas de comisión o el móvil de los delitos era el mismo. Así se desprende del hecho que se estimen de distinta especie los "daños" en relación con los "hurtos". Y en la consideración del

bien jurídico se atienen al más importante de los atacados cuando se trata de delitos complejos, como ocurre con el robo con homicidio que no es considerado de la "misma especie" que el robo.

Y dentro de los "Delitos contra las personas" encuadrados en un mismo Título, se diferencia entre aquellos contra la vida (asesinato, homicidio), y aquellos contra la integridad corporal (lesiones), como de "distinta especie", atendiendo por lo tanto al bien jurídico específico y no al genérico en el que pudieran encuadrarse estas infracciones.

b) D e l i t o s n o r e c o g i d o s e n e l c ó d i g o

No existe ninguna limitación legal para apreciar la reincidencia por razón del lugar en que una conducta quede encuadrada como delito, sea en el código o en una ley penal especial, siempre que los delitos en juego guarden la semejanza requerida, y por supuesto, mientras no disponga otra cosa la correspondiente ley especial [181].

C. No prescripción

No existe ninguna limitación por razón del tiempo transcurrido entre la condena por el primer delito y el segundo o posterior cometido. Se pierde aquella laudable insti-

tución introducida en el código del 22 [182], y en consecuencia, una vez constatada la condena anterior y la misma especie respecto al nuevo que ahora se juzga, será preceptiva la aplicación de la agravante.

Es curioso que ninguno de los comentaristas haga referencia a la prescripción contemplada en aquel primer código, lo que indica que la mayoría lo desconocían. Unicamente VICENTE Y CARAVANTES lamenta la ausencia de esta limitación por razón del tiempo transcurrido, citando en apoyo de la prescripción la práctica de los antiguos jurisconsultos y la opinión de algún autor francés contemporáneo [183]. Transcribimos su alegato por las conexiones que establece otra vez con el "hábito" de delinquir, para defender su postura; lo cual nos indica una vez más, cual entendía ser el fundamento de la reincidencia:

> "¿Cómo suponer que el delincuente haya sido impulsado a cometer el segundo delito por un hábito depravado, cuando testificasen contra ese hábito numerosos años de conducta irreprensible? ¿Debe acordarse la sociedad del primer delito que han lavado veinte o treinta años de una existencia pacífica? ¿No ha debido servir esta buena conducta para regenerar al delincuenta?. Atendiendo pues, a estas consideraciones, parece que debería presumirse la conversión del culpable, en un plazo de tiempo más o menos largo, atendida la mayor o menor gravedad del delito cometido, la edad y sexo del delincuente y las demás circunstancias análogoas" 184)

Parece que el legislador no consideró esa posible regeneración a la que se refiere CARAVANTES; aunque tal

vez ni siquiera se plantearon este tema de la prescripción de la agravante que tratamos, pues en los códigos extranjeros en que se inspiraron no se encuentra por desgracia esta institución para la reincidencia. Y el código de 1.822 claramente no se tomó como modelo en este punto.

Téngase en cuenta que el código de 1.848 contempla la prescripción de las penas pero no de los delitos [185]. Aunque prescriba la pena, la condena ejecutoria por la que esta se impuso sigue teniendo vigencia a efectos de reincidencia, como apuntaba VICENTE Y CARAVANTES en defensa de la no exigencia de condena cumplida para esta agravante [186].

3. EFECTOS

A. En la pena

Como cualquier otra agravante genérica, su reflejo en la pena viene preceptuado por el artículo 74, números 3°, 4°, y 6° [187]. Según éstos, será obligatoria la imposición de la pena en grado máximo cuando concurra sin ninguna atenuante, o bien conjuntamente con agravantes únicamente. Pero en ningún caso, por elevado que sea el número de éstas, podrá sobrepasarse el grado máximo de la pena. Efectos considerablemente más suaves que los que preveía el código de 1.822, especialmente para cuando concurriese doble reincidencia.

PACHECO elogia esta disposición del artículo 74 como humanitaria y justa [188]. Respecto a la regla que limita, en todo caso de concurrencia de varias agravantes, al grado máximo de la pena, CASTRO y ORTIZ DE ZUÑIGA estiman que esta concesión humanitaria a la acumulación de agravantes "no es peligrosa, porque todo delito enorme y alarmante está suficientemente penado dentro del código con la simple concurrencia de una sola de aquellas circunstancias; y el hacer otra cosa hubiera sido exponerse a crear inconvenientes y tropiezos con la pena capital y las perpetuas" [189]. En el mismo sentido argumenta VICENTE Y CARAVANTES [190]. VIZMANOS y ALVAREZ alaban también la justicia y proporción que ha usado el legislador en estas reglas, limitando sabiamente el arbitrio del juzgador [191].

Las opiniones que acabamos de exponer se corresponden con los comentarios al art. 74. Sobre los efectos de la reincidencia en concreto como agravante, ninguno de los autores citados hace alusión especial sobre la necesidad o conveniencia de seguir otras reglas distintas en la pena. Por lo que nos parece que dichos comentarios son aplicables a los efectos de la reincidencia, como a los de cualquier otra agravante. Es interesante constatar que ninguno de los autores citados se lamentan de que fuesen suaves los efectos consignados. Tengamos en cuenta que, al igual que en el momento del código del 22, la legislación que se deroga era la del Anti-

guo Régimen, especialmente severa con los reincidentes, aunque sólo la contemplase para determinados delitos en particular. Pero ahora, en vez de seguir el modelo francés, como se hizo en 1.822, se ha partido del Código de Brasil, ganando suavidad y sencillez en este punto.

En los casos de segunda, tercera,o posteriores reincidencias, el efecto sigue siendo el mismo reseñado de imposición de la pena en grado máximo. Como norma general, el código intenta a través de la proporcionalidad de la pena con la gravedad del hecho cometido,cumplir los dictados de esa "justicia absoluta" que contrae las finalidades utilitarias, tan en boga a principios del siglo [192], a los límites impuestos por la proporción apuntada. Una exacerbación de la pena para el sujeto multirreincidente supondría admitir la prevención especial de cuyos excesos se pretende huir. No obstante, no siempre se cede a la tentación, como se verá al tratar las disposiciones sobre los hurtos y robos [193].

B. Otros

a) I n d u l t o

La gracia de indulto queda recortada para los reincidentes de dos maneras: por imposibilidad de obtenerlo una vez de que han sido reincidentes, o por invalidación del ya

obtenido por el primer delito, cuando se incurra posteriormente en reincidencia.

La exclusión de los reincidentes del beneficio de indulto había sido una práctica común en la concesión de estas gracias reales [194]. El indulto de 19 de noviembre de 1.847 en su art. 4 excluye a "los reincidentes y a los que sin serlo hubiesen sido otra vez indultados o amnistiados" [195]. En 1.850, un nuevo indulto de la Reina establece también como condición para obtener la gracia, "no ser reincidente, no haber sufrido anteriormente otras condenas ni disfrutado de otro indulto" [196]. Pero aquí se recoge ya el posible segundo efecto a que apuntábamos: "las gracias de este decreto se reputan no concedidas en caso de ulterior reincidencia"; por lo que el reo deberá cumplir, además de la pena por la reincidencia, la remitida anteriormente [197] La exclusión del reincidente actúa incluso hacia futuros reincidentes, de forma que cuando ésta (la reincidencia) se verifica, la exclusión actúa retroactivamente.

En 1.866 por Real Decreto de 7 de Diciembre, se establecen una serie de reglas generales para la concesión de indultos [198], que no discriminan en principio al reincidente, pues éste puede beneficiarse de un indulto a condición de que no vuelva a cometer otro delito [199].

Posteriormente la ley de 18 de junio de 1.870, que sigue hoy en vigor, vuelve a excluir del posible indulto a los

reincidentes en el mismo o en cualquier otro delito por el cual hubiesen sido condenados por sentencia firme [200].

El que una mera agravante, como es por regla general la reincidencia, tenga también este efecto cara a las gracias reales, parece responder a la deconfianza tradicional sobre la enmendabilidad del reincidente y su capacidad de integrarse honradamente en la sociedad. Es comprensible que se deniegue un indulto al reo que después de haberse beneficiado de otro anterior, vuelve a delinquir al poco tiempo. Aunque habría que establecer diferencias según la clase de indulto concedido -total o parcial-, y los motivos de su concesión. Pero que "a priori" se discrimine al simple reincidente por insignificantes que pudieran ser los delitos cometidos, o el tiempo transcurrido entre ellos, no es sino el reflejo de ese prejuicio de peligrosidad e incorregibilidad que a menudo con bastante ligereza se vierte sobre estos reos [201].

b) C l a u s u l a d e r e t e n c i ó n

Con la promulgación del código quedan derogadas las leyes penales anteriores [202], por lo que desaparece la claúsula de retención instaurada por Carlos III con su límite de 10 años de duración para las penas privativas de libertad [203]. Por ello, puede parecer extraño que tratemos ahora de ella. La razón de esta obligada referencia se debe a

la vigencia formal de la misma durante la época de aplicación del código de 1.848, como consecuencia del principio de irretroactividad de las leyes penales recogido en el mismo código en su art. 19 [204].

La claúsula de retención sigue por tanto en aplicación para los delitos cometidos con anterioridad a la promulgación del código, que mereciesen la imposición de dicha claúsula. Tanto cuando la condena fue impuesta antes de la entrada en vigor del código, como si el delito fue juzgado después de este momento. La excepción de la retroactividad favorable recogida en el art . 20 [205], no tiene lugar para aquellos delitos graves, que son los que conllevaban la citada claúsula, pues en principio al reo le resultaría más beneficioso el límite de los 10 años más dos de retención, que una pena perpetua o muy superior a 12 años que le podían corresponder según las prescripciones del nuevo código.

Nos encontramos por lo tanto, con una serie de reos que cumplen las penas de acuerdo con la legalidad anterior [206]. Estos son los que pueden quedar afectados en caso de reincidencia por las consecuencias que ahora veremos.

La Ordenanza General de Presidios de 1.834 [207], que mantuvo su vigencia [208] durante la época del código del 48, recogía lo relativo al cumplimiento de la claúsula de reten-

ción según había quedado establecido en la Pragmática citada de Carlos III [209]. Con el objeto de aclarar la interpretación de los arts. 306 y 321 de la Ordenanza, referentes a la claúsula de retención, aparece en plena vigencia del Código, el Real Decreto de 18 de enero de 1.860 sobre el alzamiento de dicha claúsula [210], que en lo que a nosotros interesa establece en su art. 2° que:

> "El que ha sido reincidente durante su confinamiento, o ha incurrido en nuevo delito con posterioridad al que motivó la pena de retención, no disfrutará del alzamiento de esa claúsula hasta que se haya extinguido el total de años que sumen sus diferentes condenas, más dos de la retención, y se haga merecedor por su conducta y arrepentimiento de aquella gracia".

Por lo tanto, la reincidencia, o la comisión de cualquier otro delito suponen la retención preceptiva durante dos años como mínimo; mientras que en caso de no existir ésta la retención podría alzarse en cualquier momento una vez transcurridos los 10 años prefijados como tope máximo determinado [211].

Este artículo, aunque pretende aclarar la interpretación de la Ordenanza citada, de hecho supone un complemento a lo dispuesto en el art. 125 del código respecto a la comisión de delitos durante el tiempo de cumplimiento de una condena anterior [212]. En dicho art. 125 se dictan una serie de reglas para las recaídas durante el cumplimiento de las penas perpetuas establecidas en el código, o de otras

penas temporales; pero lógicamente no establece regla alguna para los condenados a pena de 10 años de presidio con retención.

Volvemos a repetir que el efecto de la retención obligada por dos años para la reincidencia durante el cumplimiento de la pena, sólo afecta a aquellos reos condenados de acuerdo con las leyes anteriores al código. Pero creemos que debía reseñarse este efecto pues es evidente que aún en 1.860 había un cierto número de reclusos en aquella situación, como lo prueba el hecho de que se dicte en ese año el Real Decreto a que hemos aludido [213].

c) A b o n o d e l a p r i s i ó n p r e v e n t i v a

Por Real Decreto de 9 de octubre de 1.853 se establece el abono de la mitad del tiempo pasado en prisión preventiva a efectos del cómputo de la duración de la condena [214]. Bajo la forma legal de "Real Gracia" se enlaza de este modo, según expone el Ministro al presentar el Proyecto a la Reina, con la "antigua práctica inmemorialmente autorizada y recibida en todos nuestros tribunales ..." [215]. Pero según reza el art. 2°:

"No podrán gozar de la Real Gracia otorgada por este Decreto:

1. Los reincidentes en la misma especie de delito.
2. Los que por cualquier otro delito hayan sido condenados a pena igual o mayor a la que nuevamente se les imponga"((...)) 216)

A pesar de la forma en que se expresa el decreto, no se trata de una mera concesión graciosa como puede ser el indulto, sino que responde a la recuperación de un derecho basado en principios de justicia, como el Ministro de Gracia y Justicia exponía, y no de oportunidad, por lo que no parece justificado la exclusión por reincidencia.

Estamos constatando una sistemática discriminación hacia el reincidente en todo lo que pueda suponer mejora penitenciaria.

d) P é r d i d a d e p e c u l i o

Otro recargo más, que tampoco tiene carácter de pena, pero que puede constituir un serio perjuicio, en este caso económico, viene establecido por el Reglamento de 25 de agosto de 1.847 para las cárceles de capitales de provincia [217]. Al tratar de los beneficios que corresponden a los presos por su trabajo en los Talleres, dispone el art. 70:

> "En la caja del establecimiento se impondrá a cada sentenciado la mitad del producto líquido de su trabajo para entregársela por terceras partes; una a su salida y las otras dos a los tres y seis meses si no reincide o comete nuevo delito. En el caso de reincidir o cometer nuevo delito, quedará a beneficio del establecimiento la suma retenida"

Tal vez el saber retenido su peculio, -en caso que lo tuviese y fuese medianamente importante- , pudiera retraer al reo de volver al camino del delito al menos por un tiempo, lo cual parece ser la finalidad de este precepto; pero el privarle definitivamente del producto de su trabajo en caso de pronta reincidencia, constituye de hecho, -llámese así o no-, una multa que se añade a la nueva pena. Si se destinase a sufragar posibles responsabilidades civiles por el delito sería justificable, pero tal como se establece en el decreto, nos parece una nueva discriminación injustificada.

e) C o n c l u s i ó n

Hemos visto una serie de efectos desfavorables para el reo reincidente que se suman a la agravación de la pena. Algunos de ellos no se dan en todo caso, como el relativo a la claúsula de retención o la pérdida de parte del peculio. Pero vistos conjuntamente nos revelan el trato peyorativo hacia el sujeto reincidente, pues automáticamente es calificado para los efectos negativos, como reo peligroso deven-

gador de pocas consideraciones. Aunque se trate de un primer reincidente, o simplemente reiterante del nº 17 del art. 10.

El código de 1.848 es más humanitario que su predecesor del 22 en la penalidad asignada por reincidencia. Pero en aspectos complementarios como los examinados, sigue vigente toda la carga peyorativa de recelo, prevención y necesidad de aseguramiento que caracterizaba a la época anterior en este tema.

4. RESUMEN

En el código de 1.848, que va a marcar la estructura de los códigos españoles hasta la actualidad, -salvo el de 1.928 como es sabido- la reincidencia aparece enmarcada en el catálogo de las agravantes, como una circunstancia genérica más, y en consecuencia como graduatoria del "quantum" de pena que se ha de imponer por el delito cometido, acatándose las exigencias de la proporcionalidad retributiba propias de este código. Criterio laudable y congruente con los principios orientadores de este cuerpo legal desterrándose la primacía de finalidades preventivas utilitarias como las que indujeron en el código de 1.822 a señalar fuertes elevaciones de pena por esta circunstancia.

Pero a diferencia de ese código de 1.822, en el que ciertamente se pecaba de casuismo, apenas se indica que es lo que debe entenderse por reincidencia, salvo que los delitos cometidos por el reo deben ser de la "misma especie". La parquedad de la formulación legal plantea una serie de problemas para interpretar el contenido de ese elemento normativo que se enuncia como "ser reincidente". La mayoría de la doctrina se inclina por la exigencia de una condena previa a la comisión del nuevo delito, pero no faltan voces disonantes y ciertos indicios de que la jurisprudencia no siempre consideró necesaria esa prelación de condena previa a la recaída, sino simplemente constancia, en el momento de enjuiciar el nuevo delito, de una condena anterior.

Más problemático resulta en consecuencia saber si del concepto legal puede desprenderse la exigencia de que esa condena debiera estar previamente cumplida. La mayoría de los comentaristas trasladan automáticamente los requisitos de la agravante 17ª, "haber sido castigado anteriormente" a la circunstancia denominada por la ley "reincidencia". Pero pocos profundizan en el alcance de esa referencia legal en cuanto posible exigencia de condena cumplida, y los que lo hacen parecen entender que no es necesario tal cumplimiento. En nuestra opinión, admitiendo que por "reincidencia", o "ser reincidente" se pretendió consignar el mismo contenido básico que el de la agravante 17ª, no se desprende de las palabras consignadas para esta circunstancia, ni de la existencia

del art. 125, -que regula específicamente las recaídas durante período de ejecución de condena- que deba requerirse tal cumplimiento de la pena. Las recaídas después de un indulto, o de prescripción de la pena, o después de la remisión de ésta por perdón del ofrendido en los casos en que ello sea posible, pueden encajar perfectamente en la agravante de reincidencia si las infracciones pasada y presente son de la "misma especie".

El criterio de semejanza determinado por la "especie", fórmula más flexible y con mayores posibilidades de adecuación al caso concreto, obliga a una valoración sobre la homogeneidad de los delitos en juego. El criterio jurisprudencial, por las noticias que tenemos a través de sentencias posteriores a 1.870 que aluden a él, resulta acertadamente restrictivo, en cuanto que atienden al bien jurídico atacado específicamente, y de alguna forma a los modos de comisión e incluso móviles del delito. Por ello consideraban de distinta especie los "hurtos" respecto a los "daños".

La definición de reincidencia que ofrece el código penal de 1.848, pese a los problemas de interpretación a que da lugar su brevedad, es sin duda más acertada que la del código de 1.870 en la que se da cabida a la mera repetición de delitos [218] y se establece la semejanza de las infracciones a través de la fórmula del "mismo Título" [219].

II. REITERACION O RECAIDAS EN DELITOS DE DISTINTA ESPECIE

Al igual que hizo el código penal de 1.822, el código de 1.848 recoge junto a la reincidencia lo que hemos denominado "reiteración", que no exige esa semejanza entre los delitos pasado y presente.

La inclusión de esta figura como agravante, amplía lo que en el derecho histórico recién derogado se había entendido por reincidencia. Por ello, algunos comentaristas criticarán la inclusión de esta modalidad como agravante [220] y con los mismos efectos genéricos que la específica reincidencia.

El Código de Brasil que se tomó como modelo para la descripción de la reincidencia del nº 18, no contemplaba esta segunda clase [221]; Sí lo hacían el código francés y el napolitano, pero sin establecer la distinción por razón de la homogeneidad de los delitos, sino mediante una definición general que no discriminaba por la naturaleza de las infracciones [227]. El legislador español, en una postura intermedia, establece la distinción citada, pero considerando de menor importancia la "reiteración", pues la limita al exigir una peculiar relación de gravedad entre los delitos en juego: que el delito anteriormente castigado tenga señalado pena igual

o mayor que el nuevo cometido. Este punto constituye un rasgo peculiar frente a los códigos de su época y frente al extinto español de 1.822, que se mantendrá en códigos españoles posteriores.

1. DENOMINACION

El código mantiene innominada la agravante 17ª, reservando el término "reincidencia" para la 18ª. Incluso en otras disposiciones legales como el R.D. de Indulto de 1.850 [223] y el R.D. de 1.853 sobre abono de prisión preventiva [224], al excluir de su ámbito a los reos que han recaído en nuevo delito después de condena anterior, ennumeran por separado a los "reincidentes" y a"los que han sufrido anteriormente otra condena". En el decreto de abono de prisión preventiva más explícitamente distingue reincidentes en la misma especie de delito y "los que hayan sido condenados por otro delito de pena igual o mayor" [225]. A nivel legislativo (o de derecho positivo) por reincidencia sólo se alude a aquella en delitos de la misma especie.

En cambio los comentaristas agrupan ambas agravantes bajo el nombre genérico de reincidencia, examinándolas conjuntamente como dos variedades de una misma figura, si bien en general consideran "genuina" sólo a la que versa sobre de-

litos semejantes [226].

Por las razones expuestas al estudiar el código de 1.822 [227], nosotros designaremos la agravante 17ª como "reiteración", para unificar la denominación a lo largo del trabajo. No obstante, es necesario aclarar que aunque el código no usa esta palabra en ningún momento, los cometaristas denominan "reiteración" a la repetición de delitos sin condena intermedia [228], en contraposición con la "reincidencia" que implica dicha condena anterior. Procuraremos evitar la confusión que en algún punto ello pueda producir, aunque normalmente el contexto indicará la referencia a la agravante, o a la mera repetición delictiva.

2. REGULACION LEGAL

Queda recogida en el nº 17 del art. 10 que dice:

> "Haber sido castigado el culpable anteriormente por delito a que la ley señale igual o mayor pena".

Agravante innominada, de contornos objetivos precisos [229], aunque por supuesto se trata de una circunstancia personal, y como tal no comunicable. Basta con la comprobación de ese castigo anterior y la comparación de las penas de los delitos para apreciarla preceptivamente.

Así como la reincidencia del nº 18, aparte de su encuadramiento como agravante genérica se contempla específicamente para algunos delitos con efectos especiales [230], la reiteración únicamente opera como genérica en todo caso.

A. Oposición de la doctrina a esta agravante

La inclusión de esta modalidad de reincidencia no fue muy bien acogida por la doctrina, por no encontrar en ella la misma razón o fundamento que consideraban justificadora de la agravación por reincidencia en delitos de la misma especie. Puesto que este fundamento, para la mayoría de los autores reside en los"hábitos delictivos" sintomatizados por la recaída en delitos parecidos, y por consiguiente la mayor alarma social o temor de nuevas recaídas en las que el reo parece especializarse, esta inclinación o peligrosidad estiman, no puede deducirse de la comisión de delitos heterogéneos [231].

PACHECO abiertamente manifiesta que la circunstancia 17ª del art. 10 es una reincidencia "falsa", pues no revela ese incremento de perversidad, alarma social o inicio de hábito que constituyen el verdadero fundamente de la reincidencia [232]. Su inclusión como agravante fue -nos dice- un "descuido" del legislador: "no habría ese descuido si el nº 17 hubiese dicho "por delito análogo" donde dice "por delito"

tan solo. Verdad es que entonces el 18 sería casi una repetición de aquel" [233]. Solo la homogeneidad de los delitos fundamenta a su entender la agravación. "Del asesino pueden temerse asesinatos, del ladrón robos, del conspirador, conspiraciones. Pero si uno conspiró y fue condenado por ello, ¿qué relación puede tener esa condena ni aquella culpa con una injuria que cometa después? ¿qué relaciona un homicidio con un adulterio?" [234]. Cada vez que tiene ocasión, vuelve PACHECO a verter su disconformidad con esta agravante. Al comentar el art. 125 recuerda que la comisión de delitos heterogéneos no supone ni "mayor alarma" ni "mayor empedernimiento en las carreras del crimen" [235]. La mayor perversidad del reo radica en su arraigo criminal, o tendencia a delinquir, lo cual justifica a su entender la agravación. Sólo en el delincuente que hoy llamaríamos homotropo puede presumirse esa tendencia. Conclusión ésta rebatible desde la perspectiva actual [236], y que por otra parte confunde culpabilidad y peligrosidad.

La opinión común basada en una experiencia genéricamente apreciada, llegaba a tales conclusiones que, en el plano lógico-abstracto de raciocionio propio de la época, se sientan como irrebatibles.

También se oponen a la agravante 17ª GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN, diciendo:

> "Pero la perpetración de delitos de diferente índole aunque antes el delincuente haya sido castigado por otros iguales o mayores, en rigor no es una reincidencia verdadera; solo ficticiamente puede serlo: motivo sin duda por el que el Código no le da tal denominación, aunque la haya considerado igual a la reincidencia en los efectos, disposición que en el terreno de la ciencia puede ser impugnada, y a nuestro juicio con razones poderosas" 237).

Pero no explican esas poderosas razones a las que aluden. De forma más ponderada VIZMANOS y ALVAREZ muestran su extrañeza por la aparición de tal agravante, cuando en el derecho antiguo no hay ninguna ley "a lo menos que nosotros recordemos", que se refiera a reincidencia en delitos de distinta especie [238]. El único antecedente, que parece no recuerdan estos autores, es el del código de 1.822 [239]. Pero una vez admitida en el código esta figura, consideran laudable que al menos se haya limitado la agravación a supuestos "en que el delito por que antes se castigó fuera tan grave a lo menos como el cometido posteriormente" [240].

VICENTE Y CARAVANTES por el contrario, a pesar de que analiza con cierta extensión los problemas de estas agravantes, no manifiesta oposición a la inclusión de la 17ª. Por el contrario, estima que "ambas se fundan en la mayor perversidad que supone el que reincide en el delito que el que delinque por primera vez" [241]. No alude en ningún momento al síntoma de tendencia delictiva que pueda suponer la reincidencia, por lo que centrado únicamente en la significación de la

condena anterior como mayor culpabilidad, es lógico que considere igualmente aceptable la agravación del nº 17 como la del 18.

Volveremos a encontrarnos con nuevas críticas a esta agravante en los comentaristas del código de 1.870 y en algunos autores de esa época [242].

B. Crítica al encuadramiento de la reincidencia

Además de las objeciones expuestas a la agravante 17ª, algunos autores expresan su disconformidad con la sistemática seguida en el código al encuadrar las diversas figuras relacionadas con la reincidencia. VIZMANOS y ALVAREZ critican la inclusión de la reincidencia en sus dos versiones (números 17° y 18° del art. 10) en el catálogo de agravantes mientras que en otros lugares se regula el hábito y la mera repetición delictiva. Ellos habían propuesto en la Comisión Codificadora el sistema del Código de Dos Sicilias de forma que en un Capítulo especial hubiesen quedado recogidos y diferenciadas las diversas clases de reincidencia, la reiteración y el hábito [243]. Con lo cual se hubiese ganado en claridad para diferenciar las diversas figuras colindantes.

En realidad, el punto que aparece más problemático en relación con las dos agravantes de tratamos, es el

art. 125 que, sobre la misma base de recaída después de una condena firme, se centra en las ocurridad durante cumplimiento de dicha condena anterior. Por ello, MONTERO proponía la inclusión de los supuestos de ese artículo 125 en el mismo catálogo de las agravantes, junto a la 17 y 18ª, pero no en un Capítulo aparte [244].

3. REQUISITOS

A. Comunes con la reincidencia

Al examinar la reincidencia del nº 18 hemos examinado el alcance de la expresión "haber sido castigado" [245], ya que la mayoría de los comentaristas extendía este requisito a ambas agravantes, como base común de las mismas.

De esta expresión se deriva la exigencia de condena ejecutoria [246], por "delito" [247], y la comisión posterior de otro delito; sin ninguna limitación por razón del tiempo transcurrido entre las infracciones pasada y presente [248]. También deducíamos que del término "castigado" no podía concluirse la exigencia de condena cumplida, como tampoco de la limitación impuesta por el art. 125 [249].

Así como en la reincidencia del nº 18 la existencia de condena anterior era requisito mayoritariamente pro-

pugnado por los comentaristas al interpretar el significado de "ser reincidente", pero cuya exigencia podía ser dudosa en el ámbito jurisprudencial [250] en esta agravante 17ª no hay dudas sobre tal requisito preceptivo.

Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, al igual que los elementos esenciales del delito, deben concurrir en el momento de la perpetración del hecho punible [251], pues precisamente tienen la función de indicar que el delito se ha realizado en unas circunstancias determinadas, que tratándose de agravantes significan un mayor desvalor de la conducta, ya sea porque suponen una mayor antijuricidad o una mayor culpabilidad [252]. Por ello, cuando el código considera agravante "haber sido castigado el culpable anteriormente por delito ...", debe entenderse que esa circunstancia ha de concurrir en el momento de comisión del delito que se juzga.

B. Específicos

Los requisitos diferenciales de la reiteración con la reincidencia son de carácter relacional entre el delito castigado y el delito que se juzga. Relación comparativa entre la naturaleza de los delitos por un lado, y entre la entidad de sus penas correspondientes por otro.

a) D e l i t o s d e d i s t i n t a e s p e c i e

Aunque en la agravante 17ª no se haga mención alguna a la mayor o menor analogía entre los delitos, la comparación sistemática con la circunstancia 18ª obliga a restringir el campo de aquélla a los delitos que no sean de la misma especie.

Así lo entienden lógicamente los comentaristas, que precisamente por esta heterogeneidad entre las infracciones, elevan sus críticas contra esta agravante [253]. PACHECO había señalado que esta circunstancia sería aceptable si se hubiese dicho "por delito análogo" donde dice "por delito". Pero añade seguidamente que "entonces el 18 casi sería una repetición de aquel" [254].

Sin embargo no es exacto considerar la agravante 17ª como reincidencia heterogénea, pues comprende también la reincidencia en delitos semejantes que no sean de la "misma especie".

Los criterios para determinar cuando estamos ante delitos de "distinta especie" han de ser los mismos, a "sensu contrario", que los utilizados para la "misma especie" en la agravante 18ª . Y si para ésta se exigía no solo ataque a un mismo bien jurídico, sino también una semejanza en los modos de comisión [255], es evidente que quedan fuera de la

reincidencia del nº 18 y pueden entrar en el ámbito de la agravante 17ª recaídas en delitos que guarden una cierta semejanza, en cuanto que lesionen un mismo bien jurídico, aunque se diferencien entre sí por la modalidad comisiva.

Aunque por supuesto, es cierto que la agravación prevista en el nº 17 del art. 10, debe también aplicarse preceptivamente en las recaídas en delitos totalmente diferentes entre sí, siempre que concurra además el requisito de la gravedad relativa de las penas que seguidamente examinaremos.

Las críticas de la doctrina son, por tanto, oportunas solo en lo que respecta a un sector de los supuestos que entran en el ámbito de la agravante 17ª, aquellos que constituyan recaída en delitos heterogéneos.

b) G r a v e d a d r e l a t i v a d e l d e l i t o c o m e t i d o a n t e r i o r m e n t e

Incluída la recaída en delitos de distinta especie como circunstancia agravante, se reconoce legalmente de menor gravedad que la reincidencia genuina, pues solo tiene relevancia como tal circunstancia cuando el delito anterior tenga señalada una pena por lo menos igual al delito que se juzga. Como dice el texto legal, el castigo anterior ha de ser "por delito a que la ley señale igual o mayor pena". El criterio de selección es el de comparación

de los delitos cometidos, no ya por su naturaleza semejante o no, sino por la gravedad relativa de sus penas, consideradas además éstas en el plano abstracto: "pena señalada por la ley al delito" [256].

VIZMANOS y ALVAREZ, alaban esta restricción del campo de la agravante, pues aunque se muestras escépticos ante esta nueva clase de reincidencia [257], consideran al menos encomiable la limitación, ya que sin ella el precepto -dicen- sería absurdo [258]. Pero no aportan una explicación convincente de porqué es acertado excluir los casos de condena por delito de pena menor y no al contrario. Parece que todo lo que sea restricción hace menos criticable la agravante, sin entrar en analizar la conveniencia de un criterio u otro para fijar esa delimitación [259].

Si el fundamento de la agravación radica en la presunción de mayor "perversidad", -según la terminología de la época-, por volver a delinquir después de la experiencia de una condena anterior (admitiendo este razonamiento sólo a efectos de polémica), no hay razón para excluir esa presunción de incremento de perversidad cuando el delito anterior sea de menor gravedad. En este caso podemos hablar de una progresión criminal en el reo que se atreve con delitos más graves aún después de aquella primera experiencia condenatoria. Progresión criminosa que no aparece tan clara cuando el segundo delito cometido es menos grave que el

primero [260].

BENITEZ DE LUGO señalaba lo ilógico de que el reo que muestra un "incremento de inclinación peligrosa" no resulte agravado por esta circunstancia puesto que el delito cometido y condenado anteriormente tenía señalado una pena menor [261].

Si bien hasta la instauración del código penal de 1.848 solo se había contemplado la reincidencia en determinados delitos [262], parece que los legisladores consideran insuficiente el limitarse a las recaídas en delitos de la misma especie, probablemente por la constatación de que la comisión de delitos distintos revelaba en muchos casos los mismos síntomas de perversidad o de propensión a delinquir que se atribuían a la reincidencia genuina. Además pudo influir el hecho de que en otras legislaciones extranjeras la reincidencia era considerada agravante en todo caso independientemente de la índole de los delitos en juego.

Por la postura contraria a esta agravante que mantienen algunos comentaristas, que a su vez fueron miembros de la Comisión codificadora [263], podemos pensar cabalmente que en el seno de dicha Comisión existieron enfrentamientos a la hora de decidirse por la configuración de esta agravante. Por ello, tal vez la limitación en el nº 17 por razón de la gravedad relativa de las penas fue el resultado del intento de encontrar una solución conciliadora entre dos

tendencias encontradas sobre la procedencia o no de la inclusión de esta agravante.

Pero no acabamos de encontrar una explicación suficientemente convincente de por qué la limitación solo abarca a la comisión de delito de pena igual o inferior a la del delito anterior.

En el intento de encontrar una explicación a este criterio pueden apuntarse tal vez dos consideraciones que exponemos a continuación. Una en función del valor de contraestímulo atribuído a la primera experiencia de condena, y otra derivada del examen de los efectos de la agravante, que pueden resultar demasiado fuertes cuando el delito anterior en comparación con el nuevo fue relativamente leve.

En primer lugar, el valor de contraestímulo atribuído a la condena anterior, supone considerar a ésta como una especie de "vacuna" que debe ejercer un efecto inhibitorio suficiente en el reo ante la tentación de cometer otro delito de igual o de menor gravedad. La experiencia condenatoria que el reo ha vivido, debe presuntamente contrarrestar los beneficios que el sujeto piensa obtener de la comisión de un nuevo delito. La intimidación real de la pena debe operar en la mente del reo, y si éste no atiende a esa amenaza cuyo contenido conoce, se puede presumir su mayor energía criminal o su mayor intensidad de desprecio a la ley. Pero cuando el delito que se propone cometer el reo es de mayor entidad que el anteriormente condenado, el con-

traestímulo derivado de aquella primera experiencia, la "vacuna", no ejerce la misma influencia neutralizadora, en proporción con lo que el reo pretende obtener con la perpetración de una nueva infracción.

Esta explicación implica el reconocimiento de la finalidad preventiva de la pena, junto a la función primordial de retribución proporcional a la gravedad del hecho [264]. Precisamente por esta proporcionalidad, la eficacia de la pretendida intimidación se circunscribe a la comisión de hechos de igual -o menor- gravedad que el primero.

Pero hay que tener en cuenta que de acuerdo con la regulación legal de esta agravante la comparación de las penas de los delitos pasado y presente se hace en "abstracto", entre las "penas señaladas por la ley para el delito" [265]. Con lo cual en la realidad puede existir una diferencia entre esa pena en abstracto y la que concretamente se impuso al reo, que pudo ser menor si concurrieron circunstancias atenuantes cualificadas, u otras circunstancias que obligasen a rebajar la pena señalada por la ley al delito [266]. Entonces la entidad de la amenaza concreta experimentada por el reo ha sido menor que la que la ley considera cuando parte de la comparación de la gravedad de los delitos sobre las penas en abstracto señaladas para los mismos.

Otra consideración que quizá tuvo presente el legislador

para establecer el criterio limitativo que examinamos, podía radicar en el intento de lograr una equitativa o prudente proporción entre el incremento de duración de la pena que va a suponer la agravante, y la gravedad del delito anterior. Nos explicamos. Puesto que el reflejo de la agravante en la pena se concreta en la imposición del grado máximo, en vez del grado medio preceptivo para cuando no hay circunstancias modificativas [267], y puesto que la fijación de los grados de la pena responde a una mecánica aritmética y automática, el aumento de duración de la pena será más o menos grande según sea más o menos grave la pena señalada por la ley al delito que ahora se enjuicia.

Así en un Arresto mayor, el grado máximo implica una duración de 5 a 6 meses, en vez de los 4 a 5 meses que supone el grado medio. Un aumento de 1 mes, por haber sido condenado antes por delito de pena igual o mayor. Ciertamente el incremento no es alarmante. Pero si la pena del nuevo delito fuese, por ejemplo, de cadena temporal, el incremento sería de tres años [268]. Y si la pena fuese de "cadena temporal en su grado máximo a la de muerte" [269], la concurrencia de esta agravante implicaría la imposición de la pena de muerte.

Puesto que el juez no gozaba de arbitrio para ponderar la relevancia que en el caso concreto tuviese la existencia

de una condena anterior, debía aplicar las previsiones legales preceptivas y matemáticas con los resultados apuntados. Podía ocurrir que por un delito anterior de poca gravedad, al cometer el reo posteriormente otro grave o muy grave, se viese abocado a una pena perpetua o incluso a la pena capital, lo que resultaría a todas luces desproporcionado. La previsión de estos posibles supuestos pudo ser el motivo principal de la fijación de los límites de esta agravante en función de la gravedad relativa de las penas de la forma recogida en el texto legal.

El criterio así elegido sería entonces el resultado de la necesidad o procedencia de evitar posibles excesos derivados de la mecánica general de agravación prevista en el código. Lo cual se hubiese evitado con más acierto con la concesión al Juzgador de facultades para ponderar en cada caso la importancia del antecedente penal del reo y para elegir prudentemente su reflejo en la pena del nuevo delito. Facultad que sabiamente se concede en el código de 1.870, y se mantiene hasta el código de 1.932 inclusive, pero que por desgracia no encontramos en el código actual, y que tampoco aparece en el Proyecto de 1.980 [270].

4. EFECTOS

A. En la pena

Como para cualquier agravante, y por lo tanto al igual que para la reincidencia del nº 18, sus efectos en la pena vienen preceptuados por las reglas del art. 74 [271].

Para el código, la comisión de un delito después de haber sido condenado por otro suficientemente grave, -suficiencia comparativa que se cumple cuando la pena del delito antecedente era igual al menos que la del cometido posteriormente-, es en todo caso circunstancia de agravación. Sólo cuando los delitos sean de la misma especie se renuncia a examinar la mayor o menor gravedad del delito anterior.

B. Otros

Al igual que la reincidencia, la reiteración conlleva otros efectos negativos. Si bien en el Indulto de 1.847 no quedó excluída del mismo [272], en el de 1.850 se denegaba tanto a los reincidentes como a los que hubieren sufrido anteriormente otras condenas; pero no abarcaba a la reiteración el efecto retroactivo que consideraba el indulto anterior como no concedido en caso de reincidencia [273]. Tampoco en la regulación general sobre indulto de 1.866 se extiende a los incursos en la agravante de reiteración la limita-

ción establecida para los reincidentes de otorgamiento condicional a no volver a delinquir [274].

Respecto a la claúsula de retención, los efectos de la reiteración son los mismos que los expuestos para la reincidencia [275].

En cuanto a otros efectos negativos de carácter penitenciario, al igual que al reincidente, al incurso en la agravante 17ª se le deniega el abono de la prisión preventiva, y la entrega de la totalidad del peculio, en las mismas condiciones que para aquel [276].

5. COMPATIBILIDAD CON LA AGRAVANTE 18ª

Tanto la reincidencia como la reiteración contemplan como agravante la comisión de un nuevo delito por quien anteriormente fue condenado por otro. Aunque respecto a la reincidencia del nº 18 no podemos afirmar taxativamente que deba exigirse según la ley esa condena previa, es evidente que también comprende esos casos. La diferencia fundamental entre ambas radica en la mayor o menor semejanza de las infracciones cometidas por el reo, que en la reiteración pueden ser incluso totalmente distintas.

El hecho de que el código contemple como dos circunstancias distintas a ambas agravantes permite que for-

malmente puedan apreciarse ambas sobre un mismo delito, pues cada una de ellas parte de un presupuesto distinto, esto es de anteriores condenas por delitos distintos. Pero materialmente ambas circunstancias responden a un mismo fundamento de agravación, o al menos en la misma linea desvalorativa de mayor reproche por insistir en la desobediencia a la ley. Por ello, no parece justo que den lugar a dos agravaciones distintas cuando concurran conjuntamente.

Si varias condenas anteriores por delitos de la misma especie dan lugar a una sola agravante de reincidencia [277], no es congruente que cuando existe una condena por delito de distinta especie junto con otra de la misma especie que el nuevo delito cometido, se aprecien dos agravantes. Aunque lógicamente el Juez tenga en cuenta el número y la diversidad de las infracciones anteriores para imponer la pena concreta dentro de los límites marcados por la ley.

Mientras las reglas del código respecto al juego en la pena de las agravantes en la pena, no obligue a un plus de agravación por el hecho de que sean dos o más el número de agravantes del delito concreto, la concurrencia de las circunstancias 17 y 18 del art. 10 no presenta problemas en la práctica [278]. Pero si la existencia de ambas agravantes implicase una subida de grado, habría que negar la estimación de la reincidencia y reiteración como dos agravantes "distintas", porque ambas responden a un mismo fundamento de presunción de incremento de "perversidad" por la experiencia

de la condena anterior [279]. El número más o menos elevado de condenas anteriores así como su mayor o menor diversidad o heterogeneidad pueden indicar una intensidad más fuerte, pero no la presencia de causas distintas de agravación [280]. Por ello, cuando la reincidencia específica aparece como circunstancia cualificativa de un delito determinando la imposición de una pena superior, la existencia además de otra condena que pudiera dar origen a la agravante de reiteración debiera quedar subsumida en la superagravación de la reincidencia [281].

6. RESUMEN

Frente a la tradición del derecho histórico de contemplar la reincidencia únicamente para determinados delitos, el código penal de 1.848, al igual que aquel frugal código de 1.822, recoge junto a la reincidencia general en delitos homogéneos, la reincidencia en delitos distintos o no tan semejantes.

De esta forma se proclama la significación de la experiencia de una condena anterior a la hora de cometer un nuevo delito, sean o no semejantes esas infracciones pasada y presente. Precisamente por no exigir esa semejanza, gran parte de la doctrina se opondrá a esta agravante de nueva creación.

Pero la primacía que hasta entonces había tenido el criterio de la homogeneidad de los delitos como característica peculiar de la reincidencia no es abandonada del todo, ya que para que la recaída en delitos de distinta especie sea relevante, se va a exigir que la pena señalada al delito anteriormente condenado sea igual o mayor a la del nuevo cometido. Con esta limitación se esta reconociendo la menor importancia o gravedad de esta segunda variedad de reincidencia.

La agravación por recaer en delito no semejante al anterior, según el código sólo está justificada cuando la experiencia anterior de condena ha sido de una entidad suficientemente importante en comparación con la gravedad del nuevo delito. Partiendo de que la semejanza entre las infracciones es poca o nula, parece que quiere evitarse que la condena por una infracción de poca gravedad pueda obligar, mediante la imposición del grado máximo indicado para las agravantes, a un aumento importante de la pena del nuevo delito, que en algún caso pudiera suponer una pena perpetua o tal vez la pena capital.

Por lo demás los requisitos de la reiteración quedan bien detallados en la descripción legal. El problema más importante de interpretación lo presenta la expresión "haber sido castigado" que, como se explicó al tratar de la reincidencia del n° 18, en el contexto del código parece que debe equipararse a "haber sido condenado".

SECCION TERCERA

CASOS ESPECIALES DE REINCIDENCIA

En el código de 1.848 la reincidencia aparece como circunstancia cualificativa en algunos delitos contra la Religión [282], y delitos cometidos por eclesiásticos [283]. Se enlaza así con la práctica de las antiguas leyes que castigaban más severamente la reincidencia en esta clase de infracciones [284]. También hay una previsión especial de reincidencia en la "vagancia", pero que por la peculiar configuración de este delito va muy ligada a la habitualidad [285]. Y en el Libro de las faltas de reincidencia causará una elevación de la pena en los daños causados por ganado o pastoreo abusivo y en algún otro caso [286]. En 1.850 se introduce la agravación especial para el delito de juegos y rifas ilegales [287]. Estas cualificaciones se mantendrán en los códigos posteriores sustancialmente, aunque varíe la descripción de algunas de las conductas típicas [288].

A efectos de este trabajo nos vamos a centrar en las peculiaridades que presenta la reincidencia en los delitos contra la propiedad, que es la más frecuente y cuya evolución a lo largo de los diversos códigos penales españoles nos interesa destacar.

En la edición del código de 1.848 no aparece la reincidencia como circunstancia cualificativa para alguno de estos delitos, sino la de ser el sujeto "reo habitual", concretamente para el hurto, y para determinadas estafas. El concepto de "habitual viene definido en el mismo código a estos efectos, de forma un tanto peculiar.

En la reforma de 1.850, se sustituirá la cualificación de "reo habitual" por la de "reincidencia", extendiéndola a algunas clases de robo con fuerza en las cosas.

Examinaremos primero la configuración del "habitual" en la redacción originaria de 1.848, para pasar seguidamente a la reincidencia específica del texto de 1.850 que es el que se mantiene hasta la reforma de 1.870, a partir de la cual la cualificación será por doble reincidencia.

I. EL REO HABITUAL EN EL HURTO Y EN LA ESTAFA EN EL CODIGO DE 1.848

1. RAZON DE SU ESTUDIO

Aunque la reincidencia y la habitualidad son dos conceptos distintos, tanto desde el punto de vista naturalístico, como desde la perspectiva jurídica [289], e incluso en las definiciones legales que presenta el mismo código de 1.848, no se puede negar la relación que puede existir entre ambas. Como señalaba CORZO ya en esta época, puede haber reincidencia sin hábito, y hábito sin reincidencia [290]; pero indudablemente un reincidente puede ser "habitual" y viceversa si se le ha condenado antes por algún delito de la misma clase.

La evolución y desarrollo de las ciencias penales y las aportaciones de la Criminología pondrán de relieve en épocas posteriores las relaciones y diferencias entre estas dos nociones, así como su distinto significado jurídico y criminológico con la necesaria consecuencia de un tratamiento diferenciado para ambas realidades [291].

En el momento histórico que ahora estudiamos, también se parte en el mismo código de un concepto distinto

de "hábito" frente a "reincidencia". Pero precisamente se elige el primero para -pensamos- una mayor agilidad en la represión de los delincuentes que frecuentan las infracciones patrimoniales. Así no hay que esperar a la existencia de una condena judicial anterior para imponer pena más larga,más segura, que inocuice por un tiempo a estos "rateros" o "estafadores". Aunque por otro lado, es necesario que sean al menos tres los delitos cometidos por el reo. De todas maneras, en la fórmula legal del "hábito" puede quedar incluida la reincidencia.

Las insuficiencias y defectos de la definición legal del "reo habitual", que provocará las críticas de los comentaristas [292)], llevarán a que en la reforma de 1.850 la cualificación se sustituya por la de simple reincidencia. Pero la fórmula de 1.848 tiene su importancia y significación en el panorama de la evolución y fluctuaciones que presenta el tratamiento de la reincidencia en los delitos contra la propiedad. Como antecedente de la regulación de 1.850, nos interesa examinar las diferencias entre una y otra formulación.

2. REGULACION LEGAL

El tratamiento es el mismo para el hurto que para las estafas comprendidas en los artículos 441 y 442 que son las afectadas por la cualificación.

Dice el art. 428:

> "El hurto se castigará con las penas inmediatamente superiores en grado a las respectivamente señaladas en el artículo anterior:
>
> 1°. Si fuere de cosas destinadas al culto y se cometiere en lugar sagrado ó en acto religioso.
>
> 2°. Si fuere habitual.
> Es reo de hurto habitual el que comete tres o más con un intervalo a lo menos de veinte y cuatro horas entre cada uno de ellos"

El artículo anterior a que se refiere, art. 427, señala las distintas penas que pueden corresponder al hurto en función de la cuantía de lo sustraído: presidio menor, presidio correccional y arresto mayor para cantidades superiores a 500 duros, 5 duros e inferiores a este límite, respectivamente [293].

Respecto a la estafa, dice el art. 443:

> "Los delitos expresados en los dos artículos anteriores serán castigados con la pena respectivamente superior en un grado, si fueren habituales, calificándose estas circunstancias con arreglo a lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 428"

La agravación es aplicable únicamente a las estafas descritas en los arts. 441 y 442, que se corresponden con lo que hoy denominaríamos apropiación indebida, fraude en el juego, y otras defraudaciones de documentos o a través de sustracción o inutilización de los mismos [294].

Un antecedente de esta definición de "habitual" puede encontrarse en el código de 1.822 en las disposiciones sobre prostitución, pero en aquél la "ocupación habitual" se entendía probada por "dos actos o más" [295].

La definición de "habitual" que aporta el código, es de carácter netamente objetivo: mera repetición de varios hurtos. No necesita la incorporación subjetiva de la tendencia o costumbre en el sujeto, como veremos al examinar sus requisitos.

3. REQUISITOS

A. Pluralidad de hechos punibles

Para integrar el concepto legal de "hábito" es suficiente la constatación de la comisión por parte del reo, de por lo menos tres delitos de la misma clase que señale el código. Criterio formalista, automático, que no tiene por qué corresponder a un efectivo hábito o costumbre como característica subjetiva en el reo.

Veamos que clase de delitos son los que al repetirse pueden dar vida al concepto legal de "hábito" y que características puede tener esa repetición.

a) Cualitativamente: clase de delitos

Según el n° 2 del art. 428 "es reo de hurto habitual el que comete tres o más en un intervalo ..."

Parece desprenderse de esta enunciación que debe tratarse de tres o más hurtos y no cualesquiera otros delitos por semejantes que sean.

En las estafas afectadas por el art. 443, en cuanto que este se remite a la definición dada para los hurtos, debe entenderse en el mismo sentido que el "hábito" supone la comisión repetida de las estafas previstas en los arts. 441 y 442; las demás modalidades de estafas o defraudaciones no son idóneas para integrar el concepto de hábito requerido para la cualificación. Ya que según la letra del art. 428. 2°, trasladada a las estafas en cuestión, debiera decir: "Es reo habitual de los delitos expresados (arts. 441 y 442), el que comete tres o más ..."

La delimitación resulta un tanto artificiosa, y además es ilógico que la agravación solo afecte a determinada clase de estafas. Este absurdo es apuntado por VIZMANOS y ALVAREZ al manifiestar que debiera considerarse "habitual" al reo que recae varias veces en delitos contra la propiedad que guarden entre sí cierta analogía [296]. Pero a su vez estiman que la letra de la ley es suficientemente cla-

ra y que por lo tanto no deben admitirse interpretaciones extensivas más allá de su inequívoca expresión [297].

Resulta no solo ilógico, sino comparativamente injusto que un multirreincidente en robos, cuando cometa por primera vez un hurto no resulte afectado por la agravación cualificada, sino que a lo más se le impondrá el grado máximo de la pena señalada por ese delito, aparte de que si existiese alguna atenuante podría compensarse, cosa que no es posible para el "habitual".

El concepto de "habitual" ha quedado reducido a capricho del legislador a una mínima parte de lo que podía considerarse en buena lógica "habitual", aunque por otro lado tampoco es correcto etiquetar de habitual al reo que comete tres hurtos. La definición es inadecuada tanto por exceso como por defecto. Probablemente la finalidad del legislador no fue la de captar al "genuino" habitual sino además de a este a todo el que mostrase una cierta inclinación al delito de hurto o a la estafa.

b) Cuantitativamente: número de delitos

El hábito se presume "iuris et de iure" en la comisión por tercera vez de un hurto o de alguna de las estafas descritas en los arts. 441 y 442, guardando entre los delitos cometidos el intervalo mínimo requerido.

La cantidad de tres recuerda inevitablemente a aquellas disposiciones históricas que preveían la pena capital para el tercer hurto [298]. Aunque afortunadamente se desterraron las severas penas propias de tiempos más rudos, y se guarda una considerable distancia con las penas señaladas para la repetición de robos y hurtos en el código de 1.822 [299]. Frente a este código también se ha progresado en la misma definición de "habitual" que en aquel se conformaba por la comisión de dos actos punibles [300].

Un sujeto se convierte en reo habitual de hurto, o de estafa en su caso, por la comisión repetida de tres hurtos o de tres estafas. No se necesita que el reo tenga efectivamente adquirido el "hábito" de delinquir en esos delitos, sino que objetivamente los haya cometido ese número de veces. Lo cual no descarta que se trate de un delincuente pluriocasional [301]. Dentro de los principios asumidos en el código, del castigo del acto, no de la personalidad del autor [302], y de la pena proporcionada de la gravedad del hecho, es lógico que no interese indagar si realmente el "hábito" constituye una característica de la personalidad del reo. Pero entonces tampoco se comprende por qué el tercer hurto resulta mucho más grave que los otros dos anteriores.

Es difícil intentar entender y encajar dentro de las directrices doctrinales del código algo que se separa de

las mismas, como excepción a la regla general. Tal vez la explicación de una agravación como la que tratamos, está en la "presunción" de habitualidad en el agente, en la creencia de que el tercer hurto revela una efectiva inclinación adquirida por la costumbre de cometer ese delito. La definición legal de hábito, pretende captar esa realidad mediante una fórmula general, objetiva, que a todas luces no es acertada, pero que cumple la función de recoger, observando las exigencias de la "legalidad", lo que en abstracto el legislador ha decidido que es la habitualidad. Estamos ante uno de tantos apriorismos del código, que fracasa en ese intento de enmarcar límites objetivos y seguros, cuando lo que se pretende recoger es una realidad subjetiva, aunque también tenga un componente de manifestación objetiva.

La definición de habitual que ofrece el art. 428, va a servir además para integrar el concepto de habitual que aparece en otros preceptos del código como elemento constitutivo o agravatorio de ciertos delitos [303]. En 1.850, al suprimirse respecto al hurto y estafa, se mantiene la misma definición para definir la habitualidad en la embriaguez [304] [305]

c) No necesidad de condena intermedia

La exigencia de que el reo haya cometido tres hurtos o estafas a efectos de considerarle "habitual", implica la

necesidad de comprobar la efectiva comisión de esos delitos. Lo cual supone que el sujeto ha debido ser condenado al menos por dos delitos de esa clase, además de la condena que va a recaer sobre el tercero en el cual se aplica la agravación por habitual.

Pero puesto que para ser"habitual" según el código es suficiente que los delitos se cometan con un intervalo entre sí de 24 horas, éstos pueden realizarse en días consecutivos, por lo que es evidente que la ley no exige que las condenas sean anteriores a la perpetración del tercer delito, ni que hayan sido dictadas en sentencias diferentes. Puede estimarse la cualificación de "habitual" incluso cuando los tres delitos son condenados en una sola causa [306].

El "hábito existe legalmente a efectos penales cuando se comprueba la comisión por el reo de tres hurtos, o en su caso estafas, pero sin necesidad de condena intermedia entre uno y otro.

Aquí radica la principal diferencia con la reincidencia y así lo ponen de manifiesto PACHECO [307], VICENTE CARAVANTES [308] y CORZO [309]. Por el contrario, CASTRO y ORTIZ DE ZUÑIGA, que habían negado la exigencia de condena anterior para la reincidencia [310], al comentar el art. 428-2° nos dicen que se trata de agravar al reincidente

en el mismo delito, constituyendo esta disposición una excepción a las reglas generales del art. 10, 18ª [311], conclusión congruente con su concepción de la reincidencia. Pero si bien la exigencia de condena anterior a la recaída en la reincidencia es la clave diferencial respecto al hábito, los autores reconocen una cierta similitud en la naturaleza de ambas figuras. PACHECO entiende que la razón de agravar por reincidencia reside en el "hábito" que el reo va adquiriendo de caer en determinados delitos [312]; CORZO nos dice que la reincidencia supone la "misma propensión" a delinquir que el hábito, pero que aquella es más grave porque prueba además "más rebeldía e incorregibilidad del culpable a quien la pena ya sufrida no ha bastado a retraer de nuevos delitos" [313]. VICENTE Y CARAVANTES atribuye una mayor "perversidad de ánimo" a la reincidencia en comparación con el hábito, por la misma razón del castigo anterior [314].

La experiencia de condena anterior confiere pues, según estos autores una sinificación mayor de "perversidad" al reo reincidente frente al meramente habitual. Pero se estima que en ambos casos existe una inclinación delictiva. VIZMANOS y ALVAREZ llegan a decir que "la reincidencia es seguro indicio de hábitos viciados y de un fondo de perversidad, o al menos de extravío y debilidad no menos dañosa para el cuerpo social que la misma perversidad" [315]. Pero al explicar el art. 428, 2°, dicen: "Si se nos permi-

te esta palabra (habitual) para significar la frecuencia o continuación en el hábito de hurtar, es decir la segunda o ulterior reincidencia en el delito" 316). La utilización aquí del término"reincidencia" no responde al sentido técnico legal que anteriormente habían fijado ellos mismos al comentar la agravante 18ª 317); probablemente al referirse a ella lo hacen en estricto sentido de recaída, pero es significativa la frase que hemos subrayado, porque responde a una concepción generalizada de la doctrina que prácticamente equipara el contenido sustancial de ambas figuras en cuanto a la propensión a delinquir que se presume en ambas. Probablemente en la mente del legislador al fijar la agravación especial por "hurto habitual" se estaba pensando también en la reincidencia. Es decir, mediante la definición legal del "hábito", se quiso recoger la reincidencia y la mera repetición, como de hecho permite tal definición según expondremos seguidamente.

a') Compatibilidad con la reincidencia y la reiteración

Las diferencias que señalaban los comentaristas entre el hábito y la reincidencia eran diferencias conceptuales, no ajustadas a la concreta descripción legal del art. 428-2°. No entraban a examinar los distintos supuestos que podían quedar abarcados dentro de esa definición legal. Unicamente VIZMANOS y ALVAREZ según hemos apuntado, de forma indirecta y sin la argumentación precisa que po-

día hacer correcta su aseveración, establecían una equiparación "hábito-segunda reincidencia" [318]. Y aquí se centra el problema de la compatibilidad de las dos figuras. Pero para responder a esta cuestión hemos de diferenciar los diversos supuestos de reincidencia según la clase de los delitos que motivan las condenas anteriores [319].

Es claro que cuando al cometer un tercer hurto el sujeto ha sido condenado ya por alguno de los anteriores, concurren los requisitos de la reincidencia y además los del "reo habitual". Pero la mayor gravedad con que la ley trata el hurto habitual frente a la reincidencia nos indica que la agravación específica por hábito debe apreciarse con preferencia a la agravante genérica, pues en otro caso quedaría burlada la finalidad de esa cualificación. Resultaría incongruente apreciar la habitualidad cuando se da mera repetición de delitos sin condena intermedia, y por el contrario estimar solo una agravante de reincidencia cuando existe una condena antecedente a la realización del último delito, aunque el reo haya cometido otros dos hurtos o estafas.
Una vez que ese hecho, sobre el que recayó condena de forma idónea para soportar la agravación por reincidencia, es computado para apreciar la cualificación, no puede volverse a tomar en cuenta para además estimar la agravante de reincidencia, so pena de infringir el principio

"ne bis in idem", que impide que un mismo hecho sea computado para dos efectos distintos [320]. No puede apreciarse conjuntamente hábito y reincidencia en base a una misma condena anterior.

Si las condenas pronunciadas con anterioridad a la realización del tercer hurto (o estafa en su caso) son más de una, la solución es la misma. Esas condenas se toman como prueba de la comisión de los varios delitos que integran el "hábito". y por lo tanto no pueden ya contabilizarse para la reincidencia. Incluso cuando existan condenas sobrantes, tampoco cabe la concurrencia de la reincidencia con la cualificación de habitual, ya que la ley considera "habitual" a "el que comete tres o más". Por lo que cualquiera que sea el número de hurtos, todos ellos pasan a integrar la cualificación. Independientemente de que las condenas por ellos hayan recaído antes de la realización del delito que se juzga, o antes de su enjuiciamiento, o simplemente se enjuicien todos ellos en una sola causa [321].

En materia de hurtos y estafas parece que el legislador ha considerado que la cantidad de infracciones cometidas es más relevante que el dato cualitativo de la anterior experiencia de condena. Al configurar el hábito en base a la comisión de "tres o más" delitos de hurto, se pone el énfasis en la mera repetición de hechos, y pasa a

segundo plano la condena antecedente. La multirreincidencia específica queda integrada en la habitualidad. El desvalor que puede aducir la experiencia de una condena anterior queda absorbido por el desvalor global de la habitualidad.

En conclusión, no puede apreciarse la reincidencia en base a condenas por hurto (o estafa en su caso) junto con la cualificación de "reo habitual", porque ésta incluye toda condena por esa clase de delitos. La habitualidad consume a la multireincidencia específica en esas infracciones [322].

Supuesto distinto es el caso del reo que además de los hurtos requeridos para la habitualidad, tiene condenas anteriores por otros delitos distintos pero de la misma especie. Puesto que la habitualidad definida en el art. 428-2° se conforma específicamente sobre delitos de hurto (o de ciertas estafas en el caso del art. 443), no hay obstáculo legal para que esas condenas por otros delitos de la misma especie den lugar a la agravante genérica de reincidencia. En este caso no hay formalmente "bis in idem" pues la cualificación de "habitual", y la reincidencia se construyen sobre hechos diversos. El efecto sería la imposición de la pena superior por ser habitual, y además en su grado máximo por ser reincidente [323]. Pero esta conclusión no resulta satisfactoria desde la pers-

pectiva de justicia material. Si el desvalor de la existencia de condenas anteriores por delitos de hurto queda absorbido en la cualificación de "habitual", no parece lógico que condenas por delitos de la misma especie al hurto y por tanto de gran similitud con éste, tengan un efecto mayor en cuanto que se añade la agravación por reincidencia a la pena ya elevada en un grado por razón de la habitualidad. No parece que una condena anterior por robo deba tener mayor significación que una condena por hurto [324]. Esta incongruencia se deriva de la concreta definición legal del hábito que, como apuntaba VIZMANOS y ALVAREZ [325], debiera haber abarcado no solo la comisión de hurtos (estafas en su caso), sino la comisión de delitos de la misma especie.

Respecto a la agravante 17ª, o reincidencia en delitos de distinta especie, no existe obstáculo legal para su concurrencia con la habitualidad en el hurto o en la estafa. Los delitos cuyas condenas dan pie a la reiteración (agravante 17ª) son distintos de los computados para la cualificación por hábito [326]. No obstante, personalmente esta solución no nos satisface.

Puesto que en el código penal tanto el hábito como la reincidencia y la reiteración están configuradas de una manera esencialmente formalista y en base a requisitos objetivos [327], en un plano de estricto legalismo no pue-

de negarse su compatibilidad siempre que cada una de ellas se sustente sobre hechos distintos. Sin embargo, creemos que esta conclusión, formalmente correcta a tenor de las definiciones legales de las figuras aludidas, no es la más acertada. A nuestro entender hubiese sido preferible poder negar esa compatibilidad, lo cual sería posible si el código admitiese la apreciación facultativa de las agravantes de reincidencia y reiteración, dejando al prudente criterio judicial la valoración de la presencia real de ese plus de gravedad que justificaría en su caso la agravación, cuando además del hábito en determinado delito el sujeto tuviese condenas anteriores por otro tipo de infracciones. Porque ese plus de gravedad no puede afirmarse con carácter general una vez que ya se ha desvalorado la vida delictiva anterior del reo, -aunque circunscrita a determinada faceta-, mediante la cualificación establecida para el habitual. Cualificación que implica la imposición de la pena superior en grado, efecto por lo tanto muy superior al establecido para las agravantes genéricas.

b') Compatibilidad con el concurso de delitos del at. 76

Cuando el reo ha cometido tres delitos sin haber sido condenado en el interín por ninguno de ellos, se encontrará en la situación prevista en el art. 76 que dispone el cumplimiento simultáneo si es posible, o sucesivo en otro caso de cada una de las penas correspondientes a los varios

delitos [328]. La mayoría de los comentaristas criticaron este precepto por la duración excesiva de privación de libertad a que podía llegarse en los casos de repetición de delitos, proponiendo una suavización en la suma de las penas [329].

En relación con el art. 428-2° y art. 443, el problema consiste en determinar si en los casos de agravación por "hábito" por la comisión de tres hurtos, si aún no ha sido condenado el reo por ninguno de los tres, o está pendiente de cumplir la pena de alguno de ellos, se debe imponer solo una pena, agravada de la forma que señala que el 428-2°, o si deben imponerse las penas por separado para cumplirlas sucesivamente, recayendo la agravación por "hábito" a partir del tercer delito cometido. VIZMANOS y ALVAREZ parten de la preceptiva aplicación conjunta de ambas disposiciones y precisamente por ello critican la agravación por habitualidad:

> "Nosotros no admitimos como necesaria ni justa esa declaración respecto al delincuente habitual después de establecida la acumulación de penas en el art. 76, que habíamos rechazado con toda la fuerza de nuestras convicciones, porque aplicando aquella disposición y la de esta artículo (se refieren al 428-2°), la penalidad puede crecer en proporciones espantosas, según se verá quien se tome el fácil trabajo de suponerse en la necesidad de castigar al que hubiere cometido tres o más hurtos" 330).

Creemos que a tenor de lo que preceptúa el código es insoslayable la obligatoria aplicación del art.76 cuando el reo no ha cumplido aún las penas correspondientes a cada uno de los hurtos cometidos. El código considera reo habitual a "el que cometa tres o más". Es necesario por tanto la constatación de la comisión de tres delitos de hurto o de determinadas estafas según el caso. Constatación que sólo puede verificarse a través de las condenas firmes en las que se declare al reo culpable de tales delitos. Y si hay condena firme, habrá necesariamente imposición de una pena que el reo debe cumplir. Ahora bien, esas condenas pueden ser anteriores al enjuiciamiento del tercer hurto, o hasta anteriores a su comisión, con lo que estaríamos a la vez ante una reincidencia. Pero es suficiente que las condenas de los tres delitos sean simultáneas, incluso en una sola sentencia,pues el código no exige que sean anteriores. Podemos tener por lo tanto, tres condenas simultáneas por tres hurtos, de forma que sobre el tercero de los cometidos debe apreciarse la cualificación de reo habitual con su preceptiva imposición de pena superior en un grado. El cumplimiento de las diversas penas así impuestas deberá seguir el orden establecido en el art. 76, hasta llegar al cumplimiento total.

Otra interpretación distinta, que no creemos tiene cabida en el sentido del texto legal por lo que diremos, sería considerar que cuando el reo es juzgado en un solo proceso por tres o más hurtos cometidos, se le debe im-

poner una sola pena, que sería la superior en grado al último cometido. Se entendería de esta forma que la imposición de una pena superior viene a cubrir las penalidades correspondientes de los diversos hurtos cometidos.

Ello conduciría a una serie de incongruencias. La pena única resultante podría ser inferior a la suma de las correspondientes a los diversos delitos por separado [331], con lo cual estaríamos ante una disposición beneficiosa para el reo comparativamente con lo dispuesto en el art. 76. Lo cual es a todas luces contradictorio con el carácter agravatorio que pretende el art. 428-2°para las conductas alli previstas [332]. Téngase en cuenta que se trata de repetición de ectos que en sí mismos constituyen delitos independientes, a diferencia de lo que ocurre en los denominados "delitos de hábito" que precisamente sólo son punibles en base a esa repetición de actos que por sí solos no constituirían delito [333].

A este respecto, es de gran interés, aunque verse sobre disposiciones del código penal de 1.870, la diferencia sentada por la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo del año 1.899 entre "culpable habitual" y "habitualmente" [334]. Estas dos expresiones aparecen en el delito de exacciones ilegales de funcionarios en el art. 319 del código de 1.848, y en el art. 357 para la facilitación de prostitución (en el código penal de 1.870, arts. 413 y 459).

Dice la Memoria:

> "Tienen distinta significación, a juicio de esta Fiscalía, las palabras "culpable habitual" y "habitualmente".- Por "culpable habitual" del delito de exacciones ilegales, del art. 413, debe entenderse, en sentir de este Centro, el que con anterioridad al delito por el que se le juzga ha sido declarado culpable varias veces del mismo y penado por sentencia ejecutoria, pues a nedie puede considerársele como culpable de un delito mientras no se le haya declarado tal por un fallo ejecutorio de los Tribunales de Justicia". 335).

El término "culpable" habitual, creemos puede entenderse como sinónimo de "reo" habitual, que es la expresión utilizada en los arts. 428-3° y 443. Porque tampoco puede considerarse a un sujeto "reo" de delito sino después de su declaración de culpabilidad en condena ejecutoria. Pero no nos parece sin embargo que esas condenas ejecutorias por las que se aprueba la comisión de los delitos anteriores, tengan que ser previas a la comisión del tercer delito ni siquiera previas al enjuiciamiento de este último. Creemos que es suficiente que en una misma sentencia se condena por los tres o más hurtos cometidos. 336)

Respecto a los "delitos de hábito", como es el facilitar o promover la prostitución a que se refiere la Memoria, no se necesita por el contrario condena por los diversos actos de favorecimiento realizados, porque precisamente el delito se configura sobre la realización de varios actos de esta clase, actos que individualmente considerados

no son punibles. Por ello, dice la citada Memoria:

> "En cuanto al que promueve o facilita la prostitución habitualmente, o la corrupción de menores de edad para satisfacer los deseos de otro, ése no necesita haber sido declarado culpable anteriormente del propio delito por fallo de los Tribunales, porque en el artículo sólo se trata del hecho de la habitualidad" 337).

En realidad no solo "no necesita" condenas anteriores sino que podría decirse que "no pueden" existir condenas anteriores pues los hechos que configuras esa "habitualidad" no constituyen delitos sino tomados en conjunto los varios actos. Otra cuestión es la posible reincidencia en un delito de hábito, pero no vamos a entrar en la problemática de esta clase de infracciones 338), pues ahora nos interesa únicamente el caso de la cualificación de un delito base por ser el reo "habitual".

Concluyendo, a efectos de los arts. 428-2° y 443, puesto que es necesario que los varios hurtos que van a determinar el hábito se prueben por condenas firmes, cuando éstas no hayan sido aún cumplidas, ya sea porque se imponen simultáneamente, o por otra causa, deberá el reo cumplirlas de acuerdo con lo establecido en el art. 76 339). La agravación por ser el reo "habitual" sólo incidirá en el tercer hurto cometido. Si posteriormente comete un cuarto delito de hurto (o estafa en las previstas en el 443), volverá a considerarse sobre él la misma agravación cualificada.

B. Intervalo temporal

Según reza el art. 428-2° la comisión de los tres o más hurtos ha de guardar un intervalo "a lo menos de veinte y cuatro horas entre cada uno de ellos".

La fijación de este tiempo mínimo que ha de separar los delitos cometidos pretende a juicio de VIZMANOS y ALVAREZ, establecer la diferencia con lo que puedan ser varios actos de ejecución de un mismo delito. Debe tratarse de delitos independientes, que constituyan cada uno por sí un hecho punible [340].

La repetición del mismo delito, con cierta proximidad en el tiempo, puede lógicamente indicar la presencia de un hábito o costumbre, aunque mejor sería decir inclinación hacia ese tipo de infracciones. Aunque el mero dato objetivo de su comisión no implique necesariamente la incorporación del hábito en el sujeto. Pero desde el momento que partimos de la definición legal de hábito, basta la confirmación del elemento objetivo integrado por la pluralidad de delitos.

De todas formas, resulta acertada la observación de PACHECO que critica la fórmula de las 24 horas, porque en un solo día pueden cometerse tres hurtos perfectamente diferenciados entre sí, o tres hurtos en tres días sin que

lleguen a guardar el intervalo mínimo exigido [341]. No se ve diferencia entre la comisión de tres hurtos en 4 días observando la distancia temporal que requiere la ley y los casos antedichos. Es el problema de las formulaciones legales que al concretarse adquieren, al menos en este caso, una rigidez que puede llevar al absurdo. Si la ley no exige para considerar a un reo "habitual" más que la pluralidad de delitos, el tiempo que medie entre uno y otro, debiera ser indiferente, siempre que realmente se trate de delitos con sustantividad independiente. Aunque lógicamente, y dentro del sentido de la ley parece que se quiere indicar que deben guardar una cierta proximidad entre sí. Y aquí entramos con otra consecuencia ilógica derivada del requisito del intervalo mínimo. Se ha fijado el mínimo, pero no el máximo. Luego según el texto legal, aunque entre los hechos cometidos hayan mediado meses o incluso años, estamos ante la calificación de "reo habitual". Este extremos es puesto de relieve también por PACHECO [342].

Una regulación adecuada llevaría a delimitar también el tiempo máximo entre los delitos para que pueda aún estimarse el hábito. Pero como en este aspecto los límites prefijados de antemano pueden resultar absurdos en el caso concreto, lo más acertado sería dejarlo al prudente arbitrio del juzgador.

4. EFECTOS

El hurto "calificado" como lo denominan algunos autores de la época [343], así como la estafa cuando concurra la misma circunstancia de ser "reo habitual", producen la imposición de una pena superior en grado a la señalada para los respectivos delitos cuando no existiesen circunstancias cualificativas.

Puesto que en ambas clases de delitos las penas señaladas por razón de las cuantías pueden ser de Arresto Mayor, Presidio Correccional o en los casos más graves de Presidio Menor (en las estafas se imponen prisiones en vez de presidios), la resultante por agravación puede ser desde presidio o prisión correccional hasta presidio o prisión mayor.

Esta elevación de pena está en consonancia, según GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN, con la "mayor inmoralidad y pertinacia" que muestra el sujeto a través de la repetición [344]. VIZMANOS y ALVAREZ por el contrario rechazan esta agravación del habitual porque no es ni necesaria ni justa habida cuenta de que ya la mera repetición de delitos queda suficientemente penada por la preceptiva acumulación de penas prevista en el art. 76 [345].

La repetición o la reincidencia de hurtos o de ciertas estafas, siempre que sean tres al menos los cometidos,

dará lugar a esta agravación. Por lo expuesto en epígrafes anteriores, el hábito legal está integrado por una de estas dos figuras.

Mientras que la reincidencia, aunque sea múltiple, en delitos de la misma especie, pero que no sean los afectados por la agravación de "hábito", tendrá la consideración de una mera agravante.

En opinión de CASTRO y ORTIZ DE ZUÑIGA "los robos con fuerza o violencia en las cosas y personas" son castigados en el código con doble severidad de la usada por la Jurisprudencia del momento [346], mientras que en robos que no llegan a 100 reales [347] y en los hurtos, es patente una mayor benignidad "altamente filosófica, considerada en las regiones de la ciencia; pero que aplicada de pronto al terreno de la práctica en algunas provincias donde abundan los rateros y bandidos, ha alarmado ya con justicia la opinión y podrá muy bien ser peligrosa", pues el delincuente puede calcular que le compense pasar un corto tiempo en prisión en el caso no muy probable de ser descubierto, por embolsarse una cantidad más o menos sustanciosa [348].

Tal vez la Comisión que redactó el código recogió esta opinión que posiblemente estaba latente entre algunos otros miembros de la misma aparte de la de los autores señalados que por otro lado nos dicen que intervinieron muy poco en las tareas elaboradoras del código [345]. Para con-

trarrestar lo que algunos podían considerar benignidad en el hurto y en la estafa, implantan esta agravación contra los reos que muestran una frecuencia en delinquir. Aunque no queda explicado la no agravación de otras clases de estafas o de ciertos robos con fuerza en las cosas cuya penalidad es la misma que la de los hurtos [349].

También se oyeron voces en el Congreso durante las escasas sesiones que se dedicaron al Debate del Proyecto, lamentando la "suavidad" de las penas asignadas a los delitos contra la propiedad. FERNANDEZ BAEZA insistió en la necesidad de reprimir los delitos cuya comisión sea más frecuente con penas más rigurosas que cuando se trate de delitos no tan comunes. Entre otras cosas decía:

> "La Comisión ha estado demasiado suave respecto a las penas señaladas a los delitos cometidos contra la propiedad. La tendencia del siglo en esta parte por lo que resulta de la estadística criminal, no solo en España, sino en todos los demás países, es la de gozar sin trabajo, y de aquí nace que los ataques a la propiedad sean, no solo frecuentes, sino en algunos puntos diarios" 350)

Es muy probable que en la agravación establecida para el hurto y para ciertas estafas, se tuviera presente esta consideración de su mayor frecuencia; y teniendo en cuenta lo que hoy llamaríamos cifra negra de la criminalidad se consideró que la constancia de que un reo ha cometido tres delitos de la clase señalada era suficiente indicio de "habitualidad". Presunción no obstante, discutible.

5. POSTURA DE LOS COMENTARISTAS

Como hemos visto, sólo PACHECO, VIZMANOS y ALVAREZ, mantienen una postura crítica respecto a los preceptos que estudiamos. El primero por la defectuosa definición del concepto de hábito [351], aunque no se manifiesta contrario a que se prevenga especialmente un mayor castigo para los reos habituales. Los segundos en cambio manifiestan su franca oposición a la agravación en su totalidad [352].

Los demás autores aceptan el precepto, o al menos no expresan nada que induzca a pensar que son de opinión contraria [353]. GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN incluso lo aprueban [354].

La parquedad de los comentarios a los arts. 428-2° y 443 en estos últimos autores, reduce la posibilidad de una indagación más profunda de su opinión sobre el concepto legal. Son de interés las exposiciones de CORZO y de VICENTE Y CARAVANTES, que al explicar la reincidencia establecen con alguna mayor extensión las notas diferenciales y comunes con el "hábito". Por tratarse de obras publicadas después de la reforma de 1.850 no se pronuncian concretamente sobre la redacción original de 1.848, pero es patente la graduación que establecen al considerar de menor gravedad el "hábito" frente a la reincidencia. El "hábito" supone mayor propensión a delinquir que la reincidencia, pero no tan-

ta perversidad nos dirá VICENTE Y CARAVANTES [355]; o bien según CORZO, aunque la propensión sea la misma en ambos casos la reincidencia muestra mayor rebeldía e incorregibilidad [356]. Según esto, la conclusión sería la improcedencia de una mayor agravación por hábito que por reincidencia salvo que lo que realmente se intente reprimir sea la propensión, tendencia, lo que hoy llamaríamos"peligrosidad".

Claro que, si bien en la exposición teórica de estos autores el "hábito" supone una efectiva tendencia a delinquir en el sujeto, esto es una incorporación subjetiva del hábito, en la regulación del código quedaba formulado de manera meramente objetiva, en la que tal incorporación subjetiva no era necesaria. Lo cual hace todavía más criticable la regulación legal.

6. RESUMEN

Después de haber establecido con carácter general la reincidencia para agravar la recaída en el delito después de condena anterior, al llegar a la regulación de los delitos contra la propiedad, el legislador, al igual que ocurrió con el código de 1.822 echando una mirada atrás a la legislación y práctica hasta entonces vigente, vuelve a inspirarse en ella para recrudecer el castigo en la repetición de ciertos delitos, tradicionalmente más preocupantes por su

frecuencia.

Si hasta ese momento el tercer hurto tenía establecida la pena de muerte, que aunque en la práctica no se aplicase sí determinaba penas graves [357], se comprende que resultase demasiado contraste y benignidad imponer a un ladrón [358] "conocido" la pena de Arresto de unos pocos meses a pesar de que presentase un abundante historial delincuencial.

El contraste aludido podía resultar particularmente alarmante para aquellos delitos que, como los hurtos, tenían ahora señalado en el código penas relativamente suaves. La imposición de la pena en grado máximo por reincidencia no pareción suficiente. Y así comienza y continúa, la tradición que se mantendrá en los posteriores códigos de contemplar de forma especial la recaída en estos delitos, lo cual constituye una característica de los códigos penales españoles.

La fórmula concreta en 1.848 será la de elevar la pena al "reo habitual", entendiendo por tal al que comete tres o más delitos. Fórmula poco feliz que mereció sus oportunas críticas, y que además solo se contemplaba para los hurtos y para ciertas estafas.

La definición de "reo habitual" que se ofrece es de carácter netamente objetivo: pluralidad de delitos. Automáticamente el tercer hurto merecerá el calificativo de

"habitual". Según el reo haya sufrido otra u otras condenas anteriores a la comisión de ese tercer o posterior hurto (o estafa), estaríamos a la vez ante una verdadera reincidencia o multireincidencia que quedaría integrada en la calificación de "habitual". Pero no es necesario que exista esta relación de condenas anteriores; basta la mera repetición sin más límite que el lapso mínimo de 24 horas entre cada delito. No hay plazo máximo. Por ello, podemos decir que detrás de la definición de "hábito" se recoge tanto la reincidencia como la mera repetición. La elevación preceptiva de la pena es la misma, exista o no experiencia anterior de condena por parte del reo. Esto nos recuerda a la regulación que presentaba el código de 1.822, que prácticamente equiparaba en sus efectos ambos casos de recaídas [359].

Lo ilógico de la regulación queda patente también en cuanto que la multireincidencia en delitos de la "misma especie" que el hurto, no tendrá más efecto que la imposición de la pena en su grado máximo. Lo mismo podemos decir respecto a ciertas estafas.

El carácter ecléctico del código, se inclina en esta materia hacia objetivos de prevención especial aún a costa de sacrificar el rigor con que se buscaba la proporcionalidad entre la pena y la gravedad del hecho.

II. REINCIDENCIA CUALIFICADA EN ROBO, HURTO Y ESTAFA EN LA REFORMA DE 1.850

Si bien la reforma de 1.850 tuvo primordialmente carácter político [360], también sirvió para corregir algunos defectos de la primera edición, tal como se preveía en al mismo art. 2° de la Ley de promulgación del código [361].

En lo que a este trabajo afecta, la reincidencia en sus dos modalidades previstas en el catálogo del art.10 se mantiene idéntica. Pero se modifica la cualificación para el "reo habitual" prevista en 1.848 para el hurto y para determinadas estafas, que va a ser sustituída por la simple reincidencia [362], y además la cualificación se extiende a alguna modalidad de robo con fuerza en las cosas.

Se mantiene pues, la excepción a las reglas generales de reincidencia, con este efecto superagravatorio para determinados delitos contra la propiedad. El legislador se debate entre la búsqueda de penas proporcionales a la gravedad del mal causado según los dictados de la "justicia absoluta", y la necesidad de conseguir objetivos de prevención especial de forma eficaz en aquellos reos de delitos cuya frecuencia mantenía una constante alarma social. El peso de la balanza se inclinará hacia el segundo objetivo en este terreno de de-

litos patrimoniales, frente a los cuales la indignación general causada por su frecuencia, obstaculiza la aceptación sin reservas de los principios retributivos como límite de la pena.

1. REGULACION LEGAL

A. En el robo

La reforma de 1.850 introduce algunas ligeras modificaciones en los robos con fuerza en las cosas. Se rebajan las penas de los robos con armas en iglesia o lugar habitado [363], o sin armas en los mismos lugares [364], y para el robo con o sin armas en lugar no habitado [365]. Por el contrario se eleva la pena de los robos citados en último lugar, cuando el valor de lo apropiado sea menor de 5 duros, que pasan a ser castigados con presidio correccional en vez de la pena anterior de Arresto Mayor [366].

En contraposición a la suavización de las penas de los robos con fuerza más graves, se introduce para el más grave de ellos, el realizado con armas en lugar sagrado o habitado, la cualificación por simple reincidencia. Recordemos que ninguno de estos robos habían quedado afectados en 1.848 por la cualificación de "habitual" que se contemplaba

para hurtos y ciertas estafas. Veamos el texto concreto del art. 431 (en la edición de 1.848 era el art. 421) que es el afectado:

> "Los malhechores que llevando armas robaren en iglesia o lugar sagrado, incurrirán en la pena de presidio mayor en su grado medio a cadena temporal en igual grado, si cometieren delito:
>
> 1°. Con escalamiento
> Hay escalamiento cuando se entra por una vía que no sea la destinada al efecto.
>
> 2°. Con rompimiento de pared ó techo, ó fractura de puertas ó ventanas.
>
> 3°. Haciendo uso de llaves falsas, ganzúas ú otros instrumentos semejantes para entrar en el lugar del robo.
>
> 4°. Introduciéndose en el lugar del robo a favor de nombres supuestos o simulación de Autoridad.
>
> 5°. En despoblado y en cuadrilla.
>
> En caso de reincidencia serán castigados con la pena de cadena temporal en su grado medio al máximo.
> En las mismas penas incurrirán respectivamente los que con iguales circunstancias robaren en lugar habitado.
> Cuando en este último caso no mediare reincidencia y el valor de los objetos robados no llegare a 100 duros, la pena será la de presidio mayor"

La reincidencia va a suponer la elevación de la pena casi en un grado (se especifica cadena temporal en su grado medio al máximo para evitar llegar a cadena perpetua). La suavización de la pena de este tipo de robos tiene como contrapartida la agravación para el reincidente, el cual quedará con la misma pena que antes de la reforma.

Habíamos aludido al comentar la cualificación de "habitual" prevista para los hurtos [367], cómo resultaba

incongruente que no quedasen igualmente agravados los robos con fuerza en las cosas que tenían una penalidad igual que aquellos. Pero con esta reforma de 1.850 resulta que los que reciben la agravación específica por reincidencia son los robos más graves, mientras que no quedan afectados por ella los demás robos menos graves. Si un sujeto reincide en un robo en lugar no habitado no recibirá más agravación que la correspondiente al nº 18 del art. 10. Igualmente el sujeto que después de haber sido condenado por un robo del art. 431, comete varios otros que no encajen en ese artículo únicamente quedará sujeto a las prescripciones de la agravante 18ª. Mientras que si después de un robo, sin armas y de ínfimo valor, comete uno del art. 431, padecerá la cualificación prevista y la preceptiva imposición de la cadena temporal.

MONTERO es el único que alude indirectamente a estas incongruencias, pues considera que la rebaja de pena para los robos en lugar no habitado que no excedan de 100 duros, no debiera afectar a los reincidentes [368)].

El reincidente el hurtos va a quedar desfavorablemente agravado en comparación con el reincidente en un robo que no sea del art. 431.

B. En el hurto

El art. 439, que es el homólogo de aquel art. 428 de la primera edición del código penal, va a incluir la agravación por hurto doméstico o por abuso de confianza, y la de reincidencia en sustitución a la anterior por "reo habitual". Dice así el nuevo art. 439:

> "El hurto se castigará con penas inmediatamente superiores en grado á las respectivamente señaladas en el artículo anterior:
> 1°. Si fuere de cosas destinadas al culto y se cometiere en lugar sagrado o en acto religioso.
> 2°. Si fuere doméstico o interviniere abuso de confianza.
> 3°. Si el reo fuere reincidente en la misma ó semejante especie de delito".

Afecta a toda clase de hurtos, aunque ahora la agravación puede producirse por una sola condena anterior por otro hurto o por cualquier otro delito de misma o "semejante"especie. Nótese que en el robo no se hacía referencia a "semejante especie".

C. En la estafa

Se extiende la cualificación por reincidencia a las modalidades de estafa previstas en los cinco artículos anteriores [369)] y se incluye también una especial agravación por reincidencia en el último artículo de la Sección para las defraudaciones no comprendidas expresamente en las descripcio-

nes anteriores. Así el art. 454, que se corresponde con el antiguo 443, dice:

> "Los delitos expresados en los cinco artículos anteriores serán castigados con la pena respectivamente superior en un grado si los culpables fueren reincidentes en el mismo o semejante especie de delito."

Y por otro lado el art. 459 que se corresponde con el antiguo 448, aparece con el siguiente texto:

> "El que defraudare ó perjudicare á otro usando de cualquier engaño que no se halle expresado en los artículos anteriores de esta sección, será castigado con una multa de tanto al duplo del perjuicio que irrogare; en caso de reincidencia con la del duplo y arresto mayor en su grado medio al máximo".

En este último artículo no se alude a que la reincidencia sea "el mismo o semejante especie de delito"; como tampoco se hizo mención en el robo. Tal vez la omisión no es intencionada sino que responde a mero interés estilístico. Esta diferencia de redacción va a permanecer así en los códigos posteriores, suscitando problemas de interpretación[370)]

Es curioso reseñar que PACHECO, al comentar el art. 459 modificado [371)], se muestra disconforme con la inclusión de la reincidencia como agravación cualificada por romper -dice- el sistema del código, que ya tenía previsto unas reglas generales en el art. 10. Pero sin embargo al referirse al hurto opina que es justa la elevación de la pena

por la misma circunstancia [372]. Y por otro lado al comentar el art. 431 referente al robo, silencia totalmente la cuestión de la nueva cualificación introducida [373].

2. REQUISITOS

A. Reincidencia

En los cuatro artículos examinados se dispone la elevación de la pena por simple "reincidencia", o lo que es lo mismo, cuando el reo "fuere reincidente". Nótese que en los artículos citados el legislador utiliza indistintamente ambas expresiones, lo cual responde simplemente a razones gramaticales o estilísticas. Por ello, la misma expresión "ser reincidente" de la agravante 10, 18ª, debe entenderse en el sentido de concurrencia de los requisitos objetivos que dan vida a la "reincidencia".

La alusión a esta agravante en los artículos que examinamos supone que la cualificación surge en los mismos casos y con los mismos requisitos exigidos para la agravante genérica nº 18, ya que como disponía el art. 6 del R.D. de 22 de setiembre de 1.848 "Definido una vez en el código un delito, cualidad o circunstancia, siempre que el mismo código hablare de aquél o de éstas se entenderán definidos en los propios términos" [374].

La doctrina así lo entiende lógicamente, aunque se limita a destacar que la agravación anterior por "habitual" ha sido sustituida por la de "reincidencia". Así CORZO advierte que "la reincidencia que agrava hoy el hurto es cosa distinta del hábito que se requería antes" [375]; PACHECO en la segunda edición de sus comentarios al código da por sentado que estamos ante un juego especial de la agravante 10,18ª [376]; En el mismo sentido VICENTE Y CARAVANTES resalta cómo a partir de la reforma de 1.850 el hurto queda cualificado por la reincidencia "que es circunstancia agravante según el nº 18 del art. 10", en vez de por el "hábito" que recogía el texto de 1.848 [377]. También MONTERO entiende que es la reincidencia definida en el art. 10 la que se toma como cualificación para el hurto, pero ampliada a los delitos de "semejante" especie, no ya solo para los de "misma" especie [378]. En un dictamen del Fiscal de Valencia a que aludiremos después se parte expresamente de la reincidencia del nº 18 del art. 10 para explicar la reincidencia del art. 439-3º [379].

La definición de la agravante 18ª permanece inalterada en la reforma de 1.850, por lo que deben trasladarse aquí las conclusiones expuestas en su momento respecto a los requisitos de la misma [380], salvo el límite que los delitos sean de la "misma especie" que resulta ampliado a los delitos de "semejante especie" para la cualificación en el hurto y en la estafa del art. 454, extremos que en seguida examinaremos [381].

Sigue en pie la duda sobre la exigencia de condena anterior a la recaída como característica básica de la reincidencia, pues si bien la mayoría de los autores se pronunciaban inequívocamente por la necesidad de esa condena previa, también había opiniones contrarias [382].

Los autores que hemos citado anteriormente, CORZO, PACHECO, VICENTE Y CARAVANTES y MONTERO, eran todos ellos partidarios de la exigencia de condena previa [383], aunque al tratar de la reincidencia cualificada no vuelven a insistir en ello. Unicamente MONTERO alude indirectamente a esta cuestión al mostrar su disconformidad con la no exclusión de los reincidentes de la rebaja de pena prevista en el art. 434 para los robos con fuerza por valor inferior a 100 duros. Dice textualmente:

> "¿Por qué motivo han de ser acreedores los reincidentes en robos que no excedan de 100 duros de los beneficios del artículo en cuestión?. La reincidencia ¿no indica que para ellos fue pequeña e ineficaz la pena anterior? ¿No lo reconoce así la ley en los hurtos y estafas? ((...))" 384)

Con lo cual está partiendo de que esa reincidencia cualificada en hurtos y estafas requiere condena previa, o incluso haber sufrido la pena anterior. Ello no obsta a que unas páginas después este autor manifieste, respecto a la cualificación por reincidencia en el hurto, que hubiese sido más correcto reservar la cualificación para la segunda

reincidencia, pues de ese modo se obtendría una progresiva agravación; por la primera reincidencia el grado máximo y por la segunda la elevación de la pena en un grado [385].

Según el texto legal la cualificación surge por"simple reincidencia", la cual según la postura mayoritaria de la doctrina [386] supone esa condena previa a la comisión. Por lo tanto si el reo ha cometido tres o más delitos sin haber sido condenado por ninguno de ellos no puede entrar en juego la agravación especial.

Partiendo pues de la exigencia de condena, la nueva cualificación por "reincidencia" puede resultar según los casos más amplia o más estricta que la anterior de 1.848 por "reo habitual". Pues si al cometer el segundo hurto ya ha recaído condena por otro anterior, debe imponerse la pena superior en grado, mientras que con la fórmula antigua sólo cabría la agravación genérica del art. 10,18ª, ya que se requerían al menos tres hurtos [387]. Mientras que, por el contrario si el reo ha cometido tres o más hurtos pero sin mediar condena entre ellos, resulta beneficiado por la nueva fórmula de 1.850, pues no existe reincidencia. Por otro lado, la nueva cualificación resulta más gravosa por razón de los delitos que pueden dar lugar a ella, ya que no se limita a "hurtos" o a determinadas "estafas" como ocurría con el hábito [388], sino que se amplía a delitos de la "misma o semejante especie".

Por lo tanto, la nueva fórmula no va a resultar más beneficiosa para el reo sino en determinados casos.

Respecto a la posibilidad de existencia de varias condenas anteriores por delitos de la misma o semejante especie, todas ellas quedan integradas en la cualificación por reincidencia, no pudiendo apreciarse además la agravante genérica 10, 18ª. En este código no aparece en ningún lugar contemplada o aludida la segunda reincidencia o la multirreincidencia. Estas quedan absorbidas en una sola agravante, "ser reincidente". Así lo entiende taxativamente el Fiscal de la Audiencia de Valencia, DIAZ DE RUEDA, quien en un Dictamen emitido en los últimos meses de aplicación del código de 1.850 manifiesta:

> "Las reincidencias múltiples de los n°s. 17 y 18 del art. 10 del código, no se cuentan, sino que cualquiera que sea su número, se refunden en un solo concepto de la mayor perversidad del procesado, y apreciada la última, solo pueden tenerse presentes las demás dentro del grado correspondiente" 389).

Por ello, solicita la revocación de una sentencia en la que se había apreciado al reo la agravación cualificada del art. 439-3ª y además dos reincidencias genéricas por constar tres condenas anteriores por delitos de la misma especie. Según el dictamen sólo existe una circunstancia de reincidencia que eleva la penalidad del hurto en cuestión, sin que quepa ya imponer a su vez el grado máximo de la pena

elevada [390].

La incompatibilidad de la agravante genérica 10, 18ª, con la cualificación que tratamos tiene además su apoyo legal en el art. 68, párrafo 1° de este código de 1.848 puesto que la reincidencia es circunstancia expresamente contemplada al penar los delitos en cuestión, y por lo tanto le alcanza la prohibición del "bis in idem" que recoge este artículo [391].

B. Misma o semejante especie

En el art. 431, del robo, y en el art. 459 de las estafas, se alude simplemente a la "reincidencia", por lo que debe entenderse según la definición del art. 10, 18ª, "de delitos de la misma especie". Pero en el art. 439, 3°de los hurtos y en el 454 de las estafas se alude a "misma o semejante especie".

Para estos dos últimos supuestos, se amplía pues el concepto de reincidencia en cuanto que puede abarcar la recaída en delitos que aunque no sean de la "misma especie" pertenezcan a especie "semejante". Si la interpretación de lo que debe considerarse "misma especie" resultaba difícil por la posibilidad de utilizar diversos criterios para su concre-

ción, el establecer cuando estamos ante especies "semejantes" presenta los mismos problemas.

Sólo CORZO expone su criterio para entender esa "semejanza" y lo explica al comentar la disposición referente al hurto:

> "Por delitos de semejante especie, debe entenderse, a nuestro juicio, aquellos que consisten como el hurto en la ocupación o sustracción de una cosa mueble contra la voluntad de su dueño y que sólo se diferencian entre sí por razón de los medios o de la forma". 392)

Serían de "semejante" especie, según esto, el hurto y robo, pero no el hurto y los daños o el incendio por ejemplo. Como tampoco habría semejanza con las usurpaciones defraudaciones y estafas en general. Según este autor, de la "misma especie" sólo serían aquellos que consisten en la infracción del mismo bien jurídico pero con la utilización de los mismos medios o forma de comisión.A su juicio en todo caso no es suficiente para considerar dos delitos semejantes, el hecho de que se encuentren en el mismo Título. HERNANDEZ DE LA RU por el contrario, en una escueta cita dice que la semejante especie se refiere por ejemplo,a todos los delitos contra la propiedad. 392bis).

Puesto que esta fórmula de reincidencia en "la misma o semejante especie" va a perdurar respecto a la estafa en los códigos posteriores, nos remitimos a lo que se expondrá al examinar el código de 1.870, donde encontramos ma-

yor abundancia de comentarios y tenemos ya jurisprudencia del Tribunal Supremo [393].

Como característico dentro del código de 1.848 hemos de resaltar que esta fórmula de reincidencia es más amplia que la prevista en la agravante genérica de reincidencia del art. 10. Al contrario de lo que ocurre a partir de 1.870 en que la reincidencia se remite a delitos del "mismo Título" [394].

De todas formas, y puesto que es el Juzgador el que en cada caso debe decidir la presencia o no de esa semejanza o analogía entre la especie de los delitos, nos parece lógico la postura que se constata a partir de 1.870,y que probablemente se dió también durante la vigencia del código del 48, en cuanto a entender de forma relativamente amplia esa "semejanza". Y ello por razones de justicia material como expone la sentencia de 16 de noviembre de 1.892 [395],pues resultaría injusto que un reo condenado varias veces anteriormente por robo al cometer una estafa no resultase agravado más que por la genérica 10, 18ª, mientras que un simple reincidente en delito de estafa sufre la elevación de la pena.

Al ampliar la fórmula (recuérdese que en la edición de 1.848 el "hábito" se fijaba sobre la repetición del mismo delito), se pretende captar al delincuente contra la propiedad que precisamente por practicar las diversas modalidades

de este tipo de infracciones se presenta como más peligroso.

3. EFECTOS

El efecto de la reincidencia especialmente contemplada para los hurtos y para algunas estafas va a ser el mismo que el que se preveía para el hábito en la edición de 1.848: pena superior en grado. Para los robos del art. 431 que también van a quedar afectados por la reincidencia, se señala concretamente una pena superior aunque no sea estrictamente un grado superior [396]. En todo caso se superan los límites marcados como regla general para la reincidencia en el libro Primero del Código.

Si la reincidencia denota mayor perversidad que el mero hábito de delinquir, como apuntaban varios comentaristas [397], y como parece fue la opinión del legislador en la reforma de 1.850, en principio podíamos decir que es más aceptable esta agravación basada en la experiencia de una condena anterior que cuando se fijaba por la mera repetición de tres delitos. Pero no resulta convincente en el contexto del código el que la simple reincidencia tenga unos efectos superagravatorios, rompiendo con las reglas generales solo para determinados delitos. No hay razón para pensar que el incremento de perversidad, que se aduce como justificación de la agravación por reincidencia, sea mayor cuando la recaída

es en ciertos delitos contra la propiedad [398]. El que sea precisamente en este tipo de delitos donde la reincidencia cobra efectos especiales, y en directa sustitución la anterior cualificación por "hábito" nos indica que la presunción de tendencia delictiva tiene más importancia que el presunto incremento de culpabilidad y que esta consideración lleva al legislador a exacerbar las penas del reincidente en delitos patrimoniales como antes lo hacía en el habitual, y como inveteradamente la legislación histórica lo hacía con el ladrón conocido [399].

Puesto que se trata de los delitos que producen gran transtorno y alarma social por su frecuencia [400], el legislador no siente escrúpulos para romper los proclamados principios de proporcionalidad entre el daño y el delito y la pena. En esta materia de infracciones patrimoniales el decidirse por la prevención especial no va a levantar las críticas de la opinión pública ni la de los especialistas en temas penales [401].

Además de la elevación de la pena, el reincidente en estos delitos quedará afectado también por las restricciones o efectos negativos que acompañan a toda reincidencia y que ya quedaron señalados [402].

4. RESUMEN

La reforma de 1.850 se aprovechará para una serie de modificaciones en los delitos contra la propiedad. La más significativa en lo que a este trabajo atañe es la supresión de la cualificación del "reo habitual" para sustituirla por la del "reincidente". Cualificación que se va a extender al robo con armas en lugar habitado o en lugar sagrado, al mismo tiempo que se suavizan las penas para los robos con fuerza en las cosas.

La simple reincidencia en el robo apuntado, en los hurtos y en determinadas estafas va a implicar la preceptiva elevación de la pena a otra superior. Frente a la mera repetición delictiva que constituía el "hábito" según la definición legal, la exigencia de una condena previa que supone la nueva calificación por reincidencia parece algo más congruente con los principios de culpabilidad mantenidos en el código. Pero no queda justificado en absoluto este trato discriminatorio a ciertos reincidentes en función de la clase de delitos en que recae. La explicación, como ya va siendo tópico al referirnos a esta clase de delitos patrimoniales, sólo puede provenir del interés del legislador de cortar, mediante la amenaza de una pena más grave, la no interrumpida ola de robos y hurtos.

Queda sin explicar no obstante, por qué sólo se contempla la reincidencia especialmente para determinados robos con fuerza, hurtos, y ciertas estafas, quedando sin afectar a otros delitos muy similares.

Esta agravación excepcional por reincidencia es aceptada por los comentaristas sin mayores críticas, probablemente por que no suponía ninguna novedad respecto a tantos años de legislación en el mismo sentido. Lo cual no justifica que no denuncien esta infracción de los principios retributivos.

III. RECAIDAS ANTES DE COMPLETAR LA CONDENA ANTERIOR

En el código de 1.822, habíamos visto reguladas estas recaídas junto a las disposiciones sobre el quebrantamiento de condena, en un tratamienti minuciosamente casuista [403]. En este código de 1.848 volvemos a encontrar una regulación concreta para las recaídas durante el cumplimiento de la condena o habiéndola quebrantado, ahora en un solo artículo, el 125, subdividido en cuatro reglas distintas en atención a la clase de pena que estuviese cumpliendo el reo. Esta previsión especial de lo que podía ser una simple reincidencia, se va a mantener como peculiaridad de los códigos penales españoles hasta la derogación del de 1.870, pues en otros códigos europeos las recaídas durante la condena anterior no merecen especial atención por parte del legislador, salvo algunos casos aislados [404].

La razón de que sean especialmente regulados estos supuestos en el código, parece descansar en la necesidad de poner freno a los frecuentes altercados y desórdenes graves que venían ocurriendo en los penales, como apuntan varios autores [405].

La normativa que ofrece la ley en este aspecto, sigue la pauta marcada por el código de 1.822, con su especificación casuística de las recaídas durante condenas de penas perpetuas [406]. En el código de 1.870 se simplificará la regulación de estos casos [407], pero no desaparece hasta que en el código de 1.928 el quebrantamiento de condena pasa a constituir un delito independiente en el Libro de los Delitos [408], anulándose en la Parte General el Título de los quebrantamientos y de las recaídas durante condena.

Pero el contenido del art. 125 no se va a limitar a la comisión de delitos en establecimientos penitenciarios, sino que abarca toda comisión punible durante el cumplimiento de cualquier tipo de condena. Por ello tampoco puede encontrarse su razón de ser en la necesidad de regular la agravación por reincidencia en caso de cumplimiento de penas perpetuas, sobre las que difícilmente podía acumularse otra pena [409]. La amplitud de supuestos que recoge, contrasta con los límites señalados para las agravantes de reincidencia y reiteración [410], a las que por otro lado va a imponer una limitación en la aplicación de sus efectos genéricos [411].

1. ENCUADRAMIENTO EN EL CODIGO

El art. 125 que vamos a examinar, se encuentra en el Título V del Libro Primero, junto con el art. 124 que trata de los quebrantamientos de condena . Cada uno de estos

dos artículos constituye no obstante un Capítulo separado. Estamos ante un precepto de carácter general, paralelo a las disposiciones sobre reincidencia y reiteración del art. 10 en relación con el art. 74 que regula el juego de las agravantes. En realidad el art. 125 constituye una agravación más, -aunque no esté encuadrado en el art. 10- basada en la situación de cumplimiento de condena en la que se encuentra el reo que vuelve a delinquir. Por ello PACHECO, al comenzar el comentario del art. 125 lo considera un caso particular de reincidencia [412].

VIZMANOS y ALVAREZ, insistiendo en lo que habían manifestado al comentar las agravantes 17ª y 18ª, lamentan que las disposiciones del art. 125 no se hubieran recogido conjuntamente en un mismo capítulo con los demás supuestos de recaídas, como hubiese sido lógico de acuerdo con las reglas del buen método propugnadas por BENTHAM: "eadem natura, eadem nomenclatura" [413]. En opinión de estos autores, el delito cometido durante el tiempo de una condena no debe considerarse como una reincidencia de distinto género ni de mayor gravedad que cuando la recaída tiene lugar después de haber cumplido la condena anterior. No encuentran razón para justificar esa diferencia de trato después de haberse sentado unas reglas generales en el art. 10, y en el art. 74-6°, en cuanto limitación de los efectos agravatorios cuando concurran circunstancias agravantes [414].El hecho de que algunos

de los casos previstos en el art. 125 se refieran a cumplimiento de penas perpetuas, no es óbice, -nos dicen- para exceptuar las reglas generales [415].

En el mismo sentido, MONTERO, estima que los supuestos del art. 125 debieran haber quedado regulados en el art. 10, donde se contemplan todas las circunstancias que en general agravan los delitos. Y sus efectos, enmarcados en el capítulo 4° del título III del mismo Libro I, es decir, donde se recogen las reglas de aplicación de la pena en consideración a la existencia de atenuantes y agravantes; pues incluso la previsión de un aumento de pena distinto al previsto para otras agravantes podía contemplarse perfectamente en ese lugar del código, como era el caso de la minoría de edad que presentaba una especial atenuación con la aplicación de pena inferior en uno o dos grados [416].

Claro que los supuestos recogidos en el art. 125 constituyen una reincidencia, pero concebida de forma totalmente amplia, pues no tiene limitación alguna por la especie de los delitos ni por la entidad de sus penas, e incluso abarca la reincidencia en faltas. Todo ello, sobre la base, que es su característica, de que el reo al recaer se halle extinguiendo una condena anterior. La agravación responde por lo tanto, a estas dos consideraciones: la reincidencia o recaída y el hecho de encontrarse el reo cumpliendo condena. Este segundo dato es el que aporta un plus de des-

valor a la recaída en opinión del legislador, a juzgar por los efectos señalados.

2. REGULACION LEGAL: ART. 125

El encabezamiento del art. 125 describe los supuestos que darán base a la agravación, estableciendo después diferentes reglas según la clase de pena en cumplimiento y la pena del nuevo celito. Dice textualmente:

> "Los que después de haber sido condenados por ejecutoria cometieren algún delito o falta durante el tiempo de su condena, bien hallándose cumpliéndola, bien habiéndola quebrantado, serán castigados con las penas que respectivamente se designan en las reglas siguientes:
>
> 1ª. El sentenciado a cadena perpetua que cometiere otro delito a que la ley señale la misma pena, o la de muerte, será castigado con esta última.
> Si cometiere delito a que la ley señale otra pena menor, cumplirá su primitiva condena, haciéndole sufrir las mayores privaciones que autoricen los Reglamentos y destinándole a los trabajos más penosos.
>
> 2ª. El sentenciado a reclusión o relegación perpetuas, que cometiere delito a que la ley señale pena de cadena perpetua se impondrá ésta en la forma que se prescribe en el párrafo segundo de la regla anterior.
> Si cometiere delito a que la ley señale pena de reclusión o relegación perpetuas, se le impondrá la pena de cadena perpetua.
>
> 3ª. El sentenciado a reclusión perpetua, que cometiere un delito a que la ley señale pena menor que las referidas en las reglas anteriores, será condenado a cadena perpetua si la pena del nuevo delito fuere la de cadena temporal, y en otro caso cumplirá su primitiva condena, haciéndole sufrir las mayores privaciones que determinen los reglamentos.

> 4ª. En todos los demás casos no comprendidos en las reglas anteriores el sentenciado a cualquiera pena,que cometa otro delito o falta, será condenado a la pena señalada por la ley a la nueva falta o delito en su grado máximo; debiendo cumplir esta condena y la primitiva por el orden que en la sentencia prefije el Tribunal, de conformidad con las reglas prescritas en el art. 76 para el caso de imponerse varias penas a un mismo delincuente"

En la edición reformada de 1.850, se modifica ligeramente este artículo, en lo referente a la regla 1ª, que había suscitado dudas y críticas para los casos en que el nuevo delito llevase una pena compuesta de varias entre las que se encontrase la cadena perpetua como grado máximo[417]. La nueva redacción de la regla 1ª queda como sigue:

> "1ª. El sentenciado a cadena perpetua que cometiere otro delito a que la ley señale la pena de cadena perpetua a muerte, será castigada con esta última.
> Si el delito en que incurriere tuviere señalada la pena de cadena temporal en su grado máximo a muerte, será juzgado según las disposiciones generales de este Código.
> Si cometiere delito a que la ley señale cadena perpetua u otra menor, cumplirá su primitiva condena haciéndosele sufrir las mayores privaciones que autoricen los reglamentos y destinándole a los trabajos más duros y penosos"

En consonancia con esta modificación, la regla segunda cambia su antigua alusión al "párrafo segundo", por alusión al "párrafo tercero de la regla anterior".

El casuismo de las tres primeras reglas de este artículo recuerda inevitablemente la regulación del código de 1.822. en la que seguramente se inspiraron, como indican

VIZMANOS y ALVAREZ [418].

3. REQUISITOS

Vamos a examinar los supuestos que quedan enmarcados en el presente artículo a través de los requisitos configurados en su primer párrafo.

A. Condena anterior

Este requisito es común a las agravantes citadas de reincidencia, y por ello es lógico que algunos autores tomen esta figura como un supuesto concreto de "reincidencia" [419]. Aunque en este caso no exista ningún tipo de límites por la clase de infracción que motivó esa condena anterior.

a) C o n d e n a f i r m e

Según reza el comienzo del artículo 125 "los que habiendo sido condenados por ejecutoria ...". No queda comprendida por lo tanto la comisión de delitos o faltas en presidio por sujetos que se encontrasen en prisión preventiva [420], o aún cuando ha recaído sentencia sobre ellos, si no ha adquirido ésta condiciones de firmeza, o se halla pendiente de la resolución de recurso ante Tribunal superior [421]. Se sigue estrictamente la nota fundamental de toda reinci-

dencia: condena firme anterior. La pena a que fue condenado el reo puede ser de cualquier clase o cualidad, pues no se hace ninguna restricción. Aunque lógicamente no quedarán comprendidos en este artículo los casos en que se trate de una pena de cumplimiento instantáneo, como una multa o una reprensión. Por lo demás, puede tratarse de pena privativa de libertad, perpetua o temporal; o penas meramente restrictivas de libertad e incluso penas accesorias como la sujeción a vigilancia de autoridad que se imponen para algunos delitos [422].

b) P o r d e l i t o o f a l t a

Puesto que la condena por una simple"falta" penal también produce sentencia ejecutoria, pueden entrar éstas en el ámbito del art. 125. Aunque las penas señaladas en el Libro III son, arresto menor, multa y reprensión, y estas dos últimas son de cumplimiento instantáneo, el arresto que se impone en los casos más graves en una duración de 5 a 15 días, puede dar lugar, si el reo comete otra falta u otro delito, a las reglas del artículo en cuestión. El hecho de que el arresto se cumpla en el Ayuntamiento, o aún en la misma vivienda del reo según dispone el art. 112 [423], no es óbice para considerar que se estaba"cumpliendo" condena ejecutoria. Tal vez no fuese idea del legislador abarcar estos supuestos, pero de la

letra de la ley no se desprende que deba excluírselos, por criticable que sea, dada la relativa insignificancia de las faltas.

B. En período de cumplimiento

Según dice el art. 125, "... cometieren algún delito o falta durante el tiempo de su condena, bien hallándose cumpliéndola, bien habiéndola quebrantado"

Según esto, cualquier recaída durante el período de ejecución de la pena queda dentro del ámbito del art. 125. El cumplimiento de la pena no termina hasta que se hayan cumplido incluso las accesorias a que el reo pudo ser condenado. Recordemos como la sujeción a vigilancia de la autoridad, era pena accesoria para gran número de penas principales, y cuando éstas fuesen de carácter temporal, la accesoria citada comenzaba a cumplirse a partir de la puesta en libertad del reo, y por un tiempo igual al de la condena principal [424].

Y según referencia de AZCUTIA, el art. 125 se venía aplicando para las recaídas durante el cumplimiento de esta pena accesoria [425].

a) N o t a c a r a c t e r í s t i c a

El hecho de que el reo se encuentre en período de ejecución de la pena, constituye la razón de existencia del art. 125 y de su consiguiente efecto agravatorio. Así lo entienden varios comentaristas, aunque no estén de acuerdo con que ello sea motivo suficiente para una agravación o elevación especial de la pena VICENTE Y CARAVANTES lo expresa de la siguiente manera:

> "Tal vez se ha fundado el Código para esto, en que quien delinque hallándose cumpliendo la condena, sufriendo sus padecimientos y enfrente del castigo, turba la paz y el ejemplo correccional de los establecimientos penales, y da mayores pruebas de perversidad y de desprecio a la ley, que quien delinquiere, tal vez olvidado ya de la pena que sufrió. Pero esta consideración pudiera compensarse con la que el primero se halla en un estado de sufrimiento, que tal vez irrita su bilis y le impulsa a liberarse de él, y el segundo, vuelto al seno de la sociedad, disfruta o puede disfrutar si es honrado y laborioso, de un estado cómodo, que lejos de enardecer sus pasiones las refrene y aplaque" 426)

También VIZMANOS y ALVAREZ reconocían la necesidad de fortalecer la sanción penal de los delitos cometidos en los establecimientos penales, pero consideraban suficiente la acumulación de las penas, llevando la del segundo delito la agravación por reincidencia en su caso [427]. Más aún teniendo en cuenta que la situación de los presidios dejaba mucho que desear respecto a la atención y celo del gobierno y de los encargados de dicho establecimientos, por

lo que, -nos dicen-, en muchos casos son éstos responsables indirectamente de los frecuentes desórdenes que ocurren en las prisiones [428]. A esta misma opinión se suma LASO [429].

ARMENGOL atribuye expresamente a esta situación de desorden la implantación del art. 125, diciendo:

> "... los autores de aquel código (se refiere al de 1.848-50) conocedores de la manera como en España se extinguen las condenas, del modo tristísimo con que están organizados nuestros establecimientos penales y de la escuela de perversión en que están convertidos, quisieron contener con esta disposición las demasías, los atropellos y las escenas de sangre e insubordinación tan y tan comunes en nuestros presidios y por ello, después de haber fijado las penas para los que quebrantan la condena creyeron deber dar un paso más, y dijeron para sí: señalemos ahora las penas de los que antes de cumplir o mientras cumplen su condena delinquen de nuevo ..." 430).

Pero a continuación se pregunta quién será más responsable de estos delitos cometidos en prisión, si la sociedad, el condenado, o la Administración, para sentar que "no dudo un momento en atribuir la responsabilidad directa, inmediata a la administración" [431].

La verdad es que la situación de las cárceles dejaba mucho que desear, no sólo en cuanto a su régimen interno, sino en cuanto la falta de suficiente vigilancia y control de los internos, lo que daba ocasión a que las evasiones fuesen frecuentísimas, como expone CASTEJON [432],

y como consta en una Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1.847, en la que entre otras cosas se dice:

> "Una de las cosas que más inutiliza el celo y los esfuerzos del ministerio fiscal, y descredita la administración de justicia desautorizando a los tribunales, es la frecuencia con que son eludidas las condenas por ellos impuestas, ya por la negligencia con que son custodiados los reos en las cárceles y presidios, fugándose y a veces hasta saliendo de ellos durante su detención a cometer nuevos crímenes, ya por el punible, y por desgracia frecuente abuso de detener a los rematados en las cárceles con leves y meros pretextos, en vez de dirigirlos sin detención a cumplir sus condenas, habiendo rematado que extingue la suya de muchos años sin haber ido a su destino; ya rebajándolos o contemplándolos hasta el punto de reducirse la prisión o el presidio a una mera fórmula; ya en fin por otros medios semejantes, contra los que justamente reclama la opinión; pero que mal pueden ser corregidos por quien convenga, si no son en toda forma denunciados y conocidos" 433)

Era necesario pues, poner alguna medida para evitar estos graves abusos, los cuales se podían haber corregido por medios administrativos y sanciones disciplinarias, pero ante la extensión de los mismos, se optó por reprimirlos a través de la vía penal, señalando fuertes agravaciones para los reos que quebrantasen condena y asimismo para los delitos cometidos después de dicho quebrantamiento, o bien durante el cumplimiento. Por otro lado, se pretende cortar la inmunidad en que podían sentirse amparados los reos condenados a penas perpetuas, en cuanto que la dificultad de sumar otra pena a aquella en cumplimiento, convertía en ilusoria la ejecución de las penas correspondientes a nuevos delitos cometidos salvo que se tratase de penas

más graves.

De hecho, el art. 125 recoge no sólo las recaídas en establecimientos penitenciarios, después de haberse fugado de ellos sino toda recaída durante el cumplimiento de cualquier tipo de pena, sea o no privativa de libertad. No obstante creemos que se puede afirmar que esta disposición está pensada fundamentalmente para esos casos más preocupantes de delitos cometidos en presidio o después de haberse fugado de ellos el reo.

b) Restricción del ámbito de las agravantes 17ª y 18ª

Los supuestos recogidos en el art. 125 están configurados sobre dos elementos: la situación del reo de encontrarse en período de cumplimiento de condena, y la recaída. En consecuencia, aquellas recaídas que pudiesen constituir reincidencia o reiteración de los números 17 ó 18 del art. 10, cuando tienen lugar encontrándose el reo en esa situación, se regirán, no por las reglas generales de las agravantes sino por las del art. 125.

No es que las dos agravantes citadas se limiten a los delitos cometidos <u>después</u> de cumplida la condena anterior y que por tanto el art. 125 completa lo que no quedaba regu-

lado en ellas, sino que el deseo aludido de mayor severidad para las recaídas durante período de cumplimiento de condena llevó al legislador a señalar unas agravaciones más fuertes para estos casos. De forma que las agravantes 17 y 18 indirectamente quedan restringidas a los delitos cometidos después de una condena firme anterior, siempre que el reo no se encontrase en esa situación prevista en el art. 125. O más propiamente, no son tales agravantes las que quedan reducidas en su ámbito de aplicación,sino las reglas del art. 74 que determinan el juego de la pena para las agravantes genéricas. Así lo expone ARMENGOL, al señalar que durante la vigencia del código de 1.848 cuando se trataba de juzgar delitos cometidos durante la extinción de condenas, no pudo aplicarse por los Tribunales la regla 3ª del art. 74, sino las correspondientes en su caso del art. 125, "considerándose como no escrito el art. 10 en sus números 17 y 18" [434]. No obstante siguen quedando en el ámbito de estas agravantes las recaídas después de un indulto, prescripción, o remisión de la pena por perdón del ofendido. Así lo habían apuntado VICENTE y CARAVANTES [435], PACHECO [436] y MONTERO [437]. Y por supuesto las ocurridas después de que el reo hubiese cumplido la condena anterior.

Queremos señalar con esto, que el art. 125 no obliga a restringir las agravantes citadas a las recaídas posteriores al cumplimiento de una condena anterior. El pensa-

miento del legislador fue simplemente imponer reglas de agravación más fuertes para ciertos casos. Aunque por la localización del art. 125, a la hora de estimar la agravación por la recaída, en vez de citar las agravantes 17 ó 18 en su caso, hay que aludir al art. 125 para dejar claro que no era el art. 74 el que se debía aplicar. De ahí el acierto de MONTERO al proponer que las reglas del art. 125 se hubiesen incluído en el mismo Capítulo que ese art. 74 y demás correspondientes a la determinación de la pena, a fin de evitar estas confusiones [438].

Cuando el reo ha sido condenado a una pena perpetua, la comisión de cualquier otro delito posteriormente vendrá siempre agravada por las reglas del art. 125.

C. Comisión de nuevo delito o falta

Como se desprende de lo expuesto hasta ahora, la agravación correspondiente prevista en el art. 125 surge ante la comisión de un delito o falta por el sujeto anteriormente condenado y que se encuentre en la situación de extinción de condena.

Es indiferente que la nueva infracción sea de mayor o menor entidad, pues expresamente se alude a la comisión de "faltas" [439].

Esta agravación indiscriminada de toda recaída sin tener en cuenta la homogeneidad entre las infracciones u otro criterio que valore la entidad de las infracciones en juego, es criticada por PACHECO, quien vuelve a insistir en sus argumentos en contra a lo que el llamaba "falsa reincidencia" [440]. VIZMANOS y ALVAREZ recalcaban la ausencia de una mayor gravedad o significación de la recaída, comparativamente con la ocurrida después de haberse cumplido la condena anterior [441].

Tal indiscriminación o amplitud de los supuestos recogidos en el art. 125 sólo se entiende desde la perspectiva que hemos venido apuntando del interés del legislador de reprimir más duramente los desórdenes ocurridos en presidio, y las desobediencias a lo ordenado en las sentencias judiciales.

4. COMPATIBILIDAD CON LAS AGRAVANTES 17 Y 18 Y CON LAS REINCIDENCIAS CUALIFICADAS

Puesto que la problemática en este punto es la misma que la que se plantea con el código de 1.870, nos remitimos a lo que se expondrá al tratar dicho código [442].

En resumen, podemos adelantar que habrá compatibilidad teóricamente siempre que además de la condena que el reo se encuentre cumpliendo, haya merecido otras por deli-

to de la misma especie que el nuevo cometido o de distinta especie pero de pena igual o mayor, en cuyo caso podrán aplicarse además de la regla correspondiente del art. 125, la agravación genérica prevista en el art. 74. Lo cual no obstante resulta criticable desde la perspectiva de justicia material.

Respecto a las reincidencias cualificadas, éstas son de aplicación preferente al art. 125 cuando incidan sobre la misma condena en cumplimiento. Cuando existan condenas sobrantes que puedan dar origen a reincidencia cualificada, podrán apreciarse conjuntamente con las reglas del art. 125, siempre que esa condena que se hallaba cumpliendo el reo no fuese de la misma especie o de las características requeridas para la reincidencia cualificada.

5. EFECTOS

A. En la pena

El código de 1.822 preveía una serie de reglas de agravación para los delitos cometidos después de haberse fugado el reo eludiendo la condena anterior. Pero si la recaída constituía reincidencia, esto era en delitos del "mismo Título", estas reglas remitían expresamente a la normativa general de la reincidencia, que resultaban aún más severas[443].

En el código de 1.848 que ahora tratamos, la agravante de reincidencia tiene el mismo efecto general que cualquier otra agravante [444], el cual parece que no se consideró suficiente para atender a las recaídas durante la extinción de condena y por ello ahora tanto la reincidencia como la reiteración (agravante 17ª), como cualquier otra recaída durante ese período de cumplimiento de pena van a quedar afectadas por las reglas más severas del art. 125.

Recordemos que, según lo dispuesto en el capítulo de la "Aplicación de las penas" se disponía que cuando la pena señalada para el delito fuese indivisible, no se tendrían en cuenta la existencia de agravantes o atenuantes [445], por lo que según ésto, la reincidencia por la comisión de un delito que tuviese pena perpetua no supondría agravación alguna. Sin embargo, cuando el reo se encuentra cumpliendo condena anterior, sí se va a producir una agravación o elevación de la pena de acuerdo con el art. 125.

Para determinar la regla aplicable al caso concreto según este art. 125, hay que atenerse a la pena concreta que está cumpliendo, o debería estar cumpliendo el reo, y a la "pena señalada por la ley al delito" cometido posteriormente, esto es a la pena del delito en "abstracto" [446] respecto a la segunda infracción.

a) C u m p l i e n d o p e n a p e r p e t u a

El carácter de perpetuidad impide la acumulación de una pena de esta naturaleza con otra cualquiera privativa de libertad y prácticamente hace ilusorio también el cumplimiento de otra pena restrictiva de libertad. Pero no obstante no es esta incompatibilidad lo que ha movido al legislador a establecer las reglas que ahora veremos, pues como señalaban VIZMANOS y ALVAREZ [447], en otros casos en que existía el mismo problema de incompatibilidad el código no señala agravación alguna, y en realidad deja el problema sin resolver, como ocurre en la regulación de los concursos de delitos previstos en los artículos 70 y 71 [448]. Y como hemos visto tampoco parece importar que el sujeto que cumplió ya su primera condena y reincide cometiendo un delito de pena perpetua no sufra una agravación en esta nueva pena [449].

De lo que se deduce que es el dato de encontrarse el reo cumpliendo condena, lo que motiva la previsión de nuevas reglas que, por un lado solventen la incompatibilidad aludida cuando se trate de penas perpetuas, y por otro, o a la misma vez, supongan una amenaza real para el reo que se encuentra en esa situación, de forma que la pena correspondiente por la comisión de una nueva infracción no quede absorbida en la pena perpetua que se estaba cumpliendo. La particularmente conflictiva situación carce-

laria aconsejaba y apoyaba una regulación de este tipo.

No es el mero hecho de reincidir o de recaer en un delito lo que determina las agravaciones previstas en el art. 125, sino la situación aludida.

Por otro lado, no existía en el código de 1.848 ninguna disposición semejante a aquel laudable art.144 del código de 1.822 por el que se ofrecía al reo la posibilidad de mejorar su situación y conseguir una rebaja cualitativa de su condena a través de la buena conducta [450]. A falta de un sistema de incentivos, el legislador opta por incrementar la amenaza penal, aún a costa de traspasar los límites de la retribución.

La verdad es que la existencia de penas perpetuas supone un escollo insalvable a la hora de fijar el modo de cumplimiento de dos penas si una de ellas es perpetua, y de graduar proporcionalmente el reflejo que deba tener la reincidencia. Y por ello, en algunas ocasiones se opta por imponer una pena mayor que la correspondiente al delito cometido.

Veamos ahora, de forma un tanto esquemática para compensar el casuismo legal, las reglas concretas respecto a las recaídas durante el cumplimiento de las diversas penas perpetuas que existen en el código.

a') Cadena perpetua

Cuando el reo se encuentra cumpliendo pena de cadena perpetua la comisión de una nueva infracción quedará sujeta a la regla 1ª del art. 125, en la que a su vez se diferencian dos supuestos según la clase de pena del nuevo delito.

Si el nuevo delito tiene señalado pena de cadena perpetua a muerte, se impondrá la pena de muerte.

Si el nuevo delito (o falta, pues también quedan incluídas según establece el primer párrafo del artículo) lleva pena menor que la señalada anteriormente, continuará el reo en la cadena perpetua, pero sujeto a las mayores privaciones y en los trabajos más penosos. El primer supuesto de esta regla fué el que levantó las más fuertes críticas de los comentaristas. Resumidamente, las objeciones eran:

- La improcedencia de imponer la pena de muerte cuando no estuviese expresamente señalada para el nuevo delito. Así se pronuncian GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN [451], DE CASTRO y ORTIZ DE ZUÑIGA [452], PACHECO [453], y VIZMANOS y ALVAREZ, haciendo éstos últimos mención a la incongruencia que ello supone respecto a lo establecido en el art. 80 del código [454].

- Tampoco debería imponerse la pena de muerte cuando la señalada para el nuevo delito estuviese compuesta de tres, tal como de cadena temporal a muerte, ni siquiera cuando la pena fuese la de cadena perpetua. Así se expresan GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN [455], CASTRO y ORTIZ DE ZUÑIGA [456] y PACHECO [457].

- También se pronuncian mayoritariamente contra lo dispuesto en el párrafo segundo respecto a las privaciones que deberá sufrir el reo cuando la nueva pena sea inferior a cadena perpetua. Estas privaciones y trabajos penosos, -dicen- [458], deberían ser temporales, proporcionales a la gravedad del nuevo delito cometido, y no de por vida, como se desprende de la regla 1ª.

La serie de objeciones suscitada, pudo ser la causa de que al promulgarse la edición reformada de 1.850, esta regla 1ª del art. 125 apareciese modificada y suavizada, imponiendo preceptivamente la pena de muerte sólo para cuando el nuevo delito llevase pena de "cadena perpetua a muerte" [459]. Y cuando la pena fuese de cadena temporal en su grado máximo a muerte, "será juzgado según las disposiciones generales de este código". Lo que según VICENTE Y CARAVANTES, supone la posibilidad de rebajar la pena cuando el delito ha quedado frustrado, o cuando concurran varias atenuantes, de forma que la pena que así resulte indicará la regla del art. 125 que haya que aplicar [460].

b') Reclusión o relegación perpetuas

En las reglas 2ª y 3ª del art. 125 se detallan los distintos supuestos que pueden concurrir según las penas del nuevo delito. Se prevén cuatro casos:

- Cumpliendo pena de reclusión o de relegación perpetua, comisión de delito que tenga señalado pena de cadena perpetua. Se le impondrá esta última pero con las mayores privaciones y en los trabajos más penosos

- Cumpliendo pena de reclusión o de relegación perpetua comisión de delito que tenga señalada pena de reclusión o de relegación perpetuas: se le impondrá cadena perpetua.

- Cumpliendo reclusión perpetua, comisión de delito que tenga señalada pena de cadena temporal: se impondrá cadena perpetua.

- Cumpliendo reclusión perpetua, comisión de delito que tenga señalado pena menor que las anteriores: se le impondrá la misma reclusión perpetua, pero haciéndole sufrir las mayores privaciones que determinen los reglamentos.

No vamos a detenernos en esta casuística regulación, que nos recuerda las disposiciones del código de 1.822 sobre

este tema [461]. Aunque aquí no nos conste la opinión del legislador, queda patente, al igual que en aquel primer código, la preocupación por una adecuada graduación de las penas en el intento de recoger la correspondiente agravación por la recaída.

También estas reglas fueron impugnadas por los comentaristas en base a parecidos argumentos que los manejados para el nº 1º del artículo. La imposición de "las mayores privaciones" en el cumplimiento de la pena, no debiera ser perpetua, sino proporcional a la gravedad del segundo delito, repiten GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN [462] y VIZMANOS y ALVAREZ [463]. Estos últimos [464] y PACHECO [465] insisten también en la improcedencia de elevar la pena por encima de los límites de la señalada para el delito cometido. También PACHECO [466], seguido de GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN [467] y de MONTERO [468], critican el que se asimilen en los efectos, en la regla 2ª la reclusión y la relegación, y asimismo que no se de cabida a la posible compensación con atenuantes para evitar la imposición de pena superior [469].

En resumen, el escollo que presentan las penas perpetuas para la aplicación del principio "quod delitcta tot poenae", resulta igualmente evidente cuando además se quiere agravar por la recaída posterior. El resultado es insatisfactorio, y además como pasa siempre con el ca-

suismo exagerado, después de todo, quedan fuera algunos posibles supuestos [470].

b) C u m p l i e n d o p e n a s t e m p o r a l e s

En la regla 4ª del art. 125 se comprenden los demás casos que no hayan quedado regulados en las reglas anteriores. Afecta principalmente a la situación de recaída cuando el reo estaba sentenciado por pena temporal, aunque también deben incluirse aquí los casos de recaídas cumpliendo extrañamiento, o cumpliendo relegación perpetua si el nuevo delito lleva pena distinta de las previstas en la regla 2ª.

Lo importante de este apartado es el efecto preceptivo de imposición de la pena del nuevo delito en su grado máximo. La pena así determinada, constituye la base sobre la que posteriormente pueden aplicarse las reglas correspondientes por existencia de atenuantes o agravantes [471]. Es decir, la regla del art. 125 no es compensable con las previsiones referentes a otras circunstancias modificativas. Así lo explica MONTERO, razonando que si no fuese de tal modo el legislador hubiera dado una regla semejante a la del art. 70, 2ª [472].

Según manifiesta AZCUTIA, así se venía aplicando en las cuatro salas de la Audiencia Criminal de Madrid, postura que había sido confirmada por una comunicación del

Tribunal Supremo dirigida en 1.856 al Fiscal de dicha Audiencia [473].

Esta regla, que es la que se mantiene en el código de 1.870, será unánimemente interpretada en el sentido expuesto por los comentaristas y doctrina coetáneos a dicho código [474]. Sin embargo en la época de 1.848, el pronunciamiento a este respecto no es uniforme por parte de los autores. PACHECO, por ejemplo, entendía que ese grado máximo señalado en el art. 125 era compensable con posibles atenuantes [475].

Lo que nos interesa constatar es la diferencia respecto a los efectos de la reincidencia como agravante genérica. Pero como venimos repitiendo, esta mayor gravedad de los efectos se deben no tanto al hecho de volver a cometer un delito, en cuanto rasgo de reincidencia, sino en cuanto que el reo se encontraba "cumpliendo" condena.

B. Otros efectos

Cuando el reo que se encuentra cumpliendo una condena vuelve a cometer otro delito, sufrirá una serie de efectos secundarios además del principal de la agravación de la pena. Como vimos al tratar de los efectos de la reincidencia, existen una serie de disposiciones coetáneas al código

de 1.848 que imponen algunas restricciones a ciertos beneficios penitenciarios o de otro tipo [476] para el reincidente. Restricciones que van a afectar también a los reos incursos en el art. 125, cuando se trata de recaídas en delito.

Concretamente en materia de indulto, recordemos que el R.D. de 19 de julio de 1.850 ponía como condición para obtener la real gracia "no ser reincidente, no haber sufrido anteriormente otras condenas ni disfrutado de otro indulto" [477]. El R.D. de 7 de diciembre de 1.866 que presentaba una normativa general para la concesión de indultos[478] establecía que para conceder el indulto se debía tener en cuenta la conducta anterior del reo durante el proceso, y después de sentencia [479], por lo que es presumible que el hecho de recaer durante el cumplimiento de la pena dificultaba la posible concesión de indulto. Por otro lado este R.D. establecía que a los reincidentes, a los delincuentes habituales y a los que hubiesen ya disfrutado otro indulto, la concesión de indulto o la rebaja de pena en su caso debía ser condicional a que no volviesen a delinquir [480]; por lo que si la recaída tuviese lugar durante el cumplimiento de una pena rebajada por indulto este beneficio quedaría sin efecto.

La ley de 18 de junio de 1.870 aplicable a delitos cometidos durante vigencia del código penal de 1.848-50 excluye del posible indulto a los reincidentes en cualquier delito por el cual hubiesen sido condenados en sentencia fir-

me [481]. Parece claro que, aunque se usa el término "reincidente" se toma en el sentido amplio de sujeto que recae en delito después de cualquier tipo de condena por otro, semejante o no. Abarca por lo tanto a los supuestos del art. 125, excepto los casos de condena anterior por "falta" o de recaída en "falta" y no delito; casos también excluídos de las prohibiciones de indulto en las disposiciones anteriores citadas.

También afecta a los que cometen delito durante cumplimiento de condena la pérdida de peculio establecida en el Reglamento de 25 de agosto de 1.847 para los casos de "reincidencia o de cometer nuevo delito" [482].

En cuanto al abono de la prisión preventiva, el R.D. de 9 de octubre de 1.853 excluía del mismo a "los reincidentes en la misma especie de delito" y a "los que por cualquier otro delito hayan sido condenados a pena igual o mayor a la que nuevamente se les imponga" [483].

Cuando el nuevo delito se realiza durante el cumplimiento de la pena anterior en principio parece difícil que por este segundo delito el reo cumpla prisión preventiva. Pero puede darse el caso de que antes de ser juzgado por el segundo delito el reo haya finalizado el cumplimiento de la primera pena, por lo que a partir de entonces puede comenzar la prisión preventiva en espera del nuevo enjuiciamiento. De

acuerdo con el R.D. de 1.853 citado, el tiempo pasado en prisión preventiva no será abonado cuando por el delito se le condene a pena igual o menor a la impuesta por el delito cuya condena se hallaba cumpliendo. Y a nuestro entender tampoco se abonará cuando el nuevo delito cometido sea de la misma especie que el anterior cuya condena se hallaba cumpliendo al recaer. En este segundo supuesto se podría objetar que el reo no ha sido declarado "reincidente", pues en la sentencia aparecerá la alusión al art. 125, y no al art. 10, 18. Pero como decíamos en otro momento, ello no excluye la existencia de una verdadera reincidencia, pues se dan los requisitos de ésta [484]; el hecho de que no se aluda a la agravante 18ª responde a que la regla de agravación de la pena por la recaída viene señalada por ese art. 125, y no ya por el art. 74 que es el que con carácter general establece el juego en la pena de las agravantes y atenuantes [485].

Además no resultaría lógico que cuando se dan los requisitos de la agravante 17ª -a la que sin duda se refiere el R.D. al aludir a "los que por cualquier otro delito hayan sido condenados a pena igual o mayor"- se niegue el abono del tiempo pasado en prisión preventiva, y por el contrario se abona al que recae en delito de la misma especie, cuando es sabido que la reincidencia en delitos de la misma especie tiene en el código un carácter más grave que la recaída en delitos de especie diferente [486].

Otra última cuestión a tratar en este punto es la referente a la "cláusula de retención" [487]. No se trata de un efecto supletorio del art. 125, sino de una agravación para los reos que recaigan en delito durante cumplimiento de una condena que impuesta con arreglo a la normativa anterior al código penal de 1.848, llevase la cláusula de retención. La recaída durante este pena no queda afectada por el art. 125, sino por lo dispuesto en la Ordenanza de Presidios de 1.834 y en el R.D. de 18 de enero de 1.860, que establecían el cumplimiento obligatorio de los 2 años de retención además de las respectivas condenas por cada delito cometido [488].

Estas disposiciones referentes a la "retención" complementan por lo tanto lo dispuesto en el art. 125, el cual no aludía lógicamente a las recaídas durante cumplimiento de aquellas penas con "cláusula de retención" que eran propias de la legislación anterior a la promulgación del código.

6. RESUMEN

Después de haber definido la reincidencia y la reiteración incluyéndolas en el catálogo de las agravantes con los mismos efectos que cualquiera de éstas, el código recoge de forma especial, pero con carácter general, las recaídas durante el tiempo de cumplimiento de una condena anterior.

El art. 125, aparece como una tercera modalidad de recidiva, que abarca la reincidencia y la reiteración durante la ejecución de una condena pero también cualquier otra recaída sin límite por la semejanza o desemejanza de las infracciones cometidas por el reo, ni por la gravedad comparativa de las mismas. Los efectos en la pena resultan superiores, en algunos casos gravemente superiores, a los de las agravantes 17ª y 18ª.

La razón de esta regulación concreta del art. 125, parece ser el interés del legislador de prevenir, reprimiendo más duramente, los frecuentes desórdenes y delitos que tenían lugar en los establecimientos penitenciarios. De ahí que no se ponga el acento en que la recaída revele una particular tendencia del reo hacia ciertos delitos, o una gravedad comparativa respecto al anterior, como se hacía en la reincidencia o en la reiteración.

Se diferencian claramente dos partes dentro del art. 125: las tres reglas primeras, para las recaídas durante el cumplimiento de penas perpetuas. responden a la necesidad de encontrar una fórmula que no haga ilusoria la pena del nuevo delito cometido, en cuanto que difícilmente podría acumularse a la pena perpetua que se estaba cumpliendo. Independientemente de la reincidencia que supone la recaída, lo que interesa es hacer <u>real</u> la amenaza de la pena por los nuevos delitos que pueda cometer el que se sabe con-

denado a perpetuidad. La última regla, por el contrario, al referirse a las recaídas durante el cumplimiento de penas temporales, sólo atiende a reforzar la agravación en función de que el nuevo delito se ha cometido en pleno período de ejecución de una pena anterior.

El art. 125 es propiamente una regla de agravación de la pena que, como apuntaban varios cometaristas, debiera haberse recogido junto a las reglas previstas para la graduación de la pena por las agravantes y atenuantes. De esa forma se hubiera evitado el problema de dilucidar si teóricamente las recaídas previstas en ese artículo pueden quedar enmarcadas en las agravantes 17 ó 18. En nuestra opinión, esas recaídas entran en el ámbito teórico de las citadas agravantes, si se dan los demás requisitos exigidos para éstas, sólo que los efectos en la pena serán distintos, más graves.

SECCION CUARTA

FUNDAMENTACION JURIDICA DE LA REINCIDENCIA EN EL CODIGO DE 1.848

Una vez estudiados los preceptos legales sobre la reincidencia,pretendemos indagar la fundamentación en que se apoya tal normativa y sus efectos agravatorios concretos. Para ello, acudiremos en primer lugar a las explicaciones que nos ofrece la doctrina sobre cuál puede ser el fundamento de la referida normativa, y en segundo lugar examinaremos la posibilidad de aplicar esos fundamentos doctrinales a las características de la reincidencia legal.

En ambos momentos, resulta ineludible la referencia, como telón de fondo, a las coordenadas de pensamiento que en materia penal constituyen, en la época en que el código de 1.848 se elabora, las directrices del sistema penal. De otra forma podríamos llegar a una malinterpretación o deformación del fundamento que más verosímilmente pueda subyacer en el derecho positivo que examinamos, o de la significación de las explicaciones de la doctrina.

Si bien es cierto que las categorías dogmáticas

modernas pueden ser teóricamente aptas para interpretar este código -ya que sustancialmente es el mismo en su estructura y en la mayoría de sus disposiciones que el actualmente vigente [489]- con tal proceder llegaríamos a la exposición de las ideas actuales sobre la reincidencia, pero no de las que predominaban e inspiraron aquella normativa matriz de la actual, que es nuestro objetivo.

I. EN LA DOCTRINA

La postura de los comentaristas del código de 1.848 sobre cuál puede ser el fundamento de la agravación por reincidencia, nos interesan sobremanera, no sólo porque nos descubre la opinión de los juristas de aquella época, sino porque nos acercan a la concepción del legislador sobre este tema. En efecto, puesto que varios de los cometaristas participaron en las labores de creación del código [490], y en sus explicaciones no encontramos apenas diferencias sobre la materia en cuestión, creemos que las ideas que exponen responden básicamente a las que se tuvieron presentes en la elaboración de la normativa legal.

Además,los fundamentos que se aducen, y que prácticamente constituyen lugar común en la doctrina [491], no difieren de las explicaciones que, aunque someras, ofrecían los escritores españoles pertenecientes al reformismo penal de la

Ilustración [492]. Y es que realmente tales explicaciones responden a la opinión común y tradicional sobre la reincidencia, intuitiva y arraigada a la vez, pero todavía apenas sistematizada. No tratan los comentaristas de situar el fundamento de la reincidencia en la estructura dogmática de los elementos del delito, aparte de que todavía tal estructura es incipiente, porque consideran tan evidente la procedencia de la agravación que no ven la necesidad de otras explicaciones que aquéllas presentes tanto en la mente de los juristas como en la de la población en general. Y además el eclecticismo que la asunción de las teorías de ROSSI conlleva, permite mantener un espacio para las finalidades preventivas de la pena en las cuales, -ya desde el Antiguo Régimen y aún después en el reformismo de la Ilustración- [493], la reincidencia encuentra una cómoda y fácil justificación, particularmente en la vertiente de la prevención especial.

El mismo ROSSI encuadra la reincidencia en relación con los objetivos de prevención especial en defensa de la sociedad, si bien admitiendo las limitaciones que los principios retributivos básicos imponen al alcance de aquellos. A la vez, aunque de forma más débil a nuestro juicio, intenta este autor justificar la agravación por la mayor "culpabilidad política", para trasladar de alguna forma sus explicaciones al esquema de los elementos del delito. Por la influencia que ROSSI ejerce sobre los autores españoles, principalmente en PACHECO y a través de éste en el ambiente penal español en general, cree-

mos conveniente exponer primero brevemente la construcción de ROSSI en relación a la reincidencia, lo que ayudará a entender mejor las manifestaciones, normalmente más breves y desordenadas, de la doctrina española sobre el tema. Comenzaremos con esta referencia al esquema de ROSSI para pasar seguidamente a las fundamentaciones aducidas por los comentaristas del código de 1.848.

1. EL ESQUEMA DE ROSSI

Tras denunciar los abusos a que puede conducir un sistema basado en la utilidad [494], y por tanto rechazando uno de los principios más propugnados por los reformismas ilustrados, ROSSI sienta los pilares de la Escuela Clásica al definir la función punitiva como ejercicio de la justicia absoluta, reflejo del orden moral que debe actuar como marco ineludible en la fijación de las reglas de la justicia humana [495]. No obstante, dentro del sistema propugnado, los criterios de prevención y utilidad pueden y deben actuar no como guías para determinar lo justo, que es precisamente lo que se rechaza, sino como principios secundarios a efectos de determinar la procedencia o no de imponer la pena moral en toda su extensión o solo una porción de ella. La pena justa es, dice ROSSI, la pena merecida en atención a la gravedad y a la naturaleza del delito, proporcional al daño material y moral [496] causado culpablemente por el sujeto [497]. Ahora bien, para establecer la intensidad

del daño causado debe tenerse en cuenta el mal político, "originado del mal ejemplo, del peligro social y de la alarma que causa" el hecho cometido [498]. La perturbación social o política será mayor o menor, entre otras cosas, según sean las disposiciones morales del agente, que indican y graduan la valoración "no solo del peligro general, sino el temor que inspiran individualmente aquel que acaba de cometer un delito y los hombres que se le asemejan" [499].

En este contexto y al tratar de la perturbación que el delito introduce en el orden social encuadra ROSSI la reincidencia. De ella nos dice:

> "Por una parte, la reincidencia acusa al delincuente de una gran perversidad moral; por otra, revela a la sociedad un agente muy peligroso. Existe en la reincidencia una culpabilidad especial, moral y política a la vez" 500).

No se trata de tener en cuenta el delito anterior por el que ya se sufrió una pena, dice el autor saliendo al paso de las críticas de CARNOT, pues se le pide cuenta solo el segundo crimen "pero con las circunstancias que agravan la culpabilidad política del agente" [501]. Por otro lado, como repite varias veces, no puede castigarse la "perversidad" del agente o su mayor o menor moralidad intrínseca, circunstancias que quedan fuera de la jurisdicción de la justicia humana [502]. La reincidencia se tiene en cuenta porque produce una mayor perturbación social a través de la comisión del nuevo delito. El incre-

mento de perturbación o "peligro social" es el que debe ser objeto de consideración al graduar la pena. En el caso de la reincidencia ese incremento proviene del temor que inspira el reo que vuelve a delinquir. A este respecto dice ROSSI textualmente:

> "Graduando la probabilidad derivada de las disposiciones morales del agente, gradúa (el legislador), no sólo el peligro general, sino el temor que inspiran individualmente aquel que acaba de cometer un crimen y los hombres que se le asemejan. Así es como el legislador proporciona la pena legal a las exigencias del orden material, del derecho que protege, tomando aquella porción de pena moral que merece la imputabilidad política de un agente que ha perturbado el orden social y violado el derecho" 503).

Esa perversidad que acusa el delincuente se toma en cuenta por el peligro que inspira, el cual, si bien no puede ser el módulo de la pena, influye en la medida de ésta dentro de los límites marcados por la retribución. Aquí es donde se mantienen vigentes los objetivos de prevención y utilidad con tal que nunca se traspase el "máximum" de pena que puede imponer la justicia humana sin cometer un acto injusto "de suyo" 504). Y continúa ROSSI atendiendo a la proyección de futuro de la pena:

> "La justicia penal, propiamente dicha, no repara el mal material ocasionado por el delito. Ofrece una garantía para lo venidero, y no un remedio para el pasado. Reconocemos que tal es su efecto y su fin aunque no admitimos que el hombre tenga derecho de echar una mano arbitrariamente de la pena, sin tener en consideración más que la necesidad que puede ocurrirle de aplicarla con ventaja propia.
> Ofrecer una garantía en lo venidero, es ponerse a cubierto de un peligro, es aplacar un temor" 505)

Y puesto que la condición moral del agente que muestra la reincidencia hace que el temor sea mayor, queda justificada desde esta perspectiva la agravación de la pena [506].

De acuerdo con la construcción que vamos apuntando, queda a nuestro juicio bastante claro que el incremento de pena por reincidencia se justifica por el temor que causa el que pese a una primera condena vuelve a delinquir. En definitiva, el peligro que representa, pero en función del daño o perturbación social que causa ese peligro. No obstante ROSSI alude a la "culpabilidad especial" del reincidente, al "agravamiento de la culpabilidad" que supone la reincidencia [507]. El sujeto es responsable de haber creado ese "plus" de temor, ahí radica el "plus" de culpabilidad. Pero el hecho de que se traslade a la culpabilidad, al desvalor sobre la actitud del autor, el mayor"daño social" causado, no puede ocultar que lo que sustenta la agravación es el "peligro" derivado de las condiciones morales del agente. La afirmación de la mayor culpabilidad del reo no está a nuestro juicio justificada ni explicada y resulta de una mera traducción formalista que imputa automáticamente a la culpabilidad del sujeto el daño social globalmente considerado. El "plus" de culpabilidad equivale a reprochar implícitamente al reo su carácter depravado causante del mayor "temor" [508], por más que ROSSI diga que la perversidad o maldad del hombre no es objeto de la valoración penal.

Puede concluirse que en la construcción de ROSSI la agravación por reincidencia se funda básicamente en consideraciones de defensa social, por más que no se permita traspasar los límites de la pena "justa". El incremento de perturbación social que crea el hecho cometido por un reincidente debe contrarrestarse con un "plus" de pena para aplacar en la medida posible ese "temor" que provoca la facilidad del delincuente para cometer delitos. Esta es la explicación razonada que encontramos en el autor. Ahora bien, con el método deductivo y formalista propio de la Escuela clásica, se pasa automáticamente a afirmar la "mayor culpabilidad política" con lo que indirectamente se le culpabiliza de su carácter.

Las objeciones que pueden hacerse a esta concepción son evidentes, especialmente desde la perspectiva actual. Por un lado, la alarma social no depende de la gravedad objetiva del delito sino, como el mismo ROSSI dice, de las disposiciones morales del agente. Además la alarma social pocas veces existe realmente, porque la sociedad no sabe que el sujeto ha sido condenado más veces, dato que solo el juez conoce [509)], si bien parece que ROSSI la toma en sentido objetivo como causa posib de alarma, aunque de hecho no llegue a producirse. Tampoco puede admitirse que todo reincidente represente un mayor "peligro" para la sociedad [510)], ni que aun en el caso de que el sujeto sea peligroso resulte por ello a la vez "mas culpable" [511)].

Pero ahora tratamos de ver simplemente las concepciones vigentes y las explicaciones que se consideraban vá-

lidas en aquellos momentos en que se elabora el código de 1.848. Y son estas ideas que vemos plasmadas en ROSSI las que se repiten, con menor sistematización en la doctrina española.

2. DOCTRINA ESPAÑOLA

Las explicaciones que los distintos autores ofrecen para justificar la agravante de reincidencia giran constantemente sobre cuatro ideas, entremezcladas entre sí: la "perversidad" mayor del reo, el "hábito" o la inclinación al delito, la "alarma social" y la ineficacia de la pena. Con lo cual no descubrimos ninguna concepción original, pues todas ellas en el fondo responden a lo que tradicionalmente se toma como fundamento de la circunstancia en cuestión, derivado de un sentimiento común contra el reincidente.

Además las exposiciones sobre el tema son en la mayoría de los casos muy breves, meras afirmaciones que se vierten asistemáticamente, como premisas que no necesitan demostración. La agravación por reincidencia no es un punto polémico en la doctrina española. Se admite sin discusión, y por ello vemos repetidas las mismas argumentaciones en uno y otro comentarista. Unicamente encontramos algunas posturas críticas respecto a la agravación y elevaciones de penas previstas para las recaídas durante el período de ejecución de condena [512],

y alguna matización aislada en lo que respecta a la elevación de la pena por simple reincidencia en ciertos delitos patrimoniales [513], en cuanto que se traspasan los límites de las penas señaladas para el delito cometido. Y por supuesto la crítica a la reiteración o agravante 17ª, considerada "falsa" reincidencia por la ausencia de semejanza entre las infracciones y por tanto por la imposibilidad de deducir una "tendencia delictiva" en el agente [514]. Debe aclararse, por tanto, que las manifestaciones que se vierten sobre el fundamento de la reincidencia se dirigen en principio a la reincidencia del nº 18 del art. 10.

Para lograr una cierta sistematización de las posturas mantenidas, ordenaremos las diversas explicaciones de acuerdo con los argumentos más utilizados, aunque, permítasenos repetirlo, todos ellos aparecen relacionados y apoyando al principal: la inclinación delictiva más intensa del que recae después de haber sido condenado una primera vez.

A. Inclinación a delinquir pese al castigo anterior: mayor perversidad

Las dos afrimaciones que más se repiten por parte de la doctrina española en esta materia, son las de"mayor perversidad" del reincidente, y la del "hábito" o al menos "predisposición delictiva" que muestra con la recaída. Ambas afirmaciones están estrechamente vinculadas, y la "perversidad" parece deducirse de la particular intensidad en la dis-

posición al delito que muestra aquel que insiste en infringir la ley penal pese a haber experimentado ya un castigo.

Así PACHECO manifiesta que la agravación "Fúndase en la mayor perversidad que esa reincidencia arguye en el reo; fúndase en el hábito que éste va adquiriendo de caer en determinado delito" [515]. La reincidencia expresa ante todo una característica del sujeto que es precisamente la que justifica la agravación. No se alude a que el delito sea más grave o la culpabilidad mayor, sino que se revela una persona con predisposición a actuar contra la ley.

En la misma línea dice VIZMANOS:

> "((...)) la reincidencia es seguro indicio de hábitos viciados y de un fondo de perversidad, o al menos de extravío y debilidad no menos dañosa el cuerpo social que la misma perversidad: por eso necesítase castigar con más severidad al reincidente" 516)

Es ante todo el temor a esos hábitos viciados, aunque aún se hallen en su inicio, lo que reclama una más enérgica reacción penal. La "perversidad" del reo se presenta como algo "dañoso para la sociedad", afirmación que recuerda inevitablemente a la construcción de ROSSI quien, como vimos, encuadraba la reincidencia como factor de una mayor perturbación social, justificando el incremento de la pena en la necesidad de aplacar el temor que causa un sujeto de semejantes disposiciones morales [517].

Ahora bien, si es la disposición delictiva la que constituye fundamentalmente la base de la agravación, no se explica que al sujeto que muestra esa disposición aún cuando no haya recibido una pena anterior, no reciba también una agravación. Pero esta objeción queda salvada porque, según las explicaciones que se ofrecen, no se trata de agravar por el simple "hábito" sino por un hábito, o inicio de hábito, particularmente relevante: aquél que resulta ser refractario a la primera experiencia condenatoria. Es el especial "arraigo" de la disposición criminal, lo que justifica esa diferencia de trato respecto al reincidente. Por ello VIZMANOS, al pronunciarse en contra de la acumulación aritmética de penas cuando el reo es condenado por varios delitos, insiste en que ello no contradice la postura mantenida respecto a la agravación por reincidencia porque

> "Respecto al reincidente ya la experiencia ha demostrado que el castigo sufrido no le ha intimidado ni enmendado, y que se necesita buscar de consiguiente un remedio más eficaz para conjurar una enfermedad moral que amenaza con ser crónica: he aquí una razón para que la reincidencia sea circunstancia agravante" 518).

Mientras que en la mera repetición de delitos, si bien puede verse también malos instintos y voluntad viciada, -dice-, falta esa constatación de que la pena no ha servido para desterrar tales instintos. En esta cita de VIZMANOS queda claro cómo el objetivo de la agravación es el enderezamiento de la

inclinación delictiva, en definitiva la prevención especial. La agravación es una necesidad fundamentada en esa tendencia delictiva refractaria a la pena.

En la misma línea de diferenciar la significación del simple hábito respecto a la reincidencia, dice VICENTE y CARAVANTES:

> "El delito habitual supone pues mayor propensión a delinquir que la reincidencia, pero no tanta perversidad de ánimo; en el primer caso no se ha sufrido pena ni castigo que pueda servir de freno, y en el segundo, habiéndose sufrido ya pena, se atropella por todo volviendo a delinquir, dando pruebas de ser incorregible" 519)

En similares términos se pronuncia CORZO diciendo:

> "El hábito indica una fatal propensión a determinados delitos; pero la reincidencia, suponiendo la misma propensión, prueba además la rebeldía e incorregibilidad del culpable a quien la pena ya sufrida no ha bastado a retraer de nuevos delitos" 520)

En efecto, el reo de varios delitos cometidos antes de haber experimentado una pena legal "todavía no se ha mostrado sordo a la voz de la justicia, ni frustrado una de las miras con que la ley pena al delito" como dice CORZO [521]. Si pese a la propensión o hábito que este sujeto posee, no vuelve a delinquir después de que se le condene por primera vez, la sociedad puede quedar tranquila,y plenamente satisfecha la justicia, por la eficacia de su sistema. Es por tanto, el hábito

o la propensión cualificada por la insensibilidad a la primera pena lo que justifica la agravación. La primera experiencia de condena marca la línea a partir de la cual la inclinación criminal comienza a ser relevante. Es el hábito rebelde lo que fundamenta el incremento de pena por reincidencia.

La existencia de condena anterior es fundamental para poder deducir esa intensidad cualitativa a la que aluden los autores. Pero la mera rebeldía que muestra la recaída tras condena no es suficiente si no se puede presumir el hábito. Y en la concepción de los comentaristas, el hábito, o mejor diremos la presunción del hábito, solo puede provenir de la comisión de delitos similares. De ahí que se rechace la agravante 17ª por no presentar suficiente fundamento para motivar agravación de la pena [522]. En este punto decía PACHECO que "del asesino pueden temerse asesinatos, del ladrón robos, del conspirador, conspiraciones" [523], mientras que el que comete delitos heterogéneos no causa ni mayor alarma, ni muestra mayor "empedernimiento en las carreras del crimen" por lo que no hay razón para agravarle la pena [524]. Y de la misma opinión eran ALVAREZ MARTINEZ [525], GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN [526].

La condena anterior se considera pues como la prueba de que la inclinación delictiva es arraigada, y ésta constituye el fundamento de la agravación. No hemos encontrado ningún intento de justificar la reincidencia en base a una

"mayor culpabilidad " del sujeto. Solo VIZMANOS en alguna ocasión, alude a la "menor culpabilidad" que supone la mera repetición de delitos respecto a la reincidencia [527]. Pero la tónica general es la de considerar suficiente la presencia -presunta- de la inclinación perversa. Aunque probablemente no dudarían en afirmar con ROSSI que esa "grave perversidad moral" puede traducirse en una mayor "culpabilidad política" del sujeto, a mayor abundamiento. Pero de hecho no afirman tal cosa y a nuestro juicio queda claro que la agravación por reincidencia en las explicaciones expuestas se encuadra en la vertiente de prevención especial, para contrarrestar la "peligrosidad" del sujeto, mirando al futuro. Ello es una muestra patente del "eclecticismo" asumido por estos autores, propio del tránsito entre los principios de "pena necesaria" o útil para la defensa de la sociedad y los de la justicia absoluta propios de este período.

Aparte de los comentaristas citados, cuyas exposiciones sobre la reincidencia eran de algún modo más explícitas, insisten también en la mayor perversidad o en la mayor peligrosidad GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN [528], CARDENAS [529], ESCRICHE [530], y MONTERO [531]. LASO manifiesta que la reincidencia en hechos de la misma especie "marca bien la carrera criminal del reo y su disposición para cometer aquella clase de delitos",por lo que no puede dejar de ser una circunstancia agravante [532]; pero en relación con la agravante 17ª la justifica por la "presunción de perversidad del agente" [533], argumento

este último que la mayoría de los autores reservaban para la reincidencia del nº 18. También RODRIGUEZ, dice que tanto la reiteración como la reincidencia suponen "mayor perversidad" del reo, pero tampoco acompaña explicación alguna a la equiparación de ambas circunstancias en este punto [534].

B. La alarma social

Junto con la explicaciones sobre el hábito o la inclinación delictiva aparecen referencias a la "alarma social" que causa la reincidencia, como otro fundamento que apoya la agravación. En realidad estas alusiones a la "alarma" vienen a complementar la anteriores y más importantes de la tendencia delictiva, pues propiamente esa alarma que se aduce resulta ser un efecto de aquélla. En definitiva esta alegación confirma la colocación de la reincidencia en el ámbito de la prevención y defensa de la sociedad.

PACHECO en sus Comentarios añadía a las fundamentaciones a que antes hemos aludido, que la reincidencia se funda también en "la mayor alarma que concibe la sociedad respecto a un hombre que, castigado por cierta culpa, vuelve a cometerla a pesar del castigo con el que se le quiso corregir" [535]. Manifestación con la que se quiere justificar la agravación por reincidencia en base a la necesidad de "tranquilizar" a la sociedad atemorizada. Ello está en relación, o más bien es producto, de las finalidades que PACHECO, siguiendo a ROSSI, con-

sidera deben perseguirse con la pena [536]. En efecto, en sus Lecciones colocaba PACHECO en lugar importante el efecto "tranquilizador" de las penas en cuanto la inocuización que producen en el delincuente, al menos temporalmente, expresándose en los siguientes téminos:

> "Me refiero aquí Sres., a la alarma que causa todo hecho criminal, y dura viva mientras no se condena al delincuente. La condenación es la que puede poner mayor o menor límite a los temores, suprimiendo por más o menos tiempo, más o menos absolutamente el poder de dañar del culpado" 537).

Y al igual que hacía ROSSI, cita a la reincidencia como ejemplo evidente de mayor perturbación social y por lo tanto como circunstancia que necesita una mayor atención desde esta perspectiva preventiva. Continúa PACHECO diciendo:

> "((...)) pero me parece que lo debemos hacer con más esmero (la búsqueda del efecto tranquilizador) cuanto nos parece mayor la habitud del crimen en las personas a quienes haya de condenarse. Quiero decir con esto que en los castigos de las reincidencias habremos de buscar todavía con más empeño una pena tranquilizadora para la Sociedad, porque suprima en más alto grado el poder de dañar que existe en manos de los criminales. Lo cual no quiere decir que la legislación haya de ser cruel, prescindiendo de toda proporción entre pena y delito ((...))" 538)

No puede decirse de forma más palmaria que en caso de reincidencia la pena debe atender ante todo a la prevención especial en el sentido de inocuización. Aunque por supuesto se rechacen las penas excesivas que caracterizaban la reacción contra la reincidencia en el Antiguo Régimen.

También aluden a la "alarma social" como fundamento de la agravación por reincidencia a GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN [539], VICENTE Y CARAVANTES [540] y MONTERO [541]. Lo cual evidencia que no consideranecesario estos autores la justificación de la agravante por una mayor "culpabilidad" sino que basta la consideración de factores extrínsecos al delito. Es la persona del delincuente con su característica "perversidad" , por la inclinación delictiva, la que fundamenta la agravación, porque esas características crean un temor, un peligro que debe conjurarse en lo posible.

C. LA INEFICACIA DE LA PENA ANTERIOR

También cabe reseñar entre los fundamentos aducidos para la agravación que nos ocupa, y en relación con los fines que se entiende deben cumplir las penas, aquellos que aluden a la ineficacia de la anteriormente impuesta.

Concretamente MONTERO intenta fijar como base de la reincidencia la ineficacia de la pena anterior, expresándose de la siguiente forma:

> "El fundamento filosófico que el legislador tuvo en cuenta, al considerar como agravante la reincidencia, no fue ni pudo ser otro sino el de la ineficacia o insuficiencia de la primera condena del delincuente. Cuando éste, después de haber sufrido una condena, reincide, entonces sí que la sociedad puede alarmarse con razón, entonces sí que el legislador debe ver en el delincuente una tendencia o inclinación hacia tal clase de delitos, tendencia o inclinación digna de ser neutralizada con una agravación de la pena" 542).

De la lectura de este pasaje se desprende que la ineficacia de la pena no es sino el síntoma de que el reo posee una fuerte inclinación delictiva pues ni siquiera la experiencia del castigo ha servido para anular tal tendencia. Aunque pretenda MONTERO centrar el fundamento de la agravación en la ineficacia aludida, es evidente que es la personalidad del autor en su faceta de propensión al delito lo que aparece como núcleo de la explicación y por tanto base primera de la agravación. La ineficacia de la pena, la alarma por tal ineficacia no son sino consecuencias de esa fuerte inclinación del reo. Por lo tanto, la exposición de MONTERO no difiere sustancialmente de las que hemos expuesto hasta el momento.

La utilización de la expresión "insuficiencia de la pena" nos puede resonar hoy a la conocida tesis que CARRARA sentará años después dobre la "insuficiencia relativa de la pena" [543]. Pero en la construcción del maestro de Pisa se intenta a toda costa evitar las referencias a la "perversidad" del autor, para justificar el incremento de pena por la necesidad de adecuar el "equilibrio moral" que debe darse entre la "fuerza moral objetiva del delito" y la "fuerza moral objetiva de la pena" [544]. El lógico intento de coherencia entre las premisas de un "derecho penal del acto" y el fundamento de la reincidencia, impiden a CARRARA incluir en su construcción cualquier referencia a las disposiciones morales del agente [545]. Por el contrario, desde la perspectiva ecléctica, ROSSI no sentía reparos en admitir la reincidencia como "perversidad"

del reo, no para imputarle esa "perversidad" sino para admitirla como causa de un incremento de pena por finalidades preventivas y aseguradoras [546]. Esta última es la perspectiva desde la que los comentaristas españoles abordan también el tema de la reincidencia.

Respecto a la efectiva exigencia de cumplimiento de la pena anterior, que se deriva de colocar el fundamento de la reincidencia en la insuficiencia de la pena [547], tal exigencia constituye un obstáculo para admitir la validez de ese fundamento en una normativa que, como la del código de 1.848 no requiere que la pena anterior se haya cumplido [548].

D. CONCLUSION: HABITO O INCLINACION DELICTIVA ESPECIALMENTE INTENSOS

Puede afirmarse que las explicaciones de los autores españoles de la época en que está vigente el código de 1.848, son coincidentes en lo relativo al fundamento jurídico de la agravación por reincidencia, y que dicha fundamentación enlaza con las manifestaciones vertidas por los reformistas españoles anteriores a la codificación. Si bien aquellas alegaciones que éstos cifraban en la "perversidad" del reincidente, se desarrollan por los comentaristas del código de 1.848 para centrar la perversidad en el hábito o en la inclinación delictiva que se muestran especialmente intensos por cuanto que se presentan después de una primera experiencia de condena. Es

el hábito refractario o inclinación delictiva del mismo carácter, lo que fundamenta centralmente la agravación. Si bien en el discurso deductivo, de los pasos que detallan el proceso conducente a la justificación del incremento de pena, aparecen lógicamente las referencias a la ineficacia de la pena, y a la alarma social. El hábito que muestra el reincidente es relevante precisamente porque se manifiesta pese a la condena sufrida. La insuficiencia del efecto intimidativo de esa primera pena muestra a su vez la intensidad de la tendencia criminal, y de ahí que se aduzca el incremento de alarma social. Para contrarrestar ese temor o peligro que representa el reincidente es pues necesario acudir a una pena más intimidativa que conjure esa nefasta tendencia. La reincidencia queda pues en el ámbito de la prevención especial. Curiosamente, no encontramos en los autores españoles empeño alguno en reconducir esa "perversidad" a la culpabilidad. Es suficiente la constatación de la misma para que quede justificada la reacción penal más intensa en aras a la protección de la sociedad. En este aspecto, no hay duda de que permanecen vigentes los principios de los reformistas ilustrados sobre la "necesidad" de la pena. Si bien en los autores a que ahora nos referimos, esa "necesidad" de una pena eficaz se contrae al estrecho margen de posibilidades que ofrecen las porciones de pena, señaladas siempre en pase a una proporción de "justicia absoluta".

La firmeza con que se producen las manifestaciones sobre la "perversidad" del delincuente evidencian el método formalista, abstracto y apriorista común del clasicismo. Na-

die pone en duda que la reincidencia revela un delincuente habitual, o al menos con fuerte propensión al delito. La presunción de perversidad es un dogma irrebatible. No obstante, con todos los defectos y los excesos de ese formalismo, hay que reconocer que en las explicaciones que hemos examinado están en germen los criterios sobre los que desde entonces y hasta ahora sigue girando el problema de la reincidencia. Según el desarrollo que en cada momento histórico presenten los objetivos de la justicia penal y la dogmática del delito, se reconducirán sistemáticamente a las categorías que en cada momento se consideren más idóneas estas ideas básicas que en los comentaristas citados se encuentran especialmente ligadas a las finalidades de la pena.

II. EN LA NORMATIVA DEL CODIGO

Del examen de las disposiciones del código sobre la reincidencia destaca a primera vista y en relación con los efectos agravatorios asignados a esta circunstancia, dos cosas: por una parte, la regla general de que la reincidencia e igualmente la reiteración se encuadran como agravantes genéricas de efectos normales; esto es, nunca pueden dar lugar, como tales, a exacerbar la pena por encima de los límites de la señalada por la ley al delito. Por otra, la excepción al recoger la reincidencia como circunstancia cualificativa para algunos delitos (a partir de la reforma de 1.850) [549], en cuyo caso sí produce la elevación de la pena en un grado. También como excepción a las reglas generales de las agravantes aparece el art. 125 con elevaciones de pena.

El hecho de que como regla general se contraiga la reincidencia a la categoría de una simple agravante con los efectos limitados pertinentes muestra, a diferencia del código de 1.822, la preponderancia de los principios retributivos, del dogma de la "pena justa" proporcional al daño causado culpablemente. Se asume pues, el axioma fundamental de la Escuela Clásica. Pero se admiten excepciones, concretamente en cuanto al "reo habitual" primero en la edición de 1.848 y luego respecto al reo "reincidente" en relación a algunos delitos patrimoniales en 1.850. Así como para las recaídas duran-

te período de ejecución de condena. De esta forma queda patente en materia de reincidencia el eclecticismo del código que nos ocupa: en determinados casos los criterios de prevención llegan a sobreponerse sobre los límites indicados por la estricta retribución.

El código refleja los principios dominantes en los penalistas de la época, quienes, como es sabido, asumen las teorías del clasicismo ecléctico de ROSSI [550], pero excepcionalmente se inclina claramente por la prevención especial.

Fijado este contexto, veamos las características legales concretas que nos pueden orientar sobre el fundamento jurídico que subyace en cada una de las figuras de reincidencia que ofrece el código. Ciertamente, la indagación del fundamento es una cuestión de interpretación del significado material de las figuras legales, y como tal interpretación sustancial vendrá condicionada por los presupuestos y valoraciones previas con que se realiza la aproximación a determinada figura. Pues los requisitos legales pueden excluir la validez de determinados fundamentos que no se ajusten a lo que la ley recoge en este caso como agravante, pero no siempre apuntan con evidencia el fundamento que realmente subyace en una institución. Muestra de ello es la multitud de explicaciones que históricamente se han dado para justificar la agravación por reincidencia en los distintos códigos penales, incluso cuando las figuras legales que se interpretan son sus-

tancialmente las mismas [551].

Por ello, en este momento, vamos a limitarnos a indagar el fundamento material de la reincidencia en el código de 1.848 y reforma de 1.850 desde el contexto doctrinal-penal vigente en aquel momento histórico, pues es la justificación que en aquel momento pudo considerarse válida la que nos interesa.

1. LA REINCIDENCIA COMO AGRAVANTE GENERICA

El realidad la única nota que explicita el código al definir esta circunstancia es la de que los delitos pasado y presente deben ser de la "misma especie", criterio que parece estar en consonancia con las presunciones de inclinación delictiva o inicio de hábito a que aludían los comentaristas como fundamento de la reincidencia. Recordemos que éstos insistían en que el "hábito", o la tendencia, solo podía deducirse cuando las infracciones fuesen de la misma clase. Y parece que esta opinión está presente en la ley a juzgar por la mayor importancia dada a la circunstancia 18ª frente a la reiteración del nº 17, para la que se requiere una gravedad relativa del delito anteriormente condenado.

Respecto a la exigencia de condena anterior a la comisión del nuevo delito, que aunque la ley no lo explici-

ta parece que debe afirmarse según la mayoría de la doctrina [552], la función de esa condena previa puede entenderse como constatación de la mayor intensidad de la propensión criminal en el sentido que apuntaban VIZMANOS, VICENTE Y CARAVANTES y CORZO principalmente [553]. Aquí radicaría la diferencia de trato entre la mera reiteración de delitos y la reincidencia.

El fundamento basado en la especial inclinación delictiva rebelde o refractaria a la primera condena, creemos que puede admitirse como explicación del tratamiento agravatorio dado por el código a la reincidencia en el n° 18 del art. 10. Explicación que pudo ser suficiente de acuerdo con las concepciones de aquella época, aunque hoy resulta criticable como fundamento idóneo para tomar la reincidencia como agravante porque: a) no puede admitirse la presunción "iuris et de iure" de una inclinación criminal y mucho menos de un hábito por la mera constatación de dos delitos cometidos por el reo. No puede admitirse aquel aserto de CALATRAVA en el que afirmaba que de la comprobación de dos delitos cometidos por un sujeto puede deducirse que ha cometido muchos otros [554], ya que ello choca contra las garantías mínimas de objetividad. b) Si se considera necesario una eficaz prevención especial en vista a la científicamente comprobada peligrosidad del reo, no es la pena la solución idónea, sino en su caso y con las garantías debidas a una medida de rehabilitación, curación o seguridad [555].

Pero en aquel momento histórico parece evidente que lo que preocupaba de la reincidencia era ante todo la tendencia, hábito o profesionalidad criminal que podía presentar el sujeto reincidente. Con el formalismo y apriorismos propios del método abstracto, se sienta como verdad general que el que reincide en delito pese a la anterior condena, posee sin duda una inclinación intensa a delinquir.

Respecto a la "alarma social" como fundamento de la agravación por reincidencia, en realidad no es sino una explicación complementaria de la anterior y basada precisamente en los efectos que puede conllevar una inclinación delictiva para la sociedad en general. Aparte de que por la simple "alarma social", difícilmente comprobable, no se explica suficientemente la agravación por reincidencia y no por mera repetición delictiva que puede incluso alarmar más a la sociedad al indicar la habilidad de aquel delincuente que para cuando es juzgado por primera vez ha cometido ya varios delitos.

El fundamento que pretende explicar la agravación en la ineficacia de la pena sufrida, no sirve para justificar la regulación legal del código de 1.848 porque no requiere ese cumplimiento efectivo de la condena.

2. LA AGRAVANTE DE REITERACION

El énfasis que los comentaristas españoles ponen en la inclinación delictiva como fundamento de la agravación por reincidencia, y la equiparación efectuada entre "misma especie de delitos" e "inclinación a delinquir", les lleva a tachar de infundada la agravación por "reincidencia" en delitos de distinta clase. Mientras que, por ejemplo, esa equiparación no existe en ROSSI, quien se refiere al temor que causa el que vuelve a delinquir sin enfatizar la predisposición cercana al hábito que pueda presentar el reincidente. Recordemos que el código penal francés [556] y el código de Nápoles [557] no hacían distinción en la reincidencia por razón de la semejanza entre las infracciones. Sin embargo en el ámbito penal español se dá especial importancia a esta semejanza.

Pero la ley recoge con los mismos efectos que la reincidencia del nº18 la recaída después de condena en delito de distinta especie, siempre que aquél anterior tuviese pena igual o mayor a la señalada para el delito actual.

La "perversidad" que algunos comentaristas extienden a la reiteración va a depender de la intensidad de la experiencia anterior de condena. Intensidad medida formalísticamente por la gravedad de la pena "señalada por la ley al delito" [558]. La verdad es que esta figura parece responder a una

política de compromiso entre la postura partidaria de excluir totalmente esta circunstancia del catálogo de agravantes, y otra partidaria de tomarla como agravante sin ninguna limitación [559]. El término medio fue tomar en cuenta solo los casos que, con un criterio discutible [560] se piensan que son más graves o, puesto de otra forma, no agravar aquellos más insignificantes. Así, la condena anterior por un hurto, por ejemplo, no tiene relevancia respecto a un homicidio cometido posteriormente. Y en cambio sí la tiene la condena anterior por homicidio si el sujeto comete después un hurto. ¿Qué fundamento puede explicar este criterio? o, ¿en qué sentido es más grave el primer caso que el segundo?. Difícilmente puede afirmarse que existe una tendencia hacia un hábito de cometer homicidios, ni de cometer hurtos, ni tampoco puede deducirse que exista una tendencia diferenciada a delinquir, -otra cuestión sería si se requirieran varias condenas anteriores-; tampoco creemos que se pueda decir que existe un mayor desprecio a la advertencia que significa la condena anterior cuando el delito cometido en segundo lugar es de menor gravedad, pues con más razón podría afirmarse que el desprecio es mayor si el sujeto progresa en la vía criminal cometiendo un delito mayor que el anterior. Aparte que en esta época no se formula todavía la reincidencia en base a las explicaciones sobre el "desprecio" a la advertencia anterior [561].

La explicación que puede aducirse reposa en otros factores, tales como el mayor temor que puede inspirar

un sujeto que ha sido condenado por un delito más grave, pues aunque cometa una infracción menor, se sabe que es capaz de ataques más importantes. Este razonamiento puede servir para el ejemplo citado, pero no para otros casos en que el delito anterior y el presente sean de penas iguales y ninguno de ellos demasiado grave. Además el "temor" o "alarma social" solo tendrían lugar en caso de que realmente se conocieran los antecedentes del reo por la población, lo que normalmente no ocurre.

Por ello, pensamos que la explicación más convincente puede residir en el fracaso del fin intimidativo de cierta clase de penas respecto al sujeto que recae en delito de distinta especie. Queda comprobado que para ese sujeto la experiencia de una condena de determinada gravedad no ha sido suficiente para refrenar un nuevo impulso criminal. Si el nuevo delito merece una pena igual o inferior a la anteriormente impuesta, debe reforzarse al máximo esta nueva pena, o lo que es lo mismo debe imponerse en la cantidad o porción máxima posible, que presuntamente deberá tener mayor eficacia intimidativa.Mientras que si el nuevo delito merece una pena mayor que la de aquel primero por el que ya fue condenado el reo, no hay razón todavía para pensar que esta pena de por sí más grave, sea insuficiente para evitar nuevas recaídas.

Desde la perspectiva de eficacia e intimidación parece lógico, en la mentalidad de la época, aumentar la

dosis de la pena que resultó insuficiente para aquellos fines si el reo vuelve a delinquir. Pero el incremento de pena existe de por sí cuando el nuevo delito tiene ya señalado una pena superior a aquella primera. De ahí que en este supuesto no exista necesidad de imponerla en grado máximo.

La reiteración quedaría así fundamentada en relación con las finalidades de prevención de la pena.Aunque no puede afirmarse la existencia de una tendencia criminal en el sujeto, tal como se presumía en la reincidencia, existe al menos una cierta debilidad o insensibilidad comprobada, frente a la amenaza de cierta clase de penas. Para contrarrestar tal debilidad resulta pues conveniente reforzar la pena del delito cuando esa misma clase de pena u otra superior se han comprobado ser ineficaces sobre ese sujeto una primera vez.

Este puede ser el razonamiento implícito en la ley para agravar la reiteración según queda enunciada en el nº 17 del art. 10. En materia de reincidencia, de la que la reiteración aparece como una hermana menor, prevalecen las finalidades preventivas. Y por ello, el fundamento apuntado para la reiteración,en base a la ineficacia intimidativa de ciertas penas, resulta a nuestro juicio coherente en el contexto de principios penales que inspiran el código. Basta que se muestre necesario el incremento de pena, dentro de los límites de la señalada por la ley al delito para segurar la eficacia intimidativa, para que se considere justificado el aumento.

3. LA REINCIDENCIA COMO CIRCUNSTANCIA CUALIFICATIVA EN ALGUNOS DELITOS PATRIMONIALES

La tradición histórica, la continuada frecuencia en la comisión de robos y hurtos [562)], y los presupuestos ideológicos del liberalismo burgués que caracteriza el nacimiento del Estado de derecho en el siglo XIX [563)], encuentran su reflejo en la regulación severa de los delitos patrimoniales [564)] y más concretamente en la elevación de pena prevista para el"reo habitual" de hurto y de ciertas estafas en la primera edición del código de 1.848, y para el reincidente en ciertos robos, hurtos y ciertas estafas a partir de la reforma de 1.850. La confluencia de los factores señalados puede explicar la preferencia dada a la intimidación en estos casos, pese a la quiebra que ello supone para el principio de la"pena justa" proporcional objetivamente al daño causado culpablemente.

Si la reincidencia genérica del nº18 del art. 10 se funda en la presunción de inclinación delictiva especialmente refractaria, con más razón podemos pensar que ese mismo fundamento está presente en la cualificación por reincidencia prevista para ciertos delitos patrimoniales. Ya que son esta clase de delitos los que mayor índice arrojan de delincuentes habituales y profesionales [565)], la deducción sobre la que operan los comentaristas y de seguro el mismo legislador, equi-

parando repetición de delitos similares a predisposición delictiva se produce aquí con mayor convicción.

Pero puesto que por un lado, se presume que la tendencia hacia la comisión de delitos patrimoniales es más difícil de cortar que otro tipo de tendencias no lucrativas, y por otro, influye también la "alarma social" frente al alto porcentaje de delitos de esta clase, ambas consideraciones "justifican" una pena más "eficaz".

La sustitución de "reo habitual" por simple "reincidencia" en la cualificación de hurtos y estafas, pretende adelantar la protección frente al sujeto que comienza a manifestar una tendencia hacia tales delitos, según explican el Marqués de GERONA y ORTIZ DE ZUÑIGA. En el informe que éstos realizan a petición del Gobierno señalando las reformas necesarias en el código penal, manifestaban que con la cualificación por "habitual" se agravaba por una "circunstancia remota, que requiere tres o más actos con intervalo de 24 horas, y no se impone igual agravación por reincidencia, que es un hecho <u>más inmediato y temible</u>" [566]. Por ello proponen al Gobierno que la elevación de pena debe darse por reincidencia "aunque no llegue al caso de calificarse habitual el hurto" [567]

La reforma no pretende, pues, poner el acento en que el sujeto haya sido <u>condenado</u> una primera vez para poder

elevar la pena, aunque de hecho la reincidencia así lo va a exigir, sino ampliar el campo de la cualificación de forma que no haya que esperar a que el reo haya cometido y así se haya probado, tres delitos.

La elevación de pena cuando el reo fuese según la ley "habitual", respondía claramente a objetivos de prevención especial en base a la tendencia delictiva del sujeto. Cuando en 1.850 la cualificación surge por "reincidencia" no parece que haya cambiado el fundamento de la misma, pues el motivo de la reforma es el conseguir una mejor protección frente al delincuente patrimonial desde que puede presumirse una cierta intensidad de inclinación al delito. Si bien es cierto que a partir de la reforma de 1.850 el reo "habitual", esto es el que hubiera cometido tres o más hurtos o estafas en intervalos de 24 horas, no queda afectado por la superagravación, ello no puede aducirse como hipotética muestra de la reducción del campo de la cualificación. Pues lo más probable es que en la mayoría de los casos en que un sujeto podía ser declarado habitual, tenía ya al menos una condena anterior para dar lugar a la reincidencia, mientras que si había que esperar a la prueba de un tercer delito quedaban fuera de la agravación muchos reincidentes.

En resumen, el fundamento que anima la cualificación específica por reincidencia prevista para los hurtos, y para ciertos robos y estafas a partir de la reforma de 1.850

es la misma que subyace a la reincidencia genérica del nº18 del art. 10: la inclinación delictiva del reo hacia determinados delitos, que se presume especialmente arraigada por el hecho de que la condena anterior no haya servido para contrarrestarla. La diferencia en los efectos respecto a la pena, se explica por la mayor trascendencia social que tiene la tendencia a la habitualidad en estos delitos, o tomando los términos que utiliza la doctrina, por el mayor temor que produce el reincidente de esta clase, "más temible" por cuanto que se sabe que es el más difícil de intimidar. De ahí que las finalidades de prevención especial se intensifiquen mostrando el código su eclecticismo, que en esta materia se inclina por la preferencia de la prevención.

No hay duda de que la fuerza de la tradición incidió en la adopción de estas cualificaciones, primero por mera repetición tres veces, "habitual" del delito, y luego en 1.850 por reincidencia. Los comentaristas, a excepción de VIZMANOS [568], no se oponen a esta superagravación, aunque más bien se limitan a dar constancia de ella. PACHECO, como se recordará, consideraba justa la cualificación por reincidencia en el hurto, [569] pero sin embargo, se oponía a la de la estafa. [570] Tal vez, aunque no lo dice, porque era una novedad respecto a las leyes anteriores, lo que no ocurría respecto al hurto. PACHECO en sus Lecciones mantenía que una de las reglas a tener en cuenta para establecer la penalidad de los delitos era la

de la costumbre o prácticas admitidas por la sociedad[571]. Según tal regla, la agravación especial para los hurtos enlazaba con naturalidad las disposiciones al respecto con las leyes anteriores, y no resultaba criticable pues en definitiva la elevación de la pena guardaba una cierta proporción [572].

En todo caso, la cualificación que examinamos se encuadra en las finalidades preventivas de la pena, al igual que en el sistema que arranca de la Ilustración. En este tema, al igual que en el de la reincidencia como agravante genérica, no encontramos ningún empeño por parte de los autores de justificar la agravación por razón de una mayor culpabilidad. La reincidencia pertenece al campo de la prevención especial; no se trata de demostrar que el reincidente "merezca" más pena en el sentido retributivo.

4. LAS RECAIDAS DURANTE EL PERIODO DE EJECUCION DE LA PENA ANTERIOR

Como vimos al estudiar el art. 125, la agravación o la elevación de pena en su caso, previstas para la comisión de cualquier delito o falta durante el período de ejecución de condena (cumpliendo condena o habiéndola quebrantado), respondía a una doble consideración. Por un lado, la necesidad de que la pena correspondiente al nuevo delito cometido por el reo fuese efectivamente cumplida de alguna forma, cuando el sujeto se encontraba ya condenado a una pena perpetua por el delito anterior. Por otro lado, las reglas del art.

125 intentan frenar de forma enérgica los frecuentes desórdenes y altercados graves ocurridos en prisión, castigando de forma agravada la comisión de delitos o faltas penales en los establecimientos penitenciarios [573].

El fundamento de esta figura no puede estar en la "mayor inclinación delictiva" que aducían los autores para justificar la agravación por reincidencia, porque no se exige en absoluto semejanza entre los delitos, ni siquiera una relación de gravedad comparativa de las penas de éstos, tal como se exige en la agravante 17ª.

El hecho de que las recaídas contempladas en el art. 125 reciban una agravación más fuerte que la prevista para la reincidencia o reiteración genéricas del art. 10, sólo puede explicarse por la situación en que se encuentra el reo cuando vuelve a delinquir en período de cumplimiento de condena. La ubicación del art. 125 en el mismo Título que los quebrantamientos de condena, indica que su fundamento reposa en la desobediencia o lesión a lo que LATAGLIATA denomina "sentido de autoridad" de la condena impuesta [574]. El "plus" de pena que el art.125 prevé en relación con la agravación general por reincidencia proviene de la infracción a las reglas de cumplimiento de la condena. La exacerbación de la pena no proviene tanto del hecho de volver a delinquir como de esa alteración o desobediencia a la condena impuesta, en cuanto desprecio a su autoridad.

No obstante, aunque estas observaciones son las que podrían explicar más coherentemente el sentido de la agravación o elevaciones de penas previstas en el art. 125, pensamos que en la elaboración del código fueron aquéllas expuestas en primer lugar las que incidieron en la redacción del artículo citado: la preocupación por una estricta retribución, dificultada cuando el reo se encuentra ya cumpliendo o condenado a una pena perpetua, por un lado; y por otro, finalidades de intimidación hacia los condenados durante el período de ejecución de la pena impuesta, en el intento de que disminuyesen los altercados graves en prisión. Téngase en cuenta que este precepto parece inspirado en aquellas disposiciones del código penal de 1.822, cuyo objetivo era evidentemente preventivo [575].

III. CONCLUSION

El código de 1.848 se elabora y promulga en un momento en que las doctrinas eclécticas de ROSSI se divulgan en España a través de las Lecciones de PACHECO, doctrinas que quedan reflejadas en los preceptos legales. Desechada la conveniencia o utilidad como fundamento de la justicia, es la pena retributiva, expiatoria del mal causado, la única conforme al orden moral que debe inspirar el ejercicio de la justicia humana. Pero si,como dice AURIOLES, la justicia da el derecho, la conveniencia determina el ejercicio del derecho [576].

La pena se justifica por la retribución, pero no deja de atender a finalidades preventivas. Por ello, en la fijación de la medida de la pena intervienen criterios de utilidad, necesidad, intimidación, si bien siempre dentro de los límites impuestos por la proporción con el mal causado. En este margen de maniobra que aún se permite a las finalidades preventivas se encuadra la justificación de la reincidencia como agravante.

Según la concepción de ROSSI, la reincidencia produce una mayor perturbación social o política por el temor que inspira el delincuente que comete nuevo delito pese a haber sido castigado anteriormente. El incremento de pena se justifica por la necesidad de aplacar ese temor y "ponerse a cu-

bierto" del peligro que inspira el sujeto de quien pueden temerse nuevos delitos. Ese incremento responde, según ROSSI, a la mayor culpabilidad política del reincidente, culpabilidad derivada de ese mayor daño social. PACHECO sigue el esquema de ROSSI en sus Lecciones, al indicar que la reincidencia debe originar un incremento de pena para lograr el efecto "tranquilizador" de la pena mediante la inocuización del reo. Pero no alude a la "culpabilidad especial" del reincidente. Ni tampoco los comentaristas españoles, que encuentran tan evidente la necesidad de agravar la pena por reincidencia que prescinden de una explicación a nivel de los principios básicos que informan el presupuesto de la pena. En los autores españoles la justificación se basa en la inclinación delictiva especialmente arraigada que muestra al que reincide en la misma especie de delitos a pesar de haber sido condenado una primera vez. El incremento de pena es la consecuencia necesaria para remediar de forma más eficaz esa tendencia del sujeto que ya se mostró refractario al primer castigo. No hay, salvo algún caso y de forma esporádica, alusión a la posible mayor culpabilidad del reo. La "perversidad" a la que continuamente aluden los autores españoles reside en la tendencia delictiva rebelde a la pena. Ante la ineficacia de ésta frente a esa tendencia que muestra el inicio de un hábito criminal, o la existencia de un hábito particularmente arraigado, la agravación queda suficientemente fundada, según los comentaristas, por necesidades de prevención especial.

Esta explicación es válida a nuestro juicio para fundamentar la agravación por reincidencia en el código pues éste no renuncia a las finalidades de prevención, con los límites ya indicados. La exigencia de que los delitos cometidos sean de la misma especie apunta hacia el fundamento basado en la tendencia delictiva, y la exigencia de condena anterior sirve de base a la comprobación de que esa tendencia es refractaria al castigo penal.

Resulta problemático en cambio fundamentar la agravación derivada de la circunstancia 17ª o reiteración. La mayoría de los comentaristas consideran improcedente tal agravación por no poder deducirse esa inclinación especial que se presume en la recaída en delitos semejantes y que ellos colocan como base de la agravante de reincidencia. Puesto que la ley limita esta circunstancia 17ª a los supuestos en que la pena del delito anterior hubiera sido igual o mayor que la señalada para el nuevo delito, la explicación de esta agravante parece residir en la demostrada ineficacia intimidativa de determinada clase de penas frente al sujeto en cuestión. De ahí que si la pena del nuevo delito es de menor o igual entidad a la anteriormente prevista para el delito ya condenado, se obligue a exacerbar esa pena, ya que impuesta en menor intensidad demostró su ineficacia intimidante. Este refuerzo o agravación no es necesario, parece desprenderse de la ley, cuando la nueva pena es más grave, pues aún no está comprobado que penas mayores no sirvan eficazmente para refrenar al sujeto.

Ambas agravantes 17 y 18ª quedan justificadas por razón de las finalidades asignadas a la pena.

La cualificación por reincidencia prevista para el hurto, y determinada clase de robos y estafas, encuentra su fundamento en la misma tendencia delictiva que se presume en la recaída en delitos semejantes. Pero en esta materia patrimonial la frecuencia de esa clase de delitos, la presunción de que el sujeto se puede convertir más fácilmente en habitual o profesional de los mismos, si no lo es ya, y la tradición histórica de severidad en el castigo de la reincidencia en este campo, confluyen para colocar las finalidades de prevención especial por encima de los principios de retribución estricta. Y por excepción, se permite que se superen los topes de pena señalados como justos y adecuados para ese delito.

La recaída durante el período de ejecución de condena, con la consiguiente agravación más intensa que la derivada de la reincidencia, responde a otras consideraciones. Es la infracción del debido cumplimiento de la condena lo que añade el "plus" de gravedad a la recaída. Aunque existen otras razones prácticas como es la necesidad de dictar unas reglas para la acumulación de penas cuando el reo se encuentra cumpliendo penas perpetuas, por un lado, y por otro, el interés en que disminuyan los continuos desórdenes en prisión, para lo cual se recurre a las agravaciones de pena.

En resumen, en un código orientado hacia la expiación del daño causado, pero que admite como correctivo y complemento la conveniencia social y utilidad, la reincidencia se enmarca en este complemento que mira ante todo a la prevención de nuevos delitos por parte de quien ya ha mostrado una cierta tendencia al delito o al menos una menor intimidabilidad ante la pena, al recaer pese a la experiencia anterior de condena. La justificación del incremento de pena por reincidencia, en cualquiera de sus variantes normativas, descansa en las finalidades preventivas asignadas a la pena, concretamente en la prevención especial frente al reo contumaz. No se trata, a nuestro juicio, de un incremento "merecido" porque el delito sea más grave o mayor la culpabilidad, sino de un incremento "necesario" por razones de eficacia que tienen perfecta cabida en el eclecticismo de las concepciones penales de la época cuya influencia en el código no puede negarse.

NOTAS AL TEXTO

DEL CAPITULO SEGUNDO

1) Así se reconoció durante la discusión del Congreso; Como ilustrativa la intervención de ALONSO, DiarSes Cong 1.847-48, III, 1.789: "((...)) honra mucho a la Magistratura, la jurisprudencia consetudinaria que se ha establecido para templar el rigor excesivo de las leyes del tiempo del Despotismo". Si bien estas manifestaciones las vierte este Diputado precisamente para defender la no necesidad de un Código Penal, o al menos la no urgencia del mismo, estimando como necesidades previas la revisión de las bases del Código la organzación de establecimientos penitenciarios y la promulgación de un código de procedimientos. Es curioso que se repiten las mismas objeciones que tuvieron lugar en 1.821 para la aprobación del anterior código.(Vid Supra Cap. 1°, Secc. 1ª, I, pág.200) también ANTON ONECA, Código Penal de 1.848, 475-7.

2) La necesidad se deduce del mismo hecho que Fernando VII vuelva a ordenar la creación de un código después de haber derogado el anterior poco después de su nacimiento. Por otro lado queda patente que tal era el sentir de los jurisconsultos según se desprende de la lectura de los debates, aunque surgen entre éstos algunas voces ilustres en contra de la codificación. Así sorprendentemente GOMEZ DE LA SERNA, que dice retractarse de sus convicciones anteriores (DiarSesCong 1.847-48, 1.764), se muestra partidario de "compilaciones" ordenadas más que de "codificaciones" en el sentido de las corrientes modernas que reniegan de las tradiciones. Así expone: "El derecho no es un efecto de la voluntad del legislador, no es una cosa que se improvisa; por el contrario se va creando lenta y sucesivamente, y sigue el mismo curso que la lengua de un país, que su civilización, que sus necesidades". Más adelante (Ibidem, 1.766) dirá "Yo, señores, quiero que las malas leyes se reformen, pero de la manera que he dicho antes, no como aquí se pretende hacerlo, porque por este sistema se falta a la base principal del gobierno representativo, que es el que las leyes se hagan por la cooperación y voluntad de todos". No le faltaba razón en sus asertos, pero ciertamente las leyes que se encontraban vigentes no eran precisamente producto del sentir popular sino del despótico. También en contra de la urgencia del Código, ALONSO, DiarSesCong 1.847-48, III, 1.879 y CORZO, Ibidem 1.751. En favor de la necesidad de un Código Penal ya se había pronunciado en 1.840 PACHECO en sus Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid (PACHECO, Estudios, 330)

3) Vid ANTON ONECA, Código Penal de 1.848, 473 s., donde resalta la similitud de los argumentos expuestos por el monarca para justificar dicha orden respecto a los usados en 1.819, pero con diferencias de matiz pues ahora no se alude a las ideas ilustradas y no se dispone

la consulta a Universidades o a otras entidades de las que informaron para el código de 1.822. Vid también ANTEQUERA, Codificación, 39-42 y GONZALEZ MIRANDA, Historia, 13 s.

4) Vid CASABO, Proyecto 1.830, 8 s. donde alude a la oposición que el Proyecto despertó entre los "absolutistas aportólicos" y a las intrigas de SAINZ DE ANDINO que ya estaba preparando su Proyecto, como posibles causas de la no aprobación del de 1.830.

5) CASABO, Proyecto 1.831, 2-4

6) CASABO, Proyecto 1.834, 2-7. Los acontecimientos políticos que condujeron al restablecimiento del gobierno representativo en 1.834 impidieron que dicho Proyecto se presentase a las Cortes como producto que era del régimen anterior. En 1.836 se vuelve a nombrar otra Comisión para la elaboración del código penal que según da cuenta PACHECO (Código Penal, I, Introducción, LIX) redacta un nuevo Proyecto hacia 1.839 o 1.840 que no llegó nunca a publicarse ni a presentarse a las Cortes. Vid también CASABO Aplicación, 343.

7) Vid ANTEQUERA, Codificación, 60-2

8) Como señala ANTON, Código Penal de 1.848, 491-2, en base a las mismas manifestaciones de CASTRO Y ORTIZ DE ZUÑIGA, (Código Penal, Introducción, XIV-S).

9) El Proyecto se discute en el Senado del 13 al 16 de Febrero, donde se objeta principalmente el que se presente un código ya elaborado, cuando lo procedente hubiese sido el presentar a las Cámaras la discusión previa de las bases. (Vid DiarSesSen, 1.847-48, Tomo único, 469-76; 487-97 y 501-15).
En el Congreso de Diputados se discute del 10 al 16 de marzo, con alguna mayor extensión, presentándose reiteradas objeciones tanto sobre el modo de presentar el Código ya elaborado, como sobre otras cuestiones concretas tales como la imposición de pena de muerte para delitos políticos, otras relativas a los delitos contra la religión. Destaca la objeción de varios Diputados respecto a la necesidad "urgente" de un código, como ya hemos apuntado (Vid supra, nota 2)

10) Vid Supra nota 2

11) El Código de 1.848 es reconocido unánimemente como "padre" de todos los posteriores códigos penales, -salvo por supuesto del Código de 1.928-. Vid JIMENEZ DE ASUA Centenario, 13 s.; ANTON ONECA, General, 61; RODRIGUEZ MOURULLO, General 41, s.; Esta filiación es reconocida

por el mismo legislador de 1.944 en el Preámbulo del Decreto de publicación del texto refundido de esa fecha (Decreto 23 de Diciembre 1.944).

12) Aunque tradicionalmente se venía considerando a PACHECO como principal artífice del código penal de 1.848, ya en 1.935 LOPEZ REY (Especial, 311, nota 1) puso de manifiesto el equívoco en base a las actas de la Comisión de Codificación. Vid también ANTON, Código penal de 1.848, 491-5, y CANDIL, Pacheco, 406-41. Además, recientemente VIRTO (Caso fortuito 458-63,ha demostrado con abundantes datos que no sólo SEIJAS, sino también CLAROS y LUZURIAGA fueron los principales autores del Proyecto.

13) SEIJAS, DiarSesCong 1.847-48, III, 1.715. Aunque evidentemente no se recoge el derecho histórico, según sus declaraciones, indica haber tenido muy en cuenta la jurisprudencia.

14) El mismo SEIJAS, (Ibidem) alaba el Código de Brasil, que considera el mejor de los vigentes; y también el de Nápoles le merece especial atención. Ambos superan, en su opinión al francés, al cual considera el peor de los europeos. Sobre las influencias de estos Códigos, Vid ANTON ONECA, General, 63. También JIMENEZ ASUA, (Centenario, 30), dice que "pertenece a la rama francesa que tiene su raiz en el Código de Napoleón de 1.810 a través de otros modelos más inmediatos: el Código de Brasil de 1.830 inspirado a su vez en el napolitano". Por el contrario TERUEL (Código de 1.848, 12), afirma, a nuestro entender sin lograr demostrarlo, que "el influjo mayor no confesado, es el de los proyectos anteriores y que, sin embargo el confesado de los Códigos extranjeros no lo fué tanto".

15) Concretamente en la regulación de las recaídas durante el cumplimiento de condena anterior previstas en el art. 125 (Vid infra Secc. 3ª, III, pág. 388 ss.) y en la agravación por habitualidad en los hurtos y estafas (Vid infra Secc. 3ª I y II, págs. 340 y 370)

16) El artículo 3º decía: "El Gobierno hará por sí cualquier reforma si fuere urgente, dando cuenta a las Cortes tan pronto como sea posible"

17) Artículo 2º de la citada Ley: "El Gobierno propondrá a las Cortes dentro de tres años o antes si lo estimare conveniente, las reformas o mejoras que deban hacerse en el Código, acompañando las observaciones que anualmente por lo menos deberán dirigirle los Tribunales".

18) BARBERO, Política, 37 s.; y FIESTAS, Políticos, 134. Aunque ya en edición de 1.848 los delitos políticos estaban fuertemente penados como señala con varios ejemplos JIMENEZ DE ASUA (Tratado, I, 761).

19) Así la califica la Memoria Histórica de la Comisión de Codificación.

20) TERUEL, Código de 1.848, 11 explica esta mayor dureza punitiva que caracteriza la reforma de 1.850 por la finalidad de contener la oleada de delincuencia común con que se había incrementado como consecuencia de la guerra civil, y asimismo para reprimir el espíritu revolucionario que en el mismo año 1.848 había hecho su aparición en Europa. En el mismo sentido, NUÑEZ BARBERO, Reforma, 15 y JIMENEZ DE ASUA, Tratao, I, 762, la califica de "marcadamente reaccionaria".

21) Vid FIESTAS, Políticos, 133

22) BARBERO, Política, 37 rebatiendo a RODRIGUEZ DEVESA (General 7ª ed., 103) que así la califica, al igual que anteriormente DORADO, Código penal, 597.

23) Vid infra Secc. 3ª II, pág 370 . Aunque la modificación solo relativamente puede considerarse de mayor dureza, en cuanto que una simple reincidencia llevará a la imposición de pena superior en grado, pero al menos es necesario una condena anterior, mientras que la fórmula de 1.848 "hurto habitual" requería tres delitos al menos, pero no era necesaria condena intermedia.

24) PACHECO, (Código Penal, I, Introducción LXIII-IV) después de encomiar los criterios tenidos en cuenta por la Comisión para la elaboración del Código manifiesta que éste "puede ponerse sin desdoro al lado de todos los demás que han producido la moderna filosofía, la civilización del cristianismo, el espíritu de libertad y de cultura". En el mismo sentido, VICENTE Y CARAVANTES (Apéndices a DU BOYS, Historia, 555), considera al Código al nivel de los últimos adelantos de la ciencia y de la filosofía del derecho. Si bien hace notar también algunos defectos como la excesiva severidad en determinados delitos, y por el contrario demasiada lenidad en el castigo de delitos contra la religión según su opinión. MONTERO, cuando ya el Código llevaba cuatro años de vigencia (Informe-Contestación, 6), lo sigue considerando como obra inmejorable en su conjunto. Estos son juicios de alabanza, no son mero producto de la inexcusable necesidad de un Código en aquel momento histórico concreto que excusaba casi -como decían VIZMANOS y ALVAREZ (Comentarios, I, Introducción XLIII)- detenerse a exponer sus ventajas pues por defectuoso que fuera era mejor que la situación anterior. Casi veinte años después, cuando se plantea la necesidad de un nuevo código adaptado a la nueva Constitución, se reiteran las mismas alabanzas: así en la Memoria Histórica de la

Comisión Codificadora, 178, se le califica como uno de los mejores códigos de Europa y una de las leyes más perfectas de España. En el centenario de su promulgación JIMENEZ DE ASUA, Centenario, 32, lo considera como digno de máxima alabanza.

25) BARBERO, Política, 36. RODRIGUEZ DEVESA, General, 91: "Técnicamente, sin entrar en cuestiones de fondo, es superior a todos los que le han sucedido en cuanto a congruencia y redacción de los tipos delictivos"

26) Sobre el eclecticismo imperante en el Código del 48, Vid ANTON ONECA, Código penal de 1.848, 488-91, donde expone también la opinión contraria de SILVELA. Sobre este extremo, BARBERO, Política, 33-s, matiza sobre la primera posición de SILVELA que también en 1.879 había mantenido el carácter ecléctico de aquel código. La postura de SILVELA (Derecho Penal, II, 252-5) en 1.903 es de insistencia en la expiación, como consecuencia de la justicia absoluta, el fin primordial de la pena en el Código de 1.848 y en el de 1.870.

27) Exponente de la opinión favorable a la necesidad de un mayor rigor en el castigo de estos delitos, es la intervención de FERNANDEZ BAEZA en el Congreso durante la discusión del Proyecto (DiarSesCong 1.847-48, III, 1.735) en la que estima que "la Comisión ha sido demasiado suave respecto a las penas señaladas a los delitos cometidos contra la propiedad. La tendencia del siglo en esta parte, por lo que resulta de la estadística criminal, no solo en España, sino en todos los demás países, es la de gozar sin tratajo, y de aquí nace que los ataques a la propiedad sean no solo frecuentes sino en muchos puntos diarios". Según afirma en Madrid, este tipo de delitos constituían el 30 por ciento del total delos cometidos, por lo que considera que no se ha tenido en cuenta suficientemente el dato de la frecuencia de los mismos para imponer penas más severas como en su parecer era lo que procedía.

28) Vid infra Secc. 3ª, III, pág. 388.

29) DORADO, Balance, 136, destaca este abandono de la ciencia penal en España desde 1.830 hasta PACHECO.

30) ANTON ONECA, Código penal de 1.848, 477-81

31) PACHECO, Código Penal concordado y comentado, 3 tomos Madrid, 1.848-1.849.

32) Aunque no compartamos las severas críticas de DORADO, Balance, 136, s. a las "Lecciones" de PACHECO, pues como acertadamente señala ANTON (Código penal de 1.848, 481) hay que valorar la importancia y trascendencia que

en su época tuvieron para importar una teoría clásica -al manejar su Código penal concordado, en los preceptos relativos a reincidencia, hemos encontrado acertadas críticas en algunos puntos, pero ausencia total de referencia a algunos problemas evidentes que presentaba la interpretación y aplicación del texto legal. Problemas que son tratados con gran acierto por otros autores de la época, como tendremos ocasión de reseñar a lo largo de este capítulo.

33) Código Penal reformado, comentado novísimamente, Madrid 1.851.

34) Comentarios al nuevo Código Penal, 2 Tomos, Madrid 1.848

35) Elementos de Derecho Penal de España, Madrid, 1.849

36) Código Penal explicado para la compun inteligencia y fácil aplicación de sus disposiciones. Granada, 1.848

37) Instituciones de Derecho Penal de España, Madrid, 1.849

38) Elementos de Derecho Penal de España, Madrid 1.849

39) Código Penal Reformado, Madrid, 1.850

40) Entre ellas, RODRIGUEZ, Juan Mª, Elementos de Derecho Civil, Penal y Mercantil de España. T.II Parte Criminal. Madrid, 1.864; CARRILLO Y SANCHEZ, Código Penal de España, Madrid 1.850.

41) Como señala MIR PUIG (Introducción, 264-s) "Una vez que las ideas penales liberales se habían, por fin, convertido en Derecho vigente, el jurista no podía seguir lilitado a la elaboración de un Derecho racional ideal, por la razón de que tal Derecho se creía ya realizado en el Código. El jurista debía dar un giro metodológico debía interpretar el nuevo Derecho Positivo". Esta labor de exégesis es la que emprenden los juristas de mitad del siglo pasado, que aunque enmarcados en la filosofía de liberal-clásica, metodológicamente se separan del raciocinio abstracto para entrar en el examen de los preceptos legales.

42) Vid SAINZ CANTERO, Ciencia, 134-7, donde resume la teoría ecléctica asumida por PACHECO.

43) El Tribunal Supremo, sucesor del antiguo Consejo Real, fue reinstaurado definitivamente después de su última disolución en 1.823 por R.D. de 24 de marzo de 1.834, tomando el Título de I.S. de España y de las Indias, pero sus competencias penales se limitaban a las causas contra los altos funcionarios del Clero, la Administración y la Magistratura, y otros recursos procedentes de

fueros especiales (Vid art. 90 del Reglamento dado por Real Orden de 26 de Setiembre de 1.835, en En. Jur. XXX, págs. 734-5). Sobre historia del T.S. Vid LASO GAITE J.F. Aportación a la Historia del Tribunal Supremo de España, Separata de la R.G.L.J., Dic. 1.969). En 1.860 que comienza a publicarse la Estadística Criminal, el Tribunal Supremo aparece con solo 23 causas falladas durante los cinco últimos años anteriores (Vid Estadísticas Criminales...)
Al no existir un Tribunal con competencia sobre todo el territorio nacional para las causas comunes, puesto que cada Audiencia es la última instancia para las causas seguidas en los Juzgados de sus respectivos distritos como dispone el art. 58 del R.D. de 1.835 citado, para conocer la jurisprudencia del país sería necesario examinar los fallos de cada una de estas Audiencias. Labor que podría constituir de por sí un trabajo único de investigación. Por ello, hemos renunciado a entrar en esta materia.

44) Vid infra Cap. 3° Secc. 3ª, II, 2, B, pág. 744

45) Vid infra Secc. 2ª, II.1. donde se explica la razón de utilización del término "reiteración" para la agravante 17ª, aunque en el Código permanezca innominada.

46) Vid supra Cap. 1°, Secc. 1ª, II. pág. 8

47) Vid supra Cap. 1°, Secc. 3ª.I. y II, págs. 66 y 93

48) El art. 24 presenta una clasificación general de penas en aflictivas, correccionales, y leves, además de las penas comunes y las accesorias. Clasificación que nos indicará cuando estamos ante un delito grave o un delito menos grave, o una falta, según la pena señalada para la infracción, sea aflictiva, correccional o leve respectivamente, como dispone el art. 6. Pero a efectos de imponer pena superior o inferior en uno o más grados, es el art. 79 el que presenta las cuatro escalas graduales siguientes:

Escala n° 1: 1°. Muerte. 2°. Cadena perpetua. 3°. Cadena temporal. 4°. Presidio mayor. 5°. Presidio menor. 6°. Presidio correccional. 7°. Arresto mayor.

Escala n° 2: 1°. Reclusión perpetua. 2°. Reclusión temporal. 3°. Prisión mayor. 4°. Prisi ón menor. 5°. Prisión correccional. 6°. Arresto mayor.

Escala n° 3: 1°. Relegación perpetua. 2°. Extrañamiento perpetuo. 3°. Relegación temporal. 4°. Extrañamiento temporal. 5°. Confinamiento mayor. 6°. Confinamiento menor. 7°. Destierro. 8°. Caución de conducta.

Escala n° 4: 1°. Inhabilitación absoluta perpetua para Cargos ... Derechos políticos. 2°. Inhabilitación especial perpetua para Cargo público, derechos políticos,

profesión u oficio. 3°. Inhabilitación especial temporal para Cargo público, derechos políticos, profesión u oficio. 4°. Suspensión de algún cargo público, derecho político, profesión u oficio.

49) Nos referimos al art. 144 de aquel código del 22. Vid supra, Cap. 1°. Secc. 1ª, III, 1, pág. 10

50) Vid infra, Secc. 3ª. III, pág. 388.

51) La pena de sujeción a vigilancia queda encuadrada en el art. 24 dentro de las de carácter correccional. Pero no aparece en ninguna de las 4 escalas graduales del art. 79.

52) Así lo dispone el art. 52, 5ª para la pena de cadena perpetua: "Sujeción a la vigilancia de la Autoridad durante la vida del penado, en el caso de haber obtenido indulto de la pena principal". Lo mismo se dispone en los arts. 53 y 54 para las penas de reclusión perpetua y para las de relegación perpetua y extrañamiento.

53) Así lo disponen los arts. 55 a 58

54) Vid supra Cap. 1°, Secc. 3ª. I.3. pág. 72

55) Vid arts. 415 a 428 del Código. El robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado, si el valor de lo sustraído no excede de 5 duros se castiga con arresto mayor en grado máximo (Art. 424, u.p.); y el hurto del mismo valor, con arresto mayor en grado mínimo (art. 427-3°). Pero el hurto, si es habitual, o si el reo es reincidente (a partir de la edición reformada de 1.850) lleva una pena superior en un grado, cosa que no acontece con el robo señalado; lo que constituye una palmaria incongruencia. Respecto a los demás delitos contra la propiedad, no todos se rigen por la escala n° 1 o de los presidios. por ejemplo. las estafas tienen señaladas penas de prisión, por lo que no quedan sujetas a esta pena accesoria.

56) Vid infra,Secc.3ª, III.3.B.b.,las diferencias con las agravantes 17ª y 18ª, pág. 400 ss.

57) Dice el art. 74: "En los casos en que las penas señaladas por la ley contenga tres grados, bien sea una sola pena divisible, bien sea compuesta de tres distintas, cada una de las cuales forma un grado con arreglo a lo prevenido en los artículos 83 y 84, los Tribunales observarán para la aplicación de la pena, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las reglas siguientes:

1ª.- Cuando en el hecho no concurrieren circunstancias

agravantes ni atenuantes, impondrán la pena señalada por la ley en su grado medio.

2ª.- Cuando concurriere solo alguna circunstancia atenuante la impondrán en el grado mínimo.

3ª.- Cuando concurriere solo alguna circunstancia agravante, la impondrán en el grado máximo.

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

5ª.- Cuando sean dos o más, y muy calificadas las circunstancias atenuantes, y no concurra ninguna agravante, los Tribunales impondrán la pena inmediatamente inferior a la señalada por la ley en el grado que estimen correspondiente, según el número y entidad de dichas circunstancias.

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.

7ª.- Dentro de los límites de cada grado, los Tribunales determinarán la cuantía de la pena, en consideración al número y entidad de las circunstancias agravantes y atenuantes,y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito."

58) Dice el art. 70: "En los casos en que la ley señala una sola pena indivisible, la aplicarán los Tribunales sin consideración a las circunstancias atenuantes y agravantes que concurran en el hecho. Cuando la ley señale una pena compuesta de dos indivisibles, los Tribunales impondrán la mayor, a no ser que concurra alguna circunstancia atenuante".
Se exceptúan de estas disposiciones los casos de que se trata en los tres artículos siguientes: "(Los tres artículos siguientes contemplan las reglas especiales para cuando no concurran todos los requisitos del caso fortuito del art. 8-8°, para la atenuante de menor edad y para las eximentes incompletas).

59) Estas disposiciones que exceptúan las previsiones generales para la reincidencia y reiteración, son objeto de estudio en la Sección Tercera de este Capítulo, Vid infra, Secc. 3ª, pág. 338 ss.

60) El Código de Brasil de 1.830 recoge una lista de 17 agravantes en su artículo 16. La reincidencia ocupa la n° 3 con el siguiente texto: "Cuando el delincuente sea reincidente en un delito de la misma naturaleza"

61) Vid supra Cap. 1°, Secc. 2ª.I. pág. 17

62) Así VIZMANOS Y ALVAREZ (Comentarios, I, 147), miembros de la Comisión codificadora, estiman que hubiera sido preferible dedicar a la recidiva un capítulo aparte que recogiese la "reincidencia en delitos de la misma especie", la "reincidencia en delitos de especie diferente", la "reiteración" (entendiendo por reiteración la repetición de delitos sin condena intermedia), y la habitualidad", con lo cual se hubiese ganado en claridad y sencillez, facilitando la distinción entre estas diversas figuras que tienen entre sí algún elemento común. En el mismo sentido se manifiesta MONTERO (Informe-Contestación, 37)

63) Vid supra nota 60.

64) Sobre esta agravante 17ª Vid infra, II, pág. 316 ss.

65) Vid infra a. pág. 264 ss.

66) MONTERO, Informe-Contestación, 34. Proponía este autor, en 1.852, fecha del informe, que para evitar distintas interpretaciones lo correcto sería dar una nueva redacción a la agravante, que en su opinión debía ser la siguiente: "18. De la reincidencia, entendiéndose que la hay cuando el culpable ha sido castigado por delito de la misma especie".

67) GARCIA GOYENA, Código Criminal, II, 199 s.

68) Vid infra, a. pág. 264 ss.

69) Sobre el nacimiento y contenido de la teoría de los tipos de autor, Vid DEL ROSAL, Personalidad, 19-95, particularmente 81-6 en referencia a la reincidencia como "tipos de autor"; y concretamente sobre la reincidencia como "tipo legal criminológico represivo" Vid BETTIOL, Generale, 581-8.

70) Teniendo en cuenta que DEL ROSAL (Personalidad, 115 y MISMO AUTOR, Derecho Penal, 288) contemplando las agravantes de reincidencia y reiteración del Código penal español de 1.944 llegaba a la conclusión de que ambas recogen "tipos criminológicos de autor" que agravan por el "modo de ser" del reo, pensamos que este autor no hubiese dudado en mantener la misma afirmación respecto a la reincidencia contemplada en el código penal de 1.848 en el que simplemente se aludía a "ser reincidente" de delito de la misma especie sin expresar los requisitos necesarios para dar vida a la figura del "reincidente". En nuestra opinión, la conclusión que mantiene el autor citado no puede mantenerse en base a la concreta regulación positiva del código penal, donde la reincidencia

aparece concebida de manera totalmente formalista, de aplicación automática y ajena a cualquier indagación sobre la personalidad del sujeto (Vid QUINTANO, Comentarios, 238; RODRIGUEZ MOURULLO, Comentarios, I, 726 s., y MISMO AUTOR, Multirreincidencia, 293, s.). Respecto al Código de 1.848 exponemos a continuación en el texto las razones que impiden la consideración del reincidente como "tipo de autor" en este cuerpo legal.

71) Vid ROSSI, Tratado, I, 285

72) Vid infra a. pág.264 ss.

73) De acuerdo con lo establecido en el art. 69 del Código de 1.848 cuyo contenido es prácticamente idéntico al del actual art. 60 del Código penal texto refundido de 1.973.

74) No existe contradicción alguna al afirmar que la reincidencia, circunstancia personal, tiene a su vez legalmente un carácter objetivo, pues es evidente que está construída exclusivamente sobre la constatación de unos datos externos: la condena anterior a la nueva comisión delictiva, más la relación formal de semejanza entre las infracciones. Sobre el carácter objetivo de la reincidencia, Vid LUZON, Tribunal Supremo, I, 426 s.; MIR PUIG Reincidencia, 294 s., trata de la conveniencia de exigir el conocimiento por parte del sujeto de los hechos objetivos fundamentadores de la agravante personal, como ya había apuntado RODRIGUEZ MUÑOZ, Notas, II, 352, s.; RODRIGUEZ DEVESA, General, 7ª ed. 704 s. alude a la reincidencia legal como "concepto mecanizado".
Por otro lado, como ha señalado DIEZ RIPOLLES (Naturaleza, 649), debe cuestionarse la conveniencia de seguir manteniendo la dicotomía objetivo-subjetiva al referirse a la naturaleza de las circunstancias agravantes.

75) Sobre las razones que aduce la doctrina y los comentaristas como fundamento de la agravante de reincidencia, Vid infra, Secc. 4ª, I, pág. 421 ss.

76) QUINTANO, Comentarios, 239 destaca el "carácter exclusivamente objetivo" que de hecho tiene la apreciación de la reincidencia, "mensurable burocráticamente por los renglones de hojas de antecedentes penales"

77) CASTRO y ORTIZ DE ZUÑIGA, Código Penal, I, 97, Subrayado nuestro.

78) CARDENAS, Observaciones y comentarios, 235. Subrayado nuestro.

79) ARAMBURU y ARREGUI, Instituciones, Prólogo Vs.

80) Ibidem, 38

81) A esta diversidad de criterios aludía RUEDA, Elementos I, 362 s., al comentar la nueva definición legal de reincidencia introducido en el c.p. de 1.870 y compararle con la de 1.848.

82) MONTERO, Informe-Contestación, 34

83) Ibidem

84) PACHECO, Código Penal, I, 253

85) VIZMANOS y ALVAREZ, Comentarios, I, 146

86) GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN, Elementos, 62. Subrayado nuestro.

87) LASO, Elementos, 29

88) AURIOLES, Instituciones, 41: "según nuestra ley, no habrá reincidencia si no ha precedido juicio y condenación".

89) VICENTE Y CARAVANTES, Código Penal, 93

90) CORZO, Código Penal, 10

91) Vid supra, nota 82

92) Fueron miembros de dicha Comisión, PACHECO (sobre su participación, Vid supra Secc. 1ª. I, pág. 244 y nota 12) VIZMANOS, ALVAREZ MARTINEZ CASTRO Y OROZCO y ORTIZ DE ZUÑIGA.

93) En la primera obra, "Derecho Criminal", publicada en 1.862, figura como Magistrado de la Audiencia de Madrid y Abogado Fiscal. En 1.876, fecha de publicación de "La Ley Penal", aparece como Abogado Fiscal del Tribunal Supremo.

94) AZCUTIA, Derecho Criminal, 131-5

95) Ibidem, 248 s.

96) Ibidem, 269. Manifiesta el autor traer a colación el supuesto citado por "la repetición con que en algunos Juzgados y en causas de hurto hemos visto apreciar como circunstancia de reincidencia un hecho que no la constituye ni debe estimarse en tal concepto ((...)). Respecto a la resolución de la Audiencia en el caso citado, considerando de "distinta especie" el hurto de leñas cuando fue juzgado conforme a la legislación anterior que lo encuadraba como "daños", dice "no uno, sino muchos casos análogos, traen de tiempo atrás confirmada y sancionada esta doctrina"

97) AZCUTIA, Ley Penal, 247

98) Ibidem

99) Ibidem, 249

100) Ibidem, 250. Además de esta definición propone otra que en su opinión también sería válida: "Hay reincidencia, cuando al delito posterior precede una condena ejecutoria, por otro igual anteriormente cometido. "En esta segunda parece que entiende que la condena debe ser anterior a la comisión del segundo delito, lo cual no encaja con las manifestaciones vertidas inmediatamente antes en el sentido de que la reincidencia legal debe existir "aun cuando el hecho posterior se haya ejecutado antes de haber sido dictada (la sentencia por selito anterior)"

101) Sobre la definición de reincidencia en el código de 1.870 Vid infra Cap. 3° Secc. 2ª, I. pág. 541

102) Por citar un ejemplo de este fenómeno, concretamente en materia de reincidencia, baste recordar la discordancia que durante tantos años se ha mantenido en la interpretación doctrinal de la doble reincidencia y la aplicación práctica de la misma al imponerse la elevación de grado prevista en el art. 61, 6° del código penal de 1.944 y sucesivos textos refundidos. Cuando la pugna entre la exigencia doctrinal de una previa declaración de reincidencia, y de dos condenas anteriores dictadas en sentencias distintas, y la interpretación de los Tribunales, que se basaban en el mero cómputo del número de antecedentes delictivos considerando suficiente la existencia de 2 condenas anteriores, parecía resolverse a partir de la famosa sentencia de 25 de enero de 1.972, la ley 39/1.974 de 28 de noviembre viene a dar la razón a la línea jurisprudencial tradicional. Por fortuna la ley 81/1.978 de 28 de diciembre ha resuelto satisfactoriamente la cuestión. El Proyecto de 1.980 elimina la posibilidad de elevar la pena por la existencia de cualquier clase agravante (art. 78, 6ª); el problema se traslada a la declaración de delincuente habitual y la consiguiente imposición de medida de seguridad (art. 148).

103) VICENTE Y CARAVANTES, Código penal, 93

104) El perdón del ofendido releva del cumplimiento de la pena en los delitos de adulterio (art. 351: "El marido podrá en cualquier tiempo remitir la pena impuesta a su consorte. volviendo a reunirse con ella. En este caso se tendrá también por remitida la pena al adúltero"). Misma disposición respecto al amancebamiento, violación, estupro y rapto (art. 361, p. 2°: "El ofensor quedará relevado de la pena impuesta casándose con la ofendida")

calumnia e injuria (art. 381, p. 2°: "El culpable quedará relevado de la pena impuesta, mediando perdón de la misma")

105) Vid infra Secc. 3ª, III, pág. 388

106) Vid infra, Secc. 3ª, III, 4. pág. 403

107) Vid supra a. pág. 264 s..

108) VICENTE Y CARAVANTES, Código penal, 93. Subrayado nuestro.

109) Ibidem, 94. Subrayados nuestros

110) Col. Leg. t. 50, 263. Subrayado nuestro.

111) Col. Leg. t.60, 234. Subrayado nuestro

112) Nos referimos a los códigos de 1.870, 1.932 y 1.944 y sucesivos taxtos refundidos de 1.963 y 1.973.

113) Vid arts. 349 a 364 del código penal de 1.848

114) ANTON ONECA, General, 383. Aunque alude en apoyo de su tesis la diferente importancia de las dos circunstancias en el código.

115) MIR PUIG, Reincidencia, 44-53

116) Respecto a CASTRO y ORTIZ DE ZUÑIGA (Código penal, Prólogo, XV), ellos mismos manifiestan que su participación fue "insignificante", "ya por ejercer a la sazón cargos incompatibles con la asistencia diaria a las sesiones, ya por haber tomado asiento en la Comisión cuando estaban muy adelantados los trabajos y acordadas definitivamente las bases sobre las que debía proseguirse" Sobre la tampoco demasiado importante intervención de PACHECO, Vid. ANTON ONECA, Código penal de 1.848, 491-5 y LOPEZ REY, Especial, 311. Dice ANTON (op. cit. 489) que VIZMANOS y ALVAREZ fueron los miembros de la Comisión de Códigos que trabajaron más actuvamente en los debates de preparación del Código.

117) PACHECO, Código Penal, I, 253

118) Ibidem

119) Ibidem, 531 s. Subrayados nuestros.

120) Ibidem, 540. Subrayados nuestros

121) Vid supra Secc. 1ª, III.2. pág. 255

122) PACHECO, Código Penal, I, 533. Al explicar los supues-

tos de la regla 1ª del art. 125, interpreta que "El condenado a cadena perpetua que comete un delito merecedor de tal pena, tiene contra sí circunstancias agravantes (artículo 10, números 17 y 18). Habrá pues de ser condenado por ello -(art. 74, regla 3ª)- en el máximum de la penalidad, o sea en la muerte, pero si concurren también como es posible, circunstancias atenuantes ... "Lo que queremos destacar es que PACHECO entiende que las recaídas previstas en el art. 125 son casos de reincidencia, propia o impropia, aunque las reglas de agravación pueden coincidir, como cree él para algunos supuestos, o pueden ser más graves.

123) Vid infra, II, 3.B.b. pág. 326

124) VIZMANOS y ALVAREZ, Comentarios, I, 146-8

125) Ibidem, 148. Subrayado nuestro.

126) Ibidem, 397. Subrayado nuestro.

127) Ibidem. Subrayados nuestros.

128) CASTRO y ORTIZ DE ZUÑIGA, Código Penal, I, 97. Subrayado nuestro.

129) Ibidem, 247 s.

130) AURIOLES, Instituciones, 41

131) GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN, Elementos, 62

132) Ibidem, 195. Subrayados nuestros

133) PACHECO, Código Penal, I, 253: "El que mata tres hombres de seguida, el que comete treinta robos, con tal que no se le haya juzgado y condenado. no es reincidente aún en los delitos que perpetra. Habrá reiteración, habrá hábito; reincidencia leagal no la hay". (Subrayado nuestro). Adviértase que en la alusión a "reiteración" se quiere indicar "repetición" de delitos, no la agravante 17ª.

134) MONTERO, Informe-Contestación, 143

135) PACHECO, Código Penal, I, 541. Aunque trata de esta cuestión al comentar el art. 125, no es terminante sobre si una disposición similar a los arts. 90 y 91 del código napolitano debieran introducirse junto al art. 125 o bienjunto a la definición de reincidencia. Su argumento se basa en que "la remisión o conmutación de la pena, concedida por el Príncipe, no quita al favorecido el carácter de sentenciado para los efectos de la reincidencia o del nuevo delinquimiento; ..."

136) Vid supra, pág. 275 ss.

137) CORZO, Código Penal, 10

138) Ibidem

139) LASO, Elementos, 102. Subrayado nuestro

140) CARRARA, Sulla recidiva, 147, refiriéndose al código penal español de 1.850, estima que la agravante 17ª contempla la reincidencia "vera", esto es que exige previo cumplimiento de condena. Mientras que en su opinión la circunstancia 18ª es una reincidencia "finta" que no exige tal cumplimiento. Sentimos disentir de este ilustre autor, pero creemos que las razones expuestas avalan nuestra conclusión.

141) Vid infra Secc. 3ª,III. pág. 388

142) Vid Supra, a'', págs. 286 ss.

143) MONTERO, Informe-Contestación. 37

144) Vid supra a'' págs. 282 ss.

145) Dice el art. 6: "se reputan delitos graves los que la ley castiga con penas graves. Se reputan delitos menos graves los que la ley reprime con penas correccionales. Son faltas las infracciones a que la ley señala penas leves.

146) Respecto a la clasificación de las penas, Vid supra Secc. 1ª, III. 1 el art. 24, pág.

147) Vid. reglas 3ª a 9ª de la Ley Provisional publicada en la edición del oficial del código de 1.848 y reglas 1ª a 24ª de la Ley Provisional reformada que acompaña a la edición de 1.850.

148) Vid infra Secc. 3ª, III, pág. 388

149) Vid infra Cap. 3° Secc. 2ª, I. pág. 549

150) Así lo entendía DIAZ DE RUEDA (Dictamen, 379 s.) Fiscal de la Audiencia de Valencia: "Las reincidencias múltiples de los núms. 17 y 18 del art. 10 del código no se cuentan, sino que cualquiera que sea su número, se refunden en un solo concepto de la mayor perversidad del procesado, y apreciada la última, solo pueden tenerse presentes las demás dentro del grado correspondiente" (Subrayado nuestro).

151) Según da cuenta GARCIA GOYENA,(Práctica Criminal, 162) en la indagatoria debía preguntarse al reo "si ha sido preso o procesado en alguna ocasión, y en caso afirmativo en qué causa, en que juzgado y que sentencia recayó, si ha cumplido la pena que se le impuso". En varios de los casos juzgados que cita (Ibidem, 259-73) así consta que se había interrgogado; lo que no consta en ningún momento es referencia alguna a Registro ni siquiera que se solicitase, o que debiera solicitarse a otros Juzgados testimonio de los posibles antecedentes del reo.

152) Col. Leg. t 45, 116 ss. CASTEJON, Legislación, 27 alude a una oredenanza de 1.834 por la que se había creado un registro especial de penados, pero que no reunía los caracteres del de 1.848.

153) CASTEJON, Legislación, 27

154) Ibidem, 28. El Registro creado no debía ser lo suficientemente ágil, según se desprende de una reseña de MONTERO HIDALGO que aparece en la Revista de los Tribunales y Administración, 1.851, páf. 516, en la que sugiere que el Registro debiera imprimirse y que las anotaciones debiaran recogerse por orden alfabético.

155) AZCUTIA, Derecho Criminal, 81

156) Vid supra a.c' pág. 291

157) Vid infra Cap. 3°. Secc. 2ª.I. pág. 349

158) Vid supra Cap. 1°. Secc. 2ª I.2.C. pág.31

159) Los arts. 38 y 33 respectivamente de los Proyectos de 1.830 y 1.834, decían: "La reincidencia en un mismo delito se calificará con un grado mayor de malicia que el que se consideró en la primera perpetración" (subrayado nuestro). Vid CASABO, Proyecto de 1.830,65 y MISMO AUTOR Proyecto de 1.834,41.

160) En este Proyecto hay un doble concepto de reincidencia según haya existido o no condena anterior, limitándose en el primer caso a recaídas en delitos del "mismo género",mientras que cuando no ha habido condena intermecia lo restringe a recaídas en el "mismo delito". Textualmente dice el art. 1.122, en el Título especial dedicado a "Las penas comunes de la reincidencia": "Incurre en la pena de la reincidencia el que habiendo sido juzgado y condenado por un delito vuelve a cometer otro del mismo género, aunque sean distintas las circunstancias que prefijen el grado de su criminalidad, y el que

comete por segunda vez un delito comprendido en la disposición de una misma ley o artículo, aún cuando no haya sido juzgado por el primero". Vid CASABO, Proyecto de 1.831, 254.

161) Vid infra II, pág. 322

162) Vid infra, Cap. 3° Secc. 2ª.I.2.D. pág. 596

163) El art. 28, 11ª, párrafo segundo del Proyecto de 1.930 dice: "Hay reincidencia específica cuando al delinquir el culpable hubiere sido ejecutoriamente condenado por el mismo o semejante especie de delito, salvo que se hubieren cancelado sus antecedentes penales".

164) VICENTE Y CARAVANTES; Código Penal, 94. Subrayados nuestros.

165) Como veremos más adelante (infra, Secc. 3ª.I. pág. 340) el código ofrece una definición un tanto peculiar del "reo habitual" en el hurto cualificado por esta circunstancia (art. 428-2°).

166) PACHECO, Código Penal, I, 253

167) CORZO, Código Penal, 10

168) La menor gravedad de esta circunstancia se deduce a la limitación impuesta por la necesidad de que el delito anteriormente castigado tuviese señalada pena igual o mayor que el nuevo cometido, así como la ausencia de elevaciones expeciales de la pena como ocurre con la reincidencia para determinados delitos.

169) CARDENAS, Observaciones, 235

170) PACHECO, Código Penal, I, 253 s.

171) Ibidem

172) VIZMANOS y ALVAREZ, Comentarios, I, 146

173) GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN, Elementos, 62

174) Vid infra, Cap. 3° Secc. 3ª,II.2.A.c.b', pág. 741

175) AZCUTIA, Derecho Criminal, 169. Vid supra A.a. pág. 6

176) Jur. Crim. t. 16/146

177) Jur. Crim. 16/255. No consta si el robo anterior fue con violencia en las personas o si fue con fuerza en las cosas. En la sentencia solo se alude a que el 2 de julio

de 1.857 fue condenado por dos delitos de robo a 8 años de presidio mayor por cada uno de ellos (pena que puede ser impuesta en ambas modalidades de robo). También había sido condenado anteriormente el 28 de enero de 1.843, por un delito de lesiones, a 6 meses de arresto mayor.

178) JurCrim t. 18/186.

179) JurCrim t. 10/70.

180) JurCrim t. 10/168.

181) En el mismo código se prevé la existencia de leyes penales especiales. El art. 7 establece: "No están sujetos a las disposiciones de este código los delitos militares, los de imprenta los de contrabando, ni los que se cometan en contravención de las leyes sanitarias en tiempo de epidemia".

182) Vid supra Cap. 1° Secc. 2ª I.2.D. pág. 35 y nota 115

183) VICENTE Y CARAVANTES, Código Penal, 93, Cita a FARINACIO y a CHAVEAU y HELIE.

184) Ibidem

185) Vid art. 126 de este código.

186) Vid supra 2.A.b' pág. 274 ss.

187) Vid supra Secc. 1ª.III.2. pág.255

188) PACHECO, Código Penal, 1,419

189) CASTRO yORTIZ DE ZUÑIGA, Código Penal, 191

190) VICENTE Y CARAVANTES, Código Penal, 218

191) VIZMANOS y ALVAREZ, Comentarios, I, 302

192) El utilitarismo cuya difusión en España se debe principalmente a BENTHAM, -su más destacado representante- había sido aceptado sin llegar a extremos perniciosos en el código de 1.822 y era doctrina admitida ampliamente hasta la propagación de las teorías kantianas de la justicia absoluta, que llegan de forma matizada a nuestro país a través de las teorías de ROSSI. Vid ANTON ONECA, Código Penal de 1.848, 477 s.

193) Vid infra, Secc. 3ª I y II, págs. 340 y 370

194) Así lo afirma el Ministro de Gracia y Justicia, ARRAZOLA en la exposición del Real Decreto de 7 de diciembre de

1.866 (Col. Leg. T.96, pág. 961) sobre la concesión de indultos: "... las leyes recopiladas modificaban ya la aplicación de la prerrogativa... y se declaraban asimismo excluidos de los indultos generales los delitos graves casi en su totalidad y las reincidencias"

195) Real Decreto de 19 de noviembre de 1.847, Col. Leg. t. 42, 259 s.. Por Real Orden de 12 de enero de 1.848 (Col. Leg. t.43, 11) se aclara que la reincidencia a que aludía el anterior Real Decreto se refiere sobre la misma clase de delitos, por lo que "una fuga, se opone al indulto de otra fuga, no a la del delito principal", que al parecer eran los casos que habían suscitado problemas de interpretación. Por ello, se deduce que la recaída en delitos de distinta especie (agravante 10, 17ª) no quedaba excluída de ese indulto.

196) Real Decreto de 19 de julio de 1.850. Col. Leg. t.50, 622 s. La cita corresponde al nº 2 del art.8 del R.D. Nótese como se refiere reparadamente a la "reincidencia" y a las demás clases de recaídas.

197) Art. 15 del Real Decreto de 1.850 citado.

198) Real Decreto de 7 de Diciembre de 1.866, Col. Leg. t.96 960-8

199) Art. 11 del R.D. de 1.866: "A los reincidentes, a los delincuentes habituales y a los que ya hubieran disfrutado de Real Indulto, la rebaja y en su caso el indulto, será condicional, entendiéndose no concedida la Real Gracia si reincidiesen o dieren nueva ocasión de ser procesados, no obteniendo absolución omnimoda"

200) Vid infra Cap. 3º Secc. 2ª. I.4.B.a. pág.626

201) Sobre los juicios que se vierten respecto a los reincidentes, Vid infra,Secc. 4ª, I.2., págs. 428 ss. al tratar de la fundamentación jurídica en la doctrina.

202) Concretamente dice el art. 494 del Código en su "Disposición Final": "Quedan derogadas todas las leyes penales anteriores a la promulgación de este código, salvo las concernientes a los delitos no sujetos a las disposiciones del mismo con arreglo a lo prescrito en el art. 7º". Ya vimos como el art. 7º preveía legislación especial en lo militar, en imprenta, contrabando, y en materia sanitaria para tiempos de epidemia.

203) Pragmática de 12 de marzo de 1.771, Ley VII, Tit. 40 Libro XII de la Novísima Recopilación.

204) Art. 19: "No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle establecida por la ley con anterioridad a su perpetración".

205) Art. 20: Siempre que la ley modere la pena señalada a un delito o falta, y se publicare aquella antes de pronunciarse el fallo que cause ejecutoria contra reos del mismo delito o falta, disfrutarán estos del beneficio de la ley".
Esta retroactividad de ley más favorable, como se ve, se limita a los hechos que aún no hubiesen sido sentenciados ejecutoriamente.

206) Prueba de ello es, que en el indulto de 1.850 se concede además de otras rebajas en las penas, el alzamiento de la claúsula de retención "a todos los reos condenados con esa cualidad, siempre que lleven cumplidos doce años de sus condenas, computándose para ese efecto la rebaja del presente indulto" Y aun wn 1.860 se publica un R.D. al que en seguida nos referiremos, regulando el alzamiento de dicha claúsula. Todavía en 1.902 quedaban en las cárceles españolas dos reclusos sometidos a la retención, según se desprende de la Tabla sobre el estado de la población penal que reproduce SILVELA (Derecho Penal, II, 386); aunque uno de ellos era probablemente el recluso sobre el que escribe CASTEJON (Sentencia, 730-4) que aún en 1.924 se encontraba bajo esta claúsula cumpliendo pena en prisión central de sexagenarios de Cadiz, por haber sido condenado por la Audiencia Pretorial de La Habana en 1.873 a dos penas de 10 años de presidio con retención, de acuerdo con la legislación vigente en aquella colonia.

207) Ordenanza General de Presidios del Reino, de 14 de abril de 1.834 (Decretos, t.19, Apéndice, 27-122). En ella se deroga la anterior Ordenanza de 1.807 que contemplaba igualmente la claúsula de retención (Vid SALILLAS, Evolución, II, 521-4).

208) Pues aunque se publican numerosas órdenes, circulares y reales decretos modificándola o complementándola en algunos aspectos, es esta ordenanza básicamente la que sigue rigiendo hasta la publicación del Real Decreto de 5 de mayo de 1.913. Así se desprende de la misma exposición de motivos de dicho Real Decreto. Vid CASTEJON, Legislación, 451 s.

209) Transcribimos los arts. 306, 316 y 321 de la Ordenanza que son los más relevantes a efectos de la retención: El primero de ellos se refiere a la exclusión de los condenados con claúsula de retención, de los premios y rebajas que se conceden a los demás reos, pero en él se dispone claramente la posibilidad de alzar la retención una vez cumplidos 10 años de presidio. Los otros dos artículos se refieren al alzamiento de la retención.

Art. 306: "Las rebajas no serán extensivas a los sentenciados con retención, los cuales cumplirán su condena día por día; pero se tendrán presentes su conducta y circunstancias en el expediente que se formará, cumplidos los diez años, para alzarles la retención. Tampoco se concederán a los que hubiesen desertado, si lo verificasen después de obtenidas las perderán".

Art. 316: "Los Tribunales no podrán aplicar la pena de reclusión perpetua ni de presidio por más de diez años en cada sentencia, como está prevenido en las leyes 7ª y 15ª, tit. IV, Lib. XII, de la Novísima Recopilación, fijando el tiempo de la condena que debe ser cierto y no dividido ni forzoso y a voluntad de las Salas del crimen como dispone la Real Orden de 5 de Junio de 1.816 pudiendo únicamente agregar la claúsula de retención para después de cumplidos 10 años respecto a los reos más graves, los que serán cuidadosamente vigilados por los jefes de los presidios de Africa, para evacuar con acierto los informes que se les piden".

Art. 321: "Cuando el sentenciado con retención haya cumplido los 10 años, u dos más en el presidio, día por día y sin rebaja, sin reincidir o incurrir en delito,se le graduará de corregido, y no se le detendrá su licencia de cumplido, precediendo siempre mi Real Aprobación".

210) Real Decreto de 18 de enero de 1.860 (Col. Leg. t. 83, 42-4). En la exposición del Ministro a S.M. para la aprobación del decreto alude a la necesidad de"aclarar dudas sobre las diversas interpretaciones que se vienen dando a los arts. 306 y 321 de la Ordenanza de Presidios((...))"

211) Así se establecía en el art. 306 y 316 de la Ordenanza citada. En aclaración a las posibles dudas ya en el mismo año de 1.834 se había publicado una Real Orden el 14 de diciembre, (referencia en En Jur. t. XXXV, 719), que establecía que "... la claúsula de retención no condena necesariamente al penado a la continuación en el presidio por dos años más a lo menos, sino que importa solo una prorrogación indeterminada del tiempo de la pena, para que cumplido el cierto de los 10 años, continúe el reo uno, dos o los más años que según las circunstancias de su delito y de su conducta, estime Su Majestad convincentes".

212) Vid Infra, Secc. 3ª.III.5.B. pág. 417

213) Vid Supra, pág. 308, nota 206

214) Art. 1° del Real Decreto de 9 de octubre de 1.853 (Col. Leg. t. 60, 232-4)

215) Ibidem, pág. 233

216) Los números 4° y 5° del parcialmente transcrito art. 2 excluyen también de esta denominada "Real Gracia" a los reos de robo, hurto y estafa que exceda de 5 duros; y a los reos de los mismos delitos apuntados aunque no excedan de 5 duros, si concurriesen circunstancias notables de agravación.

217) Por Real Decreto de 25 de agosto de 1.847 (Col. Leg. t. 41, 643-654) se ordena la creación en Madrid de tres cárceles modelos (una para preventivos, otra para sentenciados y otra para mujeres) y se dicta el Reglamento para las cárceles de capitales de provincia.

218) Principalmente porque, como veremos (Infra. Cap. 3°, Secc. 2ª, I.2.B.c., pág. 550) la reincidencia en el código penal de 1.870 exige simplemente la existencia de una condena anterior al momento de ser juzgado por el delito.

219) Vid infra Cap. 3° Secc. 2ª I.2.D., pág. 596

220) Vid infra 2.A. pág. 319

221) Entre las circunstancias agravantes que contempla el código de Brasil de 1.830 se recoge la reincidencia únicamente en delitos de la misma naturaleza (art. 16,3°) En ningún otro lugar de este código se vuelve a mencionar esta circunstancia.

222) Artículos 56 a 58 del código penal francés de 1.810 (Vid supra Cap. 1° Secc. 2ª, pág.46,n.138). La reforma de 28 de Abril de 1.832 no afecta de forma esencial estos artículos; solamente se modifican algunas de las penas que se señalan para la reincidencia. El código penal de Nápoles de 1.819 dedica también un capítulo especial en el Libro I al tratar "De la reincidencia y de la reiteración" que comprende los artículos 78 a 91. En el artículo 78 se ofrece una definición general de reincidencia de la siguiente forma: "Será reincidente el que cometiere un crimen después de haber sido condenado por otro anterior. Se tendrá por condenado a todo indivíduo a quien se haya impuesto irrevocablemente alguna pena que deba legalmente ejecutarse". A continuación los arts. 79 a 84 señalan las penas que corresponden por reincidencia en atención a la gravedad de la infracción anterior y a la de la nueva cometida, diferenciando con la misma técnica que el código francés la reincidencia en crímenes, delitos o contravenciones. Los arts. 85 a 88 tratan de la "reiteración", esto es de la repetición de delitos sin condena intermedia. Los arts. 89 a 91 establecen los efectos de la amnistía e indulto de cara a la reincidencia y reiteración. (Citamos por Código de Dos Sicilias, publicado en Colección de códigos penales de los Estados modernos. Madrid, 1.848)

223) Vid supra I.3.B.a. pág. 305

224) Vid supra 1.3.B.c. pág. 310

225) Ibidem, el art. 2° del Real Decreto allí citado

226) Vid infra 2.A. pág. 319 ss.

227) Vid supra Cáp. 1° Secc. 2ª.II.1.pág. 57

228) Así GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN, Elementos, 62: "Hay reiteración cuando una persona es culpable por diferentes delitos, no habiendo sido juzgada por ninguno de ellos". Por ello, al comentar el art. 76 del código que trata del concurso de delitos, denomina al concurso "reiteración" (Ibidem, 144). También PACHECO, Código Penal I, 253, diferencia reincidencia y reiteración con el mismo criterio. En el mismo sentido VIZMANOS y ALVAREZ Comentarios, I, 310.

229) Vid supra I.2.A. pág.263 y nota 74

230) Vid infra Secc. 3ª.II. pág. 370

231) Vid infra Secc.4ª.I.2. pág.428ss.sobre la fundamentación jurídica en la doctrina de la época.

232) PACHECO, Código penal , I, 253

233) Ibidem, 254

234) Ibidem

235) Ibidem, 532

236) Vid BELEZZA DOS SANTOS. Recivistes, 669-701 y bibliografía allí citada. También ALTAVILLA, Recidiva. 259

237) GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN, Elementos, 62

238) VIZMANOS y ALVAREZ, Comentarios, 146

239) Vid supra, Cap. 1°. Secc. 2ª.II, pág. 57

240) VIZMANOS y ALVAREZ, Comentarios, I, 146 s.

241) VICENTE y CARAVANTES, Código Penal, 93

242) Vid infra, Cpa. 3° Secc. 2ª.II. pág. 640

243) VIZMANOS y ALVAREZ, Comentarios, I, 146 s. Según dice VIZMANOS (Ibidem, II, 383) en la primera redacción del Proyecto aparecían en un solo Título la reincidencia y la mera repetición de delitos.

244) MONTERO, Informe-Contestación, 37

245) Vid supra I.2.A.a.b'.a". pág. 275

246) Vid supra, Ibidem

247) Vid supra I.2.A.a.c' pág. 291

248) Vid supra I.2.C. pág. 301

249) Vid supra I.2.A.a.b'.b'' pág. 288

250) La duda se presentaba respecto a la misma exigencia de condena, pues es probable que la jurisprudencia, o al menos parte de ella considerase como reincidencia la mera repetición de delitos sin condena intermedia. Vid supra I.2.A.a. pág.

251) Como regla general y lógica, aunque puede haber alguna excepción, como lo son por ejemplo las excusas absolutorias, si entendemos la punibilidad como elemento esencial del delito. En cuanto a las circunstancias modificativas, tampoco concurre en la comisión del delito la atenuante de arrepentimiento espontáneo, que propiamente se encuentra en la misma línea que las excusas absolutorias. La atenuante de arrepentimiento no está contemplada en el código de 1.848; por primera vez aparece regulada en el código penal de 1.928 (circ. 7ª del art. 64) y desde entonces se ha mantenido en los códigos penales posteriores.

252) Admítase esta división de las agravantes como postulado general, aunque la afirmación de que suponen una más intensa antijuricidad o culpabilidad necesitaría muchas matizaciones que excedan de las posibilidades de este trabajo. Por de pronto, hay que tener en cuenta que el legislador puede incluir agravantes que difícilmente serían reconducibles a una de esas dos categorías dogmáticas, como ocurrirá por un ejemplo en el código penal de 1.870 con la agravante de "vagancia",(art. 10, 23ª) o como ocurría en el código penal de 1.822 con la agravante de "la mayor necesidad que tenga la sociedad de escarmientos" (art. 106, 1ª). Aparte de que sea discutible que alguna de ellas supongan realmente una mayor culpabilidad o antijuricidad, como ciertamente es discutible en la reincidencia.
Por otro lado, es evidente que en la época del código penal de 1.848 que ahora tratamos no se manejaban las categorías dogmáticas actuales. Lo que sí se percibe en la doctrina de esa época es la reconducción de las circunstancias agravantes a consideraciones de mayor perver-

sidad, o de mayor daño social, mayor alarma ... (Vid infra Secc. 4ª, I. pág. 423 ss.)
Una exposición de las posturas de la doctrina coetánea al código de 1.848 y de 1.870 respecto a la naturaleza de las circunstancias modificativas puede verse en DIEZ RIPOLLES, Naturaleza,598-604.

253) Vid supra 2.A. pág. 319

254) PACHECO, Código penal, I, 254

255) Vid supra I.2.B.a. pág. 296

256) Sobre las razones que conducen a la consideración de las penas en "abstracto" en base a la expresión "pena señalada por la ley delito", nos remitimos a lo que se expondrá al desarrollar esta agravante en el código penal de 1.870. Vid infra Cap. 3° Secc. 2ª.II.3.B.a.a'. pág. 666 ss.

257) VIZMANOS y ALVAREZ, Comentarios, I, 146. Aunque estos autores no se pronuncian tajantemente en contra de la agravante 17ª, hacen constar su extrañeza por la inclusión como tal de la reincidencia en delitos de distinta especie.

258) VIZMANOS y ALVAREZ (Comentarios, I, 147 s.) argumentan así: "La ley exige con mucha razón para que sea una circunstancia agravante la reincidencia en delitos de diversa especie, no solo que el culpable haya sido castigado antes por alguno de ellos, sino que el delito por que antes se le castigó fuera tan grave a lo menos como el cometido posteriormente: "haber sido castigado anteriormente por delito a que la ley señale igual o mayor pena", son las palabras del texto, palabras que encierran todo el pensamiento del legislador y toda la filosofía del precepto, que sin esta limitación sería absurdo". (El segundo subrayado es nuestro). Ponen a continuación por un ejemplo el caso de un hombre que en su juventud hubiera raptado a una mujer con la que luego se casó para desagraviar la ofensa; y que posteriormente muchos años después cometiese un homicidio o un delito contra el Estado. Consideran que sería irracional y absurdo que aquel delito cometido en su juventud tan distinto del homicidio ahora perpetrado, agravase a éste último. Pero nosotros nos preguntamos ¿no sería igual de absurdo que si el segundo delito es, por ejemplo, un hurto de pena menor que aquel cometido por el reo en su juventud, se le apreciase la agravante?.
Además en el ejemplo expuesto por los autores citados, juega un papel importante el lapso de tiempo transcurrido, que convierte en más absurda la agravante.

259) Ibidem. Por único argumento se ciñen al ejemplo citado en el cual la causa fundamental que parece justificar

la improcedencia de la agravante, es el lapso de tiempo transcurrido entre los delitos cometidos, pero no se explica an absoluto por que solo cuando la pena anterior sea igual o mayor sea procedente la agravación.

260) MARTINEZ ZAMORA, Reincidencia, 113 s. ante la dificultad de justificar la exigencia de una entidad igual o mayor en el delito anterior, considera que la única explicación "radicaría en la necesidad de no agravar con exceso la penalidad de aquellos delitos ya elevadamente sancionados, sobre la sola base de una transgresión criminal anterior de menor importancia". Razonamiento que tal vez tuvo presente el legislador como explicaremos más adelante (Vid infra pág. 330 ss.)

261) BENITEZ DE LUGO, Ensayo, 122 s. Propone que lo adecuado sería simplemente indicar "que el individuo perseverante en su inclinación al mal debe merecer por su naturaleza típica especial, un trato también distinto, adecuado a la revelación del sujeto".

262) La única excepción la constituye el código de 1.822, que por su escasísima vigencia fué poco conocido.

263) Como lo fueron VIZMANOS y ALVAREZ, que expresamente manifiestan haber participado sobre el tema de la reincidencia, defendiendo su inclusión en un capítulo aparte (Comentarios, I, 147). También PACHECO como miembro de dicha Comisión pudo tener ocasión de manifestar su acérrima oposición a esta agravante, pero no nos consta su participación en este punto, de la cual podemos dudar, pues pensamos que lo hubiera hecho constar en sus comentarios.

264) La doctrina clásica, y más concretamente su variante ecléctica, nunga negó la finalidad intimidativa de la pena, aunque subordinada a los límites de la proporción retributiva. Vid PACHECO, Estudios, 190-207

265) Vid infra Cap. 3° Secc. 2ª.II.3.B.a.a". pág. 666 ss.

266) BENITEZ DE LUGO, Ensayo, 122, alude a esta incongruencia a que conduce la comparación de las penas "porque la naturaleza del hecho realizado no está en relación directa con la pena aplicada" sobre todo si se tienen en cuenta la rigidez aritmética en la fijación de la pena concreta. En el mismo sentido, MARTINEZ ZAMORA, Reincidencia, 111

267) Art. 74, 1ª, Vid supra Secc. 1ª.III. pág. 255 s.y nota 57

268) La cadena temporal tenía -al igual que la reclusión, relegación y extrañamiento temporales-, una duración de 12 a 20 años, según el art. 26 p. 1 del código. El grado máximo tenía una duración de 18 a 20 años, y el grado medio de 15 a 18.

269) Esta pena se impone, por ejemplo, para el delito de castración, previsto en el art. 332. Y según el art. 84 cuando una pena esté compuesta de 3 distintas, cada una de ellas constituye un grado de la penalidad.

270) Vid art. 28, 11ª del Proyecto de código penal de 1.980

271) Nos remitimos a lo expuesto Supra I.3.A. pág. 303

272) Vid supra I.3.B.a pág. 305 . Como aclaraba la Real Orden de 12 de enero de 1.848, la reincidencia se entendía únicamente sobre la misma clase de delito (Vid nota 195 de este Capítulo).

273) Vid supra I.3.B.a pág. 305 ss. Al enumerar las condiciones necesarias para poder beneficiarse del indulto el R.D. de 1.850 aludía expresamente a "no ser reincidente" o "no haber sufrido anteriormente otras condenas" Puesto que el código sólo denomina reincidente a los que incurren en la agravante 18ª, cuando en el mismo R.D. se establece que el indulto que se conceda se otorgará condicionalmente a que no caiga el reo en ulterior "reincidencia" aquí debe entenderse también estrictamente en el sentido de la circunstancia 18ª, cuando se quiere aludir a otras recaídas después de condena anterior se hace de manera expresa, como se ve en este mismo R.D.

274) Vid supra I.3.B.a pág. 305 ss. Art. 11 de. R.D. de 7 de diciembre de 1.866

275) Vid supra I.3.B.b pág. 305 ss. El art. 2° del R.D. de 1.860, sobre la cláusula de retención se refiere a "el que ha sido reincidente durante su confinamiento, o ha incurrido en nuevo delito..." (subrayado nuestro)

276) Vid supra I.3.B.c y d págs. 310 y 311.

277) Vid supra I.2.A.a.c' pág. 291 y nota 150

278) De acuerdo con la regla 6ª del art. 74, cualquiera que sea el número y entidad de las circunstancias agravantes nunca podrá imponerse pena mayor que la señalada por la ley en su grado máximo. Y según la regla 7ª del mismo artículo, dentro de los límites de cada grado los Tribunales tienen libertad para determinar la cuantía de la pena, en atención al número de atenuantes y agravantes y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito.

279) Sobre el fundamento de estas agravantes, Vid infra Secc. 4ª. págs. 420 ss.

280) En este sentido MARTINEZ ZAMORA, Reincidencia, 140 y MIR MUIG, Reincidencia, 429. El Proyecto de código penal de 1.980 afortunadamente reconoce la unidad sustancial de las dos circunstancias al encuadrarlas en una misma causa de agravación; "Ser reincidente", que puede provenir de reincidencia genérica o de reincidencia específica según los delitos pasado y presente sean o no de distinta o de la misma especie (Art. 27, 11ª del Proyecto)

281) Así debiera apreciarse en el caso de robo, hurto o estafa cualificada por reincidencia.

282) En el Título I del Libro II, se recogen los "Delitos contra la religión". en los arts. 128, 130 y 135 la reincidencia lleva a imponer penas superiores:

Art. 128: "La tentativa para abolir o variar en España la religión católica, apostólica, romana, será castigada con las penas de reclusión temporal y extrañamiento perpetuo, si el culpable se hallare constituido en autoridad pública y cometiere el delito abusando de ella. No concurriendo esta circunstancias, la pena será la prisión mayor; y en caso de reincidencia, la de extrañamiento perpetuo".

Art. 130: "Serán castigados con la pena de prisión correccional: 1º.- El que inculcare públicamente la inobservancia de los preceptos religiosos. 2°.- El que con igual publicidad se mofare de alguno de los Misterios o Sacramentos de la Iglesia, o de otra manera excitare a su desprecio. 3°.- El que habiendo propalado doctrinas o máximas contrarias al dogma católico, persistiere en publicarlas después de haber sido condenadas por la autoridad eclesiástica. El reincidente en estos delitos será castigado con el extrañamiento temporal".

Art. 135: "Los que por medio de violencia, desorden o escándalo, impidieran o turbaren el ejercicio del culto público dentro o fuera del templo, serán castigados con la prisión correccional. En caso de reincidencia lo serán con la prisión menor".

283) Dice el art. 145: "El que sin los requisitos que prescriben las leyes ejecutare en el reino bulas, breves, rescriptos o despachos de la corte pontificia, o les diere curso, o los publicare, será castigado con las penas de prisión correccional y multa de 300 a 3.000 duros. Si el delincuente fuere eclesiástico, la pena será de extrañamiento temporal, y en caso de reincidencia, la de perpetuo"
Por otra parte, el art. 396: "El eclesiástico que requerido por el Tribunal competente rehusare remitirle los autos pedidos para la decisión de un recurso de fuerza interpuesto, o alzar las censuras o la fuerza, será castigado con la pena de inhabilitación temporal.La reinci-

dencia se castigará con la inhabilitación perpetua especial"

284) Vid TOMAS Y VALIENTE, Monarquía, 344: "((...)) es en ciertos delitos de los que ofenden directamente a Dios (perjurio, blasfemias menores ...), y en los delitos contra la propiedad (hurtos, robos), donde de un modo más constante las leyes imponen penas más graves a quienes los cometen por tercera o por segunda vez"... "La pena impuesta al que delinque por tercera vez suele ser incomparablemente más grave que la asignada al delito en sí mismo: de este modo al que profiere ciertos"votos"o"juramentos" ("pese a Dios", "malgrado haya Dios" y similares) por la primera vez que se le procesara por este delito se le castigaba a un mes de cárcel, pero por la tercera vez, se le penaba a que se le "enclave la lengua" y a seis años de galeras".

285) El Título VI del LibroII, trata"de la vagancia y mendicidad". Después de la definición de "vago" que se da en el art. 251, dice el 252: "El vago será castigado con las penas de arresto mayor y de sujeción a la vigilancia de la Autoridad por el tiempo de un año. Con la prisión correccional y dos años de vigilancia si reincidiere".
Al ser la vagancia un estado de la persona que "habitualmente no tiene profesión" ni otros medios lícitos de subsistencia, según el art. 251, la reincidencia no se da por un nuevo acto, sino por volverse a encontrar "habitualmente" en las mismas circunstancias.

286) Entre las "faltas menos graves" el art. 483 dice: "El dueño de ganados que entrare en heredad ajena y causare daño que no pase de 2 duros, será castigado con una multa con arreglo a la escala del art. 744 en su grado mínimo. En caso de reincidencia, se impondrá el grado medio, a no intervenir circunstancia atenuante".
También el art. 486: "El que entrare en monte ajeno y sin talar árboles, cortare ramaje o hiciere leña causando daño que no exceda de 2 duros, será castigado con una multa desde la mitad al tanto del daño causado. Siendo reincidente, la multa será de la mitad al duplo del daño.

287) Art. 267 del código reformado en 1.850: "Los banqueros y dueños de casas de juego de suerte, envite o azar, y los empresarios y expendedores de billetes de rifas no autorizadas, serán castigados con la pena de arresto mayor y multa de 20 a 200 duros; y en caso de reincidencia, con la de prisión correccional en su grado mínimo al medio y doble multa. Los jugadores que concurrieron a las casas referidas, con la de arresto mayor en su grado mínimo o multa de 10 a 100 duros: en caso de reincidencia, con la de arresto mayor y doble multa".

288) Ya en el código de 1.870 se suprime la agravación especial por reincidencia para los delitos contra la Religión. Pero se mantiene la referente al eclesiástico, que llega al código de 1.944 en el art. 381, aún vigente. Los juegos prohibidos se han mantenido con una redacción prácticamente igual en el art. 349 del código de 1.944, hasta que por Ley 16/1.977 de 25 de febrero se modificó su texto y se omitió la referencia expresa a la reincidencia. La falta de pastoreo abusivo aún queda agravada, pero no por reincidencia, sino por mera repetición, según la definición del código de 1.870 (art. 596 del código de 1.944)

289) En la actualidad, sobre la diferencia en ambos conceptos, vid ANTON ONECA, General, 390, RODRIGUEZ MOURULLO, Comentarios, I, 728 s.; CUELLO CALON, General (17ª ed.) 604, s.; También JIMENEZ ASUA, Ley 682, s. Sobre el concepto de "habitualidad" en la doctrina actual, jurisprudencia, y derecho positivo, Vid el interesante artículo de MIR PUIG, "Habitualidad criminal", y la bibliografía utilizada en el mismo. Vid también LANDECHO, Psicología, 37 s.

290) CORZO, Código penal, 10

291) Vid SERRANO, Habitualidad, principalmente 334-45.

292) Vid infra, 5 pág. 366

293) Todo "hurto" constituye "delito" en este código, salvo el realizado en estado de necesidad que consiste en sustraer comestibles para alimentarse el reo y su familia por dos días a lo más, que previsto en el art. 473 es castigado como "falta grave" con arresto de 1 a 15 días. Sin embargo la estafa o defraudación por importe inferior a 5 duros constituye "falta" también grave (art. 470, 1°). Los daños por importe inferior a 10 duros tienen también la categoría de "faltas" (art. 479), si bien cuando son causados por ganado, o cuando consisten en aprovechamiento de leña o ramaje de montes hasta de 25 duros, quedan incluídos como "faltas" (Vid arts. 474 a 479 y 483 a 486).

294) Art. 441: "Son aplicables las penas señaladas en el art. 438:

1°. A los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla.

2°. A los que cometieren alguna defraudación abusando de firma de otro en blanco, y extendiendo con ella algún documento en perjuicio del mismo o de un tercero.

3°. A los que defraudaren haciendo suscribir a otro con engaño algún documento.

4°. A los que en juego se valieren de fraude para asegurar la suerte.

Las penas se impondrán en su grado máximo en caso de depósito miserable o necesario.

Art. 442: "Son también aplicables las penas señaladas en el art. 438 a los que cometieren defraudación, sustrayendo, ocultando o inutilizando en todo o en parte algún proceso, expediente, documento u otro papel de cualquier clase.
Cuando se cometiere el mismo delito sin ánimo de defraudar, se impondrá a sus autores una multa de 20 a 200 duros".

295) En el art. 538 del código de 1.822, se decía: "La ocupación habitual en los casos de los tres artículos precedentes se probará por dos actos o más cometidos en esta materia y en distintas ocasiones"

296) VIZMANOS y ALVAREZ, Comentarios, II, 476

297) Ibidem

298) La Partida VII, 14, 18, establecía la pena de muerte para el "ladrón conocido que manifiestamente tuviese caminos". Pero como da cuenta TOMAS Y VALIENTE, Monarquía 251, citando a GREGORIO LOPEZ, el ladrón sólo se consideraba "famosum et publicum furem" cuando cometís por lo menos su tercer hurto, y salvo que los tres hurtos fuesen de cuantía mínima pues entonces se aplicaba otra pena que podía ser simplemente la cárcel por dos o tres meses (GREGORIO LOPEZ, Glosa, 5, "matar ni corta miembro". a dicha ley P. VII, 14, 18). En 1.843, pocos años antes de la instauración del nuevo código, GARCIA GOYENA (Código Criminal, 199 s.) plantea las distintas opiniones sobre la penalidad del tercer hurto, que en principio según la legislación debe llevar a la pena de muerte, alegando en favor de esta opinión "que el tercer hurto hace al ladrón famoso, consuetudinario e incorregible, aún cuando los hurtos sean de cosas pequeñas". Cita también a GREGORIO LOPEZ para la exigencia de "al menos tres hurtos para constituir costumbre" (ibidem, 204)

299) Vid supra Cap. 1° Secc. 3ª.II.4., pág.102 ss.las penas perpetuas a que podía llegarse en el código de 1.822 por mera repetición de robos y hurtos.

300) Vid supra 2. pág. 343 , nota 295, el art. 538 de aquel código.

301) Como señala con acierto ANTON ONECA, General, 390, es posible caer más de una vez en el delito, sin que éste deje de ser ocasional, si se reprodujeron las causas externas, extraordinarias habría que añadir, productoras del estímulo. Refiriéndose en concreto a la habitualidad en

la receptación en el mismo sentido RODRIGUEZ DEVESA, Especial (7ª ed.), 518, nota 19, citando algunas sentencias en esta línea.

302) Hay excepciones evidentes como es el castigo de la vagancia y la mendicidad (arts. 251-259) orientado claramente por prevención especial ya que incluso las penas de arresto mayor y sujeción a vigilancia de la autoridad señaladas para estas conductas, pueden remitirse bajo fianza de buen comportamiento (art, 225). Aunque en este momento histórico no puede hablarse técnicamente de "medida de seguridad" parece evidente que este caso se acerca más a un derecho preventivo y de medidas que a criterios clásicos de retribución.

303) El art. 6 del R.D. de 22 de setiembre de 1.848 (Col. Leg. XLV, 113) dictado para resolver dudas surgidas en la aplicación del código decía: "Definido una vez en el código un delito, cualidad o circunstancia, siempre que el mismo código hablare de aquél o de éstas, se entenderán definidos en los propios términos. Por tanto, definida la cualidad de "habitual" en el art. 428 refiriéndose al hurto, se entiende que lo está para todos los casos en que sea preciso apreciar la condición de habitual". Hay que hacer notar que en los Apéndices que acompañan a la edición oficial del Código de 1.848 y de la reforma de 1.850, en los que se recoge este R.D., el art. 6 citado aparece con un texto más corto, habiéndose suprimido el segundo inciso referente al "hurto habitual", lo cual se comprende respecto a la edición de 1.850 porque en ésta se había eliminado la agravación por "habitual" en el hurto. Pero respecto a la edición de 1.848 pensamos que fue un lapsus en la transcripción.

304) La embriaguez constituía la atenuante nº 6 del art. 9. Por la aplicabilidad general de esa definición a los delitos que contemplaban la habitualidad, protestaba PACHECO, Código Penal, (2ªed.) I, 207 de lo inadecuado de la definición, pues según decía "son tan varios y tan diversos los actos en que cabe habitualidad, que la reiteración o repetición que en unos la constituya, no la constituirá de seguro en otros"

305) A excepción del código penal de 1.928, que aportaba una definición de "habitual" basada en la multirreincidencia pero con exigencia de la incorporación subjetiva del hábito en el agente (art. 70), los demás códigos españoles no definen este concepto a pesar de que lo utilizan en la descripción de algunos delitos. Unicamente el código de justicia militar ofrece una definición, de carácter objetivo, en su art. 190, 2º. Vid sobre este tema, MIR PUIG, "Habitualidad criminal", 358 ss. El Proyecto de 1.930 contempla medidas de seguridad para el "habitual", considerando como tal a esos efectos al sujeto

"que hubiere sido condenado por tres o más delitos que no habiendo sido cancelados registralmente, hagan presumible su inclinación a delinquir según declaración expresa del Tribunal" (art. 150 u.p.) con lo cual se apunta hacia el necesario componente subjetivo del "hábito".

306) En este sentido RODRIGUEZ DEVESA, Especial (7ª ed.), 1.067, precisamente rebatiendo la postura de la Memoria emitida por la Fiscalía en 1.899 que aludía a la necesidad de condenas anteriores para poder establecer la calificación de "reo habitual" (Vid infra b'' pág. 355) También MIR PUIG Habitualidad, 363.

307) PACHECO, Código Penal, I, 253: si el reo no ha sido condenado anteriormente la comisión de varios delitos determinará "reiteración" o "hábito", pero no hay reincidencia legal. (Téngase en cuenta que por "reiteración" se entiende aquí la mera repetición de delitos, no la agravante 17ª).

308) VICENTE Y CARAVANTES, Código penal, 95. Después de establecer la diferencia por la necesidad de condena anterior en la reincidencia, dice: "El delito habitual supone pues mayor propensión a delinquir que la reincidencia, pero no tanta perversidad de ánimo; en el primer caso no se ha sufrido pena ni castigo que corrija y pueda servir de freno, y en el segundo, habiéndose sufrido ya pena, se atropella por todo volviendo a delinquir, dando pruebas de ser incorregible"(Subrayados nuestros).

309) CORZO, Código penal, 10: "Puede haber, por lo tanto reincidencia sin hábito, puede haber hábito sin verdadera reincidencia. Esta es más que aquel aunque en delitos de cierta índole infunda el hábito grave alarma y requiera agravaciones especiales en la pena".

310) Vid supra Secc. 2ª.I.2.A.a. pág.264

311) CASTRO y ORTIZ DE ZUÑIGA, Código Penal, II. 442

312) PACHECO, Código Penal, I, 253

313) CORZO, Código Penal, 10

314) VICENTE Y CARAVANTES, Código Penal, 95

315) VIZMANOS Y ALVAREZ, Comentarios, I, 397. Subrayados nuestros.

316) Ibidem, II, 476. Subrayado nuestro

317) Vid supra, Secc. 2ª.I.2.A.a. pág. 264 o la misma obra citada, I. 146-7, donde al comentar las agravantes 17ª y 18ª inequívocamente sientan la exigencia de condena previa como requisito indispensable de ambas clases de reincidencia.

318) Vid supra a, pág. 344

319) En la actualidad no existe postura uniforme en la doctrina y jurisprudencia respecto a la compatibilidad de la reincidencia con el hábito. Además no siempre se parte de la necesaria distinción entre "delitos de hábito" y delitos cualificados o agravados por el hábito ni se diferencian suficientemente los diversos supuestos de reincidencia en función de las clases de delitos que pueden dar lugar a ella; sí lo hacen CONDE-PUMPIDO, Habitualidad, 283, s. y QUINTANO, Tratado, III, 414-7, ambos tratando la receptación habitual; también SERRANO, Habitualidad, 328-33 quien intenta ofrecer una sistematización de las diversas posturas de la doctrina y jurisprudencia en este tema.

320) Es común aludir al artículo que prohíbe la apreciación de las agravantes genéricas inherentes al delito (art. 68 en el código penal de 1.848, art. 59 en el código de 1.944) para reforzar la prohibición del "bis in idem" en estos casos ; así lo hacen FERRER, Comentarios, I, 419, QUINTANO, Tratado, I, 647, y II, 320 y 416 en relación a la agravación por hábito en el código actual. No obstante, como ha puesto de relieve MIR PUIG, Reincidencia, 355, la reincidencia no es inherente a la cualificación por habitualidad, pues el hábito se basa en la repetición de delitos iguales y no exige condena intermedia. No obstante, creemos qye puede decirse que algunos casos de reincidencia sí resultan inherentes al hábito,concretamente aquellos que se basan en condena anterior por delito igual al necesario para el hábito; aunque el concepto de hábito resulte más amplio en cuanto que no requiere condena intermedia.

321) Sobre la posibilidad de apreciar habitualidad sobre los hechos enjuiciados en una sola causa, vid supra, c. pág.

322) QUINTANO, Tratado, III, 320 y 416 sienta esta misma conclusión refiriéndose a las figuras de usura habitual y de receptación habitual del código penal de 1.944 (texto refundido de 1.963)

323) Salvo que por existir alguna atenuante el Tribunal compensándolas racionalmente decida imponer el grado medio o el mínimo, haciendo uso de lo establecido en el art. 74, 4ª.

324) Una argumentación similar, en parte, pues las peculiaridades del delito de receptación habitual a que se refiere exigen otras matizaciones, la ofrece CONDE-PUMPIDO, Habitualidad, 284 s. Este autor niega la aplicación de la superagravación prevista en el art, 61, 6° (c.p. 1944) en base a condenas por delitos del mismo Título de la receptación, cuando ya se ha apreciado la habitualidad como cualificación, aludiendo a razones de justicia material.

325) Vid supra A.a. pág. 344

326) En la doctrina española actual, nadie niega esta compatibilidad de la reiteración con el hábito. (Vid FERRER Comentarios, I, 419, CONDE PUMPIDO, Habitualidad, 284, SERRANO, Habitualidad, 328-33.

327) Vid supra Secc. 1ª. I.2.A. pág. 262 s.

328) El art. 76 recoge lo que hoy llamamos concurso real de delitos, pero sin que se derive ningún beneficio acumulativo de penas: "Al culpable de dos o más delitos o faltas se impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones. El sentenciado cumplirá todas sus condenas simultáneamente siendo posible. Cuando no lo fuere, las sufrirá en orden sucesivo, principiando por las más graves, o sea las más altas en la escala general, excepto las de extrañamiento, confinamiento y destierro, las cuales se ejecutarán después de haber cumplido cualquiera otra pena de las comprendidas en las escalas graduales números 1° y 2°".
El artículo siguiente (art. 77) recoge el concurso ideal y la comisión de delito medio para otro, con la imposición de la pena del delito más grave en grado máximo como pena única. Hemos aludido únicamente al art. 76 porque en la comisión de hurtos no cabe un concurso ideal; si podría darse delito medio para la comisión de otro hurto pero serían casos más raros. Lo más frecuente es la repetición que lleve al concurso real.

329) VIZMANOS y ALVAREZ, (Comentarios, I, 309-11) dan cuenta de las posturas encontradas que tuvieron lugar entre los redactores del código para adoptar esta disposición. Ellos mismos eran de la postura contraria a la que se adoptó, habiendo deseado la fijación de una pena única agravada por razones de "prudencia política y justicia social" a efectos de no aumentar sin necesidad los males de la acumulación; aludiendo que la misma práctica anterior de los Tribunales era contraria a la estricta adición de penas. PACHECO (Código penal, I. 433-4) critica la desnaturalización de las penas a que puede llegarse mediante esta acumulación estricta. En el mismo sentido GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN (Elementos, 144) "el rigor

de derecho frecuentemente degenera en una injusticia palpitante", pues pueden de hecho convertirse en perpetuas, penas que, por voluntad de la ley debieran ser temporales. Propone, como también lo hacían VIZMANOS y ALVAREZ (Ibidem) que la reiteración fuese una circunstancia agravante, formando un conjunto de malicia y criminalidad que fuese objeto de una sola pena.

330) VIZMANOS y ALVAREZ, Comentarios, II, 476

331) Supongamos que el tercer hurto sobre el que se va a considerar el hábito lleva pena de arresto mayor. La agravación llevará a imponer presidio correccional, cuya duración es de 7 a 36 meses. Según cual fuese el número de hurtos que reune el reo, la suma fácilmente excede de los 7 meses, suponiendo que dichos hurtos mereciesen arresto mayor. Pero si alguno de ellos llevase presidio correccional o presidio mayor (según la cuantía de los mismos, de acuerdo con el art. 427), el imponer como máximo 37 meses de presidio correccional resultaría claramente beneficioso. El texto legal no dice que la pena sobre la que se calcule la elevación de un grado sea la del delito más grave de los que se reunan; y "reo habitual" solo puede considerarse a partir del tercer delito, que puede ser el menos grave de los cometidos.

332) La imposición de la pena superior en grado en el art. 428, se establece además de para el "hurto habitual" para el hurto cometido en lugar sagrado o sobre objetos destinados al culto (n° 1° del art. 428).

333) "Delitos de hábito" en el código penal de 1.848 son por ejemplo los previstos en el art. 453 sobre dedicación habitual a préstamos sobre prendas u otras seguridades, o en el art. 357 respecto a la promoción o facilitación habitual de la prostitución de menores de edad. Para que la conducta sea punible ha de concurrir precisamente esa dedicación habitual.

334) VIADA y LOPEZ PUIG-CERVER, Fiscalía, 188 s.

335) Ibidem, Subrayados nuestros

336) En este sentido se pronuncian QUINTANO, Curso, 462 y RODRIGUEZ DEVESA, Especial (7ª ed.) 1.067.

337) VIADA y LOPEZ PUIG-CERVER, Fiscalía, 189

338) Si el sujeto condenado por un delito de hábito vuelve posteriormente a dedicarse habitualmente a esa misma actividad, no hay obstáculo para apreciar sobre este segundo delito la agravante de reincidencia. Vid SERRANO, Habitualidad, 333

339) Por lo tanto, deberá cumplir todas las penas impuestas ya sea simultáneamente si es posible, o sucesivamente, pero sin rebaja alguna. Una rebaja de la pena sólo podría tener lugar cuando los varios hurtos fuesen producto de un solo acto, lo cual parece díficil, o bien cuando uno de ellos hubiese sido delito medio para la comisión de otro hurto. En este caso procedería la aplicación del art. 77 que establece la imposición de la pena del delito más grave en su grado máximo.

340) VIZMANOS Y ALVAREZ, Comentarios, II, 476

341) PACHECO, Código Penal, III, 330

342) Ibidem. Dice PACHECO: "¿Se podrá llamar hábito de hurto el que presenta tres de estos delitos en el término de doce o quince años?".

343) Así GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN, Elementos, 407: "El hurto puede ser simple o calificado, si bien es cierto que el código no hace uso expreso de esta clasificación" Y como calificado señalan los recogidos en el art. 428. También VICENTE Y CARAVANTES, Código Penal, II, 442, al comentar el art. 439 de la edición de 1.850, que es el correspondiente al 428 de 1.848 le denomina "Hurto calificado". Denominación extensible a la estafa del art. 443, aunque no lo mencionen allí.

344) GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN, Elementos, 497

345) VIZMANOS y ALVAREZ, Comentarios, II, 476. Respecto a la estafa, se remiten a lo expresado con ocasión del hurto habitual por ser de idéntico contenido (Ibidem 497)

346) CASTRO Y OROZCO y ORTIZ DE ZUÑIGA, Código Penal, II, 443

347) Ibidem

348) CASTRO Y OROZCO y ORTIZ DE ZUÑIGA, Código Penal, Introducción, XV.

349) El art. 424, dispone que cuando el robo con fuerza en las cosas no sea en lugar habitado o religioso, las penas serán un grado inferior, ésto es presidio menor, si el valor de lo robado no excede de 100 duros. Pero si el valor fuese inferior a 5 duros, se castigará con Arresto Mayor eu su grado máximo, pena típica de los hurtos.

350) DiarSesCong, 1.847-48, III, 1.375

351) Vid Supra 3 .B. pág. 361 s.

352) Vid Supra 4, pág. 363.

353) Se limitan a consignar la definición legal de lo que debe entenderse por hábito CASTRO Y OROZCO y ORTIZ DE ZUÑIGA, Código Penal, II, 442; AURIOLES, Instituciones, 271.

354) Vid supra, 4 pág.

355) VICENTE Y CARAVANTES, Código Penal, 95

356) CORZO, Código Penal, 10

357) Vid ALVAREZ POSADILLA, Práctica criminal, III, 419

358) Como recuerda PACHECO, (Código penal, III, 284), en el lenguaje habitual se daba una significación extensiva a la palabra "robo", y asimismo se llamaba "ladrón" a todo el que se apropiase de una forma u otra de cosas ajenas; aunque las leyes, y concretamente el código distinguiesen perfectamente el robo del hurto. Nosotros nos referimos ahora al "hurtador", que es el que tiene señalada para algunos casos la pena de Arresto Mayor.

359) Vid supra Cap. 1° Secc. 3ª, I.3.A.e y II, 4.A.e. págs. 83 y 108

360) Vid BARBERO, Política, 37 s.

361) El art. 2° de la ley de 19 de marzo de 1.848 que sanciona el Código, decía: "El Gobierno propondrá a las Cortes dentro de tres años o antes si lo estimare conveniente, las reformas o mejoras que deban hacerse en el Código, acompañando las Observaciones que anualmente por lo menos deberán dirigirle los Tribunales.

362) Aunque QUINTANO, Tratado, II, 668, considera más acertada técnicamente la cualificación por "habitualidad" que la formalística de "reincidencia", no puede negarse que la fórmula elegida por el código de 1.848 para definir el "hábito" era inadecuada. Estamos de acuerdo con QUINTANO en que es más significativo el dato de la "habitualidad que el de la mera reincidencia, pero cuando se dota al primero de un contenido idóneo, no meramente objetivo; y de todas formas esta mayor significación debe ser relevante no para imponer una pena superior, sino para un adecuado tratamiento preventivo. (Nos referimos a estos delitos patrimoniales; no entramos en la problemática de otros tipos construídos sobre la habitualidad)

363) El art. 431 (antiguo 421 en el código del 48), señala para las conductas allí descritas la pena de "presidio mayor en su grado medio a cadena temporal en mismo grado" en sustitución de la cadena temporal en toda su extensión que era la pena en la edición de 1.848. También se rebaja a presidio mayor los robos en lugar habitado si

no mediare reincidencia y no excediesen de 100 duros.

364) El art. 432 (art. 422 en 1.848) rebaja la antigua pena de presidio mayor a la de "presidio menor en grado máximo a presidio menor en grado medio", para los robos sin armas en iglesia o lugar habitado concurriendo alguna de las circunstancias del art. 431.

365) El art. 433 frente a su homólogo de la edición del 48 (art, 423) presenta varias novedades: antes se reducía al "robo cometido con armas en lugar no habitado" y ahora se incluye "con armas o sin ellas", subsanando así la patente laguna respecto a los robos sin armas. Se incluyen también dos modos más de comisión: el escalamiento y el uso de llaves falsas o ganzúas, tal como se describe en el art. 431. Y respecto a la pena, queda también rebajada a "presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio". en vez de presidio mayor como pena única.

366) Ultimo párrafo del art. 434 (en la edición de 1.848, art. 424)

367) Vid supra I.3.A.a. pág. 344

368) MONTERO, Informe-Contestación, 326. Más adelante (Ibidem 347), propone que debiera tenerse en cuenta la reincidencia en los daños por valor inferior a 500 duros previstos en el art. 476 para no rebajar la pena al reincidente como se hace con los demás por razón de la cuantía.

369) Esos cinco artículos anteriores se corresponden con los artículos 528 y 529 del código revisado de 1.944. Con esta reforma de 1.850, se agudiza la severidad en las estafas por razón de reincidencia, que vuelve a los contornos de 1.848 con el código del 70 (Vid infra Cap. 3° Secc. 3ª.II. pág.

370) Es de destacar que así como en la redacción de 1.850, la reincidencia contemplada en el art. 454 resultaba más amplia que la agravante genérica del n° 18, a partir de 1.870 en que se instaura para ésta el criterio del "mismo Título", ocurre al revés. Vid infra Cap. 3° Secc. 3ª.II 2.A.d. pág.

371) PACHECO, Código Penal, III,(1.856) 366

372) Ibidem, 327, s.

373) Ibidem

374) Vid supra, nota 303

la pena sin reincidencia es de presidio mayor en grado medio a cadena temporal en el mismo grado, mientras que con esa circunstancia se impone la cadena temporal en su grado medio al máximo. Por otro lado en la estafa del art. 459, se sube de la pena de multa de tanto al duplo,a la multa del duplo del perjuicio y arresto mayor en su grado medio al máximo.

397) Vid supra I.5. pág. 366 s.

398) Lo mismo podría decirse respecto a aquellos otros delitos que también quedan cualificados por reincidencia y para los que ésta supone la imposición de una pena distinta y superior; (Vid supra al comienzo de esta Secc. 3ª, pág. 338). Además en estos delitos (contra la religión de eclesiásticos, juegos ilícitos, vagancia), la agravación especial surge por simpe reincidencia. No podemos entrar a examinar las razones de política criminal que movieron al legislador a contemplar la cualificación para estas infracciones, aunque de manera general puede decirse que quedan enmarcadas en finalidades de prevención por un deseo de mayor intimidación frente a determinadas conductas más preocupantes por una u otra causa.

399) Sobre legislación y práctica anterior, nos remitimos a lo expuesto al tratar el código de 1.822. Vid supra Cap. 1° Secc. 3ª, pág. 66 ss.

400) En 1.852, el Informe emitido por el COLEGIO DE ABOGADOS de Madrid, sobre la reforma del código penal (Informe, 449-55) alude al continuo aumento de los delitos patrimoniales: "Es muy triste, pero evidentemente cierto" -dice el Informe- "que los delitos contra la propiedad no han disminuído desde que está en observancia el Código, antes bien, han aumentado considerablemente las causas formadas por robos y hurtos". Por ello, manifiesta su conformidad en general con las penas señaladas para estas infracciones, si bien matiza que los robos con fuerza en lugar sagrado debieran haberse castigado con penas más severas, y que por el contrario los hurtos de objetos alimenticios están castigados con demasiada dureza. En otro lugar del Informe (Ibidem, 101 s.) se había manifestado la procedencia de que los hurtos de insignificante valor fuesen considerados como "faltas".

401) Es de señalar la ausencia de oposición por parte de los comentaristas respecto al tratamiento específico de la reincidencia en los delitos contra la propiedad. Unicamente PACHECO (Vid supra 1.C. pág. 374) había criticado la inclusión de la reincidencia como agravante cualificada en las estafas, pero sin embargo respecto a la reincidencia en hurtos, había manifestado su conformidad.MONTERO, criticaba que no se hubiera contemplado la misma agravación cualificada para otros robos con fuerza y para los daños (Vid supra 1.A. pág. 371).

El informe del Colegio de Abogados a que aludíamos en la nota anterior omitía todo comentario respecto a la cualificación por reincidencia en los delitos patrimoniales, aun cuando dedica un extenso comentario a este tipo de infracciones, por lo que se deduce que aprobaba la agravación (COLEGIO DE ABOGADOS, Informe, 449-55)

402) Vid supra Secc. 2ª.I.3.B. pág. 305 ss.

403) Vid supra Cap. 1° Secc. 3ª, III. pág. 115 ss.

404) Al menos como reglas especiales separadas de las previstas para la reincidencia. En el código francés de 1.810 reformado en 1.832, como las reglas de reincidencia se contemplan en función de las penas de los delitos pasado y presente ("reincidencia de penas" la denominarán varios autores, Vid DONNEDIEU DE VEBRES, Droit Criminal 485), se alude a la recaída del reo condenado a pena perpetua junto con los demás supuestos posibles (arts. 56 y ss.). El código de Nápoles de 1.819, sigue un sistema similar al francés (arts. 78 a 91), con una referencia en el art. 54 al modo de cumplir las varias condenas a que puede ser sentenciado el reo. El código de Austria de 1.803 y el de Brasil de 1.831 no aluden al supuesto de recaída durante expiación de condena anterior. Una reseña de estas disposiciones puede verse en PACHECO (Código Penal, I, 251 s., 531, 535 y 538-40), en la concordancia a los arts. 10 números 17 y 18 y al art. 125 Vid también MANZINI, Recidiva, 350-2 respecto a los códigos penales fundamentalmente del último cuarto de siglo.

405) Principalmente ARMENGOL, Reincidencia, 31; También aluden a ello VIZMANOS y ALVAREZ, Comentarios, I, 398

406) Vid supra Cap. 1° Secc. 3ª III, pág. 115 ss.

407) Vid infra Cap. 3° Secc. 3ª, IV.1. pág. 818

408) En este código el quebrantamiento de condena queda comprendido en el título de los delitos contra la Administración de justicia, arts. 499 a 514. En los códigos de 1.932 y 1.944 y reformas posteriores permanece dentro de los "Delitos contra la Administración de Justicia" sin que aparezca mención alguna en la Parte General o Libro I sobre estas recaídas que merecen regulación particular en los códigos españoles del siglo XIX.

409) VIZMANOS y ALVAREZ (Comentarios, I, 398 y 401) expresan como la razón de tales agravaciones no puede ser el hecho de que algunas penas, como son las perpetuas, no admitan agravación, porque en otras disposiciones del código se siguen otros principios. Aunque no citan estas dis-

posiciones, una de ellas puede ser el art. 76 que prevé la acumulación de las diversas penas a que sea acreedor un reo por los varios delitos cometidos, estableciendo que se empezarán a cumplir por las más graves. Y no hay ninguna regla especial sobre qué ocurre si una de ellas es privativa de libertad perpetua.

410) En cuanto que o la recaída en es delito de la misma especie (10, 18) o el nuevo delito cometido tiene señalada pena igual o menor (10, 17).

411) Vid infra 3.A.b. pág. 395

412) PACHECO, Código penal, I, 532

413) VIZMANOS y ALVAREZ, Comentarios, I, 396. Poco antes (ibidem, 383) habían establecido expresamente que la recaída durante la condena anterior "es una reincidencia materia que, o merecía como en el Código de Nápoles formar uno de los capítulos en que se dividiera el tratado de las reglas concernientes a la aplicación de las penas y según se hizo en la primera redacción del código, formar un título para tratar al mismo tiempo de la reincidencia y la reiteración (se refieren a la mera repetición); o bien reducirse a constituir una o dos circunstancias agravantes, como se ha hecho en el código del Brasil, y hemos visto en los núméroa 17 y 18 del art. 10" (Subrayados nuestros).

414) La regla 6ª del art. 76 decía "Cualquiera que sea el número y entidad de las circunstancias agravantes, los Tribunales no podrán imponer pena mayor que la designada por la lay en su grado máximo"

415) VIZMANOS y ALVAREZ; Comentarios, I, 397 s., estiman que hubiese sido suficiente acumular a la pena en cumplimiento la del nuevo delito con la agravación genérica que resultase por la reincidencia.

416) MONTERO, Informe-Contestación, 37. En el mismo sentido se habían pronunciado VIZMANOS y ALVAREZ, Comentarios, I, 383.

417) Vid infra, 5.A., pág. 404

418) VIZMANOS y ALVAREZ, Comentarios, I, 386 s. Doliéndose de que no se hubiesen seguido las observaciones por ellos propuestas, en el seno de la Comisión, dicen: "La autoridad del de 1.822 en cuanto pena determinadamente el quebrantamiento de sentencias, o más bien la fuga de penados, el aumentar la seguridad de nuestros establecimientos penales, de los que diariamente se verifican evasiones de reos, y algunas consideraciones en que quizás la pasión tomase parte, fue lo que decidió a la mayoría

de la comisión de códigos para desechar nuestras observaciones sumariamente expuestas ((...))"

419) Así parece que lo consideran PACHECO, VIZMANOS y ALVAREZ y MONTERO, Vid supra 1. pág. 389 s.

420) La prisión preventiva viene regulada en las reglas 25 a 37 de la Ley Provisional Reformada que acompaña a la Edición oficial reformada de 1.850 del Código Penal. La regla 25ª establece que, para proceder a la prisión de una persona, el delito que se le atribuya ha de tener señalada pena superior a confinamiento menor o a arresto mayor. Se exceptúa el delito de vagancia que siempre dará lugar a la prisión. También quesan sujetos siempre a prisión provisional, según ordena la regla 35ª los acusados de robo, hurtos, estafa atentados y desacatos, y lesiones graves o menos graves hasta que no sane la víctima. Se admite la posibilidad de libertad bajo fianza cuando la pena del delito acusado sea de prisión o presidio correccional, según la regla 34ª; salvo en los casos de obligada prisión provisional que han quedado señalados.

421) No quedan por lo tanto, sujetos al srt. 125 los "sentenciados", si esa sentencia no era aún ejecutoria, supuestos que por el contrario quedan afectados a las disposiciones del art. 124 sobre quebrantamiento de condena como señala PACHECO, Código Penal, I, 37

422) Vid infra, B. pág. 396

423) Dice el art. 112: "El arresto menor se sufrirá en las casas del Ayuntamiento u otras del público, o en las del mismo penado, cuando así se determine en la sentencia, sin poder salir de ellas en todo el tiempo de la condena"

424) Vid supra Secc. 1ª. III.1. pág. 253

425) AZCUTIA, Derecho Criminal, 148-50

426) VICENTE Y CARAVANTES, Código Penal, 268, s.

427) VIZMANOS y ALVAREZ, Comentarios, I. 398. Aunque la afirmación de estos autores se refiere a la generalidad de las prisiones del reino, recordemos que en esta misma época el Presidio de San Agustín de Valencia, se había destacado como modelo ejemplar, alabado incluso por penitenciaristas extranjeros, por el régimen de confianza, disciplina y trabajo impuesto por el excepcional MONTESINOS; con logros de corrección en los reclusos que no han vuelto a repetirse en la historia de los penales españoles. Sobre la figura y obra de MONTESINOS, vid el número monográfico dedicado en su homenaje por la Rev EstPen nº 159, oct.-dic. 1.962

428) Ibidem, 400

429) LASO, Elementos, 100-2

430) ARMENGOL, Reincidencia, 31. Subrayado nuestro.

431) Ibidem

432) CASTEJON, Legislación, 272-5

433) Circular de la Fiscalía del Supremo Tribunal de 26 de Agosto de 1.847, Col. Leg. t. 41, 658

434) ARMENGOL, Reincidencia, 33 s.

435) VICENTE Y CARAVANTES, Código Penal, 93 s. Vid también supra Secc. 2ª,I.2.A.a.b'. pág. 274 ss.

436) PACHECO, Código Penal, I, 538-40

437) MONTERO, Informe-Contestación, 143

438) Vid supra, 1. pág. 389

439) Aunque cuando la nueva infracción cometida sea una falta, la agravación que resulta de aplicar la regla 4ª del art. 125 será mínima, si es que cabe realmente agravar la pena, pues las "faltas" tienen señaladas penas tales como reprensión privada, multa, y sólo en casos un poco más graves, arresto de 5 a 15 días.

440) PACHECO, Código Penal, I, 532

441) VIZMANOS Y ALVAREZ, Comentarios, I, 397

442) Vid infra Cap.3° Secc. 3ª.IV.5, pág. 834

443) Vid supra Cap. 1º Secc. 3ª.III. pág. 115

444) Vid supra Secc. 2ª.I.3. pág. 303

445) Según dispone el art. 70, Vid supra Secc. 1ª.III.2. pág. 255

446) La fórmula utilizada de "delito a que la ley señale pena de ...", es la misma que la utilizada para la agravante 17ª "pena señalada por la ley al delito", y por ello llegamos a la misma conclusión de que se trata de la "pena en abstracto". La explicación que conduce a tal conclusión, la exponemos al tratar del código de 1.870 que mantiene la misma formulación. Vid infra, Cap. 3°. Secc. 2ª, II.3.B.a.a', pág. 666

447) VIZMANOS y ALVAREZ, Comentarios, I, 398 y 401

448) Textualmente dicen estos artículos:

Art. 76: "Al culpable de dos o más delitos o faltas se impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones. El sentenciado cumplirá todas sus condenas simultáneamente siendo posible. Cuando no lo fuere, las sufrirá en orden sucesivo, principiando por las más graves, o sea las más altas en la escala general excepto las de extrañamiento, confinamiento y destierro, las cuales se ejecutarán después de haber cumplido cualquiera otra pena de las comprendidas en las escalas graduales, números 1° y 2°"

Art. 77: "La disposición del artículo anterior no es aplicable en el caso de que un solo heco constituya dos o más delitos o cuando el uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro. En estos casos sólo se impondrá la pena correspondiente al delito más grave, aplicándola en su grado máximo"
En este artículo, sólo podrá aplicarse el grado máximo prescrito en caso de penas perpetuas, cuando la señalada para el delito esté compuesta de dos o más penas, pero no cuando se señale una pena perpetua como única. Respecto al art. 76 sólo respecto a las penas perpetuas menos importantes (confinamiento, extrañamiento, destierro) se prevé el modo de cumplimiento de todas las penas impuestas al reo.

449) No puede agravarse la pena cuando viene señalada para el delito como pena única, según dispone el art. 70, 1°. Pero si esa pena perpetua aparece conjuntamente señalada con alguna otra, también indivisible, se impondrá la mayor de las dos, según dispone el art. 70, párrafo segundo. (Vid supra Secc. 1ª.III.2. pág. 225)

450) Vid supra Cap. 1° Secc. 1ª III.1. pág. 66

451) GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN, Elementos, 196

452) CASTRO y ORTIZ DE ZUÑIGA, Código Penal, I. 246-8 interpretan que, cuando la pena del nuevo delito es de cadena perpetua, no debe elevarse a la pena de muerte, pues en otro caso "se falsearía el espíritu humanitario del código, por virtud de una locución malamente indeterminada, en caso de tan irreparable trascendencia" Y resaltan cómo los casos en que el código impone como pena única la de cadena perpetua, son aquellos de delitos políticos o similares, en los que no ha habido derramamiento de sangre, por lo que resultaría escandaloso la imposición de la pena de muerte.

453) PACHECO, Código Penal, I, 534: "a nuestra conciencia le repugna que pueda jamás imponerse la de muerte por extensión, y no hallándose determinada de un modo explícito para la culpa que se ha cometido"

454) VIZMANOS y ALVAREZ, Comentarios, I, 400. El art. 80 decía: "En los casos en que la ley señala una pena superior a otra determinada, sin designar especialmente la que se debe imponer, si no hubiere pena superior en la escala gradual respectiva, o la pena superior fuere la de muerte, se impondrá la de cadena perpetua"

455) GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN, Elementos, I, 245-8

456) CASTRO y ORTIZ DE ZUÑIGA, Código Penal, I, 245-8

457) PACHECO, Código Penal, I, 532-4

458) En este sentido VIZMANOS y ALVAREZ, Comentarios, I, 401; GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN, Elementos, 198; VICENTE Y CARAVANTES, Código Penal, 270; MONTERO HIDALGO, Informe-Contestación, 139 s.

459) El nuevo texto modificado en 1.850, transcrito supra, 2 pág.

460) VICENTE Y CARAVANTES, Código Penal, 269

461) Vid supra Cap. 1° Secc. 3ª.III.2.A. pág.123

462) GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN, Elementos, 200

463) VIZMANOS y ALVAREZ, Comentarios, I, 401, s.

464) Ibidem, 402

465) PACHECO, Código Penal, I, 536 s.

466) Ibidem

467) GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN, Elementos, 199

468) MONTERO, Informe-Contestación, 141 s.

469) Ibidem

470) No quedan reguladas expresamente las recaídas durante extrañamiento perpetuo, lo cual puede responder a que esta pena por ser restrictiva de libertad es de menor entidad que las anteriores privativas de libertad. Así por ejemplo, en el art. 76 para casos de cumplimiento de varias penas por un sujeto, se disponía que el extrañamiento había de cumplirse después de finalizar el de

otras penas privativas de libertad. Tampoco queda regulado el caso de recaída en delito de pena inferior a las señaladas en la regla 2ª, cuando el reo se encontrase cumpliendo pena de relegación perpetua.

471) E incluso las rebajas que corresponden por preceptiva legal si el delito ha quedado en grado de tentativa por ejemplo, o si el reo ha participado como cómplice o encubridor (arts. 61 y ss.)

472) MONTERO, Informe-Contestación, 142 s.

473) AZCUTIA, Derecho Criminal, 148

474) Vid infra Cap. 3° Secc. 3ª IV.4.A. pág. 827

475) PACHECO, Código Penal, I, 540 s.

476) Vid supra Secc. 2ª.I.3.B. pág.305

477) Vid supra Secc. 2ª.I.3.B.a. pág.305

478) Vid supra Ibidem, pág. 306

479) Art. 8 del R.D. de 7 de diciembre de 1.866

480) Vid supra Secc. 2ª.I.3.B.a., pág.305

481) Vid infra Cap.3° Secc. 2ª.I.4.B.a. pág.544

482) Vid supra Secc. 2ª.I.3.B.d. pág.311

483) Vid supra Secc. 2ª.I.3.B.c. pág.310

484) Como dejamos sentado al analizar la reincidencia del art. 10, 18, esta circunstancia no requiere que el reo haya cumplido la condena anterior (Vid supra Secc. 2ª.I.2.A. a.b' pág. 274); por tanto una vez que el reo ha sido condenado ejecutoriamente por delito de la misma especie que el nuevo cometido, existe reincidencia. La existencia del art. 125 no impone una interpretación restrictiva de las agravantes 17 y 18 en el sentido de exigir para éstas condena cumplida, sino que únicamente establece una agravación distinta para las recaídas durante cumplimiento.

485) La alusión al art. 125 en lugar de al art. 10, 18 es consecuencia de la concreta técnica legal, que recoge ese art. 125 en un lugar distinto al de las reglas generales de agravación. Como señalaba MONTERO (Vid supra 1. pág. 391) no existe obstáculo alguno para que esas reglas de agravación especiales del art. 125 hubiesen quedado recogidas junto con los arts. 74 y ss. Con ello se hubie-

sen evitado las dudas sobre la exigencia o no de condena cumplida para la existencia de las agravantes 17 y 18.

486) Vid supra Secc. 2ª.II. pág. 316 ss.

487) Vid supra Secc. 2ª.I.3.B.b. pág. 307

488) Vid supra Ibidem, pág. 309

489) Una vez de que se parte de la exigencia de condena anterior a la recaída (Vid supra Secc. 2ª.2.A.a. pág.) los fundamentos que la doctrina actual española aduce respecto a la reincidencia, son trasladables a la normativa de 1.848. Por ejemplo, a nuestro juicio es válido el fundamento aducido por MIR PUIG, Reincidencia, 527-9, basado en el mayor desprecio y rebeldía que significa cometer un nuevo delito por quien ha experimentado personalmente el reproche jurídico penal por medio de la anterior condena. Ese desprecio a la advertencia anterior que en MEZGER, Tratado, II, 115 y 127, y MAURACH, Tratado, II, 546 constituyen la base de una "mayor culpabilidad" del reincidente, en MIR PUIG Reincidencia, 532-4 se encuadra dogmáticamente en una mayor antijuricidad. Pero esta formulación es fruto de un desarrollo dogmático muy posterior a la época en que surge el código de 1.848. Incluso la alusión al "desprecio" a la advertencia anterior, aún no aparece explicitada en esta época. CARRARA, Recidiva, 136 s., años más tarde comienza a introducir referencias al "mayor desprecio" a la ley y al magistrado en las que MANZINI, Recidiva, 445, volverá a insistir.

490) Como ya se apuntó Supra, Secc.2ª. I.2.A.a., nota 92.

491) No sólo en los comentaristas del código de 1.848, sino también en la doctrina posterior (Vid infra Cap. 3°Secc. 4ª, I.1. págs.843 ss) e incluso durante el presente siglo, si bien con nuevas matizaciones. Así por ejemplo ANTON, General, 382 y 385 considera que en la reincidencia se valora el modo de ser particularmente reprobable o peligroso del reincidente; DEL ROSAL, Personalidad, 86 considera que la reincidencia castiga un particular "modo de ser"; FERRER SAMA, Comentarios, 411 considera que el reincidente acusa mayor perversidad y peligrosidad que lógicamente deben tomarse como base para una agravación de la pena.

492) La referencia a la "perversidad" e "incorregibilidad" del reo, cualidades vinculadas a las tendencias criminales, era constante, como se recordará, en el Debate Parlamentario del código de 1.822 y esos mismos términos son utilizados por LARDIZABAL y MARCOS GUTIERREZ al hablar de la reincidencia. Vid supra Cap. 1° Secc.4ª.I y II, pág.160 ss.

493) Recordemos la coincidencia, ya apuntada por ANTON, entre estas dos etapas de pensamiento penal, respecto a las finalidades de la pena. Vid supra Cap. 1° Secc. 4ª. III.1. pág. 181 s.

494) ROSSI, Tratado, I, 109-21

495) Ibidem, 194

496) Ibidem, 195

497) Ibidem. El derecho a imponer una pena proviene, según proclama ROSSI, del mal cometido por el delincuente, no del mal que se quiere prevenir. Para encontrar la proporción de pena merecida no hay más medida que la "naturaleza y la gravedad del delito, pues si se fija en el mal que hay que prevenir, ya no tiene lugar la justicia"

498) Ibidem. Subrayado nuestro. Dice ROSSI: "La gravedad del delito puede verdaderamente crecer a causa de la gravedad del mál político originado del mal ejemplo, del peligro social y de la alarma que causa; pero este gravamen,aunque originado del mal político, es un gravámen moral. Lo es a los ojos de la justicia absoluta como a los ojos de la justicia humana. El gravámen proviene de la violación más manifiesta de un deber con el deber social"

499) Ibidem, II, 221

500) Ibidem, II, 220. Subrayado nuestro

501) Ibidem, II, 221

502) Ibidem, II, 285

503) Ibidem, II, 221. Subrayado nuestro

504) Ibidem, II, 217. Imponer el máximum de padecimiento que se corresponde con el mal moral del delito, objetivamente no es injusto. Pero, dice ROSSI, puede ser injusto en relación con el estado social si esa pena impuesta al máximo es inútil en todo o en parte para el fin que debe alcanzar la justicia relativa, esto es la justicia humana. Por ello establece: "Hay pues que indagar otro principio regulador, un principio de utilidad política". (Subrayado nuestro)

505) Ibidem, II, 218. Subrayados nuestros.

506) Ibidem, II, 220. Es menester, dice el autor, "tener en consideración la probabilidad derivada del estado moral del delincuente" A continuación alude al menor peligro que se deriva de un hombre que comete un homicidio por previa provocación, respecto al que comete un atentado contra la vida con premeditación. Y a renglón seguido entra a analizar la reincidencia, claramente en el contexto

de las causas que arguyen mayor peligro en el reo.

507) Ibidem, II, 220 s.

508) A nuestro juicio, existe un fuerte parentesco entre la concepción presentada por ROSSI y otras fundamentaciones de la doctrina italiana que llegan hasta el momento actual. Así ALLEGRA, Abitualitá, 123-5 y 159 DELL'ANDRO, Recidiva, 134 ss. BETTIOL, Generale, (10ª ed.) 652, y BELLAVISTA, Qualificato, 26-9 y 32, cifran el aumento de culpabilidad en la inclinación al delito que muestra el reincidente. Vid en MIR PUIG, Reincidencia, 463-76 y 454-9, una exposición resumida de la postura de estos autores.

509) Critican la "alarma social" como fundamento de la agravación por reincidencia, ANTOLISEI, Pena, 303 y DELL' ANDRO, Recidiva, 36.

510) Hoy nadie niega la posibilidad de la reincidencia multiocasional. Pero para llegar a esta afirmación fué necesaria la irrupción de la Escuela Positiva y el acercamiento y la observación de la realidad a través del método empírico. El formalismo con que opera la Escuela Clásica mantuvo hasta entonces las presunciones sobre la "perversidad" y mayor inclinación delictiva del reincidente, como premisas inamovibles. Vid infra Cap. 3° Secc.4ª.

511) La equiparación peligrosidad-culpabilidad que implícitamente y en un cierto grado puede decirse que se encuentra en las explicaciones de ROSSI, es fruto de la necesidad de atender a las necesidades de prevención, en un momento en que solo la pena retributiva es considerada justa. Cuando históricamente se deslindan los campos de la peligrosidad y de la culpabilidad para ubicar la primera en un derecho preventivo exclusivamente, es cuando se pretende excluir la reincidencia en el ámbito del derecho penal represivo, pues ya no es necesario justificar una medida defensiva en función de los presupuestos de la pena.

512) Vid supra Secc. 3ª.III. pág. 389 ss.

513) Vid supra Secc. 3ª.II.3. pág. 384 ss.

514) Vid supra Secc. 2ª II.2.A. pág. 319 ss.

515) PACHECO, Código penal, I, 253, Subrayado nuestro.

516) VIZMANOS y ALVAREZ. Comentarios, I, 397. Subrayados nuestros.

517) Vid supra I. pág. 423 ss.

518) VIZMANOS Y ALVAREZ, Comentarios, I, 310. Subrayados nuestros.

519) VICENTE Y CARAVANTES, Código penal, 95. Subrayados nuestros.

520) CORZO, Código penal, 10. Subrayados nuestros.

521) Ibidem

522) Vid supra Secc. 2ª.II.2.A. pág. 319 ss.

523) PACHECO, Código penal, I, 254

524) Ibidem, I, 532

525) VIZMANOS y ALVAREZ; Comentarios, I, 148

526) GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN, Elementos, 62

527) VIZMANOS y ALVAREZ, Comentarios, I, 311

528) GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN, Elementos, 62

529) CARDENAS, Observaciones, 235

530) ESCRICHE, Diccionario, II, 808

531) MONTERO, Informe-Contestación, 34

532) LASO, Elementos, 29

533) Ibidem

534) RODRIGUEZ, Instituciones, 33

535) PACHECO, Código penal, I, 253

536) PACHECO, Estudios, 190-207 manifiesta que la pena debe cumplir cuatro objetivos: expiación, intimidación, imposibilidad de dañar del delincuente y reforma del sujeto. Pero más adelante (Ibidem, 224-46)alude a las cualidades que debe reunir la pena, enunciando doce, y entre ellas, aunque en décimo lugar cita el efecto "tranquilizador" para la sociedad. Su exposición es paralela a la de ROSSI, Tratado, II, 205, cuando alude éste a la "satisfacción moral de la conciencia pública, y el sentimiento de seguridad derivado de la sanción penal y de su aplicación".

537) PACHECO, Estudios, 240. Subrayados nuestros.

538) Ibidem, 241, Subrayados nuestros.

539) GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN, Elementos , 62

540) VICENTE Y CARAVANTES, Código penal, 54

541) MONTERO, Informe-Contestación, 34

542) Ibidem. Subrayados nuestros. Subrayado intermitente del autor.

543) Vid CARRARA, Recidiva, 131-5

544) Ibidem, 133

545) Lo que sin embargo, no logra totalmente como ya apuntara ALLEGRA, Abitualitá, 45 s. y hace notar también MIR PUIG Reincidencia, 433. En efecto, aunque CARRARA, Recidiva, 129, expresamente declara que no debe castigarse la maldad del hombre sino la maldad del acto para no entrar en el terreno de la moral, más adelante (Ibidem, 132) dice que la insuficiencia de la pena se debe a la insensibilidad del delincuente concreto. Por tanto, en el fondo es la característica del sujeto, insensible, la que motiva el incremento de pena, incremento necesario para que la sociedad se tranquilice, confiando que la nueva pena "más enérgica" resulte suficiente para cumplir el fin que le es propio. Fin que el autor cifra (Ibidem, 131) en la función "di freno alla criminosa tendenza"

546) Vid supra 1, pág. 423 ss.

547) Lo que conducirá a CARRARA, Recidiva, 137 a rechazar la "recidiva finta" por cuanto que no supone la expiación de la pena anterior sino solo la previa condena ejecutoria.

548) Como vimos supra, Secc. 2ª.I.2.A.a.b' pág. 274 ss.

549) Vid supra Secc. 3ª.II. pág. 370 ss.

550) GOMEZ DE LA SERNA, DiarSesCong, 1.847-48, III, 1.748 se proclama ecléctico, a la vez que acusaba a SEIJAS de haberse dejado llevar más ahcia el sistema utilitario. VICENTE Y CARAVANTES, Introducción XXXVIII, considera que en materia de penalidad el código daba mayor importancia a la ejemplaridad de las penas. VIZMANOS, Comentarios, Introducción LII s. alude al conglomerado de principios que influyen en el código, el cual, como reflejo de las corrientes de pensamiento de la época, resulta inevitablemente ecléctico. En este sentido también AURIOLES, Instituciones, Introducción XX s.

551) Una exposición de las principales posturas que sobre el fundamento jurídico de la agravación por reincidencia se han mantenido desde la Escuela Clásica, puede verse en MIR PUIG, Reincidencia, 432-523 principalmente respecto a autores italianos y alemanes.No alude MIR PUIG a la construcción de ROSSI, probablemente por la brevedad de

la formulación de éste respecto a la reincidencia; pero a pesar de esa brevedad, a nuestro juicio el esbozo que presenta ROSSI de esta circunstancia es seguido en sus líneas maestras por MANZINI, y no es ajeno a las explicaciones que presenta CARRARA.

552) Vid supra Secc. 2ª.I.2.A.a. pág. 264 ss.

553) Vid supra I.2.A. pág. 429 ss.

554) CALATRAVA, DiarSesCong 1.821-22, II, 1.962

555) En este sentido se pronuncia en la actualidad RODRIGUEZ MOURULLO, Multirreincidencia, 298 y MISMO AUTOR, Comentarios, I, 744; MIR PUIG, Reincidencia, 546, SERRANO, Modificación, 36-8 y BELLO LANDROVE, Antecedentes, 46 han manifestado recientemente su oposición a la inclusión de la reincidencia y reiteración como agravantes.

556) Vid supra Cap. 1° Secc. 2ª,I.3.A.a. nota 138, art. 56 y ss. del código penal francés de 1.810.

557) Art. 78 del código de Nápoles, de 1.819: "Será reincidente el que cometiere un crimen después de haber sido condenado por otro anterior. Se tendrá por condenado todo indivíduo a quien se haya impuesto irrevocablemente alguna pena que deba legalmente ejecutarse".

558) La comparación de penas debe realizarse en "abstracto". Vid infra Cap. 3° Secc. 2ª.II.3.B.a.a' pág. 666 ss.

559) Vid VIZMANOS y ALVAREZ, Comentarios, I, 148

560) Vid supra, Secc. 2ª II.3.B.b. pág. 326

561) Algunos años después de la promulgación del código CARRARA, Recidiva, 136 s., comienza a referirse al "desprecio a la ley, al magistrado y a la pena" que supone la reincidencia después de haber sufrido el reo la pena anterior. Pese a que la justificación de la agravación para CARRARA se sitúa en la insuficiencia relativa de la pena ordinaria, como es de sobra conocido.

562) Según manifestaba FERNANDEZ BAEZA, DiarSesCong, 1.847-48 III, 1.735 Vid supra Secc. 3ª.I.4. pág. 365

563) BETTIOL, Instituciones, 56 s. describe la panorámica ideológica-política que marca la codificación que tiene lugar en Europa en el siglo XIX. Respecto al panorama político e ideológico español al nacimiento del código de 1.848, Vid VIRTO, Caso fortuito, 56-75.

564) PACHECO, Código penal, III, 283 s. proclama las excelencias del derecho a la propiedad individual, que constituye "la principal parte de la civilización" y "una de las más capitales condiciones de la sociedad humana". En el mismo sentido VIZMANOS, Comentarios, II, 455-7.

565) Vid infra Cap. 3° Secc. 3ª, II, pág. 721, nota 749

566) GERONA y ORTIZ DE ZUÑIGA, Reforma, 286

567) Ibidem. La publicación a que nos referimos, contiene, según expresan sus autores "casi todos los motivos de la reforma" ya que el informe que el Gobierno pide a GERONA y ORTIZ DE ZUÑIGA, es el que tuvo en cuenta para realizar la reforma de 1.850.

568) VIZMANOS y ALVAREZ, Comentarios, II, 476 se opone a la cualificación por habitualidad, que era la vigente cuando se publica su obra.

569) PACHECO, Código penal, III, (2ª ed.) 327.

570) Ibidem, 366

571) PACHECO, Estudios, 321 s. Hay otra tercera regla que no debe olvidarse, dice PACHECO, a la hora de establecer la pena de un delito: "Cuando se trata de la relación fundamental entre cierta clase de delitos y las penas correspondientes, claro es que alguna estará fijada por las leyes o las costumbres. Si contra esa que existe ni se levanta la ciencia por un lado haciendo ver que es errónea, ni se sobleva la conciencia pública por otro encontrándola en desarmonía con su estado de la civilización, parécenos que no cabe duda acerca de su legitimidad, y que ofrece en sí propia una regla que sería tan aventurado como absurdo considerar con poco aprecio (...). Siempre que no haya motivos poderosos para decidirse por una opinión con preferencia a su contraria, el hecho de la práctica de una de ellas, su existencia reconocida por la sociedad (...)" constituyen su mejor apoyo y legitimidad.

572) Y sin lugar a dudas constituían elevaciones "suaves" si se las compara con las previsiones de la legislación del Antiguo Régimen, e incluso con las de los Proyectos de la década omniosa. El Proyecto de 1.830 y de 1.834 preveían la pena de muerte para la reincidencia en robos con intimidación (art. 247 y 397 respectivamente en cada Proyecto), y para la segunda reincidencia en los robos con fuerza "arts. 254 y 404 respectivamente de cada Proyecto). La simple reincidencia en "robos simples" (hurtos), suponía la duplicación de la pena y la segunda reincidencia, 2 horas de argolla y 15 años de obras públicas (arts. 242 y 392 respectivamente). El Proyecto de Sainz Andino, de 1.831, si bien no llega a imponer la pena de muerte por reincidencia en robos, preve la pena de "trabajos perpetuos y

violentos" para la reincidencia en robos con violencia, o cuando condenado por un robo a deportación, cometiese el reo un hurto, amén de otros supuestos que el art. 1.025 describe con un casuismo más minucioso que el del código de 1.822. La reincidencia en robo con fuerza suponía la pena de 10 a 15 años de trabajos públicos y luego deportación (art. 1.026). La reincidencia en hurto, se castigaba con la pena de trabajos públicos en presidios o arsenales por doble tiempo del que se hubiere impuesto de obras públicas en la primera condena (art. 1.041). (Respecto al contenido de los artículos a que hemos hecho referencia, Vid CASABO, Proyecto de 1.830, MISMO AUTOR, Proyecto de 1.834, y MISMO AUTOR, Proyecto de 1.831)

573) Vid supra Secc. 3ª.III.3.B.a. pág. 397

574) LATAGLIATA, Recidiva, 84 s. y n. 59, pone de relieve la relación de la reincidencia con el delito de quebrantamiento de condena, en cuanto en ambos se da esa infracción al contenido de la condena impuesta. Pero estamos de acuerdo con MIR PUIG, Reincidencia, 525, en cuanto que la agravante general del art. 10 no supone la misma infracción al "sentido de autoridad" de la condena anterior que el delito de quebrantamiento, y que poner el acento en ese punto es dar a la condena anterior una mayor significación de la que tiene en cuanto "advertencia" penal. Sin embargo respecto al art. 125 del código de 1.848, (lo que puede extenderse al art. 131 del c.p. de 1.870) creemos que es aplicable la explicación de LATAGLIATA, que resulta congruente precisamente con la diferencia de que el código de 1.848 quiso dar a aquellas recaídas durante período de ejecución de condena respecto a la reincidencia y reiteración genéricas del art. 10.

575) Vid supra Cap. 1°Secc. 3ª III. pág. 115 ss.

576) AURIOLES, Instituciones, Introducción, XX. PACHECO, Estudios, 42, después de sentar la ilegitimidad del criterio de utilidad como principio básico y único, lo reclama como motivo que debe guiar las cuestiones del derecho tanto como "correctivo", como "complemento no menos precioso y digno de consideración".