ADELA ASUA

# LA REINCIDENCIA EN LOS CODIGOS PENALES ESPAÑOLES DEL SIGLO XIX

II

# CAPITULO TERCERO

## LA REINCIDENCIA EN EL CODIGO PENAL DE 1.870

## SECCION PRIMERA

## INTRODUCCION AL CODIGO PENAL DE 1.870

"Nuestro código", - decía SALDAÑA refiriéndose al de 1.870 -, "se desprendió de la nebulosa constitucional; y en la serie de sus fases como Código pleno de vigencia -1.822, 1.848, 1.850, 1.870,- o en Proyectos -1.811, 1.831, 1.834, 1.839-40, 1.868- giran los Códigos o Proyectos, así como satélites y cometas alrededor de las Constituciones" [1]. La correlación podría continuarse hasta el momento actual: códigos de 1.928, 1.932, 1.944, y el actual Proyecto de 1.980 [2], responden a los cambios políticos más importantes del presente siglo.

Pero debe hacerse alguna matización. Los dos primeros códigos españoles se encuadran en el amplio movimiento codificador europeo que da paso a la formación de estados modernos, y recogen los principios penales más en boga en el continente. El código de 1.822 se adscribe a los dogmas de la Ilustración y la revolución francesa [3], y el código de 1.848 que, tardía pero definitivamente destierra el sistema penal del Antiguo Régimen, acoge el retribucionismo ecléctico entonces imperante. Son códigos a la altura de su época, atentos a las exigen-

cias políticas y a las doctrinas penales más en auge que habían sido introducidas en el país por los penalistas españoles.

En cambio, los códigos penales posteriores, -a excepción del de 1.928 que merece comentario aparte [4]-, se centran casi exclusivamente [5] en la adaptación política del texto legal de 1.848, el cual, zarandeado por abundantes modificaciones parciales es básicamente el que ha perdurado hasta el momento actual. La intensa evolución de la ciencia jurídica penal a partir de la irrupción de la Escuela Positiva no ha tenido el adecuado reflejo en la legislación penal española de finales del siglo XIX y principios del XX. Y aún posteriormente, la incorporación de nuevas instituciones en la legislación penal, construida ésta sobre las directrices dominantes a mediados del siglo XIX, aparecen como añadidos extraños que conducen a numerosas incongruencias y contradicciones internas [6]. Concretamente durante el tiempo en que el código de 1.870 estuvo en vigor vamos a constatar un evidente desfase entre las proposiciones de la doctrina, no ajena a las nuevas corrientes europeas [7], y la realidad legislativa del país.

## I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL CODIGO

El proceso de elaboración del código de 1.870 así como sus rasgos principales son suficientemente conocidos tanto por los testimonios de autores coetáneos al mismo [8], como por trabajos posteriores, principalmente los relativamente recientes de NUÑEZ [9] y ANTON [10] y las conferencias que sobre diversos aspectos de dicho texto tuvieron lugar con motivo de la celebración de su centenario [11]. Por ello, nos vamos a limitar a una simple reseña de las circunstancias de su promulgación y de sus características principales.

Como es sabido, la reforma de 1.870 responde a la necesidad de acomodar el texto penal de 1.850 a la nueva Constitución surgida de la Revolución de 1.868. Pero el deseo de reforma era anterior al cambio político. La Comisión de Codificación creada en 1.856 había ordenado la formación de un extracto de todos los informes enviados al Gobierno por la solicitud de éste de opiniones sobre las reformas penales necesarias [12], y quedó encargada de la formación de un nuevo texto [13]. Entre los varios trabajos que abordó esta Comisión, uno de los últimos fué el código penal, del que llegó a elaborar un

Proyecto de Parte General o Libro I [14]. La dimisión de esta Comisión en 1.869 por discrepancias de criterio con el Gobierno [15] impidió la prosecución de sus tareas.

Ante la urgencia de adaptar el código penal a la Constitución se nombra una nueva comisión presidida por el Ministro de Justicia, y en su Sección penal por RIVERO [16]. Esta última redacta un Proyecto de código de acuerdo con las exigencias apuntadas y el Ministro de Justicia lo presenta a las Cortes constituyentes "por sorpresa" el 30 de mayo de 1.870 solicitando la autorización para plantearlo como ley provisional dejando pendiente para el otoño la discusión del contenido del mismo [17]. La Comisión parlamentaria encargada de dictaminar sobre la procedencia de la aprobación solicitada decide favorablemente [18], y seguidamente después de un breve debate durante dos sesiones [19] pasa a ser aprobada la proposición del Gobierno y en consecuencia la vigencia"provisional" del código de 1.870. Pero paradójicamente ese código que SILVELA motejó de "código de verano" [20] iba a ser el de más larga vida de los códigos españoles, al no cumplirse las previsiones de revisión del mismo en el Parlamento debido al asesinato de Prim y posteriores acontecimientos políticos.

La reforma tuvo un carácter eminentemente político, afectando a los delitos relativos al ejercicio de las libertades consagradas en la Constitución [21]; pero se produce también una suavización y humanización de las penas [22],

y alguna reforma técnica no demasiado acertada [23]. Concretamente en materia de reincidencia encontramos importantes modificaciones al introducirse una nueva definición de la agravante 10, 18ª que, como veremos en su momento, es totalmente criticable [24].

Pronto el nuevo código quedó otra vez políticamente inadaptado al promulgarse la Constitución de 1.876; y vuelve la danza de Anteproyectos y Proyectos de reforma, unos para coordinar el código con la Constitución, otros para introducir las nuevas orientaciones penales correccionalistas, o más adelante defensistas, y para realizar las reformas técnicas que desde tiempo atrás se habían hecho necesarias. Por ello, SALDAÑA divide los distintos Proyectos en "políticos", "técnicos" y "científicos" [25] aunque en ocasiones se combina más de un criterio. Ninguno de estos intentos llegó a convertirse en Ley y sólo algunos pudieron llegar al Parlamento, como los más conocidos de SILVELA y de ALONSO MARTINEZ [26].

El fracaso de los intentos de una reforma en profundidad del código no impide que progresivamente se realicen diversas modificaciones o reformas parciales de diverso signo [27]. En lo que a nuestro trabajo interesa destacan, aparte del RD de 1 de enero de 1.871, destinado a la corrección de erratas de la primera edición de 1.870, las leyes de 17 de julio de 1.876 y la de 3 de enero de 1.907 que afectan a la

reincicencia en faltas de hurto cuyo efecto consistía en convertir la falta de hurto en "delito" [28]. Y el RD de 14 de noviembre de 1.925 que introduce la prescripción de las condenas a efectos de las agravantes de reiteración y reincidencia y añade alguna restricción a la apreciación de esta última [29].

Pero estas modificaciones parciales no alteran las directrices maestras del código inspiradas en el retribucionismo ecléctico dominante cuando se elaboró el código de 1.848 [30]. Continúa el excesivo legalismo con la consiguiente constricción del arbitrio judicial [31] a pesar de que la experiencia venía indicando la necesidad de una mayor flexibilización en este aspecto [32]. Igualmente se mantiene la métrica penal y el excesivo número de penas en discordancia con la inexistente diferenciación de centros de cumplimiento [33]. Estos rasgos apoyan las cada vez más fuertes críticas sobre el anacronismo del código, incluso por instancias oficiales [34], pues la experiencia en la aplicación del código y la evolución de la sensibilidad jurídica aconsejaban una mayor individualización en la imposición de la pena y en la ejecución de la misma. [35]

Además, las nuevas corrientes penales indicaban un cambio de criterios generales en la orientación del sistema penal. Primero los correccionalistas [36], y luego los

seguidores de la defensa social o del positivismo crítico [37], influyen en un progresivo cambio de actitudes, al menos a nivel científico y doctrinal, en el tratamiento de fenómeno delictivo. Concepciones que de algún modo intentan acogerse en algunos de los Proyectos de código [38], pero que de hecho no van a incidir en el texto legal [39].

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

Durante la dilatada vida del código penal de 1.870 va a tener lugar la más fuerte crisis del derecho penal clásico con la irrupción de la Escuela Positiva. Las modernas corrientes apenas influirán en el texto legal [40], pero no pueden dejar de tener el eco correspondiente en la doctrina española de finales de siglo y principios del siglo XX.

Las primeras obras doctrinales que aparecen una vez promulgado el nuevo código continúan con la orientación clásico-ecléctica que venía predominando en el panorama español desde PACHECO, y que contínua metodológicamente con la técnica exegética del "comentario", tal como había ocurrido en el período anterior [41]. En esta línea se situan las obras de personalidades influyentes en la vida penal española, la mayoría de ellos prácticos del derecho. Podríamos citar como más significativas las obras de GROIZARD, ex Ministro de Justicia [42], GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN, catedráticos [43], AZCUTIA, Fiscal del Tribunal Supremo [44]. hermanos ALVAREZ CID, Magistrados [45] y VIADA, Fiscal del Supremo [46]. En todas ellas se pretende primordialmente la resolución y orien-

tación en los problemas de interpretación y aplicación de los preceptos del nuevo código; por esto se acude también a la referencia de resoluciones del Tribunal Supremo [47].

Junto a estas obras de carácter primordialmente práctico, pronto comienzan a aparecer otras de carácter dogmático o doctrinal cuyos autores son en su mayor parte catedráticos de derecho penal. Las primeras de este carácter que se publican están inspiradas principalmente en el sentido correccionalista que ya había cuajado en el ambiente español desde las primeras traducciones de la obra de ROEDER [48], lo que condujo a que se hablase de una escuela correccional española [49]. En ella pueden encuadrarse SILVELA [50], RUEDA [51], ARAMBURU [52] y VALDES [53] entre otros [54] y particulamente la insigne penitenciarista ARENAL [55]. En esta línea debe incluirse la primera monografía española sobre la reincidencia, obra de ARMENGOL, en la que se evidencia una seria preocupación por la deplorable situación de los presidios y su influjo en el incremento de la reincidencia [56].

Pero ya poco antes de entrar en la última década del siglo XIX comienzan a propagarse en España los revolucionarios principios de la Escuela positiva italiana causantes de una feroz lucha de escuelas en su país de origen, que no fue menor en el resto de Europa [57], y de la más fuerte convulsión de los axiomas clásicos hasta entonces imperantes.

DORADO, después de su estancia en Italia inicia la labor informativa de las nuevas corrientes [58]; seguirán las obras de ARREDONDO [59] y de BERNALDO DE QUIROS [60], sobre las nuevas teorías, ambas publicadas en 1.898. A partir de entonces los textos de enseñanza del derecho penal incluirán una más o menos extensa referencia a las modernas corrientes acompañada de la correspondiente crítica a las mismas como ocurre en el texto de LEAL DE IBARRA [61], o en el de ROVIRA, si bien este autor se pronuncia suavemente en favor de las tendencias eclécticas que dirimen la polémica entre las escuelas [62], al igual que hace VALDES [63].

El mismo SILVELA en el prólogo a la segunda edición de su tratado ofrece una sucinta exposición de las nuevas corrientes a través de diversas citas a las "Nuevas teorías de la criminalidad" de BERNALDO DE QUIROS y a diversas publicaciones de DORADO sobre la Escuela positiva [64].

El contenido específico del correccionalismo, su atención al sujeto delincuente y a las causas de su conducta a fin de procurar su reforma, facilitaron la recepción del positivismo naturalista [65]. Pero el principal obstáculo para la aceptación de la nueva escuela provenía de la fuerte convulsión que los postulados de ésta suponían para el principio absoluto del libre albedrío [66]. Por ello, la mayor difusión del positivismo en España se alcanzará cuando superada la pri-

mera fase cobren auge las escuelas de positivismo crítico o ecléctico.

No obstante DORADO intenta aunar los postulados correccionalistas con los de la escuela positiva para formular su original teoría sobre el derecho penal como protector de los criminales [67]. SALILLAS será otra insigne figura de la escuela positiva en España [68]; y BERNALDO DE QUIROS, discípulo de DORADO sigue a su maestro en el correccionalismo positivista [69]. Aunque no puede colocarse a la altura de estos autores, MORENO CALDERON, con su trabajo sobre reincidencia publicado en 1.906, se inscribe em la corriente propugnada por DORADO, al proponer la pena indefinida para el reincidente a efectos de procurar su reforma [70].

Pero la nueva generación de penalistas que comienza su andadura a principios del nuevo siglo se adscribe claramente a la Unión Internacional de Derecho Penal de VON LISZT, después de haber sido discípulos de éste. En este grupo se encuadran SALDAÑA [71], JIMENEZ DE ASUA [72], y CUELLO CALON [73].

Una excepción a esta nueva corriente es el P. MONTES, quien bajo las premisas de derecho natural reivindica el libre albedrío y la retribución como ejes del sistema penal [74].

La evolución y desarrollo de la ciencia penal durante los últimos treinta años de vigencia del código penal de 1.870 fué, como ha quedado esquemáticamente expuesto, intensa. Su traducción en los textos legales, prácticamente nula. De ahí que a la hora de estudiar los preceptos concretos del código en materia de reincidencia, tengamos que atenernos principalmente a las obras de tendencia clásica, orientación en que se inspira el código, así como particulamente a los diversos comentarios al mismo. Las interesantes construcciones inspiradas en las modernas corrientes europeas que alientan en la última generación de penalistas coetánea al código de 1.870, solo servirán como puntos de crítica al derecho positivo y para formulaciones de "lege ferenda".

En la búsqueda del sentido y alcance de las disposiciones legales sobre reincidencia, que es el objeto de nuestro trabajo, acudiremos principalmente, por tanto, a las obras cuyo método es prácticamente el mismo que se seguía a mediados del siglo y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

## III. ENCUADRAMIENTO DE LAS FIGURAS OBJETO DE ESTUDIO

El código penal de 1.870 mantiene la misma estructura que el código de 1.848 y concretamente en materia de reincidencia, aunque se modifica el contenido de la agravante, volvemos a encontrar esta circunstancia en tres lugares sistemáticos:en el catálogo del art. 10 la reincidencia y la reiteración; en el Libro II de los delitos en particular e incluso en el Libro III referente a las faltas, encontramos algunos casos de reincidencia como circunstancia cualificativa; y además en la Parte General o Libro I la figura de especial agravación para las recaídas durante cumplimiento de condena o después de quebrantamiento de la misma. Por ello, en la exposición de este capítulo seguiremos el mismo orden que en el código penal de 1.848: en la Sección Segunda veremos las reglas generales de las agravantes de reincidencia y reiteración como circunstancias genéricas inscritas en el artículo 10; y en la Sección Tercera trataremos de las reglas especiales previstas para la reincidencia en determinados delitos, ciñéndonos a los delitos patrimoniales, y a las reglas del art. 131 que es el homólogo al art. 125 del código de 1.848.

En cada uno de estos tres campos en que dividimos la materia de estudio, nos centraremos en las particularidades que presenta el nuevo texto de 1.870 respecto al anterior que, como veremos contiene modificaciones sustanciales respecto al texto de 1.848 y reforma de 1.850. En el estudio de las diversas figuras incluiremos el tratamiento jurisprudencial, ya que a partir de 1.870 por Ley de 15 de Setiembre se crea la Sala Tercera para recursos de casación en materia penal [75], iniciándose así una jurisprudencia unificada que nos permitirá conocer la práctica seguida por los Tribunales en la interpretación y aplicación de los preceptos objeto de nuestro estudio.

## IV. SISTEMATICA GENERAL EN LA GRADUACION DE LAS PENAS

Como la mecánica en la graduación y juego de las penas en función de las diversas circunstancias del delito es la misma que la del código de 1.848, y prácticamente la misma que se ha mantenido en el código de 1.944 hasta hoy, nos vamos a limitar a reseñar alguna peculiaridad respecto al código anterior.

### 1. ELENCO DE PENAS

Con la misma clasificación en penas aflictivas y correccionales que en el código de 1.848, el nuevo código reduce ligeramente el número de penas al suprimir el confinamiento, el presidio y la prisión menores [76], y la pena de sujeción a vigilancia de la autoridad, ésta última según expresa la Comisión que dictamina favorablemrnte para la aprobación del Proyecto, porque no reportaba sino inútiles vejaciones y dificultades a la reincorporación del reo a la sociedad [77].

Como rasgo humanitario se destaca la limitación en la aplicabilidad de la pena de muerte en cuanto que

siempre que aparece señalada para un delito no figura ya como pena única sino como grado máximo de una pena compuesta. Y por otro lado, de hecho se suprimen las penas perpetuas, pues aunque se mantienen nominalmente, se dispone para ellas un indulto automático a los 30 años "a no ser que el reo por su conducta u otras circunstancias no fuese digno de tal gracia" [78], atendiendo así a las críticas que se habían levantado contra las condenas a perpetuidad [79]. Por acumulación de penas puede, no obstante llegarse a 40 años de privación de libertad según dispone la regla 2ª del art. 89 referente al concurso de delitos [80].

La duración de cada pena queda fijada en su límite mínimo con la coletilla de "y un día", y hay algunas variaciones en la duración de las penas de presidio y prisión mayores, y en las de presidio y prisión correccional que ahora engloban la duración de los suprimidos presidio y prisión menores [81], y algunas otras variaciones respecto a las inhabilitaciones, el confinamiento y arresto menor [82].

Técnicamente, el método de señalar la duración de cada pena es más perfecto por cuanto que el máximo de la duración de una pena se diferencia del mínimo de la pena superior de la misma naturaleza por una diferencia de un día, evitando así superposiciones o intervalos de duración que no correspondían a ninguna clase de pena, como ocurría en el código de 1.848 [83]. Técnica elogiada por RUEDA que denomina a

este sistema y a la métrica matemática de determinación de la pena concreta como "parte artística del código" [84]. Pero si bien es cierto que este sistema nació con la codificación a fin de desterrar los abusos del arbitrio judicial, para lo cual se consideró necesario extremar las exigencias de "legalidad" [85], pronto se vió que un excesivo "legalismo" conducía a resultados demasiado rígidos e insatisfactorios y fueron mayoría las voces que piden una mayor flexibilidad en la determinación de la pena devolviendo al juez las posibilidades de individualización al caso concreto dentro de unos límites prudentes marcados por la ley [86].

## 2. GRADUACION DE LAS PENAS POR LAS AGRAVANTES

Las reglas para la fijación de la pena en función de las circunstancias modificativas son prácticamente las mismas que las del código penal de 1.848. El art. 82 es idéntico al art. 74 de aquél; la existencia de agravantes implica la imposición de la pena en su grado máximo sin que en ningún caso se pueda sobrepasar este límite [87]. Si se han apreciado atenuantes y agravantes conjuntamente procede la compensación racional en atención al valor de unas y otras; y si no concurren ni atenuantes ni agravantes será preceptivo la imposición de la pena en su grado medio [88].

Pero cuando la pena señalada al delito es indivisible, al igual que ocurría en 1.848, las atenuantes y agravantes no tendrán ningún reflejo en la pena [89]. Ahora bien, y ésta es la única novedad respecto al código anterior, cuando se trate de pena compuesta de dos indivisibles si no existen atenuantes ni agravantes procede la imposición de la pena inferior, y no de la superior como ordenaba el art. 70 del código de 1.848 [90].

Interesa resaltar el carácter preceptivo de estas reglas [91], y la fijación del tope máximo señalado a la pena del delito que se trate como límite infranqueable, consagrando así el principio de la proporción pena-delito en función de la gravedad objetiva del hecho.

## SECCION SEGUNDA

## TRATAMIENTO GENERAL DE LA REINCIDENCIA

El código penal de 1.870 mantiene el mismo patrón de 1.848 en la consideración de la reiteración y reincidencia como dos agravantes genéricas incluídas en el catálogo del art. 10, pero se introducen importantes modificaciones en ambas. La reiteración amplía su ámbito a los casos en que el sujeto ha sido condenado por dos o más delitos de pena menor, y además se faculta a los Tribunales para apreciar o no la agravante en consideración a las circunstancias del delincuente y naturaleza y efectos del delito, lo cual constituye la novedad más importante de esta circunstancia porque dará lugar a una interesantísima línea jurisprudencial explicativa de lo que se entiende como fundamento de la agravante.

En la reincidencia del nº 18 del art. 10, la modificación es sustancial y desgraciada. Al explicitarse los requisitos que constituyen la reincidencia legal, se da cabida a casos de mera repetición de delitos sin condena intermedia en el ámbito de la agravante. Y además se vuelve a la rígida fórmula del "mismo Título" como criterio objetivo de

analogía entre las infracciones.

En los últimos años de vigencia del código, el R.D. de 15 de noviembre de 1.925 aliviará en parte la criticable concepción legal al admitir la prescripción de las condenas a efectos de la reincidencia, y asimismo de la reiteración.

Comenzaremos con el examen de la reincidencia en delitos del mismo Título, centrándonos en los requisitos que difieren de la regulación de 1.848-50.

## I. REINCIDENCIA EN DELITOS DEL MISMO TITULO

### 1. REGULACION LEGAL

La nueva redacción del nº18 del art. 10, dice textualmente que es circunstancia agravante:

> "Ser reincidente.- Hay reincidencia cuando al ser juzgado el culpable por un delito, estuviere ejecutoriamente condenado por otro comprendido en el mismo título de este código"

Esta definición es idéntica a la que encontramos en el Proyecto elaborado por la Comisión de Codificación que cesó en 1.869, del que fue ponente GOMEZ DE LA SERNA[92]. Pero aquél establecía una cláusula facultativa de apreciación extensiva a todas las agravantes [93], mientras que el código la reserva únicamente para el parentesco, la ejecución del delito por medio de imprenta, nocturnidad o despoblado, y reiteración [94]. Con lo cual se impide que el juzgador pueda en la práctica introducir criterios correctivos en la aplicación de la reincidencia, lo que hubiese sido muy deseable para evitar los excesos e injusticias a que da lugar la definición legal[95].

La enunciación de la reincidencia que presentaba el código de 1.848 adolecía de falta de concreción pues de-

jaba al juez la interpretación de lo que debía entenderse por "ser reincidente" y por "misma especie" de delito [96]. Pero no obstante era superior a la que ahora ofrece el código penal de 1.870. Se comprende que se quisiera evitar la diversidad de interpretaciones a que una definición tan exigua daba lugar [97], pero ciertamente la nueva descripción incurre en un grave defecto desde el momento que considera suficiente que exista una condena anterior al enjuiciamiento del delito. Ello conduce a un concepto legal de reincidencia en franca oposición con el concepto doctrinal de la misma ampliamente admitido desde 1.848 [98] y mantenido sin vacilaciones durante la época de vigencia del código de 1.870 [99], pues la doctrina parte de la experiencia de condena anterior a la recaída como requisito básico y fundamental de la agravante. Mientras que con la fórmula legal se da el mismo trato a la reincidencia que a la mera repetición de delitos, pues basta que en el momento del juicio se pruebe por sentencia firme que se cometió otro, cualquier sea el tiempo de esta comisión.

Veamos separadamente cada una de las notas del enunciado legal y la postura de la doctrina y jurisprudencia sobre ella.

## 2. REQUISITOS

### A. Cuestión previa: "ser reincidente"

Esta expresión, que proviene de la redacción del código penal de 1.848, no constituye propiamente un requisito, sino el encabezamiento o enunciación de la agravante, ya que a continuación se especifica que "hay reincidencia" cuando "concurren una serie de datos objetivos legalmente prefijados. No se requiere pues la presencia de una particular "forma de ser" del sujeto, que es indiferente para la existencia de la "reincidencia", como ya se expuso al examinar el código penal de 1.848 [100].

Si en vez de la expresión "ser reincidente" la ley hubiese utilizado como enunciación "La reincidencia.- Hay reincidencia cuando ...", el contenido de la agravante no hubiese sufrido nungina alteración, ni se dudaría de su carácter personal aunque sus requisitos, condena anterior por delito del mismo Título, sean de carácter objetivo [101].

### B. Condena ejecutoria anterior

Hay reincidencia, o lo que es lo mismo, un sujeto es reincidente cuando al ser juzgado por un delito "estuviere ejecutoriamente condenado" por otro del mismo Título del código. Vamos a fijarnos en primer lugar en los caracteres de

esta condena previa en cuanto ejecutoria, por delito y no falta, y en cuanto al momento en que surte efecto de cara a la agravante; y asimismo la consecuencia que se deriva de la redacción legal referente a la no exigencia de que esa condena anterior haya sido cumplida.

a) E j e c u t o r i a

Aunque la expresión legal "ejecutoriamente condenado" no ofrece dudas respecto al carácter de firmeza o irrevocabilidad de la misma, la doctrina insiste en el mismo por la lógica necesidad de seguridad en la apreciación de la agravante. Como dice ARMENGOL, la apreciación de la reincidencia no puede surgir de una "presunción" pues hasta que la sentencia no es firme no puede tomarse como prueba definitiva de condena [102]. Por lo tanto, no puede apreciarse la reincidencia en base a condenas dictadas en rebeldía [103].

En la misma línea, GROIZARD, quien refiriéndose a los supuestos de indulto y amnistía afirma la posibilidad de reincidencia cuando el indulto tiene lugar después de condena ejecutoria [104], mientras que en ningún caso cabe reincidencia por una condena beneficiada por amnistía [105].

A mayor abundamiento, puede citarse la R.O. de 12 de noviembre de 1.879 que viene a fijar con claridad el sentido del término "ejecutorio" resolviendo las dudas posibles.

Dice esta R.O.:

> "En el lenguaje jurídico, lo mismo que en su acepción etimológica, la palabra "ejecutorio" significa que el fallo o la sentencia que así se llaman, son firmes e irrevocables como pasados en autoridad o cosa juzgada, y que, por lo tanto, han de llevarse a cumplido efecto sin que contra ellos proceda recurso alguno. Lo contrario sucede con los fallos llamados definitivos, los cuales, si bien resuelven sobre el negocio principal, no adquieren el carácter de firmes e irrevocables no se haya consentido expresa o tácitamente por las partes o no se hayan agotado los recursos que contra ellos procedan según los casos" 106).

En consecuencia, con la exigencia de ejecutoriedad de la condena anterior, el Supremo denegó la estimación de la agravante en varias ocasiones por faltar este carácter de firmeza en ss. de 16 de diciembre de 1.871 [107], 11 de mayo de 1.872 [108], 16 de diciembre de 1.878 [109], y 8 de mayo de 1.903 [110].

b) P o r  d e l i t o

Tanto el delito condenado anteriormente como la infracción que se enjuicia deben constituir "delito", no "falta". Entendiendo por "delito" tanto la infracción consumada del autor, como la que aparezca en forma incompleta de desarrollo o bien la imputada al reo a título de partícipe punible. Pasamos a desarrollar estos extremos.

a') Delito y no falta

La referencia que en las agravantes 17 y 18 encontramos al

"delito" condenado anteriormente, o al "delito" que se enjuicia [111] debe entenderse a las infracciones que reciben tal calificación en el código penal; esto es, las infracciones que en el art. 6 se califican de "delitos graves" y de "delitos menos graves" [112]

En el comentario de estas agravantes los autores apenas prestan atención a este extremo. Solo ARAMBURU [113], CUELLO CALON [114] y SILVELA [115] manifiestan explícitamente la exclusión de las "faltas" del ámbito de estas agravantes.

Indirectamente también se pronuncian en el mismo sentido BERNALDO DE QUIROS [116] y JIMENEZ DE ASUA [117], quienes al comentar el art. 131 ponen de relieve la inclusión de las condenas por delito o por falta en su ámbito a diferencia de lo que ocurría con las agravantes 17 y 18ª [118].

Lo cierto es, que cuando el legislador ha querido dar valor a las condenas por "falta" lo ha hecho constar expresamente como ocurre en el referido art. 131, o en el art. 531, 4° para las faltas de hurto [119]. Pero además, las condenas por "falta" no pueden originar reincidencia respecto a un delito por no estar incluídas en el mismo Título del código como exige la agravante 18ª. Y lo mismo sirve para el caso contrario, de condena anterior por delito y enjuiciamiento posterior de una falta. Aunque en este segundo supuesto al quedar al arbitrio del Tribunal la fijación de la pena concreta en

las faltas según lo dispuesto en el art. 620 del código[120] no hay obstáculo para que se tenga en cuenta la condena anterior para imponer el grado máximo de la pena; pero técnicamente según la ley no existe reincidencia.

Es ilustrativa a este respecto la s. de 13 de julio de 1.885 que aprueba la resolución de instancia por haber tenido en cuenta la condena anterior por delito de lesiones en el enjuiciamiento de una falta de malos tratos. Dice así uno de los Considerandos de dicha sentencia:

> "((...)) al apreciar el Juzgado sentenciador discrecionalmente o según su prudente arbitrio, la reincidencia del acusado, no con el carácter que tiene la agravante 18ª del artículo 10, sino como una circunstancia que daba alguna mayor gravedad al caso constitutivo de la indicada falta, no ha hecho más que atenerse a la referida disposición legal, y en consecuencia no ha cometido infracción de ley ((...))" 121).

La "referida disposición legal" es el art. 620 aludido. Pero queda claro que no procedía la consideración de la reincidencia del nº 18 del artículo 10.

La misma línea sigue la s. de 15 de junio de 1.926 respecto a la agravante 17ª en un caso de falta de lesiones habiendo sido condenado el reo anteriormente por delito de lesiones y otro de amenazas [122].

Cuando la posición de las infracciones en juego es a la inversa, es decir al ser juzgado el reo por un delito constan

antecedentes de condenas por faltas, no puede apreciarse la agravación, aquí ya de forma tajante pues no existe esa discrecionalidad respecto al grado de la pena que pueda imponer el juez [123]. Por ello, incluso ante la duda de si las condenas anteriores fueron por delito o por falta, se desestima la apreciación de la agravante: ss. de 31 de enero de 1.910 [124] y de 6 de junio de 1.914 [125]. En s. de 2 de marzo de 1.887 se rechaza la reincidencia en un delito de parricidio porque los dos delitos de lesiones por los que fue condenado el reo en 1.858 merecían la calificación de "faltas" según la normativa del código de 1.870 [126].

Respecto a las modificaciones legislativas que convierten en "falta" un hecho que anteriormente era delito o viceversa, lo cual ocurre durante la vigencia del código penal de 1.870 con los hurtos y estafas de valor inferior a 10 pesetas [127] hay que estar a los principios generales de retroactividad favorable o de irretroactividad según el caso [128]. Este punto lo trataremos al estudiar la reincidencia especial en estos delitos patrimoniales pues es en esta materia donde se producen el mayor número de resoluciones relativas a este extremo [129].

Cuando un hecho que condenado como delito deja de ser punible por una posterior modificación legal, no hay duda que esa condena no puede tomarse ya como base idónea para dar lugar a la reincidencia. En este sentido la s. de 30 de no-

viembre de 1.876 [130].

b') Delito como tipo legal abstracto

Como ha puesto de relieve MIR PUIG, a lo largo del código penal, los términos "delito" y "falta" son utilizados en el sentido "abstracto" o incompleto de "tipo legal" [131], con independencia de que en el caso concreto concurran o no otras características dogmáticas del hecho punible completo u otras notas adicionales de la teoría del delito [132]. Los argumentos esgrimidos por este autor, basados en el examen sistemático de las disposiciones del código penal actual-texto revisado de 1.971-, son perfectamente trasladables al código de 1.870 cuya estructura y redacción es fundamentalmente la misma que la de aquél [133]. Aunque lógicamente en 1.870 la dogmática penal no había alcanzado el desarrollo que hoy posibilita la diferenciación de los distintos elementos esenciales del delito y las diversas acepciones del mismo, no hay obstáculo para aplicar las categorías actuales a la interpretación de los preceptos del código de 1.870, pues tales categorías se encuentran implícitas en él.

Particularmente, en cuanto a la circunstancia 18ª del art. 10 es evidente que la referencia a que los delitos se hallen comprendidos en el "mismo Título" del código, apunta a los "tipos legales" o "abstractos", esto es los que se describen en el Libro II del código independientemente de que el hecho concreto por el que fue condenado anteriormente el reo,

o el hecho por el que se le juzga, como delito "completo", necesite para su punición de otros preceptos contenidos en el Libro I del código [134].

c) A n t e r i o r a l n u e v o e n j u i c i a m i e n t o

De acuerdo con la definición que presenta el código hay reincidencia cuando "al ser juzgado" el culpable de un delito ha sido ejecutoriamente condenado por otro del mismo Título. Con la fijación del enjuiciamiento del delito como momento de exigencia de condena anterior, se trastoca el concepto común de reincidencia según lo venía entendiendo la doctrina [135], para dar lugar a una figura que aunque se denomine "reincidencia" acoge en su ámbito la reincidencia y la mera repetición de delitos sin condena intermedia. Ello conducirá a una serie de incongruencias e injusticias en la práctica, que darán pie a severas y fundadas críticas, las cuales, sin embargo, no podrán eximir a los Tribunales de su obligación de aplicar la agravante de acuerdo con el ilógico pero claro tenor de la ley [136].

a') Incongruencias

Puesto que no es necesario que "al delinquir" el reo haya experimentado una condena anterior, sino que basta que en el momento de ser juzgado haya recaído sentencia condena-

toria contra él por otro delito, deberá apreciarse la reincidencia aun cuando el delito por el que se le juzga en segundo lugar sea el primero de los dos o más cometidos por el sujeto.

La reincidencia así configurada va a depender de la mayor o menor agilidad de los trámites procesales, y por tanto de circunstancias ajenas a la actividad del reo [137]. Y así se llega a la paradoja de que un sujeto que comete varios delitos sin condena intermedia entre ellos, pueda verse beneficiado por las reglas del concurso de delitos [138] si esas infracciones se juzgan en un solo proceso, o por el contrario se le aplique la reincidencia si alguno se enjuicia en causa separada y con posterioridad a otro u otros de los cometidos. O incluso que apreciada la reincidencia, la agravación quede sin efecto porque además se le apliquen la rebaja del concurso si es que el Tribunal estima que las reglas de éste son aplicables a hechos enjuiciados en causas separadas [139]. Lo cual supone una patente contradicción de principios dentro del mismo código, que dificulta la explicación del fundamento de la agravante [140].

Claro está que dentro de la fórmula legal caben perfectamente los auténticos supuestos de reincidencia, esto es recaída posterior a una condena por delito del mismo Título, pero estos supuestos están equiparados en sus efectos y com-

prendidos dentro de la misma fórmula legal que la repetición de delitos aludida.

Podíamos pensar que con la inclusión de la expresión "al ser juzgado" el legislador no pretendió abarcar la mera repetición de infracciones, sino que simplemente por razones de redacción consignó esta expresión para no repetir literalmente la misma fórmula utilizada en la agravante 17ª [141]. Desde luego es chocante que GOMEZ DE LA SERNA, ponente del Proyecto de Parte General del código del que se tomó esta definición [142], en sus comentarios al código fije la reincidencia sobre la recaída posterior a haber experimentado un castigo por delito análogo [143], lo cual no se deduce del texto del código, idéntico en este punto al que presentaba el Proyecto [144].

Pero el enunciado legal es demasiado claro y explícito como para admitir otras interpretaciones. Si se trató de un error en la redacción, fue un error grave, que no se corrigió durante la vigencia del código de 1.870 a pesar de las críticas de doctrina e incluso de algunos Fiscales [145]; y aún el R.D. de 14 de noviembre de 1.925, que se dirige a modificar parcialmente la reincidencia, mantiene inalterado el requisito de "al ser juzgado" [146]. Tras el breve lapso del código penal de 1.928, el código de 1.932 vuelve a tomar la infeliz definición de 1.870 [147].

También es muy posible que con esa fórmula se pretendiese dar mayor amplitud a la agravación por reincidencia frente a la reiteración consignada en la agravante 17ª, por la tradicional prevención y mayor severidad contra la recaída en delitos análogos. Téngase en cuenta que si bien durante la época del código de 1.848 la doctrina mayoritariamente se mostraba partidaria de la exigencia de condena previa a la recaída, el texto de la agravante 18ª en aquel código no era explícito a este requisito [148]. De hecho es muy probable que la jurisprudencia, o parte de ella, aplicase la reincidencia ante la simple constatación de una condena anterior, sin exigir que hubiese tenido lugar antes de la recaída [149] a juzgar por las manifestaciones de AZCUTIA [150].

Lo que resulta evidente es la claridad del texto legal y la imposibilidad de interpretar de otra forma la desdichada expresión [151].

b') Doctrina

Son principalmente los comentaristas del código los que al examinar los términos de la descripción legal de reincidencia ponen de relieve las injusticias de que se derivan de la fijación del momento del juicio como instante en el que dene constar la condena anterior. Así en primer lugar GROIZARD, dentro de su crítica global a la agravante insiste en

las arbitrariedades a que da lugar la fórmula de "al ser juzgado". Transcribimos un párrafo significativo de sus comentarios a este respecto:

> "Esta disposición es contraria a los principios de la ciencia y no se sabe en qué se ha podido fundar. Además de ser gravemente injusta, puede dar lugar a varios abusos respecto a la duración de la causa y hasta es contraria a lo dispuesto en la circunstancia anterior. Es injusta porque se funda la reincidencia en un principio insostenible, dando lugar a que delitos cometidos en el mismo día, y hasta mucho tiempo después, sean una causa de reincidencia para los que se perpetraran antes. Puede dar lugar a varios abusos, porque, para evitar la reincidencia en delitos graves es posible que se traten de utilizar, y que se utilicen con provecho por muchos procesados, medios para que se paralicen las causas por un tiempo dado. Es contraria a la circunstancia 17ª porque la reiteración debe tener lugar como agravante solo cuando a la comisión del nuevo delito ha sido castigado el culpable por otro u otros delitos que en ella se expresan. Ante la ley, sin embargo, nosotros bajamos la cabeza. Debiera haber dicho, cuando el culpable al cometer el delito estuviere ejecutoriamente condenado por otro" 152)

No sabemos si se dieron esos intencionados abusos a que alude GROIZARD, pero lo que está demostrado es que se cometieron inevitables injusticias al apreciar los Tribunales la reincidencia en el primer delito cometido por el reo por haberse sentenciado antes otro delito cometido con posterioridad [153]. Esta anómala situación es denunciada también por ALVAREZ CID en los siguientes términos:

> "No entra en nuestro propósito hacernos eco de las, a nuestro entender justificadas censuras, que ha motivado la poca feliz redacción del texto que estudiamos, y las injusticias a que su aplicación puede dar lugar. La sola idea de que venga a aumentar la respon-

> sabilidad por un delito, otro realizado con posterioridad, basta para juzgar un precepto que así quebranta los principios de la justicia" 154)

Cita a continuación este autor una sentencia del Supremo en que se desestimó la agravante de no haber recaído aún sentencia firme en la causa anterior al tiempo de cometer el segundo delito, pero esta resolución se basaba en que el delito anterior había sido cometido antes de promulgarse el código [155]. Fuera de este fallo favorable por razones de irretroactividad, la línea jurisprudencial es uniforme en atenerse a la letra de la ley, por incongruente que ésta sea, como enseguida veremos.

En la misma línea RUEDA tacha de injusta la disposición legal "porque se hace depender la circunstancia agravante de accidentes que no se relacionan con el delito cometido, ni se refieren a la mayor o menor perversidad del agente en los momentos de aquella comisión" [156], aludiendo a lo que debiera ser el fundamento de la agravante.

También AZCUTIA [157] y GONZALEZ MIRANDA [158] se refieren a la incongruencia de poder aplicar la reincidencia al primer delito cometido por el reo, si bien estos dos autores no consideran necesario que la condena anterior sea previa a la nueva recaída sino simplemente que se hayan cometido dos delitos sucesivamente debiendo apreciarse la reinciden-

cia únicamente en el segundo [159].

MORENO CALDERON critica lo que él denomina "retroactividad" inconcebible de la sentencia penal, en cuanto que sirve para apreciar una circunstancia agravante sobre un hecho anterior al momento de recaer aquella condena [160].

Otros autores, en cambio, eluden la crítica a este requisito legal, como ocurre en la obra de GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN quienes incluso dicen que esta reincidencia es la verdadera "porque el delincuente que a pesar de haber sido castigado por otro delito análogo no se corrige ((...))" [161] con lo que parece que entienden que la ley exige castigo cumplido con anterioridad a la comisión del nuevo delito; lo cual es evidente que no es lo que la ley exige.

En los tratados u obras de carácter eminentemente doctrinal los autores se limitan en general a explicar la reincidencia de acuerdo con la concepción teórica mayoritaria de esta circunstancia. Lo cual es comprensible en ARAMBURU que se centra en ampliar las explicaciones de PESSINA [162]; pero choca que por ejemplo ARMENGOL en su monografía sobre la reincidencia no aluda en ningún momento a este punto tan ostensiblemente contradictorio con las explicaciones que el mismo autor ofrece de la agravante [163]. Incluso en otra obra posterior ARMENGOL manifiesta expresamente no tener nada que objetar a la figura de reincidencia contemplada en el código [164].

Tampoco SILVELA comenta este aspecto, aunque claramente sienta la necesidad de una contena anterior a la recaída para poder hablar de reincidencia [165]. Pero a pesar de esta manifestación, al redactar un Proyecto de reforma de código penal [166], plasma la agravante de reincidencia en los siguientes términos:

> "Hay reincidencia cuando al ser juzgado el culpable haya sido ejecutoriamente condenado por otro delito o falta comprendido en la misma sección del Código, cometido con anterioridad al que sea objeto del juicio, siempre que, desde el cumplimiento de la condena anterior o su quebrantamiento, no hayan transcurrido diez años, si ésta fuera pena aflictiva, cinco si fuere pena correccional, y tres si fuere de pena leve.- Para apreciar la reincidencia producirán el mismo efecto el delito consumado, el frustrado y la tentativa y la conspiración o proposición cuando sean punibles; pero no se estimarán los delitos cometidos por imprudencia o negligencia" 167)

Con lo cual mantiene la fórmula de "al ser juzgado" como momento relevante para la existencia de condena anterior, si bien se especifica que esa condena debe ser por delito cometido con anterioridad al que se juzga, con lo que se evitaban las mayores incongruencias de la fórmula del código de 1.870. Pero de todas formas esa definición que presenta en el Proyecto no resulta conforme con las teorías que defendía en su Tratado sobre la exigencia de pena cumplida total o parcialmente antes de la recaída pues el fundamento de la agravación según decía, radicaba en la ineficacia correctora de la pena anterior [168].

La nueva generación de penalistas que se inscribe en la

línea del positivismo crítico en las últimas décadas de vigencia del código de 1.870, apenas aporta datos para el examen e interpretación de las disposiciones legales, pues sus construcciones se centran en orientaciones de "lege ferenda" sobre los modernos principios penales. La labor de exégesis, como ya se dijo, corresponde fundamentalmente a los prácticos del derecho. Por ello, no es de extrañar que, por ejemplo CUELLO CALON [169] o JIMENEZ DE ASUA [170], que dedican alguna referencia a la agravante que tratamos no aludan a este desgraciado requisito derivado de la expresión "al ser juzgado", mientras que los prácticos unánimemente detectaron su irracionalidad como fuente de graves injusticias.

El nuevo código de 1.932, en cuya elaboración intervino de forma destacada JIMENEZ DE ASUA [171], mantiene la misma criticable definición de reincidencia del código penal de 1.870. De lo cual se deduce que por desgracia no se tuvo en cuenta la insistente crítica de los prácticos en lo tocante a esta cricunstancia, de la cual el requisito de la condena anterior al momento de "ser juzgado" era el de más urgente reforma.

c') Jurisprudencia

Lógicamente la expresión "al ser juzgado" permite que se incluyan en el nº 18 del art. 10 las auténticas reincidencias,

esto es las recaídas ocurridas después de haber sido el reo condenado anteriormente por otro delito del mismo Título. Pero durante la larga vigencia del código de 1.870 tenemos numerosas resoluciones de los Tribunales que testimonian cómo también tuvo que ser estimada esta agravante en muchas ocasiones sobre supuesto de mera repetición de delitos sin condena intermedia, e incluso sobre el primer delito cometido por el reo, por el hecho de haber recaído antes de su enjuiciamiento una condena por otro cometido con posterioridad.

Así se aplica la reincidencia sobre el primer delito cometido por el reo en s. de 15 de noviembre de 1.876, que juzgaba dos robos cometidos en 1.873 y condenados por la Audiencia en 1.876; en este intervalo el reo había cometido un delito de hurto por el que fue condenado ejecutoriamente en 1.875. El Tribunal de instancia invocando el "espíritu de la ley" deja de estimar la reincidencia en los robos por ser esa condena, anterior al enjuiciamiento, debida a un delito cometido después de los que se juzgaba. El Supremo admite el recurso del Fiscal y aprecia la agravante porque "no puede invocarse el espíritu de la ley contra su texto claro y explícito [172)]. En el mismo sentido la s. de 9 de febrero de 1.885 que estima la reincidencia sobre la primera estafa cometida por el reo porque ya había recaído sentencia condenatoria por la cometida en segundo lugar, ya que según dice en uno de sus Considerandos: "basta sentencia ejecutoria,

no siendo lícito interpretar la ley contra su letra terminante y clara con el pretexto de penetrar mejor en su espíritu" [173]. Mismas conclusiones en la s. de 30 de diciembre de 1.885 [174].

De acuerdo con el tenor legal, también se aplica la reincidencia cuando las condenas anteriores son por delitos cometidos el mismo día que aquel que se enjuicia, o en días más o menos próximos. En estos casos durante un tiempo la Jurisprudencia aplicó las reglas del concurso de delitos en vez de la reincidencia, por entender que no era obstáculo para el concurso que los diversos delitos del reo se juzgasen en causas separadas. De estos supuestos trataremos en el apartado siguiente al delimitar las fronteras entre la reincidencia y el concurso de delitos [175]. Por ello, vamos a referirnos ahora a las sentencias en que se aplicó reincidencia.

Así en la de 23 de mayo de 1.888 el Supremo confirma la resolución de instancia que había estimado doble reincidencia en un hurto en base a que pocos días antes había recaído condena contra el reo por otros cinco hurtos, cometidos el mismo día que el delito que se juzgaba [176]. Y por ello mientras que la pena más grave de las impuestas por esos cinco hurtos fue la de tres meses y un día de arresto, por el sex-

to hurto -hurto de una oveja como todos los anteriores- se le impone 4 años 2 meses y 1 día de presidio correccional, pues además de la doble reincidencia se apreció también la reincidencia genérica [177]. Este es un caso que patentiza la flagrante injusticia a que conduce la fórmula legal. El sujeto es condenado a una pena que excede en casi 4 años de la que se le hubiera impuesto de haberse juzgado los seis hurtos en una sola causa, y además en caso de enjuiciamiento conjunto se le hubiese aplicado la regla 2ª del art. 89 que impide que el total de las penas exceda del triplo de la más grave. Como en seguida veremos [178], precisamente esta sentencia rompe con la línea jurisprudencial que venía aplicando el concurso sobre delitos enjuiciados en causas separadas, y por ello no admite el recurso de la defensa que pretendía se aplicase éste al caso de autos.

Un supuesto en cierto modo similar es el que se enjuicia en s. de 4 de octubre de 1.907: el reo había cometido dos delitos de abusos deshonestos que fueron tramitados en causas separadas. La vista de una de ellas se retrasó por enfermedad del letrado, lapso durante el cual recayó condena en la otra. La Audiencia por razones de equidad no estima la reincidencia porque no dependió del reo el que un proceso concluyese antes que el otro, e invoca el "espíritu del legislador" al consignar la agravante 18ª. El Supremo casa la sentencia recurrida por el Fiscal, y declara la obligatoriedad de la estimación de la reincidencia [179].

Aparte de estos casos expuestos en que un delito cometido después o al mismo tiempo que otro sirve para la agravación, lo que resulta a todas luces inconcebible, es igualmente obligatoria la apreciación de reincidencia sobre el segundo delito cometido por el reo aunque al momento de la comisión aún no hubiese recaído sentencia firme por el primero. En este sentido, S. de 14 de diciembre de 1.875 pues basta que "al dictar sentencia" conste la condena anterior [180]; S. de 10 de enero de 1.876 "aunque la ejecutoria haya sido durante el discurso de la causa" [181], S. de 5 de abril de 1.878: "basta que al ser juzgado..." aunque los hechos condenados hayan ocurrido simultáneamente al que se juzga [182]. Con los mismos argumentos, S. de 19 de marzo de 1.879 [183], S. de 28 de setiembre de 1.883 [184], S. de 29 de enero de 1.886 [185], S. de 18 de diciembre de 1.914 [186].

La única sentencia en que se desestimó la reincidencia por no constar la condena anterior en el momento de la comisión del nuevo delito es una de las primeras dictadas al comenzar la vigencia del código, S. de 16 de diciembre de 1.871 [187]. Pero esta resolución no se basa en una interpretación favorable del nº 18 del art.10, sino en la irretroactividad de la ley, pues el hecho enjuiciado había sido cometido en 1.869, fecha en que aún estaba en vigor el código de 1.850, cuyas disposiciones eran más benignas en este punto [188], por lo que se estima el recurso del Ministerio Fiscal que

alegaba la indebida apreciación de la agravante.

Como decía MORENO CALDERON, "el criterio del juzgador es hoy, como antes, un pájaro con alas enjaulado" [189] y por ello ha de plegarse a los defectos del código por más que no le guste. La alta Magistratura era consciente de éstos defectos y prueba de ello son las Memorias del Fiscal del Tribunal Supremo de los años 1.879, 1.894 y 1.928. En la primera, es D. Salvador VIADA quien pone de relieve las injusticias de la fórmula, que pueden conducir en casos de delitos graves a la pena de muerte por el hecho de una condena anterior por delito cometido después [190]; En la misma línea D. Juan de ALDANA y CARVAJAL en 1.894 insiste en la irracionalidad de la expresión "al ser juzgado", que conduce con "demasiada frecuencia" a casos como los que hemos citado. Por ello denomina a la circunstancia 18 "reincidencia peregrina", que en ocasiones obliga a efectos gravísimos "por un delito que no se había cometido todavía, ni tal vez pensado cometer" aludiendo a las numerosas sentencias que testimonian tales incongruencias y a los numerosos reclusos que cumplen condena agravada por esta causa [191].

En 1.928, vísperas de la promulgación del nuevo código penal [192], D. José OPPELT en la Memoria anual vuelve a insistir en esa "tremenda injusticia" a que da lugar la agravante 18ª, y por ello alaba la nueva redacción dada a la reincidencia en el que iba a ser el futuro código penal [193].

Pero el código de 1.928 estuvo en vigor por poco tiempo[194], e incomprensiblemente el de 1.932 vuelve a recoger la desafortunada fórmula anterior. Durante más de 70 años, por lo tanto, rigió el criticado concepto legal de reincidencia, y en consecuencia durante todo ese tiempo a pesar de la disconformidad insistentemente manifestada por juristas y magistrados, numerosos reos tuvieron que cumplir un "plus" de pena difícilmente justificable.

d') Límites con el concurso de delitos

No hay duda de que cuando al delinquir el reo ha sido ya condenado anteriormente por otro delito del mismo Título estamos ante un caso de reincidencia y nunca ante un concurso de delitos [195]. Pero como para la agravante 18ª del código de 1.870 es suficiente que la condena sea anterior al momento de enjuiciamiento, resulta difícil establecer sus fronteras con el concurso de delitos cuando "al delinquir" el reo aún no ha sido condenado por otro delito.

Por de pronto podemos decir que si los varios delitos cometidos por el reo se enjuician en una sola causa pueden aplicarse las reglas del concurso de delitos pero nunca la agravante de reincidencia, pues ésta exige que la condena por uno de ellos sea anterior al enjuiciamiento de otro de los cometidos. Pero donde no puede establecerse la distinción es en el caso de enjuiciamiento separado de las varias infrac-

ciones, ya que si se entiende que el concurso es aplicable a hechos juzgados en procesos distintos nos encontramos con la posibilidad de aplicar ambas figuras, como de hecho va a ocurrir durante algunos años en que la jurisprudencia así lo entendió.

Efectivamente, hasta 1.888 el Supremo aplica las reglas de la acumulación jurídica a los diversos delitos cometidos por el reo en fechas próximas, pero enjuiciados en procesos distintos, cuando las penas correspondientes exceden del triplo de la más grave impuesta, o de 40 años, pues según lo dispuesto en la regla 2ª del art. 89 deben "dejarse de imponer" [196] las que procedan una vez superado ese límite.

Así, en S. de 14 de noviembre de 1.881 el Supremo casa la resolución de instancia que había apreciado reincidencia sobre un delito de malversación, porque las penas impuestas en las 7 condenas anteriores por otros tantos delitos de malversación, dictadas con posterioridad a la perpetración del delito que se juzgaba, superaban ya con creces el tope de los 40 años señalado en el art. 89, regla 2ª. Por lo tanto no podía "imponerse" pena alguna por el delito en cuestión; con lo que indirectamente, aunque el Tribunal no se refiere a ello, se rechaza la reincidencia [197].

En s. de 18 de febrero de 1.882, siguiendo la misma tónica, el Supremo estima el recurso del Fiscal que aludía también

a la aplicación de la regla 2ª del art. 89, en este caso en lo referente al tope del triplo de la pena más grave. La Audiencia había estimado sobre el hurto objeto de la causa la agravante cualificada de doble reincidencia, imponiendo la pena de 1 año 1 mes y 1 día de presidio correccional; pero teniendo en cuenta que las tres condenas anteriores lo fueron por delitos de hurto cometidos por el reo el mismo día que aquél que se juzgaba, y que las penas ya impuestas sumaban 7 meses y dos días de arresto, el Supremo establece que no debió imponerse pena superior a la de 1 mes y 28 días de arresto, de acuerdo con la limitación indicada del triplo de las más graves de las penas impuestas, que en este caso había sido la de 3 meses de arresto mayor. Indirectamente resulta rechazada la reincidencia, pues lógicamente sería absurdo computar las mismas condenas anteriores para la limitación, rebaja de pena, por concurso y a la vez para agravar por reincidencia [198].

En ss. de 10 de abril [199] y de 24 de mayo de 1.882 [200], se juzga a unas mismas procesadas, en la primera por hurto y en la segunda por robo cometidos ambos en 1.880. En 1.881 según se certifica en autos, habían sido condenadas las dos procesadas por otros 16 robos y hurtos en diversas sentencias; por ello en las dos resoluciones objeto de recurso se les había apreciado doble reincidencia cualificada. Pero el Supremo admite el recurso del Fiscal y establece que, de acuerdo con el art. 89 regla 2ª no procedía la imposición

la pena personal correspondiente a dicho robo y hurto en cada caso, pues con las penas ya impuestas se había superado el límite del triplo de la pena más grave y aún el de los 40 años señalados en aquel precepto del concurso. Los Considerandos en los que el Tribunal razona su fallo son del mismo tenor que los vertidos en las sentencias citadas anteriormente en favor del concurso. Concretamente dice la s. de 24 de mayo de 1.882:

> "Considerando que la regla general establecida en el art. 88 ((...)) se modifica por el contenido del párrafo ((sic)) segundo del artículo siguiente ((...)) con el propósito notorio de evitar que el cumplimiento sucesivo de las temporales de privación de libertad las convierta, alterando su esencial índole, en una perpetua, o que de tal modo se prolongue que resulte desproporcionada a la totalidad de los delitos, dada la unidad siempre atendible del agente y contrariado de esa suerte alguno de los más importantes fines jurídicos de la pena:
>
> Considerando que esa prohibición alcanza de igual modo a delitos diferentes comprendidos en un solo proceso, por razón de conexidad legal, que el caso que, por expreso mandato del art. 421 de la Compilación, - Ley posterior al código penal, como la de Enjuiciamiento criminal, del cual se transcribió,- se someten a juicios y a Jueces diversos, por no autorizar distinción de estado ni de circunstancias, de todo punto ajenas al culpable, los términos generales de la ley penal, que de tal modo ha estimado el valor real de múltiples delincuencias y proporcionado bajo este concepto la pena total:
>
> Considerando que Caya Rocañín y María Rosa Clavero, autoras del robo ejecutado en 12 de setiembre de 1.880 has sido objeto de las 16 condenas expresadas, y aunque el Tribunal sentenciador pudiera declarar la existencia de delito y de la delincuencia, como esas condenas anteriores a la pronunciada en el fallo recurrido y posteriores al hecho criminal que lo motivara, hicieron exceder la suma de las penas de las procesadas no solo del triplo de la más grave, sino además de los 40 años que como límite superior marca el párrafo segundo del art. 89 del código" 201).

A través de estos Considerandos queda patente el criterio del Supremo en estas sentencias: el principio de no acumulación de penas es preceptivo y preferente a la reincidencia cuando las penas correspondientes a los varios delitos cometidos por el reo, antes de haber sufrido condena alguna, superan los límites señalados en el art. 89 regla 2ª, independientemente de que las infracciones se juzguen en causas separadas o conjuntamente. En consecuencia, la reincidencia solo puede operar en estos casos, cuando imponiendo la pena agravada correspondiente, la suma de ésta con las ya impuestas no exceda de aquellos límites legales. Criterio que a nuestro juicio es totalmente correcto y consecuente con el espíritu y con la letra de la regla 2ª del art. 89, y que no solo pone en evidencia sino que corrige, las incongruencias y excesos derivados de la infeliz definición legal de la reincidencia.

Sin embargo, a partir de 1.888, con la s. de 23 de mayo de ese año, se rompe esta línea jurisprudencial estableciendo que las reglas del concurso de delitos son aplicables únicamente a aquellos objeto de un solo procedimiento. Y así esta sentencia de 23 de mayo, que hemos comentado en el apartado anterior [202)], estima correcta la aplicación de la doble reincidencia en uno de los seis hurtos cometidos el mismo día por el procesado, por haber recaído sentencia ejecutoria por los cinco primeros, pocos días antes de enjuiciarse el sexto; y rechaza el recurso de la defensa que solici-

taba la aplicación del concurso.

En 1.896, la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo confirma esta nueva dirección, pues aunque reconoce que la línea anterior corresponde a una interpretación posible del art. 89, ante la no exigencia legal de enjuiciamiento conjunto, considera que "Los artículos 88 y 89 consienten una interpretación menos peligrosa y más conforme con la naturaleza de las leyes protectoras del orden social" 203). Y es que, según la Fiscalía, la doctrina anterior posibilitaba la impunidad del reo que, condenado por tres o más delitos cuyas penas hubiesen alcanzado el tope legal del triplo de la más grave de las impuestas, cometiese otros nuevos de pena menor o igual a los anteriores 204). Conclusión hipotética que no se vislumbra en las sentencias citadas exponentes de la primera corriente jurisprudencial, pues en ellas se parte, y así se hace constar en sus Considerandos, de que las reglas del concurso solo son aplicables a aquellos delitos cuyos respectivos momentos de comisión sean anteriores al enjuiciamiento y condena de los demás 205). Pero la Memoria de la Fiscalía a que nos referimos concluye que:

> "En definitiva, la regla 2ª del art. 89, solo es aplicable al concurso de delitos de que se conoce en una sola causa, y así lo ha reconocido el Tr.S. en posteriores fallos (a partir de 1.888) mas un precepto legal que da lugar a tan encontradas interpretaciones, acusa grave defecto de expresión y encierra peligros que importa conjurar por medio de su reforma" 206)

A partir de esta nueva línea interpretativa que reduce los casos de aplicación del concurso, puede fijarse la frontera entre éste y la reincidencia en el enjuiciamiento conjunto o separado de los diversos delitos perpetrados por el reo. Lo cual va en detrimento de los principios inspiradores de la no acumulación de penas; cuestiones procesales determinarán que el reo se vea beneficiado por el "descuento penal" [207] de la regla 2ª del art. 89, o que por el contrario, no sólo tenga que cumplir todas las penas correspondientes a cada delito cometido, aunque los haya realizado en el mismo día, sino que además algunas de esas penas estarán agravadas por la reincidencia.

El concurso ideal de delitos o la comisión de un delito medio para realización de otro, previstos en el art. 90, no presenta problemas con la reincidencia, pues estos supuestos siempre se enjuician en un solo proceso por razón de estricta conexidad. Por ello no tratamos de esta clase de concurso.

d) 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

Es evidente que, según la descripción que el código penal ofrece de la reincidencia, no es necesario que el reo haya cumplido la pena impuesta por la primera sentencia [208]. El código sólo exige que exista "sentencia ejecutoria" "al ser juzgado" el reo por otro delito del mismo Título. La exis-

tencia del art. 131 que regula la agravación para las recaídas durante el cumplimiento de condena o antes de haberse comenzado a cumplir, no implican que la circunstancia 18ª deba circunscribirse a los casos de condena anterior cumplida. Veamos por separado estos extremos.

a') Condena anterior "al ser juzgado"

La expresión "ejecutoriamente condenado" significa existencia de condena firme [209], la cual tiene lugar desde el momento en que no caben nuevos recursos o se ha agotado el plazo de imposición de los mismos. Precisamente este momento marca normalmente el comienzo de cumplimiento de la condena pero, por definición, cuando la condena se convierte en ejecutoria el reo no ha comenzado a cumplirla. Y a efectos de reincidencia solo interesa la fecha de la ejecutoriedad, y que ésta sea anterior al enjuiciamiento de otro delito del mismo Título del código.

Puesto que basta que la fecha de la ejecutoria sea anterior al momento del juicio del segundo delito, será imposible, en gran número de casos, que el reo haya podido cumplir la condena impuesta en primer lugar.

De hecho, la agravante 18ª del art. 10 abarca los siguientes supuestos:

- Comisión de un delito después de haber sido el sujeto condenado ejecutoriamente por otro del mismo Título.
- Comisión por el sujeto de dos delitos del mismo Título sin que medie condena intermedia entre ellos, pero es condenado por el primero de ellos con anterioridad al enjuiciamiento del segundo.
- Comisión de dos delitos del mismo Título sin condena intermedia, pero es condenado por el segundo con anterioridad al cometido en primer lugar.

De estos tres supuestos, sólo en el primero cabe la posibilidad de que el reo haya cumplido la pena impuesta por el primer delito antes de la ejecución del segundo, que se encuentre cumpliéndola o que aún no haya comenzado a cumplirla, cuando recae en ese segundo delito.

Hacemos esta diferenciación para poder comparar estos supuestos con los contemplados en el art. 131 y determinar las restricciones que en la práctica este artículo impone a la agravante 18ª.

b') El artículo 131

El artículo 131 recoge una agravación especial para cualquier infracción penal cometida después de una condena firme no empezada a cumplir o durante el cumplimiento de la misma [210]. Si el delito por el que se impuso esta condena

y el nuevo cometido pertenecen a un mismo Título del código, nos encontramos ante un concurso de leyes entre el art. 131 y el nº 18 del art. 10, concurso que debe resolverse en favor del primero pues la agravación especial en él prevista se dirige específicamente a las recaídas que tienen lugar cuando el reo se encuentra en la situación descrita. De otra forma quedaría burlada esa mayor severidad que la ley reserva para las recaídas en período de ejecución de condena.

Por lo tanto quedan excluídos del ámbito del art. 10,18ª las reincidencias que tienen lugar en las circunstancias referidas. Lo cual no quiere decir que la agravante genérica se reduzca a las recaídas después de condena cumplida, pues aún quedan en su campo aquellas ocurridas después de indulto, prescripción, o perdón de la pena anterior (perdón del ofendido cuando proceda) [211]. Además de las reincidencias en base a condenas posteriores a la recaída pero anteriores al momento de ser juzgado el reo, que nunca pueden quedar dentro del art. 131.

c') Doctrina

En los tratados y obras generales de Derecho penal que florecen en esta época, debidos principalmente a los más ilustres catedráticos de esta disciplina, se parte de un concepto teórico de reincidencia que dista mucho del concep-

to legal ofrecido por el código [212]. Concretándonos al extremo que ahora examinamos, podemos señalar que la mayor parte de los autores concibe la reincidencia sobre la base de la condena cumplida con anterioridad a la nueva comisión delicitiva, exigencia que apunta al fundamento de la reincidencia como insuficiencia relativa de la pena según propugnaba CARRARA [213], y que en los autores españoles se liga a la insuficiencia correccional del castigo sufrido [214].

Así ARAMBURU [215], SALDAÑA [216], y VALDES [217] parten de la necesidad del cumplimiento total de la pena anterior. Otros se pronuncian por el cumplimiento al menos parcial, como SILVELA [218] RUEDA [219] y ARMENGOL [220].

Pero solo VALDES se detiene a poner de relieve la discordancia entre lo que él entiende debe ser la reincidencia, y lo que el código contempla como tal. Por ello declara injusta la definición legal que exige mera ejecutoria ya que, -dice- "la sentencia sólo ha producido sus efectos cuando el reo ha terminado de cumplir la pena" [221]

Por el contrario CUELLO CALON se muestra partidario de la suficiencia de la mera condena ejecutoria, haciéndose eco de las modernas teorías sobre la reincidencia. En este sentido manifiesta:

"Una opinión casi abandonada, sostenía que era precisa la ejecución de la pena, pues lo que justifica el aumento de ésta para el reincidente es la insuficiencia, demostrada por la recaída, de la pena ordinaria, y no es posible demostrar esa insuficiencia sino cuando la pena se ha sufrido y se ha podido comprobar mediante su ejecución la impresión sufrida por el rigor del castigo. Más hoy se exige, y también es este el criterio de las legislaciones positivas solamente la sentencia condenatoria, porque la intervención del estado, la persecución judicial y la solemnidad del juicio son hechos de tal índole, que para volver al delito se necesita una verdadera e íntima pertinacia" 222)

En la misma línea se pronuncia MONTES [223]; BERNALDO DE QUIROS reconoce también que ésta es la tendencia europea más en boga en el momento de finales de siglo [224], pero en su opinión solo es reincidencia en sentido estricto la "propia" y "específica", esto es la que parte de condena cumplida y versa sobre delitos análogos [225].

Insólita y solitaria es la opinión de GONZALEZ MIRANDA quien aboga por una equiparación entre la reincidencia y la mera repetición de delitos, pues en su opinión ambas demuestran mayor perversidad independientemente de la existencia de condena intermedia [226]. Transcribimos su proposición y los argumentos que esgrime en su apoyo:

"Creemos que la ley, según los principios de la ciencia penal debiera atender, no al tiempo de la sentencia ni de la pena, sino al tiempo de la comisión del delito primero, por lo que el citado número del art. 10 debiera variarse para mayor claridad y más conforme a derecho en esta o parecida forma: "Haber sido el culpable autor de otro u otros delitos anteriores". ¿Qué es lo que produce la agravación, el que haya recaído sentencia? No. ¿El que haya cumplido o esté cumpliendo la condena? Tampoco. ¿El haber cometido otro delito? Si, Pues tanto en la reiteración como en la reincidencia la repetición de estos actos es lo que revela la malicia del individuo, no debe depen-

der de más elementos que de esos, que es lo esencial; los demás son accidentales" 227)

No sabemos a que "principios de la ciencia penal" se refiere, pues deben ser muy distintos a los que acoge el resto de los autores. Tal vez tuvo en cuenta las disposiciones de algún código extranjero, como el austriaco [228] o el portugués [229] que recogían como agravante la mera repetición de delitos.

En las obras que se limitan a comentar las disposiciones del código penal, no encontramos referencia alguna a este extremo de la condena cumplida, ya que en realidad la letra de la ley no plantea ningún problema en este aspecto desde el momento que habla de mera condena ejecutoria anterior "al ser juzgado" [230].

En conclusión, la reincidencia legal no requiere que el reo haya cumplido la condena anterior, lo cual se deriva del mismo texto del art. 10, 18ª, no desvirtuado por la existencia del art. 131. Por el contrario gran parte de la doctrina considera procedente la exigencia de que la condena anterior haya sido parcial o totalmente cumplida para la configuración de la reincidencia de acuerdo con los principios teóricos que fundamentan la agravación, en base a la ineficacia correctora de la pena anterior.

D. Delitos del mismo Título

En la línea de los códigos penales españoles anteriores de diferenciar dos clases de reincidencia según la naturaleza de los delitos, el legislador del código penal de 1.870 retorna a la fórmula del "mismo Título" utilizada en 1.822 [231] para designar la genuina reincidencia. Frente a la flexibilidad en la estimación de la analogía entre los delitos que permitía el criterio de la "misma especie" del código penal anterior [232], se vuelve a limitar el prudente arbitrio del Juzgador sometiéndole a una regla formalista, rígida y automática [233].

Es evidente que bajo el criterio del "Título" se pretende recoger la recaída en delitos semejantes, para la que se reserva un mayor rigor [234]. Pero la fórmula elegida no resulta acertada, tanto por exceso como por defecto: en el mismo Título se encuentran delitos que poca analogía tienen entre sí, mientras que hay delitos muy semejantes que se encuentran recogidos en Títulos distintos del código [235]. Esta objeción que ya fue puesta de manifiesto al estudiar el código de 1.822, será evidenciada por la doctrina y comentaristas de este código, prolongándose la crítica hasta el momento actual al haberse mantenido la misma fórmula en los códigos de 1.932 y 1.944 [236].

El criterio del "mismo Título" es evidentemente más cómodo, pero a la vez resultará en ocasiones injusto e inexacto para comprender los delitos de la misma naturaleza, e impide la conveniente individualización y comprobación de la semejanza real en el caso concreto [237]. Después de 20 años durante los cuales los tribunales se habían acostumbrado al criterio de la "misma especie" que daba mayores posibilidades de arbitrio al juzgador, es lógico que surja la repulsa ante esta fórmula meramente locativa con la que en instancia legislativa se interpreta qué debe entenderse por delitos semejantes. La doctrina puede permitirse la crítica [238], pero los magistrados y jueces se ven obligados a acatar el nuevo criterio locativo, que es realmente sencillo aunque sea inadecuado. Pocas son las sentencias del Supremo que versan sobre este extremo, pues su interpretación es clara. Por ejemplo, a diferencia de lo que se hubiera hecho con el código anterior, se rechaza la agravante de reincidencia en s. de 31 de marzo de 1.891 en un delito de injurias a la Autoridad porque la anterior condena fue por injurias a particular [239]; en s. de 26 de mayo de 1.897 se rechaza igualmente porque aunque se dice que el delito anteriormente condenado era de la "misma naturaleza", no consta si era o no del mismo Título [240]. Respecto a los delitos complejos se atiende únicamente al Título del código donde se encuadra esa infracción [241].

En varias ocasiones el Supremo desestima la reincidencia utilizando el criterio de la "misma especie" en

base al principio de la irretroactividad consagrado en el art. 23 del código [242], cuando las condenas anteriores del reo fueron dictadas durante la vigencia del código penal de 1.850. Así en s. de 11 de febrero de 1.874 se rechaza la agravante en un delito de homicidio porque los delitos de lesiones por los que fue condenado el reo bajo el imperio del código penal anterior no eran de la "misma especie" que aquél, requisito exigido por aquel código [243]; en s. de 16 de marzo de 1.877 se rechaza la reincidencia en delito de disparo de arma de fuego, también por considerar que el delito anterior de lesiones no es de la "misma especie" [244]; Los mismos argumentos en s. de 26 de mayo de 1.877 sobre un robo con homicidio a pesar de que el reo había sido condenado antes -en 1.843 y 1.857- por un delito de lesiones y dos de robo [245], y en s. de 22 de abril de 1.878 en un asesinato tampoco se aprecia por ser el delito anterior de lesiones [246]. Aludiendo también al criterio de la "misma especie" se aprecia, no obstante, la reincidencia en s. de 31 de marzo de 1.874 sobre un robo con homicidio por tener el reo una condena anterior de hurto, misma especie que aquél, además de ser del mismo Título, según dice la sentencia [247].

En estas resoluciones se parte de que la condena dictada bajo la anterior normativa penal no puede tener más efectos que los previstos en el momento que se dictó y por lo tanto de cara a futuras reincidencias, sólo puede servir para agravar la comisión de delitos de la misma especie. De ahí

el recurso a la irretroactividad por resultar la regulación del nuevo código en este punto desfavorable para el reo. Suponemos que los Tribunales acudieron con agrado a esta posibilidad que la ley les brindaba para eludir el formalismo del nuevo concepto de reincidencia y poder dictar resoluciones materialmente más justas.

Pero no obstante, en los primeros años de aplicación del código encontramos algunas sentencias en las que se aplica el criterio del "mismo Título" pese a que la condena anterior fue pronunciada bajo la normativa del código penal de 1.850. Así en s. de 11 de mayo de 1.872 se estima la reincidencia en un homicidio en base a una condena por lesiones dictada antes de la promulgación del código de 1.870 [248]. Igualmente en la de 14 de noviembre del mismo año 1.872 se agrava por reincidencia un delito de tenencia de ganzúas por haber sido el reo condenado en 1.857 por delito de estafa, ya que ambas infracciones, según expresa el Tribunal, pertenecen al "mismo Título" rechazando las alegaciones de la defensa relativas a la no semejanza de los delitos [249]. En estas dos sentencias no hay alusiones a la posible irretroactividad; tal vez los Tribunales no se habían percatado, o no se habían decidido todavía a utilizar al máximo las posibilidades del art. 23.

Posteriormente, en s. de 7 de mayo de 1.879 el Supremo mantiene la apreciación de la reincidencia en un ho-

micidio en base a la condena anterior de lesiones dictada en 1.869 argumentando que tal criterio es correcto "sin que por ello se de efecto retroactivo a la ley, sino que se le aplica al hecho posterior a su aplicación" [250]. De esta forma se opone a la amplitud con que en años anteriores se había interpretado el principio de irretroactividad.

a) Determinación del Título: el de los tipos abstractos del Libro II.

Con la fórmula del "mismo Título" como indicadora de la analogía entre las infracciones, el legislador se ha decidido por el criterio del bien jurídico principal atacado por el delito. Independientemente de que la fórmula no siempre coincida con que todos los delitos incluídos en el mismo Título sean análogos [251], parece evidente que la intención del legislador fue la de recoger en la reincidencia las recaídas en delitos del "mismo género", no ya "de la misma especie", como decía el código de 1.848, la cual sería una subdivisión del género o clase más amplia [252]. Las diversas modalidades de comisión que pueden dar lugar a conductas muy variadas dentro del ataque a un mismo bien jurídico, pasan a segundo plano ante la atención preferente al bien genérico aglutinador de las infracciones del mismo Título .

Los Títulos objetos de comparación serán aquellos del Libro II del código [253], puesto que es en este lugar donde se produce la selección y ordenación de las infracciones bajo esa perspectiva del bien jurídico atacado o puesto en peligro, por más que la agrupación en muchos casos no resulte acertada. Por tanto, no son relevantes los Títulos en que se divide el Libro I del código, que responden a otros criterios, y cuya función es presentar ordenadamente las normas de carácter general que afectan a todos los delitos, consecuencia de la necesaria técnica de abstracción en la elaboración de un código.

Como dijimos anteriormente, el término "delito" ha de entenderse en su sentido de tipo abstracto o tipo legal pues en este sentido es utilizado a lo largo del código [254]. Y precisamente en esta circunstancia agravante, la referencia al "mismo Título" confirma esta interpretación. En efecto, sólo el tipo abstracto puede cumplir esa función de señalar el Título del código que debe compararse a efectos de la reincidencia, pues solo los Títulos del Libro II del código en que éstos se recogen cumplen esa función indiciaria de la naturaleza de los delitos en juego, que es lo que interesa.

a') Formas imperfectas de desarrollo y participación

La tentativa y la frustración, al igual que las formas de participación, son subsumibles en los tipos correspondientes que describen los delitos en particular, en virtud de aquellos artículos de carácter general que expresamente las contemplan como formas punibles en el Libro I del código [255]. La tipicidad de un delito frustrado, o tentado, o del auxiliador por ejemplo, se completa con la correspondiente al delito "abstracto" y los preceptos de la parte General; es necesario acudir por lo tanto a varios Títulos. Pero es evidente que el Título en que estas formas se declaran punibles por extensión no tiene el valor indicador de la naturaleza del delito que tienen los Títulos del Libro II. Sólo éstos contemplan la tipicidad nuclear que da color y vida a la clase de infracción que se trate. [256]; y solo ellos pueden cumplir esa función de relación cualitativa referente a la mayor o menor semejanza entre las infracciones.

Por ello no compartimos la tesis que en la actualidad sustenta MIR PUIG, que rechaza la idoneidad de las formas imperfectas de participación o desarrollo para constituir elemento de la reincidencia por la "insuficiencia" de los Títulos de la Parte Especial para "comprender" esas modalidades [257], ya que, según el autor citado, la reincidencia legal exige que el tipo abstracto esté recogido en

"un solo Título" [258]. En nuestra opinión esta conclusión no puede derivarse de la formulación legal. La expresión "comprendidos en el mismo Título de este código", por su función relacional cualitativa, -función que afirma MIR PUIG [259]-, pretende únicamente captar la semejanza entre los tipos nucleares de cada delito, y por ello no se puede decir que requiera que la tipicidad venga determinada en "un solo" Título del código. El término "comprendidos" del que MIR PUIG deduce tal exigencia no debe interpretarse a espaldas de la función que cumple la expresión total en que está inserto, para tomarlo como exigencia de que se trate de delitos consumados y de autor, único caso en que no se necesita acudir a más de un Título del código.

Entendemos que las modalidades imperfectas de desarrollo, o las formas accesorias de participación, en cuanto que necesitan del correspondiente tipo de la Parte Especial para su tipificación, están también comprendidas, parcialmente, en un determinado Título del Libro II, que es el que interesa para la reincidencia legal.

Por lo tanto, estas modalidades imperfectas o accesorias constituyen base idónea para la apreciación de la reincidencia, en relación con otros delitos, cualquiera que sea el grado de desarrollo o forma de participación del sujeto en ellos. La conclusión es satisfactoria en justicia material, pues parece lógico que una tentativa o una frus-

tración, que vienen determinadas por una interrupción no voluntaria del "iter criminis", puedan constituir antecedente válido para la reincidencia, o que su realización de lugar a la misma. También parece justo en caso de participación accesoria en el delito. Tal vez en los casos de complicidad sería preferible que la apreciación de la agravante no fuese obligatoria por la menor intensidad delictiva de esta forma. Y por supuesto resulta criticable que una condena por encubrimiento pueda dar lugar a reincidencia por la comisión de otro delito en el que el sujeto no sea también encubridor, porque en estos casos difícilmente puede decirse que se han cometidos delitos análogos. Pero la crítica que puede hacerse respecto a la inclusión del encubrimiento para la reincidencia se deriva de la incorrecta técnica legal de configuración de esta figura como forma accesoria a la conducta del autor [260].

De los autores de la época del código de 1.870, únicamente ALVAREZ CID alude, de pasada, a la procedencia de tener en cuenta las condenas por delito frustrado o tentado a efectos de reincidencia [261]. La jurisprudencia, desde el primer momento, considera base idónea para la agravante las condenas por cualquiera de estas formas accesorias de desarrollo o de participación, y toma como Título a comparar en estos casos el correspondiente al tipo abstracto nuclear encuadrado en el Libro II. Así en ss. de 21 de octubre de 1.872 [262], 9 de octubre de 1.873 [263], 6 de ju-

nio de 1.878 [264], 9 de noviembre de 1.892 [265], 12 de marzo de 1.889 [266], 13 de marzo de 1.895 [267], 17 de febrero de 1.922 [268]. En la s. de 12 de marzo de 1.889 el Supremo se manifiesta expresamente por la consideración de la frustración y tentativa como "delito", en los siguientes términos:

> "Considerando que castigado el recurrente tres veces por delito de estafa con anterioridad al que hoy se procede, el que una fuera frustrada y otra tentativa, no la hace perder su carácter ni su nomenclatura de delito, constituyendo por ello verdaderas reincidencias, y su repetición la circunstancia cualificativa que determina el art. 549 del código" 269)

La jurisprudencia posterior hasta el momento actual continúa en la misma línea apreciando la reincidencia cuando el delito o delitos pasado o bien el presente se manifiestan en una de estas formas imperfectas o bien la condena fue, o es por participación en el delito del autor, y acudiendo al Título del tipo legal abstracto en la forma indicada [270].

b') Delitos complejos

Aunque el delito complejo está integrado por dos delitos en sí independientes, al pasar éstos a formar una estructura conjunta con singularidad propia, el Título donde queda integrado el complejo es el que habrá de tomarse para efectuar la comparación requerida para la agravante 18ª.

El ejemplo más evidente, el robo con homicidio, con violación o con lesiones, queda enmarcado en el Título de los delitos patrimoniales. La decisión del legislador de incluir entre esta clase de infracciones ese delito, no parece que ha tomado en cuenta el bien jurídico más relevante de los que integran el complejo, como apuntaba MORENO [271]; más bien parece que se ha tomado el móvil de la conducta como criterio para su encuadramiento en aquél Título [272]. La cuestión no tendría mayor relevancia si no llega a ser por la formulística enunciación de la reincidencia en este aspecto de los Títulos. De este modo la reincidencia en estos delitos solo puede apreciarse en relación a otras infracciones patrimoniales en este caso, y no cuando se trate de delitos contra la vida,honestidad...

Acatando la mecánica de la ley, los Tribunales desestiman la agravante en los robos con homicidio cuando las condenas anteriores son por delitos contra las personas [273], o viceversa. En este sentido se pronuncian las ss. de 12 de enero de 1.887 [274], 28 de febrero de 1.893 [275], 12 de agosto de 1.897 [276], 18 de enero, 16 de marzo y 23 de junio de 1.898 [277]. A "sensu contrario", se estima correctamente aplicada la agravante cuando la condena anterior fue por delito de hurto y se juzgaba un robo con homicidio: s. de 15 de noviembre de 1.889 [278]; y de 29 de diciembre de 1.893 en que la condena anterior había sido por estafa [279].

En contra de esta postura dominante, encontramos una sentencia de 9 de noviembre de 1.892 [280] que sigue un razonamiento más congruente con el espíritu de la agravante, aunque violentando un tanto la rigidez de la técnica del "mismo Título". En esta sentencia se casa la resolución de instancia, que había dejado de apreciar la reincidencia en una tentativa de robo con homicidio, porque las condenas anteriores del reo eran por asesinato frustrado y lesiones. La argumentación es la siguiente:

> "Considerando que todo delito complejo está constituido por dos o más hechos justiciables, cada uno de los cuales conserva su peculiar naturaleza, su respectiva gravedad y su relación con las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, sin que la complejidad produzca otros efectos que la unidad de un concepto jurídico y la unificación de la pena.- Considerando que esta doctrina ya anteriormente definida en otras sentencias del Tribunal Supremo tiene práctica aplicación en el mismo art. 519 del código, invocado por la Sala sentenciadora al fallar, pues señala aquella disposición legal la pena correspondiente al delito complejo de que se trata y añade: "a no ser que el homicidio cometido la mereciere mayor según las disposiciones de este Código", declaración que implica el principio de que deben estimarse las circunstancias cualificativas de los arts. 417 y 418 que ofrecen en otro caso el carácter de agravantes. Considerando por consiguiente que el Tribunal a que ha cometido el error previsto en el nº 5 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, dejando de estimar la circunstancia agravante de reincidencia, porque el reo había sido penado con anterioridad por los delitos de asesinato frustrado y lesiones, comprendidos, como el homicidio en el mismo título del Código vigente"

El razonamiento se basa en el art. 519, disposición peculiar del código penal de 1.870 [281], que expresamente resolvía la cuestión del concurso de leyes entre tentativa o

frustración de robo con homicidio y homicidio (en sentido amplio [282]) consumado, en favor de la calificación más severamente castigada. Pero en nuestra opinión, solo en el caso de que en virtud de ese art. 519 se castigue por el homicidio cualificado (asesinato, parricidio) en vez de por la tentativa de robo se puede apreciar correctamente la reincidencia en base a otras condenas por delitos contra las personas. Pero no, cuando como en el caso de autos la condena va a pronunciarse por tentativa de robo con homicidio con imposición de la pena prevista en el capítulo de los robos. La exigencia formal de la agravante 18ª respecto a la inclusión de los delitos en el "mismo Título", no concurre cuando uno de ellos es contra las personas y el otro está tipificado en el Título de los delitos patrimoniales [283]. Pero no hay ningún obstáculo para apreciar la agravante de reiteración si se cumplen los requisitos de ésta, como ocurre en el caso de esta sentencia que hemos citado en último lugar.

c') Delitos culposos

El problema que presentan los delitos culposos de cara a la reincidencia es el de determinar dónde viene recogida su tipicidad, lo cual supone tomar postura sobre si el art. 581 de este código (correlativo al art. 565 del código penal de 1.944) recoge el "crimen culpae" o por el contrario constituye una cláusula genérica de culpabilidad que da lu-

gar a "crimina culposa".

Aunque esta problemática no había sido suscitada todavía en la época del código penal de 1.870 [284], de hecho la Jurisprudencia de estos años toma el camino del "crimen culpae" tácitamente, pues rechaza la estimación de la agravante de reincidencia cuando el delito anterior fue culposo y el presente doloso o viceversa, aunque el resultado lesivo en ambos casos verse sobre la misma clase de bien jurídico. Así en ss. de 6 de marzo de 1.874 [285], 4 de julio de 1.892 [286], y 19 de enero de 1.897 [287] se desestima la agravante en delitos contra la vida o integridad corporal por ser las anteriores condenas del reo por delitos de imprudencia con resultados de homicidio o lesiones, ya que, según razonan dichas resoluciones, las infracciones no se encuentran en el mismo Título del código.

Según esto, habría que admitirse la reincidencia cuando el delito pasado y el presente fueren culposos, pero no hemos encontrado ninguna sentencia de esta época que resuelva un supuesto de esta clase [288]. De todas formas, como es sabido, el art. 581 (art. 565 en el c.p. de 1.944) libera al juzgador de las reglas generales relativas a las circunstancias modificativas, por lo que la estimación de la reincidencia queda a su prudente arbitrio [289].

La doctrina coetánea al codigo de 1.870 no se pronuncia sobre la reincidencia en casos de imprudencia, a lo más algún autor se limita a reseñar las sentencias del Supremo sobre el tema [290].

Distinta consideración merecen los delitos culposos recogidos específicamente junto a los dolosos en algunos Títulos del Libro II. En estos casos no puede negarse la estimación de la reincidencia siempre que efectivamente se trate de infracciones encuadradas en el mismo Título del código [291]. Lo cual no deja de ser criticable, pero es consecuencia obligada del formalismo con que está concebida la agravante [292].

b) T í t u l o s  d e l  c ó d i g o  p e n a l

Según la descripción legal de la reincidencia es necesario que las infracciones pertenezcan al mismo Título "de este código", es decir del código penal común. Por lo tanto no pueden constituir antecedente válido las condenas por delitos contemplados en leyes especiales. Así lo pone de relieve GROIZARD refiriéndose a los delitos militares [293], pero reconoce la posibilidad de tomar en cuenta las condenas pronunciadas por un Tribunal militar si el hecho ha sido enjuiciado con arreglo al código común. No obstante, el autor manifiesta su oposición a esta posibilidad porque "no son idénticas las garantías que ofrecen al acu-

sado las formas excepcionales, sumarias y rápidas de los Tribunales del fuero de Guerra y Marina, que las lentas y favorables en todas sus manifestaciones al principio de defensa que constituyen el procedimiento ante los Tribunales ordinarios" [294].

A este respecto VIADA admite la apreciación de la agravante cuando la condena por delito del código penal ha sido dictada por jurisdicción especial pues "no distinguiendo la ley no cabe hacer distinción alguna respecto al Tribunal sentenciador" [295].

El mismo criterio sigue la jurisprudencia al pronunciarse por la apreciación de la agravante cuando las condenas anteriores fueron dictadas por Tribunales Militares, si lo fueron por delitos encuadrados en el mismo Título del código penal que el nuevo delito enjuiciado. Así lo hace en ss. de 27 de diciembre de 1.883 [296], 13 de marzo de 1.895 [297], 11 de mayo de 1.898 [298], 11 de febrero de 1.907 [299] y 15 de enero de 1.913 [300].

Pero se rechaza la agravante si el delito anterior pertenece a una ley penal especial: así en s. de 6 de abril de 1.866, se declara que la estimación de la reincidencia fue incorrecta porque el hurto anterior al que se enjuiciaba fue castigado de acuerdo con la Ordenanza de Montes [301]. En cambio en otra sentencia, de 9 de marzo de 1.895 se aprecia la reincidencia por una condena anterior de hurto

enjuiciado con arreglo a la normativa de la ley de caza, en base a que la conducta prevista en el art. 50 de la Ley de caza que es la que se aplicó en aquel caso, coincidía con la recogida en el art. 533 del código penal [302]. Ciertamente que en este caso los delitos pasado y presente eran prácticamente idénticos, aunque estuviesen tipificados en distintas leyes, y en ese sentido era lógico hablar de reincidencia, pero la formalística definición de la agravante 18ª no autoriza esa argumentación.

c) C r í t i c a  d e  l a  d o c t r i n a

La mayoría de la doctrina de la época del código penal de 1.870 se pronuncia en contra de la nueva fórmula del "mismo Título". Unicamente ARMENGOL [303], GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN [304] y VIADA [305] aplauden la nueva configuración de la reincidencia porque de esta forma se evitan las dudas que suscitaba la interpretación de la locución "misma especie" del código anterior, y se gana en claridad.

Los demás autores por el contrario se lamentan de la rigidez de la fórmula, aunque reconocen que con ella se logra una mayor certeza en la aplicación de la agravante. GROIZARD dice que con ella "la ley ha ganado en fijeza y claridad, pero ha perdido en razón y justicia" [306]. Como pone de manifiesto este autor, la colocación de las infracciones en un mismo Título no siempre es garantía de su analogía, y cuando falta esa identidad de naturaleza, -dice- falta la

la razón de ser de la reincidencia [307].

En términos similares se pronuncia RUEDA [308]. ALVAREZ CID manifiesta su preferencia por la antigua expresión "misma especie", pues "a pesar de su vaguedad encerraba un precepto mucho más beneficioso" [309]. También AZCUTIA considera más aceptable la antigua fórmula del código de 1.848 [310]. MORENO insiste en la inidoneidad del Título como referencia correcta para captar la semejanza entre los delitos [311]. En la misma línea se pronuncia GARRIGUES [312]. SALDAÑA denomina a la reincidencia del código, en forma peyorativa,como "predominantemente legal" en cuanto contrapuesta al concepto "jurídico sociológico" de la misma [313].

Desde otra perspectiva, basada en la "homogeneidad del móvil" por encima de la analogía del derecho objetivamente lesionado, también BERNALDO DE QUIROS [314] y JIMENEZ DE ASUA [315] critican la fórmula legal del Título. Para BERNALDO DE QUIROS las divisones legales son "artificios lógicos" que siempre dan lugar a defectos que influyen en forma de injusticia para los casos concretos, por ello propone que:

> "Este grave defecto solo se podrá vencer en una legislación inspirada en el principio de la homogeneidad del móvil del delito como criterio de apreciación de la reincidencia específica, principio ya iniciado en la legislación comparada (proyecto federal suizo de Stoos, proyecto austriaco de 1.889, Código de Sajonia, etc.) y con el cual se relaciona la elaboración general de la doctrina de la motivación psicológica del delito, tan acentuada en la doctrina moderna. Sólo así podrá ser estimada legalmente la reincidencia en hechos de figura distinta unificados por el móvil, (v. gr. en una violación y unas lesiones sádicas nacidas ambas de un móvil lascivo), y desestimarse en hechos análogos contrarios en su motivación (entre unas lesiones producto de una brutal perversidad y un homicidio cometido bajo el influjo de una pasión noble, de que es también susceptible el asesino)" 316).

JIMENEZ DE ASUA sigue a QUIROS en la insistencia sobre la importancia del "móvil" del delito como elemento esencial a atender para fijar la analogía entre las infracciones [317] en la línea propugnada por algunos autores italianos de finales de siglo [318].

En resumen, la mayoría de la doctrina se muestra disconforme con la rigidez del criterio del "mismo Título" ya sea porque no se considera idóneo para captar la semejanza de naturaleza entre los delitos objetivamente considerados -según la concepción clásica de la reincidencia-, ya sea porque impide la confrontación de la homogeneidad subjetiva en atención al móvil.

No obstante, a pesar de la oposición a la fórmula del"mismo Título", ésta se mantiene en todos los códigos penales españoles que siguen al de 1.870 [319]. Durante la vigencia

de éste, en más de una ocasión se intenta sustituir esa fórmula por otra más flexible a través de los distintos Proyectos de código que se elaboran en esos años, pero ninguno de éstos llega a su objetivo final [320]. En el Proyecto de 1.882 la reincidencia se configura sobre el criterio de la "misma especie" [321], en el de 1.882 de ALONSO MARTINEZ se alude a la "misma o análoga especie" [322]; en el de 1.884 de SILVELA la reincidencia se restringe a los delitos comprendidos en la misma "Sección" del código [323], fórmula esta última que aún acercándose más que la del "Título" a la "especie" de los delitos, presenta también el inconveniente del automatismo dejando fuera otros delitos de la misma especie que no estén incluídos en la misma Sección.

D. No prescripción

Después del código penal de 1.822 que contemplaba determinados plazos para la estimabilidad de la reincidencia [324], los códigos que le siguen ignoran este justo acotamiento y establecen la preceptiva aplicación de la agravante independientemente del tiempo transcurrido entre las diversas infracciones, o desde el cumplimiento de la última pena. La doctrina, sin embargo, echa en falta aquella laudable institución, especialmente desde que se establece la prescripción de los delitos y las penas en 1.870 [325]. Los Tribunales se ven obligados a apreciar la reincidencia por

largo que sea el tiempo que medie entre las infracciones, mientras que en la agravante 17ª, acogiéndose a la claúsula de estimación facultativa para ella establecida, admiten la prescripción cuando ha transcurrido largo tiempo entre las infracciones [326].

La Memoria de la Fiscalía del año 1.894 [327] se hace eco del estado de opinión favorable a la prescripción, institución necesaria para evitar que el reo quede convertido en "siervo perpetuo de la primera condena" aunque la buena conducta observada durante largo tiempo, o la comisión de un nuevo delito en condiciones que atenúen considerablemente su responsabilidad, aconsejen la no apreciación de la reincidencia [328].

Como fruto de este clamor ampliamente sentido [329], el R.D. de 14 de noviembre de 1.925 recoge por fin la prescripción de forma expresa para ambas agravantes 17 y 18 [330]. El c.p. de 1.928 permite la consideración del tiempo transcurrido entre las infracciones para dejar de apreciar la reincidencia y la reiteración [331]. Pero desde la derogación de este código en 1.931 vuelve a ser preceptiva la reincidencia sin posibilidad de tener en cuenta ese tiempo transcurrido entre los delitos [332], y así permanece hasta que recientemente por Ley de 28 de diciembre de 1.978 se introduce de nuevo la prescripción de la condena anterior para reincidencia y reiteración sobre la base de la cancelación de los antecedentes penales [333].

a) D o c t r i n a

La mayoría de los autores se pronuncian en favor de la prescripción de la reincidencia porque se considera que el paso de un tiempo suficientemente largo permite anular esas presunciones de perversidad o de hábito criminal que se arguyen como base material de la reincidencia [334]. Así GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN estiman que el "espíritu de la ley no alcanza a delitos cometidos en tiempos lejanos porque ha desaparecido ya la presunción del hábito de delinquir que es la base de la agravación", aunque reconocen que la letra de la ley no lo admite para la circunstancia 18ª [335]. GROIZARD insiste en la misma idea y alude a la incongruencia del código al admitir la prescripción de los delitos y las penas y no hacer los mismos con la reincidencia [336]. VALDES en el mismo sentido estima "equitativo y justo admitir en los Códigos que prescriban la reiteración y la reincidencia" aunque matiza que ello no supone que se desatiendan por completo las infracciones que anteriormente cometió el reo, sino que no se les considere con igual entidad que si fueran próximas [337]. ALVAREZ CID igualmente hace hincapié en las posibles injusticias de la aplicación de la reincidencia por la falta de base para presumir mayor tendencia al delito cuando ha pasado un tiempo largo [338]. RUEDA se declara también partidario de la prescripción [339] alabando precisamente el Proyecto SILVELA en el que se establecían determinados pla-

zos de prescripción según la entidad de la pena del delito anterior [340]. Aunque en el tratado de SILVELA no encontramos manifestación expresa respecto a esta institución queda evidente su postura en este Proyecto elaborado fundamentalmente por él [341].

En defensa de la prescripción, y aludiendo también favorablemente al Proyecto SILVELA, GONZALEZ MIRANDA abunda en los argumentos expuestos por los demás autores, y señala el efecto degradante que tiene la anterior condena para el reo, que nunca puede librarse de ella a efectos de reincidencia, actuando -dice- de forma similar a la antigua pena de infamia [342].

ARMENGOL apunta la importancia de la cuestión de la prescripción de la reincidencia citando las opiniones de autores extranjeros en su favor [343], pero él personalmente dice no atreverse a decidirse sobre una postura concreta, aunque "casi me inclinaría por la afirmativa" [344].

De forma no taxativa, ARAMBURU manifiesta que, entre otros datos, a la hora de valorar la reincidencia han de tenerse en cuenta el "lapso de tiempo intercurrente" [345]. También en favor de la prescripción, GARRIGUES [346].

Frente a la postura mayoritariamente propugnada por la doctrina tributaria aún de las concepciones clásicas sobre el delito y la culpabilidad [347], se dejan oir algunas vo-

ces opuestas, aunque más tímidamente, influenciados por las nuevas teorías de la imprescriptibilidad de la reincidencia. GAROFALO había calificado de ingenua la creencia de los juristan clásicos sobre la inocuidad del delincuente que conserva limpio su historial delictivo durante un tiempo más o menos largo, pues ésto no se debe -dice- sino a la astucia del reo que ha sabido escaparse de la justicia, o a la falta de operatividad de los encargados de perseguir el delito [348]. La recaída después de varios años es, para los positivistas, índice de mayor arraigo criminal. Esta última idea es recogida por JIMENEZ DE ASUA, quien estima que la reincidencia no puede sujetarse a ningún término, ya que como "muy fundadamente" arguyen los autores de la nueva escuela, cuando la reincidencia aparece después de largo tiempo, demuestra el profundo arraigo de la tendencia criminal del sujeto [349].

MORENO, en la misma línea, se muestra contrario a la prescripción, si bien reconoce que es una incongruencia del Código el admitirla para el delito y la pena y no para la reincidencia [350]. Centrándose en la personalidad del reo y en los síntomas de peligrosidad del reincidente, considera que todos los actos realizados por éste revelan su propensión criminal, por lo que no pueden dejar de tenerse en cuenta por largo que sea el tiempo transcurrido entre ellos [351].

De forma concisa BERNALDO DE QUIROS manifiesta que el tiempo transcurrido no ejerce ninguna influencia sobre la reincidencia [352]. CUELLO CALON, no llega a pronunciarse personalmente sobre este punto, limitándose a constatar las distintas posiciones de autores extranjeros, dando cuenta más detallada de las opiniones vertidas en los Congresos de la Unión Internacional de Derecho Penal [353].

Pero hay que tener en cuenta que la postura de esos autores más próximos a la Escuela Positiva debe enmarcarse en una concepción de la reincidencia totalmente distinta de la impuesta legalmente por el código, a la que no dudaron en criticar por su formalismo [354]. Sobre esta defectuosa definición legal probablemente no objetarían la inclusión de la prescripción como limitadora del ámbito de la misma. Concretamente el Código de 1.928, en cuya redacción intervinieron CUELLO CALON y SALDAÑA [355], admite que se tenga en cuenta el lapso de tiempo transcurrido [356].

b) J u r i s p r u d e n c i a

Los Tribunales se ven obligados a estimar la reincidencia sea cual fuere el plazo de tiempo transcurrido entre las infracciones cometidas. Ya hemos señalado cómo, sin embargo, había una opinión favorable a la prescripción según se expone en la Memoria de la Fiscalía del año 1.894 [357]. Pero hasta la llegada del Real Decreto de 1.925 no caben

alegaciones al "espíritu de la ley" ni a la analogía con la prescripción de los delitos y las penas [358].

En más de una ocasión la defensa de los reos intentó la no estimación de la reincidencia en base al largo tiempo transcurrido, pero las resoluciones del Supremo son taxativas, y casa automáticamente las sentencias que en base a criterios de equidad habían considerado la prescripción. Así en ss. de 8 de octubre de 1.880 [359], 21 de febrero de 1.887 [360] y 21 de marzo de 1.888 [361]. Los razonamientos que se repiten en todas ellas son los mismos. Así en esta última citada:

> "Si bien el transcurso del tiempo desde la primera sentencia que condenó al procesado por dos delitos de hurto es suficiente con arreglo a lo dispuesto en el art. 133 del código, para que aquellos hubiesen prescrito, no es razón para suponer, como con manifiesto error hace la Audiencia sentenciadora, prescrita por ello la circunstancia de reincidencia, porque ni para ésta ni para ninguna otra de las que el código consigna existe disposición alguna que las haga prescriptibles" 362)

En S. de 23 de noviembre de 1.905 se resuelve en el mismo sentido respecto a la alegación del procesado de haber transcurrido 31 años entre ambos delitos:

> "Las reglas de la prescripción están limitadas por la ley al ejercicio de la acción y a la extensión de la responsabilidad criminal, no pudiendo los tribunales hacerlas extensivas a otras materias por razonamientos de otro orden que, aunque dignos de respeto, contradicen el texto literal de la ley" 363)

Idénticos argumentos en ss. de 27 de noviembre de 1.906[364] 29 de setiembre de 1.915 [365] y de 27 de noviembre del mismo año [366], y s. de 5 de abril de 1.919 [367]. En ésta última se estima los antecedentes por dos faltas de hurto cometidas 15 y 20 años antes respectivamente, para cualificar de delito de hurto la nueva falta cometida, casando así la resolución de la Audiencia que, teniendo en cuenta el exceso de tiempo transcurrido, mayor que el necesario para la prescripción del delito, desechó las condenas por las faltas anteriores, calificando el nuevo hecho de una mera falta.

Una vez admitida la prescripción por Real Decreto de 14 de noviembre de 1.925, automáticamente, según se dispone en el mismo, las Audiencias se vieron obligadas a revisar los casos en que se pudiera apreciar la prescripción de las condenas anteriores [368].

E. Carácter preceptivo

La estimación de la reincidencia es preceptiva una vez que se comprueba la concurrencia de los requisitos enunciados en el nº 18 del art. 10, a diferencia de lo que ocurre con la agravante 17ª para la que se establece la apreciación facultativa [369].

En la reincidencia,el juez no tiene posibilidades de tener en cuenta las circunstancias concretas de los

delitos pasado o presente, o las del sujeto, a efectos de valorarlas en su relación o significación de cara a la reincidencia. La ausencia de semejanza entre las infracciones aunque se encuentren éstas en el mismo Título del código [370], el hecho de que el delito que se enjuicia sea el primero cometido por el reo aún cuando al enjuiciarlo haya recaido ya otra condena por delito cometido después [371], el largo tiempo transcurrido entre las infracciones [372], u otras razones de justicia material que pudieran aconsejar la no estimación de la agravante, no tienen ningún valor en la instancia judicial para poder denegar la agravación.

La apreciación de la reincidencia se convierte en una operación mecánica de comprobación de condenas [373]. GROIZARD denuncia esta falta de flexibilidad legal y se declara partidario de la extensión al n° 18 del art. 10 de la misma cláusula facultativa concedida en el n° 17 al juzgado "seguros de que no habían de abusar de ella, ni había de redundar en desprestigio de la buena administración de justicia" [374]. SALDAÑA también se pronuncia a favor de la claúsula facultativa para la reincidencia [375].

Como ya apuntamos en otro momento [376], el Proyecto de código penal elaborado por la Comisión de Codificación que cesó en 1.869 establecía una claúsula facultativa general para todas las agravantes del art. 10. Pero en el código se mantiene sólo para tres de ellas [377]. Probablemente, como

señalaba GROIZARD [378], la concepción tradicional de que la recaída en delitos "análogos" aporta siempre una mayor gravedad que otro tipo de recaídas es lo que condujo al legislador a considerar de apreciación obligatoria la reincidencia del nº 18. A pesar de que incluso durante la vigencia del código de 1.848-50 se había insistido en la procedencia de dotar de una mayor flexibilidad al arbitrio judicial [379]. A lo largo de la vigencia del código penal de 1.870 volverán a surgir numerosas voces en favor de mayor arbitrio para esta circunstancia [380]; no obstante, salvo el breve lapso del código penal de 1.928, la reincidencia ha seguido configurándose como agravante de apreciación preceptiva sobre datos estrictamente formales [381].

## 3. EL REAL DECRETO LEY DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1.925

El Real Decreto Ley de 14 de noviembre de 1.925 contiene importantes modificaciones en dos puntos concretos: en la minoría de edad penal [382] y en las agravantes 17ª y 18ª. Respecto a la reiteración únicamente aparece como novedad la inclusión de la prescripción de las condenas anteriores, pero en la agravante 18ª la modificación abarca varios aspectos además del importante de la prescripción. Nos referiremos ahora únicamente a esta circunstancia 18ª.

En la nueva redacción de la reincidencia se va a incluir también un párrafo relacionado con la nueva edad en que se fija la minoría penal, que tendrá efectos retroactivos respecto a las condenas pronunciadas cuando el reo fuese menor de 16 años. Transcribimos la nueva redacción introducida por el Real Decreto Ley:

> "18. Ser reincidente.
> Hay reincidencia cuando al ser juzgado un culpable por un delito estuviere ejecutoriamente condenado por otro comprendido en el mismo Título de este Código o en la misma ley especial, siempre que la pena señalada al delito castigado anteriormente sea superior o igual a la que esté asignada al delito que se pena o, por lo menos, contenga aquella alguno de los grados integrantes de ésta.
> Los efectos de la reincidencia, como circunstancia agravante cesarán cuando haya pasado el tiempo necesario para la prescripción del delito que sirva para apreciarla.
> En ningún caso se estimará la circunstancia agravante de reincidencia cuando el reo haya delinquido antes de cumplir dieciseís años; y nunca

> podrán ser apreciadas como determinantes de reincidencia cuando se trate de reos mayores de dieciseís años las condenas que les hayan sido impuestas por delitos cometidos antes de cumplir dicha edad" 383).

Aparte de la encomiable institución de la prescripción, poco más tiene de laudable la reforma de cara a la reincidencia, pues desgraciadamente se mantienen los principales defectos de la redacción de 1.870. Sigue la referencia "al ser juzgado" y el criterio del "mismo Título". La introducción de la limitación de la agravante por razón de la gravedad relativa de las penas es algo original, pero no es fácil encontrar su explicación, aunque se acepte de buen grado todo lo que sea restringir el ámbito de las posibles injusticias a que da lugar la incorrecta configuración de esta agravante.

De todas formas, breve será la vigencia de la nueva redacción, pues a partir del Código de 1.928 la reincidencia recibe una formulación distinta, más acertada a nuestro entender [384)], y en el código de 1.932 otra vez se vuelve a la de 1.870.

Veamos las modificaciones concretas que se introducen en los requisitos ya examinados de la redacción original de 1.870, de las que destacaremos la de la prescripción, pues sus efectos retroactivos le van a dar una eficacia y extensión importante.

A. Mismo Título del código o misma ley especial

El elemento relacional de los delitos en juego queda ampliado a las leyes especiales cuando ambos delitos estén contemplados en esa ley especial. Es la única modificación que amplía el ámbito de la agravante, reducido antes a los delitos del Código [385].

La extensión parece lógica, y viene a resolver posibles dudas en la aplicación de la abundantísima legislación especial diseminada en multitud de leyes, decretos y reales órdenes que van promulgándose durante la dilatada vigencia del código [386].

En realidad la referencia a "misma ley especial" va a ser únicamente aplicable a delitos comprendidos en ellas, pues cuando se trate de delito previsto en el código sigue vigente la obligada relación del "mismo Título de este código". No cabe por lo tanto reincidencia entre delito del código y delito de ley especial, ni entre delitos enmarcados en distintas leyes especiales.

B. Gravedad relativa de las penas

Según reza el nuevo n° 18: "siempre que la pena señalada por la ley al delito castigado anteriormente sea superior o igual a la que esté asignada al delito que se pena,

o por lo menos contenga aquella alguno de los grados de ésta"

a) P e n a  i g u a l  o  m a y o r

Es la primera y única vez que encontramos limitada la reincidencia por razón de la entidad comparativa de los delitos en juego. Se ha pretendido equiparar las agravantes 17 y 18, que ahora solo van a diferir por la inclusión o no de los delitos en un mismo Título. Hay otra diferencia que parece se le escapó al autor de la modificación: en el nº 17 quedaba establecido que la pena del delito anterior había de ser igual o mayor, o bien que el reo hubiese sido castigado por dos delitos de pena menor. Este última supuesto no aparece en el nº 18, con lo cual la reincidencia recibe un trato algo más favorable que la reiteración, probablemente por descuido del legislador. Aunque se mantiene el carácter preceptivo de la reincidencia frente a la cláusula facultativa que permanece para la agravante 17ª.

Como ya dijimos en otro momento [387)], no encontramos demasiado fundamento a este criterio de considerar únicamente los antecedentes por delitos de igual o mayor gravedad dejando fuera de la agravación los casos de progresión delictiva, esto es cuando el reo que fue condenado por un delito menor avanza en el camino criminal cometiendo posteriormente otro más grave. La única razón que apuntábamos como posible explicación de este criterio era del castigo o "va-

cuna" suficientes para delitos de igual o menor entidad, mientras que se considera insuficiente "vacuna" para delitos más graves que el cometido [388]. O tal vez que se valora la gravedad conjunta de los delitos cometidos por el reo, aunque uno de ellos haya sido ya castigado, y se consideran relevantes sólo los casos de cierta gravedad relativa: cuando los dos delitos cometidos son al menos de igual entidad.

Resulta incongruente que para la reincidencia no sean relevantes la existencia de dos o más condenas anteriores por delitos del mismo Título pero de pena menor. Téngase en cuenta que el concepto de reincidencia del nº 18 es el mismo que ha de aplicarse cuando se trate de una reincidencia específica de las contempladas especialmente por la ley para determinados delitos [389]. Según ésto, la doble reincidencia prevista para algunos delitos contra la propiedad sólo existirá cuando el reo haya sido condenado por lo menos dos veces anteriormente [390] por delitos de igual o mayor gravedad, siendo indiferentes las condenas por delitos menores por numerosas que sean.

Lo único que cabe en estos casos de condenas anteriores por dos o más delitos de pena menor, es apreciar la agravante 17ª, pues no hay nada que impida su apreciación una vez que no cabe la del nº 18.

Ciertamente, como apuntaba ANTON ONECA, resulta extemporáneo que en 1.925, cuando las modernas concepciones penales reclamaban una configuración de la reincidencia en atención a las condiciones del sujeto, se introduzca una limitación en base a la gravedad de las penas, criterio totalmente objetivo [391].

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

Al igual que para el nº 17 del art. 10, la comparación de las penas de los delitos en juego debe hacerse sobre las señaladas por la ley a dichos delitos. Esto es sobre las penas señaladas en abstracto para el tipo legal [392], independientemente de que el delito fuese "castigado" en concreto con una pena menor. Y en este Real Decreto se establece una regla clara de comparación para cuando la pena de los delitos sean compuestas o estén formadas solo por alguno de los grados de una pena completa. Basta que tengan en común por lo menos algún grado de la extensión total que comprenda cada pena.

La jurisprudencia de estos últimos años de vigencia del código aplicó efectivamente en "abstracto" la comparación de las penas de los delitos en juego. Así en S. de 31 de enero de 1.927, el Tribunal Supremo casa la sentencia de instancia en que se había apreciado la simple reincidencia sobre el hurto que se juzgaba (del art. 530/1º/531, 4º) pues

aunque el reo había sido anteriormente condenado por un delito de hurto y otro de estafa, no constaba la pena de ésta última. El Supremo admite el recurso del Fiscal que solicitaba la aplicación de la doble reincidencia del art. 533-3° porque "no existe modalidad alguna del delito de estafa que tenga señalada pena que, por lo menos en alguno de sus grados no sea igual a la del hurto sancionado en la sentencia recurrida" [393].

En S. de 11 de febrero de 1.928 se trataba de juzgar un hurto del art. 531-2° cuya pena era de presidio correccional en grado mínimo a grado medio, y el reo había sido condenado anteriormente por otro hurto del art. 531-3°, cuya pena señalada por la ley era Arresto mayor en grado máximo a presidio correccional en grado mínimo, aunque en concreto se le impuso una pena de multa por la atenuante de minoría de edad. El Supremo aprueba la aplicación de la reincidencia porque según la redacción de la agravante "no ha de tenerse en cuenta la pena impuesta, sino la señalada al hecho punible" [394]. Vemos aquí un expreso reconocimiento del criterio abstracto en la comparación de las penas.

En el mismo sentido, la S. de 10 de marzo del mismo año 1.928, intenta reconducir la comparación de las penas a las señaladas por la ley al delito en abstracto, pero en este

caso se desestima la agravante 18ª precisamente por no constar qué delito fue el anteriormente condenado y por lo tanto no se puede saber "la pena con que hubieron de ser castigados, ni aún siquiera la cuantía concreta de tales delitos" 395).

En otros casos en que también era preceptiva la comparación de las penas, no se llega a hacerlo por haber transcurrido el plazo de prescripción, que impide ya apreciar la reincidencia.

C. Prescripción

Es ésta la novedad más importante y de mayor trascendencia de las modificaciones que sufren las agravantes 17 y 18 con el Real Decreto. Dice el tercer párrafo de la circunstancia 18ª:

> "Los efectos de la reincidencia como circunstancia agravante cesarán cuando haya pasado el tiempo necesario para la prescripción del delito que sirve para apreciarla"

Se remite a las condiciones de la prescripción de los delitos, lo cual viene regulado en el art. 133 del Código. Veamos los caracteres de este prescripción y las particularidades que puede ofrecer cara a la reincidencia.

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

Se han elegido los plazos de prescripción de los delitos previstos en el art. 133 [396] en vez de los de prescripción de las penas. Aunque en ambos casos los términos señalados son los mismos, el inicio del cómputo es distinto en uno y otro caso [397], resultando más favorable el señalado para los delitos en el art. 133.

Los distintos plazos vienen determinados en función de la pena señalada por la ley al delito que se trate, es decir, en función de la pena abstracta, no de la pena concreta que hubiese correspondido atendidas a las distintas circunstancias que concurran en el caso concreto. Respecto a la reincidencia por lo tanto, tampoco será relevante la pena a que efectivamente fue condenado el reo, sino la "señalada por la ley al delito".

Concretamente los plazos que marca el art. 133, son:

- Para delitos con pena de muerte o de cadena perpetua: 20 años.
- Para delitos con pena aflictiva: 15 años
- Para delitos con pena correccional: 10 años
- Para las faltas: 2 meses
- Para los delitos de calumnia e injuria: 1 año y 6 meses respectivamente [398].

Señala también el código que cuando el delito lleve una pena compuesta se estará a la mayor de las que la integren para la determinación de los plazos correspondientes.

La duración de los plazos señalados es bastante mayor que la que preveían algunos de los Proyectos de reforma del Código que tuvieron lugar años antes [399], y también mayores que los que señalaba el extinto código de 1.822 [400]. Aunque de hecho pueden resultar similares por la distinta forma de cómputo de los mismos [401].

Por lo demás es laudable que se hayan tomado como referencia los términos de prescripción de los delitos, indicando así que lo mismo que se olvida aquél cometido y no enjuiciado, debe borrarse de la memoria el que fue enjuiciado y condenado, como decía la exposición de motivos del R.D. Ley de 1.925.

> "Si las sanciones para perseguir los delitos prescriben al cabo de un número de años, no hay motivo para que no prescriban los efectos de la reincidencia por el transcurso de un período igual"

De esta forma continua la exposición de motivos:

> "desaparece ese cruel atributo de perpetuidad que el vigente Código otorga a los efectos de toda condena, que obliga a considerar reincidente a todo el que delinquió una vez cuando delinque la segunda, por infracciones penadas en un mismo título del Código, aunque la distancia entre uno y otro delito sea tanta como la que media entre

> la infancia y la senectud, y que produce consecuencias tan absurdas como la de determinar la pena de muerte en casos de asesinato, cuando el reo, cuarenta años antes, fue condenado por un delito de lesiones menos graves, cuya pena cumplió" 402).

Lo que resulta un tanto incongruente es que los delitos de injuria y calumnia puedan considerarse prescritos en tan corto lapso de tiempo, plazo que es lógico desde la perspectiva del ejercicio de la acción criminal reservada al particular, pero no tanto respecto a la posible estimación de la reincidencia. Pero como la remisión a la prescripción de los delitos es total, no hay razón para excluir a la injuria y calumnia de ese beneficioso plazo.

Respecto al plazo de prescripción de las faltas, que es aceptable por la poca entidad de estas infracciones, en principio no tiene mayor relevancia pues en estos hechos no son preceptivas las reglas generales de agravación previstas para los delitos 403). Pero sí va a tener gran importancia para la particular consideración que reciben las faltas de hurto en el art. 531-5° a efectos de convertir una nueva falta en delito 404). Con esta reforma se va a limitar extraordinariamente la aplicación de esta agravación cualificada que ya solo podrá aplicarse para las faltas cometidas muy próximamente entre sí 405), ya que aunque propiamente no constituyen reincidencia, el Tribunal Supremo va a aplicar la prescripción a estos casos basán-

dose en el amplio espíritu del Decreto que pretende anular la eficacia de las condenas anteriores a efectos de agravación por las mismas [406].

b) C ó m p u t o  d e  l o s  p l a z o s

Aunque en la referencia a la prescripción en la agravante 18ª no se alude al modo de computar los plazos, el mismo R.D. en la redacción de la agravante 17ª, que incluye también la prescripción, dice que "tampoco serán estimados a los efectos de apreciación de esta circunstancia los delitos cometidos anteriormente, cuando desde su ejecución haya pasado el tiempo necesario para la prescripción de los mismos". Lo cual coincide con lo señalado en el mismo art. 133 respecto al cómputo de la prescripción de los delitos, si bien este artículo matiza que caso de no conocerse el delito en el momento de cometerse, la prescripción comenzará a contarse desde que se descubra y se comience a proceder judicialmente para su averiguación y castigo [407].

Con lo cual, aunque parezca incongruente, mientras el reo se encuentra cumpliendo la pena impuesta por el delito anterior está corriendo el plazo de prescripción a efectos de impedir la estimación de una posible futura reincidencia [408].

El momento en que ha de haber transcurrido el plazo señalado para que desaparezca la reincidencia, debe ser lógicamen-

te el de la comisión del nuevo delito.

D. Retroactividad de la modificación

Las modificaciones introducidas por el R.D.L. de 1.925 son altamente beneficiosas para el reo. Por ello, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 23 del Código, estos efectos favorables tienen carácter retroactivo respecto a hechos cometidos con anterioridad sobre los que se aplicó la reincidencia, incluso aunque "hubiere recaído sentencia firme y el reo estuviere cumpliendo condena" [409]. Así lo dispone también expresamente el art. 7 del R.D.L. aludiendo al referido art. 23 del código [410]. Y en consecuencia, en las dos Disposiciones Transitorias se regulan los trámites que habrán de seguirse para la revisión de todas las causas sentenciadas por las que el reo estuviese aún cumpliendo condena, y asimismo de todas las pendientes de resolución firme. En ellas se ordena que estas revisiones deberán quedar ultimadas dentro de los noventa días siguientes a la publicación del Real Decreto [411].

Por ello, las sentencias que llegan al Supremo en las que se había estimado la reincidencia, de conformidad con la antigua redacción son reenviadas al Tribunal inferior con la orden de que se revise ese extremo. Así, por ejemplo en la S. de 26 de enero de 1.926 aunque se confirma que la apreciación de la agravante fue correcta, se añade la coletilla de

"sin perjuicio de que se tenga presente lo dispuesto en el Decreto de 15 de noviembre de 1.925 sobre la prescripción de reincidencia", pues habían transcurrido 20 años entre los delitos pasados y el que se juzgaba [412]. En S. de 13 de marzo de 1.926 también se aprecia la agravante 18ª pero no constando la fecha del delito anterior se dispone: "Comuníquese a la Audiencia de Oviedo ((...)) para que tenga en cuenta si la circunstancia de reincidencia se ha prescrito o no" [413].

En otra sentencia del mismo año, de 18 de marzo, se admite la prescripción de la reincidencia para el asesinato cometido en 1.924, ya que la condena anterior por homicidio databa de 1.905; en este caso, también se hubiera podido rechazar la agravante porque el delito anterior tenía señalado pena menor [414].

## 4. EFECTOS

A la declaración de reincidencia acompañan una serie de efectos negativos, como ya vimos al tratar este punto en el código de 1.848, que exceden de los previstos para cualquier otra agravante [415]. Ello no es sino reflejo de la tradicional prevención contra el reincidente, y también, del intento de evitar, a través de prohibiciones y denegaciones, ulteriores recaídas.

Pero lo triste del caso es que según la concepción legal de la reincidencia que ofrece el código, se va a calificar de reincidente al sujeto que ha repetido un delito del mismo Título sin haber sido condenado en el interín por el primero cometido, dependiendo la agravación y demás efectos de la mayor o menor agilidad procesal en el enjuiciamiento de uno de los delitos [416]. Veamos separadamente los efectos que durante la vigencia del código penal de 1.870 acompañan a la reincidencia.

A. En la pena

Como circunstancia genérica de agravación, el efecto en la pena es el mismo que el de cualquier otra agravante: imposición de la pena en grado máximo cuando no concurran atenuantes pues en este caso procede la compensación racional de circunstancias [417]. En ningún caso se puede traspasar por reincidencia genérica el límite máximo de la pena señalada por la ley al delito [418].

Este efecto agravatorio de la reincidencia va a ser criticado por la doctrina desde distintos ángulos. En primer lugar desde la perspectiva de los principios penales clásicos y clásicos-correccionalistas, las objeciones se centran en la obligatoriedad del efecto agravatorio o carácter preceptivo de la reincidencia. En segundo lugar, desde las modernas concepciones penales tributarias de los nuevos princi-

pios defensistas, se rechaza la agravante en cuanto no sea índice de peligrosidad, para proponer a su vez otros efectos penales más graves, aunque de carácter asegurativo o rehabilitador, a fin de contrarrestar la peligrosidad del multirreincidente.

En el primer grupo podemos comenzar por señalar la oposición de GROIZARD quien, aunque considera procedente que el legislador ennumere y defina las circunstancias agravantes, dice que "de su valor en el caso concreto deben juzgar los encargados de administrar justicia, porque el hombre -como ha dicho Carrara- debe ser condenado según la verdad y no según presunciones" [419]. SILVELA insiste en la misma idea de la necesidad de dejar al prudente criterio judicial fijar la pena de acuerdo con las circunstancias que aprecie en el sujeto, pues mayor arbitrariedad es la que puede producir el legislador al determinar de antemano una pena invariable, ya que éste no puede conocer lo individual de cada hecho punible y de cada sujeto penable [420]. Concretándose a la reincidencia expresa sus reservas a la obligatoria agravación, cuando la pena no tiene un carácter correccional y la mayor perversidad del delincuente no es sino consecuencia de la deplorable situación carcelaria que hace de los presidios "escuelas de perversión y enseñanza del crimen" [421]. VALDES, que se caracteriza por su constante análisis de las causas generadoras del delito, insiste en la importancia de un examen atento y detallado de las distintas circunstancias del delito y del sujeto para poder determinar justamente el gra-

do de culpabilidad que revela la reincidencia [422]. La analogía de las infracciones, su gravedad, su proximidad, la fuerza de la costumbre, el influjo de la imitación, el número de delitos cometidos, y los medios que tuvo el reo para su corrección, son datos que deben tenerse presentes para determinar la medida de la responsabilidad [423]. Datos que difícilmente podrá apreciar el juzgador para fijar la pena equitativa, cuando la ley le impone tan estrechos marcos de apreciación"a priori". También se hace eco este autor de la penosa situación carcelaria, y por ello manifiesta que "Todavía será más justo agravar la pena en caso de reincidencia el día en que el sistema penitenciario conduzca a la corrección de los penados en vez de aumentar su perversidad" [424].

ARMENGOL, después de dedicar un capítulo a las causas de la reincidencia centrándolas en la incalificable situación penitenciaria [425], se pronuncia por el carácter agravatorio que debe tener la reincidencia [426], pero no sin admitir la posibilidad de prueba en contrario a la presunción de perversidad que ésta arguye. Puesto que la apreciación de esta agravante no debe ser un mero dato maquinal, sino un punto que el juez ha de examinar averiguando la situación física, moral y social del reo y los móviles del delito, el mero hecho de una condena anterior no debe generar obligatoriamente la agravación [427]. Aunque este mismo autor, años más tarde, tras su participación en Congresos Penitenciarios internacionales de Estocolmo (1.878) y Roma (1.885), se proclama

decidido partidario de un progresivo aumento de pena para el reincidente, proporcional al número de delitos que presente el sujeto [428]. También podemos señalar a CASTILLO GARCIA en la línea de oposición a la preceptiva apreciación de la reincidencia [429].

La famosa penitenciarista Concepción ARENAL, consecuente con el correccionalismo que propugna, se opone asimismo a la mecánica agravación por reincidencia. En su opinión, no pueden dejar de tenerse en cuenta las circunstancias en que el reo cumplió su primera condena porque:

> "si ha extinguido su primera condena en una prisión como están hoy las de España, donde aprendió todos los secretos del mal y a olvidar la hermosura del bien; si al salir se le rechaza como a un apestado; si para sostenerse honradamente necesita una energía tan difícil en el espíritu que ha vivido en un medio deletéreo; entonces la circunstancia de reincidir debe ser atenuante para el que reincide y agravante para la sociedad" 430)

Pone de relieve además esta autora, cómo el mayor número de reincidentes lo son por delitos leves, normalmente patrimoniales, cuyas penas cortas no facilitan la enmienda; aparte de la mayor frecuencia de situaciones tentadoras hacia esta clase de infracciones, que en todo caso, nos dice, siempre son hechos menos graves que los delitos contra la vida. Por ello, insiste que debe mirarse con menor prevención a los reincidentes, pues no siempre revelan mayor maldad [431].

El contacto con el mundo penitenciario, encarnación real de los efectos de las leyes penales, y el enfoque humanitario y correccionalista propios de esta autora, le llevan a denunciar las generalizadas presunciones contra el reincidente, que a nivel legal constituyen presunciones "iuris et de iure", ajenas a la realidad sociológica y penitenciaria.

Continuando con el enfoque realista que ya estaba presente en los correccionalistas españoles, la nueva generación de penalistas que se enmarca en el ámbito de la Unión Internacional de Derecho Penal se opone a la agravación legal por reincidencia desde una nueva perspectiva. La reincidencia pasa a constituir punto central en cuanto síntoma de peligrosidad, y para su tratamiento no se proponen ya agravaciones de pena, sino sentencia indeterminada o medidas de seguridad destinadas en general para el multirreincidente con lo cual no siempre el reo saldrá mejor parado.

Así MORENO solicita la pena indefinida para el reincidente, el reiterador y el contumaz. de forma que la duración de la misma dependa de la conducta penitenciaria del reo [432]. Ya algunos años antes BERNALDO DE QUIROS había plasmado su concepción sobre la reincidencia en el Proyecto de código penal de 1.902 que el elaboró inspirándose en el famoso Proyecto STOOS según él mismo confiesa [433]. En dicho Proyecto se supr me la lista de agravantes predeterminadas

para desarrollar únicamente la reincidencia, estableciendo la retención indeterminada para los delincuentes incorregibles [434].

En el Primer Congreso Penitenciario español, celebrado en Valencia en el año 1.909, se aconseja "la aplicación discreta de la sentencia indeterminada como uno de los medios para evitar las reincidencias" [435] lo cual sugiere la prolongación de la pena del reincidente; aunque como expone JIMENEZ DE ASUA la indeterminación no siempre supone una prolongación, sino también la posibilidad de reducir considerablemente la duración de la pena cuando se estima corregido al delincuente [436]. Este autor propugnará las medidas de seguridad pues "no puede ya mantenerse" el sistema del código de elevar la pena al grado máximo, cuando modernamente "en que casi todo el derecho penal se hace girar en torno al reincidente, la reincidencia se considera como síntoma de habitualidad, y contra ésta lo que procede son medidas de seguridad" [437].

También CUELLO CALON recoge las modernas tendencias en la concepción del reincidente. El reincidente pertenece a la clase social de los peligrosos [438] y sobre ello han de dictarse particulares disposiciones legislativas, que se concretan en medidas de seguridad [439].

En resumen, la doctrina penal de la época de pronuncia en contra de la automática agravación por reincidencia, no en contra de que esta circunstancia pueda tomarse como agravante. Para los seguidores del positivismo ecléctico la propuesta es de sustitución del tratamiento clásico de la reincidencia, prevención en vez de represión, y en tanto en cuanto revele "peligrosidad" en el sujeto; por ello piden exacerbación en la lucha contra la reincidencia a través de medidas de seguridad.

B. Otros

Vamos a ver someramente otras consecuencias penales derivadas de la declaración de reincidencia, que muestran la equiparación automática del reincidente a los delincuentes más graves o más peligrosos. Se intenta evitar en lo posible cualquier ventaja o beneficio que sustraiga legalmente al reo del cumplimiento total de la pena impuesta, (ya agravada), con lo que se proyecta la secular desconfianza y recelo frente a esta clase de delincuentes [440].

a) I n d u l t o

Junto con el código se promulga la Ley provisional para el ejercicio de la gracia de indulto, el 18 de junio de 1.870 [441]. Esta ley se refiere a la concesión de indultos particulares, precisamente trataba de evitar los ge-

nerales [442], y establece la competencia del Gobierno, a través del Consejo de Ministros para el otorgamiento de la gracia [443].

Después que el art. 1° dispone que "los reos de toda clase podrán ser indultados con arreglo a las disposiciones de esta ley" [444], el art. 2° establece tres excepciones, dos por razón de la situación procesal del reo, pues es condición necesaria la existencia de condena firme y el estar a disposición del tribunal [445], y en el n° 3 se exceptúan a

> "Los reincidentes en el mismo o en otro cualquiera delito, por el cual hubiesen sido condenados por sentencia firme. Se exceptúa, sin embargo, el caso en que a juicio del Tribunal sentenciador, o del Consejo de Estado, hubiese razones de justicia, equidad o conveniencia pública para otorgarles la gracia".

El espíritu de esta ley es bastante más amplio que el de los decretos y disposiciones anteriores [446], especialmente respecto a los delitos políticos para los que no se establece limitación alguna [447]. Y respecto a los reincidentes, prudentemente se establece una contraexcepción saludable en atención a razones de justicia y equidad, que por primera vez rompen esa presunción incontestable de persona "non grata" proyectada sobre el reincidente.

El principio general, no obstante, los excluye del indulto, aunque como da cuenta CADALSO, la práctica se separó frecuentemente de este principio [448].

b) A b o n o  d e  p r i s i ó n  p r e v e n t i v a

Establecido el abono parcial del tiempo pasado en prisión preventiva por R.D. de 9 de octubre de 1.853 (al que ya hicimos referencia [449]) se restablece su vigencia por un Decreto de 2 de noviembre de 1.879 [450].

En alguno de los proyectos de reforma del Código se habían esbozado ya unos mayores descuentos por el abono del tiempo pasado en prisión preventiva. Así el de ALONSO MARTINEZ [451] y el de SILVELA [452], pero al no prosperar éstos se continuaba con la rebaja de la mitad del tiempo pasado preventivamente en prisión, y excluídos de cualquier abono los reincidentes [453]. Hasta que por Ley de 17 de enero de 1.901 [454] y R.O. de 29 de enero del mismo año [455], que viene a fijar el sentido de la anterior, se establece el abono total de la prisión preventiva para los condenados a penas correccionales, y la mitad para los condenados a penas aflictivas siempre que no exceda de un año la prisión preventiva en cuyo caso el exceso se abona totalmente [456]. Pero para los reincidentes cualquiera que sea la clase de pena que se les imponga se establece que en todo caso sólo se les abonará la mitad [457].

Son ilustrativas las explicaciones que ofrece la R.O. de 29 de enero de 1.901 dictada para "unificar el criterio de los Tribunales" que debían aplicar la ley publicada días antes:

> "El legislador ha querido que por un mismo delito no sufra nadie dos penas, una la que en sentencia se le impone, y otra la que preventivamente sufrió y de aquí el párrafo primero del art. 1°, que concede el abono total de la prisión preventiva a los reos castigados con pena correccional.- Más como hay otras de más gravedad, y en las cuales existe notable diferencia entre la manera de cumplirse las penas que merecen, dispone el párrafo segundo que a éstos, a los condenados a penas aflictivas, solo se les abone la mitad del tiempo que preventivamente hubieren estado presos, hasta el plazo de un año, y el total de lo que exceda de dicho período, precepto que hace extensivo a los reincidentes y reiterantes en cualquier delito, porque la reiteración y la reincidencia arguyen cierto hábito del crimen y no merecen aunque se trate de delitos correccionales, una gracia tan amplia como la que concede el párrafo primero ..." 458)

Encontramos un tanto contradictoria la explicación de esta Real Orden. En primer lugar es apreciable el realismo y sentido de justicia que mueven a considerar la procedencia del abono, pues aunque la prisión preventiva no es una "pena" según el Código [459] es cierto que de hecho se sufre como tal, aunque jurídicamente no tenga esa calificación. Pero una vez reconocido como principio general que nadie debe sufrir dos penas por el mismo delito de la forma indicada, no es congruente que se establezcan excepciones, una basada en un extemporáneo celo por el modo en que deben

cumplirse las penas aflictivas, y otra en el tradicional perjuicio contra el reincidente. Excepciones que al parecer se explican por el carácter de "gracia" que, según se dice en la exposición de motivos, tiene el abono [460]. Lo cual confirma la inconsecuencia en el razonamiento de los motivos, pues como el mismo legislador apunta indirectamente [461] son razones estrictas de justicia las que aconsejan el descuento del tiempo pasado en prisión preventiva.

Aunque debe reconocerse que la R.O. es sin embargo más "benigna" con los reincidentes que el Proyecto de Ley del que partía en el que se les excluía incluso del abono parcial [462].

Nótese que la excepción por razón de reincidencia o reiteración [463] afecta únicamente a los que cometan delitos menos graves -pues éstos son los que se castigan con pena correccional-, ya que si el delito lleva pena aflictiva, sea o no reincidente el reo, en todo caso solo se le abona la mitad de la prisión preventiva que no exceda de un año.

El efecto real de este abono parcial es el de un "plus" de pena, por lo tanto una auténtica agravación que se añade a la pena que ya se impuesto agravada por reincidencia. Un intolerable "bis in idem" pues por razón de esa presunción de "cierto hábito" -exista o no- el sujeto sufre dos aumentos de pena, uno legal de acuerdo con las disposicio-

nes del código, y otro subrepticio por el tiempo que preventivamente ha estado privado de libertad y no se le ha computado para el cumplimiento de la pena impuesta.

Hasta el código penal de 1.932 no se instaurará con carácter general y sin excepciones el abono total de la prisión sufrida preventivamente [464].

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

Después de algunos intentos frustrados de introducir la condena condicional en Proyectos varios [465] desde el de TORREANAZ en el año 1.900 [466], y con retraso considerable respecto a la introducción de este instituto en otros países de Europa [467], aparece por fin la Ley de 17 de marzo de 1.908 sobre Condena Condicional [468], para penas de privación de libertad inferiores a un año. Aunque como apunta VALDES no se trata de Condena "condicional" sino de"remisión condicional" de la pena, pues la condena es firme en todo momento [469].

Concretándonos a la reincidencia en relación al beneficio regulado por esta ley, hemos de referirnos a dos momentos: el de la concesión de la remisión condicional y el de la revocación de la misma.

En cuanto a la concesión, es requisito indispensable "que el reo haya delinquido por primera vez" [470], con lo que automáticamente quedan excluídos los reincidentes. si bien aquí no se trata de la reincidencia legal del nº 18, que como vimos, permitía la estimación de tal circunstancia sobre el primer delito cometido si antes del enjuiciamiento había recaído sentencia firme por otro cometido después [471]. La exclusión atañe al segundo o posteriores delitos cometidos por el reo, encaje o no en las definiciones de los números 17 ó 18 del art. 10. Quedan también excluídos los reos, aunque sean primarios, de determinados delitos como los robos, o algunos hurtos y estafas [472].

Como justificaba AZOPARDO, miembro de la Comisión del Congreso, "los beneficios de la condena condicional no pueden aplicarse más que una sola vez", pues la naturaleza de esta institución supone la concesión de una oportunidad "a los que por circunstancias de ocasión han caído una vez, y la sociedad les tiende una mano para que se levanten pero no se la vuelve a tender otra vez" [473]. Lo cual no es totalmente exacto según las disposiciones de esta Ley, pues para determinados delitos, como por ejemplo los hurtos con abuso de confianza, ni siquiera la primera vez se les puede conceder el beneficio de la remisión [474]. Y además como la concesión es facultativa [475], salvo en determinados casos [476], es muy posible que el reo condenado por segunda vez no haya gozado nunca de la condena condicional. E

incluso fácilmente puede darse que al cometer el segundo delito ni siquiera hubiese experimentado una condena judicial por otro delito cometido con anterioridad.

Lo que sí late en el fondo de las razones de esta Ley es la creencia, a nuestro entender equivocada, [477)] de que el que delinque más de una vez no es ya un delincuente "ocasional" y por lo tanto no puede dársele el mismo voto de confianza, no puede esperarse de él una enmienda suficiente por la mera imposición de la condena remitiéndole el cumplimiento de la misma.

Un segundo momento en que tiene relevancia la reincidencia, o cualquier recaída, es el de la revocación del beneficio concedido a un reo primario. Dice el art. 14

> "Si antes de transcurrir el plazo de duración de condena condicional, el sometido a ella fuese de nuevo sentenciado por otro delito, se procederá a ejecutar el fallo en suspenso. Si cumpliere el plazo de suspensión sin ser condenado, pero después lo fuese por hecho punible cometido dentro de aquel plazo, se le obligará a que cumpla la pena que fue suspendida, salvo caso de prescripción"

Nótese que la revocación puede venir por razón de la condena recaída sobre un delito cometido con anterioridad a la concesión de la remisión condicional, por lo que no es necesario una recaída durante el disfrute del beneficio. La constatación de que el delincuente había delinquido ade-

más otra vez supone automáticamente la denegación del beneficio concedido y el reo deberá cumplir íntegramente ambas condenas. La razón de la revocación no radica por lo tanto en la defraudación de la confianza depositada en el reo al concederle el beneficio, pues su conducta durante este tiempo pudo ser intachable

Pero aparte de estas incongruencias debidas principalmente a la amplitud de la expresión "Que el reo haya delinquido por primera vez" es comprensible y lógico que el que vuelve a cometer un delito después de una primera condena, no disfrute de los beneficios de la ley, sobre todo si anteriormente se le otorgaron respecto a la primera pena impuesta.

Precisamente como señala VALDES [478], la institución de la remisión condicional de la pena se había generalizado rápidamente en las diversas legislaciones como medio de evitar o disminuir el alarmante incremento de reincidencias, -atribuible en gran parte a la defectuosa y corruptora realidad penitenciaria [479]- y como solución más rápida, factible y económica que la difícil reforma y perfeccionamiento del sistema penitenciario y de sus establecimientos [480]. Lógico es pues que a aquel sujeto que demuestra no reaccionar ante tal beneficio, no se le vuelva a conceder [481].

Téngase en cuenta además que como contrapartida a la introducción de este instituto de remisión o de condena condicional, coetáneamente en diversos países de Europa se deja sentir una mayor energía en castigo de los reincidentes más graves, mediante imposición de fuertes medidas de seguridad. Un precedente inmediato es la ley francesa de 1.885 sobre relegación de reincidentes [482], en la que se inspiran otras legislaciones en los primeros años de 1.900, para establecer medidas similares a esta segregación como forma de lucha contra el reincidente incorregible [483].

d) L i b e r t a d  c o n d i c i o n a l

Por ley de 23 de julio de 1.914 se establece la libertad condicional para los penados sentenciados a más de un año de privación de libertad, que se encuentren en el cuarto período de condena y que hayan extinguido las tres cuartas partes de ésta [484].

No existe ninguna limitación para la concesión de esta libertad para el reincidente, sujeto como todos los demás reos a la observación de buena conducta y garantías de una vida honrada en libertad. No obstante el Reglamento de 28 de octubre de 1.914 en su art. 35, nº 5 señalaba que para la selección de los propuestos al régimen de libertad se tendrían en cuenta entre otras circunstancias los antece-

dentes penales del reo [485]. En aclaración a este reglamento la Circular de 5 de abril de 1.915, aunque reconocía la libertad de las Comisiones asesoras para la concesión de la libertad propvisional, daba como criterios orientativos, emtre otros, el "no ser reincidente ni reiterante" [486]. Este punto motivó una serie de reclamaciones y una nueva Circular de 10 de junio de 1.919 en la que se sienta que aquellas circunstancias no son excluyentes de la concesión de libertad, declarando que:

> "Es indudable que entre el delincuente por primera vez y el que ha reincidido o es reiterante en el delito, existe diferencia que han de apreciar las comisiones para incluir en las propuestas o excluir de ellas a los respectivos penados de conformidad con los arts. 2° y 4° de la Ley de 23 de julio de 1.914, reguladora del expresado beneficio. Pero como ésta no considera circunstancias excluyentes la reincidencia ni la reiteración, no procede tener en cuenta lo dispuesto respecto al particular en la circular que antes se cita, sin perjuicio de apreciar dichas circunstancias como una de las demás que deban tenerse presentes para hacer la propuesta"

En concordancia con lo expuesto, y basándose en la jerarquía normativa que impide que una circular disponga algo contrario o distinto a lo dispuesto en la ley de la que se deriva, se deroga aquella primera circular de 1.915 [487].

Con ello quedan aclaradas las dudas, y como criterio general la no preceptiva exclusión de los reincidentes ni reiterantes del beneficio otorgado por la ley, porque como decía CADALSO comentando esta circular, si un penado reincidente observa buena conducta en prisión, escuela o taller,

ofrece garantías de hacer una vida honrada en libertad "no puede ser excluído de la libertad condicional sin cometer a la vez una ilegalidad y una injusticia" [488].

Pero la reincidencia, o la reiteración, serán causas de revocación de la libertad concedida condicionalmente e incluso de la pérdida del tiempo de condena pasado en libertad, según preceptúa el art. 6° de la Ley [489]. Siempre, por supuesto, que tengan lugar mientras el reo se encuentra en aquella situación condicional.

## 5. RESUMEN

En el deseo de fijar los contornos de la reincidencia, el legislador de 1.870 presenta una definición detallada, casuista, totalmente formalista y separada del concepto doctrinal propugnado por los más insignes penalistas. No queda un resquicio para una valoración por parte del juzgador sobre la existencia o no de lo que podía considerarse fundamento de la reincidencia. Basta la constatación de unos requisitos objetivos, que son los que configuran la definición legal de forma automática.

Pero no es ya solo el formalismo propio de un exacerbado principio de legalidad lo criticable. Los elementos o requisitos legales aparecen faltos de sentido desde el mo-

mento que parten de "cuando al ser juzgado el culpable de un delito estuviere ejecutoriamente condenado ...". No es necesario que el sujeto haya experimentado una condena anterior a la nueva comisión delictiva. La desgraciada referencia "al ser juzgado" va a dar origen, como ya pusieron de relieve las contínuas críticas de la doctrina y comentaristas [490], a flagrantes incongruencias, como la necesaria apreciación de la agravante sobre el primer delito cometido por el reo cuando el que cometió en segundo lugar es condenado antes que aquel primero [491]. La jurisprudencia de esta época ofrece suficientes ejemplos de injustas y obligatorias agravaciones por reincidencia "legal" [492], más acentuadas todavía en los casos de reincidencia específica prevista para agunos delitos [493].

Resulta paradójico y poco comprensible que precisamente este código, más liberal y humanitario que los anteriores, contenga un concepto de reincidencia que permite tales incongruencias al abarcar también casos de mera repetición. Con semejante definición legal se desdibujan los límites entre la agravante de reincidencia y el concurso delitos, haciendo que dependa de cuestiones procesales la consecuencia agravatoria, o por el contrario la rebaja o beneficio previsto para el concurso de delitos [494].

La sustitución del criterio de analogía entre los delitos concretado en la "misma especie" en el código anterior, por la fórmula del "mismo Título", amplía el ámbito de la agravante a casos en que no existe tal analogía entre

las infracciones, y deja fuera de la misma otros en que se dá verdadera semejanza [495].

En los últimos años de vigencia del código, la introducción de la prescripción de la reincidencia por un R.D. de 1.925 [496] va a suponer un cierto alivio a la rigidez de la peculiar concepción legal. Pero es de lamentar que este Real Decreto de 1.925 no modificasen también las deficiencias principales derivadas de la aludida expresión de "al ser juzgado".

La definición legal que contemplamos, a pesar de ser la más defectuosa en comparación con la que presentaban los códigos anteriores [497], va a perdurar durante más de medio siglo, e incluso volverá a aparecer idéntica en el código de 1.932 [498].

Si bien el efecto penal de esta agravante, al igual que el de otra cualquiera, va a quedar limitado por el tope máximo de la pena señalada por la ley al delito [499], el incremento de duración de la pena, calculado con la rígida métrica legal, puede ser considerable. Aparte de otros considerables efectos complementarios que lleva aparejada la declaración de reincidencia. [500]

## II. REITERACION O RECAIDA EN DELITOS DE DISTINTO TITULO

En el código penal de 1.870 la agravante 17ª se mantiene sustancialmente igual que en el código de 1.848 pero con dos novedades: la ampliación de su ámbito en los casos en que el sujeto hubiera sido condenado anteriormente por dos delitos de pena menor que la señalada para el nuevo, y la inclusión de una cláusula facultativa de apreciación en consideración a la naturaleza y efectos del delito y circunstancias del delincuente. En virtud de esta posibilidad, se va a producir una interesante corriente jurisprudencial en la aplicación de la agravante 17ª, en el sentido de exigir una cierta analogía entre las infracciones, o que realmente en consideración del número de delitos anteriormente condenados quede patente la mayor perversidad del sujeto [501)]. Un buen ejemplo de prudente arbitrio judicial que contrasta con la obligatoria rigidez y automatismo en la estimación de la reincidencia del nº 18.

### 1. DENOMINACION. INTRODUCCION DEL TERMINO "REITERACION" POR LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

Como en el código penal de 1.848, la agravante 17ª continúa innominada, pues la ley reserva el término "reincidencia" para designar a la agravante 18ª. Pero poco a poco se introduce la utilización del término "reiteración"

para aludir a la agravante 17ª, y a finales del siglo XIX vemos ya generalizado tal uso tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

A. Doctrina

Ya en 1.870, GROIZARD denomina "reiteración" a la comisión de un delito después de haber sido el reo condenado por otro de distinta especie o más precisamente según el código, de "distinto" Título [502]. GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN en 1.874, nos dicen que a la circunstancia 17ª "algunos jurisconsultos dan el nombre de "reiteración", palabra que aceptamos, porque, sobre no carecer de propiedad, con ella se condensa más la doctrina, se evitan repeticiones de frases que harían embarazoso el discurso y se aplican con más claridad y precisión las disposiciones de la ley" [503]

RUEDA, en la misma línea, nos dice que denominará "reiteración" a la agravante 17ª, "únicamente para distinguirla de la segunda, llamada "reincidencia" por la Ley, por más que conocemos que estas denominaciones no serán las más propias en todos los casos" [504]. VIADA en la 4ª edición de su obra "Código penal reformado", al tratar de la agravante 17ª, utiliza el nombre reiteración, pero cuando así lo hace inmediatamente aclara entre paréntesis que se refiere al nº 17 del art. 10 [505]. Posteriormente en los Suplementos su-

cesivos no consigna esta aclaración [506], por lo que parece que el término estaba ya aceptado en la práctica. MORENO también denomina "reiteración" a esta circunstancia [507], como lo hace GONZALEZ MIRANDA diciendo que "a esta repetición que el código no denomina, es a la que se llama reiteración" [508]. También ALVAREZ CID, ya sin aclaración ninguna utiliza este nombre para el nº 17 del art. 10 [509]. Aunque por supuesto otros autores continúan con otras denominaciones tales como reincidencia impropia, o genérica [510]. Pero parece que ya a finales de siglo estaba totalmente generalizado su uso, como reconoce BERNALDO DE QUIROS pese a su disconformidad con tal uso: "Por corrupción, en el foro español se ha introducido la costumbre de llamar reiteración a la reincidencia genérica de los clásicos, opuesta a la específica, a la que prefieren llamar simplemente reincidencia" [511]. En el mismo sentido manifiesta su disconformidad SALDAÑA [512].

El código penal de 1.928 tomará el nombre "reiteración" para designar esta agravante [513], y aunque el de 1.932 vuelve a dejarla innominada, en el código penal de 1.944 se instaura otra vez ese término legalmente. El Proyecto de código penal de 1.980 vuelve sin embargo a prescindir de esa denominación para sustituirla, con mejor criterio, por el de "reincidencia genérica" [514].

B. Jurisprudencia

Durante los primeros años de vigencia del código de 1.870, los Tribunales, a falta de otra denominación legal o generalmente admitida, aluden a la"agravante de haber sido castigado anteriormente por delito de igual o mayor pena, o por dos delitos de pena menor", descripción que hacía farragosa la redacción de sus resoluciones; o bien se referían simplemente a "la agravante decimoséptima del art. 10". El nombre "reincidencia" se reservaba para el nº 18 del mismo artículo. En 1.883, encontramos por primera vez la utilización del término "reiteración" en una sentencia del Supremo de 27 de diciembre [515]. En los años siguientes no vuelve a aparecer este nombre hasta una Sentencia de 3 de febrero de 1.888 [516], y a partir de este momento comienza a generalizarse su uso indistintamente junto con la alusión a "la agravante 17ª" o la de "haber sido castigado el culpable por delito de pena...". A partir del año 1.900 se hace normal la simple alusión a la "reiteración" para designar esta agravante 17ª [517].

2. REGULACION LEGAL

La redacción de la agravante 17ª queda en el código penal de 1.870 de la siguiente forma:

"Haber sido castigado el culpable por delito a que la ley señale igual o mayor pena, ó por dos ó más delitos á que la ley señale pena menor.

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

La novedad más importante reside en la introducción de esa claúsula facultativa. Recordemos que la doctrina de la época del código penal de 1.848 había repudiado esta agravante por no responder al criterio de "semejanza" entre los delitos que tradicionalmente se venía considerando como característica esencial de la reincidencia [518]. Tal vez por ello nos encontramos ahora con esta concesión al Tribunal, intentando amortiguar las posibles críticas que aún podían levantarse contra esta variante de la reincidencia [519], como apuntan GOMEZ DE LA SERNA [520] y ARMENGOL [521].

## 3. REQUISITOS

Puesto que la descripción de la agravante 17ª es prácticamente idéntica a la que ofrecía el código anterior, vamos a centrarnos en las particularidades del nuevo código, y en los comentarios de la doctrina coetánea a él, así como en las resoluciones de la Jurisprudencia sobre los puntos más conflictivos.

### A. Haber sido castigado anteriormente

Como ya vimos al examinar esta agravante en el

código penal de 1.848, el principal problema de esta expresión reside en determinar si la ley exige que el reo haya cumplido efectivamente la condena anteriormente impuesta. Vamos a examinar las opiniones de doctrina y Jurisprudencia sobre este punto. También interesa destacar que la condena anterior debe ser "anterior" a la nueva recaída, requisito que en este código cobra especial interés porque como ya se ha visto, la reincidencia del nº 18 expresamente excluía esta exigencia[522)]

a) 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.

Ya expusimos al tratar la reincidencia en el código penal de 1.848, que la expresión "haber sido castigado" no obliga en nuestra opinión, a una interpretación estricta en el sentido de exigir que la condena haya sido cumplida. Como decíamos entonces, a lo largo del código se utiliza constantemente el verbo "castigar", claramente en el sentido de "imponer" una pena [523)].

Podríamos añadir un ejemplo más a los que expusimos entonces respecto a la utilización de la ley de la expresión "castigar" o "castigado". Efectivamente, el R.D.L. de 1.925 por el que se modifica parcialmente la reincidencia [524)], utiliza la expresión "ejecutoriamente condenado" y "castigado" dentro de la misma definición de reincidencia y como nociones sinónimas. Dice textualmente:

> "Hay reincidencia cuando al ser juzgado el culpable por un delito estuviere ejecutoriamente condenado por otro comprendido en el mismo título de este código o en la misma ley especial siempre que la pena señalada al delito castigado anteriormente sea superior o igual...

Otro argumento que utilizábamos en favor de la no exigencia de condena cumplida, provenía de la atención a los supuestos de indulto, perdón del ofendido o prescripción de la pena anterior [525]. Ahora podríamos añadir el caso de la remisión condicional de la pena introducida en 1.908 [526]. No sería justo que el reo beneficiado anteriormente se encuentre en mejor situación que el que cumplió su condena, cuando vuelve a cometer un delito.

Respecto al art. 131 de este código penal de 1.870, homólogo al art. 125 del código de 1.848, los argumentos que allí aludíamos para concluir que este precepto no obligaba a interpretar restringidamente el término "castigado"[527] son igualmente aplicables para el código de 1.870. El art. 131 constituye básicamente una regla de penalidad sobre la base de que el reo se encuentra en período de cumplimiento de condena. La razón de este artículo no es completar lo que no quedaba regulado en las agravantes 17 y 18, sino agravar de forma más intensa la comisión de delitos durante el tiempo en que el reo está sujeto a la ejecución de la pena anterior, por la mayor desobediencia que en opinión del legislador supone esta recaída.

Veamos ahora la opinión de la doctrina y el proceder de la Jurisprudencia respecto al alcance de la expresión que analizamos.

a') Doctrina

En los comentarios de los autores de esta época, la mayor parte parece inclinarse en favor de una interpretación amplia en el sentido de que basta mera sentencia ejecutoria. Decimos "parece", porque sólo alguno aisladamente se pronuncia expresamente razonando su conclusión al respecto. Los demás aluden a ello con ocasión de establecer las diferencias o semejanzas con el art. 131 o cuando se refieren al fundamento de la agravante o bien a otros requisitos de la misma. Sólo algunos se pronuncian expresamente por una interpretación estricta del término "castigado".

En el primer grupo, GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN, se pronuncian por la suficiencia de sentencia ejecutoria, y en contra de una interpretación literal de la expresión "haber sido castigado" como necesidad de condena cumplida. Expresamente manifiestan:

> "Parécenos, sin embargo más probable la opinión contraria de que basta que por sentencia firme anterior se haya impuesto la pena o penas. El fin de la ley es recargar el castigo del que ya ha cometido otro u otros delitos: el cumplimiento de la pena es accidental al efecto: la sentencia es perfecta y completa y no debe servir de excusa o de pretexto pa-

ra que no se castigue el ulterior o segundo delito del mismo modo que si la pena se hubiera cumplido" 528).

A continuación citan en apoyo de su postura la redacción de la circunstancia 18ª en cuanto que se refiere a "ejecutoriamente condenado", expresión introducida en la reforma de 1.870 que según ellos pretende aclarar las dudas 529). Este argumento es rebatido por RUEDA, quien entiende por el contrario que las diferentes expresiones utilizadas en sendas agravantes precisamente confirman que en el nº 17 debe exigirse castigo sufrido, pues de otro modo el legislador podía haber usado la misma fórmula que en el nº 18, y al no hacerlo, no puede extenderse la reiteración lo que sólo se consignó para la reincidencia 530).

GONZALEZ MIRANDA sigue a GOMEZ DE LA SERNA basándose en el mismo argumento anteriormente citado de que el cumplimiento de la pena es accidental y no debe servir de excusa su ausencia para excluir la agravación 531). E incluso añade que el art. 131 lejos de ser una objeción a la interpretación expuesta confirma la postura de GOMEZ DE LA SERNA 532), pero no explica por qué.

GROIZARD, al comentar la circunstancia 17ª pone más interés en fijar el momento en que debe considerarse "anterior" el castigo, que en interpretar el sentido de "castigado". De hecho en su discurso equipara constantemente

"haber sido castigado" a mera imposición de condena [533]. Y desde la perspectiva del fundamento de la agravante, que indudablemente es un dato importante para tomar una u otra postura, este autor precisamente rebate la tesis de la insuficiencia de la pena anterior mantenida por algunos [534] porque en su opinión, según la ley, "basta la recaída después de la sentencia", y al hablar así se está refiriendo a ambas agravantes 17 y 18, "aunque en todo o en parte no se haya cumplido la pena" [535]. En relación al art. 131 no encontramos en este autor referencia alguna a la exigencia de condena cumplida para las agravantes 17 y 18 como consecuencia de lo dispuesto en ese art. 131. Simplemente se limita a afirmar que no encuentra explicación para que puedan considerarse más graves las recaídas durante el cumplimiento de condena o antes de empezar a cumplirla que cuando ya se ha cumplido [536].

SILVELA por su parte, al establecer las diferencias entre las circunstancias 17 y 18 del art. 10 hace hincapié en que la 17ª, que él denomina "reincidencia impropia", no exige la identidad de naturaleza entre las dos o más infracciones, aunque sí que exista sentencia ejecutoria" [537]. Y más adelante, al comentar el art. 131 manifiesta que "no es muy profunda la distinción entre la reincidencia propia e impropia, y la que hemos llamada cuasirreincidencia en que se ocupa el art. 131 del código", pues las diferencias residen en que el art. 131 abarca deli-

tos y faltas y que no hace distinción por la naturaleza de los delitos en juego ni por la clase de penas que lleven éstos [538]. Y no hace alusión alguna a exigencias de condena cumplida para las agravantes genéricas, al menos para la agravante 17ª, como diferencia respecto al art. 131. Por lo tanto, tampoco SILVELA se pronuncia por una interpretación estricta de "Haber sido castigado".

ARMENGOL, parte también de que ambas agravantes 17 y 18 se asientan sobre la sentencia ejecutoria anterior, sin exigencias del ulterior cumplimiento de la pena impuesta. Precisamente por ello manifiesta su oposición al art. 131 por no tener razón de ser, pues "o sobran los números 17 y 18 del art. 10, ó sobra el capítulo 2° a que me refiero (art. 131)" [539].

VIADA, al tratar de la agravante 17ª dice expresamente:

> "Son precisas pues, dos circunstancias para que exista la agravante de este número: que el culpable haya sido castigado anteriormente a la comisión del delito de que se trata, y que lo haya sido en virtud de sentencia ejecutoria, firme" 540)

Subraya VIADA la necesidad de que la sentencia sea "anterior" a la recaída, e indudablemente no estima necesario el cumplimiento de la condena pues precisamente insiste en que ésta sea "ejecutoria" lo cual no sería necesario subrayar si partiese de tal exigencia de cumplimiento, pues es obvio que la pena solo se cumple después de

una sentencia ejecutoria. Además por otra parte, al tratar del art. 131 nos dice que "esta reincidencia o reiteración se castiga con mayor gravedad que la que tiene lugar después de cumplida la condena" [541]; es decir, considera que la "reincidencia" y la "reiteración" están contempladas en dos lugares, en el art. 10 y en el art. 131. Y que cuando el nuevo delito se comete después de haber cumplido el reo la condena anterior procede la estimación de la agravante 17ª o de la 18ª; pero esta manifestación no implica que las agravantes genéricas citadas se limiten a los casos de recaídas ocurridas después de condena cumplida, pues por de pronto es evidente que la reincidencia del nº 18 abarca recaídas ocurridas antes de sentencia firme anterior [542]. No alude VIADA a los supuestos de indulto o prescripción, que de haber sido examinados por el autor hubiesen aclarado mejor su postura sobre el punto que examinamos. Pero de todas formas al menos puede concluirse que VIADA no establece que el término "castigado" deba interpretarse estrictamente en el sentido de condena cumplida.

BERNALDO DE QUIROS entiende que la ley no ofrece dudas respecto a la exigencia de la mera sentencia condenatoria [543], y alaba que así sea porque según dice:

> "En esto su tendencia no se aparta de la corriente dominante hoy en el derecho europeo, donde -como escribe MANZINI- la expiación de la primera pena es requisito repudiado ya por la mayoría de las legislaciones dando fe los proyectos de que está para desapare-

> cer hasta de las legislaciones que anteriormente lo exigieran, para dar lugar al sistema de condena irrevocable" 544).

CUELLO CALON no ofrece una opinión personal sobre el tema, sino que en base a una de las primeras sentencias de esta época, concluye que"no es, pues, preciso que el delincuente haya cumplido la condena anterior como podría deducirse de la palabra castigado" [545]. Pero no acompaña explicación alguna a esta conclusión.

JIMENEZ DE ASUA, en una exposición muy similar a la de BERNALDO DE QUIROS, estima que la reincidencia en el código coincide con la que él denominaba "impropia" en cuanto que no exigía cumplimiento de la condena anterior [546]. Pero tampoco explica las razones que le llevan a esta afirmación.

Como vemos, este grupo de autores que hemos ido señalando considera natural y lógico interpretar "haber sido castigado" como "haber sido condenado ejecutoriamente". Incluso al tratar del art. 131,que podía tomarse como un argumento para restringir "castigado" a efectivo cumplimiento de condena,no cambian su interpretación de las agravantes 17 ó 18.

Por el contrario, encontramos algunos autores que consideran "haber sido castigado" como expresión de la exigencia

de efectivo cumplimiento de condena. En realidad sólo RUEDA se encarga de rebatir expresamente la postura sostenida por la mayoría de la doctrina, para defender la interpretación estricta de la expresión en cuestión. Y su argumentación se basa precisamente en la diferente redacción de las agravantes 17 y 18 en este punto, ya que si la ley hubiese querido que bastase la sentencia firme para la reiteración, -nos dice el autor-, hubiese consignado la misma expresión que usa para la reincidencia del nº 18 en este punto [547]. Pero además, para apoyar su conclusión acude al art. 131 que, según él, viene a confirmar la procedencia de la interpretación estricta de "castigado", pues en otro caso la ley no se hubiera vuelto a ocupar de esta materia, como hace en ese art. 131 [548].

El primer argumento esgrimido por RUEDA es digno de tenerse en cuenta, pues efectivamente el hecho de que el legislador utilice distintas expresiones en los números 17 y 18 del art. 10 puede indicar que estamos ante dos exigencias distintas respecto a la condena anterior. Y es evidente que para la reincidencia del nº 18 el legislador ha considerado suficiente que esa condena sea meramente anterior al"enjuiciamiento". Pero no obstante, sigue en pie el problema del alcance de la locución "castigado". Y como ya dejamos expuesto en otro momento [549], a lo largo del código esta expresión se utiliza en el sentido de "condenado". E incluso parece que en el ámbito jurídico así se entendía por gran parte de la doctrina y desde

luego por los Tribunales [550], pues se toma con toda naturalidad "castigado" como equivalente a "condenado"

Por otro lado, respecto al art. 131, no puede admitirse la explicación de RUEDA, pues esta disposición acoge tanto las recaídas en delitos de distinto Título como aquellas en delitos del mismo Título, y respecto a éstas no hay duda que constituyen reincidencia siempre que conste que el reo ha sido antes "ejecutoriamente condenado", sin más exigencias. Luego no puede mantenerse que ese art. 131 venga a regular lo que no estaba comprendido en el nº 18 en cuanto a recaídas durante cumplimiento de pena.La razón de existencia del art. 131 parece ser otra distinta, la de agravar más fuertemente en consideración al "plus" de desobediencia que implica cometer un delito durante el período de ejecución de sentencia. Pero hay casos como los de las recaídas después de una condena cuya pena prescribió o después de un indulto, que quedan dentro de los números 17 ó 18 del art. 10.

También SALDAÑA [551] y ARAMBURU [552] entienden que la agravante 17ª exige el previo cumplimiento de la condena anterior, pero no explican en absoluto por qué llegan a esa conclusión [553], como tampoco lo explicaban otros autores partidarios de la no exigencia de ese cumplimiento [554].

En conclusión, podemos constatar en la doctrina de esta época una corriente mayoritaria que equipara "haber sido castigado" a "haber sido condenado" con toda naturalidad, como algo evidente y por tanto sin acompañar argumentación al respecto. Unicamente GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN razonan su postura en base a que la nueva redacción del nº 18 del art. 10 al referirse a "sentencia ejecutoria" ha pretendido aclarar las dudas sobre este extremo. GONZALEZ MIRANDA apoya a estos autores y su razonamiento. En la posición contraria, sólo RUEDA defiende de forma razonada una interpretación estricta de "castigado" en base precisamente a la distinta redacción de las agravantes 17 y 18, y en base también a la existencia del art. 131. Argumento este último que a nuestro entender no sirve para llegar a esa conclusión porque entonces habría que entender que también el nº 18 del art. 10 exige condena cumplida, lo que a todas luces no concuerda con la redacción de esa agravante 18ª [555].

b') Jurisprudencia

La mayor parte de las sentencias del Supremo que resuelven sobre la aplicación de la agravante 17ª se centran en la cuestión de la mayor o menor analogía de las infracciones en juego o en general sobre la cláusula facultativa. [556]. Pocas son las resoluciones que plantean la cuestión del cumplimiento del castigo anterior, pues de hecho se parte de la mera exigencia de condena anterior, y además

en las sentencias normalmente no consta la fecha de las condenas anteriores cuando éstas existen, sino que simplemente se alude a que el reo "había sido condenado anteriormente" por determinado delito o delitos. No hemos encontrado ninguna sentencia en la que se indague si el reo cumplió la pena anteriormente impuesta.

En s. de 17 de octubre de 1.872 se resuelve en contra de la estimación de la reiteración porque al cometerse el delito que se juzgaba no había recaído aún sentencia ejecutoria por el delito anterior, desprendiéndose de los Considerandos que de haber sido la condena anterior a aquella fecha, procedía la estimación de la agravante [557]; por lo que se deduce que únicamente se consideraba exigible esa "condena ejecutoria".

Posteriormente, en s. de 20 de setiembre de 1.886, la única que hemos encontrado sobre este extremo , la Sala se pronuncia expresamente en favor de la equiparación de "castigado" a "condenado" en los siguientes términos:

> "((...)) no elimina la circunstancia 17 del art. 10 la locución citada por el Tribunal sentenciador, al afirmar en el resultando 4° que F.L. había sido condenado por dos delitos a otras dos penas menores que la señalada por la Ley al que es objeto de la presente causa, pues aunque no se emplee la palabra "castigado" y sea esta la que se consigna en dicho artículo, el concepto y fin jurídico subsisten, por cuanto que una condena en lo criminal implica la imposición de un castigo" 558)

Según ésto, el "concepto jurídico" de "haber sido castigado" significa "haber sido impuesto un castigo", y el fin jurídico de la agravante reside en la existencia de una condena anterior. Y a mayor abundamiento continúa la sentencia citada diciendo que:

> "((...)) el efecto legal de esta circunstancia no se desvirtúa ni por la poca gravedad de la pena impuesta ni por ser tan reciente el segundo fallo condenatorio que no hubiera principiado el reo el cumplimiento de la sentencia" 559).

En consecuencia, se establece la no necesidad de que el reo hubiere empezado a cumplir la condena, pues ello es indiferente a los efectos de esta circunstancia. Aunque en caso de que conste que la recaída tuvo lugar durante el período de cumplimiento de la condena anterior, es preceptiva la aplicación de la regla del art. 131, tal como hace la s. de 6 de junio de 1.914 que, admitiendo la existencia de la agravante 17ª conceptualmente, por darse los requisitos legales de la misma, señala la imposibilidad de estimarla de acuerdo con "las reglas de hermenéutica legal", una vez que se aplica la agravación del art. 131; pues de otra forma, -dice la sentencia-, se agravaría dos veces en base a una misma condena anterior [560]. De esta forma se reconoce que aunque la circunstancia 17ª no se limita a las recaídas después de condena cumplida, por principios generales de concurso de leyes debe aplicarse preferentemente el art. 131 a

los casos de reiteración durante el período de cumplimiento de esa condena anterior.

En contestación a una consulta de la Fiscalía de Madrid, la del Tribunal Supremo, en 1.889, se pronuncia expresamente y de forma contundente en el mismo sentido de no exigencia de cumplimiento de la pena. Textualmente dice a este respecto:

> "Por lo demás, las palabras "haber sido castigado el culpable anteriormente" que se consignan en el artículo cuestionado, no pueden tener otra significación y alcance que el que se les ha dado siempre por los Tribunales, o sea, el de haber sido condenado el culpable anteriormente por delito de igual o mayor pena; sin que sea menester que haya extinguido o cumplido una u otra condena, pero sí, que haya sido ésta impuesta al culpable anteriormente por sentencia firme." 561)

De las dos posibles interpretaciones que admite la expresión "haber sido castigado", sin necesidad de violentar su acepción común [562], la Fiscalía reitera el significado amplio que los Tribunales venían tomando, y que en nuestra opinión es el que resulta más congruente con la utilización que el código hace del verbo "castigar" a lo largo de su articulado [563].

El hecho de que tanto la Fiscalía como el Tribunal Supremo consideren evidente esta equiparación castigado-condenado, indica que en el lenguaje jurídico usual ambos términos tenían el mismo significado. Lo cual queda paten-

te, como ya hemos indicado [564], en la descripción legal de la reincidencia que ofrece el R.D. de 14 de noviembre de 1.925 en la que se usan esos dos términos en el mismo sentido de condena ejecutoria [565].

Durante la vigencia de los códigos de 1.932 y de 1.944 la jurisprudencia mantiene unánimemente esta línea de interpretación amplia del término "castigado" iniciada en 1870 [566].

c) A n t e r i o r m e n t e

Para que una circunstancia sea considerada "agravante" de un delito, es obvio que debe concurrir en el momento de la realización de éste, pues precisamente su función es matizar la gravedad de la nueva infracción [567]. Pero como curiosamente la reincidencia legal se configura en el código penal de 1.870 sobre el momento del "enjuiciamiento" y no de la "comisión", no está de más aludir brevemente a esta cuestión.

Por ello GROIZARD manifiesta que debiera haberse precisado con más claridad el momento respecto al cual debe ser <u>anterior</u> el castigo, aunque en su opinión lo correcto es exigir que sea anterior al nuevo delito [568]. La doctrina en general se manifiesta en este mismo sentido.

RUEDA considera que el castigo debe estar cumplido antes de la recaída [569]; ALVAREZ CID [570], VIADA [571], ARAMBURU [572], SALDAÑA [573], CUELLO CALON [574], se refieren también a la necesidad de que la condena sea anterior a la ejecución del nuevo delito.

En cuanto a la jurisprudencia, sólo hemos encontrado dos sentencias que versen específicamente sobre este punto, y la solución que ofrecen una y otra son distintas. La primera, de 17 de octubre de 1.872, rechaza la agravación porque en la fecha de ejecución del delito que se juzgaba, aún no se había"impuesto" castigo por la infracción anterior [575]. Y parece que en esta línea sigue la jurisprudencia a lo largo de la vigencia del código penal de 1.870, pues no vuelven a plantearse recursos sobre este punto hasta 1.928, fecha de la segunda sentencia a que en seguida nos referiremos. Si otra hubiese sido la línea jurisprudencial, creemos que tenían que haberse planteado multitud de recursos sobre este punto, pues de hecho respecto a la reincidencia del nº 18, a pesar de que la ley la configura sobre la condena ejecutoria anterior al momento de "ser juzgado" el nuevo delito, son constantes las impugnaciones a las resoluciones que la aprecian en base a sentencias posteriores a la ejecución de la nueva infracción [576].

Del examen de otras sentencias en que se discute sobre la aplicación de la reiteración, aunque sobre otros puntos tales como la interpretación de la cláusula facultativa, no podemos afirmar tajantemente que en ellas se mantiene la exigencia de condena anterior a la realización del nuevo delito, porque en gran número de esas resoluciones no constan en la descripción de los hechos las fechas de las sentencias anteriores. No obstante, en aquellas resoluciones que sí ofrecen estos datos efectivamente se comprueba que son previas a la comisión del nuevo delito [577].

Ahora bien, en 1.928 encontramos una sentencia, de 24 de abril, que considera bien apreciada la reiteración por el Tribunal "a quo" a pesar de que la condena anterior es posterior a la comisión del delito que se enjuicia. Los argumentos en los que se apoya la resolución son los mismos que se utilizaban para la agravante 18ª en este aspecto, como puede verse en el siguiente Considerando:

> "Considerando que la condición indispensable para la debida aplicación de la circunstancia agravante decimoséptima del artículo 10 del Código penal al no estar incurso el reo en las excepciones que especifica el art. 3 del Real Decreto de 14 de noviembre de 1.925, no consiste en que el delito anterior hubiese sido cometido con antelación al que se castiga, sino que al penar éste, estuviese castigado el culpable por delito a que le ley señala pena igual o mayor... sin consideración como queda expuesto, a las fechas de realización de tales hechos punibles..." 578)

Pero así como para la agravante 18ª esta argumentación tiene su base en la ley ("al ser juzgado..."), para la 17ª resulta incorrecta y no fundamentada.

Hemos de señalar también que aunque esta sentencia es la única que hemos encontrado en este sentido, en 1.899 la Fiscalía del Tribunal Supremo se había pronunciado por esta solución, según consta en la Memoria de ese año. En esta Memoria, además de establecer que "castigado" equivale a "condenado", como ya vimos [579], la Fiscalía dice expresamente:

> "((...)) bastando que ésta (la condena) sea anterior a la que se dicte en el proceso, aunque no lo sea el delito por el que se juzga al procesado, toda vez que la ley no lo exige" (sic) 580)

La verdad es que esta aseveración resulta chocante y contraria a las insistentes manifestaciones de las Memorias de la Fiscalía en los años 1.879, 1.894 y 1.928 que solicitan la supresión de la desgraciada fórmula "al ser juzgado" de la agravante 18ª, por estimar que la condena debe ser anterior a la comisión del nuevo delito [581].

Por ello creemos que tanto la Memoria de 1.899 como la sentencia aludida de 1.928 representan dos casos aislados de interpretación distinta a la línea mayoritaria en la práctica de los Tribunales. Pues a pesar de lo estableci-

do en la citada Memoria, no hemos encontrado ninguna sentencia en los años inmediatamente posteriores a ella en la que se resuelva este sentido, ni recursos de la Fiscalía en esa línea. Unicamente esa sentencia de 1.928 que hemos indicado. Claro está que a través de la facultad de arbitrio concedido a los Tribunales para la estimación de la reiteración, resulta mucho más fácil eludir la aplicación de la agravante cuando la condena no es anterior a la comisión, por más que una Circular de la Fiscalía indicase lo contrario. Tanto más cuando, como parece, esa Circular reflejada en la Memoria de 1.899 representa una postura excepcional y discordante con el sentir general de la Magistratura.

B. Por delito o delitos

La condena anterior ha de ser por delito grave o menos grave; no constituyen base idónea para la reiteración las condenas por falta, al igual que ocurría con la reincidencia [582)].

Pero además, para que surja la reiteración es necesario que la experiencia condenatoria del reo tenga una cierta entidad relativa, lo cual debe concretarse, en caso de una sola condena anterior, en que ese delito tenga señalada pena igual o mayor a la señalada para el nuevo cometido. O bien que sean más de una las condenas anteriores impuestas al reo.

Como se recordará, en el código penal de 1.848 se exigía en todo caso, cualquiera que fuese el número de condenas anteriores, esa relación de "pena igual o mayor". Lo cual conducía al absurdo de que un multirreincidente que cometía un delito de distinta especie que los anteriores no quedaba afectado por esta agravante, mientras que ésta debía aplicarse obligatoriamente al que recaía por segunda vez en delito de pena igual o menor. Para evitar este absurdo se añade en 1.870 la coletilla "o por dos o más delitos a que aquella señale pena menor", adición alabada por GROIZARD [583].

Veamos por separado los dos supuestos, una condena por delito de pena igual o mayor, o dos o más condenas cualquiera que sea la pena de los delitos.

a) D e l i t o  d e  p e n a  i g u a l  o  m a y o r

Con el mantenimiento de la exigencia de una cierta gravedad relativa del delito anteriormente condenado se sigue reconociendo la menor gravedad de las recaídas en delitos que no sean semejantes entre sí. Además de que junto a esta limitación por la entidad de las penas se faculta al juzgador a no apreciar la agravante atendiendo a la naturaleza de los delitos y del delincuente, facultad no concedida a la reincidencia.

Precisamente por esta posibilidad de arbitrio, la doctrina prácticamente cesa en sus críticas a esta agravante que, como vimos, durante la vigencia del código penal de 1.848 eran constantes [584]. No obstante, aún encontramos alguna protesta aislada a la inclusión de esta circunstancia como agravante. Tal es la postura de CASTILLO, quien la rechaza de plano [585] pero a la vez, curiosamente, propone que la agravante de reincidencia debía configurarse teniendo en cuenta la comparación de las penas de los delitos pasado y presente, consecuencia lógica del fundamento mantenido por este autor como justificativo de la agravación: la insuficiencia de la pena anterior [586].

Por el contrario MORENO, desde la perspectiva positivo-correccionalista que asume, critica la limitación impuesta en la agravante 17ª por la gravedad relativa de las penas [587] pues en su opinión con ello se beneficia la progresión criminosa al no agravar la comisión de delitos más graves que el anterior [588], y además, -dice- la fórmula resulta extraña e inadecuada para captar la "peculiar individualidad" del sujeto que es lo que para este autor debe ser el punto central de observación a efectos de captar su "tendencia al delito" [589].

Aparte de las manifestaciones de estos dos autores, no encontramos más opiniones críticas respecto a esta agravante.

a') Comparación de las penas: en abstracto

Según reza el nº 17 del art. 10, la condena anterior ha de ser "por delito a que la ley señale igual o mayor pena", esto es,la comparación de las penas debe hacerse entre las señaladas por la ley para el delito pasado y presente, y no entre la efectivamente impuesta al delito pasado y la que se vaya a imponer al delito que se enjuicia.

Como ya hemos señalado, el código utiliza el vocablo "delito" en su acepción de "tipo abstracto" o incompleto [590], y por lo tanto la pena correspondiente a éste será la pena "abstracta" [591], sobre la cual posteriormente se concreta su duración definitiva en virtud de las posibles circunstancias accidentales que concurran. Pena "abstracta" que normalmente será la prevista en el Libro II del código para el delito consumado y de autor.

Pero cuando el delito, ya sea el pasado o el actual, se presente con una forma imperfecta de desarrollo, o bien la participación del reo haya sido a título de cómplice o de encubridor, la pena objeto de comparación debe ser la señalada para ese delito frustrado, tentado, o para el cómplice o encubridor. Esta conclusión se deriva del significado del "tipo abstracto", que en estas modalidades im-

perfectas viene obligatoriamente dado por la integración o conjunción del artículo correspondiente al tipo nuclear del Libro II del código con el artículo de la Parte General o Libro I del código que extiende la tipicidad a estas formas accesorias o imperfectas [592]. No forman parte del "delito", en su acepción "abstracta", las circunstancias modificativas, que de hecho y en concreto sirven para graduar la responsabilidad criminal y por tanto la gravedad de la infracción. Por ello, la pena "abstracta" no refleja estas circunstancias. Otra cosa es que hubiese sido preferible la utilización de una fórmula que atendiese también a ellas para que la comparación entre la gravedad de los delitos fuese más realista.Pues por ejemplo caso de concurrir una atenuante privilegiada es indudable que la gravedad de la infracción queda considerablemente disminuída,y así lo reconoce la ley al prevenir para estos casos la rebaja de la pena en uno o dos grados"a la señalada por la ley al delito" [593]. De todas formas la cláusula facultativa permitirá corregir esas insuficiencias.

La expresión legal es clara en cuanto "delito a que la ley señale pena...", pero siempre en función del alcance que se haya dado al término "delito". Debido al escaso desarrollo dogmático en esta época, es comprensible que se entendiese esta expresión en el sentido de pena concreta, y aunque la doctrina no se pronunció sobre este tema, tenemos algunas muestras legislativas que así lo indican.

Por ejemplo, la ley de Abono de prisión preventiva de 17 de enero de 1.901, excluye el abono total a los "reincidentes" y "a los que anteriormente hubieran sido condenados ejecutoriamente a pena igual o mayor a la que nuevamente se les imponga" [594], con lo que parece evidente que quiere aludirse a la agravante 17ª. Y efectivamente la R.O. de 19 de enero del mismo año, que pretende aclarar la ley citada explica que la exclusión de los "reincidentes y reiterantes" se justifica "porque la reincidencia y la reiteración arguyen cierto hábito del crimen y no merece (...)" [595].

Sin embargo, del examen de la Jurisprudencia, observamos que en más de una sentencia se apunta a la búsqueda de las penas "abstractas" señaladas por la ley al delito. Así en la s. de 11 de mayo de 1.875 se indaga la pena abstracta que podía corresponder al hurto anteriormente condenado, si bien se compara esta pena abstracta anterior con la efectivamente impuesta por el delito presente enjuiciado. Dice textualmente esta sentencia:

> "Considerando que, según aparece en la sentencia recurrida, Manuel B.A., condenado en ella por delito de atentado a la Autoridad a siete años de prisión mayor y multa de 200 pesetas, lo fué ya antes por el de hurto a 12 meses de prisión correccional; que la pena de este último delito, aún en el caso más grave de los cinco comprendidos en el art. 531 del Código penal vigente, no pasa de los grados medio y máximo de presidio correccional, (...) evidentemente inferior a la que se ha impuesto ahora a dicho procesado (...)" 596)

Es curioso que respecto al delito que se enjuicia se toma la pena concreta impuesta por la Audiencia, en la que se había computado ya la agravante de reiteración, cuya procedencia niega el Supremo; teniendo en cuenta que la pena señalada para el atentado (art. 264) era de prisión correccional en su grado medio a prisión mayor en su grado mínimo y multa de 250 a 2.500 ptas., aunque la sentencia alude a la pena impuesta, es probable que indirectamente se estuviese atendiendo a que la abstracta en sí ya resultaba más grave, porque el grado máximo era mayor y además se añadía la multa a la privación de libertad. Pero aparte de esta confusión o incongruencia de comparar por un lado la pena abstracta y por otro lado la concreta, al menos es evidente que para el delito pasado se atiende al criterio abstracto.

Otra sentencia muy parecida es la de 11 de noviembre de 1.886, también sobre atentado, habiendo sido condenado antes el reo a 7 meses de presidio por hurto. En ella expresamente se toma la comparación en abstracto de las penas de ambos delitos pasado y presente, diciendo que la prisión correccional no es "ni siquiera igual" a la pena de prisión correccional en grado medio a prisión mayor en el mismo grado y multa señalada para el atentado [597].

La s. de 20 de noviembre de 1.875 utiliza parcialmente el criterio abstracto al revocar la estimación de la reiteración que hizo la Audiencia en un robo del art. 521, 1°, por tener el reo una condena anterior de 12 años de reclusión por un delito de homicidio. Teniendo en cuenta que ese robo tiene señalado la pena de presidio mayor en su grado medio a cadena temporal en su grado mínimo, establece que:

> "Considerando que la pena de cadena temporal, aunque sea en su grado mínimo que señala el código al delito de robo ejecutado con armas y en casa habitada, ya se atienda a su naturaleza y efectos, ya a la colocación que se le da en la escala general de penas aflictivas, ya a lo que se dispone en los arts. 89, 106 y 110 del referido código, del modo y lugar de cumplirse, ya a las accesorias que lleva consigo, es mayor y de más gravedad que la de reclusión que anteriormente fue impuesta al recurrente por delito de homicidio" 598).

El supuesto que juzga la sentencia es ciertamente conflictivo en cuanto a la determinación de qué pena es más grave, porque es evidente que la cadena es más grave que la reclusión cuando la duración de ambas es la misma 599). Pero cuando la pena de cadena, como en este caso del robo, está señalado en su grado mínimo -de 12 años y 1 día a 14 años y 8 meses-, y la pena de reclusión señalada para el homicidio lo es en toda su extensión, -de 12 años y 1 día a 20 años-, la cuestión es más problemática. De todas formas, parece que la sentencia quiere afirmar que la cadena temporal, siempre -"aunque sea en su grado mínimo"-

es superior a la reclusión temporal en cualquiera de sus grados. Ya que de haberse comparado estrictamente con los 12 años de reclusión que fué la pena efectivamente impuesta para el homicidio era evidente la mayor gravedad de la cadena. Lo que ocurre es que al referirse la sentencia a la "reclusión que anteriormente fue impuesta" no queda suficientemente claro si se refiere a la reclusión en toda su extensión o a los 12 años que de hecho se le impusieron al reo. Pero por lo menos no hay duda de que respecto al robo que se enjuicia utiliza la pena señalada por la ley al delito en abstracto.

En la s. de 3 de febrero de 1.888 se comparan en abstracto las penas del delito pasado y la del presente, aunque se trata de un caso de fácil comparación. El robo con intimidación enjuiciado encuadrado en el art. 516, 5°tenía señalado pena de prisión correccional a presidio mayor en grado medio, y el Supremo mantiene la apreciación de la agravante 17ª, estimada por el Tribunal "a quo", porque "también milita contra E.M. la de haber sido condenado con anterioridad ejecutoriamente por delito de homicidio, a que la ley señala mayor pena" [600].

La s. de 29 de setiembre de 1.874, combina el criterio de la pena concreta respecto al delito pasado y la pena abstracta para el delito actual, rechazando la agravante por-

que "habiendo sido condenado el Narciso Herrero a 17 meses de prisión correccional por desacato grave, no le puede servir la circunstancia agravante en el hurto, que según el párrafo 2° del art. 531 se castiga con la pena de presidio correccional en sus grados mínimo y medio" [601]. La ausencia de argumentación suficiente respecto al criterio que pretende tomarse para la comparación de las penas, impide que podamos afirmar taxativamente qué criterio es el utilizado. Porque en esta sentencia, por ejemplo, es probable que aunque no lo explique, se esté partiendo de que la pena de presidio es superior a la pena de prisión, ya que en este caso ambos delitos tenían señalados respectivamente penas de prisión y de presidio en grado mínimo y medio [602].

En conclusión, comprobamos que las sentencias que atienden a la comparación de las penas para decidir sobre la procedencia de la agravante 17ª, combinan el criterio abstracto y concreto, sin razonar el por qué de esta combinación; pero es patente la tendencia al criterio abstracto.

El escaso número de resoluciones que tratan sobre este punto es consecuencia del preponderante interés que merece, en la mayoría de los supuestos de posible apreciación de la reiteración, la correcta utilización de la facultad de arbitrio concedida a los Tribunales, motivo del mayor número de recursos en relación con esta agravante [603].

Mediante el uso del arbitrio para rechazar la agravante se evitan los problemas de la comparación de las penas.

A partir del R.D. de 14 de noviembre de 1.925, que introduce para la reincidencia la limitación de que "la pena señalada al delito castigado anteriormente sea superior o igual a la que esté asignada al delito que se pena, o por lo menos contenga alguno de sus grados", encontramos la primera sentencia, a la que aludimos al tratar de la reincidencia, de fecha 11 de febrero de 1.928, la cual expresamente manifiesta que "no ha de tenerse en cuenta la pena impuesta, sino la señalada al hecho punible" 604). Aún durante la vigencia del código penal de 1.870, la s . de 24 de abril de 1.928 confirma la reiteración entre otras razones porque sólo debe de atenderse a si las penas son de la misma naturaleza, y por tanto no admite la argumentación del procesado que consideraba inferior los 6 meses de prisión correccional del delito anterior de lesiones, a la pena de prisión correccional en grado mínimo y medio correspondiente al atentado que se enjuiciaba 605) 606)

b') Criterios de gravedad de las penas

La comparación de las penas señaladas por la ley a los delitos en juego puede resultar en ocasiones una labor complicada, habida cuenta de la ausencia en el código de una escala general que ordene todas las penas legales según su

gravedad. Y más aún puede complicarse la tarea cuando la pena señalada al delito contiene dos o más penas total o parcialmente, o bien una sola parcialmente en alguno de sus grados. Por ello veamos siquiera someramente, pues conjugar todas las posibilidades nos conduciría a una larga y casuística exposición que creemos no interesa [607], las pautas que nos ofrece el código para establecer unos criterios generales de ordenación de las penas a estos efectos.

En primer lugar, tenemos la escala general de penas del art. 26, que aunque meramente enunciativa de todas las penas legales imponibles por delito o falta, presenta de alguna forma una gradación, que puede servir para la comparación de muchas de las penas en ella contenidas [608]. Este artículo clasifica las penas en "aflictivas", "correccionales", "leves", "comunes" y "accesorias" y puede afirmarse que dentro de cada grupo las penas vienen ennumeradas de mayor o menor gravedad. Efectivamente, si tenemos en cuenta la duración de cada una de estas penas [609], las accesorias señaladas para cada una de ellas [610], y la forma de cumplirse respectivamente [611], queda confirmado que la ennumeración aludida responde al orden de gravedad que el código asigna a esas penas. Cuando haya de compararse penas comprendidas en la misma clase de las establecidas en el art. 26, un criterio correcto es el de acudir a esa escala.

Pero sin embargo, la lista del art. 26 no es válida para comparar algunas penas correccionales con otras de carácter aflictivo porque, por ejemplo, resulta al menos discutible que una inhabilitación especial, temporal o perpetua, -pena aflictiva-, pueda considerarse más grave que un presidio correccional, aunque la duración de la primera sea superior a la establecida para la segunda. Como tampoco resuelve el art. 26 respecto a la gravedad comparativa entre una pena común, -multa o caución- y una pena correccional tal como reprensión pública, o como la pena de suspensión de cargo público.

Otras clasificaciones que ofrece el código son las de los arts. 92 y 89. El art. 92 contempla seis escalas graduales que expresamente tienen la función de señalar la relación de mayor o menor gravedad entre las penas comprendidas en cada escala [612]. Pero cada una de éstas se encuentra totalmente desvinculada respecto a las demás, por lo que sólo sirven para la comparación de las penas incluídas en la misma escala [613]. Por su parte, el art. 89 ofrece un orden de penas a efectos del cumplimiento sucesivo de las mismas para el concurso de delitos [614], pero se trata de una lista incompleta de penas, que además no están ordenadas de más a menos grave, sino que aparecen en primer lugar las privativas de libertad, -éstas sí ordenadas por gravedad-, seguidas de las restrictivas de derechos.

Y es evidente que la pena de arresto mayor no es más grave que la pena de relegación perpetua, aunque deba cumplirse según el art. 89 antes que la relegación.

En definitiva, para determinar qué pena es más grave que otra, a falta de una escala completa, y puesto que el código no ha pretendido ofrecer tal escala, la búsqueda del criterio de gravedad debe partir no ya de una lista, sino del examen de los efectos que asigna el mismo código a cada pena. Examen de la naturaleza: privativa de libertad restrictiva de libertad, privativa de derechos o pecuniaria; porque aunque la ley no ofrezca esta clasificación expresamente, no puede negarse que es posible ordenar las penas de esta forma atendiendo al contenido que la misma ley penal da a cada una de las penas. A la vez, habrá que examinar la duración asignada por el código, y asimismo las penas accesorias en cada caso, y aún peculiaridades del modo de cumplimiento [615)].

De esta forma resultará fácil comparar las penas de la misma naturaleza, pero sigue siendo complicado comparar penas de distinta naturaleza por su mismo heterogeneidad, pues aunque cualitativamente pueda decirse que la privación de libertad es más grave que la restricción de la misma, esta afirmación se debilita cuando la duración de la privación es pequeña y en cambio la de la pena restrictiva

de libertad es grande. En estos casos más problemáticos en que no puede establecerse cual de las dos penas es más grave, ni tampoco que sean iguales, porque difícilmente son comparables, estimamos que no puede aplicarse la agravante de reiteración, por no poderse afirmar que una de las dos penas sea superior a otra, ni igual, y por tanto no puede cumplirse ese requisito legal que exige una gravedad relativa del delito anterior.

Otro supuesto complicado es el de los delitos que tienen una penalidad [616] compuesta de dos penas, o de varios grados de penas distintas. En estos casos, a nuestro entender deben compararse los límites máximos de las penas superiores que integran la penalidad, o cuando estos límites coinciden, atender a los límites mínimos. Aquella pena que posibilite la imposición de una pena inferior a la que pueda imponerse por el otro delito, será menos grave, y viceversa respecto a la pena superior [617].

La escasa jurisprudencia sobre el requisito de la comparación de las penas, impide un examen adecuado de los criterios utilizados por los Tribunales en este punto concreto. No obstante, en alguna de las sentencias que hemos citado anteriormente se utiliza no sólo la escala de penas, sino criterios complementarios. Así en la s. de 20 de noviembre de 1.875 se establecía que la pena de cadena temporal "aún en su grado mínimo" era superior a la de reclusión y para ello aludía a la duración, penas accesorias y modo de cum-

plimiento de la cadena temporal. Y en esa misma sentencia se constata que para comparar una penalidad compuesta de varias penas parciales, se toma como punto de comparación la más grave de ellas, en este caso la cadena temporal en su grado mínimo [618].

b) D o s  o  m á s  d e l i t o s  d e  p e n a  m e n o

Cuando el reo ha sido condenado anteriormente por dos o más delitos de distinto Título, es indiferente la gravedad de éstos. Aunque el código se refiere a "ó dos o más delitos de pena menor", es obvio que ya es irrelevante la pena que éstos tuvieron señalada pues en todo caso ya concurren los requisitos necesarios para poder estimar la agravante. La estimación de la misma depende de la consideración que haga el juzgador de las circunstancias del delincuente y de la naturaleza del delito,en uso del arbitrio concedido. Como en seguida veremos, en general cuando el reo presenta más de dos delitos anteriores los Tribunales casi siempre estiman procedente la agravación por considerar que esas condenas junto a la nueva recaída revelan un hábito o tendencia delictiva en el sujeto [619]. Cuando sólo son dos las condenas anteriores en alguna ocasión deja no obstante de apreciar la agravante si los hechos anteriores no presentan analogía con el nuevo cometido [620].

Según la Memoria de la Fiscalía de 1.899, es indiferente que los dos o más delitos anteriores hayan sido penados en una sola sentencia o en sentencias separadas, puesto que la ley no exige esta separación [621]. Con anterioridad a esta Memoria ya alguna sentencia, concretamente la de 29 de enero de 1.878, había estimado la reiteración por dos delitos anteriores condenados en una sola sentencia [622].

c) D e  d i s t i n t o  T í t u l o

Una comparación sistemática de las agravantes 17 y 18ª impone la exclusión del ámbito de la primera de las recaídas en delitos que pertenezcan al mismo Título del código. Al igual que en el código penal de 1.848 esta misma agravante quedaba restringida a los delitos de "distinta especie" [623]

Pero de esta limitación no puede deducirse que la reiteración trate de las recaídas en delitos heterogéneos, como hace GONZALEZ MIRANDA [624], pues es sabido que el criterio del "mismo Título" utilizado en la agravante 18ª resulta insuficiente para comprender los delitos semejantes [625]. Precisamente, y en aplicación de las facultades concedidas por la cláusula del arbitrio del nº 17, los Tribunales van a restringir la aplicación de la reiteración a las recaídas en delitos que guarden una cierta analogía entre sí rechazando la agravante cuando el delito anterior sea total-

mente distinto del nuevo cometido [626]. De esta forma se expresa la oposición, ya manifestada por la doctrina [627], a considerar agravante la recaída en delitos heterogéneos.

Ahora bien, la reiteración puede estimarse sobre delitos contemplados en el código o en leyes penales especiales [628] pues no hay limitación alguna en este punto, aunque son trasladables las objeciones apuntadas ya en la reincidencia respecto a la no conveniencia de agravar cuando el delito anterior ha sido juzgado por la jurisdicción militar, en base a las menores garantías de estos procesos [629]. De hecho, en s. de 5 de febrero de 1.897 se aprecia la reiteración sobre un delito de injurias graves ya que el reo había sido condenado antes en un Tribunal de Guerra por delito de injuria e insulto a la Guardia Civil [630].

C. Comisión de una nueva infracción penal

Sobre la base de una condena anterior idónea, la reiteración surge al volver a cometer el sujeto otra infracción penal [631]. Respecto a la condena anterior decíamos que debía ser por "delito" no por "falta", sin embargo respecto a la nueva infracción, la redacción del nº 17 no alude a que se trate también de "delito" por lo que en principio no habría obstáculo a apreciar en las "faltas". Unicamente en la redacción de la cláusula facultativa existe una referencia a

"la naturaleza y efectos del delito", lo cual indica que también la infracción presente debe tener esa categoría.

La exclusión de las faltas de las reglas preceptivas de agravación previstas para las circunstancias modificativas [632], hace que no tenga mayor trascendencia esta cuestión, pero de hecho en una sentencia, de 25 de junio de 1.926, encontramos confirmada la agravante de reiteración sobre una falta de lesiones en base a condenas anteriores por delitos de lesiones y amenazas, ya que según argumenta el Supremo, con ello no se vulnera el art. 620 [633].

## 4. LA CLAUSULA FACULTATIVA

Después de señalar los requisitos que constituyen la agravante 17ª, la ley concede a los Tribunales la facultad de apreciarla o no de acuerdo con lo que se establece en la siguiente cláusula:

> "Esta circunstancia la tomarán en consideración los Tribunales según las circunstancias del delincuente y la naturaleza y efectos del delito"

Como si el legislador fuese consciente de las limitaciones de la fórmula legal [634], deja sabiamente al juzgador la comprobación de la presencia en el caso concreto de los caracteres que fundamentan la agravación. Los defectos de

un exagerado legalismo habían quedado patentes durante la vigencia y aplicación del código penal anterior. La reforma de 1.870, muy tímidamente, intenta corregir esos defectos en algunos puntos, y aquí tenemos una muestra. Probablemente la crítica que mereció esta agravante durante el código penal de 1.848 es tomada en cuenta a la hora de introducir esta cláusula para la reiteración [635].

No se trata de un arbitrio totalmente libre, sino de un arbitrio reglado, que debe atenerse a dos criterios: las circunstancias del sujeto, y naturaleza y efectos del delito [636]. El juzgador debe atenerse a estas pautas pues su decisión es revisable en casación [637]. Se inicia así un interesante camino que obliga al juzgador a justificar razonadamente la aplicación de la agravante explicitando cuál es el fundamento de la misma y en base a qué datos se deduce su existencia en el caso concreto.

Y así la jurisprudencia va perfilando lo que entiende debe ser ese fundamento: la mayor "perversidad" del reo, la "tendencia" a delinquir, el "hábito"; notas que se entremezclan en la argumentación de las resoluciones, al igual que ocurría en las explicaciones de la doctrina coetánea al código de 1.848 sobre la fundamentación de la agravante [638], y que aún ocurre en gran parte de la doctrina coetánea al código de 1.870 [639].

Pero lo más interesante de la línea jurisprudencial en este punto, es la fijación de unos ciertos módulos o notas de las que se deduce la presencia o no del fundamento aludido. Por un lado la semejanza entre las infracciones se toma como índice de "mayor perversidad", siguiendo el criterio tradicionalmente admitido para la genuina reincidencia. Según esto, cuando los delitos en juego no guardan ninguna analogía en cuanto a su naturaleza, se va a rechazar la agravante. Por otro lado, aun cuando las infracciones no sean análogas, los motivos o circunstancias del delincuente se examinan en orden a poder deducir una "relación moral" entre las infracciones. De hecho, se afirma la existencia de esa "relación moral", o bien de la "tendencia delictiva" o "hábito", cuando el sujeto ha sido condenado anteriormente por dos o más infracciones por distintas que sean de la nueva cometida.

Estos dos criterios son los que más se repiten a lo largo de la copiosa jurisprudencia sobre la aplicación de la reiteración que en seguida pasaremos a examinar. Pero también se tiene en cuenta el lapso de tiempo transcurrido entre los delitos para denegar la existencia del fundamento de la agravante. Y en alguna ocasión se rechaza también la agravante por considerar que de aplicarse ésta, la pena resultante sería excesiva [640].

Estos criterios seguidos por la jurisprudencia son compartidos, y en alguna medida iniciados, por la doctrina que ve en esta cláusula el medio de reducir el campo de la

agravante a los supuestos que constituyen verdadera reincidencia en razón a la semejanza de los delitos, según la concepción clásica, o bien a los casos de homogeneidad de móvil o que revelen peligrosidad en el sujeto según los principios modernos.

El acierto y ecuanimidad que muestran los Tribunales en el uso de la facultad arbitral concedida patentiza, al menos en la agravante que tratamos, la superioridad de las fórmulas flexibles en esta materia, frente al automatismo obligado del que es una muestra la reincidencia del nº 18. Indudablemente, la justicia material sale favorecida.

Los códigos penales de 1.928 y 1.932 mantendrán para la reiteración esta preciosa facultad de arbitrio, pero desde que se suprimió en 1.944 no ha vuelto a reinstaurarse y por desgracia no parece que vaya a serlo pues el Proyecto de 1.980 ignora esta posibilidad. [641)]

Vamos a examinar ahora separadamente las dos líneas básicas que se producen en la aplicación de la claúsula facultativa: aquella que se centra en el examen de la "analogía jurídica" entre los delitos, y la que parte del examen de las circunstancias del reo para fijarse fundamentalmente en el número de los delitos anteriores. Después aludiremos a las resoluciones que aplican la prescripción a las condenas anteriores al tener en cuenta el lapso de tiempo.

A. Naturaleza del delito: exigencia de analogía entre las infracciones

Así como la reincidencia del n°18 surge como agravante por razón de la semejanza entre los delitos, -aunque esta semejanza venga indicada por la fórmula no muy correcta del "mismo Título"-, la reiteración queda descrita en la ley sin referencia alguna a la posible relación de semejanza entre las infracciones. Pero en la cláusula facultativa se permite al juzgador apreciar o no la agravante atendiendo a la "naturaleza del delito", expresión que no significa exigencia de analogía entre la naturaleza de las distintas infracciones [642], pero que de hecho la jurisprudencia va a tomar como base para poder efectivamente exigir esa relación de semejanza. No puede negarse que en atención a la "naturaleza" del delito cometido es lícito, de acuerdo con la facultad concedida, rechazar la agravación cuando la condena anterior es por delito totalmente diferente, ya que entonces, según la opinión dominante, la recaída no revela mayor perversidad, ni tampoco tendencia delictiva.

Con la exigencia de esa analogía o semejanza entre las infracciones la práctica aproxima la reiteración a la genuina reincidencia; ésta se aplica para recaídas en delitos del "mismo Título" y la reiteración para recaídas en delitos semejantes pero de "distinto Título". La agravante 17ª viene así a corregir las insuficiencias del criterio formal y lo-

calista del "Título".

Pero la relación de semejanza se exige sólo cuando el reo tiene una sola condena, o en algunos casos incluso dos, anteriores a la nueva comisión delictiva.

a) D o c t r i n a

No todos los autores de la época van a fijar la necesidad o conveniencia de exigir esta relación entre las infracciones pues algunos, atentos únicamente a la letra de la descripción de la agravante, concluirán sobre la distinta índole de los delitos en juego [643], o sobre la gravedad relativa de las penas [644] como nota particular de esta agravante frente a la de reincidencia. No obstante, aquellos autores que hacen extensivo el análisis de la agravante a la cláusula facultativa apuntan hacia esta relación de semejanza.

Así SILVELA, alabando la facultad concedida, establece que: "mediante esta latitud, si se halla, por ejemplo, que ambos crímenes son esencialmente diversos, que ha pasado entre uno y otro largo tiempo, que la causa que produjo el uno es ajena por entero al otro, no se tendrá en cuenta tal motivo como agravación" [645]. RUEDA, pone aún más énfasis en la importancia de esta relación, al expresar que la idea más importante contenida en la cláusula facultativa es la que se

refiere a la naturaleza del delito, pues según dice, es la que dá "la principal base para juzgar en qué casos (si alguno existe) podrá nacer la agravación" 646). Y por ello continúa diciendo:

> "Así siempre que entre el delito cometido y aquel por cuya comisión estuviere castigado el culpable hubiese alguna analogía; o lo que es lo mismo, siempre que en la naturaleza de los diversos hechos culpables hubiese algunos rasgos parecidos o de índole análoga, podrá nacer la agravación antedicha. Pero debe entenderse por supuesto, que esa analogía no ha de haber sido reconocida por el Legislador en la distribución de su obra en la parte dispositiva práctica, es decir, que los delitos de que se trata no han de figurar en el mismo Título, porque para este caso ya tiene aplicación expresa y manifiesta el contexto de la circunstancia relativa a la reincidencia" 647)

GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN, aunque en principio sientan que para la circunstancia 17ª es indiferente el que exista o no analogía entre el delito primero y los posteriores, aluden a las objeciones suscitadas por considerar que se suman cantidades heterogéneas, por lo que al referirse al arbitrio concedido estiman que precisamente se deja a este arbitrio "la facultad de no aplicarla en los casos en que no exista analogía entre los delitos" 648)

ALVAREZ CID señala que, aunque la discrecionalidad concedida no admite reglas fijas, se han dictado algunas "que arrancan del texto legal y de los principios de la sana crítica". Según éstas, y basándose en las resoluciones jurisprudenciales, establece que no procede estimar la rei-

teración cuando se trata de delitos de distinta naturaleza [649]. JIMENEZ DE ASUA citando también a la doctrina jurisprudencial, señala cómo es necesario para la estimación de esta agravante, que se pueda presumir "una cierta relación moral y jurídica" [650]. Recordemos que este autor era partidario de fijar la reincidencia no sobre una "identidad absoluta" entre los delitos, sino en lo que denominaba "identidad relativa", en cuanto basada en el"móvil" o impulso criminoso, lo cual no supone necesariamente delitos de la misma especie [651]. Por ello, alude a algunas sentencias que fijan en este sentido la aplicabilidad de la agravante [652].

BERNALDO DE QUIROS nos dice que en virtud de esta cláusula facultativa, es necesario "precisamente lo esencial para que se dé el estado de reincidencia, a saber: que la reincidencia exista verdaderamente en el espíritu del reo y que la halle allí la inducción del magistrado" [653].

Como para él no es la homogeneidad del bien jurídico atacado lo importante de la reincidencia, sino la "homogeneidad del móvil", es este dato el que le interesa sea destacado a través de la posibilidad de arbitrio. De hecho va a ser aducido por la jurisprudencia al estimar la reiteración por la existencia de "analogía moral" entre los delitos. [654].

Como vemos, la cláusula facultativa permite dotar de sentido la aplicación práctica de esta agravante al posibilitar la búsqueda de un real incremento de gravedad en la concreta recaída, relegando a segundo término los datos formales recogidos en la definición. Así, los autores que conciben la reincidencia como un incremento de perversidad deducible de la semejanza entre los delitos cometidos, pondrán el énfasis en la comprobación de esa semejanza. Mientras que por el contrario, los que cifran la agravación en la relación moral o sicológica que se proyecta sobre los delitos del reo, resaltarán la exigencia de tal relación.

Las críticas que pudiera merecer la formulación legal de la reiteración en este código, quedan en consecuencia minimizadas, o incluso desaparecen, en virtud de esta preciada cláusula que, como decía GROIZARD, permite que en materia de reiteración todo sea "prudencial, relativo, sabiamente arbitrario en su aplicación" [655]. Todo lo contrario a lo que ocurría con la agravante 18ª. Precisamente con la exigencia de cierta homogeneidad entre los delitos cometidos, la reiteración se acerca al concepto legal de reincidencia, pero superándolo, puesto que no queda enclaustrada en el criterio convencional del Título [656].

b) J u r i s p r u d e n c i a

Acostumbrados los Tribunales a estimar la reiteración sobre los requisitos objetivos señalados en el código, sin necesidad de ulteriores indagaciones respecto a la relevancia de éstos en el caso concreto, la concesión del arbitrio con la reforma de 1.870 supone ciertamente una novedad que, aunque deseada, exige un mayor esfuerzo de atención a las circunstancias del delito y del sujeto en orden a justificar la decisión de apreciación o no de la agravante. Indudablemente era más cómoda la labor de mera comprobación de la condena anterior y de la gravedad de las penas sin más razonamientos, pero poco a poco se rompe con la natural inercia y comienzan a fijarse las notas sustanciales de la agravante y los criterios a seguir en el uso del arbitrio, criterios que de hecho van a constituir requisitos creados por la jurisprudencia, de obligada observación. Uno de estos será el de la semejanza o "cierta semejanza" entre las infracciones que, a partir de 1.880 aproximadamente, constituye una exigencia comúnmente aceptada y que da origen a frecuentes recursos de casación.

Durante la primera década de aplicación del código penal de 1.870, los Tribunales continúan fijándose fundamentalmente en el requisito de "pena igual o mayor" sin atreverse apenas a utilizar las posibilidades de arbitrio. Así en s. de 25 de noviembre de 1.871 se mantiene la agravante de reiteración rechazando las alegaciones de la defensa del

procesado sobre la diferente índole del atentado enjuiciado respecto al hurto condenado anteriormente [657]. La s. de 22 de junio de 1.872 es la que por primera vez alude a la conveniencia de rechazar la agravante "cuando los anteriores delitos fuesen de otra naturaleza" o cuando la pena, de aplicar la agravación "resultase excesiva" y por ello revoca la sentencia de instancia que la había apreciado en un delito de asesinato [658]. Pero pocos días después, la s. de 28 de junio de ese mismo año confirma la reiteración no admitiendo las alegaciones de la defensa sobre la "diversa naturaleza de los delitos" porque, según el Tribunal, la agravante 17ª debe apreciarse "a menos que los incidentes ocurridos en la comisión del delito se opongan notoriamente a la apreciación contraria" [659]. Como vemos, los abogados defensores desde un principio ven en la cláusula facultativa la posibilidad de excluir la agravación cuando los delitos en juego son totalmente distintos. Pero la jurisprudencia tardará todavía algunos años en admitir sin recelos esta posibilidad.

Durante los años siguientes, no volvemos a encontrar referencias a la analogía o semejanza, y la mayoría de las resoluciones que versan sobre la reiteración tratan de la comparación de las penas de los delitos [660].

Pero ya en la s. de 11 de diciembre de 1.880 se rechaza la agravante en un delito de usurpación de funciones porque el hecho de haber sido penado el reo anteriormente por

delito de hurto, "no denota un aumento de perversidad" [661]. Aunque no se alude expresamente a la "semejanza" parece evidente que la ausencia de perversidad alegada es consecuencia de la falta de esa semejanza. Luego, en dos sentencias de 1.885 se vuelve a rechazar la agravante en base a la"diversa naturaleza" de las infracciones y a que había transcurrido largo tiempo entre ellas: la primera, de 23 de octubre, enjuiciaba un delito de amenazas y la condena anterior del reo había sido dictada en 1.868 por desobediencia a la autoridad [662]; la segunda, de 11 de noviembre, trataba de un parricidio habiendo sido condenado el reo en 1.865 por rebelión y tentativa de regicidio [663].

A partir de 1.889, de forma expresa e ininterrumpidamente los Tribunales usan constantemente el arbitrio para exigir una relación de"analogía jurídica" o "semejanza" entre las infracciones como un requisito más de la agravante, requisito del cual se desprende la existencia de "mayor perversidad" en el reo. Aunque como veremos, junto a la "analogía jurídica" se alude a la "relación moral", móviles u otras circunstancias de las que pueda deducirse esa perversidad. Pero ahora nos vamos a fijar concretamente en las referencias a la semejanza.

Así la s. de 30 de noviembre de 1.889 revoca la sentencia del Tribunal "a quo" con el siguiente razonamiento:

> "Considerando que para apreciar la circunstancia agravante de reiteración que ennumera el nº 17 del art. 10 del Código Penal, deben tenerse en cuenta las circunstancias del delincuente y la naturaleza y efectos del delito, y no existiendo entre la de lesiones, por que fue condenado el recurrente en 1.883, y la de las estafas, por que ahora se le pena, ninguna relación jurídica, ni aún puede asegurarse que la haya de hecho, pues se desconocen los móviles, ocasión y circunstancias en que el primero se ejecutó, por lo cual no ha debido estimarse aquel hecho como circunstancia agravante al penar las estafas cometidas por el recurrente, habiendo infringido la Audiencia sentenciadora con tal apreciación dicho número 17 del artículo 10 citado..." 664)

Según este razonamiento la agravación se basa en la "relación jurídica" entre los delitos, que es una forma de aludir a algún grado de semejanza, pero aun cuando esta semejanza no exista, puede de hecho existir una relación por las circunstancias o móviles en que se cometen ambos delitos, criterio subsidiario, parece, al de la "relación jurídica".

A partir de esta sentencia veremos repetidos constantemente con las mismas o parecidas palabras estos argumentos. Fundamentalmente en base a la no existencia de semejanza entre las infracciones se rechaza la agravante en las siguientes sentencias: 8 de febrero de 1.893 que enjuicia un atentado teniendo el reo dos condenas anteriores por delitos de pena menor, uno de ellos hurto que, según el Tribunal es "tan desemejante en su materia con el de atentado que no basta por sí solo, ni aun presupuesta la existencia de otra condena anterior (...)" 665); 15 de abril de 1.893

por no existir "ninguna analogía jurídica entre hurto y atentado" [666]; 21 de abril de 1.894 ya que "la índole y naturaleza del delito porque antes se castigó al procesado fueron completamente diversos del que se ha cometido después", y además en este caso, como había mediado provocación del ofendido se alude a "que no arguye mayor perversidad la circunstancia de reiteración" [667]; 28 de abril de 1.896 porque el homicidio condenado anteriormente no presenta "relación jurídica ni moral" con el atentado que se juzga, y además había transcurrido largo tiempo entre ellos [668]; los mismos argumentos en s. de 21 de octubre de 1.898 sobre un delito de lesiones teniendo el reo condenas anteriores por hurto [669]; 10 de marzo de 1.902 en injurias a la autoridad, por ser éstas de"muy distinta naturaleza" respecto al homicidio anterior [670]; 23 de marzo de 1.901 que revoca la resolución de instancia en un delito de amenazas porque desconociéndose los hechos originarios del robo condenado anteriormente "no se puede formar juicio acerca de su relación moral y la naturaleza de ambos" [671], argumento que parace indicar la posible analogía entre amenazas y robo con intimidación si es que hubiese sido de esta clase el robo anterior; 28 de junio de 1.902 en un hurto con condenas anteriores por un delito de disparo de arma de fuego y unas lesiones, ya que no guardan ninguna relación jurídica y se desconocen los móviles, ocasión y circunstancias de aquellos" [672]; 3 de julio de 1.909 en delito de escarnio a la religión, por "notoria falta de analogía"

con el anterior delito de estafa [673]; 21 de setiembre de 1.910 en delito de disparo y lesiones por no darse "relación directa de incidencia en delitos de la misma especie o análogos" con respecto a los dos hurtos condenados anteriormente [674]; 18 de abril de 1.912 en un asesinato teniendo el reo condenas anteriores de hurto, ya que esta agravante "requiere determinada analogía" [675]; 26 de diciembre de 1.923 en delito de amenazas teniendo el reo condenas anteriores por hurto, ya que "los hurtos se cometieron en fechas lejanas, falta la relación moral o paridad jurídica entre los diferentes móviles que impulsaron a su comisión" [676].

Se aprecia la agravante, en base a la existencia de semejanza o analogía entre las infracciones en las sentencias de: 14 de diciembre de 1.893 porque las injurias a la Autoridad son de "análoga índole" a los delitos de coacción electoral y detención arbitrarias por lo que anteriormente había sido condenado el reo [677]; 7 de marzo de 1.896 por existir "notoria analogía" entre la falsificación y los anteriores delitos de amenazas y hurtos [678]; 18 de enero de 1,898 en un robo con homicidio por tener el reo condena anterior de homicidio y otra de quebrantamiento de condena; 31 de mayo de 1.904 en un robo con homicidio por tener el procesado tres condenas anteriores de lesiones [679]; 18 de diciembre de 1.908 en delito de atentado y lesiones en base al homicidio condenado anteriormente, ya que ambos delitos constituyen ataques a la integridad [680]; 6 de abril de

1.910 en delito de expendición de billetes falsos por tener los dos reos condenas por hurtos, robos y estafas [681]
31 de enero de 1.912 en delito de estafa en base a condena anterior por delito de expendición de billetes falsos por "analogía moral" [682]; Aunque en estas dos últimas sentencias no se alude expresamente a la relación de semejanza, es evidente que está presente este criterio en la apreciación de la agravante [683].

Como se ve, a partir de la segunda década de aplicación del código penal de 1.870 se consolida esta interesante dirección jurisprudencial que acerca la reiteración a la reincidencia del nº 18, recogiendo de algún modo los casos de genuina reincidencia que no quedan abarcados en la formalística anunciación legal de ese nº 18. Aunque por supuesto, para la agravante 17ª juega la limitación de "pena igual o mayor" cuando el reo tiene una sola condena anterior.

Además de las sentencias citadas hay un buen número de resoluciones que desestiman la reiteración en base a insuficiencia de datos sobre los delitos condenados anteriormente lo que imposibilita formar un juicio correcto sobre la existencia de esa mayor "perversidad", o de la "relación moral" entre las infracciones [684]. Esta insuficiencia de datos se alega incluso en casos en los que consta que el reo ha sido condenado antes por delito de pena igual o mayor, o bien por dos o más delitos de pena menor [685].

Con esta postura se viene a reconocer la insuficiencia de los requisitos formales enunciados en el primer párrafo de la agravante 17ª para probar la presencia de causa suficiente de agravación. Después de los primeros años de cierto titubeo sobre el sentido de la cláusula facultativa, los Tribunales toman la delantera a la ley recuperando aquellas funciones que un prurito de celo legalista había limitado y establecen tácitamente a través de sus sentencias que, si bien los requisitos legales constituyen un marco ineludicble de garantía, solo el juzgador puede -porque es el único que conoce las particularidades del caso concreto, inaccesibles al legislador [686] - y debe, decidir sobre la existencia de datos que demuestran y justifican la agravación. Postura que por desgracia no les es permitida en la apreciación de la reincidencia [687].

De las sentencias que hemos venido examinando, podemos deducir unos criterios de "semejanza" fundados en el ataque a bienes jurídicos iguales, siquiera sea parcialmente, o al menos cuando uno de los delitos se realiza con el fin de un ulterior ataque a un bien que es el protegido en otro delito de distinta índole. Así se establece que existe semejanza entre:

- Delitos contra la vida o integridad física y delitos de atentado [688]

- Delitos contra el honor y delitos contra la libertad [689]

- Delitos patrimoniales del Título XIII y delitos de falsificación tendentes a obtener un lucro patrimonial, o más específicamente entre estos últimos y los delitos patrimoniales de engaño [690].

- Delitos complejos, robo con homicidio o lesiones, robo con intimidación y delitos contra la vida o integridad [691].

A "sensu contrario" no existe semejanza entre:

- Delitos de atentado o desacato y delitos patrimoniales [692]

- Delitos contra la vida o integridad y delitos patrimoniales (salvo los delitos complejos) [693].

- Delitos contra el honor o la libertad y delitos patrimoniales sin intimidación [694], o delitos contra la vida o integridad [695].

- Delitos contra la religión y delitos patrimoniales [696]

Aunque sea criticable tomar como índice seguro de mayor perversidad la semejanza entre los delitos, -pues no deja de ser una mera presunción, compartida desde luego, por la

doctrina clásica y elevada a rango de irrebatible en la ley en la agravante de reincidencia-, creemos que es encomiable el intento de los juzgadores por dotar de sentido a la agravante de reiteración en conformidad con los principios vigentes en la época, y dentro de las posibilidades del momento para la indagación de las circunstancias del delincuente. Por más que el concepto de "perversidad" aludido como fundamento de la agravación resulte ser una noción ambigua, mezcla de culpabilidad y peligrosidad [697].

B. Circunstancias del delincuente: frecuencia de delitos

Además de a la "naturaleza y efectos del delito", los Tribunales en el uso de su arbitrio deben atender a la "circunstancias del delincuente". En realidad ambos aspectos se entremezclan al examinar globalmente el caso concreto, pero hemos constatado que se utiliza un criterio más bien objetivo, como es el de la comparación de la naturaleza de los delitos, para excluir la agravante cuando no se comprueba una cierta semejanza entre ellos. La semejanza se toma como índice de mayor "perversidad"... Junto a este índice, que aún dentro de la flexibilidad en determinar esta semejanza opera de forma casi automática, veremos que los Tribunales tienen en cuenta también el número de delitos anteriores por los que ha sido condenado el reo a efectos de afirmar la presencia del fundamento de la agravación, siempre que este número sea relativamente elevado. La atención al historial delictivo del reo sin

exigir aquí la "analogía jurídica" entre las infracciones, supone la consideración de las"circunstancias" del delincuente a que se refiere la cláusula facultativa.

A efectos de estructurar la exposición de los dos criterios básicos utilizados por la jurisprudencia en aplicación del prudente arbitrio judicial, incluimos este segundo criterio de la frecuencia en delinquir dentro del presente apartado de las "circunstancias del delincuente". Aunque propiamente este expresión legal posibilita la toma en consideración de otros datos, como el estado emocional del reo al delinquir, la posible concurrencia de atenuantes cualificadas, el lapso de tiempo, u otros que aconsejen denegar o apreciar la agravante, de hecho la jurisprudencia se va a fijar casi exclusivamente en el número de delitos cometidos por el reo en cuanto "circunstancias del delincuente"

a) D o c t r i n a

Los autores pertenecientes a la nueva generación que se enmarca en el positivismo crítico son los que ponen el acento en la vertiente subjetiva de la agravante, y en este sentido podíamos decir que se fijan más en las "circunstancias del delincuente".

Así,como ya hemos expuesto antes, JIMENEZ DE ASUA proponía el examen de la "homogeneidad del móvil" como criterio básico para decidir la procedencia de la agravación, más im-

portante que la homogeneidad entre la naturaleza de las infracciones [698]. Y BERNALDO DE QUIROS manifestaba que lo esencial de la agravante era encontrarla en el "espíritu" del reo, lo cual debía investigar el magistrado [699] Aunque estos autores no especifican los datos para deducir esa "homogeneidad de móvil" o la presencia de la agravante en el "espíritu del reo", parecen indicar que debe atenderse a las circunstancias personales del delincuente.

SALDAÑA por su parte defiende que lo esencial es la "misma tendencia" entre los delitos pasado y presente [700], lo cual no puede constatarse "a priori" , y por ello alaba la presencia del arbitrio judicial que permite la necesaria individualización.

En busca de esa "tendencia" y del "espíritu" de la agravante, los Tribunales van a tener en cuenta, además del criterio de la semejanza a que hemos aludido, la frecuencia delictiva del reo, como seguidamente exponemos.

b) J u r i s p r u d e n c i a

Se aprecia la agravante de reiteración prescindiendo del examen de la posible semejanza entre los delitos en las sentencias que a continuación citamos, en las que coincide que el reo había sido condenado anteriormente por tres o

más delitos en la mayoría de ellas, o como mínimo por dos delitos anteriores.

Así la s. de 26 de junio de 1.882 estima la reiteración en un homicidio por haber sido castigado anteriormente el reo por dos delitos de estafa y por un hurto en rebeldía, antecedentes que, como dice la sentencia, "revelan la influencia que conservan en el espíritu del procesado" [701]; afirmación ambigua que parece querer indicar que el reo mantenía "perversidad de espíritu" por el hecho de insistir en el camino criminal. A la "perversión" se refiere la s. de 27 de diciembre de 1.883 que manifiesta que la reiteración "no se refiere al hecho, sino a la perversión que muestra el culpable, que en este caso tenía antecedentes de atentado y robos [702].

En algunas resoluciones, frente a las alegaciones de los procesados de la falta de semejanza entre las infracciones y por tanto de la improcedencia de la reiteración, el Supremo sienta la no necesidad de tal semejanza, en contra de lo manifestado en gran número de sentencias [703]. Pero cuando se niega la necesidad de semejanza se trata de casos en los que el reo tiene dos o más condenas anteriores. Así, la s. de 27 de junio de 1.890 que estima la agravante en un homicidio en base a las condenas anteriores por delitos de hurto y robo, teniendo el reo además otra condena por falta de lesiones y pendiente de casación otra por delito de

lesiones [704]. La s. de 25 de febrero de 1.911 expresamente en este sentido dice en uno de sus Considerandos:

> "((...)) sobre carecer de fundamento legal la alegación que se hace en el único motivo del recurso respecto a ser condición esencial para la estimación de la agravante de reiteración, la analogía entre los delitos producidos por un mismo agente, al tratarse en el caso de autos de un sujeto que a los 23 años de edad lleva cometidos cinco hechos punibles, dos hurtos, dos robos y un homicidio, entre los que, claro está, no pudo mediar un largo lapso de tiempo, colocan a O.M. en la situación que predetermina el párrafo 2° del n° 17 del artículo 10 en razón de la perversidad y temibilidad que sus circunstancias arguyen" [705]

Queda claro en este Considerando que las "circunstancias del delincuente" que se toman en cuenta en este caso son las numerosas condenas anteriores, las cuales constituyen a juicio del Tribunal base suficiente para evidenciar la existencia del fundamento de la agravación: "perversidad" y "temibilidad". Tenemos aquí explícitamente aludida la peligrosidad como fundamento de la agravante, pero junto a ese ambiguo concepto de "perversidad", con lo que parece que la peligrosidad se reprocha a la perversión culpable del agente.

Nuevas alusiones a la peligrosidad, aunque con otras palabras, encontramos en la s. de 12 de noviembre de 1.912 en la que se estima la agravante 17ª sobre un homicidio por haber sido el reo castigado antes por dos delitos de hurto y uno de robo, ya que, dice el Tribunal:

"la repetición de actos punibles ejecutados por el recurrente le colocan en una situación de delincuente habitual, y demuestran de modo evidente su inclinación a delinquir" 707)

En s. de 31 de diciembre del mismo año 1.912 se aprecia la reiteración en un delito de lesiones porque "una vez probado que el culpable fue condenado a delito de pena igual o mayor, resulta evidenciada su habitualidad" 707); afirmación que va en contra de la línea jurisprudencial que hemos examinado anteriormente y que exigía al menos una cierta semejanza si el reo había sido condenado antes una sola vez. Pero es que esta afirmación se vierte en el caso concreto de un reo condenado anteriormente por un delito de hurto y otro de corrupción de menores, y además tenía pendientes dos causas por hurto y estafa. Son estas condenas y las causas pendientes lo que conducen a afirmar al Tribunal la "habitualidad". De todas formas, merece destacarse cómo se utiliza la alusión a "delincuente habitual" o a "habitualidad" en base a condenas anteriores por delitos distintos totalmente al que se juzga, lo cual choca con la definición legal de "reo habitual" que ofrecía el código penal de 1.848 708), y que de hecho es la que sigue manteniendo la jurisprudencia para aquellos delitos que están cualificados por el "hábito" 709). En la reiteración se trata únicamente "tendencia" genérica a delinquir que, según vemos, se considera presente o bien cuando los delitos son semejantes, o bien cuando no siéndolo son más de dos los cometidos por el reo.

Parecidos argumentos a estas dos últimas resoluciones citadas son los que expone la s. de 18 de febrero de 1.919 al enjuiciar un delito de lesiones, teniendo el reo dos condenas anteriores de robo y resistencia a la autoridad. Dice así en uno de sus Considerandos:

> "((...)) está bien ejercitada por el Tribunal "a quo" la facultad de apreciar la agravante de reiteración en contra del reo que por la forma de comisión del delito, casi rayana con la alevosía, y por las demás circunstancias concurrentes, ha demostrado una perversidad manifiesta y una predisposición delictiva reveladora de la falta de ejemplaridad que le produjeron las anteriores condenas por robo y resistencia a la autoridad" 710)

Según esta explicación parece que la predisposición a delinquir justifica la agravación, no por la mera tendencia, sino porque ésta se ha formado a pesar de haber sufrido dos condenas anteriores que debieron ejercer en el reo un escarmiento que no se ha producido. El reproche proviene por tanto de no haber atendido a las condenas anteriores y por ello se le culpabiliza de la formación de esa tendencia [711]. Aparte de las consideraciones sobre la "perversidad" en base al modo "cuasi-alevoso" de comisión del delito, que también se han tenido en cuenta en este caso para valorar la procedencia de la agravante.

En conclusión, la agravación por reiteración procede cuando el reo tiene un número de condenas anteriores que a juicio del Tribunal indican una tendencia delictiva en el su-

jeto. Aunque no siempre la presencia de dos condenas o incluso tres condenas anteriores se toma como índice de esa tendencia. Como vimos al examinar la exigencia de analogía entre los delitos, en varias ocasiones se desestima la agravante aún cuando el reo tenía varias condenas anteriores, por no guardar semejanza con el nuevo delito [712]. E incluso en la s. de 8 de marzo de 1.922 se rechaza la agravante en un delito de escarnio a la religión a pesar de las tres condenas anteriores del reo por delitos de injurias a la autoridad [713].

C. Lapso de tiempo

Aunque en la redacción legal no se contempla la prescripción de los antecedentes penales a efectos de reincidencia, la cláusula facultativa posibilita que se tenga en cuenta el lapso de tiempo transcurrido entre los delitos cometidos para dejar de apreciar la agravante, como ya habían hecho notar GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN [714]. Los tribunales, con acertado criterio, hacen uso de esta posibilidad aludiendo a la falta de conexión moral entre las infracciones lejanas en el tiempo. En este sentido se pronuncia el Supremo en sentencias del 23 de octubre y de 11 de noviembre de 1.885, desestimando el recurso del Fiscal que solicitaba la apreciación de la agravante [715]; en sentencia de 28 de abril de 1.896, casando la resolución de instancia porque el homicidio a que fue condenado el reo anteriormente databa de 20 años antes a la

comisión del atentado que se juzgaba [716]; en s. de 21 de octubre de 1.898 también revoca la sentencia de la Audiencia por los mismos motivos, aunque también se alude a la distinta índole de los delitos en juego [717]; en s. de 26 de diciembre de 1.923, se alude a que los delitos anteriores fueron cometidos en fechas lejanas, entre otras razones... [718]

Por el contrario en s. de 6 de abril de 1.910 se rechaza la alegación al largo tiempo transcurrido entre la última condena del reo y el nuevo delito, que era de 16 años en un procesado, y de 9 años en otra co-reo, porque según el Tribunal:

> "Considerando que las circunstancias 17 y 18 del art. 10 del citado código deberán ser estimadas cuando concurran en los procesados, sea cualquiera el tiempo que medie entre las condenas, dado que conforme a los artículos 133 y siguientes invocados, solo prescriben ((...)) las acciones criminales y las responsabilidades derivadas ((...)) pero no las circunstancias modificativas" 719)

Ciertamente la posibilidad de no apreciar la agravante no se fundaría en el art. 133 alegado por la defensa, sino en las posibilidades concedidas al arbitrio judicial. Pero el razonamiento de la sentencia, si bien es correcto en los términos que se plantea, no es del todo exacto en cuanto a las posibilidades que respecto a la agravante 17ª concede la cláusula facultativa, como de hecho se venía practicando tal como queda patente en las sentencias que hemos citado. Lo que ocurre es que en esta caso, las condenas anteriores de un

hurto y tres robos en un procesado; y de un hurto y estafa en la co-reo, guardan claramente analogía de móviles respecto al delito de expendición de billetes falsos que se enjuicia y aunque el Tribunal no lo diga, en el caso de autos el tiempo transcurrido entre las infracciones, teniendo en cuenta el carácter de las mismas, no se considera suficiente para romper la presunción de tendencia delictiva que revelan los delitos en cuestión.

Como ocurre en tantas sentencias, las manifestaciones que se vierten aparentemente con carácter general, se pronuncian en acomodación al caso que juzgan, pero tomando un cierto tono de doctrina general que puede conducir a confusión si no se compara con otras resoluciones en las que el mismo Tribunal se pronuncia sobre el mismo tema.

Con el R.D. de 14 de noviembre de 1.925, la prescripción se contempla de forma expresa tanto para la reincidencia como para la reiteración y con caracter obligatorio. 720).

5. EFECTOS

Los efectos en la pena son los mismos que los de cualquier otra circunstancia agravante, los mismos que los de la reincidencia genérica [721].

El reiterante queda también excluído de los posibles indultos [722], y no puede obtener la remisión condicional de la pena [723]. Respecto a la concesión de la libertad condicional en el último período de cumplimiento de la condena, aunque no se excluye a los reincidentes ni a los reiterantes, normalmente puede tener más dificultades para disfrutar de esta institución por cuanto se toman en cuenta los antecedentes penales del reo [724].

En relación con el abono de la prisión preventiva hay que establecer una serie de matizaciones pues ante la discordancia de la definición de reiteración del código penal de 1.870 en relación con la definición que de la misma da el R.D. de 9 de octubre de 1.853 y posteriormente la ley de 17 de enero de 1.901 que deroga y sustituye a aquél, no todos los casos de reiteración quedan excluídos del abono total de la prisión preventiva. En efecto, el art. 3, 2° de la ley de 1.901, cuya primera parte es idéntica a la redacción del R.D. de 1.853, dice que se excluye del abono total:

"A los que con anterioridad hubiesen sido ejecutoriamente condenados a pena igual o superior a la que nuevamente se les imponga, a no ser que una u otra de las dos penas aplicadas lo haya sido por causa de imprudencia temeraria, o de imprudencia o negligencia con o sin infracción de reglamentos". 725)

Aparte de utilizar el criterio concreto de las penas impuestas para la comparación entre sí en vez del criterio abstracto, -pena señalada por la ley al delito-, que ofrece el código penal, no se alude a los que recaen después de haber sido condenados por dos o más delitos de pena menor, por lo que estos supuestos de reiteración son susceptibles del abono total de la prisión preventiva, siempre que la pena impuesta sea de carácter correccional, pues solo para esta clase de penas se prevé el abono total 726).

Y por otro lado, aún cuando en uso de la cláusula facultativa el Tribunal haya rechazado la agravante 17ª, a efectos del abono de la prisión preventiva, el reo quedará afectado por lo dispuesto en el art. 3 de la Ley citada, siempre que se de la relación que allí se prevé entre las penas impuestas a los delitos pasado y presente. La s. de 21 de enero de 1.928 resuelve sobre este punto en el caso de un reo que fue condenado por tentativa de delito de desorden público, y uso de nombre supuesto, sin circunstancias modificativas, aunque había sido condenado antes por delito de estafa. El Tribunal de instancia establecía en la sentencia que se le abone

la mitad de la prisión preventiva sufrida por lo que recurre el procesado pidiendo el abono total ya que la pena impuesta era correccional. El Supremo acepta el recurso en este punto porque el reo no es reincidente, y aunque dice que la condena anterior constituye reiteración, que no ha sido apreciada, aludiendo a la interpretación favorable que debe intentarse en materia penal resuelve en favor del abono total de la prisión preventiva [727]. Pero en esta sentencia no constan datos sobre la condena anterior, por lo que no podemos saber si es que en ella se impuso pena inferior a la impuesta por los nuevos delitos, o si simplemente el Tribunal interpreta que la exclusión del abono total solo procede cuando se aprecia la reincidencia o la reiteración.

## 6. COMPATIBILIDAD CON LA AGRAVANTE 18ª

Como ya decíamos al tratar este punto en el código penal de 1.848, formalmente es posible apreciar ambas agravantes 17ª y 18ª sobre un mismo delito cuando el reo tiene alguna condena anterior por delito del mismo Título y otra u otras por delitos de distinto Título [728]. Pero si ya allí decíamos que en nuestra opinión no debían apreciarse conjuntamente por responder ambas a un mismo fundamento de agravación, con más razón volvemos a repetirlo al examinar la configuración de ambas agravantes en el código penal de 1.870.

La cláusula facultativa prevista para la reiteración debe utilizarse para denegar esta circunstancia en un delito sobre el que concurran los requisitos de la reincidencia. De hecho, la aplicación del arbitrio judicial demuestra la convicción sobre el estrecho parentesco entre ambas agravantes pues como hemos visto la reiteración se estima cuando existe cierta semejanza entre los delitos o bien cuando el reo tiene un cierto número de condenas anteriores [729]. En realidad ambas agravantes pretenden captar la "mayor perversidad" que supone recaer después de una experiencia de condena por delito semejante o la "tendencia delictiva" del sujeto [730]. La razón de que en el código aparezcan como dos circunstancias distintas es meramente funcional, probablemente por mayor claridad a efectos de diferenciar los límites que se establecen para la reiteración (pena igual o mayor o...) respecto a la amplitud con que se concibe la reincidencia. Pero no hay obstáculo para contemplar ambas circunstancias como dos modalidades de manifestación de una misma agravante [731].

No obstante, la Memoria de la Fiscalía del T.S. año 1.899 considera correcta la estimación conjunta de ambas agravantes sobre un mismo delito. La consulta elevada por la Fiscalía de Madrid establecía correctamente los términos de la cuestión de la concurrencia de agravantes preguntando:

> "Siendo la reiteración de la misma naturaleza que la reincidencia, de la que solo se diferencia por accidentes puramente formales, ¿cabrá apreciar las dos por separado cuando concurran,o podrá ser esa similitud una de las circunstancias que aconsejen la no aplicación de la primera, con arreglo a la facultad discrecional que otorga el segundo párrafo de la circunstancia 17 del art. 10?" 732)

Sin embargo, la Fiscalía del Supremo contesta pronunciándose en favor de la compatibilidad rechazando las consideraciones sobre la similitud de ambas circunstancias que tan acertadamente había apuntado la Consulta. Dice textualmente la Fiscalía del Supremo:

> "La circunstancia llamada comúnmente "reiteración" debe ser tomada en consideración por los Tribunales según las circunstancias del delincuente y la naturaleza y efectos del delito. Y como la circunstancia agravante de reincidencia en nada se relaciona con ninguno de estos particulares, antes bien, es de todo punto ajena a los mismos, entiende este Centro que no puede obstar por sí sola a que se tome en consideración, para aumentar la cuantía de la pena dentro del propio grado la circunstancia agravante de reiteración cuando concurre en el hecho y no aconsejan su preterición las condiciones personales del procesado o la naturaleza y efectos del delito cometido" 733).

Resulta sorprendente la afirmación de que la reincidencia "en nada se relaciona" con las circunstancias del delincuente y la naturaleza del delito, porque aunque es cierto que el Tribunal no tiene las posibilidades de arbitrio concedidas para la reiteración, no puede negarse que ambas agravantes se fundan en la experiencia anterior de condena como índice de mayor perversidad del reo al volver a delinquir.

Del examen de la jurisprudencia, no encontramos ninguna sentencia en la que se estimen conjuntamente la reincidencia y la reiteración como agravantes genéricas sobre el mismo delito. Sí en cambio hay algunas resoluciones que estiman la reiteración sobre delito cualificado por la doble reincidencia, lo cual es todavía más grave, pero a ellas nos referiremos más adelante [734)].

## 7. RESUMEN

La agravante 17ª, a la que doctrina y jurisprúdencia comienzan a denominar "reiteración", mantiene la misma redacción que en el código penal de 1.848, pero se amplía su ámbito a los casos en que el reo ha sido castigado por dos o más delitos de pena menor que la señalada para el nuevo cometido, de la forma que se ha mantenido en los códigos de 1.932 y 1.944.

Pero lo más interesante de la reiteración en el código de 1.870 es la introducción de una cláusula por la que se faculta al juzgador a dejar de apreciar la agravante en atención a las "circunstancias del delincuente y a la naturaleza y efectos del delito". La prolongada vigencia de este código posibilita la creación de una sólida línea jurisprudencial que, con ejemplar acierto y equidad, hace uso del arbitrio condedido para rechazar la agravación siempre que no aparezca

suficientemente constatada la presencia de una "mayor perversidad" o de una "tendencia delictiva", notas que se reclaman como justificativas de la agravación. Y en la indagación de estas notas se consolidan dos criterios básicos como módulos que indican esa mayor "perversidad" o "tendencia": la semejanza entre las infracciones, -con lo cual la reiteración se acerca a la reincidencia y los Tribunales muestran su conformidad con la idea tradicional de que solo la semejanza justifica la agravante de reincidencia-,y la frecuencia en delinquir aunque los delitos sean totalmente distintos. Se rechaza la agravante cuando el largo tiempo transcurrido entre las infracciones rompe la presunción de "relación moral" entre ellas, o cuando de estimar la agravante la pena podía resultar excesiva atendiendo las circunstancias del caso concreto.

La exigencia legal de condena anterior, que no es necesario haya sido cumplida, por delito de pena igual o mayor -penas que la jurisprudencia tiende a comparar en abstracto-, o por dos o más delitos de pena menor, son los límites mínimos de la reiteración. Pero sobre ellos, son los Tribunales los que tienen el señorío para decidir la procedencia de la agravación; no de forma arbitraria,sino de acuerdo con las pautas indicadas en la cláusula facultativa que la jurisprudencia perfila a través de los criterios indicados.

## SECCION TERCERA

## CASOS ESPECIALES DE REINCIDENCIA

Después de haber recogido la reincidencia y la reiteración como circunstancias genéricas de agravación, el código penal de 1.870, al igual que hicieron sus antecesores, contempla la reincidencia como circunstancia cualificativa [735] para determinados delitos, regulación especial que expresa el particular celo del legislador en el intento de evitar aquellas conductas cuya repetición y frecuencia tienen de alguna forma mayor trascendencia social.

Al igual que en el examen de los códigos anteriores, en esta Sección centraremos nuestro estudio en aquellos delitos patrimoniales -robo, hurto, estafa- cuya reincidencia ha sido objeto tradicionalmente de especiales agravaciones, y que de hecho constituyen los casos más usuales de aplicación de la agravación cualificada. En este código de 1.870 estudiaremos también la peculiar reincidencia en faltas de hurto y estafa que convierte en "delito" un hecho que en principio constituiría mera falta, regulación que se trasladará a los códigos posteriores, y que incluso se mantiene en el Proyecto de 1.980

736), pese a que en éste ya no aparece la reincidencia cualificada para hurtos y estafas, siguiendo así la tónica de la Ley 81/1.978 737). Estudiaremos también en esta Sección, siguiendo el mismo orden que en los Capítulos anteriores de este trabajo, la agravación prevista para la comisión de cualquier delito o falta durante el período de cumplimiento de una condena anterior, pues aunque se trata de una agravación general, no deja de ser un supuesto especial de reincidencia y reiteración que supone una excepción a las reglas de las agravantes genéricas.

## I. SIMPLE REINCIDENCIA EN ALGUNOS DELITOS

El código penal de 1.870 mantiene la cualificación por simple reincidencia para los delitos de desobediencia a orden del Tribunal cometidos por eclesiásticos, en idénticos términos al código de 1.848 [738], y para los juegos ilícitos tal como se habían regulado en la reforma de 1.850 [739], y la introduce para determinados delitos contra las Cortes o sus indivíduos [740].

En cambio, en aquellos delitos patrimoniales que el código anterior cualificaba por simple reincidencia la agravación especial se limita a la segunda reincidencia, a excepción de la estafa genérica del art. 554 cuyo texto permanece idéntico al de 1.850 y por lo tanto con pena superior para la primera reincidencia [741]. Lo cual resulta extraño porque no es lógico que mientras para los hurtos y para las estafas más graves se limita la agravación a la doble reincidencia, esta estafa cuya gravedad es menor reciba trato más severo en este aspecto. Probablemente esta incongruencia se debió a un olvido o descuido del legislador al concordar las diversas disposiciones relativas a la reincidencia en delitos contra la propiedad, olvido que pasa desapercibido por la poca aplicación en la práctica de este artículo [742], ya que recoge las estafas que no queden comprendidas en el amplio número de supuestos

previstos en los artículos anteriores a él. Ello puede explicar que en el código de 1.932 esta disposición siga con la misma alusión a la simple reincidencia [743] e igualmente en el código de 1.944 y sucesivos textos refundidos [744].

No vamos a extendernos en comentar este artículo que apenas merece la atención de los comentaristas, y que no presenta mayor problema en cuanto que la reincidencia en él consignada es la misma que la del nº 18 del art. 10 sin más particularidades.

Pasamos pues al estudio de la doble reincidencia en aquellos delitos patrimoniales que la contemplan como agravación especial, cuyo contenido y aplicación resultan más problemáticos.

## II. PLURIRREINCIDENCIA EN ROBO, HURTO Y ESTAFA

En el código penal de 1.870 determinada clase de robos con fuerza en las cosas, los hurtos y ciertas clases de estafas resultan cualificadas por doble reincidencia. Como puede observarse, es una constante de los códigos penales que hemos examinado castigar más severamente al delincuente patrimonial que de alguna forma muestra una inclinación hacia esta clase de infracciones. Aunque desde las fuertes elevaciones de pena que el código de 1.822 señalaba para la simple reincidencia y aún para la mera repetición de robos y hurtos [745] a la imposición de la pena superior en grado para el reo habitual del hurto o la estafa en el código de 1.848 [746], hay una progresiva racionalización y suavización en esta materia. La reforma de 1.850, caracterizada por su mayor severidad, sustituye la cualificación por habitualidad por la de simple reincidencia [747] y en 1.870 la agravación se reserva para la segunda o posteriores reincidencias. Lo cual en cierto modo supone una nueva suavización, aunque relativa, pues debido al concepto legal de reincidencia en este código, de hecho la segunda reincidencia puede acoger casos de mera repetición de delitos sin condena intermedia [748], con lo que en la práctica la fórmula puede resultar muy similar a la del "reo habitual" del código de 1.848.

Lo cierto es que, con una u otra fórmula, los distintos códigos españoles pretenden con la elevación de la pena atajar la delincuencia habitual y profesional en materia patrimonial, lo cual constituye la razón de ser de la agravación. Hay que tener en cuenta que la multirreincidencia y la delincuencia habitual y profesional aparecen con mayor frecuencia en delitos patrimoniales [749], y especialmente en aquellos de más fácil comisión, como el hurto o ciertos robos con fuerza [750]. Delitos que por no ser graves se castigan con penas cortas de privación de libertad, por lo que las breves estancias en prisión apenas suponen obstáculo para que el sujeto continúe su carrera delincuencial. La pena, y la elevación de la pena en su caso, es el único medio conocido por el legislador de 1.870 para contrarrestar la inclinación delictiva o inocuizar al agente. Aunque se pretenda justificar tal elevación en base a una mayor culpabilidad del sujeto por haber adquirido esa tendencia [751].

Precisamente, el tema de la delincuencia habitual y profesional va a ser objeto de particular estudio en los Congresos Internacionales de la época. La ponencia que presenta WAHLBERG al Congreso Penitenciario de 1.879 celebrado en Estocolmo marca un hito en esta cuestión al centrarse en la diferencia entre el reo ocasional y el habitual, dejando a la reincidencia como mero índice de posible habitualidad [752]. Para el reo habitual WAHLBERG propone "penas especiales" [753] que fundamenta en la culpabilidad del sujeto por haber desarrollado ese hábito de delinquir [754].

Es pues dentro de la misma Escuela Clásica donde comienza la evolución hacia posturas más realistas en el examen del fenómeno de la reincidencia. Se reconoce la influencia de ciertos factores sociales y el efecto criminógeno de la prisión en la aparición de las reincidencias, y a la vez es constante la crítica a las penas cortas privativas de libertad por ineficaces [755]. El incremento de reincidencias en toda Europa [756] hacía cada vez más urgente la necesidad de buscar nuevas fórmulas para combatirlas y asegurar más eficientemente a la sociedad. De ahí que invocando la corrección del culpable o la defensa de la sociedad surjan propuestas de penas más severas para los multirreincidentes o los habituales.

La aparición de la Escuela Positiva supondrá un nuevo y decisivo impulso al proceso de atención a la individualidad del delincuente, aunque desde una perspectiva exclusiva de prevención especial. La reincidencia se tomará como un elemento importante para la clasificación de los delincuentes de acuerdo con su "temibilidad" [757]. Y no se trata ya de "castigar" al delincuente, sino de "defender" a la sociedad de la peligrosidad del individuo.

En las últimas décadas del siglo XIX y primeras del siglo XX se asiste pues a una progresiva individualización y matización con el estudio del fenómero de la reincidencia, que como noción jurídica pasa a segundo plano para servir únicamente como índice de aquellas categorías de delincuentes que

son las que verdaderamente preocupan: habituales, incorregibles, peligrosos [758]. Reflejo de este proceso son las diversas leyes que en gran número de países, principalmente en Europa, se promulgan para combatir la multirreincidencia o la delincuencia habitual [759]. El legislador español no se apunta a esta corriente, pese a que no faltan voces dentro del país reclamando medidas similares a las dictadas en los países vecinos. Hasta la promulgación del código de 1.928, la máxima reacción contra el multirreincidente será la prevista en el entonces vigente código de 1.870 para determinados delitos patrimoniales. Ello explica que esta superagravación que ahora vamos a examinar apenas sea criticada por los penalistas de la época, pues ciertamente su severidad es insignificante comparada con las "penas" de relegación o detención perpetua previstas en las modernas leyes extranjeras.

## 1. REGULACION LEGAL

Como vamos a ver, la cualifación por doble reincidencia va a afectar a aquellos delitos patrimoniales menos graves, precisamente los que están castigados con penas correccionales, que también son probablemente los de comisión más frecuente. Aunque en la selección de las infracciones sujetas a agravación especial se perciben algunas lagunas e incongruencias que iremos señalando.

A. Robo

Según dispone el art. 527:

> "El robo de que se trata en los artículos 524, 525 y 526 se castigará con la pena inmediatamente superior si el culpable fuere dos o más veces reincidente"

Los artículos 524 a 526 contemplan los robos confuerza menos graves, los que aunque cometidos en lugar habitado, público o religioso habiéndose introducido el reo saltando muro exterior consistan en sustracción de sustancias alimenticias por valor inferior a 25 pesetas [760], y los demás robos con fuerza en las cosas no cometidos en aquellos lugares, cualquiera que sea el valor de lo apropiado [761].

Por lo tanto, no quedan afectados por la especial agravación los robos con violencia o intimidación y aquellos otros robos con fuerza cometidos en lugares habitados, públicos o religiosos. Tal vez la causa de esta diferencia de trato esté en el hecho de que la mayoría de estos robos se castigan con penas cuyos grados máximos vienen constituídos por la pena capital [762], o por la cadena perpetua o temporal [763], por lo que el legislador consideró suficiente la regla general prevista para las agravantes. En el caso en que la muerte constituye el grado máximo de la pena es evidente que no cabe mayor agravación. Pero de todas formas, probable-

mente se quiso evitar llegar a esta máxima pena o incluso a pena perpetua cuando no estaba previsto para el delito. Además, por tratarse en todo caso de penas de larga duración [764], no incide en estos supuestos el problema que presentaban las penas cortas de la imposibilidad de evitar la continua sucesión de reincidencias tras las breves estancias en prisión.

B. Hurto

El art. 533, último en el Capítulo de los hurtos, establece tres cualificaciones correspondiendo la tercera de ellas a la doble reincidencia. Dice así este artículo:

> "El hurto se castigará con las penas inmediatamente superiores en grado a las respectivamente señaladas en los dos artículos anteriores:
> 1° Si fueren cosas destinadas al culto, ó...((...))
> 2° Si fuere doméstico ó ((...))
> 3° Si fuere dos o más veces reincidente" 765)

La cualificación afecta a todo delito de hurto, incluído aquél que, aunque consistiendo en sustracción de objetos por valor inferior a 10 pesetas, merece la consideración de "delito" si el reo ha sido condenado anteriormente por delito de robo, hurto o dos veces por falta de hurto (art. 531, 5°). Las diversas modificaciones que durante la vigencia del código penal de 1.870 sufre este tipo de hurto inferior a 10 pesetas, darán lugar a interesantes cuestiones sobre la retroactividad de la ley que se examinarán más adelante [766].

C. Estafa

El código penal de 1.870 presenta una nueva reestructuración de las diversas modalidades de estafas "propias" [767] al incluir en el art. 548 los nueve supuestos que en el código de 1.848 se repartían en cinco artículos distintos. En 1.848 la agravación por "reo habitual" afectaba únicamente a las cinco clases de estafa que en 1.870 aparecen en los últimos cinco números del art. 548. La reforma de 1.850 extendió la agravación, por simple reincidencia, a los nueve supuestos de aquellos cinco artículos. En el texto de 1.870 la cualificación queda recogida en el art. 549 de la siguiente forma:

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

La especial agravación atañe por lo tanto a los nueve números del artículo anterior, si bien, como apunta ANTON ONECA, probablemente el legislador pretendió agravar solamente los cinco últimos números volviendo al sistema de 1.848, y por ello se alude a los "números anteriores" en vez de al "artículo anterior" [768]. Pero la expresión utilizada, al no concretar a qué números se refiere, debe entenderse que abarca a todos los supuestos del art. 548, y así lo entiende la doctrina [769] y jurisprudencia [770].

Quedan fuera de la cualificación otras estafas y defraudaciones menos comunes [771], y la ya reseñada de caracter genérico del art. 554 que contempla otra cualificación específica por simple reincidencia [772]. Pero también quedan fuera las modalidades descritas de forma general en el primer párrafo del art. 547, lo cual resulta ilógico pues su gravedad y naturaleza es la misma que la de aquella variedades casuísticamente descritas en el art. 548 [773].

La doble reincidencia del art. 550 se concreta a delitos de "misma o semejante especie", fórmula heredada del texto de 1.850 cuyo mantenimiento se debe probablemente a un olvido del legislador al sustituir la antigua cualificación de simple reincidencia por la de doble reincidencia. Pues no se explica que se consigne aquí una clase de reincidencia distinta, parcialmente, a la consignada para el hurto y el robo. Pero éste a nuestro juicio descuido, que se mantendrá en los códigos posteriores [774], obliga a matizar el alcance de la cualificación, si bien la jurisprudencia tiende a aplicarla como si se tratase de reincidencia en delitos del mismo Título [775].

## 2. REQUISITOS

La cualificación en los tres supuestos legales surge cuando el reo es dos o más veces reincidente. El concepto de reincidencia viene dado por la definición del nº 18 del art. 10, e inevitablemente las incongruencias y defectos de

esta definición legal vuelven a proyectarse en la aplicación de esta agravación especial, con la particularidad de que ahora el efecto va a ser la elevación de la pena a un grado.

A. Cualitativamente: reincidencia del art. 10, 18

No hay duda de que la doble reincidencia se configura sobre el concepto legal definido en el nº 18 del art. 10. Así lo reconoce expresamente ALVAREZ CID [776], e implícitamente GROIZARD [777], CUELLO CALON [778] y JIMENEZ DE ASUA [779], y de la misma forma la jurisprudencia aplica la cualificación sobre esa base. En numerosas sentencias se declara que de acuerdo con la definición de la agravante 18ª, es suficiente que "al ser juzgado"... [780]; y al igual que en la simple reincidencia, se aprecia la cualificación cuando alguno de los delitos en juego ha quedado tentado o frustrado [781], o bien la participación en alguno de ellos fue a título de cómplice o encubridor [782]. Cuando se modifica el concepto legal de reincidencia por R.D. de 14 de noviembre de 1.925[783] se exige para la doble reincidencia el nuevo requisito de "pena igual o mayor" [784]. Pero una vez sentado que la cualificación se configura sobre esa reincidencia legal, es necesario concretar cuándo estamos ante la segunda reincidencia, extremo que la doctrina de esta época no desarrolla y que la jurisprudencia va a fijar sobre el número de condenas anteriores, iniciando una línea jurisprudencial que se prolongará por más de un siglo a pesar de estar en contradicción con lo que

legal y lógicamente debe entenderse como segunda reincidencia o multirreincidencia [785].

a) P l u r a l i d a d  d e  r e i n c i d e n c i a s

Ser "dos o más veces reincidente" supone incurrir dos o más veces en reincidencia, concepto éste determinado por la ley. Por lo tanto se requiere que el reo se haya encontrado más de una vez en la situación descrita en el n° 18 del art. 10.

Cada vez que el sujeto comete un delito puede surgir la agravante, según el código, con tal que "al ser juzgado" por esa infracción haya recaído ya condena anterior por otra del mismo Título [786]. Pero debe quedar claro, por pura lógica, que cada nuevo delito cometido sólo puede dar lugar a una reincidencia, que puede ser la número dos, o tres o posterior, en el historial delictivo del reo, si es que anteriormente ya incurrió en otra u otras. Lo que no puede admitirse es que la comisión de un delito pueda originar dos reincidencias a la vez. La plurirreincidencia implica la suma de varias reincidencias individuales, cada una con sus respectivos requisitos legales.

Por lo tanto, aunque al definir la reincidencia la ley diga "haber sido condenado por otro delito" en singular, el hecho de que "al ser juzgado" el reo hubiese sido condenado por

otros delitos no puede originar segunda reincidencia pues cada infracción solo da lugar a una, y si no ha existido otra anterior ésta es la primera. Además para poder afirmar que un sujeto es "dos veces reincidente" es necesario que en otro momento distinto, otra "vez"anterior haya sido declarado reincidente, pues solo esa declaración por sentencia ejecutoria puede tomarse como prueba auténtica de que existió otra reincidencia [787].

Sin embargo, la jurisprudencia va a tomar otro camino y prescindiendo de la necesidad de dos reincidencias individuales, declara que hay segunda reincidencia cuando el sujeto ha sido condenado por dos delitos anteriormente, incluso aunque esos dos delitos hayan sido objeto de una sola sentencia [788]. Postura que prescinde o no respeta los requisitos formales necesarios en cada una de las dos reincidencias a que alude la cualificación, y por lo tanto incorrecta técnicamente.

No obstante debe destacarse que la aplicación que hace la jurisprudencia de la doble reincidencia no está en oposición con el fundamento mismo de la agravante en el código de 1.870. En efecto, como ya vimos, la reincidencia legal se configura sobre la mera repetición de delitos, siendo indiferente que antes de la perpetración de uno de ellos haya recaído condena ejecutoria por otro; basta que "al ser juzgado" conste esa condena anterior [789]. Una segunda re-

incidencia, de acuerdo con los requisitos legales, se da cuando "al ser juzgado" consta otra condena anterior por delito del mismo Título, habiendo sido este último a su vez juzgado después de otra previa condena por delito de la misma clase. Pero la existencia de esta doble relación no garantiza que esos tres delitos no hayan sido cometidos en días sucesivos próximos entre sí, o incluso en el mismo día [790], pues todo depende de las fechas de las condenas respectivas.

La doble reincidencia apreciada así, de forma técnicamente correcta, sigue recogiendo la mera repetición de tres delitos sin condena intermedia, y por tanto la exigencia de una primera reincidencia no aporta ningún dato sustancial referente a una mayor culpabilidad o rebeldía del reo sino que constituye un mero dato de constancia procesal de la efectiva comisión de tales infracciones. Y por consiguiente, si la reincidencia pretende agravar la mera repetición, no se altera el contenido de esta circunstancia por no exigir una primera reincidencia, ya que por el hecho de que consten dos condenas anteriores queda comprobado que el reo ha cometido tres delitos, que es al parecer lo que quiere recoger la cualificación de ser "dos o más veces reincidente".

En este sentido se manifiesta la s. de 16 de abril de 1.888 que, después de establecer cuáles son los requisitos de la

agravante 18ª, base de la doble reincidencia, dice:

> "Considerando que la precedente definición determina dos conceptos: el de reiteración de actos punibles de un mismo género, y el de la prueba preexistente e indiscutible de dichos actos por medio de una sentencia firme; cuando concurren entos dos elementos, fundamental el primero y jurídico el segundo, existe la reincidencia técnicamente, y debe ser apreciada al juzgar, sin que excluya la aplicación de estos principios inconcusos en la esfera del derecho vigente, la eventualidad de que dos o más hechos justiciables congéneres sean perseguidos en una sola causa y penados en una sola sentencia, porque esta simultaneidad de procedimiento no confunde, ni puede confundir la individualidad de cada delito; así que habiendo sido condenado el reo con anterioridad, y ejecutoriamente por hurto consumado y por hurto frustrado, es indudable que al ser penado nuevamente por hurto, lo había sido antes dos veces por el mismo delito y que estas tres condenas, implican necesariamente dos reincidencias" 791).

Si es, pues, mera reiteración lo que recoge la agravante 18ª no resulta descabellado que se ponga el acento en el número de delitos ya condenados prescindiendo de si se ha dado una primera reincidencia.

No obstante, a nuestro juicio, sigue siendo incorrecto técnicamente prescindir de la exigencia de esa doble concurrencia de todos los requisitos de la reincidencia, ampliando el campo de aplicación de la superagravación en contra del reo [792].

Lo lamentable del caso es que la línea jurisprudencial que se inicia en 1.870 va a prolongarse durante la vigencia

del código de 1.932 y aún durante la del código de 1.944, a pesar de que en este último la agravante se configura por fin, sobre el momento de perpetración del delito. Con lo cual, al cambiar sustancialmente el fundamento de la misma, resulta inadmisible la antigua interpretación de doble reincidencia en función del número de infracciones, pues ya no puede decirse que se trata de agravar la mera repetición de delitos [793]. Las críticas de la doctrina [794] no hicieron sin embargo, mella en la jurisprudencia [795] hasta la famosa s. del Supremo de 25 de enero de 1.972 que acoge finalmente la interpretación correcta propugnada por aquélla [796]. Pero la terrible inercia, que un siglo de aplicación en el sentido indicado había creado, no se corta fácilmente y por ello, la ley de 28 de noviembre de 1.974 frustra la nueva línea jurisprudencial [797] al definir la doble reincidencia sobre dos delitos anteriores condenados en una o en varias sentencias [798]. Cuatro años después el legislador rectifica su postura y por ley de 28 de diciembre de 1.978 se reestablece aquella incipiente corriente ahora ya con expreso apoyo legal [799].

b) P r o b l e m a  d e l  h u r t o  i n f e r i o r  a 10 p e s e t a s

Como la base de la plurirreincidencia es la agravante 18ª, tanto el hecho que se enjuicia como los anteriormente condenados deben constituir "delitos" y además del mismo Título. El problema se plantea respecto a los hurtos por va-

lor inferior a 10 pesetas que, de acuerdo con la normativa vigente durante el período 1.870-76 y posteriormente a partir de 1.907, tienen la calificación de "faltas", pero de acuerdo con lo dispuesto en el art. 531, 5° pueden ser convertidos en "delitos" por virtud de condenas anteriores por delito de hurto o robo, o por dos faltas de hurto [800]. Una vez que la infracción, en virtud del art. 531, 5°, es considerada como "delito" y como tal es condenada, no hay problema respecto a su idoneidad para soportar la cualificación prevista en el art. 533. Pero la cuestión se complica cuando por aplicación de la retroactividad favorable se consideran "faltas" los hurtos inferiores a 10 pesetas que de hecho fueron condenados como "delitos" durante el período 1.876-1.907.

En estos casos se computan las anteriores condenas de acuerdo con la calificación que aquellos hechos hubiesen merecido conforme a la normativa más favorable. Por tanto, cuando consta que fueron hurtos inferiores a 10 pesetas, o bien no consta su cuantía, la jurisprudencia establece que para estimar la doble reincidencia en estafa, robo o delito de hurto superior a 10 pesetas, se necesitan:

- 4 condenas por hurtos inferiores a 10 pesetas para poder apreciar la doble reincidencia en el delito que se juzga, pues el tercero de aquellos debió considerarse ya como delito e igualmente el cuarto.

- o bien 3 hurtos inferiores a 10 pesetas y otra condena posterior por delito del mismo Título, pues como la tercera "falta" debió considerarse "delito" ya hay dos condenas idóneas.

- o bien un delito de hurto o robo y posteriormente un hurto de menos de 10 pesetas, pues en virtud de aquel primer delito, la posible "falta" pasa a calificarse como "delito".

Así en s. de 28 de noviembre de 1.907 se aplica la cualificación del 533-3° por tener el reo 3 condenas por hurtos inferiores a 10 pesetas, y además otra por delito de robo [801]; en s. de 16 de octubre de 1.908 se aprecia la cualificación prevista en el art 549 para la estafa porque el reo había sido condenado por un delito de hurto superior a 10 pesetas y posteriormente por otro inferior a esa cantidad, pero que de acuerdo con la normativa del 531, 5° hubiese sido considerado "delito", y por tanto se dan las dos condenas necesarias según el Supremo para la doble reincidencia [802]. En el mismo sentido la s. de 29 de enero de 1.913 sobre un delito de hurto por haber sido condenado el reo por robo y después por 2 hurtos sin constar cuantía, pero que en todo caso en virtud del 531, 5° hubiesen sido tomados como "delitos" [803].

El cómputo de condenas se complica cuando el hecho sobre el que pudiera apreciarse la cualificación es un hurto inferior a 10 pesetas, - por ello "falta" de hurto en principio-, que en virtud de condenas anteriores se convierte en

"delito". En este caso, según la Memoria de la Fiscalía del Supremo del año 1.907:

> "Como el art. 533 de halla incluído en el Libro II del Código y se refiere sólo a delitos, no puede cambiar la naturaleza de lo que por mandato expreso del legislador únicamente constituye falta.- Cuando el culpable haya sido condenado dos veces con anterioridad por delitos contra la propiedad, será de rigurosa aplicación el mencionado art. 533, porque una de esas condenas convierte la falta en delito y las dos agravan la responsabilidad en la forma que prescribe el texto legal; no siendo por ello aplicable si el delito se determina solo por dos condenas anteriores en juicio de faltas" 804)

Después de otras consideraciones sobre la improcedencia de convertir una falta de hurto en delito por razón de las otras agravantes del art.533, lugar sagrado o abuso de confianza, termina diciendo:

> "La doble reincidencia agrava la pena, al tenor del propio artículo, porque elevada la falta a delito por reincidencia simple, entremos ya de lleno en la jurisdicción del Libro II: se nos somete un delito, no una falta, sea el que quiera su origen, por ministerio de la función fertilizadora de la ley" 805)

Ciertamente el hurto de valor inferior a 10 pesetas una vez tipificado como "delito" en virtud del art. 531, 5° constituye infracción idónea para soportar la cualificación del art. 533. Lo que no parece correcto es que, como dice la Memoria, después de utilizar una condena anterior por delito para convertir la "falta" en"delito", vuelva a tomarse otra vez esa misma condena, junto con otra que tuviese el reo, para determinar la agravación por doble

reincidencia, pues entonces se agrava dos veces en base a un mismo delito anterior inherente al tipo del 531, 5º La jurisprudencia, con mayor rigor técnico y justicia, invocando el art. 79 del código referente a la inherencia de las agravantes [806], niega la posibilidad de aplicar doble reincidencia si una de las dos condenas ha sido tomada para la conversión de la "falta" en "delito", como veremos más adelante al tratar de la compatibilidad del art. 531, 5° con la doble reincidencia del art. 533.Para la aplicación conjunta de ambos preceptos el Supremo exige en estos casos 3 condenas anteriores por delito, o dos por faltas de hurtos y otros dos delitos, u otras combinaciones posibles siempre que se garantice que una vez computadas las necesarias para el 531, 5°, queden aún dos condenas por delito para la cualificación del 533 [807].

c) E s t a f a: m i s m o d e l i t o o s e m e j a n t e e s p e c i e

El mantenimiento de esta fórmula flexible para la apreciación de la homogeneidad de los delitos, -pervivencia de la redacción que ofrecía el código de 1.850, resulta incongruente en relación con los demás preceptos que contemplan la agravación cualificada por reincidencia, sobre la estricta base de la definición legal del n° 18 del art. 10. Tal vez por ello la práctica jurisprudencial va a equiparar de hecho la exigencia de "especie semejante"

a la adscripción de los delitos al mismo Título. Aunque también lo cierto es que los casos que llegan a los Tribunales versan mayoritariamente sobre condenas anteriores por hurtos o estafas, que entran de lleno en lo que se estima "especie semejante".

Pero la alusión a misma o semejante especie, no coincide con la fórmula del mismo Título, tanto por exceso como por defecto [808].

a') Doctrina

La doctrina de esta época no se ocupa apenas de destacar esta diferencia con la reincidencia del nº 18, o lo hace someramente. VIADA reseña que debe tratarse de delitos de la misma o semejante especie añadiendo entre paréntesis: "de los comprendidos en el mismo Título" [809], con lo que entiende que la fórmula es limitativa respecto a la agravante genérica, tal como posteriormente señalaría ANTON ONECA al establecer que la especie debía recortarse a un sector de delitos dentro del mismo Título [810]. ALVAREZ CID se limita a señalar que la cualificación de la estafa por reincidencia tiene lugar cuando los delitos anteriores sean de robo o hurto, "por ser igual la pasión impulsiva e idéntico el derecho lesionado, perteneciendo todos a la clase de los que afectan, negándola por modos diferentes, a la propiedad individual o colectiva",transcri-

biendo así los Considerandos de la s. de 16 de noviembre de 1.892 que él asume [811].

Tampoco durante la vigencia del código de 1.848-50 habíamos encontrado criterios suficientemente explícitos en la doctrina para determinar cuándo existe misma o semejante especie [812]. En la actualidad MARTINEZ ZAMORA aborda expresamente esta cuestión.Puesto que el código alude al "mismo o semejante especie de delito", parte de la distinción entre "mismo delito" que será aquél comprendido en el mismo número del mismo artículo [813], (art. 548 en el código de 1.870), y "semejante especie". Los demás números del mismo artículo 548 configuran indudablemente delitos de especie semejante. Pero el problema radica en determinar si existe esa relación de semejanza con otros delitos de la misma Sección, Capítulo o Título. MARTINEZ ZAMORA, concluye que:

> "Son de la "misma especie" todos los delitos contra el patrimonio realizados con ánimo de lucro y mediante engaño: son de "semejante especie" todos los delitos contra el patrimonio que exijan para su realización el ánimo de lucro , estén o no recogidos en un mismo Título del Código e incluso en leyes especiales, pero siempre que dichas notas, -contra el patrimonio, ánimo de lucro-, sean esenciales en la figura legal de que se trate. No así cuando la norma solo accidental, secundaria o subsidiariamente sancione una conducta o un evento, lesivo al patriminio, realizado con ánimo de lucro; o aunque en la práctica, en un caso concreto de la vida constitutivo de delito, se ataque o se lesione el patrimonio ajeno con ánimo de lucro. Entonces no serán los delitos de especie semejante ya que, por el momento, los motivos, el ánimo o la finalidad del autor de un delito, no parecen poseer alcance alguno a efectos de la reincidencia" 814)

Atiende por tanto a tres elementos: el derecho objetivamente lesionado, el elemento subjetivo, -móvil- y el modo de comisión, -engaño-, para determinar la misma especie. Mientras que solo es necesaria la identidad en los dos primeros, objeto o bien lesionado y móvil, para fijar la especie semejante, siempre que estas notas sean constitutivas del tipo legal abstracto. Conclusiones a nuestro entender muy correctas, para fijar una cierta uniformidad de criterios y que permiten deslindar como "no semejantes" infracciones como los daños, frente a otras patrimoniales que conllevan apoderamiento. Aunque la complejidad de las diversas clases de delitos contra la propiedad exigiría un examen detenido de las distintas modalidades para llegar a unos criterios más concretos, lo cual excede de los propósitos de este trabajo.

La remisión a la "especie" del delito, puede considerarse más acertada que la del"Título" [815] aunque origine algunas incertidumbres en la aplicación, siempre preferibles a las obligadas injusticias o incongruencias derivadas de una fórmula inadecuada por excesivamente formalista. El problema surge cuando coexisten en un mismo código ambos métodos de fijación de la reincidencia. Entonces nos encontramos con que al determinarse ésta para la estafa sobre la base de la "semejante especie" resulta en un sentido más amplia que la reincidencia basada en el mismo Título, pues pueden quedar abarcadas las condenas por delitos de malversación -por ejemplo, como señala QUINTANO[816]-

que, como agravante genérica sólo podrían dar origen en su caso a la reiteración. Pero por otro lado, permite que condenas anteriores por delito de daños, o de robo con homicidio, no sean relevantes para cualificar la segunda reincidencia.

b') Jurisprudencia

La doctrina puede eludir tratar este punto, o proponer criterios de interpretación. Pero los tribunales necesariamente tienen que pronunciarse al aplicar la cualificación. En realidad la determinación de la "misma especie" no era una cuestión nueva, pues como es sabido el código de 1.848 determinaba la reincidencia sobre este criterio [817]. Y además, durante los primeros años de vigencia del código de 1.870 los Tribunales con frecuencia utilizaron todavía el criterio de la "especie" al tener que enjuiciar hechos cometidos antes de aquella fecha, en base al principio de irretroactividad [818]. Y en el uso del prudente arbitrio concedido por la ley para la agravante 17ª, ya vimos como la jurisprudencia exigía en la mayoría de los casos cierta "analogía" entre las infracciones, si bien éstas habían de ser necesariamente de distinto Título entre sí [819]. La fórmula utilizada en el art. 549 alude a "semejante especie", por lo tanto algo más amplia que el antiguo criterio de "misma"especie del código anterior.

La realidad es que en la mayoría de los casos que llegan a los tribunales sobre posible aplicación de la doble reincidencia en la estafa, las condenas anteriores del reo son por delitos de hurto o robo, infracciones más frecuentes de hecho, o de estafa, con lo que el problema se reduce a determinar si aquellos dos primeros son de especie semejante a esta última.

Los criterios que usa el Supremo parecen tender a equiparar el tratamiento de la cualificación prevista para el robo y hurto con la de la estafa, pues presumiblemente el legislador no pretendió que tales agravaciones fuesen distintas en su contenido, y en todo caso parece que por justicia material debe intentarse tal equiparación.

En este sentido es ilustrativa la s. de 16 de noviembre de 1.892 que razona la inclusión del robo y hurto dentro de los delitos de especie semejante a la estafa de la siguiente forma:

> "Considerando que si los delitos de robo y hurto son de diferente especie que los de estafa, existe entre los mismos manifiesta analogía, por ser igual la pasión impulsiva e idéntico el derecho lesionado en todos ellos, perteneciendo por tal razón robos, hurtos y estafas a la clase de los delitos que afectan, negándola por modos diferentes, a la propiedad individual o colectiva.- Considerando que de aceptarse la interpretación restringida propuesta por el recurrente al art. 549 que realmente crea una figura especial de delito, se seguiría el absurdo, contra la mente del legislador, de que entre dos partícipes de una misma estafa resultaría favorecido el reo habitual de robo sobre el que hubiera sufrido dos condenas por estafa, siendo así que, dentro de la esfera de los deli-

> tos contra la propiedad, aquél es mucho más grave que éste, y generador de mayor alarma social. Considerando que, por lo expuesto, la Sala sentenciadora, al aplicar el art. 549 no ha incurrido en error..." 820)

El criterio para establecer la semejanza requerida para la doble reincidencia del art. 549 parte, pues, de dos consideraciones: el bien jurídico protegido que debe ser común, y el móvil o impulso que en este caso sería el ánimo de lucro. Es evidente que entre hurto, robo y estafa se dan estos caracteres comunes, y que todos ellos pertenecen a la "clase" de delitos patrimoniales. Lo que no queda claro es si basta pertenecer a esa misma "clase" -en cuyo caso entrarían los incendios y los daños-, o si dentro de la "clase" la "pasión impulsiva" es determinante para decidir la semejanza. No hemos encontrado ninguna sentencia en que se discuta sobre la idoneidad de estos delitos que no llevan apoderamiento para cualificar por reincidencia en las estafas. Por las explicaciones del segundo Considerando parece más bien que lo que se pretende es equiparar el tratamiento de robos, hurtos y estafas para no llegar a ese absurdo a que alude la sentencia de beneficiar al reo habitual de robo o hurto. El mismo razonamiento encontramos en la s. de 13 de julio de 1.904 por haber sido condenado el reo anteriormente por 7 delitos de hurto y dos de robo [821)]. En s. de 28 de diciembre de 1.912, en el mismo sentido, se establece que el hurto pertenece a semejante especie porque "obedece al mismo impulso y lesiona idénticos derechos" [822)]. En s. de 2 de marzo de 1.905 tam-

bién por anteriores hurtos se aprecia la agravación del art. 549 argumentando que "no se exige que sean idénticos (los delitos) sino que entre ellos haya analogía y estén comprendidos en el mismo Título" [823], criterio restrictivo en la apreciación de esa analogía, en el mismo sentido que el propugnado tiempo después por ANTON como ya hemos aludido [824].

No hemos encontrado ninguna resolución en la que se aprecie la agravación en base a delitos ubicados en Título distinto del código o por delito contemplado en la ley penal especial. A este último supuesto tal vez pertenezca la s. de 13 de abril de 1.910 en la que se aprecia la cualificación del art. 549 por tener el reo una condena anterior de hurto y otra dictada por jurisdicción militar de deserción y fraude; pero no consta en la sentencia si el fraude fue penado por el código común o por el código militar que estaba vigente desde 1.890 [825].

B. Cuantitativamente: dos delitos condenados anteriormente

El número de delitos anteriores necesarios para dar vida a la doble reincidencia viene determinado por el aspecto cualitativo de esta figura. Ténicamente no siempre bastan dos delitos anteriores, pues si no ha habido una primera reincidencia aún no puede hablarse de una segunda, como hemos expuesto en páginas anteriores [826]. Sin embargo, ya dijimos que el Supremo toma la reincidencia como una reiteración, compro-

bada por condenas anteriores, de delitos del mismo Título, sin fijarse en más datos. La doctrina salvo RUEDA, a quien seguidamente aludiremos, no se pronuncia sobre este extremo [827].

Desde las primeras sentencias que se dictan aplicando el nuevo código de 1.870 se consagra la suficiencia de dos delitos anteriormente condenados, y no se indaga si fueron objeto de una sola sentencia o de distintas. Así, en s. de 10 de marzo de 1.871 se aplica la doble reincidencia en la estafa por constar 2 condenas por el mismo delito [828]; igual en s. de 6 de diciembre de 1.872 en la que expresamente se establece la suficiencia de ese número [829]; en el mismo sentido aunque sin argumentación, aplican automáticamente la cualificación ante la presencia de dos condenas anteriores las ss. de 30 de abril, 19 de mayo de 1.873 [830] y 30 de abril de 1.874 [831]. Posteriormente, además de numerosas resoluciones que veremos en el apartado siguiente que contabilizan simplemente el número de delitos para aplicar la cualificación, la s. de 24 de setiembre de 1.926 declara expresamente frente a la defensa del procesado que alegaba la necesidad de tres condenas anteriores para la doble reincidencia, que son suficientes dos [832]. Es decir, no se necesita que antes de ser juzgado el sujeto hubiese sido ya doble reincidente, sino que basta que se adquiera tal condición en ese momento.

Por tanto se considera doble reincidente al sujeto que ha cometido tres delitos, de la clase señalada en cada caso en el código, con tal que uno de ellos sea juzgado con posterioridad a los otros dos. Es fundamental esta anterioridad de las condenas, pues de otra forma si los tres delitos se enjuician en una sola causa estaríamos en todo caso en el concurso de delitos [833]. Por ello, la s. de 16 de diciembre de 1.878 casa la resolución que había estimado la cualificación sobre uno de los dos hurtos que se enjuiciaban en la misma causa [834]. La doble reincidencia, al igual que la simple, va a depender pues, de accidentes procesales en muchos casos.

a) En una o en varias sentencias

No puede decirse que un sujeto es reincidente por segunda vez, si solo ha sido condenado con anterioridad en una ocasión, por más que en esa sentencia condenatoria se le castigue por dos o más delitos. Por lo tanto, como mínimo debiera exigirse la constancia de <u>dos sentencias</u> anteriores. Pero como vamos observando, la jurisprudencia en su equiparación de la reincidencia con la repetición de delitos prescinde de tal exigencia lógica. Repetidamente y en multitud de ocasiones declara que la "eventualidad de que los hechos sean perseguidos en un solo proceso, "no puede confundir la individualidad de cada delito" [835]

Pero es que precisamente la reincidencia legal está construída sobre esa "eventualidad" procesal. Si los hechos se enjuician conjuntamente, por muchos o pocos que sean, no hay reincidencia, sino en su caso concurso de delitos y si procede por ello, rebaja de pena [836]. Pero evidentemente, aunque condicionada a esa "eventualidad", no puede negarse que la fórmula legal agrava la repetición delictiva.

Sólo en una sentencia de todas las citadas durante esta época de vigencia del código de 1.870 vemos reclamada la exigencia de diversas sentencias anteriores para cualificar por reincidencia. Es la s. de 12 de diciembre de 1,874, aunque no trata de la doble reincidencia de delitos sino de aquélla especial en faltas prevista para convertir el hurto inferior a 10 pesetas en "delito" [837]. Fuera de esta resolución, la doctrina jurisprudencial es unánime, y los argumentos se reproducen y repiten constantemente: así la s. de 18 de noviembre de 1.891 sienta que la doble reincidencia:

> "no se determina por la duplicidad de procesos, sino por los diferentes actos que constituyen cada uno una acción voluntaria penal distinta, aunque se castiguen y juzguen en un mismo fallo" 838).

Bien entendido que se refiere a las condenas anteriores, aunque con tal argumento casi se podría llegar a admitir la doble reincidencia sobre delitos enjuiciados todos en una sola causa. En el mismo sentido la s. de 27 de abril

de 1.893 manifestando que:

> "no es obstáculo por tanto, para estimar la doble o triple reincidencia que resulte penado el delincuente en una misma sentencia por dos o más delitos siempre que aquélla hubiese sentado ejecutoria" 839

En la aplicación de la doble reincidencia al hurto, sientan la misma doctrina las sentencias de: 26 de mayo de 1.879 por constar tres hurtos anteriores en un solo fallo [840]; s. de 22 de enero de 1.880 por un hurto anterior, y luego cuatro estafas en una sola sentencia [841]; 21 de marzo de 1.888 por dos hurtos en una sola sentencia [842]; 23 de mayo de 1.888 a la que ya hemos aludido por tratarse de 6 hurtos de ovejas, de los cuales cinco se vieron en una primera causa y sobre el sexto recae la agravación cualificada [843]; 4 de febrero de 1.891, dos hurtos en una sentencia [844]; 27 de octubre de 1.897 en el mismo supuesto [845]; 17 de febrero de 1.903 por tres hurtos condenados en una sola sentencia [846]; 4 de marzo de 1.903 en el mismo sentido [847]; 31 de marzo de 1.910 idéntico caso [848]; 18 de diciembre de 1.914, por dos hurtos en una sola sentencia la cual incluso había recaído después de la comisión del hurto enjuiciado [849]. Dos sentencias de la misma fecha de 19 de febrero de 1.919 casan sendas resoluciones de la misma Audiencia de Palma que estimó solo la agravante 18ª porque los hurtos anteriores fueron condenados en una sola sentencia [850]; s. de 18 de abril de 1.922 en el mismo sentido [851].

En relación a la doble reincidencia en la estafa, sientan la misma doctrina las sentencias de 22 de setiembre de 1.879 por dos estafas anteriores en una sentencia [852]; 3 de marzo de 1.897 igual [853]; 8 de noviembre de 1.902 [854] 21 de octubre del mismo año [855]; 20 de octubre de 1.903 por estafas en una sola sentencia [856]; 25 de junio de 1.90[illegible] en el mismo caso [857]; 23 de octubre de 1.906 por dos estafas y un hurto [858]; 10 de octubre de 1.907, por dos estafas en misma sentencia, curiosamente dichas estafas habían consistido en haber utilizado en dos ocasiones un vehículo sin pagar [859]; 7 de febrero de 1.910, por 3 estafas en una sentencia [860].

La doctrina y los comentaristas del código en esta época apenas si aluden a este aspecto de la reincidencia como cualificadora del delito. A lo más se limitan a reseñar alguna resolución jurisprudencial [861]. Unicamente RUEDA ofrece una referencia crítica y razonada. Según este autor, solo debiera considerarse reincidente por segunda vez al sujeto que hubiera sido condenado anteriormente dos veces en dos sentencias distintas, ya que "cuando el que ha delinquido anteriormente más de una vez, fue sin embargo, sentenciado en una sola causa por varios delitos, sólo una vez ha sido advertido por los Tribunales de Justicia" [862]. No obstante admite el autor la interpretación de los Tribunales por considerarla legal, aunque injusta [863]; de este modo

RUEDA es congruente con lo que defiende como fundamento de la reincidencia: la mayor culpabilidad del reo [864].

b) No necesidad de primera reincidencia

Desde el momento que la jurisprudencia contabiliza únicamente el número de delitos anteriores sobre los que haya recaído condena ejecutoria, declarando indiferente el que hayan sido o no objeto de una sola sentencia, sobra decir que no considera en absoluto necesario una primera declaración de reincidencia, porque ni siquiera se pretende que las dos primeras condenas hubiesen estado en una relación tal que se hubiese podido apreciar esta agravante anteriormente. En este sentido se expresa la s. de 5 de mayo de 1.886 en uno de sus Considerandos:

> "Pues aunque la coincidencia de haberse dictado en una misma fecha las dos primeras sentencias hiciera que la una no se hubiera considerado entonces ejecutoria respecto a la otra, ésto que pudo hacer relación a aquellas sentencias, no tiene conexión alguna con la de que se trata, en la que la reiteración en el delito es evidente" 865)

Es la repetición comprobada de delitos, una vez más, lo que se toma como esencia de la reincidencia. Desde esta perspectiva, que ciertamente es la que se deriva de la definición de la reincidencia simple, es lógico que se prescinda de esa primera declaración de reincidencia [866].

Lo que no es lógico es que esta línea jurisprudencial se prolongue hasta hace unos pocos años [867], pues la nueva redacción dada a la agravante en cuestión por el código de 1.944 no autorizaba por más tiempo esa postura. Pero la inercia de la práctica de medio siglo durante el cual los tribunales se habían acostumbrado a la cómoda mecánica de simple comprobación del número de delitos, pudo más que la necesidad de acomodación al nuevo texto, pese a que la antigua interpretación era desfavorable para el reo, y en todo caso, contraria al nuevo contenido sustancial de la reincidencia que en el código de 1.944 descansa en la experiencia previa de condena [868]. Con la particularidad de que además en este código la doble reincidencia tiene un efecto general superagravatorio que obliga a elevar en un grado la pena cualquiera que sea el delito [869].

La cuestión es que sea por esa inercia, o sea por otra circunstancia, el denostado concepto de doble reincidencia va a pervivir por más de un siglo, hasta que por la reciente ley de 28 de diciembre de 1.980 se exige explícitamente dos sentencias anteriores como mínimo y además previa declaración de reincidencia [870].

## 3. COMPATIBILIDAD CON LAS AGRAVANTES GENERICAS DE REINCIDENCIA Y REITERACION

### A. Con la reincidencia genérica del nº 18

Puesto que la cualificación consiste en ser el reo "dos o más veces reincidente", es indudable que cualquiera que sea el número de reincidencias, todas quedan comprendidas en aquella cualificación. Recordemos que en la reforma de 1.850 que elevaba la pena para estos delitos patrimoniales por "reincidencia" sin otra especificación en cuanto al número de éstas, se consideraban incluídas también en la cualificación todas las condenas anteriores por delitos de la misma especie [871].

Con más razón en el código de 1.870, que expresamente alude a dos "o más", deben quedar absorbidas todas las condenas por delitos del mismo Título; salvo en el caso de la estafa, ya que por mantener ésta la cualificación únicamente para la reincidencia en el "mismo o semejante especie de delito" cabe reincidencia genérica formalmente si el reo tiene condenas por delitos que no guardando tal semejanza pertenezcan al mismo Título. No obstante en la práctica no hemos encontrado ningún caso en que se aprecien conjuntamente la cualificación y la simple reincidencia. Pero ello probablemente se debe a que la mayoría de los supuestos de reincidencia surgían por delitos anteriores de estafa, robo con fuerza o hurto, infracciones estas dos últimas consideradas de "especie seme-

jante" a la estafa [872]. De existir una condena por daños, por ejemplo, a nuestro juicio debiera rechazarse la agravante genérica, aunque formalmente se den sus requisitos, para no llegar al absurdo de que una condena por delitos de daños tenga mayores efectos que innumerables condenas por robos, presupuestas dos condenas por estafa además de estas hipotéticas.

Pero dejando aparte estas matizaciones referentes a la estafa, no hay duda de que solo en caso de primera reincidencia debe apreciarse la agravante 18ª, como señalan ALVAREZ CID [873] y VIADA [874]. En cuanto pasan de dos, procede únicamente la cualificación correspondiente.

La jurisprudencia rechaza sin vacilación la compatibilidad de la simple y doble reincidencia. La s. de 21 de diciembre de 1.872 es la primera que se pronuncia expresamente sobre este aspecto al casar la resolución que había estimado, la del 533, 3° y la agravante 18ª pues el reo tenía condenas anteriores por tres delitos de hurto. El Supremo declara la improcedencia de la agravante genérica que queda incluída en la previsión del art. 533, 3° [875]; en el mismo sentido ss. de 6 de marzo de 1.873 [876], 26 de mayo de 1.879 [877], 22 de enero de 1.880 [878], 26 de diciembre de 1.893 [879] y 31 de marzo de 1.910 en la que además las tres condenas anteriores había sido dictadas en una sola sentencia [880].

Unicamente en la s. de 23 de mayo de 1.888 que ya hemos citado en varias ocasiones por la particularidad del supuesto de hecho vemos apreciadas conjuntamente la cualificación del 533, 3° y la agravante 18ª [881].

B. Con la reiteración

En anteriores pasajes nos hemos pronunciado por la improcedencia de estimar la reiteración cuando concurran además los requisitos de la reincidencia genérica [882]. Con mayor énfasis debemos repetir aquí la misma conclusión, siempre desde la perspectiva del contenido sustancial de ambas agravantes. Si la reincidencia en su modalidad de doble o plurirreincidencia debe apreciarse para cualificar un hecho, no tiene ningún sentido apreciar además la reiteración por más que el reo tenga condenas anteriores por delitos de distinto Título. Puesto que la elevación de pena prevista para la doble reincidencia proviene de la consideración de la vida delictiva anterior del reo, la existencia de la reiteración no aporta ningún "plus" significativo que justifique la imposición en grado máximo de la pena ya elevada por la doble reincidencia.

Además no sería congruente que cualquiera que sea el número de condenas por delitos del mismo Título no pueda apreciarse más que la cualificación, y en cambio si aquellas son por delitos distintos produzcan una nueva agravación.

Sin embargo, durante los primeros años, el Supremo considera correctamente apreciada la agravante 17ª junto con la cualificación de doble reincidencia. Así respecto al hurto, se pronuncian la ss. de 28 de mayo de 1.874 [883] y de 18 de diciembre de 1.880 porque, según dice uno de los Considerandos de esta última, la reiteración es circunstancia "diferente" de la reincidencia [884]. Se aplica también la agravante 17ª en una estafa cualificada por doble reincidencia en s. de 22 de febrero de 1.875 [885].

La memoria de la Fiscalía de 1.899, a la que hemos aludido en otro lugar, también establecía la compatibilidad por ser ambas agravantes "diferentes" [886], afirmación que sólo parcialmente es cierta, pues si bien se diferencian por el elemento relacional, -mismo Título o no- y por la exigencia de gravedad relativa de las penas en la 17ª, no puede dudarse de que ambas pretenden agravar em función de los delitos anteriores del reo [887]. Con mejor criterio, y con argumentos que hubiesen sido perfectamente aplicables a los casos objeto de las resoluciones anteriores, la s. de 27 de junio de 1.916 rechaza correctamente la posibilidad de aplicación conjunta de la cualificación y de la reiteración. Dice así en uno de sus Considerandos:

> "Considerando, que no aparece que los delitos de atentado que motivaron las anteriores condenas del recurrente guarden ninguna relación jurídica con la del hurto, desconociéndose su importancia así como los móviles, ocasión y circunstancias en que se ejecutaron; que el delito penado en la sentencia reclamada es el

previsto en el nº 3º del art. 533 del código penal que reviste una especial naturaleza; pues al definirlo dicho precepto legal y agravar de un modo extraordinario la penalidad imponible por la acción culpable tiene en cuenta la circunstancia puramente personal del ser el reo dos o más veces reincidente por lo que cualquiera que fuere el número de esas reincidencias, no pueden ser estimadas como motivo genérico de agravación de la responsabilidad criminal; y si no puede surtir efecto dicha circunstancia, no parece lógico ni equitativo atribuir a condenas dictadas por actos de distinta naturaleza una mayor influencia en perjuicio del reo, elevando su penalidad, en primer término, por razón de aquella reincidencia, calificada de delito, y en segundo por estas condenas que la ley considera de menor importancia y más contingente trascendencia en orden a la responsabilidad criminal, ya que concede a los Tribunales la facultad de apreciarlas o no" 888).

Aparte de las consideraciones sobre la no "relación jurídica" entre las infracciones, causa suficiente para no estimar la agravante de acuerdo con el uso que venía haciéndose del arbitrio judicial [889], es del máximo interés la subordinación en que se coloca a la reiteración frente a la reincidencia tomándola indirectamente como una especie de menor gravedad dentro de la reincidencia en sentido general. Y es que efectivamente la agravante 17ª, aparece, a nuestro juicio, como un criterio o índice subsidiario de apreciación de esa "mayor perversidad" o de la "tendencia a delinquir" que pretende ser el fundamento de la reincidencia [890].

Además de que es evidente la injusticia comparativa a que se llegaría de apreciar la circunstancia 17ª, cuando por condenas de delitos del mismo Título más graves y en mayor número no puede estimarse la agravante genérica, ar-

gumento esgrimido por la defensa del procesado que acertadamente recoge también la sentencia. La apreciación facultativa de la reiteración permite acoger este criterio sin mayores problemas.

En cambio, a partir de 1.944, al suprimirse el arbitrio judicial en la reiteración, el Supremo atendiendo a la descripción formal de la agravante la considera compatible con la cualificación por multirreincidencia [891], si bien los efectos de la pena quedan al libre criterio del Tribunal, una vez que se ha elevado la pena en un grado [892].

4. EFECTOS

El efecto en la pena es el mismo en los tres supuestos legales que hemos examinado: la imposición de la pena superior en grado. Por tanto, de acuerdo con la graduación de penas que establece el código, el incremento está en función de la pena señalada por la ley para el delito que se trate, no en función de la gravedad de los delitos anteriores o su mayor número. Por lo que el incremento real por doble reincidencia puede consistir en 4 años o en 6 años de privación de libertad según los casos [893]. Esta exacerbación de la pena que rompe la debida proporción con la gravedad del delito solo puede explicarse por finalidades de prevención especial que, como ya es tradicional en los códigos penales españoles, pasan a primer plano en este tipo de delincuencia patrimonial, por

más que ello constituya una quiebra del sistema en que se inspira el código desde 1.848.

Además del incremento de la pena, el reincidente por segunda o posteriores veces quedará afectado por las demás consecuencias de carácter penal y penitenciario previstas para todo reincidente [894].

5. POSTURA DE LA DOCTRINA ANTE LA AGRAVACION POR MULTIRREINCIDENCIA

La cualificación del delito por doble reincidencia, que sin duda constituye una desviación de los principios retributivos [895], apenas va a ser contestada por la doctrina, como en su momento tampoco levantó críticas la cualificación por simple reincidencia introducida en 1.850 [896].

La ausencia casi total de denuncia por parte de los autores que básicamente aún continúan con los postulados de la escuela clásica, indica el carácter ecléctico del clasicismo español, y su asunción de ciertas concesiones a la prevención ante la necesidad de proteger de forma más eficaz a la sociedad frente a la ola de delitos patrimoniales.

Prácticamente solo GROIZARD combate la técnica seguida por el código al cualificar determinados delitos patrimoniales por doble reincidencia. Si ya al comentar la reincidencia simple había criticado su concreta configuración le-

gal, e incluso el hecho de que se tomara como agravante genérica [897], redobla sus ataques ante la cualificación por considerarla "mayor error y más trascendental injusticia", inspirada en el "científico espíritu de la intimidación"[898]. En su opinión el legislador ha tomado en cuenta la "peligrosa habitualidad" del reo, característica que a su juicio no puede ser un criterio para agravar la pena pues ni aumenta la culpabilidad del reo ni la gravedad del delito [899].

También ARMENGOL en un principio, al publicar su monografía sobre la reincidencia, se pronuncia contra la cualificación por no aconsejar tal elevación de la pena los principios penales, si bien dice que en una lógica común es comprensible el aumento del castigo por la sucesión de reincidencias [900]. Pero pocos años más tarde, tras su asistencia a los Congresos Penitenciarios de Estocolmo y Roma, cambia de opinión, sin duda influenciado por la ponencia presentada por WAHLBERG al primero de aquellos, en la que encuentra apoyo para defender ese aumento de pena que había rechazado antes por ser contrario a los principios clásicos [901]. Y así en 1.894 ARMENGOL se pronuncia como decidido partidario de la cualificación por reincidencia, o de una detención progresiva para el multirreincidente [902], adhiriéndose a la corriente penitenciarista europea que abrió dentro de la línea clásica una vía de aproximación, o de preparación, para la acogida de la Escuela Positiva [903].

Entre los autores correccionalistas no encontramos oposición a la superagravación, e incluso algunos proponen mayor represión para la multirreincidencia. SILVELA no llega a comentar la cualificación prevista en el código; en el terreno de los principios consideraba justa la agravación genérica por "aumento de valor del crimen", entendiendo por reincidencia la recaída después de haber cumplido el reo la condena anterior [904]. En su opinión, la repetición de delitos sin condena intermedia entraña menor gravedad porque en este caso la "fuerza casi avasalladora del hábito" debilita la libertad [905]. Pero en el Proyecto de código penal de 1.884 fundamentalmente elaborado por él, la simple reincidencia da lugar en todo caso a la imposición de la pena superior en grado, y la doble, también con carácter general faculta al juez para imponer la pena superior en dos grados [906]. Pese a que según queda redactada en el Proyecto la reincidencia no exige condena anterior a la recaída [907].

RUEDA y VALDES aprueban expresamente la cualificación por doble reincidencia, si bien con una cierta confusión de conceptos y principios. Ambos autores parten de que la reincidencia consiste en recaer en delito después de condena ejecutoria [908], -concepto que no coincide con los requisitos legales de la agravante-, y desde esa perspectiva aprueban la cualificación. Según RUEDA, a los multirreincidentes "es forzoso penarles de una manera excepcional, porque excepcional es también su culpabilidad" ya que las condenas anteriores no han significado ninguna enmienda en su persona y vuelven a delin-

quir "demostrando de una forma palmaria con su conducta que la delincuencia forma y formará parte de su manera de ser habitual" [909]. En estos casos excepcionales, puesto que la pena que parece apropiada para el delito -sigue diciendo RUEDA- no surte ningún efecto ni aun impuesta en su mayor extensión, "es necesario también prescindir de ella y acudir a otros procedimientos" [910]. Un ejemplo de procedimiento especial es, según sus palabras, la elevación de pena prevista para el robo y hurto por la doble reincidencia [911], pues las penas cortas son absurdas para conseguir la moralización del delincuente[912] Por ello, considera oportuno la adopción de disposiciones análogas a la ley francesa de relegación de reincidentes [913].

La justificación de esa especial penalidad la encuentra RUEDA en la "culpabilidad excepcional" del reincidente por haberse convertido en habitual; pero de las manirestaciones del autor se percibe que más que la retribución a la culpabilidad se intenta como fin primordial la corrección del culpable, y aun la inocuización cuando ya la corrección no es posible. Pues no otro sentido tiene esa relegación indeterminada de los reincidentes.

Un planteamiento muy similar es el de VALDES, quien, sin entrar a comentar en concreto las disposiciones del código, distingue teóricamente la reincidencia de la mera repetición de delitos, calificando a esta última menos grave por no haber experimentado el reo condena anterior [914]. Pero no alude al hecho de que la reincidencia legal prevista en el có-

digo penal español acoge casos de mera repetición. Después de exponer a lo largo de varios capítulos de su obra las diversas causas sociológicas de la delincuencia y de la reincidencia siguiendo fundamentalmente a MANZINI [915], y aunque recalca el pernicioso efecto de las cárceles tal como se encontraban en aquel momento [916], no duda en afirmar que el segundo y posterior reincidente, denominado "relapso", muestra "gran malicia y procacidad" porque "no quiere reformarse" pese a haber recibido los medios para educarse y corregirse a través de la pena [917]. Califica a estos sujetos de "contumaces" y reclama para ellos la imposición de la pena inmediata superior salvo si ésta fuera la de muerte [918]. Alaba el Proyecto de código penal de 1.887 por prever la"contumacia" como circunstancia cualificativa general [919], solución en su opinión "más científica y justa", que en el código de 1.870 solo se encuentra en algunos delitos contra la propiedad [920]; por lo que a su juicio no hay duda de que es correcta tal cualificación. Incluso avanzando más, al igual que hacía RUEDA propone que se relegue a los contumaces de la forma que se hacía en Francia [921].

La elevación de la pena propugnada por estos dos autores para los multirreincidentes, se justifica no porque sea más grave la comisión del nuevo delito, sino porque el sujeto es un "habitual", "que no quiere reformarse". Estamos en el tránsito de los principios clásicos a los de la Escuela Positiva con una cierta confusión o desviación de conceptos. En el fondo late el deseo de inocuizar a esta clase de

reos cuyos delitos son más molestos para la sociedad. La elevación de la pena, tal como señala el código para los doble reincidentes en hurtos y determinados robos y estafas sería según lo que postulan estos autores una medida de corrección -si aún ésta es posible- o una medida estricta de seguridad por más que la denominen "pena". Ya que es evidente que con ella no pretenden "castigar", sino neutralizar de algún modo la peligrosidad del sujeto.

MORENO en una postura parecida, pero más drástica en cuanto a la consecución de la corrección del reincidente, propone la"pena indefinida" para el contumaz, como único medio de obtener esa efectiva corrección [922].

En el primer Congreso penitenciario español celebrado en Valencia en 1.909, siguiendo la misma línea se acuerda entre otras cosas la conveniencia de introducir la deportación para los reos de delitos graves cuyas penas fuesen de reclusión o de cadena y para los "delincuentes graves habituales con más de tres reincidencias" siempre que fuesen menores de 30 años y mayores de 20 [923]. Claro mimetismo hacia lo que en otros países se venía legislando en relación a los multirreincidentes y habituales [924]. En el segundo Congreso penitenciario celebrado en La Coruña en 1.914 entre otras conclusiones se establece la conveniencia de pena indeterminada con un mínimo establecido en el código y un máximo determinado por el Tribunal en vista del estado peligroso del culpable, declarando el

fin "esencialmente defensivo" de la indeterminación, aunque no debe excluirse, se dice, la corrección del culpable [925]. Y asimismo se concluye que "el estado de reincidencia no implica el hábito, ni tampoco la calidad de incorregible en el delincuente [926], por lo que en cada caso hay que atender a las circunstancias de cada reo [927].

De hecho, años antes ya se había intentado algo parecido, aunque no fuese propiamente "pena indeterminada", en el Proyecto Montilla de 1.902, elaborado por BERNALDO DE QUIROS e inspirado en el famoso Proyecto de código federal suizo de STOOS [928]. Este Proyecto de 1.902 establecía la "retención indeterminada para los delincuentes incorregibles", medida a aplicar por el Gobierno a propuesta del Juez que conociese el delito cometido por un reo condenado anteriormente varias veces [929]. Lo interesante es que el acento se desplaza de la reincidencia a la incorregibilidad ya que es ésta la que interesa combatir. La reincidencia, o mejor la multirreincidencia, será uno de los índices para detectar aquella.

Durante las primeras décadas del siglo XX queda patente la aceptación cada vez más explícita de las "medidas" para el multirreincidente en el sentido propugnado principalmente por la Unión Internacional de Derecho Penal. JIMENEZ DE ASUA propone la adopción de medidas de seguridad para la reincidencia múltiple por ser esta expresión de un estado personal,

"la habitualidad", fundamento del "estado peligroso" 930). En su opinión procede la separación del reincidente del ámbito penal represivo para encuadrarlo en un derecho preventivo asegurador tal como hacía el Proyecto Suizo 931). Años después sigue JIMENEZ DE ASUA insistiendo sobre esta misma idea en multitud de ocasiones distinguiendo con mayor precisión las diversas respuestas que merecen la reincidencia y la habitualidad, y en este sentido dice:

> "La reincidencia fué una noción jurídica muy importante en el pasado porque suponía la agravación de la pena, pero que ahora, justamente a causa del progreso de la Criminología, ésta se encuentra en retroceso. Pero lo importante en grado superlativo es la habitualidad criminal" 932)

Aunque posteriormente en alguna ocasión manifiesta que la respuesta adecuada a la habitualidad que pueda mostrar la reincidencia debe consistir en una pena correccional, enmarcada en la sentencia indeterminada, mejor que una medida de seguridad con fines exclusivamente inocuizadores, pues debe distinguirse entre habitualidad e incorregibilidad 933).

En la misma dirección CUELLO CALON insiste en que la importancia de la reincidencia, concretamente en su forma múltiple, reside en el "estado peligroso" que ésta revela 934), y da cuenta de las orientaciones que en esta materia venía dando la Unión Internacional de Derecho Penal a través de sus diversos Congresos 935).

El acento queda, pues, desplazado al estado personal y el delito cometido pasa a lugar secundario, consecuencia lógica de la asunción de la prevención especial como objetivo primordial. Pero todas estas propuestas que pretenden una eficacia no lograda con el sistema clásico de represión, no tendrán plasmación legislativa en España hasta el código penal de 1.928 [936].

Como vemos, el creciente interés por las nuevas corrientes penales hace que se pase del antiguo cultivo de la exégesis de los preceptos legales al estudio de nuevos sistemas y a propuestas de "lege ferenda". Actitud que sin duda posibilita una doctrina más creadora por delante de las limitaciones legales, pero que en consecuencia deja de lado las críticas de las particularidades del código, en cierto modo lógico en cuanto que lo que se propone es una reforma bastante sustancial del sntiguo sistema.

Desde esta panorámica no es extraño que no encontremos comentarios concretos a la cualificación legal por doble reincidencia que veníamos examinando. Realmente frente a las medidas de seguridad que se proponen para los multirreincidentes habituales, la elevación de la pena en un grado prevista por la ley puede resultar hasta ridícula. Pero no hay que olvidar que esa elevación de pena no tiene -legalmente al menos- carácter de "medida" sino de "castigo" y además se impone no sólo para el multirreincidente en aquellos delitos pa-

trimoniales que resultan cualificados, sino para el reo, "reincidente por segunda vez". Recordemos que la reincidencia legal recoge también la repetición de delitos sin condena intermedia con tal que uno de ellos se enjuicie por separado y posteriormente a los otros. Por lo que no pueden aplicarse al "multirreincidente legal" las consideraciones que sobre su "incorregibilidad" se hacen partiendo del reo que ha sufrido una pena antes de volver a recaer en delito. Algunos casos de "multirreincidencia legal" sí podrían tomarse como índice de "habitualidad", pero no todos.

Por más que las nuevas tendencias propongan esas medidas de relegación para reincidentes, no queda justificado que se mantenga en el código, basado en el principio expiatorio, la elevación de pena por doble reincidencia, pues como decía GROIZARD congruentemente con los principios por él asumidos, los mismos en que se inspiró el sistema del código, ni el delito ni la culpabilidad aparecen más graves en la nueva recaída [937].

Otra cosa es que realmente se buscase -como parece- la prevención especial del reincidente, pero entonces debe desenmascararse y reconocerse esta desviación del principio retribucionista.

## 6. RESUMEN

Lo que en el código de 1.850 era cualificación por simple reincidencia, se mantiene en 1.870 pero sólo para "dos o más reincidencias". Por fundarse necesariamente esta agravación especial en el mismo concepto legal del nº 18 del art. 10, las primeras objeciones parten de las incongruencias derivadas de la desgraciada expresión "al ser juzgado" que fija en ese momento la comprobación de las condenas anteriores; Si la simple reincidencia se podía confundir con la mera repetición de delitos sin condena intermedia, la doble o triple, siguen permitiendo la misma confusión. Y puesto que no es necesario que la recaída sea posterior a la experiencia de una condena anterior, aparece desprovisto de sentido la razonable exigencia de que antes de una segunda reincidencia hubiese existido una primera. Este defecto legal permitió que la Jurisprudencia interpretase sin vacilar que la doble reincidencia quedaba integrada por la mera constatación de dos condenas anteriores, independientemente de que fuesen pronunciadas en una o en varias sentencias. Postura muy criticable desde la perspectiva de los principios racionales que deben informar la reincidencia jurídica, pero que la definición legal admitía dentro de su contenido material, tan próximo a la mera repetición delictiva.

De ahí arranca toda una sólida-sólida por repetida, no por consistente lógicamente- postura jurisprudencial

que desgraciadamente ha perdurado hasta hace muy pocos años, a pesar de que el texto legal de 1.944 no permitía ya tal interpretación.

El efecto cualificador con elevación de la pena en un grado, en puros principios doctrinales clásicos, que eran los vigentes cuando se promulgó el código, es inadmisible. Sólo puede responder a las finalidades de prevención especial que siempre se han acentuado ante los delincuentes contra la propiedad, especialmente frente a los delitos de esta clase menos graves, pero también más frecuentes.

Sin embargo, pese a constituir una desviación de los principios básicos en los que se inspira el código, apenas va a merecer críticas por parte de la doctrina de la época. Lo cual se explica, no solo ya por la aceptación de ese trato más severo como tradición legislativa española, sino también y principalmente porque los autores coetáneos al código de 1.870 se separan cada vez más de aquellos principios clásicos para acercarse o comulgar con los nuevos postulados defensistas. Los correccionalistas ven en la elevación de la pena un medio más eficaz para conseguir la corrección del delincuente. Y tanto correccionalistas como seguidores del positivismo crítico, se muestran partidarios de la adopción de medidas especiales para multirreincidentes tal como se estaba legislando en muchos países de Europa bajo el signo de la Defensa Social. Sin duda, ante las medidas de relegación cuasi perpetuas establecidas en otros países la cualificación por

doble reincidencia queda como una respuesta tímida en la lucha contra la multirreincidencia, y de ahí la ausencia de crítica de la misma, por más que la agravación prevista en el código constituya una "pena", no una medida de seguridad.

## III. FALTAS DE HURTO: CONVERSION EN DELITO POR ESPECIAL REINCIDENCIA

En el código de 1.870 por primera vez se establece una división de los hurtos en delito y faltas [938], remitiendo a éstas aquéllos de cuantía inferior a 10 pesetas, o a 20 pesetas tratándose de sustancias alimenticias o similares. Ello supone una considerable dulcificación en la represión de los hurtos de pequeña cuantía, no ya solo por la consideración de "falta" con su correspondiente pena "leve" sino porque de esta forma no quedan sujetos a las agravaciones cualificadas que desde 1.848 se prescriben para los hurtos [939]. No obstante la nueva regulación contiene ciertas reservas respecto al reincidente, que se manifiestan en la excepción establecida de forma peculiar para los reos condenados anteriormente por dos faltas de hurto, o por un delito de robo o de hurto. Estas condenas van a tener el efecto "fertilizante" [940] de convertir la "falta" en "delito", según queda regulado en el art. 531, 5° fundamentalmente.

Poco va a durar, sin embargo, esta normativa respecto a los hurtos, pues por ley de 17 de julio de 1.876 será modificada para volver al sistema de 1.850. Al parecer, según expone la Comisión encargada de dictaminar sobre la propuesta de esta ley de reforma, la práctica no había confirmado

las esperanzas de la nueva regulación instaurada en 1.870: "De un lado las frecuentes e inevitables complacencias de la Jurisdicción municipal; de otro, la falta de medios para hacer efectiva en las localidades pequeñas la penalidad del nuevo código, han puesto en evidencia la necesidad de volver a otro sistema cuyos ensayos no fuesen tan infelices" [941].

Con cierta precipitación se deroga lo relativo a las faltas de hurto, resultando algunas incongruencias con la penalidad más suave asignada a ciertos robos [942]. Tras algunos intentos de volver a instaurar las faltas de hurto en varios Proyectos de código penal, por fin se vuelve a establecer la normativa de 1.870 por ley de 3 de enero de 1.907, manteniéndose desde entonces hasta la actualidad.

La Doctrina de esta época, no aporta apenas comentario sobre esta regulación especial que convierte en delito la falta de hurto. A lo más se pronuncia sobre la procedencia o no de que estas infracciones pueden catalogarse como meras faltas cuando la sustracción sea de poco valor.

## 1. REGULACION LEGAL

### A. Período 1.870-1.876

Siguiendo la discutible técnica de determinar las penas de los hurtos en función de la cuantía de lo sus-

traído [943], en el último grado de la clasificación aparecen los hurtos por valor inferior a 10 pesetas o inferior a 20 pesetas para determinadas sustancias, cuando el reo haya sido condenado antes por otros hurtos o robo en la forma que ahora veremos. El texto de la primera edición del código de 1.870 lo establecía de la siguiente forma:

art. 531: "Los reos de hurto, serán castigados:

.....
5° Con arresto mayor en sus grados mínimo y medio si no escediere de 10 y el reo hubiere sido condenado dos veces por hurto en juicio de faltas"

art. 532: "No obstante lo dispuesto en el n° 4° del artículo anterior, no se considerará delito, sino que se castigará como falta, el hurto de semillas alimenticias, frutos y leñas, cuando el valor de la cosa sustraida no escediere de 20 pesetas y el reo no fuere dos o más veces reincidente"

En concordancia con estos dos artículos, en el Libro de las Faltas, el art. 606 en su número 1° decía:

art. 606: "Serán castigados con la pena de arresto menor, si el hecho no estuviere penado en el libro 2° de este Código:
1° Los que por cualquiera de los medios señalados en el art. 530 cometieren hurto por valor menor de 10 pesetas, o 20 siendo sustancias alimenticias, frutos o leñas, no siendo dos o más veces reincidentes"
....

Pero esta primera redacción que, evidentemente iba a traer sus problemas por las distintas expresiones utilizadas en el art. 531, 5°con respecto al 532 y 606, 1° fue corregida mediante el Decreto de 1 de enero de 1.871 destinado

a enmendar erratas y omisiones [944], del primer texto. De forma que quedan modificados los arts. 531 y 532 de la siguiente forma:

art. 531, 5°: "Con arresto mayor en sus grados mínimo y medio, si no excediere de 10 y el reo hubiere sido condenado por delitos de robo o hurto o dos veces por hurto en juicio de faltas" [945]

art. 532: Queda igual, pero se sustituye "dos o más veces reincidente"por "hubiese sido condenado por delitos de robo o hurto o dos veces por falta de hurto".

El art. 606, 1° no se modifica, con lo que se mantiene la incongruencia, pues ser "dos veces reincidente" respecto a la falta de hurto supone haber sido condenado antes por dos faltas contra la propiedad ( Título IV del Libro 3°), pero no constituyen reincidencia las condenas anteriores por delito, que están en otro Libro y Título. En la práctica se va a interpretar en el sentido corregido por el decreto de 1.871 para los arts. 531, 5° y 532.

Existe otro caso de conversión de falta en delito en los daños causados por ganado o pastoreo abusivo, previsto en el art. 613, donde se establece que la tercera reincidencia en el plazo de 30 días será castigada como delito de hurto o de daños. Textualmente dice:

> "Si los ganados se introdujeron de propósito o por abandono o negligencia de los dueños o ganaderos, además de pagar las multas expresadas en los artículos anteriores, sufrirán los dueños y ganaderos en sus respectivos casos de uno a treinta días de arresto,si no les correspondiera mayor pena como reos de hurto o daño por voluntad o imprudencia. Si reincidieran por tercera vez en el término de treinta días, serán juzgados y penados como reos de hurto o daño comprendidos en el Libro 2°".

Después de tratar los problemas del 531, 5°, haremos una somera referencia a esta disposición, pues aunque su aplicación práctica actualmente no sea importante, de hecho se ha mantenido en los códigos de 1.932 y 1.944 con ligeras modificaciones [946].

No a todos gustó la novedad de las faltas de hurto. Si nos atenemos a las manifestaciones del Marqués de SAN CARLOS, propulsor de la ley de 1.876 que produjo la vuelta al antiguo sistema, "tanto los tribunales como la opinión pública han considerado en el orden práctico esta reforma hecha en el código penal como una de las más funestas porque deja a la propiedad sin la necesaria defensa" [947]. GROIZARD se proclama acérrimamente opuesto a la nueva regulación de los hurtos como "falta". En su opinión, tal calificación de los hurtos, por escasa que fuese su cuantía, contradice los principios de la "ley racional" y de la ciencia, pues "la conveniencia social demanda adecuadas sanciones para poner siempre a salvo el derecho de propiedad más que otros hoy atacado" [948]. Rechaza asimismo los argumentos esgrimidos para defender la calificación de "falta" en base a la mayor rapidez y eficacia

que supone el procedimiento de la justicia municipal pues según expone, esto último es una cuestión adjetiva, susceptible de regularse por adecuada legislación procesal, sin que sea necesario para ello que el hurto deje de tener la categoría de delito [949]. Pero la principal razón aducida por GROIZARD en defensa de su postura reside en el alto valor asignado al derecho de propiedad, en cualquiera de sus manifestaciones [950]. AZCUTIA se lamenta de la calificación de "falta" pues aunque la cuantía del hurto sea mínima, puede revestir "como se han dado ya muchos ejemplos, caracteres muy alarmantes" [951], pero no explica a qué supuestos se refiere.

En la presentación de la proposición de ley para reconvertir las faltas de hurto a delitos, el Marqués de SAN CARLOS apoyaba su propuesta en "la dificultad, o más bien imposibilidad de hacer constar la reincidencia en la generalidad de los casos" a lo cual "se añade la injusticia de considerar como mera falta hechos que con sobrado motivo merecen calificación más dura" [952]. No se especifican cuales son esos motivos que aportan la gravedad aludida a tales infracciones; más bien, como en las alusiones de GROIZARD, parecen responder a un desmedido interés en proteger la propiedad de forma enérgica, aun en los casos más leves. Pues como alega en otra ocasión ante el Congreso en defensa de su propuesta, el castigo más severo de los hurtos por pequeños que fuesen era necesario para protección de los intereses agrícolas, de la eficacia de la repoblación de montes y cultivo de campiñas, amenazadas, según da a entender por las sustracciones de los pro-

ductos del campo por la población [953].

Estas razones fueron aceptadas por la Comisión encargada de dictaminar sobre la proposición de ley [954], y así se aprueba la modificación que vuelve a reconducir todo hurto a la categoría de delito. Por ley de 17 de julio de 1.876 quedan derogados el art. 606 en su número 1°, el 532 al que se le da otro contenido [955], y el número 5° del art. 531 señala la misma pena de arresto mayor en sus grados mínimo y medio para los hurtos inferiores a 10 pesetas, o a 20, si son de sustancias alimenticias, frutos y leñas [956]. Pero se olvida derogar el párrafo segundo del art. 617 relativo a la sustracción o utlización de objetos dañados por el autor, y ello dió origen a que algunas sentencias apreciasen durante esta época la falta de hurto prevista en ese artículo [957]. Así permanecerá la normativa respecto a los hurtos durante 30 años, hasta que por ley de 3 de enero de 1.907. se vuelve al sistema de 1.870.

B. Período 1.907-1.928

A pesar de la rapidez con que se aceptó la modificación de 1.876 sin objeción alguna en el Congreso, no puede decirse que la opinión fuese unánime. Ya GONZALEZ SERRANO se había pronunciado partidario de considerar "faltas" a los hurtos de objetos de poco valor, principalmente por razones de eficacia y agilidad procesal [958].

Y en plena vigencia de la normativa introducida en 1.876, CASTILLO denuncia la inversión de valores implícita en la regulación legal al proteger la propiedad con mayor énfasis que otros bienes superiores como lo es la integridad corporal. Expresamente dice este autor:

> "Por grandes que sean los respetos debidos a la propiedad, no lo son más que los obligados para con las personas, y si aún hoy mismo se califican de faltas las lesiones que curan antes de ocho días, y se piensa todavía ampliar el término, no parece natural que continúen en categoría superior esos otros hechos que atacan simplemente a los intereses económicos" 959).

Por ello aprueba la regulación prevista en el Proyecto de código penal de 1.884 que reducía a "falta" no solo los hurtos inferiores a 5 pesetas, sino también las estafas inferiores a 10 y los daños inferiores a 50 [960], al igual que lo había hecho el Proyecto de ALONSO MARTINEZ de 1.882 aunque con ligeras diferencias [961]. Sin duda es más correcta la técnica seguida en estos dos Proyectos que la que ofrece el código de 1.870 y después la ley de 3 de enero de 1.907 que siguen considerando la estafa como delito en todo caso, aunque resulte un tanto paradójico en los Proyectos aludidos esa diferencia en las cuantías fijadas como límites entre delito y falta en cada caso [962].

Fracasada la aprobación de los citados Proyectos, continúan los intentos de reducir el hurto a "falta" cuando su cuantía sea escasa. En 1.892 ALONSO CASTRILLO logra que

se dictamine favorablemente su proposición de ley en este sentido [963], pero por una u otra causa no llega a convertirse en ley. De nuevo en 1.907 el mismo diputado vuelve a enviar su proposición que logra esta vez su objetivo y da lugar a la ley de 23 de enero de 1.907, reinstauradora de la normativa inicial de 1.870.

Los motivos esgrimidos en favor de la propuesta de ley apelaban a los "sentimientos de necesidad y necesidades sociales y económicas del Erario Público, sin menoscabo de la justicia" [964], argumentos que la Comisión encargada de dictaminar la proposición acoge con especial consideración en lo relativo a las conveniencias del Erario, pues expresamente manifiesta:

> "reconociendo la necesidad sentida hace tiempo de rebajar a falta la categoría de hechos justiciables que desde 1.876 se vienen considerando como delito, y teniendo en cuenta además, las palabras del Sr. Ministro de Gracia y Justicia pronunciadas cuando la proposición se aprobó, como también la que de todos lados de la Cámara se expresaron al discutirse el presupuesto de aquel departamento ((...))" 965)

No es la primera vez que las cuestiones económicas y la necesidad de reducir los presupuestos públicos influyen decisivamente en favor de la aprobación de una ley [966] y en este caso creemos que éstas contaron más que esa"necesidad sentida", que apenas se razona, de rebajar los delitos a "falta". La modificación aprobada queda recogida en la nueva redacción que se da a los artículos 531, 4° y 5°, y 606, 1°y 2°

de la siguiente forma:

art. 531:

((...))

4° "Con Arresto mayor en toda su extensión si no excediere de 100 y pasase de 10, salvo lo dispuesto eg el n° 2 del art. 606.

5° Con Arresto mayor en sus grados mínimo y medio, si no excediere de 10 y el culpable hubiere sido condenado anteriormente por delito de robo o hurto,o dos veces en juicio por falta de hurto" 967)

En concordancia con la nueva redacción de estos dos números, correlativamente en el libro de las faltas el art. 606 números 1 y 2 queda como sigue:

art. 606: "Serán castigados con arresto menor, si el hecho no estuviere penado en el libro segundo de este Código:

1°. Los que por cualquiera de los modos expresados en el art. 530 cometieren hurto ppr valor menor de 10 pesetas, si el culpable no hubiere sido condenado anteriormente por delitos de robo o hurto, o dos veces en juicio de falta por hurto.

2°. Los que de igual forma cometieren hurto de leñas, ramajes, brozas, hojas u otros productos forestales análogos de los montes comunales por valor que no exceda de 20 pesetas siempre que el infractor pertenezca a la comunidad"

Nótese que el límite más amplio de 20 pesetas que con carácter general se establecía en 1.870 para hurto de semillas alimenticias, frutos y leñas, se reserva únicamente para los hurtos de leña cometidos en monte de propiedad comunal por un miembro de dicha comunidad [968].

A efectos de nuestro estudio interesa únicamente la función transmutadora de las condenas anteriores como caso particular de reincidencia. Efecto peculiar aparejado a la existencia de faltas de hurto y que tal vez responde a una solución de compromiso entre las posturas encontradas en pro o en contra de la degradación de los hurtos a falta.

Es de resaltar que esta cualificación o efecto transmutador de la falta en delito sólo se prevé para los hurtos y no para los daños que también,según cuál fuese su cuantía, tenían la calificación de "falta" [969]. Unicamente en el caso particular de daños causados por ganado, denominado pastoreo abusivo, que cuando se produce por tercera vez en el término de 30 días queda cualificado como delito según lo previsto en el art. 613 del código de 1.870, que en la modificación de 1.907 pasa a ser art. 612 con el siguiente texto:

Art. 612: "Si los ganados se introdujeren de propósito, además de pagar las multas expresadas , sufrirán los dueños o encargados de su custodia de uno a treinta días de arresto menor, si no les corresponde mayor pena como reos de hurto o daño. La tercera infracción cometida en el espacio de 30 días será juzgada como hurto o como daño comprendido en el Libro II"

Respecto a la redacción de 1.870, la cual se mantuvo inalterada hasta 1.907, se ha restringido el campo a las infracciones dolosas y por otro lado se ha especificado que no se trata de reincidencia, sino de mera repetición de la falta tres veces en el plazo de los 30 días [970].

## 2. CARACTERES DE ESTA REINCIDENCIA ESPECIAL

Para examinar esta especial cualificación de las faltas de hurto, tomamos la redacción dada al nº 5 del art. 531 por ley de 3 de enero de 1.907, que sustancialmente es la misma que la vigente durante el período 1.870-1.876 [971]. Según este artículo, la falta de hurto se convierte en delito

> "cuando el culpable hubiere sido condenado anteriormente por delito de robo o hurto o dos veces en juicio por falta de hurto"

Aunque no se aluda a "reincidencia", la referencia a las condenas anteriores del reo, con expresión muy similar a la utilizada en las agravantes 17 y 18, nos indica que estamos ante un supuesto de esta clase, por más que la circunstancia a la que el código denomina "reincidencia" sólo parcialmente coincida con el caso previsto en este artículo, como enseguida examinaremos.

Lo trascendental de esta "reincidencia" es su especial efecto transmutador de las "faltas" en "delito", efecto que supera el de la mera elevación de la pena. Por ello vamos a examinar primero la naturaleza de esta cualificación en el art. 531, 5º y después las diferencias con la agravante genérica del nº 18.

A. Elemento del tipo del delito de hurto inferior a 10 pesetas

La tipicidad del delito de hurto viene dada por la realización de una de las conductas descritas en el art. 530 y por el valor patrimonial del objeto material que debe encajar en uno de los supuestos del art. 531. Este artículo 531 es necesario para conformar la tipicidad del delito de hurto, pues debe constar un determinado valor económico del objeto apropiado [972]. Ahora bien, para el delito de hurto por valor inferior a 10 pesetas es necesario, además, que el sujeto activo ostente determinada cualidad: que haya sido condenado anteriormente por un delito de robo o de hurto o por dos faltas de hurto. Solo los "ya reos" [973] y específicamente reos de determinadas infracciones, pueden cometer el delito de hurto tipificado en el art. 530 en relación con el nº 5 del art. 531.

Si el sujeto no tiene esos antecedentes penales incurrirá en una "falta" de hurto, -si la sustracción es de un bien inferior a 10 pesetas-, o incluso puede no incurrir en responsabilidad criminal alguna si el hecho queda en grado de tentativa o frustración, estadios no punibles en las faltas [974].

La reincidencia, que normalmente da lugar a una circunstancia genérica de agravación, tiene en el art. 531, 5º

- concretamente la reincidencia que expresa esta disposición-, la categoría de elemento del tipo de ese delito de hurto inferior a 10 pesetas, pues solo cuando exista esa determinada circunstancia personal surge el "delito" previsto en ese número.

Esta exigencia de determinadas condenas anteriores en el reo, hace que el delito de hurto inferior a 10 pesetas presente características que le acercan a los denominados delitos "propios" o "especiales" [975], pues solo puede cometerse por determinadas personas, aquéllas que hayan sido condenadas anteriormente por los delitos a que se refiere el nº 5 del art. 531.

Integrado el delito de hurto del nº 5 del 531 por el requisito personal de haber sido condenado el reo por robo o hurto tal como se indica en dicho número, y por la cuantía económica de ser inferior a 10 pesetas el valor de lo sustraído, la consecuencia es que cuando el hecho quede en grado de tentativa o de frustración el hurto será punible, pues no puede considerarse como una falta; y así se estima en varias resoluciones de esta época [976]. En consecuencia nos podemos encontrar con el castigo por delito de hurto frustrado para el partícipe que reune la condición prevista de ya reo, mientras que el autor principal u otro partícipe que no reuna tal condición queda impune [977].

Respecto a hurtos consumados, de hecho la jurisprudencia rompe el Título de imputación y castiga por delito al reo que presenta condena las condenas exigidas por el 531, 5° mientras que castiga por falta de hurto a los demás que no tengan tal circunstancia. Así en s. de 23 de octubre de 1.908 respecto a un hurto de un pellejo de vino realizado por dos sujetos, uno de ellos es castigado como autor del delito de hurto y el otro como autor de "falta" de hurto 978).

En s. de 2 de julio de 1.913 sin embargo se absuelve al encubridor de un hurto inferior a 10 pesetas, pese a tener 4 condenas anteriores de hurto, por no constar el autor del hecho y por tanto no poder determinarse si debe calificarse como delito o como falta, duda que beneficia al encubridor, en contra de la petición Fiscal que abogaba por el castigo de éste en base al art. 531, 5° 979).

B. Diferencias con la reincidencia del art. 10, 18

Si el código hubiese utilizado el término "reincidencia" al aludir a la cualificación que ahora examinamos, los requisitos hubiesen sido los mismos expresados en la agravante 18ª. Pero en vez de esta referencia la ley detalla las características de la cualificación que, de hecho , salvo la exigencia del encuadramiento de los delitos en el mismo Título, encajan perfectamente en la definición legal de reincidencia

aunque ésta sea más amplia. Veamos por separado las diferencias.

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

Según dice el nº 5 del art. 531, de acuerdo con la redacción dada por la ley de 3 de enero de 1.907 [980], el hurto inferior a 10 pesetas adquiere la categoría de "delito" cuando el culpable "hubiere sido condenado anteriormente.." [981]. La expresión es muy similar a la utilizada en la agravante 17ª "haber sido castigado anteriormente...", y si para ésta entendíamos que el adverbio "anteriormente" exigía que la sentencia ejecutoria por el delito anterior hubiese sido dictada antes de la comisión del nuevo delito [982], la misma conclusión debe mantenerse a nuestro juicio para la cualificación que ahora tratamos [983].

La exigencia de haber sido condenado "anteriormente", en cuanto circunstancia del sujeto activo de la infracción, debe entenderse referida al momento de perpetración de la acción punible, salvo que se diga expresamente otra cosa o se desprenda claramente del texto que la interpretación debe ser distinta, lo que aquí no ocurre. Considerar que es suficiente la condena anterior al enjuiciamiento del delito constituye, a nuestro juicio, una interpretación desfavorable que no tiene base en la ley [984]. La conclusión sería distinta si se hubiese hecho referencia a la "reincidencia" que, como sabemos, en el código de 1.870

se configura sobre la condena anterior al enjuiciamiento[985] en la calificación legal de la misma. Por supuesto que si el código hubiese aludido a "reincidencia" hubiéramos tenido que interpretarlo así pues según el nº 18 del art. 10 basta que la condena sea anterior "a ser juzgado" el reo por el nuevo hurto.

En la práctica no hemos encontrado ninguna sentencia en la que se debata este extremo. Normalmente o bien simplemente consta que el reo "fue penado tres veces por hurto" por ejemplo, sin más especificación, o bien se constatan las fechas de aquellas condenas y en algunos casos las cuantías [986]. Cuando constan las fechas de los fallos anteriores se comprueba que son previas a la realización del nuevo hurto; solamente hemos encontrado una sentencia en la que se comprueba que una de las condenas por delito fue dictada con posterioridad a la comisión del hurto que se juzgaba, pero como además el reo tenía otra de fecha anterior al nuevo hurto, es correcta la apreciación del 531, 5º en base a esta primera y la apreciación de la agravante genérica del nº 18 en base a la dictada en segundo lugar [987]. De lo cual tampoco puede concluirse que la jurisprudencia interpretase "anteriormente" como exigencia de condena previa a la perpetración del hecho, pues no tenemos suficientes datos para ello, y es probable que en algunas de esas resoluciones en las que no constan fechas se apreciase la cualificación en el sentido en que se venía entendiendo a la reincidencia del nº 18.

b) P o r  d e l i t o  d e  r o b o  o  h u r t o

A diferencia de la reincidencia genérica, sólo las condenas por delitos de robo o hurto dan lugar a esta especial cualificación. Cualquier otra infracción del mismo Título no tiene ningún efecto sobre la falta de hurto, salvo el que lógicamente el Juez quiera darle dentro de la extensión de la pena señalada por la ley [988]. Resulta extraño que otros delitos del mismo Título y de "semejante especie" como la estafa, no concurra en la cualificación [989]. Habrá que esperar hasta 1.944 para ver incluída la estafa en esta disposición [990].

Es suficiente una sola condena por un delito de robo o hurto. La Jurisprudencia, como enseguida veremos y criticaremos, va a tomar las condenas que excedan para aplicar la agravante de reincidencia, y aún la cualificación por doble reincidencia del art. 533, 3°. El mecanicismo del código que sin dejar al juez la ponderación de la importancia de la condena anterior, pues puede tratarse de un hurto de 11 pesetas, obliga automáticamente a la cualificación,se contagia en cierto modo a los Tribunales, que van a limitar el examen de la reincidencia al mero cómputo del número de condenas anteriores, posibilitando una superposición de cualificaciones del todo punto nefastas para el reo, y lo que es peor dependientes de fechas de condenas, no de las de comisión de los nuevos delitos.

c) P o r  d o s  f a l t a s  d e  h u r t o

Según reza el nº 5 del art. 531, "o dos veces en juicio por falta de hurto". Por lo tanto, dos hurtos por valor inferior a 10 pesetas y que hayan merecido la calificación de "falta". Pues como estamos viendo, un hurto inferior a 10 pesetas también puede constituir "delito" si el reo ha sido condenado antes por delitos de robo, hurto, o dos faltas de hurto. No obstante, no siempre se requiere que ese hurto inferior a 10 pesetas haya sido condenado como "falta", pues en aras a la retroactividad favorable las condenas dictadas durante el período 1.876-1.907, en el que todo hurto era delito, se toman como condenas por "faltas" si de acuerdo con la nueva normativa hubiesen merecido esa calificación.

Y caso de no constar la cuantía del hurto anterior, en beneficio del reo, se tomarán también como inferiores a 10 pesetas. Veamos por separado estos casos.

a') Hurto inferior a 10 pesetas, o sin constar cuantía

Cuando el reo presenta una o dos condenas por hurto inferior a 10 pesetas, juzgado como "delito" de acuerdo con la normativa del código de 1.848-50 o con la vigente durante 1.876-1.907, estos hechos se toman como "faltas" a efectos de la cualificación del hurto cometido. La tercera condena por hurto inferior a 10 pesetas tendrá sin

embargo, ya el valor de "delito" pues las dos primeras de acuerdo con la nueva normativa hubiesen servido para convertirla en "delito"

Así en s. de 12 de abril de 1.873, se admite el recurso de la defensa que alegaba no haberse aplicado lo dispuesto en el art. 23 sobre retroactividad al haber condenado como delito de hurto aquél por valor inferior a 10 pesetas, al tener en cuenta una condena por delito de hurto también inferior a 10 pesetas, dictada bajo el código de 1.850. El Supremo casa la sentencia y califica el hecho de "falta" de hurto prevista en el art. 606, 1° del código pues esa condena debió tomarse como"falta", y por requerirse al menos dos anteriores para la cualificación [991].

La misma regla se sigue cuando no se conoce la cuantía del hurto condenado bajo la anterior legislación menos favorable. Así en s. de 30 de abril de 1.872 se establece que los dos hurtos anteriores, cuyas cuantías no constaban, debe computarse como "faltas" y en consecuencia ambos se toman para la cualificación de la nueva "falta" en "delito"; por lo que no procede estimar además la agravante de reincidencia del n° 18, como había hecho la Audiencia [992]. A esta sentencia aludiremos más adelante, pues en ella se sienta que cualquiera que sea el número de reincidencias solo procede la cualificación y no la agravante genérica ni la doble reincidencia [993], pos-

tura que no se mantendrá después de 1.907 [994]. Respecto a otras resoluciones que estiman como "falta" los hurtos anteriores cuando se desconoce su cuantía, nos remitimos a lo que se expondrá al tratar la compatibilidad de la cualificación del 531, 5° con la agravante genérica del número 18 y con la cualificación del art. 533 para los hurtos [995].

b') En una o en varias sentencias

El texto de 1.870 decía: "hubiere sido condenado dos veces por hurto en juicio de faltas" y el de 1.907, "dos veces en juicio de hurto". La expresa alusión a "dos veces" a nuestro juicio debe entenderse como exigencia de dos momentos distintos en los cuales el reo ha sido condenado por una falta de hurto. La condena en una sola sentencia por dos o más faltas de esta clase no deja de ser un solo momento condenatorio. Y parece lógico que la conversión del nuevo hurto en delito tenga lugar sólo después de que el reo ha recibido por segunda vez el reproche de una condena por otro hecho de la misma clase, interpretación que creemos está en consonancia con la letra de la ley.

Sin embargo, la jurisprudencia mayoritariamente, va a prescindir de la exigencia de dos sentencias, probablemente influenciada por la interpretación que desde el primer mo-

mento se hace de la doble reincidencia [996]. Pese a que la ley no habla de "doble reincidencia", los Tribunales se conforman con contabilizar el número de "faltas" anteriores y cuando se trata de hurtos inferiores a 10 pesetas calificados como delitos por la normativa anterior, toman al tercero y posteriores como "delitos" sin tener en cuenta que caso de haber sido condenados en una sola sentencia no podían calificarse como tales "delitos", pues no se daban los requisitos exigidos para ello.

Unicamente en una sentencia de la primera época encontramos aplicado el criterio a nuestro juicio correcto, exigiendo que las varias faltas hubiesen sido penadas en resoluciones distintas. Es la s. de 12 de diciembre de 1.874 que dice así en uno de sus Considerandos:

> "Considerando que según los mismos hechos consignados en la sentencia referida, aunque el expresado Eusebio Rodriguez S. ha sido penado anteriormente por sustracción de bellota a 9 meses de arresto por tres sustracciones distintas, pero juzgadas en un mismo acto, esta circunstancia no puede reputarse como base para constituir en delito el hecho que ahora se le persigue, puesto que para que así sucediese la ley exige que el procesado haya sido condenado tres veces por faltas y no una sola, aun cuando en ella se atribuyeran tres faltas distintas" [997].

Aunque la ley exige que el reo haya sido condenado "dos veces" y no "tres veces" como dice la sentencia, -parece que por concretarse al caso de autos-, es válida su argumentación.

C. Prescripción de las condenas anteriores. El R.D. de 14 de noviembre de 1.925

Las razones aludidas en favor de la prescripción de las condenas del reo a efectos de la reincidencia [998] son igualmente aplicables a este caso, y con mayor razón aún, pues si excesivo se juzgaba el efecto agravatorio genérico, más desproporcionado resulta que por un delito condenado muchos años antes, se considere automáticamente"delito" todo hurto que vuelva a cometer el reo por leve que sea el valor de lo sustraído.

No obstante, al igual que ocurría con la reincidencia, no es posible alegar el paso de largo tiempo entre las infracciones para rechazar la aplicación de lo dispuesto en el 531, 5°. Por ello, en s. de 5 de abril de 1.919 se casa la resolución de instancia que había condenado al reo como autor de una "falta" de hurto de 6 pesetas, aun cuando éste había sido penado por dos hurtos; en los años 1.890 y 1.895, por considerar que "el exceso de tiempo transcurrido, mayor que el de la prescripción del delito si hubiese quedado impune o sin ejecutar" aconsejaba dejar de tener en cuenta aquellos hechos [999]. El Supremo mantiene la obligatoriedad de la apreciación de la cualificación prevista en el 531, 5°.

Como sabemos, el R.D. Ley de 14 de noviembre de 1.925 estableció la prescripción de los antecedentes a

efectos de la reincidencia y reiteración sobre los plazos de prescripción del delito cometido anteriormente [1.000]. El problema entonces se planteó sobre la aplicabilidad de esta disposición a los efectos del 531, 5°, ya que aunque las condenas anteriores que integran necesariamente esta figura no constituyen estrictamente reincidencia, es indudable que tienen un núcleo común [1.001].

El Supremo se pronuncia por la ampliación de los efectos de la prescripción a los supuestos comprendidos en el 531, 5º basándose en razones de justicia y en el espíritu del Decreto de eliminar efectos excesivos de agravación por condenas lejanas en el tiempo. Así en s. de 28 de junio de 1.927 sienta esta orientación [1.002] que será repetida en resoluciones posteriores. Transcribimos uno de los considerandos de este fallo por el interesante razonamiento que ofrece:

> "Considerando que la redacción clara y terminante del Real Decreto de 14 de noviembre de 1.925 no permite, con verdadero fundamento, dudar que el propósito del legislador fue que los efectos de las agravantes de reiteración y reincidencia a que se refieren cesen cuando haya pasado el tiempo necesario para la prescripción del delito que sirve para apreciarlas; y aunque el fin propuesto se contraiga al texto del precepto de que se trata a los números 17 y 18 del art. 10 del c.p., hay que aceptar en buenos principios de orden lógico, y aún dentro de la más elemental justicia, que informando la disposición aludida el evidente deseo de favorecer a todos los culpables a quienes pudo afectar por razón de anteriores infracciones, con tanto o más motivo ha de procederse a su observancia si, al hacerlo, se obtiene un beneficio más estimable para el favorecido, pues de ser de otro modo se produciría una excepción no autorizada por el propio real decreto, y que, rectamente juzgando hay que presumir no estuvo tampoco en la mente del legislador el dejar de hacer extensiva la aplicación de casos como el del presente recurso, en que una interpretación restrictiva haría llegar a la conclusión de perjudicar

> tan considerablemente al reo el antecedente de haber sido condenado solo por faltas que, cambiando de modo esencial la naturaleza justiciable del hecho punible posterior, la cualificase hasta el extremo de convertir en delito lo que de otro modo sería falta, lo cual pugnaría también con el fundamental principio de que las dudas en materia penal han de resolverse siempre en sentido favorable a los inculpados; y porque en definitiva, si el propósito de la reforma del concepto de reincidencia está de modo preciso y claro definido en la exposición de motivos que precede al artículo de dicho real decreto de 14 de noviembre de 1.925, cuando se afirma que es el limitar los casos de su aplicación haciéndole perder toda eficacia cuando transcurre el tiempo a que se alude, notorio es que tal fin no resultaría cumplido íntegramente si el beneficio se redujera al restringido caso a que se contrae el preciso y taxativo texto del real Decreto, prescindiendo de su verdadero espíritu y bien explícita finalidad" 1.003)

Se desestima así el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal que entendía inaplicables al precepto en cuestión lo dispuesto en el R.D. de 1.925. En este caso las condenas anteriores por dos faltas de hurto habían sido pronunciadas seis años antes. Según lo prevenido en el referido Real Decreto, el plazo de prescripción a estos efectos es el mismo que el previsto para la prescripción de los delitos que motivaron las anteriores condenas, por tanto, en el caso de las faltas, al prescribir éstas a los dos meses [1.004], bastaría el transcurso de este corto tiempo para impedir su consideración como elementos cualificadores del nuevo hurto inferior a 10 pesetas en delito. Tiempo que parece excesivamente corto, no a efectos de que decaiga la posibilidad de perseguir una infracción de esta clase, pero sí para impedir los efectos previstos en el 531, 5°. Pero este defecto sería atribuible a la técnica seguida por el R.D. en materia de prescripción [1.005].

En la misma línea que la sentencia que acabamos de citar se pronuncia la de 31 de enero de 1.928, pero en ésta se trata de demostrar que la figura del 531, 5° es sustancialmente una "reincidencia" por constituirse sobre una "condena anterior" 1.006). Dice así uno de sus Considerandos:

> "Considerando que entre los preceptos contenidos en el n° 18 del art. 10 y el 5° del art. 531 del Código Penal no existe la diferencia que el Ministerio Público encuentra y ha inducido a la interposición de este recurso, sino que ambos son absolutamente idénticos, y tienen, por tanto el mismo jurídico sentido porque el primero expresa, como el segundo, una conducta anterior y ejecutoria por delito similar, por la repetición de atentados comprendidos en el mismo título del código citado, con la sola diferencia de referirse el primero, en generales términos, a la reincidencia como circunstancia agravante objetiva inherente a la persona del sujeto activo del delito o falta, y el segundo a esa misma circunstancia como cualificativa que, por serlo, eleva la falta a la categoría de delito; teoría que la Doctrina de esta Sala confirmó siempre al hacer aplicación del n° 5° mencionado, pues declara que en el caso de ser dos los delitos de robo o hurto y convertir la falta en una figura del delito, llama circunstancia cualificativa de reincidencia a la primera, y agravante de reincidencia genérica a la segunda, demostrando así que, como queda dicho, y como expresan otros conceptos del código, las palabras "condena anterior" y "reincidencia" son locuciones expresivas de una misma idea..." 1.007)

Y continúa con otro Considerando abundando en las mismas razones expuestas en la sentencia de 28 de junio de 1.927 citada antes 1.008). Idénticos argumentos y solución en la S. de 11 de octubre de 1.928 1.009).

Si se entiende efectivamente que la "condena anterior" constituye el núcleo o sustrato básico de la reincidencia, es cierto que estamos ante una de sus variantes, y que

en buen criterio los diversos efectos posibles que se atribuyen a ésta según los casos, deben pasar por el tamiz de la posible prescripción.

## 3. COMPATIBILIDAD CON LAS AGRAVANTES DE REINCIDENCIA Y REITERACION

### A. Con la reincidencia

La circunstancia de haber sido condenado el reo por delito de robo o hurto o por dos faltas de hurto antes de cometer otro nuevo de esta última clase, aunque no se denomine reincidencia, ofrece una estructura común con ésta, si bien por un lado no se limita a "delitos" ni a que éstos sean del "mismo Título" y por otro se contrae específicamente a robos o hurtos [1.010)].

No hay duda de la imposibilidad de apreciar la agravante genérica en base a las mismas condenas que dan lugar a la cualificación pues ello supondría un intolerable "bis in idem". El problema se plantea cuando existen condenas sobrantes una vez computadas la necesaria o necesarias para la citada cualificación. Y aquí nos encontramos ante el mismo dilema que en los supuestos de compatibilidad de reincidencia y reiteración genéricas. Formalmente se podría concluir que una vez convertido el hurto inferior a 10 pesetas en delito en base a la condena correspondiente, las sobrantes que pertenezcan

al mismo Título XIII pueden hacer surgir la reincidencia genérica. Pero esta solución estrictamente formalista no resulta satisfactoria desde la perspectiva material [1.011] pues no puede negarse que el desvalor de la reincidencia que da lugar a la cualificación es sustancialmente el mismo de la reincidencia genérica aunque se haya limitado a determinada clase de infracciones. Precisamente el hecho que de sólo las condenas por robo o hurto tengan la virtualidad de convertir la falta en delito quiere decir que esta clase concreta de reincidencia es la más trascendente en este tipo de infracciones, ya que la condena por estafas, daños u otros delitos patrimoniales no tienen cara al hurto más significación que el de una mera circunstancia agravante que, además, en las faltas no obliga siquiera a imponer la pena en grado máximo. Cuando además de varias condenas por estafas, por ejemplo, tiene el reo otra por delito de robo, -o hurto, o dos faltas de hurto-, queda derogada la regla general de mera agravación genérica para pasar a la regla especial de la cualificación. El aumento de pena que supone esta cualificación absorbe esa agravación genérica a que podían dar lugar la existencia de otras condenas anteriores menos trascendentes. Y caso de que las condenas sobrantes fuesen por delitos de robo o de hurto, tampoco parece lógico que sirvan para cualificar por doble reincidencia superponiendo dos graves cualificaciones, o bien, en caso de ser una sola condena la sobrante, para obligar a imponer la pena en grado máximo. Como dice QUINTANO, la letra de la ley posibilita una interpretación restrictiva en este sen-

tido, pues alude a que "el culpable hubiere sido condenado por delito de..." sin especificar el número de delitos anteriores por lo que en esa expresión caben una o más condenas 1.012). Como principio general, a nuestro juicio debe mantenerse que cuando se tiene en cuenta de alguna forma la vida delictiva anterior del reo para agravar o elevar la pena, la mayor o menor intensidad de esos antecedentes,-mayor o menor número de condenas-, no deben computarse para estimar otras agravaciones que no son sino distintas variedades de una misma institución, que según los casos se acentúa en determinado sentido, sin que por ello pueda tomarse como circunstancia "distinta" de todas las demás que pertenecen al mismo género y que participan del mismo fundamento.

La jurisprudencia en general va a seguir sin embargo la línea formalista y computará el número de condenas para separar unas de otras a efectos de apreciar las diversas agravaciones posibles. No obstante, en la primera época, encontramos alguna sentencia que, basándose en la redacción legal del art. 606,-correlativo al 531, 5° pero que aludía a "dos o más reincidencias" ("los que ... cometieron hurto por valor menor de 10 pesetas, o de 20... no siendo dos o más veces reincidentes"),-considera que cualquiera que sea el número de condenas anteriores por hurtos no puede apreciarse más que la cualificación. Dice así la s. de 30 de abril de 1.872:

"Considerando que según dispone el art. 79 del Código Penal vigente no producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley, o que ésta haya apreciado al describirlo y penarlo.
Considerando que el hecho que ha dado lugar a esta causa no constituiría por sí mismo más que una falta, corregida por el nº 1 del art. 606, pero que la ley eleva a delito mediante la concurrencia en el procesado de la circunstancia de haber sido penado por hurto.
Considerando que por lo mismo en el caso presente la reincidencia afecta de un modo especial constitutivo al delito y penalidad: que la Sala sentenciadora no ((sic)) ha apreciado la circunstancia de ser duplicada para elevarla al grado superior inmediato a la que corresponde al delito; y que la ley al prever que el procesado sea dos o más veces reincidente, no divide estas circunstancias, sino que reunidas las admite como motivo que da lugar a la agravación de la pena de una manera determinada, cualquiera que sea el número de reincidencias, siempre que sean dos las existentes ((...))" 1.013)

Concluye denegando la estimación de la agravante 18ª por haberse apreciado ya la cualificación del 531, 5º. Los mismos Considerandos ofrece la s. de 16 de diciembre de 1.872 1.014).

Pero cuando, después de la derogación de las faltas de hurto en 1.876, se vuelve en 1.907 a la normativa primera de 1.870, el art. 606 no alude ya a "dos o más veces reincidente" sino que toma la misma redacción del nº 5 del 531 al referirse a "condenado anteriormente por delito de robo o de hurto o ..." por lo que ya no existe ese apoyo legal que sirvió a aquellas sentencias para denegar la apreciación conjunta de ambas agravaciones. Y la jurisprudencia comienza a ser uniforme en la aceptación de la apreciación conjunta de ambas figuras siempre que exista una condena sobrante. Así aplican la agravante de reincidencia del nº 18 del art. 10 so-

bre el hurto convertido en delito de acuerdo con lo dispuesto en el 531, 5°, las siguientes sentencias: 14 de junio de 1.907 por hurto de un paraguas y tener el reo dos condenas de delito de hurto, rechazándose el recurso del Fiscal que pretendía la apreciación del 533-3° por doble reincidencia [1.015]; en idéntico sentido las ss. de 28 de junio [1.016], 9 de julio [1.017] 12 de octubre [1.018] y 15 de octubre del mismo año 1.907 [1.019] En s. de 24 de diciembre del mismo año se aprecia el recurso del Fiscal que pedía la aplicación de la reincidencia simple por tener el reo dos condenas anteriores de robo [1.020]; y en s. de 29 de enero de 1.913 se aprecia igualmente la agravante 18ª porque además de dos hurtos anteriores cuyas cuantías no constaban y que por tanto se computaron como "faltas", tenía el reo otra condena por delito de robo [1.021].

En ss. de 21 de mayo de 1.907 [1.022], 8 de julio del mismo año [1.023] y 7 de enero de 1.908 [1.024], el Supremo indica la posibilidad de haber aplicado la reincidencia genérica del art. 10, 18 pero no resuelve sobre ello porque el recurso planteado por el Fiscal solicitaba la estimación de la doble reincidencia del 533-3°, recurso rechazado por no existir dos condenas por delitos sobrantes, habiendo estimado en esos casos la Audiencia respectiva la cualificación del 531,5° sin concurrencia de agravantes. La argumentación es siempre la misma: imposibilidad de computar una misma circunstancia para dos efectos distintos en la penalidad, por prohibición del art. 79 del código [1.025]. Como ilustrativa de la postura del Supre-

mo transcribimos los siguientes Considerandos de la s. de 21 de mayo de 1.907:

> "Considerando que este Tribunal tiene con repetición declarado que de un solo hecho no puede deducirse más de una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, y como corolario de dicha doctrina ha declarado también diversas veces que una misma circunstancia no puede tener diversos efectos en orden a la penalidad, de donde se deduce que una falta de hurto cometida por quien ha sido condenado dos veces tan solo por delitos de robo o de hurto, no debe ser comprendida en el nº 3º del art. 533 del Código, pues si una de las reincidencias sirve para que la falta se eleve a delito no cabe dar también a la misma el efecto de sumarla con la otra para estimar que se ha cometido el delito cualificado a que se refiere el mencionado precepto.
> Considerando que para incurrir en la elevada penalidad del citado art. 533 nº 3º del código, es preciso, teniendo en cuenta la definición del nº 18 del art. 10 que se juzgue un delito de hurto realizado por quien sea dos o más veces reincidente, y esta condición indispensable deja de existir en el presente caso, pues el hecho que llevó a cabo el procesado no es constitutivo de delito, sino de la falta definida en el nº 1º del art. 606, lo cual, para merecer la sanción del art. 531, requiere como complemento una condena anterior por robo o hurto comprendido en en Libro 2º del código penal, y como esa condena viene a ser en tal caso elemento indispensable para su existencia no puede llamarse reincidente más que al que tenga dos, no doble reincidente al que haya sufrido menos de tres condenas anteriores por delitos contra la propiedad, ya que al obrar de otro modo se infringiría el art. 79 del mencionado Código" 1.026).

Con estas argumentaciones se opone el Supremo a la postura de la Fiscalía manifestada en la Memoria de 1.907 que citamos en otro momento [1.027], según la cual si el reo tenía dos condenas por delito, una de ellas servía para convertir la "falta" en "delito", "y las dos agravan la responsabilidad" de la forma prevenida en el art. 533-3º, postura que, a partir de 1.908 parece desterrada pues ya no volvemos

a encontrar recursos del Ministerio Fiscal en el sentido propugnado por la Memoria citada, imponiéndose el buen criterio congruente con los principios de inherencia.

A nuestro juicio, pudiera haberse avanzado algo más en la argumentación sobre la "inherencia" para llegar a excluir incluso la aplicabilidad de la agravante genérica cuando existen condenas sobrantes. Es cierto que el art. 531, 5° se construye sobre una determinada clase de reincidencia no coincidente totalmente con la circunstancia 18ª, pero no puede negarse que sustancialmente coinciden ambas. Lo que ocurre es que, particularmente respecto al hurto inferior a 10 pesetas, el legislador considera más grave aquélla que proviene de condenas por robo o hurto y por ello así lo ha especificado. Y si precisamente respecto a la falta de hurto ese tipo de condenas son las que se consideran más trascendentales, —pues otras condenas por delitos semejantes o de otra clase no tienen más efecto que el de cualquier circunstancia que el juez puede valorar según su prudente criterio 1.028)—, no puede dárseles mayor significación para que una vez elevada la pena al convertir la falta en delito, además, se imponga el grado máximo. El desvalor máximo dado por la ley a las condenas por robo o hurto absorbe el menor desvalor de la existencia de condenas por otro tipo de delitos. Y cuando las condenas sobrantes sean por robo o hurto, no puede apreciarse la reincidencia genérica por prohibición expresa del art. 79, pues el hecho de que el reo haya sido condenado por esta cla-

se de delitos constituye elemento inherente al hurto del 531, 5°.

Una vez aplicada una regla especial de agravación por reincidencia, o una cualificación específica, como en este caso, no puede retornarse a reglas generales. La agravación debe tomarse en su sentido sustancial, no en el meramente formal de contabilizar el número de condenas, al igual que, como señala MIR PUIG, cuando en un asesinato alevoso se utilizan más de un medio alevoso no se aplica la agravante genérica [1.029]. Y lo mismo podríamos decir respecto a una estafa realizada con más de un tipo de engaño. Si la jurisprudencia en estos casos atiende al sentido general de la agravante en su significado de alevosía, o de astucia, no se entiende por qué en la reincidencia desmenuza sus componentes pues en realidad el mayor número de condenas anteriores simplemente confirma una mayor intensidad en el fundamento sustancial de la reincidencia, pero una sola agravante. El hecho de que en algun caso la ley exija que el reo sea "dos o más veces reincidente" para aplicar una cualificación especial, es decir una reincidencia más intensa, no invalida lo anterior pues ello no quiere decir sino que en determinados casos se exige determinada intensidad.

B. Con la reiteración

Hemos insistido ya varias veces en la incompatibilidad sustancial de la reiteración con la reincidencia a efectos de apreciación conjunta sobre un mismo delito, por considerar que la reiteración no es sino una forma subsidiaria de captar el mismo fundamento que subyace en la reincidencia de delitos del mismo Título [1.030], y así lo entiende la jurisprudencia al utilizar las facultades de arbitrio concedidas para la estimación de esta circunstancia [1.031]. Ahora nos encontramos ante una cualificación que aunque no tiene la denominación de "reincidencia" ni se identifica totalmente con la concepción legal que de ésta da el código, pertenece al mismo género y por lo tanto básicamente las conclusiones pueden ser las mismas que hemos apuntado en otros momentos.

Si nos hemos pronunciado por la improcedencia de estimar la agravante genérica de reincidencia junto con la cualificación del 531, 5°, razones de justicia material abogan por la improcedencia también de la reiteración en este caso, ya que si decíamos que las condenas por delitos patrimoniales que no fuesen hurto o robo debían quedar absorbidas en el desvalor que la ley da al hecho de que el sujeto haya sufrido una condena por robo, hurto, o dos faltas de hurto, con más razón deben quedar absorbidas esas condenas por delitos que tienen menor significación cara a la nueva infracción cometida.

En el código de 1.870 las posibilidades de arbitrio judicial facilitan esta solución, pues la misma cláusula facultativa alude a la toma en consideración de las circunstancias del delincuente y la naturaleza y efectos del delito, por lo que parece aconsejable dejar de estimar la agravante genérica, no solo por la diferente naturaleza de las infracciones, sino porque teniendo en cuenta el ínfimo valor de la infracción y que ésta ha sido convertida ya en delito, no tiene mayor sentido agravar por reiteración; además esa especial cualificación pretende precisamente castigar con más fuerza a los sujetos que muestran, o mejor que se presume que muestran, una particular tendencia hacia los delitos patrimoniales. Si ésta es la razón de la cualificación y por la que se toman en cuenta solamente las condenas por robo o por hurto, ningún "plus" de gravedad significativo a esos efectos aporta el hecho de que el reo haya sido condenado por otra clase de delitos.

El criterio de los Tribunales parece que fue el de no aplicar la agravante 17ª junto a la cualificación del 531, 5°, pues al menos al Supremo no llegan recursos sobre supuestos de aplicación conjunta de estas dos figuras. La verdad es que de las sentencias que hemos examinado se deduce que cuando el reo de un hurto tiene antecedentes penales éstos versan en su inmensa mayoría sobre hurtos principalmente, o en todo caso sobre robos o estafas. En alguna ocasión, como en la s. de 25 de setiembre de 1.907 aunque consta que el reo tiene

además condenas por delitos de distinto Título no se menciona en absoluto a la reiteración [1.032].

Sólo hemos encontrado una sentencia, de la primera época, en la que se aprecia conjuntamente la agravante 17ª sobre un hurto del art. 531, 5° además de la doble reincidencia del art. 533, 3°: es la s. de 28 de mayo de 1.874, que juzgaba un hurto frustrado, inferior a 10 pesetas, pero que por tener el reo condenas por diversos delitos es calificado como "delito". El recurso presentado por la defensa se refería únicamente al error en la pena impuesta por no haberse tenido en cuenta la rebaja de la frustración, por lo que el Supremo no se pronuncia respecto a la reiteración, pero desde luego la pena aparece aplicada en su grado máximo [1.033]. Este es un caso claro de la trascendencia de la cualificación, pues de no tener los antecedentes por hurtos, el hecho hubiese quedado impune por merecer en sí la calificación de "falta", que como sabemos no es punible si no llega a consumarse [1.034].

En este caso hubiesen sido perfectamente aplicables los criterios expuestos en la s. de 17 de junio de 1.917 citada al exponer la compatibilidad de la reiteración con la doble reincidencia cualificadora del hurto [1.035], para dejar de apreciar la agravante genérica.

## 4. COMPATIBILIDAD CON LA DOBLE REINCIDENCIA DEL ART. 533, 3°

Las mismas razones que exponíamos para denegar la apreciación de la agravante genérica de reincidencia una vez cualificado el hurto en virtud de la previsión del art. 531, 5°, nos llevan a señalar la incompatibilidad de dicha cualificación con la de doble reincidencia recogida en el art. 533, 3°.

El n° 5 del art. 531 contiene la más grave consideración de la reincidencia dentro del código, pues por la concurrencia de una sola condena anterior por delito de robo o de hurto, o por dos faltas de hurto -que normalmente no tienen la virtud de agravar- el hecho va a pasar de ser calificado como "falta", a ser calificado como "delito" y en consecuencia a recibir una pena superior y de distinta naturaleza a la que le correspondería sin esa reincidencia [1.036]. Efecto muy superior cualitativamente del que se deriva de la cualificación del art. 533, 3° que además exige que el reo sea "dos o más veces reincidente". Sin embargo, ambas disposiciones constituyen cualificaciones por reincidencia , una dirigida a las faltas de hurto y la otra dirigida a los delitos de hurto. El problema surge aquí en cuanto que el hurto inferior a 10 pesetas una vez tipificado en al 531, 5° tiene el carácter de "delito" y como tal aparentemente es susceptible de soportar la cualificación del art.533, 3°; pero no obstante ello no es co-

rrecto pues no puede olvidarse que ese hecho ha sido ya cualificado por cierta clase de reincidencia, aquella que el legislador considera más grave de cara a esos hurtos más leves.

La estimación conjunta de ambas cualificaciones conduciría, y conduce de hecho pues los Tribunales como ahora veremos, las consideran compatibles, al absurdo de que mientras los hurtos superiores a 10 pesetas nunca pueden castigarse con pena mayor que la superior en un grado a la señalada por la ley para el mismo hecho sin calificar, cualquiera que sea el número de reincidencias o la cuantía del hurto, los hurtos inferiores a 10 pesetas, que en principio constituyen simples "faltas", pueden soportar dos elevaciones sucesivas de pena por razón de reincidencia, aunque cada cualificación tenga ciertos matices propios (aparte del trascendental efecto que supone la consideración del hurto como "delito" en vez de "falta").

La doctrina coetánea al código de 1.870 no alude a esta cuestión, si no es para dar noticia de las resoluciones del Supremo sobre este extremo [1.037] que, como es sabido, aplica conjuntamente ambas cualificaciones sobre un mismo hecho en una interpretación formalista y a nuestro juicio desnaturalizada de la reincidencia, pues divide esta circunstancia como si cada condena anterior constituyese una circunstancia independiente de agravación repartiendo las diversas condenas del reo para aplicar una y otra cualificación.

Efectivamente, la jurisprudencia considera la cuestión de la compatibilidad de la doble reincidencia sobre el hurto cualificado del art. 531, 5°en una cuestión de mero cómputo de condenas. Y así cuando el hurto inferior a 10 pesetas pasa a ser tipificado como delito en el 531, 5° en virtud de una condena anterior por delito de hurto o de robo, exige otras dos condenas más por delitos del mismo Título para apreciar la cualificación del 533, 3°. En este sentido se pronuncian las ss. de 24 de mayo, 14 de junio, 28 de junio, 8 de julio, 9 de julio, 12 de octubre y 24 de diciembre de 1.907[1.03] que rechazan la petición del Fiscal de estimación de la doble reincidencia por no existir tres condenas anteriores por delito. Con el mismo criterio mantienen la apreciación de la doble reincidencia estimada por la Audiencia o admiten el recurso del Ministerio Fiscal por existir tres o más delitos condenados anteriormente, las ss. de 27 de noviembre de 1.907 por tener el reo cinco delitos de hurto [1.039)], 31 de diciembre del mismo a los por dos delitos de hurto y uno de robo [1.040)], 2 de enero de 1.908 por tres delitos de hurto [1.041)], 4 de febrero de 1.909 por diez delitos de robo y hurto [1.042)], 28 de junio de 1.911 por cinco delitos de hurto [1.043)], 23 de junio de 1.915 por tres delitos de hurto, tres de estafa consumada y una frustrada [1.044)]. En s. de 9 de mayo de 1.916 porque además de tres condenas por hurtos inferiores a 10 pesetas que se tomaron para convertir la falta en delito el reo tenía un delito de robo y otro de hurto [1.045)].

Cuando no constan las cuantías de los hurtos anteriormente condenados, dato necesario por haber sido dictadas las condenas durante la época en que todo hurto era "delito" 1.046), se va a exigir por lo menos cuatro condenas por hurtos, ya que como argumenta la s. de 23 de octubre de 1.908

> "Considerando que aun en el supuesto de que las cuatro condenas impuestas anteriormente al procesado J.G. lo fueran por otros tantos hurtos de cuantía inferior a 10 pesetas, es evidente que el que dió origen al procedimiento actual, que tampoco excede de 10 pesetas, constituye un delito de hurto cualificado por la doble reincidencia, porque con arreglo a la ley de 3 de enero de 1.907 las dos primeras sustracciones serían falta, pero la tercera y la cuarta darán vida a dos delitos de hurto, doble reincidencia, que hace de obligada apreciación al caso el precepto contenido en el nº 3º del art. 533 del Código Penal" 1.047)

A falta de constancia de la gravedad de los hurtos anteriores se toman como inferiores a 10 pesetas, pero solo los dos primeros se consideran como "faltas" pues el tercer y cuarto, de acuerdo con la normativa más favorable de 1.907, hubiesen tenido ya la calificación de "delito" por el art. 531, 5º. Por tanto, las dos primeras "faltas" de hurto se toman ahora para cualificar el hurto que se juzga y los otros dos hurtos considerados como delito sirven de base para la cualificación por segunda reincidencia del 533, 3º. Idénticos razonamientos sobre la base de considerar los hurtos condenados anteriormente como inferiores a 10 pesetas, resuelven en el mismo sentido las ss. de 25 de setiembre de 1.907 1.048) 14 de febrero de 1.908 1.049) y 28 de junio de 1.910 1.050).

Pero esta exigencia de cuatro hurtos anteriores inferiores a 10 pesetas para apreciar la doble reincidencia en el hurto ya cualificado por el 531, 5°, solamente es correcta, -admitiendo a efectos de polémica que pueda ser correcta tal apreciación conjunta en algún caso- si el tercer hurto fue cometido después de haber sido condenado el reo por las dos primeras faltas de hurto [1.051]. O incluso, de considerar suficiente que esas condenas sean anteriores al enjuiciamiento del tercer hurto, es necesario al menos que hayan sido dictadas en sentencia anterior.a tal enjuiciamiento, por lo que como mínimo debe constar que ese tercer y cuarto hurto inferior a 10 pesetas fue condenado en sentencias distintas que los dos primeros, ya que así lo exige el n° 5 del art. 531 que se está aplicando retroactivamente a aquellos hechos para saber si con la nueva normativa hubiesen sido "falta" o "delito". Aunque en la sentencia citada no constan datos suficientes para saber si aquellos hurtos anteriores fueron objeto de una sola causa, datos que probablemente constaban en los sumarios respectivos, no podemos decir si en esos casos la apreciación de la doble reincidencia se hizo sin tener en cuenta esa exigencia de sentencias distintas. De todas formas hemos creído necesario matizar este extremo que no viene resaltado en las citadas resoluciones [1.052].

## 5. DAÑOS CAUSADOS POR GANADO: CONVERSION EN DELITO

Vamos a referirnos brevemente al caso del pastoreo abusivo que, previsto como una "falta", es susceptible de convertirse en "delito" en virtud de reincidencia o de mera repetición. En la redacción de 1.870, que se mantiene hasta la modificación de 1.907, el art. 613 en su último párrafo, disponía esta transmutación en delito cuando "reincidieran por tercera vez en el término de treinta días" [1.053]. La alusión a la "reincidencia" implicaba consecuentemente la exigencia de los requisitos legales de esta condena por hecho del mismo Título, anterior al nuevo enjuiciamiento, y al menos tres condenas anteriores [1.054]. Sin embargo, del texto del art. 613 parece deducirse que esa reincidencia se limita a la recaída en una falta de daños causados por ganado, no en cualquier falta contra la propiedad. Y por otro lado la exigencia de que esa reincidencia triple tenga lugar en el término de treinta días desde que se cometió la primera infracción hace muy difícil la posible apreciación de tercera reincidencia en tal corto plazo de tiempo.

Para evitar estos inconvenientes, la ley de 3 de enero de 1.907 modifica también esta disposición, que pasará a ser el art. 612, sustituyendo la alusión a la reincidencia por la de mera repetición en el mismo plazo: "la tercera infracción cometida en el espacio de 30 días, será juzgada como hurto o daño del Libro II" [1.055]. Este fue probablemente

el sentido que se quiso dar a la primera redacción de 1.870 pero como en aquélla se aludió a "reincidencia", era obligatorio acudir a la definición del nº 18 del art. 10.

En las pocas sentencias que sobre este artículo hemos encontrado, todas ellas posteriores a 1.907, se percibe que la interpretación del art. 613 había llevado a exigir la constancia de condenas anteriores a la última falta que se juzgaba.

Así la s. de 29 de noviembre de 1.912, casa el fallo de la Audiencia que había calificado de delito de hurto de 22 pesetas los daños causados en tres ocasiones, concretamente en tres días seguidos. El Supremo sigue interpretando el nuevo texto del art. 612 sobre la exigencia de previas condenas y además dictadas en procedimientos separados [1.056)].

Pero ya en posteriores sentencias se aplica congruentemente el art. 612 según su texto explícito, que requiere comisión de la falta por tres veces en el plazo indicado. La s. de 2 de octubre de 1.915 confirma la apreciación de la Audiencia de delito de hurto del 531, 5º con la cualificación incluso de doble reincidencia del 533-3º, pues además de haber cometido el reo varias faltas de pastoreo abusivo en más de cuatro ocasiones en el plazo de treinta días, constaban anteriores condenas por delitos de hurto [1.057)]. Igualmente en s. de 12 de noviembre de 1.921 se sienta la suficiencia

de la mera repetición en el plazo previsto [1.058].

La solución legal de convertir en delito la tercera falta cometida, como respuesta a los abusos en este terreno del pastoreo de ganados, es difícilmente justificable, y solo comprensible bajo la perspectiva de una enérgica política de prevención.

Esta disposición se mantendrá en el código de 1.932 con la misma redacción dada en 1.907 [1.059], y pasará al código de 1.944 pero con el texto modificado en el sentido de exigir dos condenas anteriores por la misma falta [1.060].

## 6. RESUMEN

La regulación del hurto inferior a 10 pesetas en el código penal de 1.870 aparece como el resultado de la confluencia de dos fuerzas de opinión opuesta sobre la política a seguir contra las frecuentes infracciones patrimoniales. Por un lado, atendiendo a los que, en congruencia con los principios de retribución proporcional, pedían la adecuación del castigo de los hurtos leves, éstos pasan a ser considerados como meras "faltas". Pero como contrapartida a esta suavización, esos mismos hurtos reciben la calificación de "delitos" cuando se trata de un reo condenado antes por delito de robo o de hurto o dos faltas de hurto, según prevé el art. 531, 5°.

Se calman así de algún modo aquellas voces de quienes reclamaban una política enérgica contra la "lacra social" de los pequeños rateros; si bien este grupo de opinión logrará en 1.876 que todo hurto por mínimo que fuese su valor vuelva a ser considerado como delito. De vuelta a la normativa de 1.870 por una ley de 1.907, volvemos a encontrarnos con esa duplicidad de trato para los hurtos leves.

La figura recogida en el nº 5 del art. 531 atiende más a la condición del reo, sobre el que se presume una inclinación hacia ese tipo de delitos, que a la gravedad objetiva del hecho realizado. Como en códigos anteriores, la idea de la peligrosidad del sujeto subyace como criterio principal, aunque no confesado, en la mayor represión de la reincidencia en delitos patrimoniales, para dar paso a la prevención con la consiguiente desviación de los principios retributivos. Puesto que no se conoce otro medio de reacción penal, la peligrosidad es contestada con mayor castigo.

Y a pesar del trascendental efecto agravatorio que supone la transmutación de una "falta" en "delito", el reo multirreincidente que comete un hurto leve va a sufrir de hecho una segunda cualificación al aplicársele la previsión del art. 533, 3º por doble reincidencia, ya que la jurisprudencia, en una interpretación formalista de la reincidencia, separa las diversas condenas del reo para aplicarlas a una y otra cualificación. El resultado es que el "ladrón conocido", valga la ex-

presión, por mínima que sea la infracción que cometa, recibe un castigo equivalente al previsto para delitos cualitativamente mucho más graves.

## IV. RECAIDAS DURANTE CUMPLIMIENTO DE CONDENA

Manteniendo el mismo sistema del código penal de 1.848, el art. 131 del código de 1.870 recoge la comisión de delito o falta durante el período de ejecución de una condena, tal como hacía el art. 125 del código anterior, aunque de forma más sencilla y con mayor benignidad.

Vamos a ceñirnos a las particularidades que presenta este artículo 131 respecto al antiguo texto de 1.848 1.061).

### 1. REGULACION LEGAL

El art. 131, encuadrado en el Título V del Libro I del código constituye una causa general de agravación de la pena pese a quedar recogido en lugar distinto de las agravante genéricas. Dice textualmente dicho artículo:

> Art. 131: "Los que cometieren algún delito o falta después de haber sido condenados por sentencia firme no empezada a cumplir o durante el tiempo de su condena, serán castigados con sujeción a las reglas siguientes:
> 1ª. Se impondrá en su grado máximo la pena señalada por la ley al nuevo delito o falta.
> 2ª. Los Tribunales observarán en cuanto sean aplicables a este caso, las disposiciones comprendidas en el art. 88 y regla 1ª del art. 89 de este Código.

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

Como se puede ver, esta disposición aparece simplificada respecto al antiguo art. 125 del código de 1.848 pues recoge una sola regla de agravación compun para todos los supuestos en ella previstos, lo que no va a dejar tampoco de presentar algunos problemas prácticos en su aplicación [1.062]. Su estrecho parentesco con la reincidencia en sentido general hace que continúen las críticas ya manifestadas en la época anterior que pedían su reconducción a las reglas generales del art. 10 [1.063].

## 2. CRITICA DE LA DOCTRINA

Las objeciones que levanta esta figura que SILVELA denomina "cuasirreincidencia" [1.064] se centran principalmente en su incorrecta ubicación y en su inoportunidad o improcedencia.

### A. Incorrecta ubicación

En general la doctrina se pronuncia por el tratamiento conjunto de los supuestos del art. 131 con las circunstancias de reiteración y reincidencia. GROIZARD alude a la "funesta disgregación de materias que conduce a esa discre-

pancia de principios que se podían haber evitado de tratarse todas las clases de reincidencia bajo una misma clave y de forma más congruente [1.065]. En el mismo sentido RUEDA critica la debilidad de principios que supone diseminar materias que debieran estar reunidas [1.066], y BERNALDO DE QUIROS propone "la reconducción de esta figura anómala a la teoría general de la reincidencia debidamente desarrollada" [1.067].

Los Proyectos de código penal de ALONSO MARTINEZ y SILVELA pretendían terminar con esa disgregación. El primero, Proyecto de 1.882,trataba las recaídas durante condena como otra agravante genérica más a continuación de la reincidencia, pero excluía expresamente de su ámbito aquellas que constituyesen "reincidencia" [1.068]. El Proyecto de 1.884 de SILVELA reservaba un Capítulo para la "Acumulación de delitos, reincidencia y quebrantamiento de condena" estableciendo que la comisión de un delito durante condena quedaba afectada por las mismas reglas de la reincidencia [1.069]. En ambos Proyectos el tratamiento era más congruente, no sólo por recoger en un mismo lugar las diversas modalidades o supuestos de recaídas, sino porque al remitir a las reglas de reincidencia se evitaban los problemas de concurso de leyes que presenta el código de 1.870. Al no prosperar los citados Proyectos, sigue incólume el precepto en cuestión hasta que desaparece el código de 1.928 [1.070].

B. Improcedencia o superfluidad

Las críticas no se limitan a declarar incorrecta la ubicación del precepto en cuestión, sino que en general se muestran contrarias a su misma existencia aunque a veces esta crítica parte de su equiparación a la reincidencia olvidando que el art. 131 recoge otros supuestos además de los contemplados en las agravantes 17 o 18. Para GROIZARD, el precepto no está justificado en absoluto por razones morales ni jurídicas pues, a su juicio, no solo no es peor la condición del que recae durante cumplimiento de condena, sino que incluso esta recaída revela menor gravedad que la ocurrida después de cumplida totalmente la pena impuesta [1.071)]. ARMENGOL será el más enérgico censor del art. 131 explayándose en sus inconvenientes. Por un lado considera superflua esa disposición una vez de que ya se han previsto las agravantes de reincidencia y reiteración, y manifiesta que la recaída durante condena no supone ni mayor perturbación del orden público ni mayor perversidad en el reo que las agravantes citadas [1.072)], por ello dice que, o sobran los números 17 y 18 del art.10, o sobra el art. 131 [1.073)]. Pero es que además, por otro lado, expresamente sienta que la responsabilidad por los delitos cometidos en prisión incumbe principalmente a la defectuosa organización de los establecimientos penitenciarios que él por su cargo bien conocía [1.074)]. Entiende sin embargo ARMENGOL, que la razón de establecer tal precepto en los legisladores de

1.848 fue el de intentar contener las demasías y atropello tan frecuentes en las cárceles españolas [1.075], y ciertamente, como expusimos al tratar el código anterior, éste parece ser el motivo originario de tal precepto [1.076]. Probablemente estas mismas razones son las que abonan su mantenimiento en el código de 1.870 pese a que en éste se haya suprimido "de facto" las penas perpetuas que fueron una de las causas que llevaron a crear reglas de penalidad para la reincidencia en estos casos [1.077].

También VALDES se pronuncia en el sentido de considerar más grave la recaída del que ya cumplió condena anterior que la del que aún se encuentra cumpliéndola [1.078]; y RUEDA, que defendía que la reincidencia debe ser causa de agravación solamente cuando el reo ha empezado a cumplir o ya ha cumplido la condena anterior [1.079], critica que se establezca una agravación para las recaídas ocurridas antes de comenzar ese cumplimiento, aunque globalmente critica también lo dispuesto en el art. 131 [1.080]. BENITEZ DE LUGO considera que esta clase de recaídas deberán considerarse como meras faltas disciplinarias -aparte de la responsabilidad por el hecho cometido si fuere punible- o en todo caso tomarse como un supuesto común de reincidencia [1.081].

Ningún autor alude a que, por ejemplo, deba ser agravada la comisión de un delito de distinto Título de pena mayor al anterior cuya condena esté cumpliendo el reo o que

igualmente la comisión de "faltas" penales merezca una cierta agravación por encontrarse el reo en la situación prevista en el art. 131, por lo que deducimos que se considera suficiente la regulación de las agravantes 17 y 18ª sin necesidad de extender su ámbito a otros supuestos.

3. REQUISITOS

Vamos a examinar sumariamente los presupuestos sobre los que descansa el precepto objeto de estudio, que son básicamente los mismos que vimos en el código de 1.848. Por ello, reseñaremos únicamente lo que aparezca como más relevante para poder sentar las diferencias e interferencias con las agravantes 17 y 18ª según quedan reguladas en el código penal de 1.870.

A. Recaída en delito o falta después de sentencia firme

Simplemente recordemos la amplitud con que este precepto recoge toda clase de recaídas sin limitación por razón de que el nuevo hecho sea delito o falta, más o menos semejante respecto al anterior, o castigado con menor o mayor pena 1.082).

En comparación con las notas concretas de la reincidencia en el código de 1.870, debe observarse la superior técnica de este precepto, en cuanto que exige condena

anterior a la comisión del nuevo hecho dejando claro su diferencia con los supuestos de mera repetición, cosa que como se ha visto no ocurre con la reincidencia del nº 18 del art. 10 [1.083].

B. Durante el periodo de ejecución de condena

El texto de 1.848 hacía referencia a que el reo se encontrase bajo una condena firme "bien hallándose cumpliéndola o bien habiéndola quebrantado" [1.084]. El art. 131 que examinamos ahora, amplía algo más su campo de aplicación pues alude a los condenados por "sentencia firme no empezada a cumplir o durante el tiempo de su condena", con lo que abarca todo el periodo de ejecución de condena, se encuentre o no el reo a disposición de la justicia.

Quedan fuera de su ámbito las recaídas que tengan lugar después de que el reo ha sido indultado por el delito anterior, o bien cuando haya prescrito la pena o perdonada por la víctima en los casos en que ello es posible, ya que aunque las condenas sean firmes ya no puede exigirse su cumplimiento. Luego el reo no se encuentra en período de ejecución que es el presupuesto del art. 131.

Mayor problema presenta la institución de la remisión condicional de la pena [1.085], pues mientras el reo se encuentra en el período marcado como condicional no puede decirse que está "cumpliendo" la pena; podía interpretarse

que aún "no ha empezado a cumplirla" lo cual es cierto, pero creemos que el art. 131 se refiere a los que "deben" empezar a cumplirla aunque por una u otra causa no hayan comenzado. Y el reo beneficiado de la "condena condicional" mientras disfruta de ella no se encuentra en esa situación pues aun no se sabe si deberá cumplir la pena impuesta ya que ello depende de su buena conducta durante el período señalado. Por ello,a nuestro juicio la comisión de un delito o falta por el sujeto que se encuentra disfrutando de la remisión condicional no queda sujeta a las reglas del art. 131 sino solo en su caso a las agravantes genéricas 17 o 18. Aunque precisamente la recaída sea causa de que se le revoque aquel beneficio concedido.

En cuanto a la libertad condicional [1.086)], es evidente que aunque el reo haya salido de prisión sigue cumpliendo su condena en régimen de libertad, por lo que puede quedar sujeto a lo dispuesto en el art. 131.

Respecto a la jurisprudencia del Supremo sobre este artículo, podemos decir que es más bien escasa, y que en más de una ocasión se elude su aplicación para apreciar simplemente la reincidencia genérica como en seguida veremos.

En cuanto a delitos cometidos antes de comenzar el reo a cumplir la condena anterior solo hemos encontrado una sentencia en el Supremo, de 4 de diciembre de 1.890

que aplica el 131 al asesinato cometido por un sujeto condenado por lesiones, destierro y multa "cuya pena personal no había empezado a cumplir" [1.087]. Las demás sentencias sobre esta disposición tratan de delitos cometidos en presidio y la mayoría de ellas son por asesinatos.

Aparte de la s. de 17 de mayo de 1.878 que versa sobre un delito de estafa y falsificación cometido cumpliendo condena [1.088] y la de 10 de abril de 1.888 sobre unas lesiones cometidas durante la extinción de una condena por robo [1.089], las ss. de 25 de octubre de 1.889 [1.090], 17 de marzo de 1.893 [1.091], 22 de febrero de 1.894 [1.092], 13 de abril de 1.895 [1.093] y 6 de julio de 1.914 [1.094] juzgan el asesinato cometido en la cárcel por sujetos que se encontraban cumpliendo condena. En todas ellas se impuso irremediablemente la pena de muerte por ser ésta el grado máximo de la señalada para ese delito, grado máximo no compensable por la existencia de atenuantes que en algún caso concurrían en el reo [1.095].

Es significativo que el art. 131 tienda a aplicarse restringidamente a los casos de delitos más graves cometidos en prisión, pues en otros casos, pese a constar que el reo se hallaba cumpliendo condena, los tribunales no mencionan esa disposición o bien declaran que no procede su aplicación por no haberse pronunciado el Jurado sobre el extremo de la situación del reo a este respecto. Así ocurre

en la s. de 10 de julio de 1.891 en la que el Supremo admite el recurso de la defensa que aludía a la indebida aplicación del art. 131 que había hecho la Audiencia, porque su apreciación carecía de la necesaria "base de hecho en el veredicto" a pesar de que en la descripción de los hechos queda patente que el asesinato que se juzgaba fue cometido en prisión donde el reo se encontraba cumpliendo la pena de un homicidio anterior [1.096]. En alguna otra resolución se elude la mención al art. 131, aunque en los Resultandos de la sentencia se lee que el sujeto estaba cumpliendo condena; así ocurre en la s. de 8 de octubre de 1.880 en la que se juzga al sujeto por uxoricidio cometido mientras estaba en destierro impuesto como pena por los anteriores delitos de disparo y lesiones, delitos que se toman en cuenta para apreciar la agravante de reincidencia y reiteración, pero ni se menciona el art. 131 [1.097].

## 4. EFECTOS

### A. Grado máximo preceptivo, no compensable

La comisión de un delito o falta durante el periodo de ejecución de condena tiene un efecto agravatorio de la pena que viene determinado por una regla única para todos los supuestos: "Se impondrá en su grado máximo la pena señalada por la ley al nuevo delito o falta". Es de notar la simplificación respecto a las diversas reglas que dispo-

nía el artículo 125 del código de 1.848 a través de las cuales se llegaba a la imposición de penas superiores en grado [1.098]. Ahora el efecto resulta más benigno globalmente, aunque todavía es superior al de una circunstancia agravante, ya que tiene el carácter de regla especial frente a las señaladas en el art. 82 para el juego normal de circunstancias modificativas [1.099], y por lo tanto no es compensable con las posibles atenuantes que puedan concurrir en el hecho. Así lo entienden GROIZARD [1.100], ARMENGOL [1.101], VIADA [1.102] ALVAREZ CID [1.103], RUEDA [1.104], BERNALDO DE QUIROS [1.105] y JIMENEZ DE ASUA [1.106]. Mientras que SILVELA [1.107] y GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN [1.108], sin mayor explicación, consideran que el efecto previsto en el art. 131 es el mismo que el previsto para una circunstancia agravante general.

La Jurisprudencia claramente se pronuncia por el efecto preceptivo de imposición del grado máximo no compensable con otras modificaciones: Así en la s. de 22 de febrero de 1.894 se establece que:

> "Considerando que tanto al estar los responsables de nuevos delitos, condenados ya anteriormente por sentencia firme no empezada a cumplir, como en el estado de cumplimiento de la condena impuesta, son situaciones jurídicas que el legislador ha tenido en consideración para aumentar la penalidad en los posteriores hechos punibles, no en concepto de circunstancias agravantes, sujetas a las reglas establecidas para su compensación con las atenuantes, sino como precepto absoluto y determinante de la pena imponible en tales casos" [1.109]

En el mismo sentido,la s. de 4 de diciembre de 1.890 establece que el grado máximo a que se refiere la regla 1ª del art. 131 constituye una "penalidad especial", sobre la que pueden apreciarse las reglas del art, 82, pero dentro de los límites de ese grado máximo [1.110]. Igual doctrina en ss. de 13 de abril de 1.895 y de 6 de junio de 1.914 [1.111].

Sobre esa pena imponible constituída por el grado máximo deben aplicarse las demás reglas generales que correspondan por razón del grado de desarrollo o de participación. Igualmente en la fijación de la pena concreta deben tenerse en cuenta, cuando sea posible, la concurrencia de atenuantes y agravantes, pero siempre dentro de ese grado máximo. Así la s. de 10 de abril de 1.888, en la que se juzgaba un delito de lesiones cometido en prisión, sin circunstancias modificativas, casa la resolución de instancia que había aplicado una duración de la pena correspondiente al grado máximo dentro de la pena imponible; cuando en virtud del art. 82 correspondía aplicar el grado medio por la ausencia de modificativas [1.112].

Esta división de la pena imponible en tres grados para recoger la incidencia de atenuantes o agravantes es imposible cuando el grado máximo de la pena señalada por la ley lo constituye una pena indivisible, como puede ser una pena perpetua [1.113] o la pena de muerte. Así ocurre en

varios de los casos en que aplicó el art. 131, en los que por juzgarse un delito de asesinato cuyo grado máximo era la pena capital, no podían tenerse en cuenta las posibles atenuantes. En este sentido se pronuncian las sentencias que hemos citado anteriormente que versaban sobre asesinatos cometidos durante condenas anteriores. Así por ejemplo, la s. de 25 de octubre de 1.889 establece que puesto que es obligada la aplicación del grado máximo de la pena del asesinato, "y constituyendo dicho grado en el caso del presente recurso la pena de muerte, ésta es la que procede aplicar sin consideración a circunstancias atenuantes o agravantes que concurran en el hecho, a tenor de lo preceptuado en el art. 81", por lo que no pueden tener significación alguna la atenuante de arrebato estimada por el Jurado 1.114). En igual sentido, a pesar de que el Jurado había apreciado tres circunstancias atenuantes, la s. de 13 de abril de 1.895, establece que:

> "Considerando que, en el caso expuesto, carecen de virtualidad jurídica y no sirven para degradar la pena antes señalada las manifestaciones del Jurado, al declarar que U.U. obró en vindicación de ofrensas graves, así de palabra como de obra, que en la noche y tarde anteriores le dirigió S. (la víctima) llegándole hasta arrebatar y obcecar, y hasta impulsar por un miedo no insuperable, porque apréciense o no como una o más circunstancias atenuantes como de igual origen, nunca serán muy cualificadas ni servirían para compensar racionalmente y anular los efectos del precepto absoluto que señala el nº 1º del art. 131 antes citado ((...))" 1.115).

Por lo que se considera bien aplicada la pena de muerte impuesta al reo. Sin embargo, no parece excluirse que en caso de haberse estimado dichas atenuantes como muy calificadas se hubiese llegado a rebajar la pena en un grado, según dispone la regla 5ª del art. 82 [1.116]; solución lógica y legal, pues el carácter especial del art. 131 en cuanto que no queda recogido como una agravante más, permite que entre en juego la regla 5ª aludida, para cuando no concurra ninguna agravante, de las genéricas previstas en el art. 10.

En la misma línea la s. de 22 de febrero de 1.894 reconoce que si bien cuando la pena del delito sea divisible deben tenerse en cuenta las reglas generales de atenuantes y agravantes para fijar la pena dentro del grado máximo obligado por el art. 131, en el caso de autos, los efectos jurídicos de estas circunstancias no pueden realizarse dentro de la propia naturaleza indivisible de la pena de muerte [1.117].

B. Orden de cumplimiento de condenas

La regla segunda del art. 131 dice que "Los Tribunales observarán en cuanto sean aplicables a este caso las disposiciones comprendidas en el art. 88 y regla 1ª del art. 89 de este Código"

Esta remisión a las reglas de cumplimiento simultáneo o sucesivo de las penas según su orden de gravedad, previstas para el concurso de delitos, es tachada de "innecesaria" por RUEDA [1.118)], pues de todas formas a ellos habría que acudir aun cuando no se mencionasen. Sin embargo, parece que el legislador quiso dejar claro que no procede la aplicación de la regla 2ª del art. 89 que establecía la limitación del triplo de la más grave en cuanto a la duración total de las penas a cumplir. GROIZARD estima que debiera haberse extendido a los supuestos del art. 131 esa regla 2ª de limitación de la duración total para evitar excesivas acumulaciones de pena [1.119)]. Pero entonces existiría una contradicción de principios ya que la agravación preceptiva del grado máximo que impone el art. 131 quedaría neutralizada con la limitación del art. 89, 2° en caso de que fuesen varios los delitos cometidos por el reo durante el cumplimiento de una condena.

C. Indulto a la edad de 70 años

La regla tercera del art. 131 impone una excepción al cumplimiento total de las penas que merezca el reo, y puede anular el efecto agravatorio de la regla 1ª pues dispone que:

> "El penado comprendido en este artículo será indultado a los setenta años si hubiera ya cumplido la condena primitiva ó cuando llegare a cumplirla después de la edad sobredicha, á no ser que por su conducta ó por

otras circunstancias no fuere digno de tal gracia"

Esta humanitaria disposición,encomiable en sí, resulta no obstante un tanto chocante porque en ningún otro lugar del código existe previsión semejante en beneficio de los reos de avanzada edad.Por eso RUEDA la califica de injusta, en cuanto que coloca al reo que delinque cumpliendo condena en mejor situación que al delincuente primario que se encuentre cercano a esa edad [1.120)]. Y podíamos añadir, que mejor que la situación del que reincide después de haber cumplido la primera condena, pues éste deberá cumplir la nueva pena íntegramente, aunque ello le lleve a permanecer en prisión después de alcanzada esa edad.

GROIZARD señala cómo esta regla supone una sabia limitación al principio funesto de acumulación de penas, y añade acertadamente que debiera tener carácter general: "si la ancianidad es bastante para abrir las puertas de la prisión a un culpable que ha delinquido dos veces, con mucha más razón debiera serlo, y no lo es, para dar libertad al que solo ha infringido una vez la ley penal" [1.121)]. Ciertamente resulta extraño que sólo en estos casos se tenga en cuenta la edad avanzada, y que no se haya previsto con carácter general en el Código, o en el Reglamento de Prisiones [1.122)].

Un reo primario o un reo reincidente del nº 18 o del nº 17 del art. 10 del código que llegue a encontrarse

a la edad de 70 años cumpliendo pena, no recibirá rebaja alguna. Lo cual es injusto comparativamente con lo dispuesto en este precepto que en principio asigna una agravación más fuerte que la simple reincidencia [1.123)].

Es comprensible y laudable que cuando el reo es de cierta edad, decaiga la pretensión de un mayor rigor punitivo por el hecho de hallarse cumpliendo condena, pero por las mismas razones cualquier reo que delinca en una edad avanzada debiera merecer los mismos beneficios; igualmente en cualquier caso en que el reo a los setenta años se encuentre cumpliendo condena.

## 5. COMPATIBILIDAD CON LAS AGRAVANTES 17 Y 18

La comisión de un delito por el sujeto que anteriormente ha sido condenado por otro del mismo Título constituye reincidencia de acuerdo con la definición del nº 18 del art. 10; y caso de que el nuevo delito sea de distinto Título pero de pena igual o menor que el anterior estaríamos ante la reiteración del nº 17. Pero si la realización del nuevo delito tiene lugar mientras el reo se encuentra en período de ejecución de condena, la ley considera que esa recaída es más grave, por el mero hecho de tener lugar cuando el reo se encuentra en aquella situación. Y por ello señala una agravación más fuerte, no compensable con la existencia de atenuantes. Es evidente que en base a esa condena que el

reo se halla o debería hallarse cumpliendo no cabe ya estimar "reincidencia" o "reiteración" según las prescripciones del art. 10 en relación con el art. 82, sino sólo lo previsto en el art.131, regla especial respecto a aquellas del art. 82.

Ahora bien, cuando existen condenas sobrantes, en una interpretación formalista de las agravantes 17 y 18 como la que sigue el Supremo, cabría estimar además estas circunstancias si concurren sus requisitos. No obstante,a nuestro juicio, una vez apreciada la agravación especial por esa recaída, no debe tomarse ya la agravante genérica de reincidencia o de reiteración del art. 10 pues el desvalor de éstas queda absorbido por el "plus" de desvalor que recoge el art. 131.

La jurisprudencia sin embargo, considera compatibles ambas agravaciones si existen condenas sobrantes. Así en s. de 25 de octubre de 1.889 se aplican ambas (10, 18 y 131) porque el sujeto reo de asesinato que se hallaba cumpliendo condena por hurto había sido condenado anteriormente por delito de lesiones [1.124]. Y en s. de 6 de junio de 1.914 se considera la posibilidad de apreciar la reincidencia y la reiteración sobre el asesinato cometido por el reo mientras cumplía la condena por un robo, pero no se llegan a apreciar esas agravantes al no quedar probado si las lesiones condenadas anteriormente fueron "delito" o "faltas", como

tampoco pudo hacerse constar la cuantía del hurto anterior, que de todas formas no podría tener una pena igual a la señalada para el asesinato [1.125]. Pero teóricamente se admite la posibilidad de la apreciación conjunta del art.131, agravante 18ª y agravante 17ª.

## 6. COMPATIBILIDAD CON LA REINCIDENCIA CUALIFICADA

Así como decíamos que la regla del art. 131 era preferente a las del art. 10 por regular una situación particular de reincidencia y reiteración (además de otros supuestos que no constituirían en ningún caso una de estas agravantes [1.126]) caso de que el sujeto sea doble reincidente en hurto, robo o estafa, o cometa un hurto inferior a 10 pesetas después de haber sido condenado por las infracciones que indica el art. 531, 5°, nos encontramos con otra regla especial que deroga las previsiones del art. 131 si es que el reo cometió esa nueva infracción cumpliendo condena. La represión por reincidencia prevista en el art. 533, 3°, o 531, 5° es más fuerte que la prevista en el art. 131, y por lo tanto debe atenderse con preferencia al hecho de que el sujeto sea doble reincidente, o reincidente del art. 531, 5° que al hecho de que la nueva infracción se haya cometido durante cumplimiento de condena. Las mismas razones que exponíamos para concluir sobre la incompatibilidad de las reincidencias cualificadas con la reincidencia o reiteración genéricas pueden aplicarse a la regla del art. 131, que no es

sino otra regla general de reincidencia,entendida ésta en sentido amplio [1.127)].

7. RESUMEN

En el intento de contener los continuos desórdenes en prisión y la frecuencia con que los reclusos lograban evadirse del cumplimiento de sus condenas, el código penal de 1.848 recogía en su art. 125 diversas reglas de agravación para cualquier clase de delito o falta cometidos durante el período de ejecución de pena. Las evasiones parece que continuaban siendo frecuentes cuando se promulga el código de 1.870 y aún después [1.128)], y ello es probablemente la causa de que vuelva a aparecer en el nuevo código la misma clase de agravación, si bien notablemente simplificada en sus reglas pues dispone en todo caso la imposición de la pena en su grado máximo, no compensable por la concurrencia de atenuantes.

La aplicación del art. 131, que contiene la referida agravación, fue escasa, a juzgar por los datos recogidos de la jurisprudencia del Supremo. La mayoría de los casos en que efectivamente se aplica, son referentes a delitos de homicidio o asesinato cometidos en prisión, por lo que da lugar a la imposición de la pena de muerte.

La doctrina critica la existencia de esta disposición, que altera los principios generales de reincidencia mantenidos en el art. 10, pues teóricamente excluye del ámbito de estas agravantes genéricas la reincidencia o reiteración que tengan lugar durante período de condena, para imponer una agravación más severa. Y por otro lado, no se considera justificado que el hecho de encontrarse el reo cumpliendo condena, o habiéndola quebrantado, origine una sanción más enérgica que la general de las agravantes del art. 10.

## SECCION CUARTA

## FUNDAMENTACION JURIDICA DE LA REINCIDENCIA EN EL CODIGO PENAL DE 1.870

El propósito de esta Sección, al igual que en los Capítulos anteriores es indagar la explicación o justificación de la agravación por reincidencia que pueda subyacer en la normativa legal. Para ello, el método que venimos siguiendo es el de la exposición y examen previo de la doctrina de la época cuya influencia pudo ser decisiva al elaborarse el código, o cuyas explicaciones pueden ayudarnos a entender el fundamento legal, así como la opinión que sobre la reincidencia reinaba en el ambiente penal de cada etapa histórica. En este capítulo sobre el código penal de 1.870 el examen de la doctrina de la época va a desbordar lo que puede ser la explicación de la reincidencia legal. En primer lugar porque la definición que ofrece el código no responde al concepto de reincidencia comúnmente admitido en la doctrina en cuanto recaída después de una previa condena [1.129]; y si bien los comentaristas se atienen en general al concepto legal, la mayoría de la doctrina prescinde del mismo al exponer sus teorías sobre la reincidencia. En segundo y más importante lugar, porque durante la dilatada vida del "código de verano" acontece la más profunda transformación de los principios penales con la irrupción del positivismo naturalista. Ello va a producir un

evidente desfase entre la regulación legal y las posiciones mantenidas por la doctrina desde finales del siglo XIX. El código penal continúa incólume, mientras la ciencia penal se enriquece, tras las primeras convulsiones de la lucha entre escuelas. En España surge una nueva generación de penalistas de talla internacional que, como auguraba DORADO, su maestro y precursor, representa un nuevo porvenir para la ciencia patria tan necesitada de remontar su apatía y esterilidad [1.130]. Trastocados los presupuestos de la reacción penal y el mismo contenido de la pena, que en último término aparecerá junto a las"medidas de seguridad", las nuevas teorías difícilmente pueden servir para explicar la agravación por reincidencia tal como la configura el cada vez más anticuado código.

No obstante, pese a esta discordancia entre el derecho legislado y las nuevas concepciones, creemos que no está fuera de lugar la exposición de éstas por lo que suponen de crítica al primero, y asimismo porque sus propuestas de "lege ferenda" muestran la evolución que está sufriendo el significado de la reincidencia. Evolución que patentiza la directa dependencia entre la reincidencia y la concepción que se tenga de la culpabilidad y de los fines de la pena o de la reacción penal. Precisamente, desde la nueva perspectiva de la peligrosidad la reincidencia va a encontrar su campo propio y su verdadera significación, aunque ello suponga a la vez su relativización o negación como "circunstancia agravante".

En el plano práctico, ofrece también gran interés el examen de la jurisprudencia penal, por primera vez unificada a través del Supremo desde 1.870. Nos centraremos en el examen de la jurisprudencia relativa a la reiteración, pues la cláusula facultativa concedida para ésta es la que posibilita que la Alta Magistratura se pronuncie sobre el fundamento de la agravante, al justificar el criterio utilizado para estimarla o no, en cada caso. La jurisprudencia relativa a la reincidencia del nº 18, se ve obligada a seguir el criterio formalístico impuesto por el código.

## I. EN LA DOCTRINA

En vista de las distintas corrientes doctrinales que a la vez coexisten y se suceden durante este tiempo de vigencia del código de 1.870, hemos dividido a los autores en dos grandes grupos de acuerdo con su mayor afinidad a cada una de las líneas predominantes. En primer lugar el grupo "clásico-correccionalista" en el que se incluyen tanto aquellos más fieles a los principios clásicos estrictos, -como GROIZARD único contrario a la agravación-, o clásicos-eclécticos al modo de ROSSI y PACHECO, como a los primeros krausistas-correccionalistas que aún comulgan con gran parte de los principios tradicionales. En el segundo grupo incluímos a aquellos autores que propugnan la ruptura con los principios anteriores de la retribución y culpabilidad, y que en mayor o menor medida se afilian al positivismo crítico.

La división es inevitablemente convencional, pues no hay duda que correccionalista es SILVELA y también DORADO, pero creemos que son más las diferencias que de hecho les separan que las discrepancias con las doctrinas clásicas en el primero, y con las del positivismo naturalista en el segundo. Pero valga la división efectuada como indicación de las diversas etapas que paulatinamente se producen en la doctrina española posibilitando cada una de ellas el paso a la siguiente, de forma natural y sin mayores rupturas [1.131)].

## 1. CLASICOS Y CORRECCIONALISTAS

Incluimos en este grupo a aquellos autores españoles que tienen en común la aceptación de los principios clásicos de retribución por la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor, y la utilización del método lógico abstracto propio de la Escuela Clásica. Si bien aquellos que se adscriben al correccionalismo de ROEDER, como expresamente proclaman SILVELA [1.132] y RUEDA [1.133], parten de las premisas espiritualistas del krausismo que en España fueron introducidas por GINER [1.134], siguiendo básicamente los dictados de ROEDER en la vertiente penal de aquella manifestación filosófica [1.135]. Sin embargo, como se ha puesto muchas veces de relieve, los correccionalistas españoles mantienen como fin de la pena la retribución y expiación, además de la enmienda [1.136], y no llegan a las conclusiones extremas de la "tutela penal" que se encuentran plasmadas en la construcción de DORADO [1.137]. Son pues, correccionalistas eclécticos [1.138], -siempre resulta ecléctica la recepción de las corrientes europeas en España-, pero que por la especial atención a las disposiciones morales del delincuente y a la individualización de la pena, abonarán el terreno para la recepción de las teorías del positivismo naturalista.

Respecto a la reincidencia, las explicaciones sobre su fundamento apenas varían de aquellas que encontrábamos en los comentaristas del código de 1.848. La "mayor per-

versidad" continúa como centro de la justificación de la agravante en casi todos los autores. Unicamente GROIZARD el más fiel seguidor de los dictados clásicos, se opone a la agravación por considerarla insostenible. Los demás siguen fundamentándola en la perversa tendencia delictiva, incluso los correccionalistas. Comenzaremos con la exposición de la postura de GROIZARD.

A. Línea clásica contraria a la agravación: GROIZARD

Así como en Francia, Italia y Alemania surgen numerosas voces autorizadas que en nombre del principio de retribución del acto rechazan la agravación por reincidencia [1.139)], en España únicamente GROIZARD en la línea clásica se opone decididamente a tal agravación, por considerarla circunstancia no concomitante al delito e infracción del "ne bis in idem" tal como había resaltado CARNOT [1.140)].

Rebate GROIZARD los argumentos más en boga en favor de la reincidencia. En primer lugar respecto a la alegación del "hábito" de delinquir que se dice arguye la reincidencia, pone de relieve la improcedencia de considerar habitual a quien ha cometido solo dos delitos, tal vez muy distantes entre sí, además de que, dice, tal argumento no puede mantenerse porque el código no siempre agrava al que ha cometido varios delitos, como ocurre cuando éstos se juzgan en una

sola causa [1.141]. Y aún más, pues a su juicio si realmente el reincidente fuese un habitual, ello no podría ser causa de agravación sino en todo caso de atenuación por la menor libertad moral que implica el hábito [1.142]. Respecto a la teoría de la ineficacia del primer castigo la tacha de hipócrita por cuanto supone no reconocer el influjo malefactor de los presidios [1.143]. Aparte de que, como dice más adelante, el código penal español no exige que el castigo anterior se haya cumplido, por lo que en ningún modo puede acudirse a la citada justificación [1.144]. Y añade que si fuese la ineficacia de la pena la razón de la agravante, habría que ser consecuente y agravar progresivamente más la segunda y tercera reincidencia por las mismas razones de insuficiencia [1.145]. En cuanto al tercer argumento más en boga, el más frecuentemente esgrimido por la doctrina española, de la "mayor perversidad" del reo, es rechazado por GROIZARD como contrario a la división entre derecho y moral, pues es el acto cometido,no la depravación de vida el objeto de la justicia penal [1.146].

Las objeciones de GROIZARD son las que los más conocidos abolicionistas franceses habían planteado contra la agravación [1.147], que el autor español traslada y aplica a la regulación del código patrio. A nuestro juicio tales objeciones son acertadas pues ponen de relieve la imposibilidad de justificar la agravación desde la perspectiva de un derecho retributivo basado estrictamente en el castigo del delito objetivamente considerado, en una culpabilidad del acto. La

conclusión a que llega GROIZARD es la de que la reincidencia en el código responde a finalidades de prevención e intimidación [1.148], finalidades que se hacen más patentes todavía en la elevación de pena prevista para la doble reincidencia en algunos delitos contra la propiedad [1.149]. Conclusión a la que nosotros también llegábamos al examinar el fundamento de la agravación en el código penal de 1.848 y que creemos puede mantenerse igualmente en el de 1.870, máxime desde el momento que la agravante 18ª ni siquiera exige condena anterior a la recaída [1.150].

B. Línea clásica-ecléctica

En la línea del clasicismo ecléctico que caracteriza a la doctrina española del período anterior, se mantienen aquellos autores que ante todo son prácticos del derecho y que se dedican básicamente al análisis exegético del código. No es extraño que sus explicaciones sobre el fundamento de la reincidencia coincidan con las expuestas por los comentaristas del código de 1.848,pues sin duda estos comentarios son bien conocidos por los autores a que nos referimos, ya que constituían obras de consulta obligada para la interpretación del derecho penal positivo [1.151]. Por otro lado, las alegaciones de "mayor perversidad" del reincidente por el arraigo de su tendencia hacia el delito, constituye, como ya decíamos en otro lugar [1.152], la explicación tradicional y comúnmente

admitida desde antiguo para justificar la agravación.

En este grupo podemos incluir a ARMENGOL con su monografía sobre la reincidencia, a AZCUTIA, ALVAREZ CID, VIADA, GONZALEZ MIRANDA y al P. MONTES.

En primer lugar vamos a examinar las explicaciones de ARMENGOL, que son las más extensas y razonadas. Autor de la primera monografía española sobre la reincidencia, persona eminentemente práctica como Fiscal de la Audiencia de Barcelona, ARMENGOL refleja en su obra la tensión entre la necesidad de una reforma penitenciaria y los principios teóricos sobre los fundamentos de la responsabilidad penal. La reincidencia significa para este autor, "perversidad de carácter", "habitualidad","incorregibilidad" [1.153]. El reincidente, -dice- por su aversión al camino de la honradez, representa un "verdadero peligro para el orden social" [1.154]. Por lo tanto el aumento de pena es necesario para "reprimir con mayor rigor la perseverancia del agente", e intentar a la vez corregir su "habitualidad" [1.155]. La sociedad, dice el autor en otro pasaje, "tiene el derecho de penar y el derecho de defenderse, y en uso de este derecho de defensa, no solo castiga los delitos, sino que procura que las penas sean reformadoras" [1.156]. De alguna forma es muy posible que ARMENGOL recibiese cierta influencia de los correccionalistas, como parece en este pasaje, pero más bien creemos que la alu-

sión a la "reforma" o corrección del culpable responde a la tradición cristiana [1.157] y española en este sentido y no a la asunción de principios filosóficos correccionalistas[1.158] La "perversidad" se deduce de la recaída en delitos semejantes después de haber sido ya castigado el reo una primera vez: la "terquedad indomable", la "tendencia a las violaciones legales de cierta índole", la "perversidad refractaria a todo castigo", solo pueden presumirse cuando los delitos son semejantes, dice ARMENGOL, [1.159]. Por ello considera improcedente la agravante 17ª, pues al que comete delitos distintos no puede considerársele "criminal de oficio" [1.160]. Como también considera improcedente la agravación prevista en el art. 131, por la misma causa [1.161].

Los argumentos de ARMENGOL son prácticamente los mismos que esgrimían los autores de las décadas anteriores: la agravación se justifica por la "mayor perversidad" del reincidente, lo que significa tendencia al delito especialmente intensa y refractaria a la condena anterior [1.162]. En el fondo se trasluce la idea de que tras el reincidente se esconde el criminal profesional o habitual, que es el que interesa. Pero es necesario comprobar que la primera pena no sirvió para destruir esa tendencia delictiva. De algún modo, parece que esa "perversidad" supone también el reproche del autor por haber desarrollado su carácter depravado y predispuesto al delito. Ello se deduce de la matización que ARMENGOL propone para que, aunque sea por via de excepción, pueda destruirse la presun-

ción de "perversidad" cuando han sido las condiciones criminógenas de prisión y la falta de medios honrados para integrarse en la sociedad, los que conducen al reo al delito [1.163]. Como experto conocedor de la realidad carcelaria de la que dice que "nada hay que no sea detestable, inadmisible, digno de reprobación" [1.164], sabiamente propone la licitud de la prueba contraria a esa presunción, evitando que la reincidencia se convierta en una prueba formalista y maquinal [1.165]. Al proponer que la agravación decaiga cuando la anterior experiencia carcelaria fue nefasta, indirectamente está fundamentando la reincidencia en la adquisición culpable del hábito o tendencia criminal por parte del sujeto. Lo que ocurre es que en principio se parte de que el sujeto que presenta tal habitualidad o predisposición es culpable de ello. Pero no explicita ARMENGOL que la reincidencia se fundamenta en la mayor culpabilidad, pues ante todo priva en él la necesidad de una reacción eficaz que, como dice, por lógica debiera ser un progresivo aumento de la pena según vaya progresando el reo en número de reincidencias, solución que él mismo rechaza por estar en contradicción con los principios penales [1.166]. Años después, el mismo ARMENGOL admite, no obstante, penas indeterminadas para hacer frente a los delincuentes incorregibles, en la línea defensista que se va abriendo en los sectores clásicos internacionales para lograr un remedio eficaz frente a los delincuentes habituales y profesionales [1.167].

AZCUTIA, al referirse a la adición que presenta la circunstancia 17ª en el texto de 1.870 respecto al del có-

digo de 1.848, coloca el fundamento de esta agravante en la mayor "perversidad de corazón y más instinto al crimen" que revelan la existencia de dos o más condenas por delitos anteriores aunque sean leves [1.168]. Y asimismo dice que el haber delinquido más gravemente una vez anterior, lo mismo que el haber delinquido dos o tres veces de forma más leve, manifiesta en el reo "menos predisposición a corregirse y enmendarse" que es lo que la ley quiere castigar en esta agravante [1.169]. Es por tanto, la inclinación al delito refractaria a la experiencia del primer castigo lo que fundamenta la agravante de reiteración para AZCUTIA. Y podíamos pensar que este mismo fundamento está en su opinión presente en la reincidencia del nº18, pero a juzgar por la insistencia del autor en que esta circunstancia no tiene por qué requerir condena anterior a la recaída [1.170], parece que la agravación de pena por reincidencia queda justificada en la mera constatación de la tendencia delictiva hacia determinados delitos. La misma postura respecto a la reincidencia mantiene GONZALEZ MIRANDA, para quien la "mayor perversidad" proviene de la mera repetición de delitos. Lo que revela la malicia del individuo -dice-, es la comisión de varios delitos, pues ello indica la tendencia delictiva, y no el hecho de que haya habido o no condena anterior [1.171]. Ciertamente estas posturas no están en disonancia con la figura legal de reincidencia que presenta el código de 1.870 que como se ha visto, recoge la mera repetición [1.172].

De forma muy escueta VIADA, en una referencia a la agravante 17ª, alude a la necesidad de que la recaída de-

note "mayor perversidad" en el sentido de persistencia en delitos que guarden cierta semejanza entre sí, [1.173], pero no acompaña mayor explicación. De la misma forma ALVAREZ CID manifiesta que la reiteración debe agravar cuando denote en el reo "mayor perversidad" tal como venía haciéndolo la jurisprudencia, pero tampoco acompaña explicación alguna [1.174].

En último término, debemos citar al P. MONTES, quien pese a ser coetáneo a las modernas corrientes defensistas que prenden en el país desde finales del siglo XIX, se mantiene en la tradición clásica más genuina [1.175]. Para MONTES la agravación proviene de que la reincidencia muestra un ser "más pervertido, más contumaz contra el derecho que debe respetar, más peligroso para las personas con quienes vive"[1.176]. Rechaza las posturas correccionalistas que se oponían a la agravación si las cárceles no servían para procurar la enmienda del sujeto [1.177]; pero por razones de eficacia dice que:

> "como la simple agravación de la pena no suele ser el arma adecuada para luchar contra la reincidencia, ni lo será nunca, a pesar de todas las reformas penitenciarias, se impone un tratamiento penal especial, sobre todo para las reincidencias repetidas que llegan a constituir un hábito de un modo de vivir para ciertos malhechores, la delincuencia profesional" 1.178)

Y es que considera MONTES que las doctrinas tradicionales pueden armonizarse, en una "justa medida", con las de peligro criminal y defensa social, por lo que aprueba las disposiciones del código penal de 1.928 sobre las medi-

das de seguridad para el multirreincidente [1.179]. No obstante, aparte de la admisión de la "doble vía", por necesidad de defender a la sociedad con otros medios que el derecho penal clásico no puede ofrecer [1.180], respecto a la justificación de la reincidencia como agravante las manifestaciones son del mismo tenor que las de la doctrina clásica española.

En resumen, los autores más cercanos a las doctrinas clásicas mantienen la justificación de la reincidencia en la "mayor perversidad", entendida ésta como tendencia delictiva rebelde a la pena. Sólo algún autor, como AZCUTIA y GONZALEZ MIRANDA, prescinden de esa nota de "rebeldía" pues consideran que no es necesario que la experiencia de condena sea anterior a la recaída para agravar la pena. En definitiva, el fundamento de la agravante continúa anclado en la consideración del carácter "perverso" del reo, y en relación con finalidades preventivas.

C. Correccionalistas eclécticos

La influencia del krausismo en la vida cultural y política del país tiene su reflejo en el ámbito penal en el correccionalismo de corte roederiano [1.181]. Pero dentro de lo que se ha llamado "escuela correccional española" se encuadran penalistas cuyas posturas difieren entre sí más que lo que difieren con la escuela clásica tradicional, -correccionalistas clásicos- por un lado o con las teorías del

positivismo naturalista, -correccionalistas radicales- por el otro. Estas diferencias justifican, a nuestro juicio que tratemos al primer grupo, más cercano a las doctrinas clásicas, en este apartado, ya que sus propuestas no suponen un rechazo de la pena tradicional, aunque la justifiquen como un "bien" y coloquen la finalidad correctora como primordial [1.182].

En este grupo que denominamos correccionalistas eclécticos, que DORADO denominaba "correccionalistas a medias" [1.183], destaca en primer lugar la figura de SILVELA, quien en su tratado reproduce las teorías krausistas sobre el sentido y la función del Derecho como orden y armonía espiritual entre los indivíduos [1.184], el delito como perturbación de ese orden, y la pena como reparación de la perturbación a través de la reforma de la voluntad viciada del delincuente, causa del delito [1.185]. La pena es para los correccionalistas un <u>bien</u> [1.186], un <u>derecho</u> del delincuente [1.187] -y de la Sociedad añade SILVELA [1.188]-; y el Estado al imponer la pena no hace sino ejercitar una <u>tutela</u> sobre el delincuente, como la ejercita sobre el menor o el loco [1.189]. Aunque el presupuesto de la pena es el delito libre y voluntariamente cometido, más que el daño externo o material causado interesa la disposición moral del agente, su espiritualidad o voluntad viciada [1.190], no ya la voluntad concretada en el acto delictivo. Pero no llega a las consecuencias últimas que propugnaba ROEDER tales como la supresión del principio de le-

galidad que obstaculiza la individualización de la pena de acuerdo con las necesidades de corrección de cada sujeto [1.191] y tampoco rechaza totalmente la pena-retribución, aunque considera esencial y primer fin de la pena la enmienda [1.192].

En este contexto debe encuadrarse la explicación del fundamento de la reincidencia que ofrece SILVELA, que apenas difiere del que encontramos en la doctrina española tradicional. Lo cual se explica porque para el correccionalismo la pena, y en consecuencia la agravación, se dirigen a la moralización o reforma del reo, lo que en definitiva es prevención especial, que es lo que subyace en las explicaciones de los comentaristas del código de 1.848 aunque no se aluda o no se ponga el énfasis en la finalidad correctora [1.193]. Pero la asunción del fin correccional como objetivo de la pena conduce a SILVELA a rechazar la agravación en el sistema del código penal vigente, porque -dice- ello supone un contrasentido ya que las penas que aquél recoge no están destinadas a la reforma del reo [1.194]. No obstante, dentro de un sistema correccional establece que la reincidencia debe ser circunstancia agravante, -exigiendo para ello que la condena se haya cumplido o al menos haya empezado a cumplirse-, porque:

> "Entonces el reo ha sido ayudado a su enmienda, por el procedimiento penitenciario, aunque inútilmente, porque su perversión es más arraigada y profunda que lo que aparentaban los actos criminales primeramente ejecutados. Y el dato que ésto trae es importantísimo, pues revela por un lado que es mayor la perversidad que la que el acto en sí demuestra y por otro, que son más profundas sus raíces, toda vez que no han podido ser ex-

> tirpadas por la pena sufrida, que si se repitiese sería de nuevo tan inútil e ineficaz. De aquí que la reincidencia sea motivo de agravación y aumento del valor del crimen, pues al ser este juzgado y apreciado, no puede serlo aisladamente, sino teniendo en cuenta lo anterior" 1.195)

La recaída pese al castigo anterior, revela que la perversidad tiene raíces "más profundas": lo que equivale a decir que el sujeto posee una arraigada propensión al delito. La "perversión" del sujeto entra como elemento principal para la valoración de la gravedad del crimen en el sistema correccionalista [1.196]. Pero a juicio de SILVELA ese "plus" de perversidad se deduce de la ineficacia de la pena anterior, que no ha servido para corregir al reo. La recaída después de condena pero antes de empezar a cumplir la pena impuesta supone, dice el autor, "desprecio al fallo de la autoridad judicial", pero no es aún de suficiente intensidad como para suponer la necesidad de una pena agravada [1.197]. Como tampoco es suficiente la mera repetición o el hábito [1.198], pues aún no se ha demostrado que la pena normal no sirva para corregir esa tendencia. Téngase en cuenta que no se trata de "castigar" más, sino de adecuar la pena a las necesidades de reforma. Por lo que el aumento de la "pena reformadora" sólo es lícito cuando se comprueba que para corregir al reo se necesita un tiempo más largo que el normal. Evidentemente esta finalidad reformadora y la individualización de la pena que propugna el correccionalismo se compaginan mal con el sistema legal de penas predeterminadas y con el formalismo del código vigente entonces, o de cualquier otro código que

establezca catálogo de penas "a priori" para cada tipo de delito, lo que sin embargo SILVELA y otros autores españoles correccionalistas no rechazan. No obstante parece absurdo que se pretenda lograr la enmienda con el simple incremento de dosis de la misma pena que ha demostrado ser ineficaz. Esta es una de las incongruencias del correccionalismo de estos autores que permanecen todavía fieles a principios clásicos, incongruencia que proviene sobre todo del método lógico abstracto y apriorístico que utilizan. Otros correccionalistas que presentan una explicación de la reincidencia de la misma tónica que la de SILVELA son RUEDA [1.199] y en menor grado VALDES [1.200]. Ambos rechazan la procedencia de agravar por reincidencia cuando los presidios no ofrecen condiciones idóneas para la corrección [1.201]. Pero partiendo de que efectivamente sirvan para procurar la reforma del reo, admiten la agravante en base a la obstinación del reo a corregirse y a la tendencia criminal. En este sentido manifiesta RUEDA que:

> "hallamos motivos para juzgar <u>más culpable</u> la conducta del que delinque, en los <u>mismos o análogos delitos</u>, después de haber sido ejecutoriamente sentenciado y estando al propio tiempo cumpliendo sentencia, o habiéndola ya cumplido; porque la pena ha sido en estos dos casos <u>ineficaz</u> para contenerle en la senda de la delincuencia, revelando ésta una <u>mayor perversidad de espíritu</u>" 1.202)

Pese a que este autor alude expresamente a la "culpabilidad" mayor del sujeto, que nace -dice líneas después- "de la ineficacia correctora de la pena" [1.203], queda

bastante en claro que no obstante es ante todo la "perversidad" como "tendencia" hacia determinados delitos lo que sustenta la agravación, pues precisamente rechaza que deba agravarse la recaída después de castigo cuando los delitos son distintos, diciendo:

> "Si la reincidencia ha de arguir agravación, ha de ser por la mayor perversidad que supone la repetida comición de delitos de naturaleza parecida por el mismo sujeto; pero cuando entre los diversos delitos cometidos no hay analogía, sino que los unos indican perversión distinta de ideas y sentimientos que los otros, no encontramos entre ellos la relación que indica los fundamentos en que la ley debiera apoyarse" 1.204)

Por lo que podemos deducir que, es la tendencia refractaria al castigo lo que justifica el incremento de pena para intentar de nuevo la reforma del reo. Las afirmaciones de culpabilidad se vierten a mayor abundamiento, pues al nivel de abstracción propio de una concepción sicológica de la culpabilidad, se presume que si el reo no se corrige y vuelve a delinquir es por su libre voluntad. Pero se trata de culpabilidad por no haberse enmendado, es decir por no haber aprovechado la experiencia anterior; reproche de pasado más que de presente, pero que se tiene en cuenta al juzgar el delito actual. No obstante insistimos en que pese a las alusiones a la "culpabilidad", en el contexto de las explicaciones de este autor, el fundamento reside en la inclinación al delito refractaria al castigo, lo cual queda de nuevo patente cuando admite que pueda agravarse la pena, a pesar de que los delitos no sean semejantes, si es que el sujeto ha cometido gran número de ellos.

En este caso el aumento de pena es procedente para estos sujetos como "culpables que son de un verdadero peligro social" 1.205). Incluso llega a admitir medidas excepcionales, tales como las adoptadas en Francia para la relegación de reincidentes, cuando la insistencia en delinquir revela ya la existencia de un "hábito" sobre el que ningún efecto han ejercido los intentos de corrección 1.206). Solución que también admite VALDES para los multirreincidentes 1.207).

VALDES se pronuncia por la "mayor perversidad" del reo porque éste, a pesar de haber recibido del Estado las condiciones necesarias para su enmienda "no quiso corregirse" 1.208). Pero matiza que para graduar la intención maliciosa deben tenerse en cuenta una serie de datos la mayor o menor analogía entre las infracciones, "probando mayor perversidad la mayor semejanza por la mayor destreza que el reo adquiere"; la gravedad de las infracciones; su proximidad; la fuerza de la costumbre, los medios que el reo recibió para su corrección.. etc. 1.209). La perversidad es pues mayor si se puede presumir la tendencia delictiva. Pero a la vez intenta VALDES delimitar la culpabilidad en función de datos que hagan más reprochable el hecho, fijando el fundamento de la agravación en la culpabilidad. Culpabilidad de no haberse corregido, o/y a la vez, culpabilidad por su inclinación al delito.

También pertenece al correccionalismo ecléctico CASTILLO, discípulo de SILVELA 1.210), quien como los anterio-

res autores, rechaza la agravación por reincidencia en aquellos sistemas que no están presididos por la finalidad correctora [1.211]. CASTILLO manifiesta que el fundamento de la agravante debe residir en la insuficiencia de la pena sufrida a efectos de la reforma del reo, y no en la "mayor perversidad" ya que"la intención endurecida reclama elementos de prueba sobradamente delicados, excesivamente relativos e inconcretos, para que quepa apreciarlos superficialmente" [1.212]. Observación que muestra la finura jurídica y realismo de este autor. Consecuente con el fundamento de la "insuficiencia de la pena"que él mantiene,considera que debe requerirse que el nuevo delito lleve una pena igual o muy similar a la anterior para poder aplicar la agravación; pues de otra forma, dice, no puede presumirse que la nueva pena vaya a ser insuficiente. Planteamiento congruente con su tesis, aunque original en la doctrina, y que tal vez influyó la reforma que en el R.D. Ley de 14 de noviembre de 1.925 se introdujo en la reincidencia en el sentido de exigir que el delito anteriormente condenado tuviese pena igual o mayor a la señalada para el nuevo cometido [1.213].

Siguen igualmente a SILVELA, ARREDONDO y BRAVO quienes tachan de injusta la agravación por reincidencia en el código porque la ejecución de las penas tiene carácter correccional [1.214]. Para esos autores, "la pena debe corregir castigando y castigar corrigiendo" [1.215], sentencia que encierra el espíritu ecléctico de su correccionalismo.

ARAMBURU, una de las figuras más destacadas del correccionalismo, que en los últimos años de su vida aprueba las directrices de la Escuela de Política Criminal de VON LISZT [1.216], manifiesta sus reservas respecto a la agravación por reincidencia. Considera que mientras existan los "gravísimos defectos" de las instituciones carcelarias, que en países como el nuestro, -dice-, "antes parecen escuelas de corrupción, que como lugares destinados a mejorar la condición moral de los reclusos" [1.217], y asimismo no se perfeccione la estadística y puedan sacarse enseñanzas de ella, y existan otra serie de imperfecciones en la ciencia, no puede establecerse una doctrina clara sobre la reincidencia [1.218]. Por ello, siguiendo a PESSINA [1.219], insiste en que para apreciar la reincidencia deben tenerse en cuenta una serie de datos, ninguno de ellos definitivos, tales como el número de delitos, su calidad, el lapso de tiempo intercurrente, facilidades del medio en que el delincuente ha delinquido etc., para determinar la "índole criminal" del agente[1.220] No hay más explicación, pero al menos se desprende que si bien considera necesario para que exista reincidencia el cumplimiento de la pena anterior [1.221], ello no es a su juicio suficiente. Implícitamente está presente como fundamento la "perversidad" del agente por razón del arraigo criminal y su rebeldía o insensibilidad a la pena sufrida; pero en ARAMBURU todo es sabiamente prudente en este tema, y por ello se opone a la aplicación automática y formal de la agravante.

En resumen, para los autores que profesan el correccionalismo ecléctico, el incremento de pena por reincidencia se funda o justifica en la tendencia delictiva especialmente arraigada que muestra el sujeto, tendencia que se deduce de la recaída en delitos semejantes después de haber experimentado una primera pena. La agravación sólo tiene sentido, insisten los autores, si las penas son verdaderamente reformadoras, pues solo si el primer intento de corrección ha fracasado puede decirse que la inclinación del reo es especialmente rebelde y solo entonces se sabe positivamente que es necesario un aumento de pena para extirpar las raíces de la inclinación al delito.

Algún autor manifiesta que el reincidente es "más culpable" por no haber querido [1.222)] corregirse, con lo que se reprocha una actitud de pasado, la oposición a los supuestamente benéficos efectos de la pena. Pero en el contexto en que se vierten tales afirmaciones, pese a que se utilice el término "culpabilidad", queda patente que lo que se pretende es valorar las disposiciones morales del agente, no ya la "mayor culpabilidad" en la comisión del nuevo delito. Es ante todo la actitud espiritual frente al Derecho, más que la culpabilidad por un determinado delito, lo que interesa al correccionalismo.

## 2. CORRECCIONALISMO POSITIVISTA Y POSITIVISMO CRITICO

La perfección de las construcciones de la Escuela Clásica encontró pronto su contrapartida en su ineficacia para responder a las necesidades de defensa social a que indirecta o directamente todo sistema penal aspira [1.223]. Problemas como el de la delincuencia habitual y profesional, siempre latentes detrás de la agravación por reincidencia, máxime cuando los códigos no contemplan la multirreincidencia de forma especial, no podían ser abordados desde la perspectiva de un derecho penal del acto. Son principalmente los penitenciaristas los que detectan y denuncian las insuficiencias de aquellas bellas construcciones abstractas, impotentes para captar y proponer solución a la acuciante realidad. Por ello, mientras los teóricos elaboraban los principios dogmáticos abstractos, los prácticos penitenciaristas comienzan a insistir en la necesidad de admitir, por vía de excepción, medidas especiales para combatir los problemas más candentes de la criminalidad; el incremento de las reincidencias que sintomatiza la proliferación de la delincuencia habitual y profesional.

Los Congresos penitenciarios Internacionales que comienzan a celebrarse en 1.872 patentizan este primer esfuerzo por buscar soluciones a tales problemas [1.224]. Y así se propugna la imposición de penas excepcionales a los multirreincidentes porque su "culpabilidad es excepcional", como dice en 1.878 WAHLBERG en el Congreso de Estocolmo [1.225].

E incluso la detención perpetua para los habituales incorregibles que hayan sido condenados por un número determinado de delitos [1.226]. La defensa de la sociedad vuelve a tomar primacía sobre la retribución en estos casos particulares. La ley francesa de relegación de 1.885 constituye la primera consagración legislativa de esta tendencia [1.227].

La aparición de la Escuela Positiva coincide en el tiempo con este movimiento que solicita penas más largas para los habituales. Con lo que la línea defensista se refuerza y posibilita una aproximación entre las Escuelas, si no a nivel de principios [1.228], sí a nivel de ciertas soluciones o medidas prácticas.

En España mientras tanto se había afincado el correccionalismo que, aunque ecléctico en sus comienzos, aprueba aquellas medidas especiales propuestas en los Congresos penitenciarios internacionales, e incluso se mira a la ley francesa de 1.885 como un modelo a seguir [1.229]. Si el correccionalismo conducía en puridad de doctrina a una pena no predeterminada "a priori", a una pena "tutelar" [1.230] ajustada a las necesidades concretas de reforma del culpable, el paso a un sistema basado en la observación empírica de los caracteres del delincuente no era difícil. Esta conjunción encuentra su encarnación en las teorías de DORADO, quien, correccionalista a ultranza, propone "la unión de la escuela correccionalista con la positiva, la infusión del espíritu de la prime-

ra en el cúmulo no muy ordenado de datos de la segunda" [1.231]. Para el maestro salmantino "el correccionalismo da el molde -podríamos decir-, el sentido de la función penal; el positivismo proporciona los datos que llenan ese molde y que sirven de base y comprobación a ese sentido" [1.232].

A partir de DORADO el influjo del positivismo naturalista es patente en las nuevas generaciones de penalistas, al menos hasta la derogación del código de 1.870 [1.233]. Pero lo que en DORADO era finalidad protectora y tutelar, pasa a ser en el positivismo crítico, en el que se encuadran los autores que le suceden, finalidad de defensa social, en la línea de política criminal propugnada por VON LISZT.

Veamos pues el significado que para estos autores tiene o debe tener la reincidencia, que si bien en la mayoría de los casos no va a servir para explicar la regulación legal del código, muestra el giro que se produce en la concepción de lo que supone la reincidencia, y del tratamiento que merece, desde la perspectiva defensista y de prevención especial que dominan las nuevas corrientes.

A. Correccionalismo positivista

DORADO, representante genuino del correccionalismo, genuino tanto por ser consecuente hasta el extremo con la teoría correccional como por aportar su personal impron-

ta a la misma, aborda la reincidencia desde dos frentes. Desde la perspectiva del derecho tutelar que él propone, la reincidencia no es objeto de particular atención, pues no da lugar a excepción en su sistema de atención a la capacidad delictuosa del agente y sus particulares circunstancias [1.234], que en cada caso, se trate o no de un reincidente, deben precisarse individualmente. El castigo debe ser sustituido por un tratamiento terapéutico y profiláctico, en el reincidente igual que en los demás [1.235]. Los delitos cometidos por el reo tienen el único valor de constituir dato o "síntomas del estado particularísimo del sujeto, y por tanto el de signos para inferir, juntamente con otros, el mayor o menor temor de que en adelante continuará la misma conducta hasta el presente seguida" [1.236]. No hay razón para "agravar" la pena por reincidencia, porque entre otras cosas tampoco admite una pena predeterminada. Y no se trata de dictaminar si el sujeto es más responsable de su conducta, sino de qué condiciones presenta de cara a su futuro comportamiento, a efectos de aplicarle el tratamiento correcto.

Por otro lado, al examinar los preceptos legales, DORADO, trata de demostrar cómo en el eclecticismo del código, -presuntamente basado en el retribucionismo como criterio principal-, es la intimidación la que prevalece y la peligrosidad la directriz que subrepticiamente se impone como criterio predominante [1.237]. Como dice ANTON, DORADO se complace en señalar esta quiebra de los principios que se dicen asumidos por el código [1.238], y llega a manifestar que todo

él transparenta prevención. La reincidencia es una de las figuras a las que repetidamente acude DORADO para evidenciar que no es la culpabilidad sino la pelogrosidad lo que anima el espíritu del Código y las agravaciones de la pena [1.239]. Respecto a esta circunstancia dice:

> "El problema de la reincidencia -añadamos también si se quiere el de su equivalente la habitualidad- es desde hace mucho tiempo todavía, uno de los más comprometidos en el derecho penal y en el que la consecuencia doctrinal de los cultivadores de éste menos puede ponerse a salvo. Algunos de ellos lo han comprendido bien y protestan, por eso, contra la consideración de la misma como causa o circunstancia agravante. Pues el imponer al reincidente por el solo hecho de serlo, mayor pena que al delincuente primario, además de representar una violación del principio "no bis in idem"... es también un olvido de la teoría del merecimiento, considerada axiomática o poco menos como soporte de la penalidad: pues si la reincidencia supone algo desde este punto de vista es precisamente menor merecimiento de la pena, menor imputabilidad" 1.240

No analiza DORADO la concreta figura legal de reincidencia, sino su significación general como agravante tradicional en los códigos. De todas formas parece excesivo equiparar, como él hace, la reincidencia a la habitualidad. Otra cosa es que detrás de la reincidencia esté latente el problema de la habitualidad que propiamente debe ser objeto de mayor preocupación que la mera agravante formal. Y es que ésta es la postura del insigne maestro que en otro lugar manifiesta: "La reincidencia, si algo supone,es un hábito de delinquir, una mayor propensión y facilidad para la comisión de delitos"[1.241]; a su juicio no es mayor la gravedad del delito cometido por el

reincidente, sino la "capacidad delictuosa" y "el peligro social que éste envuelve" [1.242].

Es cierto que, como señala DORADO, en alguna ocasión el mismo legislador se refiere a la reincidencia equiparándola al "hábito del crimen" [1.243], y que asimismo no puede negarse que la mayoría de la sociedad ve al reincidente como delincuente habitual y peligroso y por ello reclama medidas especiales para ellos [1.244]; medidas especiales que respondan únicamente, dice, a la peligrosidad del sujeto[1.245]. Como vimos, los comentaristas del código desde 1.848 y la doctrina española en general, justificaban la agravante por la especial inclinación delictiva del sujeto refractaria a la primera experiencia de condena [1.246], y más de un autor aludía al "hábito" que arguye la reincidencia [1.247]. Pero precisamente lo que niega DORADO es que la inclinación delictiva y el hábito sean fundamentos válidos para un incremento de la pena, si bien desde su planteamiento esta oposición a la agravante es una consecuencia de su rechazo a la pena retributiva en general, y de la ruptura que propugna con el sistema punitivo tradicional para sustituirlo por un derecho tutelar.

BERNALDO DE QUIROS, el más directo discípulo de DORADO [1.248] proclama con entusiasmo allá por el año 1.898 que "la humanidad camina a la tutela penal" [1.249], pero quince años más tarde melancólicamente reconoce que sus esperanzas

y su profecía han quedado frustradas ante el desarrollo escaso de las instituciones penales, que él califica de "readaptaciones regresivas de la práctica", paralelas a "los amaneramientos doctrinarios de la teoría" [1.250]. En su primera época manifiesta que "el derecho penal moderno está hecho casi exclusivamente en función de la reincidencia" [1.251] pues toma la reincidencia como índice de la posible incorregibilidad del delincuente, y en definitiva en el sistema correccional y defensista el centro de atención los acaparan los sujetos habituales, profesionales o incorregibles. Para ellos se instauran en otros países las agravaciones progresivas, las sentencias indefinidas y los establecimientos especiales a modo de "hospitales de incurables", soluciones que BERNALDO DE QUIROS aprueba y propone que se adopten en España [1.252]. Propuesta que queda plasmada en el Proyecto MONTILLA de código penal por él elaborado en 1.902 y en el que como ya vimos [1.253], se preveía la retención indeterminada para los incorregibles en establecimientos especiales, que no podía ser inferior a 10 años ni exceder de 20 [1.254]. No obstante este Proyecto recoge también la reincidencia como agravante "en todo caso", fijando la semejanza entre los delitos bajo el criterio de que ambos sean de la "misma índole" y admitiendo la prescripción de la condena anterior [1.255]. Agravación que puede sobrepasar los topes de la pena señalada por la ley al delito [1.256] y que teniendo en cuenta las concepciones del autor, parece justificarse por la inclinación delictiva que revela la comisión de delitos de la "misma índole", entendiendo por tal los

ejecutados a impulsos del mismo móvil [1.257]. Ante la inclinación criminal del sujeto se dispone una pena más enérgica para la corrección de ésta [1.258].

Tomando globalmente las propuestas y manifestaciones de QUIROS, puede decirse que la reincidencia para este autor significa sobre todo un síntoma de la posible incorregibilidad del reo, o de su habitualidad. La agravación de la pena o la imposición de penas excepcionales se justifican por la necesidad de corregir o destruir esas tendencias del sujeto. Cuando no cabe la corrección, procede la retención indeterminada como tutela en defensa de la sociedad.

Finalmente, debe incluirse en este grupo de correccionalistas a ultranza con influencia del positivismo a MORENO CALDERON con su monografía sobre la reincidencia. Sienta este autor como fin primero e irrenunciable de la pena la corrección o enmienda del culpable [1.259] insistiendo en la línea de la filosofía correccional sobre la importancia del "elemento psicológico de la intención, subordinando con exceso, hasta ahora, al elemento objetivo o material" pues el hecho no es más que el medio de exteriorizar el elemento interno y el carácter del agente [1.260]. Siguiendo a SILVELA, rechaza la agravación por reincidencia cuando la sociedad y la acción del Estado sobre el recluso no ayudan a la moralización [1.261]. Y acompaña una serie de tablas estadísticas como confirmación de la incapacidad del sistema carcelario vigente para lograr la mejora del culpable [1.262]. En consecuencia, con la finalidad de co-

rrección y enmienda se pronuncia insistentemente en favor de la pena indefinida, que debe durar hasta que el sujeto se muestra regenerado [1.263]: el sistema de penas retributivas, dice, se ha mostrado ineficaz y ciertamente inútil para combatir la reincidencia que presenta a los delincuentes más peligrosos, "más temibles" [1.264], el "tipo de criminal verdadero" [1.265]. Se opone a que la reincidencia se considere "circunstancia agravante" porque su presencia no denota siempre "mayor perversidad", ya que hay casos en los que, dice MORENO:

> "un estado psicopatológico predispone a delinquir y porque hay ocasiones en que la necesidad arrastra, la ineficacia del castigo deja marchar, la imprevisión consiente, y en estos movimientos la acción volitiva del mal no es más grave por la repetición del acto, sino que es, el contrario, atenuada por la consideración del estado morboso, las influencias de los medios o las insuficiencias de los extremos" 1.266).

En este pasaje se deja traslucir la influencia de las teorías de la Escuela Positiva, que conoce bien el autor y de las que toma algunas orientaciones, pero insistiendo en la vigencia del libre albedrío [1.267]. Se conjugan así en su construcción la preocupación fundamental por la eficacia correctora con la observación empírica de la realidad, o bien podríamos decir que en su afán de llegar a una solución eficiente ahonda en el conocimiento de las causas de la reincidencia para precisamente poder llegar a una propuesta adecuada y realista. A su juicio la causa general de la reincidencia es la ineficacia, inutilidad o insuficiencia de la pena, conse-

cuencia del sistema de penas determinadas 'a priori' [1.268], como ineficaz es igualmente el aumento determinado de pena por reincidencia [1.269]. Pero como causa particular incide también el hábito, que como decía DORADO, -al que curiosamente no cita MORENO en ningún momento pese a que su influencia en él es evidente- y así lo repite MORENO, "determina una menor responsabilidad porque es un sustraendo de la libertad de obrar" [1.270]. De ahí llega a negar que la reincidencia sea "agravante del delito" no sólo porque no implica una mayor gravedad del hecho sino porque tampoco es algo concomitante al mismo, sino que por el contrario es una circunstancia cualificativa del sujeto [1.271]. Como tal no añade un "plus" al delito, sino que en su opinión "cambia la naturaleza de éste" [1.272]. La reincidencia muestra ante todo "la personalidad del sujeto, con independencia del acto sobre el cual influye" [1.273] y que se impone sobre el delito objetivamente considerado reclamando la necesidad de una pena indefinida.

En resumen, en la construcción de MORENO la reincidencia significa ante todo la presencia de un sujeto que por su mayor perversidad, su hábito de delinquir, con influencia o no de circunstancias sico-patológicas, debe ser sometido a un eficaz tratamiento de reforma. Para ello el único camino es la "pena indefinida", que ciertamente bien podía denominarla "medida de reeducación". Por ello aprueba y señala como precedentes que debían seguirse en la legislación española, las diversas leyes que a partir de la francesa sobre la rele-

gación de reincidentes se habían adoptado en diversos países de Europa, si bien critica ciertos aspectos de algunas de estas leyes por no estar orientadas al fin ético de la reforma [1.274]. Pero en todo caso rechaza de plano el sistema tradicional de encuadrar la reincidencia como agravante del delito, al igual que la rechaza DORADO y asimismo los nuevos penalistas que introducen en España los postulados de la Política Criminal. El rechazo se deriva por un lado de considerar que el hábito, la mayor perversidad, o la ineficacia de la pena anterior no son fundamentos que justifiquen una mayor responsabilidad del sujeto o que hagan más grave la comisión del delito, y por otro porque desde la perspectiva tutelar o defensista la pena retributiva es desechada como medio de respuesta a los supuestos de delincuentes habituales, incorregibles, o en definitiva "peligrosos".

B. Positivismo crítico

Entrado ya el siglo XX comienza a despuntar una nueva generación de penalistas que marca una nueva etapa en la ciencia penal española. Todavía en pleno auge el correccionalismo- positivista de DORADO [1.275] cuando comienzan su actividad profesional, completarán su formación en el extranjero de donde traerán su afiliación a las nuevas teorías eclécticas, que en Italia bajo la dirección de ALIMENA y en Alemania bajo la dirección de VON LISZT, constituyen la superación y

síntesis de la anterior oposición entre clásicos y positivistas.

En este grupo de penalistas, al que ANTON denomina "generación española de la Política Criminal" por la influencia lisztiana en todos ellos, destacan SALDAÑA, CUELLO CALON y JIMENEZ DE ASUA. La larga vida de estos dos últimos posibilita su participación en otra nueva fase de la ciencia penal que sucede al primer entusiasmo de las doctrinas sociológicas defensistas: el cultivo de la dogmática [1.276]. Pero a efectos de nuestro trabajo vamos a limitarnos a la labor de estos autores durante las últimas décadas de vigencia del código de 1.870, pues nos interesa destacar la concepción de la reincidencia en esta época en que todavía predomina en ellos el acento defensista, reflejo de la evolución que a nivel internacional tiene lugar en materia de reincidencia: diferenciación y separación de los conceptos de reincidencia y de habitualidad, adscripción de la multirreincidencia que revele habitualidad o incorregibilidad al ámbito de la peligrosidad y medidas de seguridad, y exigencia en todo caso de individualización del tratamiento penal [1.277].

SALDAÑA es el que más se separa de sus maestros para construir una teoría propia, el "pragmatismo penal" [1.278]. Frente a la teoría de la "pena finalista" propugnada por VON LISZT propone SALDAÑA la "teoría de la pena del resultado" según la cual una pena es justa sólo cuando positivamente engen-

dra efectos útiles para la comunidad [1.279]. La penología, dice, debe basarse en reales experiencias de la vida, no en fines teoréticos y postulados "a priori" sino en comprobaciones rigurosamente empíricas [1.280]. Doctrina evidentemente de miras prácticas, pero terriblemente peligrosa desde el momento que consagra la eficacia como justificación del sistema [1.281].

Al tratar de la reincidencia en sus Adiciones al Tratado de VON LISZT, enfoca el tema desde la perspectiva de la temibilidad del delincuente. La reincidencia es ante todo síntoma más o menos grave, -según se haya cumplido o no la pena anterior-, de la inintimidabilidad del reo y en consecuencia de su temibilidad [1.282]. No debe ser tratada como "agravante de la responsabilidad", sino como una "condición personal del reo" que determina su "estado peligroso" [1.283]. En 1.921 publica una propuesta de lo que a su juicio pudiera ser un Proyecto de nuevo código penal, en el que la responsabilidad criminal viene medida por el "estado peligroso" [1.284], y en el que por un lado la reincidencia y la reiteración figuran como agravantes, y por otro la habitualidad y profesionalidad son reguladas especialmente para dar lugar a medidas de tratamiento particulares [1.285] que puede llegar a la retención indefinida [1.286]. Expresamente dice haberse inspirado en el recién aparecido Proyecto de código penal italiano elaborado por FERRI [1.287], pero tres años más tarde se retracta de las alabanzas que había dispensado a tal Proyecto y lo tacha de "in-

consecuente" [1.288] porque, dice, admite el "criterio represivo" clásico [1.289], pues las "sanciones" que en el se recogen son en realidad "penas" [1.290] en el sentido tradicional, ya que se imponen en función del delito cometido y éste constituye el presupuesto de la responsabilidad. Cuando lo procedente y consecuente con las mismas doctrinas de FERRI, continúa diciendo, era tomar la "peligrosidad"del reo, haya cometido o no delito, como presupuesto de la "sanción" que propiamente debía ser una "medida" [1.291].

En definitiva, aunque en algunos pasajes las referencias a la reincidencia son confusas [1.292], lo que queda claro es que para SALDAÑA la reincidencia se encuadra en el ámbito de la peligrosidad del reo, y que no obstante distingue entre la peligrosidad que puede mostrar un reincidente y la que muestra un habitual o un profesional del delito, supuestos en los que la medida de tratamiento o de seguridad debe ser más severa.

JIMENEZ ESCRIBANO, discípulo de SALDAÑA, traduce y comenta el Proyecto de FERRI y al igual que su maestro, pone de relieve las incongruencias entre algunas disposiciones del Proyecto y las doctrinas del positivismo naturalista. Refiriéndose a la reincidencia, JIMENEZ ESCRIBANO critica la mecánica de fijar un aumento automático y predeterminado de la sanción, en vez de dejar al Juez en libertad de señalar ésta en función de la mayor o menor peligrosidad que en con-

creto presente el reo [1.293]. En general su crítica fundamental al Proyecto radica en la fijación de la sanción sobre el presupuesto del delito en lugar de hacerlo sobre el "estado peligroso" [1.294].

Más concordes con la línea de Política Criminal lisztiana, CUELLO CALON y JIMENEZ DE ASUA muestran en su primera época mayor preferencia por la defensa social.

Así CUELLO CALON, en la primera edición de su "Derecho penal" reclama que el fundamento de la pena descansa en un solo principio, la defensa de la sociedad [1.295]. Apoyándose en PRINS [1.296] y en los primeros escritos de JIMENEZ DE ASUA [1.297], sienta que "lo que al derecho penal únicamente interesa", es el "peligro que el delincuente representa para la vida social" [1.298]. Si por los delitos cometidos y los antecedentes personales un sujeto revela un "estado peligroso", la autoridad social no debe preocuparse, dice, de si el sujeto obró ligeramente, basta que el acto sea "voluntario", sino que tiene que resolver el problema de defender a la sociedad contra los hechos dañosos de aquél [1.299]. En materia de agravantes CUELLO, considera que su relevancia radica en que representan "una mayor temibilidad" del delincuente [1.300]. Y en concreto la reincidencia es la circunstancia en la que las características personales del reo pasan a cobrar mayor importancia que la del hecho o acto cometido. Dice expresamente a este respecto:

"Hoy no puede continuarse admitiendo que el reincidente sea un delincuente ordinario que añada un nuevo delito a delitos ya anteriormente castigados. El reincidente es un delincuente de una naturaleza especial, tiene un género especial de vida, pertenece a una categoría determinada, y como ha dicho un autor, las recaídas sucesivas le hacen entrar en cierto momento en la clase social que se ha llamado siempre peligrosa" 1.301)

Poco más adelante vuelve a insistir en la misma idea diciendo:

"El delincuente reincidente pertenece al grupo de los individuos en estado peligroso, representa un peligro especial y debe ser objeto de medidas especiales. La Unión Internacional de Derecho Penal se ha consagrado especialmente al estudio de la cuestión y la opinión más preponderante en ella ha sido favorable al apreciar para estos delincuentes, antes que nada, su elemento personal, relegando a segundo término el elemento objetivo del delito realizado, y a permitir a los jueces gran libertad en la declaración de tal estado. Más este pensamiento pareció a algunos atentatorio contra los derechos individuales y favorecedor de posibles abusos por parte de los juzgadores, y de este modo se ha llegado a adoptar un criterio ecléctico de apreciación de la personalidad del delincuente y de la evaluación del delito cometido, con preponderancia a favor de aquella, para determinar los reincidentes en estado peligroso a quienes es preciso apreciar medidas especiales de protección social" 1.302).

En su "Derecho penal" en 1.926 vuelve a recoger las mismas consideraciones sobre la reincidencia 1.303). Pero ya los diversos Congresos Internacionales y en la doctrina europea se venía matizando desde hace años que la reincidencia no puede equipararse a hábito delictivo, aunque sea un síntoma para detectarlo, junto con otros datos 1.304); lo que al introducirse las categorías de "estado peligroso" se traslada a la afirmación de que la fijación de la peligrosidad del reo

no debe descansar únicamente sobre la reincidencia, sino también en otros datos relativos a las circunstancias y vida del sujeto [1.305]. Por ello, años más tarde, ya en la década de 1.950 CUELLO matiza que "el reincidente no siempre es un delincuente crónico peligroso, la reincidencia es a veces producto de un influjo ocasional pasajero" [1.306]; pero, añade, "la reincidencia es la base común de las gravísimas variedades criminales que se denominan delincuentes habituales, delincuentes profesionales y delincuentes incorregibles" [1.307]. Y manifiesta que la reincidencia contemplada en el art. 10, 15ª del código penal de 1.944 se fundamenta en la "peligrosa inclinación que manifiesta el reo a la recaída del delito"[1.308] afirmación que en el contexto retributivo del código difícilmente puede aceptarse, y que resulta contradictoria con las manifestaciones de CUELLO en el sentido de que "el espíritu de la retribución es la médula de la pena" [1.309].

Más consecuente, a nuestro juicio, es la postura de JIMENEZ DE ASUA. En su primera época, en la que se pronuncia por la necesidad de sustituir "los viejos e infecundos conceptos de imputabilidad moral y de libre albedrío" por la noción del "estado peligroso del delincuente" sobre el que debe girar el derecho penal moderno [1.310], manifiesta que el sistema de agravar la pena por reincidencia "no puede ya sostenerse" [1.311]. Desde las nuevas perspectivas defensistas es la habitualidad y peligrosidad lo que interesa.Por ello:

"Es necesario distinguir. Unas veces el reo delinquió una vez y recae de nuevo. Entonces no hay lugar a suponer aún que la pena fracasó en él, que quedó ya sin personalidad para el Derecho penal. Pero otras veces -las más- la reincidencia es múltiple y los varios hechos con que el delincuente vulneró la ley no son más que la expresión de un estado personal: la habitualidad. Constituído ya el delincuente de hábito demuestra que la pena no tiene ningún poder sobre él porque ni le intimida ni le corrige. Imponérsela agravada por lo mismo es absurdo.Cuando al término de ella salga, volverá a ser un peligro para la sociedad. El habitual es, pues, un incapaz de Derecho penal, que se encuentra en estado peligroso, contra el cual es necesario defenderse con medidas de seguridad" 1.312).

Al abordar el problema de la delincuencia desde la perspectiva del delincuente, en clave de peligrosidad 1.313), toda solución se dirige a "inocuizar" el peligro, a través de medidas de "custodia" por tiempo indefinido hasta que cese la peligrosidad: para ello resulta imprescindible, lógicamente la sentencia indeterminada 1.314).

Cuando JIMENEZ DE ASUA, años más tarde se retracta de sus posiciones defensistas radicales y de su primitivo rechazo a la culpabilidad, que ahora reclama como "finísimo instrumento de justicia" inseparable del destino del derecho penal 1.315), su postura ante la reincidencia no ha cambiado. En un sistema dualista, como es el predominante en el siglo XX en la mayoría de los países, la reincidencia solo interesa como síntoma de peligrosidad. "La reincidencia", dice, fue una noción jurídica muy importante en el pasado, porque suponía la agravación de la pena, pero que ahora, justamente a causa del progreso de la Criminología ésta se encuentra en

retroceso" [1.316]. La figura de reincidencia debe ser reemplazada por los conceptos antroposociológicos de habitualidad y profesionalidad [1.317]. En el Doceavo Congreso penal y penitenciario celebrado en La Haya en 1.950, y asimismo en el Tercer Congreso Internacional de Criminología celebrado en Londres en 1.955, JIMENEZ DE ASUA mantiene idéntica postura: hay que dejar de lado la reincidencia para ocuparse del delincuente habitual; el hecho de que una persona haya cometido dos infracciones, sólo tiene importancia si la recaída revela la peligrosidad del sujeto; su tendencia criminal [1.318].

En resumen, para JIMENEZ DE ASUA, la reincidencia solamente interesa en cuanto que puede revelar la inclinación delictiva, pero como no puede equipararse automáticamente ambos conceptos, conviene prescindir de la noción de reincidencia y hablar únicamente de peligrosidad y de tendencia criminal, que deben constituir los presupuestos de las genéricamente denominadas medidas de seguridad.

Desde esta perspectiva es evidente que queda descartada toda posible justificación de la agravación por reincidencia tal como se prevé en el código penal de 1.870 o en los códigos posteriores de 1.932 y 1.944. Pues de tener algún significado la recaída en el delito es el de la peligrosidad del sujeto, y esta condición personal no puede ser contestada con una pena o con un "plus" de pena, sino con una me-

dida de tratamiento o de seguridad.

3. RESUMEN

Cuando entra en vigor el código penal de 1.870 las concepciones clásicas-eclécticas siguen predominando particularmente en los sectores de penalistas prácticos, magistrados, abogados. La reincidencia se sigue justificando por la "mayor perversidad" del sujeto. Entendiendo por mayor perversidad la inclinación delictiva del reo especialmente significativa por cuanto se muestra refractaria tras la primera experiencia de condena. La alusión al "peligro social" no está tampoco ausente en los planteamientos de algunos autores [1.319]. Unicamente GROIZARD se opone, y de forma tajante, a la justificación de la agravación, desde la perspectiva del derecho penal del acto.

Al igual que ocurría en el período anterior, apenas encontramos referencias a que el reincidente sea "más culpable", salvo en algunos correccionalistas que aluden a que el sujeto "no ha querido corregirse" [1.320]. En realidad, detrás de los argumentos esgrimidos late continuamente la preocupación por el delincuente habitual, que en el sistema clásico sólo puede ser captado a través de la reincidencia, pues la multirreincidencia no se recoge, al menos en el código penal español, con entidad distinta, salvo la excepción de algunos

delitos patrimoniales.

La difusión y asunción del correccionalismo no va a suponer ningún cambio sustancial en los planteamientos sobre la agravante. Trastocada la expiación por la corrección legitimada la indagación de las disposiciones morales del sujeto, el aumento de pena por reincidencia se justifica por las necesidades de una reparación desde las raices de la causa que perturbó la armonía del derecho. La reincidencia se toma como muestra de una "mayor perversión" del reo porque su inclinación al delito no ha podido ser corregida con la pena anterior (presupuesto de la licitud de la agravación es para los correccionalistas el cumplimiento de la pena anterior y el carácter reformador de la misma). En consecuencia se deduce que el reo necesita una mayor dosis de pena, cómoda y fácil conclusión que revela el nivel especulativo en que se desenvuelve este correccionalismo [1.321]. Pero al menos la individualización de la pena, que se propugna necesaria para la corrección del culpable, posibilita una primera vía de aproximación a la realidad penitenciaria. Desde esta realidad los Congresos penitenciarios internacionales comenzarán a analizar las diferencias entre diversas clases de reincidentes, para llegar a proponer "penas excepcionales" para los multirreincidentes habituales o incorregibles. En este movimiento participan penitenciaristas españoles entre los que destaca Concepción ARENAL [1.322]. Estas propuestas van a ser acogidas sin recelos por la mayoría de la doctrina ecléctica, lo que muestra

que el trasfondo del problema de la reincidencia no es sino el de la prevención y defensa de la sociedad.

Comienza el desplazamiento cada vez más evidente hacia planteamientos de prevención especial. Con el correccionalismo radical de DORADO, la reincidencia interesa no ya como agravante -más pudiera ser una atenuante, dice DORADO- sino como un dato más para conocer la personalidad del delincuente y obrar en consecuencia para lograr su reforma o prevenir su tutela. El positivismo afianzará el desplazamiento hacia el preventivismo-defensismo rechazando la categoría de la culpabilidad, para construir un sistema penal sobre el "estado peligroso". No es ya la reincidencia como agravante lo que motiva la atención, no siquiera el "reincidente legal" sino el reincidente en sentido antropológico y sociológico [1.323], aquél que representa un peligro para la sociedad: el multirreincidente habitual, profesional o incorregible. Frente a éste, la sociedad debe reaccionar sometiéndole a una medida de seguridad o de tratamiento.

De esta forma es el <u>fenómeno de la reincidencia</u> lo que pasa a primer plano: la "recidiva" [1.324]. Abandonadas las especulaciones teóricas propias del método clásico, se impone la comprobación de esas presuntas tendencias o de esa presunta habitualidad que puede presentar el reincidente. La reincidencia queda relegada a mero <u>síntoma</u> de peligrosidad.

Observando las distintas argumentaciones que a lo largo de este período que cierra un siglo e inaugura el nuevo, puede detectarse un hilo conductor que une a todas ellas: el común acuerdo en que la reincidencia puede revelar una inclinación delictiva o un hábito criminal en el reo. En el plano abstracto de las construcciones clásicas la presunción de esa inclinación es irrebatible una vez que se demuestra que el sujeto ha cometido delitos similares. La agravación, no obstante, solo se justifica si se trata de una tendencia rebelde a una primera experiencia condenatoria. Desde las perspectivas positivistas la presunción debe ser demostrada, para lo que no bastará la existencia de una condena anterior. Pero si se prueba, por la conjunción de otros datos, la habitualidad o fuerte inclinación delictiva, que denominarán peligrosidad, se justifica la imposición de una "medida". La modalidad de respuesta al fenómeno de la reincidencia depende pues de los presupuestos sobre los que se construye cada sistema. Pero en ambos, la reincidencia se encuadra en el ámbito de la lucha contra el delincuente que muestra una inclinación a delinquir, con las matizaciones particulares propias de cada concepción. En el fondo, la reincidencia queda siempre en el ámbito de la prevención especial, de la defensa social, por más que en las construcciones clásicas se limiten las posibilidades de esa prevención.

En la doctrina española se pasa, en materia de reincidencia, de un prevencionismo matizado y limitado por los

topes de la proporción retributiva, a un prevencionismo declarado como finalidad del sistema penal. A lo largo del proceso no encontramos un intento serio de justificar el "plus" o agravación de pena por reincidencia en un aumento de culpabilidad.

## II. EN LA JURISPRUDENCIA

Como hemos tenido ocasión de comprobar en las Secciones anteriores de este capítulo, la copiosa jurisprudencia sobre la reincidencia versa fundamentalmente sobre la obligatoriedad de apreciación de la agravante 18ª pese a que el delito que se juzga haya sido cometido con anterioridad a aquel sobre el que ya ha recaído condena [1.325)], la suficiencia de dos condenas anteriores en una o en más sentencias para apreciar la doble reincidencia cualificativa de determinados delitos patrimoniales [1.326)], o la compatibilidad de la reincidencia especial que convierte la falta de hurto en delito con la cualificación de doble reincidencia del art. 533-3ª para los hurtos [1.327)]. Pero siempre que se trata de la aplicación de la reincidencia en delitos del mismo Título los argumentos que se aducen para apreciarla o rechazarla descansan en la interpretación de la letra de la ley; no encontramos en estos casos consideraciones sobre el sentido o fundamento de la agravante, lo que es explicable por las incongruencias que presenta la definición legal del nº 18 del art. 10, que vimos en su momento [1.328)] y que dificultan encontrar el fundamento de una agravante que apenas se diferencia de la mera repetición de delitos sin condena intermedia. En más de una ocasión los Tribunales manifiestan que debe prescindirse de tener en

cuenta el "espíritu de la ley" en materia de reincidencia pues la letra es bien clara y explícita, por más que esté en contradicción con el pretendido"espíritu" o sentido teórico de la reincidencia [1.329].

En cambio respecto a la reiteración o agravante 17ª la postura jurisprudencial es bien distinta, debido a las posibilidades que ofrece el arbitrio concedido a los Tribunales para su apreciación, como vimos en su momento. En consideración a la "naturaleza" del delito y a las "circunstancias del delincuente" la jurisprudencia restringe la apreciación de la agravante a los casos en que los delitos cometidos guardan una cierta semejanza entre sí, o bien aunque no exista tal semejanza, el reo ha sido condenado anteriormente varias veces por delitos distintos. La adopción de estos criterios aparece razonada, vinculando esa exigencia de cierta analogía entre las infracciones a la "mayor perversidad" que la recaída en delitos similares revela en el sujeto, o la predisposición a delinquir especialmente intensa cuando está probado que el reo tiene un abundante historial delictivo, como ya vimos en las sentencias que se citaron al estudiar la reiteración [1.330]. De entre ellas pueden destacarse como más significativas las siguientes:

Respecto a la exigencia de cierta analogía, relación jurídica o moral entre los delitos, la s. de 11 de di-

ciembre de 1.880 rechaza la agravante porque en vista de la "distinta naturaleza" de las infracciones pasada y presente no puede deducirse "mayor perversidad"en el reo [1.331);la s. de 27 de diciembre de 1.883 insiste en que la reiteración es una circunstancia que se refiere no al hecho, sino a la "perversión que muestra el culpable" [1.332), afirmación que recuerda el principio correccionalista de la atención a la disposición moral del sujeto por encima de la materialidad del acto delictivo [1.333); la s. de 21 de abril de 1.894 rechaza también la agravante porque la comisión de un delito de lesiones después de una condena por hurto no arguye "mayor perversidad" [1.334); la s. de 28 de abril de 1.896 alude a la ausencia de "esa cierta relación moral y jurídica que determina hábito de delinquir o mayor perversidad" [1.335); la de 31 de enero de 1.910 en el mismo sentido rechaza la agravación por no existir datos suficientes en la causa para poder deducir la "mayor perversidad" [1.336); la de 21 de setiembre de 1.910 mantiene que sólo puede apreciarse la reiteración cuando exista "una relación moral que implique más acentuada tendencia o propensión a cometer delitos de índole análoga" [1.337)

Respecto a los antecedentes delictivos del reo como síntoma de la intensidad de inclinación delictiva destacan la s. de 25 de febrero de 1.911 en la que se aprecia la agravante porque las varias condenas anteriores "colocan al procesado en la situación que predetermina el párrafo 2°del n°17 del art. 10, en razón de la perversidad y temibilidad que

sus circunstancias arguyen" [1.338]; la de 12 de noviembre de 1.912 en la misma línea manifiesta que los delitos anteriores del reo permiten deducir que se trata de un "delincuente habitual y demuestran de modo evidente su inclinación a delinquir" [1.339]; la s. de 31 de diciembre de 1.912 con los mismos argumentos concluye que "resulta probada la habitualidad" por lo que estima la agravante. En estas sentencias se tiene en cuenta el número de delitos anteriores del reo, pero no hay referencia al significado de la condena o condenas anteriores, como base de esa "mayor perversidad", probablemente porque al ser esa condena requisito imprescindible de acuerdo con el tenor legal del art. 10, 17ª, prescinden de la referencia a ella para centrarse en los datos no requeridos expresamente por la ley. Sin embargo, en la s. de 18 de febrero de 1.919 se alude explícitamente a la experiencia anterior de condena al admitir la agravante en base a la "perversidad y predisposición delictiva reveladora de la falta de ejemplaridad que le produjeron las condenas anteriores por robo y resistencia a la autoridad" [1.340]. El fundamento de la agravación radica según ésto en la predisposición delictiva refractaria a las experiencias anteriores de condena. No es el mero hecho de que el sujeto posea una intensa tendencia a delinquir lo que motiva la agravación, sino el dato de que la tendencia se manifiesta especialmente rebelde a la acción de la justicia que el reo ha experimentado ya anteriormente.

Las explicaciones que encontramos en estas sentencias nos indican cuál debe ser, a juicio del Tribunal Su-

premo el fundamento de la agravación por razón de los antecedentes delictivos del reo, esto es, de la agravación por reincidencia. Pues aunque las resoluciones citadas versan sobre la circunstancia 17ª del art. 10, es evidente que en ella queda plasmada una modalidad de reincidencia, que precisamente la jurisprudencia interpreta de acuerdo con el modelo o concepción dominante de lo que debe ser la agravación: la recaída en delitos semejantes, o bien la recaída después de varias condenas por delito aunque no sean semejantes. En ambos casos el fundamento descansa en la presunción de inclinación delictiva "más perversa" por cuanto que el sujeto ha experimentado ya una condena. En el primero, delitos semejantes, la tendencia se deduce de esa semejanza indicadora de la especialización del sujeto, y en el segundo caso, la tendencia se deduce de los varios delitos condenados anteriormente.

## III. EN EL CODIGO

Vamos a fijarnos en las notas fundamentales de la regulación legal de la reincidencia que constituyan novedad o modificación respecto a la anterior normativa de 1.848, y que por lo tanto tengan relevancia en la fundamentación de la agravación. En primer lugar destaca la nueva configuración de la reincidencia del nº 18 del art. 10, que al concretar los requisitos de la agravante ofrece una desgraciada definición, sustancialmente distinta a la interpretación que la mayoría de la doctrina hacía de la esquemática figura de reincidencia enunciada en el código anterior. La nueva definición va a condicionar el contenido de la cualificación de los hurtos, robos y estafas, que en el nuevo código se establece para la doble reincidencia. Respecto a la reiteración, las modificaciones son por el contrario encomiables, principalmente la concesión del arbitrio judicial en su apreciación, aparte de la extensión del ámbito posible de la agravante a los supuestos en que el reo hubiese sido condenado por "dos o más delitos de pena menor".

Respecto a las recaídas durante el período de ejecución de condena, creemos que no es necesario hacer ninguna mención especial pues aunque se suavizan los efectos al presentar una regla única de agravación, las consideraciones sobre el mismo no varían respecto a las que se hicieron al exa-

minar la disposición correlativa del código de 1.848.

## 1. REINCIDENCIA EN DELITOS DEL MISMO TITULO

El rasgo fundamental de la agravante 18ª en el código penal de 1.870 es la no exigencia de condena anterior a la recaída. Como ya se ha puesto sobradamente de relieve, ello conduce a que la agravación pueda surgir por mera repetición de delitos, produciéndose una lamentable confusión con el concurso de delitos [1.342)]. Puesto que la reincidencia debe apreciarse incluso sobre el primer delito cometido por el reo, si da la casualidad de que con anterioridad a su enjuiciamiento ha recaído condena por otro cometido después [1.343)], no puede mantenerse que en el delito que se juzga exista por parte del reo "mayor perversidad". Realmente la reincidencia en este caso es una circunstancia sobrevenida que se tiene en cuenta retroactivamente al enjuiciarse el primer delito.

Las explicaciones de la doctrina que fundamentan la agravación en la "mayor perversidad" en cuanto "tendencia delictiva refractaria a la primera condena", sólo tienen valor en relación a un sector de supuestos comprendidos en la circunstancia 18ª: aquéllos que consistan en la recaída después de una previa condena ejecutoria.

Pero desde el momento que la agravación comprende también casos de mera repetición, es preciso encontrar una

justificación que abarque también a éstos. Solamente AZCUTIA y GONZALEZ MIRANDA entendían justificada la agravación por mera repetición, sin necesidad de condena previa [1.344)], y parece que sus explicaciones pueden aplicarse a la regulación legal. Para estos autores la "mayor perversidad" significa "tendencia delictiva" sin más, sin que haya que esperar a que la recaída sea posterior a una condena previa. Y es que,en definitiva, creemos que es la presunción de tendencia al delito lo que fundamenta la agravación por reincidencia en el código. La tendencia se deduce de dos hechos: la mera repetición por un lado, y la semejanza entre las infracciones por otro.

Ello no explica por qué el mismo código en otros casos de mera repetición, en vez de agravar, prevé un descuento de la pena, como ocurre cuando los varios delitos se enjuician en un solo proceso, supuesto que queda afectado por las reglas del concurso de delitos [1.345)]. Pero es que esta incongruencia no puede solventarse ni explicarse lógicamente. La incongruencia es fruto de la defectuosa técnica legal que consagra esta paradójica situación.

Si la agravación viene motivada, como parece, por la inclinación delictiva del reo, ese "plus" de pena no viene a "retribuir" sino a lograr una mayor intimidación del reo, o bien una segregación más duradera que en cuanto tal evitará durante ese "plus" de tiempo nuevos delitos contra la sociedad.

## 2. REITERACION

Al examinar esta agravante en el código penal de 1.848 decíamos que su fundamento parecía descansar en la ineficacia intimidativa de la primera experiencia condenatoria en el sujeto; la agravación pretendía, decíamos, enfatizar las finalidades de prevención individual frente al reiterante [1.346]. En principio podíamos mantener esta misma conclusión en el código de 1.870. Pero en éste la reiteración presenta dos novedades que a nuestro juicio significan una mayor atención a la propensión delictiva del agente. En primer lugar se amplía la agravante a los supuestos en que el reo ha sido condenado anteriormente dos o más veces por delito de pena menor. Por lo que ya no se trata únicamente de aumentar la dosis de la pena porque la experiencia demostró que esa misma pena u otra mayor fue insuficiente para alejar al reo del delito, sino que también se tiene en cuenta el pasado delictivo como índice de una inclinación delictiva, que aunque no sea una tendencia particularizada a determinada esfera de infracciones es igualmente relevante [1.347].

En segundo lugar, con la concesión de arbitrio judicial para apreciar o no la agravante en función de "las circunstancias del delincuente y de la naturaleza y efectos del delito" se relativiza la importancia de la condena anterior en cuanto índice de que la pena anterior no fue suficiente para el sujeto. Se deja a la interpretación judicial la fi-

jación y concreción de criterios que determinen cuándo es relevante la existencia de condenas anteriores. La concesión de esta facultad supone admitir, por parte del legislador, que tal como venía manifestando la doctrina [1.348)], la comisión de delitos no semejantes no es razón suficiente para agravar la pena, porque no puede presumirse la existencia de una tendencia delictiva en el sujeto.

Los tribunales así lo entenderán, y por ello, en el uso de la facultad concedida, van a limitar la aplicación de la reiteración a supuestos en los que más fundadamente pueda presumirse una cierta propensión delictiva en el sujeto. Ya sea porque los delitos cometidos, pese a pertenecer a Títulos diversos del código guardan entre sí una cierta analogía, o bien porque en vista de los numerosos antecedentes penales pueda deducirse la proclividad criminal indiferenciada del delincuente [1.349)]. Interpretación judicial del fundamento de la reiteración que a nuestro juicio es congruente con el espíritu que subyace en esa cláusula facultativa que refleja a la vez la postura dominante en la doctrina clásica española respecto al tema de la reincidencia.

La reiteración aparece, pues, como un complemento de la reincidencia del nº 18, al abarcar los supuestos de recaídas que puedan revelar es "mayor perversidad" en cuanto a tendencia refractaria pero que no pueden incluirse en los términos de la reincidencia legal. Aunque existe una diferen-

cia sustancial entre estas dos circunstancias: la reiteración exige que la condena o condenas del reo sean anteriores a la perpetración del delito que se juzga. Por lo que respecto a ella se puede mantener que su fundamento reside en esa presunción de tendencia delictiva rebelde a una primera experiencia de condena. Mientras que respecto a la reincidencia del nº18, al no exigirse esa prelación condena-recaída, el fundamento de la agravación a que dá lugar descansa en la presunción de tendencia delictiva sin más.

Tal vez, la no exigencia de condena anterior al delito en la reincidencia tenga su explicación en la importancia que el legislador dá a la tendencia criminal como fundamento de la agravación. La convicción -equivocada- de que la inclusión de los delitos en el mismo Título implica ya una semejanza más acentuada, que por lo tanto permite presumir con mayor certeza esa propensión o tendencia. Mientras que en la reiteración, puesto que la semejanza no es tan patente, aun cuando pueda estimarse alguna, es necesario reforzar la presunción mediante la comprobación de la ineficacia de la condena anterior.

## 3. LA DOBLE REINCIDENCIA COMO CIRCUNSTANCIA CUALIFICATIVA EN ALGUNOS DELITOS PATRIMONIALES.

La única novedad destacable en este punto es la relativa suavización que supone que la cualificación sea por segunda reincidencia, en vez de por simple reincidencia tal como había fijado la reforma de 1.850. Pero esta suavización, como ya decíamos, es relativa, ya que de acuerdo con la definición del nº 18 del art. 10, sobre la que necesariamente se configura la cualificación, ésta puede surgir por la mera repetición de tres delitos sin condena intermedia, lo cual resulta más parecido a aquella fórmula de "reo habitual" que recogía el código de 1.848, y aun a la tradición histórica del "tertium furtum", salvadas las distancias respecto a los efectos en la pena [1.350].

El fundamento de esta cualificacíín es el mismo que señalábamos respecto a la del código de 1.848: la presunción de arraigada propensión hacia los delitos patrimoniales o incluso presunción de habitualidad. Solo que en el nuevo código no es necesario que el reo haya experimentado una primera condena (basta que "al ser juzgado..."), por lo que no se trata de la "tendencia rebelde al primer castigo", sino la presunción de esa tendencia sin más. Con tal que esté probado con anterioridad al juicio del tercer delito, que ha sido condenado por otros dos. La elevación de la pena pretende lograr una mayor intimidación, o una mayor inocuización, -segregación-,

sometiendo al reo presuntamente habitual o muy propenso a esta clase de delitos, a una privación de libertad más prolongada.

Respecto a la especial reincidencia prevista para las "faltas" de hurto, superagravación que convierte en delito "lo que por su gravedad objetiva es en principio una simple falta" [1.351], la justificación es la misma: presunción de arraigada tendencia hacia la delincuencia patrimonial. En definitiva, la explicación de esta cualificación proviene de los planteamientos utilitarios-defensistas respecto a la protección del patrimonio privado, derecho cuasi sagrado en la ideología liberal burguesa propia del siglo XIX. El eclecticismo del código de 1.848, que permanece en el de 1.870, permite la supervivencia de aquellos criterios preventivistas que orientaban la fijación de la medida de la pena en los penalistas de la Ilustración [1.352]. En relación a la reincidencia o repetición de los delitos patrimoniales más frecuentes continúa vigente el principio de la pena "necesaria" para la intimidación, por encima del principio de retribución proporcional a la magnitud del hecho cometido. Aunque, por supuesto, la sensibilidad ha evolucionado y por lo tanto no se llega a aquellas penas perpetuas que preveía el código penal de 1.822 para estos casos. Pero de todas formas, no se acaba de romper con el peso de la tradición histórica en esta materia.

La supervivencia de los intereses defensistas nos indica que, pese a los intentos de justificar la agravación en base a una mayor culpabilidad, allí donde la reincidencia aparece con mayor virulencia queda a descubierto qué es lo que verdaderamente preocupa de ella, y cuál es la razón fundamental de la exacerbación de la pena: la proliferación de la delincuencia habitual y profesional, y la necesidad de luchar con una cierta efectividad contra ella. Lo que se hace a través de la única reacción penal conocida: la pena.

Ello explica que precisamente desde aquellos sectores que propugnan un nuevo defensismo las cualificaciones por doble reincidencia no sean objeto de crítica, sino incluso de alabanza [1.353)], pues en definitiva tanto desde el correccionalismo como desde el positivismo se proponen privaciones de libertad más prolongadas contra el sujeto habitual, ya sea por necesidad de corrección o de "tutela", o por necesidad de "aseguramiento" para contrarrestar la peligrosidad [1.354)]. Pero la diferencia estriba, principalmente, desde el positivismo, en la exigencia de individualización en el examen de la habitualidad o de la peligrosidad del delincuente, para el cual la reincidencia constituye sólo uno de los datos a tener en cuenta [1.355)].

## IV. CONCLUSION.

El tratamiento agravatorio de la reincidencia en el código penal de 1870 continúa justificándose en los mismos criterios de prevención especial que inspiraban la regulación de 1848. La no exigencia de condena anterior a la recaída para la reincidencia en delitos del mismo Título supone que para ésta adquiere aún mayor relevancia la justificación basada en la tendencia delictiva del sujeto, pues se prescinde de la comprobación de que esa tendencia sea particularmente refractaria a una experiencia anterior de condena. Al igual que en el código anterior, los principios de retribución proporcional para lograr la "pena justa" limitan la actuación de los objetivos de prevención a un estrecho margen dentro de la medida de la pena señalada por la ley al delito. Solamente en algunos delitos patrimoniales se permite la superación de esos límites cuando existe doble reincidencia.

Pero este modo de operar, que responde a los principios del clasicismo ecléctico vigente en 1848 y aún cuando se promulga el código penal de 1870, va a quedar rápidamente superado ante la revolución que introduce en la ciencia penal el positivismo naturalista, produciéndose un profundo desfase entre la regulación legal y las propuestas de la doctrina. Desfase que nos ha interesado destacar porque, aunque se inicia a finales del siglo pasado, hoy, a finales del siglo XX, no ha sido todavía superado.

El correccionalismo comenzó a debilitar los principios clásicos al otorgar supremacía a las disposiciones morales del sujeto sobre la estricta culpabilidad por el acto cometido y sustituir la pena-retribución por la pena tutelar dirigida a lograr la enmienda del reo. Se reivindica la importancia del arbitrio judicial e incluso dando un paso más se propugna la pena indeterminada para atender a las necesidades de reforma y corrección de cada individuo. El positivismo naturalista acabará por desbancar el dogma del acto y la pena retributiva. Abandonada la categoría de la culpabilidad, pasa a primer plano la consideración del "estado peligroso" del individuo. Las fórmulas apriorísticas abstractas son sustituídas por la observación experimental de los fenómenos de la delincuencia. Desde esta perspectiva la "reincidencia legal" va a quedar singularmente afectada al rechazarse de plano el método de "presunciones" propio del sistema anterior, y queda así al descubierto su verdadera significación: la reincidencia interesa únicamente como dato, importante, para detectar la peligrosidad del reo. Del concepto legal y formal de "reincidencia" se pasa al estudio del "fenómeno de la reincidencia", esto es, de la peligrosidad que pueden presentar los multirreincidentes en cuanto habituales o profesionales del delito. No puede admitirse que el simple dato de una condena anterior sea justa causa de agravación de la pena, porque en primer lugar se rechaza la presunción de tendencia delictiva en base al simple cómputo de dos delitos; la tendencia delictiva debe comprobarse en cada caso. Y en segundo lu-

gar, porque si se comprueba una tendencia peligrosa en el reo no es un incremento de pena lo que procede, sino en su caso una "medida de seguridad" o un determinado tratamiento.

En realidad no ha cambiado el significado de la reincidencia, en cuanto que tanto la doctrina clásica como la moderna consideran a ésta desde la perspectiva de la personalidad del reo en su faceta de tendencia delictiva o habitualidad. La diferencia estriba en que, una vez excluídos los apriorismos abstractos, se impone la matización y comprobación consiguiente en cada caso de la existencia o no de esas cualidades del sujeto. En ambos sistemas la reacción penal frente al reincidente se orienta a la prevención especial, pero en el primero a través de un incremento de "pena" con topes limitados y en el segundo a través de una "medida de seguridad" de duración en principio indeterminada.

Desde la perspectiva actual puede pensarse que tal vez fue preferible el mantenimiento de las fórmulas legales de agravación por reincidencia previstas en el código de 1870 durante todo ese tiempo, pues con ello se evitó la aplicación de medidas de seguridad del tenor de las que se venían aprobando en otros países, en las que se disponía la relegación perpetua o por largo tiempo de los multirreincidentes peligrosos. Pero debe reconocerse que de hecho la aplicación de la agravación legal prevista en el código, sobre todo cuando se trataba de aquellas cualificadas, suponía un considera-

ble aumento de la duración de la pena que, en muchos casos, se impusieron a sujetos que de haber sido sometidos a un examen individual se habría dictaminado la escasa "peligrosidad" de los mismos, y por lo tanto no habrían quedado afectados por aquellas medidas de seguridad.

Hoy día somos más conscientes del "peligro" que para la seguridad jurídica encierran las "medidas de seguridad" [1.357], e incluso se discute el fundamento ético de las mismas [1.358], lo cual conduce a la necesidad de extremar las garantías legales en su aplicación. Pero también hay que decir que apenas han sido objeto de un desarrollo dogmático suficiente que perfile sus contornos, como lo ha sido la pena y las categorías tradicionales del delito [1.359]; y que asimismo el fracaso en la aplicación de las medidas se ha debido también en gran parte, al menos concretamente en nuestro país, a la insuficiencia de medios técnicos para dictaminar la peligrosidad del individuo y a la escasez de establecimientos adecuados para el cumplimiento de aquéllas [1.360]. Pero las justas objeciones a las medidas de seguridad no justifica, a nuestro juicio, que no se haya atendido la crítica que el positivismo planteó a la agravación de la pena por reincidencia. Crítica que en el fondo no hizo sino llamar por su nombre lo que desde las primeras elaboraciones penales de la Ilustración se parapetaba bajo ese cajón de sastre de la "mayor perversidad" del reincidente. La agravación de la pena en el código de 1822, 1848-50 y 1870 responde, como creemos que ha

quedado probado, a objetivos de prevención especial frente a los sujetos que "presuntamente" muestran una tendencia delictiva más intensa y refractaria a un primer castigo: en definitiva la agravación se justifica por el "presunto" peligro de nuevas reincidencias por parte del sujeto. Y esto es lo que ya no puede admitirse. Las consideraciones sobre la "peligrosidad" del sujeto entran de lleno en el campo de las medidas de seguridad, y es aquí donde la reincidencia encuentra su ámbito natural. Es injusto imponer un "plus" de pena en base a meras "presunciones" formales de peligrosidad, y es injusto, inadecuado e ineficaz someter a un aumento mecánico de pena privativa de libertad, aun cuando el sujeto sea peligroso, pues la medida de seguridad adecuada al caso no tiene por qué consistir en una privación de libertad, y menos aun de duración predeterminada por unas rígidas reglas de métrica penal.

NOTAS AL TEXTO

DEL CAPITULO TERCERO

1) SALDAÑA, Reforma, 14

2) En la exposición de motivos del Proyecto de código penal de 1.980 (publicado en BolCortGen con fecha de 17 de enero) se alude a la necesidad de reforma del texto punitivo para acomodarlo al nuevo régimen político consagrado en la Constitución de 1.978. Aunque expresamente se manifiesta que esta acomodación no va a ser el único fin de la reforma del código: "En estos momentos políticos en que España inicia una nueva etapa histórica bajo la Constitución de 1.978, el Gobierno entendió que había llegado la hora de afrontar la tantas veces anunciada reforma total del sistema punitivo, elaborando un código que, sin renunciar a nuestra tradición jurídica, tuviese en cuenta, no solo el cambio político sino también las nuevas realidades sociales y los avances que ofrecen actualmente la Dogmática penal, la Criminología y la Ciencia penitenciaria"

3) Vid supra Cap. 1° Secc. 1ª, pág. 2 ss.

4) El código de 1.928 se orienta en un "nuevo eclecticismo" que conjuga el retribucionismo de corte clásico con la defensa social, sin llegar a armonizarlos en un sistema lógico como decía ANTON (Antecedentes, 55). Incluye las medidas de seguridad para los delincuentes peligrosos que en caso de los multireincidentes puede suponer una retención indeterminada; recoge también algunas disposiciones inspiradas en la doctrina correccionalista, como es la posibilidad de reducir la duración de la condena adelantando la concesión de Libertad condicional por buena conducta (art. 174). Pero junto a estas instituciones de carácter moderno, coexiste una dureza excesiva de las penas, y en general el código está teñido de la impronta autoritaria de la dactadura, aparte de multitud de defectos técnicos. De ahí las innumerables críticas de que fue objeto. Vid ANTON, Antecedentes, 49-61; CUELLO, Nuevo Código, 9 ss; JIMENEZ DE ASUA, Tratado, I, 777-9 y MISMO AUTOR, En defensa, 62-9.

5) Aunque la finalidad primordial de las reformas de 1.870 1.932 y 1.944 fue la de adaptar el código penal a las nuevas Constituciones o Leyes Fundamentales, como es sabido se realizaron a la vez en cada momento histórico otras modificaciones no sustanciales y de carácter particular para introducir mejoras técnicas (no siempre afortunadas) y en general según el carácter político del régimen que sucedía al anterior, se introduce una suavización o un endurecimiento en la punición de los delitos.

6) CORDOBA, Evolución, 15

7) Sobre las distintas corrientes doctrinales a lo largo de la vigencia del código, vid infra, Secc. 4ª, I, pág. 842 ss.

8) Vid ANTEQUERA, Codificación, 95-7, 109 y 112-4; ARAMBURU, Adiciones, 109, s; DORADO, Código Penal, 597 s; GONZALEZ MIRANDA, Historia, 25-8; GONZALEZ SERRANO, Apéndice, 10 s; SALDAÑA, Adiciones, II, 467-72; SILVELA, Derecho Penal, II, 31-4; VICENTE Y CARAVANTES, Apéndices, 557-63.

9) NUÑEZ, Reforma

10) ANTON, Código Penal de 1.870

11) Vid CASTEJON, Ideas; COBO, Arbitrio; LATOUR, Libertades RODRIGUEZ MOURULLO, Dogmática; OLESA, Sistemática; ROSAL, Palabra. Conferencias todas ellas publicadas en CONMEMORACION.

12) Vid NUÑEZ, Reforma, 37 s y nota 38, o directamente la MEMORIA, 177

13) Vid ANTEQUERA, Codificación, 82 s

14) Este Proyecto aparece publicado en la RevGenLegJur como apéndice a la Memoria presentada por la Comisión en 1.871. Vid MEMORIA, Apéndice XXXI, 159-84

15) Vid MEMORIA, 176-85 y Apéndices XXXII a XXXV de la misma donde se transcriben las diversas "Exposiciones elevadas al Gobierno" por la Comisión manifestando su oposición a la inclusión de los delitos de imprenta en el código penal (Apéndice XXXII, documento de fecha 18 de marzo de 1.869) o solicitando repetidamente la aceptación de su dimisión (Apéndice, XXXIII primera solicitud fechada el 2 de junio de 1.869, Apéndice XXXIV, reiteración en la solicitud de dimisión fechada el 9 de julio del mismo año; Apéndice XXXV, Comunicación del presidente de la Comisión, D. Manuel Cortina al Gobierno sobre los motivos de su dimisión de la que no consta fecha). En el Apéndice XXXVI de la misma MEMORIA se recoge el Decreto de Regencia admitiendo la dimisión de la Comisión, con fecha de 1° de octubre de 1.869.

16) Vid ANTON, Código penal de 1.870, 235, donde alude a la escasa intervención de D. NICOLAS Mª RIVERO en el Proyecto a juzgar por los diversos cargos que ostentaba en esos tiempos. Según SILVELA, (Derecho Penal, II, 254) los autores de la reforma de 1.870 profesaban las teorías retribucionistas representadas por GROIZARD en esa época. Según ANTON, (Código penal de 1.870, 235 s.) puede ser cierta la influencia del Magistrado GROIZARD correligionario del Ministro MONTERO RIOS, pues en varios aspectos de la reforma se acusa la mano de los prácticos, y por otro lado es evidente la continuidad en los principios clásicos de expiación profesados por GROIZARD.

17) DiarSesCortConst. 1.869-70, XIII, pág. 8.441. El Proyecto se recoge en el Apéndice 3° al diario n° 293.

18) DiarSesCortConst. 1.869-70, XIV y Apéndice 9° al n° 303. Sesión de 10 de junio de 1.870. La Comisión dictaminadora manifiesta haber introducido algunas ligeras modificaciones al Proyecto presentado por el Gobierno.

19) Sobre el contenido, fundamentalmente político de los debates Vid una amplia reseña en NUÑEZ, Reforma, 22-30

20) DiarSesCortConst 1.869-70, XIV, pág. 8.883: "y aunque este código sea, por decirlo así, código de verano, sus efectos se han de sentir por mucho más tiempo que el de una estación tan corta..." decía SILVELA en acertada premonición.

21) Sobre la nueva configuración de los delitos políticos en el código de 1.870, Vid FIESTAS, Políticos, 191-222 y SALDAÑA, Reforma, 17-46.

22) Vid ANTON, Código penal de 1.870, 241-3 y NUÑEZ, Reforma 54 s.

23) Vid ANTON, Código penal de 1.870, 243-50, y NUÑEZ, Reforma, 53-6.

24) Vid infra Secc. 2ª, I, 1 pág. 541 ss.

25) SALDAÑA, Reforma, 16, 52 s. y 111 s. Una amplia reseña de los proyectos que llegaron a Cortes en el siglo XIX puede verse en ANTON, Decimonónicos, 249-83. Vid también GONZALEZ MIRANDA, Historia, 28-41 y JIMENEZ DE ASUA Tratado, I, 769-72

26) Vid ANTON, Decimonónicos, 252-83

27) Un cuadro de las leyes que introducen reformas parciales al código puede verse en SALDAÑA. Reforma, 7 s. ANTON (Antecedentes, 41-3) encuadra las leyes de reforma y otras leyes complementarias del código en dos grupos: uno de tendencia mitigadora de la represión que incluye las disposiciones dictadas principalmente a principios del siglo XX,y otro grupo de tendencia "defensista" en el sentido de defensa política represiva que incluye las disposiciones publicadas en los últimos años de vigencia del código de 1.870, ya durante la época de la Dictadura de Primo de Rivera. La misma clasificación, reproduciendo textualmente la exposición de ANTON, encontramos en JIMENEZ DE ASUA, Tratado, I, 767 s. Resulta extraño que a pesar de tratarse de una reproducción textual de varios párrafos del artículo de ANTON, no haga referencia alguna a este autor, por lo que pensamos debe tratarse de un descuido en la transcripción de las citas.

28) Vid infra Secc. 3ª, III, pág. 771 ss.

29) Vid infra Secc. 2ª, I, 3, pág. 606

30) Vid ARAMBURU, Prólogo y Notas, 109 s.

31) Aunque como heredero del código de 1.848 y de la concepción que sobre el arbitrio judicial imperaba a principios de siglo XIX y aún después, el código de 1.870 paga tributo a su origen, hay que reconocer que son varias las disposiciones de este texto que amplían las facultades del juzgador. Vid COBO, Arbitrio, 83-9. Concretamente respecto a las agravantes se introduce una cláusula facultativa de apreciación para algunas de ellas. que afecta por ejemplo a la reiteración o agravante 17ª del art. 10. Vid infra Secc. 2ª, II, 4, pág. 681 ss.

32) El Informe del COLEGIO DE ABOGADOS de Madrid (Informe, 94) ya en 1.852 solicitaba una libralización de las facultades del Juez en la determinación de la pena. dejando a su prudente criterio la estimación de las atenuantes y agravantes. La Comisión de Codificación cesante en 1.869 se había manifestado en el mismo sentido Vid MEMORIA, 178.

33) Así se reconocía en el Preámbulo del Proyecto de SILVELA (DiarSesCong 1.884-1.885, apéndice 1° al n° 54): ((...)) desde la promulgación del código de 1.848 no han tenido sus preceptos aplicación completa en cuanto se refiere a las penas de privación de libertad y sus múltiples calificaciones, desapareciendo, por tanto, en la práctica muchas de las clases y distinciones establecidas en teoría y especificadas en los artículos de la ley, sin resultado ni eficacia alguna"

34) ROMERO GIRON Reformas, 218 s., siendo Ministro de Justicia, en la apertura de los Tribunales en 1.883 se manifiesta decidido partidario de la reducción de la escala de penas y de un extenso arbitrio judicial, porque la necesaria individualización de la pena"no es oficio de la ley, sino ministerio del juez". Por ello, se lamentaba que con el sistema del código se había convertido "el augasto oficio del Juez en acto mecánico de adaptación material". En el mismo sentido se pronuncia CIUDAD AURIOLES, Consideraciones, 321, en la apertura del año judicial de 1.918, siendo Presidente del Tribunal Supremo.

35) Vid CIUDAD, Consideraciones, 321

36) Vid Infra II, pág. 529 ss.

37) Ibidem

38) Aunque propiamente se trata de Anteproyectos pues ninguno de ellos llegó a ser presentado a las Cortes, sigue la línea correccionalista el Proyecto Salmerón de 1.873 en cuya redacción participaron ARENAL y SILVELA; en la línea defensista asumen principios de de la escuela positiva el Proyecto Villaverde de 1.891 elaborado por SALILLAS, el Proyecto Montilla de 1.902 redactado por BERNALDO DE QUIROS, y el Proyecto Ugarte de 1.905 que sigue el sistema de Ley de bases elaborado también por SALILLAS. Vid ANTON Salillas; BERNALDO DE QUIROS, Prólogo, XIX-XXV; JIMENEZ DE ASUA, Tratado 769-71; SALDAÑA Reforma, 111 s.

39) Aunque los Proyectos aludidos no llegan siquiera a ser presentados a las Cortes, algunas de las proposiciones en el sentido de individualización de la pena y otras orientaciones modernas son recogidas en leyes complementarias al código, tales como la Ley de 17.1.1901 sobre abono de la prisión preventiva, la de 17-III-1.908 sobre condena condicional, la de 25 de julio de 1.914 sobre Libertad Condicional, la de 25 de noviembre de 1.918 que crea los Tribunales para niños, y el R.D. de 14 de noviembre de 1.925 que introduce la prescripción en la reincidencia.

40) Vid supra I, pág. 527, notas 38 y 39

41) Vid supra Cap. 2° Secc. 1ª, I, pág. 247

42) GROIZARD publica su extensa y famosa obra "El código penal concordado y comentado" de 6 tomos, el primero de los cuales aparece en 1.870 y el 6° en 1.892. Indudablemente constituyó obra importante de consulta a juzgar por las tres ediciones que alcanzó, la última de ellas en 1.923, aunque a diferencia de otros Comentarios al código de la época, no incluía Jurisprudencia.

43) GOMEZ DE LA SERNA, fue también presidente del T.S. durante los años 1.869 a 1.871 (Vid LASO GAITE, Aportación,59) Junto con MONTALBAN había publicado la obra "Elementos del derecho penal de España" en 1.849 conforme al código anterior, y en 1.874 vuelven a lanzar una nueva edición conforme al código reformado.En nuestra opinión son unos comentarios demasiado escuetos y en general superficiales.

44) AZCUTIA publica en 1.876 "La ley penal", obra en la que comenta el artculado del Libro I del código desde la perspectiva de la aplicación práctica según reconoce en el prólogo (Ley penal, Prólogo XI: "apartándonos de la esfera de las teorías ((...)) nos hemos encerrado en el terreno de la práctica que es nuestro propio".

45) José ALVAREZ CID y su hermano Teófilo aparecen como autores de "El código penal de 1.870" aunque el autor mate-

rial de la obra es el segundo quien recoge materiales de estudios sobre el código penal elaborados por su hermano difunto a quien dedica la obra y le hace constar como autor de la misma. Consiste en el "estudio práctico del Código Penal para su recta interpretación, procurando explicar y definir las palabras términos y conceptos de sus artículos con la doctrina consignada en las sentencias del Tribunal Supremo" (ALVAREZ CID, Código Penal, Prólogo VI). Los dos tomos que constituyen el trabajo salen a la luz en 1.908 y ciertamente el único valor del mismo reside en la recopilación de la jurisprudencia ordenada por artículos del código.

46) VIADA en su"Código penal reformado de 1.870" de 4 tomos comenta cada artículo del código contestando a las "Cuestiones" o problemas prácticos que plantea cada disposición acudiendo a las resoluciones del Supremo y en algunos casos a las de la Jurisprudencia francesa. La primera edición data de 1.874 y la cuarta y última de 1.890-1.891. Además continpua publicando "Suplementos" con las nuevas resoluciones del Supremo hasta 1.915.

47) Se centran casi exclusivamente en las resoluciones del Supremo las obras de ALVAREZ CID y de VIADA. Sobre otros comentarios de menor importancia, Vid BERNALDO DE QUIROS, Nuevas Teorías, 170 s.

48) En 1.869 GINER traduce la obra de ROEDER "las doctrinas fundamentales sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones" que aparece publicada en sucesivos fascículos de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia (Vid ROEDER, Doctrinas, en la lista bibliográfica de este trabajo)

49) Vid ANTON, General, 36 s; DORADO, Criminología, 140; JIMENEZ DE ASUA, Tratado, II, 135; SAINZ CANTERO, Evolución, 141-54; SALDAÑA, Adiciones, I, 413-6

50) SILVELA en su obra "El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente" (1ª ed. 1.874 T.I y 1.876 T.II y 2ª ed. en 1.903) manifiesta expresamente seguir la teoría correccional (SILVELA, Derecho penal, II, Prólogo, V); pero ciertamente se trata de un correccionalismo ecléctico como señala ANTON (General, 37) pues se combina con principios clásicos de derecho natural. Este extremo había motivado las severas críticas de DORADO, (Código penal, 717) quien desde su particular perspectiva consideraba improcedente pretender armonizar ambas tendencias, y llega a decir que SILVELA no había comprendido el correccionalismo de ROEDER. Pero por encima de estas matizaciones debe destacarse que la obra citada de SILVELA es reconocido como el primer tratado español de derecho penal digno de tal nombre (JIMENEZ DE ASUA, Pensamiento, 91; MIR PUIG Introducción, 272; SAINZ CANTERO, Evolución, 163)

51) RAMIRO RUEDA, a quien citaremos por el segundo apellido a lo largo del trabajo ya que por él se le conoce, publica sus "Elementos de derecho penal" en 1.877 como texto de su cátedra, del que se darán 4 ediciones (la última en 1.898). Es una mezcla de exposición doctrinal y comentario al texto positivo de evidente finalidad didáctica.

52) De ARAMBURU hay que destacar en primer lugar "La nueva ciencia penal" publicada en 1.887 donde se adscribe a la corriente correccional. Posteriormente publica las "Notas" a la traducción de "Elementos de derecho penal" de PESSINA que aparece en 1.892. Años después, en un discurso pronunciado en 1.910 sobre "La actual situación del derecho penal y de la lucha contra el delito" se inclina hacia las proposiciones de la escuela de política criminal de VON LISZT y por ello ANTON (Generación, 338) le considera como precursor de nueva generación de penalistas españoles que siguen aquella línea sobre la figura de este insigne catedrático, Vid SILVA Arámburu.

53) VALDES publica en 1.910 sus dos tomos de "Derecho penal. Su filosofía, historia, legislación y jurisprudencia", bastante asistemáticos y reiterativos. Es de destacar el espacio que dedica a exponer las "Causas que pueden influir en la voluntad humana" (capítulos 28 a 34 inclusive del T.I.) abundando en consideraciones que se asemejan a apuntes de sociología criminal. Expresamente manifiesta que la Unión Internacional de Derecho Penal "constituye el mayor progreso en la ciencia y política penales" (Derecho penal, II, 49)

54) Referencia a otras obras dogmáticas de tipo correccional en BERNALDO DE QUIROS, Nuevas teorías, 172.

55) Sobre la vida y obra de esta insigne penitenciarista, Vid por todos, CASAS, Concepción Arenal.

56) ARMENGOL, Reincidencia, obra publicada en 1.873, a la que haremos referencia a lo largo de este capítulo.

57) Vid LANDECHO, Tipificación, 33-43 sobre la lucha por la implantación de la Escuela Positiva.

58) Vid ANTON, Utopía, 24 donde ofrece una relación completa de las primeras publicaciones de DORADO en este sentido de divulgación de las nuevas corrientes.

59) ARREDONDO, Nuevas escuelas

60) BERNALDO DE QUIROS, Nuevas teorías

61) LEAL DE IBARRA, Estudios 111-97. Refutación de la escuela positiva en 167-97

62) ROVIRA, Curso, 259-61; especialmente alaba a la Unión Internacional de derecho Penal en 261 s.

63) Vid supra nota 53

64) SILVELA, Derecho penal, II, Prólogo, VI-XIV

65) En este sentido MIR PUIG, Introducción, 266 s.

66) MIR PUIG, Introducción, 267 alude a la negación del libre albedrío por la Escuela positiva como principal discrepancia entre el correccionalismo y el positivismo. Sin embargo aunque comúnmente se atribuía a la nueva escuela tal negación y por ello se la combatía, la Escuela Positiva como tal nunca negó el libre albedrío. Como pone de relieve LANDECHO, Tipificación, 40 y 96, GAROFALO y su grupo siempre defendieron esa libertad del hombre e incluso el mismo LOMBROSO que la niega durante una época -llevado por FERRI que fue el verdadero determinista- posteriormente prescinde de esta cuestión y declara que se trata de un problema filosófico ajeno a su Escuela. Vid también KAUFMANN, Criminología, 238 s. principalmente, y PINATEL, Histoire, 545.

67) Vid SAINZ CANTERO, Ciencia , 149-54

68) Sobre SALILLAS, Vid ANTON, Salillas; y JIMENEZ DE ASUA Tratado, I, 870-2.

69) ANTON, Generación, 338 s. Sobre la producción penal y criminológica de BERNALDO DE QUIROS, Vid JIMENEZ DE ASUA, Tratado, I, 889-93.

70) MORENO CALDERON, Reincidencia

71) Vid ANTON, Generación, 339-42. Como es sabido, SALDAÑA desarrolló una teoría particular "el pragmatismo penal" como variante de la defensa social. Vid MASAVEU, Saldaña, 414-7.

72) ANTON, Generación, 343-5

73) Ibidem, 342, s.

74) MONTES publica en 1.917 la primera edición de su obra "Derecho Penal español" de inequívoco corte clásico. En su 2ª edición, en 1.929, sigue no obstante el método dogmático al comentar los preceptos del código penal de 1.928. Vid MIR PUIG, Introducción, 265; JIMENEZ DE ASUA Tratado, I, 880 s.; SAINZ CANTERO, Evolución, 138

75) Vid LASO, Aportación, 14. Junto a la Sala Tercera destinada a la "Casación en lo Criminal", la Sala Segunda se encargaba de la "Admisión en lo Criminal"

76) La escala general de penas viene establecida en el art. 26. Al suprimirse la prisión y presidio menores la duración que el código penal de 1.848 asignaba a estas penas queda ahora comprendida en los nuevos límites que se señalan al presidio y prisión correccional, que abarcan de seis meses y un día a seis años. El confinamiento menor desaparece totalmente.

77) Vid DiarSesCortConst 1.869-70, XIV, Apéndice 9° al n° 303, exposición de motivos.

78) Dice el art. 29, p.1.: "Los condenados a las penas de cadena , reclusión y relegación perpetuas y a la de extrañamiento perpetuo serán indultados a los treinta años de cumplimiento de la condena, a no ser que por su conducta o por otras circunstancias graves, no fuesen dignos de indulto a juicio del Gobierno.

79) Vid GOMEZ DE LA SERNA, Perpetua, 357-66, donde señala los múltiples efectos negativos de la cadena perpetua y recuerda como antes de la promulgación del código de 1.848 no podía imponerse pena superior a 10 años de privación de libertad, a lo más con la cláusula de retención(de acuerdo con la Pragmática de 12 de marzo de 1.771 dictada por Carlos III), por lo que propone la fijación de un límite similar, que a su juicio no debiera exceder de 14 años. También en este sentido se había manifestado en 1.852 el Colegio de Abogados de Madrid, Informe, 294-7, proponiendo como máximo de duración para las privativas de libertad 16 años. El Proyecto de código penal (Parte General) elaborado por la Comisión de codificación que cesó en 1.869 establecía en su art. 25 el indulto a los 24 años de estar sufriendo la condena por pena perpetua, siempre que los penados lo solicitasen y teniendo en cuenta la conducta observada durante este tiempo (Vid MEMORIA, Proyecto, en Apéndice XXXI a la Memoria, 267). Como vemos el c.p. de 1.870 recoge el límite de los 30 años, bastante superior a estas propuestas.

80) El art, 89, regla 2ª dispone el límite del triplo de la pena más grave de las que se impusieren al reo como tope de cumplimiento, o en todo caso el tope de los 40 años. En su último párrafo se dice: "Para la aplicación de lo dispuesto en esta regla se computará la duración de la pena perpetua en treinta años".

81) El presidio y la prisión mayores tendrán la duración de seis años y un día a doce años así como el confinamiento (art. 29 p. 3), en vez de los siete a doce años que establecía el código penal de 1.848-50 (art. 26 p. 2 de

ese código).

82) En el código de 1.848-50 las inhabilitaciones temporales, absoluta o especial tenían una duración de tres a ocho años (art, 26, p. 3), y ahora pasan a tener duración de seis años y un día a doce años (art. 29 p. 4) El confinamiento queda con esa misma duración que las inhabilitaciones (art. 29, p.3) y el arresto menor que antes era de uno a quince días (art. 26, p. 9 del código de 1.848-50) ahora será de uno a treinta (art. 29 p. 8).

83) Como puede apreciarse en la "Tabla demostrativa" del art. 83 de aquel código de 1.848.

84) Vid RUEDA, Artística, 13 y 56

85) ANTON, Código penal de 1.870, 250 s.; VIDA, Proyecto, 57

86) SILVELA,(Derecho penal, II, 325) dirige una velada crítica al excesivo legalismo en los siguientes términos: "El legislador español no se ha contentado con fijar la naturaleza y clase de represión correspondiente a cada hecho punible, dejando a la prudencia del Juez -único que conoce lo peculia, propio, individual del caso- el establecer la cuantía o el "quantum", sino que, enamorado de la idea de que el castigo ha de ser "cierto", ha dado reglas mediante las cuales puede "a priori" fijarse de una manera casi invariable en cantidad y calidad la pena".

87) La regla 6ª del art. 82, dice: "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"

88) Según dispone la regla 1ª del art. 82.

89) Dice el art. 81 p.l.: "En los casos en que la ley señalare una sola pena indivisible, la aplicarán los Tribunales sin consideración a las circunstancias atenuantes o agravantes que concurran en el hecho".

90) Según establece la regla 2ª del art. 81.

91) Una vez estimada una agravante, o atenuante en su caso, las reglas de los artículos 81 y 82 son preceptivas; lo cual no obsta a que alguna de las circunstancias agravantes sean de apreciación facultativa, como ocurre con la reiteración (Vid infra Secc. 2ª.II.4, pág.681).

92) Según consta en el Proyecto de código penal. Vid MEMORIA Proyecto, 262

93) Ibidem, 263. El último párrafo del art. 10 del Proyecto, decía: "Los tribunales apreciarán estas circunstancias atendida la naturaleza y accidentes de los delitos". Cláusula de aplicación general a todas las agravantes contenidas en dicho artículo.

94) Respecto a las agravantes de parentesco y de imprenta circunstancias 1ª y 5ª del art. 10, se establece la posibilidad de apreciarlas como atenuantes o como agravantes "según la naturaleza y los efectos del delito". La nocturnidad o despoblado, circunstancia 15ª, es de apreciación facultativa atendiendo a la "naturaleza y accidentes del delito"; y la reiteración en función de las "circunstancias del delincuente y la naturaleza y efectos del delito" (Vid infra II.4 pág. 681 ss.)

95) Especialmente por las incongruencias que se derivan de la referencia "al ser juzgado" como momento de existencia de condena anterior para que surja la agravante. Sobre este extremo, Vid infra c. pág.

96) Vid supra, Cap. 2°. Secc. 2ª. I. pág. 259

97) Vid supra Ibidem, pág. 264 ss.

98) Como ya se expuso (Vid supra Cap. 2° Secc. 2ª.I.2.A.a. pág. 264 ss. ), la opinión mayoritaria de la doctrina se inclinaba por la exigencia de condena anterior a la recaída en delito semejante, aunque no faltaban voces discordantes a este respecto.

99) Vid infra c.b' pág.553 ss.

100) Respecto a la improcedencia de considerar que el código contemple esta agravante un "tipo de autor", nos remitimos a lo expuesto al tratar la reincidencia en el código de 1.848 (Vid supra Cap. 2°. Secc. 2ª.I.2.A. pág. 260 ss.

101) Sobre este punto Vid supra Cap. 2°. Secc. 2ª I.2.A. pág. 262 s. y nota 74

102) ARMENGOL, Reincidencia, 85

103) Ibidem

104) GROIZARD, Código Penal, I, 452

105) Ibidem

106) R.O. de 12 de noviembre de 1.879, tomada de VALDES, Libro Primero, 257.

107) JurCrim t.4/683

108) Jur Crim t.6/297

109) JurCrim t.19/504

110) JurCrim t.70/165

111) En la agravante 17ª se alude únicamente al "delito" o "delitos" por los que el sujeto fue castigado anteriormente, sin referencia alguna a la clase de infracción que se enjuicia, por lo que en principio cabe admitir esta agravante sobre una mera "falta" si el reo fue castigado antes por algún"delito" pero no al revés. En cambio en la circunstancia 18ª se dice que "al ser juzgado el culpable por un delito, estuviere ejecutoriamente condenado por otro", por lo que ambas infracciones, pasado y presente deben tener tal carácter para poder estimar la reincidencia.

112) El art. 6 es prácticamente el mismo que el del código del 48, pero con una ligera modificación al indicar las penas: Dice así: "Se reputan delitos graves los que la ley castiga con penas que en cualquiera de sus grados sean aflictivas. Se reputan delitos menos graves los que la ley reprime con penas que en su grado máximo sean correccionales. Son faltas las infracciones a que la ley señala penas leves". Se intenta una mayor precisión en la demarcación de las distintas categorías de las infracciones, puesto que en muchos casos estas llevan señaladas penas compuestas de una correccional y otra aflictiva.

113) ARAMBURU, Prólogo y Notas, 373 s.

114) CUELLO CALON, Anotaciones, 627, estima que la redacción de las circunstancias 17 y 18, e incluso la del art. 131 excluye la aplicación de estas figuras sobre las "faltas".

115) SILVELA, Derecho Penal, II, 188

116) BERNALDO DE QUIROS, Teoría, 430

117) JIMENEZ DE ASUA, Derecho Penal, 162

118) Actualmente, para la reincidencia del código penal de 1.944 (y sucesivos textos refundidos) también se entiende que las "faltas" no sirven para la estimación de la agravante genérica de reincidencia del nº 18 del art. 10. Vid MIR PUIG, Reincidencia, 328 y MARTINEZ ZAMORA, Reincidencia, 113, por citar únicamente las monografías actuales sobre esta agravante.

119) Respecto al art. 131 Vid infra Secc. 3ª IV.1. pág.818 ss. y respecto al art. 531, 4°, Vid infra Secc. 3ª.III.1. pág. 772

120) Dice al art. 620: "En la aplicación de las penas de este libro, (LibroIII) procederán los Tribunales según su prudente arbitrio, dentro de los límites de cada una atendiendo a las circunstancias del caso".

121) JurCrim t.35/206. Subrayado nuesto

122) JurCrim t. 113/277

123) Recordemos que según el art. 82 (Vid supra Secc. 1ª.IV 2. pág. 537 )incluso cuando no existen ni atenuantes ni agravantes, el Juez no puede recorrer la pena en toda su extensión para decidir la concreta a imponer, sino que está limitado a la imposición del grado medio de la misma; por tanto el reflejo que puede tener la existencia de condenas o condena anterior por "falta" queda reducido o limitado al estrecho margen del grado de pena que corresponda.

124) JurCrim t.84/55

125) JurCrim t.92/161

126) JurCrim t.38/173

127) Vid infra Secc. 3ª.III.1. pág. 772 ss. , las distintas modificaciones de 1.876 y 1.907 a este respecto.

128) Principios contemplados en los arts. 22 y 23 del c.p. de 1.870

129) Vid infra Secc. 3ª.II.2.A.b. pág. 733 ss.

130) JurCrim t.15/557. Se juzgaba un delito de lesiones y el Tribunal de instancia apreció la reincidencia por haber sido condenado anteriormente por un hecho que constituía delito cuando se le condenó, pero que había dejado de serlo con el c.p. de 1.870. El Supremo revocó la sentencia de instancia por no haber aplicado la retroactividad favorable del art. 23 del código. (No consta en la sentencia del Supremo que clase de delito fué el que originó la condena anterior)

131) MIR PUIG, Delito, 349-75

132) Ibidem, 322

133) Vid Ibidem, principalmente 335-49. Los artículos 1 y 6 del código penal -texto revisado de 1.971- en que fundamentalmente basa su argumentación este autor, son prác-

ticamente idénticos en contenido a los mismos arts. 1 y 6 del código penal de 1.870. Incluso como él mismo destaca (Ibidem, 336) en este código era aún más evidente la utilización en el art. 6 del término delito en sentido "abstracto" pues textualmente decía: "Se reputan delitos graves los que la ley castiga con penas que en cualquiera de sus grados sean aflictivas. Se reputan delitos menos graves los que la ley castiga con penas que en su grado máximo sean correccionales. Son faltas las infracciones a que la ley señala penas leves". En esta redacción es evidente que no es la pena aplicable al delito en concreto la que determina la calificación de un delito como "grave" o "menos grave", sino la asignada para el "tipo abstracto".
Otros artículos que presenta MIR PUIG en apoyo de su tesis, como el art. 8 en sus números 1, 2, 3 y 4 y los artículos 104 y 106 (Ibidem 324 s.) son igualmente válidos para mantener la misma conclusión en el código de 1.870 pues sus correlativos en este código presentan idéntica o muy parecida redacción. Por ejemplo el nº 1 del art. 8 en el código penal de 1.870 alude a un hecho que la ley "calificare de delito grave" para decretar el preceptivo internamiento del loco; es claro que se utiliza la expresión "delito" en sentido abstracto, como ocurre en el código de 1.971 al referirse meramente a "delito". Correlativos a los arts. 104 y 106 citados por MIR PUIG son los arts. 124 y 126 del código penal de 1.870, de idéntico contenido en ambos códigos.
Sobre el alcance dogmático del delito como "tipo legal" cuyo examen excede los límites de este trabajo, remitimos a la exposición de MIR PUIG, (Ibidem 324-35) cuya conclusión sobre la equiparación de "tipo legal" a "tipo total del injusto" compartimos.

134) Como agudamente señala MIR PUIG, Reincidencia, 112 la interpretación "típico-abstracta" del término "delito" no significa contradicción con la exigencia de condena anterior por un delito concreto. Esta aclaración que MIR PUIG hace al tratar de la reiteración es igualmente aplicable a la reincidencia en delitos del mismo Título, pues así como en la agravante 10, 14 (10, 17 del c.p. de 1.870) el término "delito" sirve de referencia para la exigencia de "pena igual o mayor", en la reincidencia dicho término en el sentido "abstracto" sirve para el elemento relacional propio de esta agravante, "comprendido en el mismo Título".

135) Tanto los autores coetáneos al código de 1.848 (Vid supra cap. 2º Secc. 2ª.I.2.A.a. pág. 264 ss.) como los coetáneos al código de 1.870 (Vid infra b' pág. 553 ss.)

136) Vid infra c' pág. 558 ss. la jurisprudencia sobre este extremo.

137) También puede afirmarse como lo hace QUINTANO, Comentarios, 238, que incluso, exigiendo condena anterior a la perpetración del nuevo delito (art. 10, 15ª del código penal de 1.944) la agravación sigue dependiendo de acontecimientos ajenos al reo, como es la actividad judicial. Pero en este caso por lo menos el reo al delinquir de nuevo ha experimentado ya una condena penal y con su actuación hace surgir la reincidencia, aunque ello dependa de que haya existido un pronunciamiento condenatorio anterior. Mientras que según la definición del código penal de 1.870 la reincidencia depende totalmente de las fechas de los enjuiciamientos.

138) El código penal de 1.870 es el que regula por primera vez el concurso real de delitos reduciendo la duración total que correspondería por la suma de las penas, al triplo de la más grave o en todo caso a 40 años. (Regla 2ª del art. 89, artículo paralelo al 70 del código de 1.944). El concurso ideal y la comisión de un delito medio para otro venían ya contemplados en el código de 1.848, y se mantiene en el código de 1.870 en el art. 90, de forma idéntica a como se establece en el código de 1.944 en su art. 71).

139) Vid infra C. pág. 577

140) Sobre el fundamento que se entiende subyace en esta regulación de la reincidencia. Vid infra, Secc. 4ª pág.

141) Como veremos en el apartado siguiente (Vid infra c' pág. 558 ss. ) en más de una ocasión algún Tribunal dejó de apreciar la agravante de reincidencia, por resultar ésta injusta para el caso enjuiciado, aludiendo al "espíritu de la ley" o al "espíritu del legislador", que aparecía contrariado por la letra de la ley. No obstante el Tribunal Supremo en ningún caso admite estas explicaciones porque la letra de la ley es suficientemente clara en esa expresión de "al ser juzgado", aunque no se niega que tal vez fuese otro el "espíritu" que inspiró la agravante de reincidencia.

142) Vid supra 1. pág. 541, nota 92.

143) GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN, Elementos, (ed. de 1874) 65

144) Como dijimos más arriba (Vid supra 1. pág. 541 )la descripción de la agravante es idéntica a la del Proyecto de 1.869, pero en éste se admitía la apreciación facultativa de todas las agravantes en consideración a la

naturaleza y accidentes del delito, con lo cual de mantener esta posibilidad se hubiesen aminorado los defectos de la definición legal.

145) Vid infra c' pág. 563 ss.

146) Vid infra 3. pág. 606

147) El código de 1.928 en su art. 67, 3ª había corregido el defecto de 1.870, estableciendo la reincidencia "cuando al ejecutar el delito el culpable estuviere castigado con anterioridad y ejecutoriamente, por otro comprendido en el mismo Título de este Código" (subrayado nuestro).

148) Vid supra Cap. 2°Secc. 2ª.I.2.A. pág. .Recordemos que el código de 1.848 decía únicamente "Ser reincidente de delito de la misma especie".

149) Vid supra Cap. 2° Secc. 2ª.I.2.A.a. pág. 264

150) AZCUTIA, Ley penal, 247-50 se pronuncia en favor de la definición de reincidencia del código penal de 1.848-50 pues aunque escueta, en base a ella siempre se ha entendido por la jurisprudencia, dice el autor, la necesidad de condena anterior, pero no daba lugar a la incongruencia de poder aplicar la agravante sobre el primer delito cometido por el reo. Y en la explicación respecto a la condena anterior entiende este autor que basta que exista condena firme por el primer delito cometido en el momento de enjuiciar el segundo hecho.

151) Así CUELLO CALON, (Anotaciones y adiciones, cit. pág. 626: "no es preciso que la sentencia ejecutoria haya recaído cuando éste (el delito que se juzga) se ejecutó". También JIMENEZ DE ASUA (Derecho penal, cit. pág.160) sin otro comentario que consignar que "basta que esté ejecutoriamente condenado por el anterior, al ser juzgado por el nuevo". VIADA y VILLASECA, (Código Penal reformado, T.I, 4ª ed. pág. 315), como haciendo notar la particularidad dice "Téngase en cuenta que no es necesario que haya sido condenado al tiempo de cometerse el delito sino que basta que lo haya sido al tiempo de dictarse sentencia. (Subrayados nuestros).

152) GROIZARD, Código penal, I ,449

153) Vid infra c' pág. 558 ss.

154) ALVAREZ CID, Código penal,II, 277

155) La sentencia citada por este autor es la de 16 de diciembre de 1.871 que comentaremos integra, c' pág.

156) RUEDA, Elementos, I, 363, s.

157) AZCUTIA, Ley penal, 247, s.

158) GONZALEZ DE MIRANDA, Historia, 54

159) Como expondremos más adelante. Vid infra d.c' pág.573

160) MORENO, Reincidencia, 20

161) GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN, Elementos

162) ARAMBURU, Prólogo y Notas, 370-4 expone la clasificación que puede hacerse de la pluralidad de delitos, y un resumen del estado doctrinal de la cuestión sobre reincidencia. Sólo brevemente al final alude a las disposiciones legales del código para decir que la agravante 18ª "pudiera ser" lo que él denominaba reiteración cualificada específica. Pero él daba esta nomenclatura a la repetición,después de sentencia ejecutoria, antes de sufrir la pena, y tratándose de delitos de la misma especie, lo cual no concuerda en todo caso con los supuestos comprendidos en el nº 18 del art. 10.

163) ARMENGOL, Reincidencia, 84 s. insiste en cómo la reincidencia debe ser concebida sobre la base de una sentencia ejecutoria anterior, pero no especifica en que momento debe computarse la existencia de aquella condena. Pero en otro momento (Ibidem, 19-s) dice que la reincidencia supone condena anterior a la recaída, e incluso que el reo haya al menos comenzado a cumplir la primera pena impuesta. La ausencia de alusión al problemático requisito "al ser juzgado" tal vez pueda explicarse por la fecha de publicación de su obra, 1.873, fecha en la que todavía no se habían hecho patentes las incongruencias prácticas de la nueva fórmula. De hecho, algunas sentencias que cita el autor son de los dos primeros años de vigencia del código, y concretamente cita, alabándola, la de 16 de diciembre de 1.871 en que se rechazó la agravante por no constar la condena anterior al tiempo de la comisión del nuevo delito, pero esta resolución se basó en las prescripciones del código de 1.850, pues el delito juzgado se había cometido en 1.869, y como dice la sentencia, le era más favorable al reo el antiguo código (s. de 16 de diciembre de 1.871. JurCrim t.4/683).

164) ARMENGOL, Ensayo, 33

165) SILVELA, Derecho penal, I, 156

166) Proyecto de código penal presentado a las Cortes el día 29 de diciembre de 1.884 por el Ministro de Gracia y Justicia D. Francisco SILVELA (Vid. DiarSesCong 1.884-5, apéndice 1º al nº 54). La redacción de dicho proyecto se atribuye al hermano del ministro Luis SILVELA, (Vid ANTON, Decimonónicos, 258-77) y GONZALEZ MIRANDA, Historia

32-4). En este Proyecto la reincidencia es tratada junto a la pluralidad de delitos, tal como propugnaba el ilustre catedrático (SILVELA, Derecho penal, I, 153-9).

167) Art. 114, p. 2° del Proyecto citado. En el párrafo 1° de dicho artículo se establecía la pena por reincidencia que debía ser la inmediatamente superior a la señalada por la ley al delito, y en caso de doble reincidencia se facultaba al juez para subir dos grados la pena, sin que pudiera exceder ésta del duplo de la pena señalada por la ley para el delito, si era pena privativa o restrictiva de libertad.

168) SILVELA, Derecho penal,I, 156

169) CUELLO CALON, Anotaciones, 626 se limita a consignar que según el código basta que la sentencia ejecutoria anterior tenga lugar en el momento del juicio del nuevo delito, "no es preciso que la sentencia ejecutoria haya recaído cuando éste se ejecutó". Vid también MISMO AUTOR General, (1.926), 363

170) JIMENEZ DE ASUA, Derecho penal, 160 s. igualmente repite prácticamente lo que dice la ley sin añadir comentario alguno a este respecto.

171) Junto con ANTON ONECA y RODRIGUEZ MUÑOZ entre otros. Vid JIMENEZ DE ASUA Tratado, I, 782 ss. Concretamente el mismo JIMENEZ DE ASUA, redactó el Dictamen de la Comisión de justicia, según él mismo afirma (Ibidem, 785), formulado en 32 Bases. En la Base 4ª se lee lo siguiente: "La reincidencia quedará redactada conforme a la versión del Código de 1.870, antes del Real Decreto de 14 de noviembre de 1.925, que modificó aquella" (Ibidem, 786, nota 5).

172) JurCrim t.15/518

173) JurCrim t.34/103

174) JurCrim t.35/537

175) Vid infra d' pág. 564 ss.

176) JurCrim t. 40/428

177) Como veremos infra Secc. 3ª II.3.A. pág. 754 esta es la única sentencia que estima conjuntamente reincidencia cualificada y reincidencia genérica sobre el mismo delito.

178) Vid infra d' pág. 564 ss.

179) JurCrim t. 79/65

180) JurCrim. t.13/434

181) JurCrim t.14/21

182) JurCrim t.18/161

183) JurCrim t.20/126

184) JurCrim. t. 30/378

185) JurCrim t. 36/95

186) JurCrim t. 93/128

187) Publicada en Gaceta de 27 de enero de 1.872

188) El código en su art. 22 establece la irretroactividad de la ley penal y en el art. 23 la excepción al principio anterior cuando la nueva ley sea más favorable, en los mismos términos que en el código de 1.944 (en este último consignado en arts. 23 y 24 respectivamente). La sentencia a que nos referimos es citada por PANTOJA (Repertorio, IV, 231) incorrectamente pues la toma como aplicación del código de 1.870 en materia de reincidencia.

189) MORENO, Reincidencia, 19, se lamenta de la poca libertad del juez en la aplicación del código, lo que produce una jurisprudencia "tímida", según sus palabras,pues "no pueden aprovecharse las sabias enseñanzas que obtiene su diaria experiencia y que después del legislador dan a la ley el espíritu de lo eficaz, de lo útil y de lo práctico" (Ibidem, pág. 18). Por ello, no será extraño que la obra del juez "que sigue fatalmente la obra del legislador", adolezca de los propios defectos de la ley.

190) Referencia tomada de BENITEZ DE LUGO, Reincidencia, 125 s.

191) ALDAÑA Y CARVAJAL, Memoria, 35

192) El código de 1.928 fue aprobado por el Rey el 8 de setiembre de ese mismo año, pero su entrada en vigor se señalaba para el 1° de enero de 1.829.

193) OPPELT GARCIA, Memoria, XXX-XXXI

194) Al día siguiente de proclamarse la Segunda República quedaba anulado y sin ningún valor el código de 1.928; dos años y pocos meses duró la vigencia del código de la dictadura (Vid JIMENEZ DE ASUA, Tratado, I, 781; LOPEZ REY Reforma, 8.

195) La clásica distinción doctrinal entre el concurso de delitos y la reincidencia (Vid por todos LATAGLIATA, Recidiva, 19-28) en base a la condena anterior a la comisión del delito necesaria para la reincidencia, sólo sirve para algunos supuestos de los comprendidos en la agravante 18ª del art. 10 del código penal de 1.870, aquellos en los que efectivamente exista esta relación. Como señalaba BERNALDO DE QUIROS, Teoría, 294, n. 2, "el concepto de reincidencia dominante en el tecnicismo científico, según el cual, dicho fenómeno debe clasificarse con independencia de las diversas formas de concurso ((...)), no es el incompletamente definido en el número 18 del art. 10 de nuestro Código, en cuya preceptiva puede confundirse dicha forma de gravísima y sistemática repugnancia al espíritu y a la vida del Derecho con una de las maneras de reiteración" (entendido por reiteración la mera repetición).

196) La regla 2ª del art. 89 dice textualmente: "Sin embargo de lo dispuesto en la regla anterior (cumplimiento sucesivo de todas las penas impuestas), el máximum de duración de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por que se le impusiere la más grave de las penas en que haya incurrido, dejando de imponérsele las que procedan, desde que las ya impuestas cubrieren el máximum del tiempo predicho. En ningún caso podrá dicho máximum exceder de cuarenta años. Para la aplicación de lo dispuesto en esta regla se computará la duración de la pena perpetua en treinta años" (Subrayado nuestro). Nótese que a diferencia del art. 70 del código de 1.944 que dice "dejando de extinguir las que procedan", en el art. 89 que comentamos se establece que no deben ni siquiera "imponerse".

197) JurCrim t. 25/455. Juzga esta sentencia uno de los varios delitos de malversación cometidos por un funcionario de embajada en el año 1.873, habiendo recaído en los años 1.880 y 1.881 siete condenas por la misma clase de delitos cometidos en aquella época. Dice esta sentencia en uno de sus Considerandos:
"Considerando que para que tenga lugar la no acumulación de penas que establecen los expresados artículos del código, es lo mismo que el culpable esté sometido a uno o a diversos procedimientos, y por lo tanto haya sido condenado en una o en varias sentencias; porque en ambos casos son idénticas las razones en que se funda el precepto legal; porque no se debe faltar a él privando al reo de un beneficio que le otorga por una cuestión de procedimiento a que es totalmente ajeno, y porque de no entenderse así nunca tendría aplicación el referido precepto sino cuando se faltase al art. 421 de la Compilación re-

formada con arreglo al que cada delito de que conozca la Autoridad judicial a excepción de los conexos, ha de ser objeto de un solo sumario o proceso"

198) JurCrim t. 26/68

199) JurCrim t. 26/145

200) JurCrim t. 26/222

201) Subrayados nuestros

202) JurCrim t. 40/428. Vid supra c' pág. 560 s.

203) Tomado de VIADA y LOPEZ PUIGCERVER, Fiscalía, 50

204) Ibidem

205) Expresamente la s. de 12 de diciembre de 1.884 (JurCrim t. 33/910 deniega la aplicación del concurso porque las condenas que presentaba el reo eran anteriores a la perpetración del delito que se juzgaba, ya que en otro caso dice "se estimularía a la perpetración de delitos ante la perspectiva de impunidad", y porque el principio de la limitación de penas si pasan de cierto número los delitos cometidos se aplica "cuando la perpetración de cada uno de ellos es anterior al momento de ser juzgados y penados los demás", y "ni el texto de la expresada regla ni la teoría penal en que se funda autorizan para darle mayor alcance y trascendencia haciéndole extensiva a cualquier delito cometido por quien ya ha sido juzgado y condenado por otros".

206) Vid VIADA y LOPEZ PUIGCERVER, Fiscalía, 50, Subrayado nuestro.

207) Así denomina SALDAÑA, Adiciones, III, 183 al concurso de delitos previsto en el art. 89,: "Se trata pues" -dice- "de un primer descuento penal ; beneficio que la ley -como en el comercio- hace al delincuente en gros, mientras que carga todo su precio (que eso significa al pobre delincuente en detalle"

208) Recordemos que en el código de 1.822 era necesaria una interpretación sistemática con otros preceptos para poder concluir sobre la no exigencia de condena cumplida pues de la redacción legal parecía deducirse lo contrario (Vid supra Cap. 1° Secc.2ª I.2.A.c. pág. 25 ss. ). En el código de 1.848 la parquedad del enunciado de la agravante dificultaba una conclusión definitiva, y por ello nos atuvimos básicamente a las manifestaciones de la doctrina en sus comentarios al código, a falta de jurisprudencia (Vid supra Cap. 2°Secc. 2ª.I.2.A.b. pág. 294 ss.)

209) Vid supra a. pág. 544

210) Sobre el art. 131, Vid infra Secc. 3ª.IV. pág. 818 ss.

211) Vid supra Cap. 2° Secc. 2ª.I.2.A.a.b' pág. 274 ss.

212) La distancia entre ambas concepciones radica fundamentalmente en la desafortunada expresión "al ser juzgado" del código que altera sustancialmente el contenido tradicional de la reincidencia.

213) Vid CARRARA, Sulla recidiva, 131-5

214) Vid infra Secc. 4ª, I, c. pág. 852 ss.

215) ARAMBURU, Prólogo y Notas, 370

216) SALDAÑA, Adiciones, 169

217) VALDES RUBIO, Derecho penal, I, 324 y 332

218) SILVELA, Derecho Penal, I, 156

219) RUEDA, Elementos, I, 347

220) ARMENGOL, Reincidencia, 19 s.: "Así llamanse reincidentes a los que habiendo extinguido o extinguiendo una pena en virtud de sentencia ejecutoria cometen un delito de la misma especie".

221) VALDES RUBIO, Derecho penal, I, 324

222) CUELLO CALON, Anotaciones, 623

223) MONTES, Derecho penal, I , 445: "La opinión común seguida por casi todas las legislaciones sostiene que basta sentencia condenatoria, viendo tan solo en el cumplimiento de la pena una reincidencia más cualificada por la mayor pertinacia del delincuente"

224) BERNALDO DE QUIROS, Teoría, 423 s., al referirse a la reincidencia del art. 10, 18ª en cuanto que parte de la mera condena firme, constata su concordancia en este punto con la corriente europea dominante entonces (escribe esto en 1.911), que seguía a MANZINI en este punto.

225) BERNALDO DE QUIROS, Reincidencia, 88

226) GONZALEZ MIRANDA, Historia, 53

227) Ibidem, 54

228) El c.p. austriaco de 1.803 en su art. 37 recogía como circunstancias especialmente agravantes "haber cometido muchos delitos de diferentes especies", "haber cometido varias veces un delito de la misma especie", y asimismo "haber sido castigado otra vez por un delito semejante".

229) El c.p. portugués de 1.886 recoge en el catálogo de agravantes además de la reincidencia y la reiteración, la acumulación de delitos ("le cumul d'infractions") en los números 33° y 34° respectivamente del art. 35. (los conceptos de reincidencia y de reiteración o repetición vienen dados en los arts. 36 y 37 respectivamente exigiendo en ambos casos condena ejecutoria, anterior a la nueva infracción; la acumulación de delitos viene definida en el art. 38 y existe cuando el agente comete más de un delito en una misma ocasión, o cuando habiendo perpetrado uno comete otro antes de recaer condena ejecutoria por el primero).

230) Vid supra c.b', pág.553 ss.donde expusimos las posturas de los comentaristas a este respecto.

231) Vid supra Cap. 1° Secc. 2ª.I.2.C.pág. 31

232) Vid supra Cap. 2° Secc. 2ª.I.2.B. pág. 294

233) Como dirá ANTON ONECA, Código penal de 1.870, 244, en el código penal de 1.870 se ha confiado en más en la ciencia del legislador que en el criterio del Juez en muchos casos, y este es uno de ellos.

234) Mayor rigor porque la apreciación de la agravante es preceptiva una vez que se cumplen sus requisitos, y no existen límites por razón de las penas de los delitos en juego como ocurre en la agravante 17ª. Aparte de las fuertes agravaciones que se reservan para la reincidencia en determinados delitos concretos (Vid infra Secc. 3ª.I. y II, pág. 718 y 720.

235) Por ello, aunque en general puede decirse que la fórmula del "Título" es más amplia de contenido que la de "misma especie" ya que se venía interpretando la "especie" como ámbito más restringido que el Título (Vid supra Cap. 2° Secc. 2ª I.2.B. pág. 294 ss. ) en algunos casos va a resultar más estrecha, por cuanto delitos encuadrados en distintos Títulos pueden pertenecer a "misma especie". Como señalaba ANTON ONECA (Código Penal de 1.870, 244) por ejemplo los delitos complejos solo servirán para la agravación de reincidencia respecto a los delitos del Título en que se hallen encuadrados y no respecto al otro delito integrado en el complejo que como delito particular se encuentra en otro Título.

236) En la actualidad, sin ánimo de ser exahustivos, podemos citar como contrarios a la fórmula del .mismo Título" a ANTON ONECA, General, 385; CUELLO CALON, General (17ª ed.), 600 s., MARTINEZ ZAMORA, Reincidencia, 118 s. MIR PUIG, Reincidencia, 364, QUINTANO, Comentarios, (2ª ed.) 241; RODRIGUEZ DEVESA, General, (7ª ed.) 706, RODRIGUEZ MOURULLO, Comentarios, I, 735 s.
Parece que por fin se va a atender a esta unánime crítica al criterio formalista del "Título" en el futuro código penal, pues el Proyecto presentado a las Cortes se refiere a "mismo o semejante especie de delito" (vid Proyecto 1.980, art. 28, 11 p. 3.

237) Vid MARTINEZ ZAMORA, Reincidencia, 111

238) Vid infra c. pág. 593 ss.

239) JurCrim t. 46/252

240) JurCrim t. 58/298

241) Vid infra a.b' pág. 586

242) El art. 23 dice textualmente: "Las leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo de un delito o falta aunque al publicarse aquellas hubiera recaído sentencia firme y el condenado estuviere cumpliendo la condena".

243) JurCrim t. 10/70

244) JurCrim t. 16/46

245) JurCrim t. 16/255

246) JurCrim t. 18/86

247) JurCrim t. 10/168

248) JurCrim t. 6/297. En otra s. de 10 de junio del mismo año se alude también al "Título" pero en este caso coincidían misma especie y mismo Título (asesinato y condena anteriores por lesiones y homicidio)

249) JurCrim t. 7/629

250) JurCrim t. 20/197

251) Vid supra C. pág. 577

252) Vid supra C. pág.578 ss.donde queda patente el criterio de la Jurisprudencia de considerar más restringido el campo de los delitos de la "misma especie" frente a los del "mismo Título", razón por la cual aplican el código de 1.848-50 por más beneficioso en este punto. Aunque por supuesto en otros casos el criterio de la "misma especie" lleva a aplicar la reincidencia a delitos de distinto Título si es que son hechos semejantes (Vid supra Cap. 2° Secc. 2ª.I.2.B. pág. 294

253) Puesto que hemos excluido las faltas del ámbito de la reincidencia, (Vid supra, B.b. pág. 545 ss.), aludimos ahora tan solo al Libro II del código.

254) Vid supra B.b.b' pág. 549

255) La tentativa y la frustración vienen recogidas en el art. 3 de este código penal de 1.870. Las formas de participación (autor cómplice y encubridor) se declaran punibles en el art. 11. Los arts. 12 a 16 desarrollan los diversos supuestos de estas formas de participación, de manera casi idéntica a la del código penal de 1.944. La conspiración y la proposición para delinquir, según determina el art. 4, solo son punibles cuando la ley las castigue expresamente. La provocación aparece en el Libro II del código, en el último Título, como "Disposiciones generales", comprendiendo los arts. 582 y 583. Por ello, de cara a la reincidencia la conspiración y proposición no presentan problemas pues cuando sean punibles se contemplan en el mismo artículo que recoge el tipo legal abstracto. La provocación, que en este código aparece en el último Título del Libro II, arts. 582 y 583 bajo la rúbrica de "Disposiciones generales" a nuestro juicio tiene el mismo carácter accesorio que la proposición o conspiración por más que una incorrecta técnica legal la haya ubicado en el Libro II.

256) RODRIGUEZ MOURULLO, Comentarios, I, 89 insiste en la insoslayable remisión al tipo objetivo del delito consumado, en la tentativa y en la frustración: "indispensable integración de la disposición del art. 3 con la norma incriminadora principal"; más adelante (Ibidem, 92) vuelve a decir: "mediante la expresión todos los actos del delito consumado el Código nos remite al respectivo tipo del delito consumado. Mediante esta remisión se eleva, como también dejamos apuntado, a núcleo del delito frustrado el mismo núcleo del delito consumado" (Subrayado nuestro).
Y refiriéndose a la tentativa, repite la misma idea (Ibidem, 123): "al tipo de la tentativa pertenecen todos los elementos del correspondiente tipo de delito consumado, a excepción del que hace referencia al resultado delictivo, y a la plena realización de los actos ejecutivos propios del delito consumado"

257) MIR PUIG, Reincidencia, 369

258) Ibidem, 370 s. Dice textualmente MIR PUIG: "El planteamiento efectuado lleva a la conclusión de que, contra lo sostenido por la jurisprudencia y por algún autor, la agravante decimoquinta del art. 10 no podrá ser estimada en ningún supuesto en que la infracción anterior o la actual constituyan una forma imperfecta de ejecución, forma de participación, conspiración o proposición o provocación para delinquir. Por no ser incluibles en ninguno de los títulos de los Libros II y III, no será posible que concurra el elemento relacional de la reincidencia - "comprendidos en el mismo título de este Código"- cuando la otra u otras infracciones se hallen descritas en uno de estos títulos. Esto es cuando siendo el delito anterior de la clase de aquellas figuras, la actual constituya un delito consumado de autor o viceversa. Tampoco será estimable la reincidencia cuando todas las infracciones en juego constituyan todas ellas aquellas modalidades accesorias, ya que la necesidad de concordar en cada caso dos títulos, a saber, el correspondiente a la Parte General, y el de la Parte Especial de que se trate, hace imposible en tales supuestos la realización del elemento relacional, descrito por la expresión "comprendidos en el mismo Título", la cual hace exclusiva referencia a un solo Título" (Subrayados del autor).

259) Ibidem, 362 s.

260) Como es sabido, la doctrina mayoritariamente viene criticando la configuración del encubrimiento como modalidad de participación en el delito. Ya SILVELA, Derecho Penal, I, 185 y II, 23 s. pone de relieve la imposibilidad de "participar" del encubridor, y NAVARRO DE PALENCIA, Teoría, 247 se pronuncia por el encubrimiento como delito "sui generis". Vigente el código de 1.944, MOSQUETE, Encubrimiento, 91 s. propone su inclusión como delito contra la Administración de justicia siguiendo las orientaciones de la doctrina internacional. Pero la Ley de 9 de mayo de 1.950, en contra de lo proyectado mantiene el favorecimiento como forma accesoria, si bien lleva la receptación como delito especial al Título de los delitos contra la propiedad (receptación de delitos patrimoniales). Vid CONDE PUMPIDO, Encubrimiento, 105-18; RODRIGUEZ DEVESA, Encubrimiento, 454-67, RODRIGUEZ MOURULLO, Comentarios, I, 899 s.
El Proyecto de Código penal de 1.980, considera el favorecimiento personal y real sin ánimo de lucro al Título como delito contra la Administración de Justicia (art. 515, Título XI del Proyecto) y mantiene la receptación como delito patrimonial incluyendo el favorecimiento con ánimo de lucro (arts. 267 y 269 en el Título V del Proyecto), en la línea de aquelProyecto de reforma de 1.848

del que se separó la ley de 9 de mayo de 1.950, por lo que es de esperar que por fin con el nuevo código se llegue definitivamente a esa regulación congruente del encubrimiento que durante tantos años ha sido solicitada.

261) ALVAREZ CID, Código penal, I, 279

262) JurCrim t. 7/588. Estima la reincidencia en un delito de parricidio en base a una condena anterior por homicidio frustrado.

263) JurCrim. t. 9/383. Reincidencia en un delito de homicidio frustrado en base a dos condenas anteriores por lesiones.

264) JurCrim t. 18/253. En esta sentencia se aprecia la reincidencia cualificada en un delito de estafa por haber sido condenado el reo anteriormente por dos delitos de estafa, una frustrada y otra tentada.

265) JurCrim t. 49/218. Se aprecia la reincidencia en una tentativa de robo con homicidio por haber sido condenado el reo anteriormente por un delito de asesinato frustrado, otro de amenazas y otro de lesiones.

266) JurCrim t. 42/213

267) JurCrim t. 54/141. Se aprecia la agravante genérica de reincidencia en delito de estafa por condena anterior de robo frustrado.

268) JurCrim. t. 108/33. Se estima la doble reincidencia en hurto por tener el reo dos condenas anteriores, una por hurto frustrado y otra por hurto consumado.

269) Subrayados nuestros.

270) Vid MIR PUIG, Reincidencia, 329, s y 368

271) MORENO, Reincidencia, 35 s.

272) El código penal de 1.822 por el contrario habia encuadrado el robo con resultado de muerte o de lesiones en el Título de los delitos contra las personas, en sus arts. 611 y 655 (Vid supra Cap. 1° Secc. 3ª.I.2.A. pág. 69)

273) Al igual que el código actual, en el Título de los "delitos contra las personas" el código penal de 1.870 incluía los delitos contra la vida, integridad corporal y vida humana independiente.

274) JurCrim t. 38/31

275) JurCrim t. 50/74. Concretamente esta sentencia dice en uno de sus Considerandos: "Si bien las circunstancias agravantes o atenuantes de la responsabilidad criminal conservan su propia naturaleza y virtualidad jurídica con relación a cada uno de los delitos integrantes del otro complejo, no debe aplicarse esta doctrina al caso del procesado (robo con homicidio), porque la circunstancia de reincidencia es positivamente específica y no puede ser apreciada cuando el reo no haya sido condenado anteriormente por otro delito comprendido en el mismo Título del Código Penal, y el delito de lesiones a que fue condenado el reo no está en el mismo Título que el robo con homicidio, por lo que procede desestimar la agravante 18ª".

276) JurCrim t. 59/34

277) JurCrim t. 60/números 21, 85 y 199 respectivamente.

278) JurCrim t. 42/284

279) JurCrim t. 51/244, Recordemos que en alguna sentencia, como la de 16 de mayo de 1.877, se rechazó la reincidencia sobre un robo con homicidio, a pesar de que el reo tenía una condena anterior por robo y otra por lesiones por ser estas condenas anteriores a la promulgación del código penal de 1.870; el rechazo de la agravante se razonase en el principio de irretroactividad. Vid supra D. pág.

280) JurCrim t. 49/218

281) Dice textualmente el art. 519: "La tentativa y el delito frustrado de robo, cometidos con el delito mencionado en el nº 1º del art. 516, serán castigados con la pena de cadena temporal en su grado máximo a cadena perpetua, a no ser que el homicidio cometido la mereciere mayor según las disposiciones de este código"
Decimos que es disposición particular del código penal de 1.870, porque en el código de 1.848 se establecía en su art. 419 que la tentativa de robo acompañada de cualquiera de los delitos integrantes del complejo será castigada como el robo consumado. En el código de 1.932 se suprime toda referencia específica a la tentativa en estos delitos, y en el código de 1.944 tenemos el art. 512 que en la misma línea que el código penal de 1.848 establece la consumación del complejo cuando se producen los resultados lesivos para la vida o integridad aunque no se haya perfeccionado el delito en su aspecto patrimonial.

282) Es evidente que en código penal de 1.870 la referencia al "homicidio" en el art. 516, 1º ("Cuando con motivo u ocasión del robo resultare homicidio") debe tomarse en sentido amplio, pues en otro caso no tendría sentido la remisión que hace el art. 519 a la pena del homicidio,

pues sólo cuando éste es cualificado puede ocurrir que la pena para él señalada resulte superior a la establecida para la tentativa o frustración del robo con homicidio.

283) En este sentido, respecto al código de 1.944 que mantiene la misma fórmula del "Título" y la misma ubicación del complejo robo con homicidio, QUINTANO, Tratado , II, 431 s. y RODRIGUEZ DEVESA Especial (7ª ed.) 393.

284) Como señala RODRIGUEZ DEVESA, General, (7ª ed.), 468, la cuestión de que el art. 565 (del código penal de 1.944) recoge "crimina culposa" fue planteada por primera vez en la doctrina española, por RODRIGUEZ MUÑOZ, Notas, I,206-10. A partir de entonces la doctrina mayoritariamente se pronuncia por esta tesis de los "delitos culposos", aunque la Jurisprudencia sigue de hecho aplicando el "crimen culpae". Vid QUINTANO, Culpa, 218 s., TORIO, Imprudencia, 57 y 66-72; NUÑEZ BARBERO, Culposo, 75 ss, RODRIGUEZ MOURULLO, Imprudencia, 650-9.

285) JurCrim t. 10/120

286) JurCrim t. 49/60

287) JurCrim t. 58/37

288) Referencias a la jurisprudencia posterior a la promulgación del código de 1.944, en el sentido de apreciación de la reincidencia entre delitos culposos, pueden verse en QUINTANO, Culpa, 301 y MIR PUIG, Reincidencia, 372 s.

289) Según el párrafo 3° del art. 581. "En la aplicación de estas penas (las señaladas para la imprudencia temeraria y para la imprudencia simple con infracción de reglamentos) procederán los Tribunales a su prudente arbitrio sin sujetarse a las reglas prescritas en el art. 82".

290) Así lo hace ALVAREZ CID, Código penal, I, 279

291) En efecto, un delito de prevaricación culposa previsto en el código penal de 1.870 en el art. 361 constituye antecedente válido para la estimación de la reincidencia en un delito doloso de prevaricación, previsto en el art. 366 ambos en el mismo Título. Lo mismo puede decirse respecto a malversación dolosa y culposa, o abusos deshonestos cometidos por funcionario y malversación culposa, como señala RODRIGUEZ MOURULLO, Comentarios, I, 740, refiriéndose a las disposiciones del código penal actual (c.p. de 1.944, texto refundido de 1.971), que son las mismas que las del código de 1.870.

292) En el Proyecto de código penal de 1.979, las infracciones culposas aparecen en todo caso específicamente reguladas junto a los delitos dolosos respectivos, con lo que se evitan los problemas que presentaba el art. 565 en cuanto a apariencia de "crimen culpae". Y por otro lado, al configurarse la reincidencia sobre el flexible criterio de la "especie" se permite una mejor adecuación de la agravante al caso concreto, que debe posibilitar, a nuetro juicio, tomar en cuenta no sólo el aspecto objetivo de la infracción en cuanto bien jurídico específicamente atacado, sino también el lado subjetivo de la intencionalidad o no del autor.

293) GROIZARD, Código penal, I, 451. Para este autor los delitos militares no pueden tomarse en cuenta ni para la reincidencia ni para la agravante 17ª.

294) Ibidem

295) VIADA, Código penal, I, (4ª ed.) 315 s.

296) JurCrim t. 30/672

297) JurCrim t. 54/141

298) JurCrim t. 60/138

299) JurCrim t. 78/71

300) JurCrim t. 90/23

301) JurCrim t. 36/304

302) JurCrim t. 54/134

303) ARMENGOL, Reincidencia, 85. Aunque este mismo autor poco antes (Ibidem, 25) había manifestado refiriéndose conjuntamente a las agravantes 17 y 18 que la redacción del código de 1.850 era "más grafica, más científica, expresaba por sí sola todo lo que ha querido expresar el reformado", y tacha al código de 1.870 en este punto de casuista.

304) GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN, Elementos, 65

305) VIADA, Código Penal, I, (3ª ed.). 52

306) GROIZARD, Código penal, I, 448

307) Ibidem, pág. 450. Cita una serie de delitos recogidos en el Título I, que van desde los de lesa majestad hasta delitos cometidos por los funcionarios en ejercicio de sus funciones; y asimismo otros casos de disparidad entre delitos de otros Títulos. Por ello, concluye que no habiendo identidad de naturaleza falta la razón de ser de la reincidencia; pero se declara obediente a lo que dice la

ley por criticable que sea en aras a la fijeza y unidad en la aplicación del derecho, pues otra cosa equivaldría a convertirse cada Juez en legislador.

308) RUEDA, Elementos, I, 365 s. Parte de la base de que la agravación por reincidencia se basa en la mayor perversidad que supone la repetida comisión de delitos de naturaleza parecida por el mismo sujeto. Pero esta relación de analogía, nos dice: "No existe por el mero hecho de comprenderse diferentes delitos en el mismo Título del código".

309) ALVAREZ CID, Código penal, I, 277

310) AZCUTIA, Ley penal, 246

311) MORENO, Reincidencia, 35-6

312) GARRIGUES, Ensayo, 11

313) SALDAÑA, Reforma, 168. Considera como reincidencia "jurídico-sociológica" la consignada en el art. 531, 4°, para la falta de hurto que se convierte en delito por condena anterior por "delito de robo, hurto o dos veces en juicio de falta por hurto".

314) BERNALDO DE QUIROS, Teoría, 424: "Artificios lógicos de las divisiones legales, siempre presentan defectos que influyen en forma de injusticia sobre la vida" y cita a continuación una serie de sentencias en que se desestima la agravante por no encontrarse los delitos pasado y presente en el mismo Título, a pesar de la evidente analogía de los hechos enjuiciados con los condenados anteriormente

315) JIMENEZ DE ASUA, Derecho Penal, cit. págs. 161-2

316) BERNALDO DE QUIROS, Teoría, 247. Subrayados nuestros.

317) JIMENEZ DE ASUA, Derecho Penal, 162, alude a dos soluciones para fijar el criterio de la homogeneidad de los delitos: " a) "identidad absoluta, que implica igualdad de los delitos, y b) "identidad relativa", que indica igualdad en el impulso criminoso, en el "móvil", que en Derecho Penal moderno tiene enorme importancia, y que generalmente se exteriorizará en la comisión de delitos de la misma especie, pero que a veces podrá referirse a figuras delictivas totalmente distintas. La primera de ellas, es la que ha pretendido seguir el Código; la segunda es la única justa ante las nuevas corrientes de Derecho Penal".

318) La influencia de la Escuela Positiva queda patente en las nuevas concepciones sobre la reincidencia, aun dentro de la aceptación de las líneas fundamentales del patrón clásico. Por ello no puede evitarse tomar la reincidencia des

de la perspectiva de la tendencia criminal del sujeto, o del "impulso" criminal. IMPALLOMENI, Recidiva, 343 observa desde esta nueva perspectiva que "La homogeneidad del delito consta de identidad jurídica y de identidad del móvil y de tendencia. La identidad jurídica no siempre responderá al fin que el legislador se propone en la recidiva específica, ya que esta debe sobre todo revelar identidad de tendencia o del carácter criminal del agente". Por ello propone que el criterio objetivo jurídico solo debe adoptarse cuando sea conciliable con el criterio subjetivo, en cuanto que ambos puedan indicar la identidad del carácter delictivo. En la misma línea MANZINI, Recidiva, 457-60.

319) En la actualidad, el Proyecto de código penal de 1.979 pretende retornar al criterio de la "misma o semejante especie" (Art. 28, 11) haciéndose eco por fin de la ininterrumpida crítica que desde 1.870 ha merecido la fórmula del "mismo Título". (Vid MIR, Reincidencia, 364 y notas, 5 y 7).

320) Vid supra Secc. 1ª, I, 527.

321) Proyecto de código penal de 1.880, art. 10, 18ª. En este Proyecto, la reincidencia toma parcialmente la misma redacción que la del código penal en vigor entonces, salvo la sustitución de "comprendido en el mismo Título de este código" por "de la misma especie, cometido con anterioridad".

322) Proyecto de código penal de 1.882, de ALONSO MARTINEZ; art. 19, nº 15. Dice textualmente la agravante 15ª del art. 19: "Ser reincidente. Es reincidente el que después de condenado en sentencia firme por un delito, comete otro de la misma o análoga especie. Esta circunstancia no se apreciará si desde el día en que el culpable cumplió la condena hasta el de la comisión del nuevo delito, hubieren transcurrido cinco años si el anterior delito fue penado con pena aflictiva, o tres cuando fue castigado con pena correccional".

323) Proyecto de código penal de 1.884, de SILVELA, art. 114 p. 2º que textualmente dice: "Hay reincidencia cuando el culpable haya sido condenado por otro delito o falta comprendido en la misma sección del Código, cometido con anterioridad al que sea objeto del juicio, siempre que, desde el cumplimiento de la condena anterior o su quebrantamiento, no hayan transcurrido diez años, si esta fuera pena aflictiva, cinco si fuere de pena correccional, y tres si fuere de pena leve. Para apreciar la reincidencia producirán el mismo efecto el delito consumado, el frustrado y la tentativa y la conspiración o proposición para delinquir cuando sean punibles; pero no se estimarán los delitos cometidos por imprudencia".

324) Vid supra Cap. 1° Secc. 2ª.I.2.D. pág. 35 ss.

325) Como expondremos seguidamente, infra a. 598 ss.

326) Vid infra II.4.c. pág. 706 ss.

327) ALDANA y CARVAJAL, Memoria, 35

328) Ibidem. Dice textualmente la Memoria, después de haber expuesto su opinión crítica sobre otros puntos: "Es de modo idéntico muy saliente, por las injusticias que sanciona, lo relativo a la imprescriptibilidad de la reincidencia. Esta sigue al indivíduo mientras existe, cualquiera que sea la conducta que haya observado desde que cumplió la condena dejando saldada su cuenta con la sociedad, hasta que pasado largo espacio de tiempo comete el nuevo delito, acaso en condiciones que, ya no lo justifiquen, atenúen considerablemente la responsabilidad quedando así convertido en siervo perpetuo de la primera condena que sufrió".

329) Como veremos seguidamente (vid infra a.) algunos autores más cercanos a las influencias de la Escuela Positiva, no son partidarios de la prescripción de la reincidencia.

330) Vid infra 3.C. pág. 613

331) El art. 67, n° 3, tercer párrafo de este código establece que "esta circunstancia y la anterior la tomarán o no en consideración los Tribunales según las condiciones personales del infractor, la naturaleza de las infracciones y el tiempo que el delincuente perseveró en el delito si este fuere contínuo". Se deja paso a la consideración de la prescripción, al prudente arbitrio del juez.

332) El código de 1.932 en el último párrafo del art. 10 establecía la apreciación facultativa para determinadas agravantes, entre las que incluye a la reiteración pero no a la reincidencia del n° 15. Por ello, durante la vigencia de este código puede tomarse en cuenta el tiempo transcurrido para no apreciar la reiteración.

333) Ley 81/1.978 de 28 de diciembre. En su art.1° apartado 3, se dispone la prescripción de los antecedentes penales cuando se hubieren cancelado éstos y hubiere transcurrido doble de tiempo previsto para la cancelación en el art. 118 del código. La bondad y acierto de esta modificación queda mitigada por un nuevo formalismo: la efectiva cancelación de la inscripción de la condena anterior. Exigencia vacía de sentido y contradictoria con el fundamento de la prescripción, pues hace depender ésta de trámites burocráticos totalmente accidentales, lo cial ha motivado ya algunas críticas (Vid RUIZ VADILLO, Anotaciones )

334) Vid infra Secc. 4ª, I, pág. 842 ss.

335) GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN, Elementos, cit. pág. 65

336) GROIZARD, Código Penal, I. 453 s. "Si la perpetración de los dos delitos tiene lugar en épocas tan distantes ¿a que queda reducida la presunción de perversidad, ni la prueba de la obstainación criminal, funsamento primordial y constante de los que piden un aumento de penalidad para las recaídas en los delitos? ¿Cómo suponer que el culpable ha sido arrastrado a cometer la segunda falta por una inclinación depravada, cuando contra esta presunción protestan los actos por él ejecutados durante un largo período de su vida?"

337) VALDES, Derecho Penal, I, 911-s.: "Si por haber cesado los efectos de la primera infracción se admite con justicia que sea perdonada, es equitativo que se persevere en ese perdón cuando por el largo transcurso del tiempo aparecen la falta remota y la próxima con leve relación con poco nexo perceptible. La prescripción hace nacer la esperanza, y arraiga el arrepentimiento y garantiza el orden social, que perduraría amenazado si jamás se perdonara habiendo motivo para ello..."

338) ALVAREZ CID, Código Penal, I, 280

339) RUEDA, Elementos, 370-1

340) Proyecto de código penal de 1.884, art. 114, p. 2° Vid supra D.c. nota 220

341) Sobre la intervención de Luis SILVELA en el Proyecto de 1.884, Vid ANTON ONECA, Decimonónicos, 259

342) GONZALEZ MIRANDA, Historia, 55-s. Respecto a los plazos establecidos en el Proyecto Silvela para la prescripción de la reincidencia difiere el autor del modo de cómputo de los mismos, pues habiéndose pronunciado por la no necesidad ni siquiera de condena para la existencia de reincidencia considera que en consecuencia dicho plazo debe empezar a contarse a partir de la fecha de comisión del primer delito.

343) ARMENGOL, Reincidencia, 88-91. Comienza citando a FARINACIO en favor de la prescripción, para seguir con la postura de BEXON y luego la de CHAVEAU y HELIE sobre los términos que se proponen para esa prescripción, la de TISSOT favorable también a la misma por la falta de presunción de habitualidad o perversidad y termina su recorrido con NYPELS que, más escéptico de la conversión el delincuente prefiere que se deje al Juez la apreciación facultativa de la agravante teniendo en cuenta el lapso de tiempo transcurrido.

344) Ibidem, 90-11. Es un tanto confusa la exposición del autor en este punto pues textualmente dice: "Casi me inclinaría por la afirmativa si no ocurriera preguntar desde luego ¿y la prescripción, puede impedir la reincidencia? Si el reo ha tenido sobre sí una condena que no cumple por su ausencia, pero que purga ya de otro modo con el género de vida ya errante, ya oculto, ya sobresaltado que lleva, para evitar el ser conducido al establecimiento penal. si consigue que pase el plazo para que la prescripción haga desaparecer la pena, no podrá empero alcanzar que desaparezca la ejecutoria, y como ésta es la base de la reincidencia, de ahí que la prescripción no impida la penalidad que aquella lleva consigo". Y concluye: "Cuestiones son estas que por lo ardua no me atrevo a resolver, pero que he juzgado oportuno indicar, para que se comprendiera la importancia del asunto objeto de estas páginas".

345) ARAMBURU y ZULOAGA, Prólogo y Notas, 372

346) GARRIGUES, Ensayo, 8-11

347) Aunque como estamos viendo en las argumentaciones de la doctrina sobre la reincidencia, se mezclan frecuentemente criterios de culpabilidad con otros que propiamente son de peligrosidad criminal, aunque se denominen "habitualidad"- inclinación o tendencia delictiva. Vid infra sobre fundamentación jurídica Secc. 4ª.

348) GAROFALO, Criminología, 432-4

349) JIMENEZ DE ASUA, Derecho penal, 164

350) MORENO, Reincidencia, 26

351) Ibidem, págs. 26-8: "El carácter, la personalidad, lo que pudiéramos llamar la fisonomía peculiar, no se forma por un acto solo, aislado, separándolo de los anteriores en lo intencional, porque los separe el lapso de tiempo en lo material, sino que se completa formándose con la serie de actos que, aunque distanciados por el tiempo y distintos en la ejecución, están íntimamente ligados por la misma e invariable propensión o impulsión de la única intención del agente", y sigue con consideraciones similares.

352) BERNALDO DE QUIROS, Teoría, 428-s.

353) CUELLO CALON, Anotaciones, 622

354) Vid supra B.c.b' y C.c. pág. 553 y 593

355) Vid BARBERO SANTOS, Política, 54

356) Art. 67,3°p.3 del c.p. de 1828

357) Vid supra B.c.c' pág. 563

358) Sobre este Decreto Vid infra 3. pág. 606 ss.

359) JurCrim t. 23/327

360) JurCrim t. 38/133

361) JurCrim t. 40/239

362) Aunque para la reiteración del n° 17 del art. 10 tampoco se establece la prescripción, la claúsula facultativa que acompaña a esta circunstancia hará posible que se tenga en cuenta el lapso de tiempo transcurrido. Vid infra II. 4.C. pág.

363) JurCrim t. 75/174

364) JurCrim t. 77/155

365) JurCrim t. 95/47

366) JurCrim t. 95/120

367) JurCrim t. 102/78

368) Vid infra 3, 606

369) Vid infra II. pág. 643

370) Vid supra C. pág. 557 ss.

371) Vid supra B.c. pág. 550

372) Vid supra D. pág. 596

373) Como dice QUINTANO, Comentarios, 239 "la apreciación de la reincidencia tiene su carácter exclusivamente objetivo mensurable burocráticamente por los renglones de las hojas de antecedentes penales".

374) GROIZARD, Código Penal,I. 447-s.: "El juzgador no tiene desgraciadamente tanta libertad para su apreciación: no es árbitro consultando la naturaleza, los efectos del delito o las circunstancias del delincuente, de estimarle o no. Conocemos aunque no nos parecen suficientes las razones del legislador: el que comete una misma clase de excesos demuestra una propensión demostrada a delinquir, que produce mayor alarma y requiere, según el sistema de

intimidación que en esta parte del derecho prevalece, mayor castigo que el ordinario del delito..."

375) SALDAÑA, Reforma, 169

376) Vid supra 1 pág. 541 y nota 93

377) Vid supra 1. pág. 541 y nota 94

378) GROIZARD, Código penal, I. 448

379) En este sentido el informe de 1.852 del Colegio de Abogados de Madrid. Vid Informe, 94

380) Vid infra 4.A. pág. 620

381) El proyecto de Código penal de 1.979 sigue recogiendo la reincidencia como agaravante obligatoria. Pero afortunadamente al configurar la agravante sobre la "misma o semejante especie" y admitir la prescripción de las condenas anteriores se evitan algunas de las más importantes objeciones que presentaba la redacción anterior.

382) Real Decreto Ley de 14 de noviembre de 1.925, publicado en Gaceta de Madrid el día 15 del mismo mes y año. El art. 1° del R.D.L. modifica el n° 3 del art. 8 del código, que excluía de responsabilidad criminal a "El mayor de nueve años y menor de quince, a no ser que haya obrado con discernimiento" y establecía a continuación que una vez declarada la irresponsabilidad del menor debía quedar éste bajo la guarda de su familia o en defecto de ésta en un establecimiento para huérfamos. La nueva regulación establece excención de responsabilidad criminal para "El mayor de nueve años y menor de diez y seis a no ser que haya obrado con discernimientov El Tribunal sentenciador hará declaración expresa sobre este punto para imponerle la pena o declararle irresponsable". A continuación se establece la competencia de los Tribunales Tutelares para niños para los delitos cometidos por estos menores allí donde exista esta jurisdicción especial. Donde no existiese deberá enjuiciar el hecho la jurisdicción ordinaria, pero en ningún caso sufrirá el menor prisión preventiva ni cumplirá la pena impuesta que quedará automáticamente beneficiada por la remisión condicional instaurada en ley de 17 de marzo de 1.908. Sólo si vuelve a delinquir deberá cumplir la pena, pero en todo caso siempre después de haber cumplido los 16 años.

383) Así se dispone en el art. 3°del Real Decreto citado.

384) La reincidencia en este código queda definida en el nº 3 del art. 67 de la siguiente forma: "Cuando al ejecutar el delito el culpable estuviere castigado, con anterioridad y ejecutoriamente, por otro comprendido en el mismo Título". Y a continuación establece la apreciación facultativa por parte del juzgador teniendo en cuenta las circunstancias personales del reo, la naturaleza de las infracciones y el tiempo transcurrido entre su ejecución.

385) Vid supra 2.C.b. pág. 591

386) Según reseña MORENO, Reincidencia, 17, notas 9 a 13 la reincidencia es contemplada expresamente para agravar la pena en algunas leyes especiales: Ley de caza de 1.902, Ley electoral de 1.890, Legislación penal de Montes de 1.884, Ley de propiedad industrial de 1.902 y Ley de contrabando y defraudación de 1.852. Pero existen otro gran número de leyes penales especiales o leyes civiles con disposiciones que crean delitos penales en las que no se establece regla particular sobre reincidencia. Una relación completa de las leyes penales especiales de esta época (hasta 1.910) la ofrece SALDAÑA, Adiciones, I,491-522, aunque en la lista que presenta incluye también leyes complementarias del código que desarrollan alguna de las instituciones penales.

387) Al tratar de la agravante de reiteración en el código de 1.848 en que por primera vez se limita esta circunstancia a cuando la pena señalada para el delito anterior fuese igual o mayor, expusimos nuestra opinión sobre este discutible criterio. Vid supra. Cap. 2ºSecc. 2ª.II.3.B. b. pág. 326 ss.

388) Vid supra Ibidem

389) Vid infra Secc. 3ª.I. pág. 718

390) Prescindimos aquí de la cuestión de la necesidad de la declaración de una primera reincidencia para que pueda decirse con propiedad que se incurre en segunda reincidencia. Nos remitimos a lo que se dirá después al tratar de la doble reincidencia en hurtos y estafas. Vid infra, Secc. 3ª.II. pág. 728 ss.

391) ANTON ONECA, Antecedentes, 42

392) Vid infra II.3.B.a.a'. pág. 666

393) JurCrim t. 115/53

394) JurCrim t. 117/68. Subrayado nuestro

395) JurCrim t. 117/125

396) El art. 133 del Código dice textualmente:
"Los delitos prescriben a los 20 años, cuando señalare la ley al delito la pena de muerte o de cadena perpetua. A los 15, cuando señalare cualquier otra pena aflictiva a los 10, cuando señalare penas correccionales. Exceptuánse los delitos de calumnia e injuria, de los cuales el primero prescribirá al año, y el segundo a los 6 meses.
Las faltas prescriben a los dos meses.
Cuando la pena señalada sea compuesta, se estará a la mayor para la aplicación de las reglas comprendidas en los párrafos primero, segundo y tercero de este artículo.
El término de la prescripción comenzará a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito; y si entonces no fuere reconocido, desde que se descubra y se empiece a proceder judicialmente para su averiguación y castigo.
Esta prescripción se interrumpirá desde que el procedimiento se dirija contra el culpable, volviendo a correr de nuevo el tiempo de la prescripción, desde que aquel termine sin ser condenado, o se paralice el procedimiento o a no ser por rebeldía del culpable procesado"

397) La prescripción de las penas queda regulada en el art.134 con los mismos plazos del art, 133 de acuerdo con la clase de pena impuesta al delito en concreto, pero sin la excepción consignada en el art. 133 para la calumnia e injuria, y con la salvedad de las penas leves cuya prescripción se establece en 1 año. Pero el cómputo comienza a correr a partir de la notificación de la sentencia firme, o desde el momento de quebrantamiento de la condena se ésta empezó a cumplirse.

398) Vid supra nota 396

399) El Proyecto ALONSO MARTINEZ, en su art. 19 nº15 señalaba el plazo de 5 años para las penas aflictivas, de 3 años si fue correccional (Vid supra D.c. nota 219). El Proyecto SILVELA, en su art. 114, indicaba el de 10 y 5 años respectivamente para las penas aflictivas y para las correccionales, y tres para las penas leves (Vid supra D.c. nota 220).

400) Vid supra Cap. 1º Secc. 2ª I.2.D. pág. 35

401) Ya que los plazos establecidos en el R.D. de 1.925 comienzan a correr desde la "ejecución"del delito (Vid infra b. pág. 617 ) mientras que en los Proyectos aludidos y el del código de 1.822 comenzaban a partir de que la condena anterior había sido cumplida.

402) Tomado de ALCUBILLA Diccionario, Apéndice del año 1.925, 932.

403) De acuerdo con lo previsto en el art. 620 del código

404) Vid infra Secc. 3ª, III.Cpág.771

405) Vid infra Secc. 3ª, III.2.C. pág. 793 ss.

406) Ibidem

407) Vid supra a. nota 396 donde se transcribe el art. 133.

408) Según ésto, un reo que haya cumplido 15 años de cadena temporal impuesta por un primer delito, al cometer otro del mismo Título nada más terminar su condena no podrá ser agravado por reincidencia.

409) Según reza el art. 23 del código.

410) Art. 7 del R.D.L.: "El presente Real Decreto regirá desde el día de su publicación en la Gaceta de Madrid, siendo aplicables desde luego sus beneficios a todos los reos por causas en las cuales no haya recaído sentencia firme. En las causas en que se haya dictado sentencia, pero ésta no sea firme, se esperará a que sea ejecutoria la definitiva para la aplicación de tales beneficios, de acuerdo con lo que preceptúa el art. 23 del Código penal, en la forma y términos que se fijan en las disposiciones transitorias" (Subrayado nuestro).

411) La Disposición Transitoria Primera comienza estableciendo que: "En las causas con sentencia firme en que haya reos condenados por delitos cometidos cuando aún no habían cumplido dieciseís años de edad, o a quienes le haya sido apreciada la circunstancia de reiteración o la de reincidencia, serán revisadas las sentencias y rectificadas, en las que proceda , la imposición de pena conforme a los preceptos de este Real Decreto, observándose para ello las siguientes reglas:...". A continuación se establece siete apartados regulando las diligencias que habían de cumplir los Directores de Presidios y los Tribunales para la efectividad de lo dispuesto en el Decreto.

412) JurCrim t. 113/24

413) JurCrim t. 113/100

414) JurCrim t. 113/107

415) Vid supra Cap. 2° Secc. 2ª.I.3.pág. 303

416) No es necesario que la comisión del nuevo delito tenga lugar después de que el reo haya experimentado sobre sí una condena anterior. Ni siquiera es necesario que el delito sobre el que se aprecie la reincidencia haya sido cometido después de aquel que recibió la condena con anterioridad (Vid supra 2.. B. c. pág. 550 )

417) Vid supra Secc. 1ª.III.2. pág. 255 ss. O cuando la pena sea una compuesta de dos indivisibles se impondrá la más grave de las dos, si solo hay agravantes.

418) Art. 81, 6° Vid supra Ibidem

419) GROIZARD, Código penal, I, (2ª ed.) Introducción, II, s

420) SILVELA, Derecho Penal, II, 342-3

421) Ibidem, I, 159. En parecido alegato al anteriormente citado de GROIZARD, demostrando su filiación correccionalista dice: "el considerar como causa de agravación la reincidencia, es un contrasentido cuando no se reconoce en la pena, un carácter correccional, una injusticia cuando las penas están de tal manera establecidas y organizadas que no se procura la enmienda del reo, y una iniquidad capaz de sublevar la conciencia más endurecida, cuando son escuelas de perversión y de crimen. Castiga entonces el Estado sus propias faltas y sus propios delitos de un modo despiadado, cuando es la causa de que no pueda volver al camino del deber y la virtud el que una vez tuvo la desgracia de abandonarle y la no menos grande de no quedar impune"

422) VALDES, Derecho Penal, I, 328

423) Ibidem, 333

424) Ibidem, 329

425) ARMENGOL, Reincidencia, 35-64

426) Ibidem, 75: "Si bien considero que la reincidencia en buenos principios de derecho penal constituye una circunstancia agravante", y continúa negando por el contrario el que sea correcto elevarla a cualificativa.

427) Ibidem, 80-2

428) Vid ARMENGOL, Ensayo, 33-6

429) CASTILLO, Reforma, 155 s.

430) ARENAL, Estudios, 301 s.

431) Ibidem, 302 s.

432) MORENO, Reincidencia, 68 y 78

433) BERNALDO DE QUIROS, Prólogo a JIMENEZ DE ASUA, Sentencia XXI

434) Ibidem XXII.I. Transcribe el art. 33 del Proyecto, sobre la retención de incorregibles. En él se establece que será el Juez quien bajo el convencimiento de que el reo volverá a delinquir, propondrá al Gobierno la conveniencia de la retención en establecimiento destinado a incorregibles. El Gobierno, previa información de las condiciones de sujeto, decretará la retención, por un tiempo que no podrá bajar de 10 años ni exceder de 20. La retención sustituirá a la pena impuesta, pero nunca podrá durar menos que la establecida para esta última. También se establece que los reincidentes sometidos a retención podrán beneficiarse de la liberación provisional una vez que ésta quede regulada correspondientemente.

435) Vid VALDES, Derecho Penal, II, 242 s.

436) JIMENEZ DE ASUA, Sentencia indeterminada, 72. "El sistema de penas determinadas a posteriori" -que es lo que la sentencia indeterminada- "es aquél en virtud del cual la naturaleza de la pena no se fija, sino en vista de la individualidad del reo a quien se aplica, dependiendo su duración de la enmienda civil del culpable". Pero como expone más adelante, (Ibidem, pág. 118-20) un gran número de partidarios del indeterminismo de las sentencias las entendían aplicables únicamente a los reos peligrosos, constituyendo propiamente una medida de seguridad, cuya duración es indefinida, en el sentido de que supone una prolongación sobre la base de esa peligrosidad.

437) JIMENEZ DE ASUA, Derecho Penal, 158 s. Aunque se refiere principalmente a la reincidencia múltiple, que es la que puede expresar la"habitualidad": "El habitual es, pues, un incapaz para el Derecho penal, que se encuentra en un estado peligros, contra el cual es necesario defenderse con medidas de seguridad". Años más tarde, seguirá insistiendo en la misma idea: lo que importa es la habitualidad criminal, no la reincidencia como noción jurídica. (Vid MISMO AUTOR, Habitual, 253-64)

438) CUELLO CALON, Anotaciones y Adiciones, 623

439) Ibidem 624-5. Da cuenta de algunas de las conclusiones de los Congresos de la Unión Internacional de Derecho Penal celebrados en Bruselas (1.910) y en Copenhague (1.913) y de las nuevas disposiciones de algunas legisla-

ciones europeas que adoptadas en este sentido de imponer medidas de seguridad al incorregible. Medidas que aparecen como largas retenciones, en ocasiones a perpetuidad.

440) Vid PESSINA, Elementos, 355

441) Ley de 18 de junio de 1.870 (Col.Leg. t. 103, pág. 901-5). Derogada por otra ley de 9 de agosto de 1.873 (Col. Leg. t.111 pág. 190) que limitó el indulto a los casos de pena de muerte, fue de nuevo restablecida por D.L. de 12 de enero de 1.874 (Col.Leg. t. 112, págs. 51-4).

442) Según se desprende de la exposición de motivos. Vid CADALSO. Libertad Condicional. Consecuentemente en la Ley no aparece ninguna alusión, ni modo de conceder indultos generales.

443) Art. 30 de la Ley: "La concesión de indultos, cualquiera que sea su clase, se hará en decreto motivado y acordado en Consejo de Ministros, que se insertará en la Gaceta"

444) Art. 1°: "Los reos de toda clase de delitos podrán ser indultados con arreglo a las disposiciones de esta ley, de toda o parte de la pena en que por aquellos hubiesen incurrido". No aparece ya la tradicional exclusión de los reos de delitos graves, algunos delitos políticos, de robos...etc. Vid supra Cap. 2°. Secc. 2ª.I.3.B.a. pág. 305 y Cap. 1° Secc. 2ª.I.3.B. pág. 51

445) Art. 2° de la Ley citada.

446) Vid supra nota 341. Aunque en el código de 1.822, y asimismo en el R.D. de 1.866 se admitían los indultos generales, si bien con restricciones para determinados delitos considerados graves.

447) Así lo dispone el art. 3 de la ley, al excluir de las excepciones del art. 2° a los penados por delitos comprendidos en los Capítulos I, II del Título II y capítulos I y II del Título III, del Libro 2° del código.

448) CADALSO, Libertad Condicional, 264

449) Vid supra Cap. 2° Secc. 2ª I.3.B.c. pág. 310

450) D. de 2 de noviembre de 1.879. Col.Leg. t. 73 pág. 675-7

451) El Proyecto ALONSO MARTINEZ de 1.882, cit. establecía en su art. 38 el abono de 2/3 de la prisión preventiva para los delitos castigados con prisión o arresto; abono de 1/2 para penas de reclusión que no excedieren de 12 años, y de 1/3 para penas mayores.

452) El Proyecto SILVELA de 1.884, en su art. 74 establecía el abono de 2/3 para penas de prisión o arresto,y de 1/2 para las de reclusión y presidio, pero en el art. 75 excluía a los reincidentes de este descuento.

453) Según preceptuaba el art. 2 del R.D. de 1.853 (Vid supra Cap. 2° Secc.2ª.I.3.B.c. pág. 310

454) Ley de 17 de enero de 1.901, ALCUBILLA, Diccionario, III, 790

455) R.O. de 29 de enero de 1.901, tomada de ALCUBILLA, Diccionario, III, 791

456) .El art. 1° de la Ley citada dice: "A los reos que fueren condenados a penas correccionales se les abonará para el cumplimiento de sus condenas, todo el tiempo de prisión preventiva que hubieren sufrido durante el proceso. A los que fueren condenados a penas aflictivas les servirá de abono para su cumplimiento la mitad del tiempo que hubieren estado preventivamente presos; quedando a su favor cualquier fracción de tiempo que resulte de la rebaja. Si la prisión preventiva en este caso hubiera durado más de un año, les será también de abono la totalidad del exceso'

457) Dice el art. 3 de la misma Ley: "Lo prevenido en el párrafo segundo del art. 1° de esta ley, se aplicará, cualquiera que sea la pena que se les imponga: Primero. A los reincidentes. Segundo. A los que con anterioridad hubieren sido condenados ejecutoriamente a pena igual o superior a la que nuevamente se les imponga, a no ser que una ú otra de las dos penas aplicadas, lo haya sido por causa de imprudencia temeraria, o de imprudencia o negligencia con o sin infracción de reglamentos".

458) Subrayado nuestro (ALCUBILLA, Diccionario, III, 791)

459) De acuerdo con lo dispuesto en el art. 25 del código, "no se reputarán penas: 1°. La detención y la prisión preventiva de los procesados. 2° ...

460) Vid supra, Cap. 2° Secc. 2ª.I.3.B.c. pág. 310

461) Al referirse a que "por un mismo delito no sufra nadie dos penas" se está reconociendo implícitamente la injusticia que de hecho se venía produciendo con tal duplicidad.

462) Vid YAÑEZ, Condena, 422 s.

463) No todo sujeto incurso en la agravante 17ª queda excluído del abono total. Por de pronto no quedan discriminados aquellos cuya reiteración se deba a un delito de imprudencia. Pero además, hay una diferencia importante entre la definición legal del nº 17 del art. 10 y la descripción del art. 3 de la Ley que tratamos: en ésta se alude a la pena concretamente impuesta, mientras que en el código se alude a la pena "señalada por la ley al delito", o pena abstracta (Vid infra II.3.B.a.a' pág. 666 ss. ). Por lo que no coinciden ambos conceptos, si bien probablemente el legislador pretenció que coincidiesen.

464) Art. 33 del código de 1.932. En el código de 1.928 el art. 114 establecía el abono total de la prisión preventiva, cualquiera que fuese la naturaleza y duración de la pena impuesta, salvo para los multireincidentes a quienes solo se les debía abonar la mitad del primer año en prisión preventiva. Si ésta duraba más tiempo se establecía el abono total del exceso.

465) Sobre los primeros intentos de introducir la condena condicional en España, Vid. el interesante trabajo de YAÑEZ Condena condicional, 305-423 y bibliografía en él reseñada. Sobre los proyectos de reforma de Código Penal en que se recoge la condena condicional, Proyecto MONTILLA de 1.902, y Proyecto UGARTE y PAGES, Vid. MISMO AUTOR y OBRA 402-16.

466) Ibidem, 321 y 330-85. El Proyecto de "suspensión de la ejecución de ciertas penas leves" fue presentado por el Ministro de Gracia y Justicia, D. Luis Mª DE LA TORRE Y DE LA HOZ QUINTANILLA, Conde de TORREANAZ, el 8 de enero de 1.900 a las Cortes y fueron publicados en la Gaceta de Madrid el día 10 del mismo mes. Inspirado fundamentalmente en la ley francesa de BERENGER, modelo "sursis" que será también básicamente el modelo que sigue la ley de 1.908. Es interesante destacar que los motivos de presentación del Proyecto fueron fundamentalmente de tipo económico por la reducción que la nueva institución podía suponer del presupuesto penitenciario (YAÑEZ, Condena Condicional, 317-9)

467) Vid DORADO, Condena Condicional, 210-7, donde presenta una relación completa de los países europeos que para 1.907 habían ya introducido esta institución en su legislación. Sobre la discusión, significado y esperanzas puestas en la condena condicional en aquellos años en los que comenzaba a instaurarse internacionalmente. Vid BERNALDO DE QUIROS, Nuevas teorías, 271-6.

468) Ley de 17 de marzo de 1.908 (ALCUBILLA, Diccionario, III, 796-9). Posteriormente recogica en el código penal de 1.932 en arts. 95 a 100.

469) VALDES, Derecho penal, I, 575

470) Art. 2°. Primera condición

471) Ya que bastaba que "al ser juzgado..." Vid supra 2.B.c. pág. 550 ss.

472) El art. 3° de la citada ley exceptúa de los beneficios en ella contemplados a los "autores, cómplices y encubridores" de los delitos siguientes: 1° de los que solo pueden ser perseguidos a instancia de parte. 2° Los de robo, cualquiera que sea su cantidad, hurto y estafa si son superiores a 100 pesetas, o cualquier hurto si concurre la circunstancia 2ª del art. 533, esto es el abuso doméstico. 3° incendios y estragos que no sean por imprudencia. 4° los cometidos por autoridades o funcionarios en el ejercicio o con ocasión de sus cargos. 5° los delitos de falsificación de títulos y moneda. 6° los de falsedad de documentos públicos y privados.
Esta lista de exclusiones del beneficio recuerda a las excepciones que tradicionalmente aparecían en la concesión de indultos reales. De alguna forma se equipara a esa concesión graciosa del rey; como apunta YAÑEZ, Condena condicional, 309 fue precisamente esta concepción que veía demasiadas similitudes entre los indultos reales y los beneficios de esta institución lo que impidió durante un tiempo que prosperaran las iniciativas en este sentido. ARMENGOL, Ensayo, 55-s, considerado inaplicable para España una ley como la francesa de BERENGER sobre condena condicional pues "recelamos que los inconvenientes excedan a las ventajas, e incluso afirma ARMENGOL que en Francia ya habían comenzado a lamentarse de esa ley.

473) Tomado de SANGRO Y ROS DE OLANO, Condena condicional, 47

474) Como dispone el art. 3° n° 2 que ya ha quedado apuntado (Supra nota 368).

475) El art. 1° establece dos clases de concesión, una facultativa, que deberá ser motivada, y otra por ministerio legal. De la primera, vuelve a tratar el art. 2, tercera último inciso, en que establece que los Tribunales "podrán aplicar o no la condena condicional, según lo estimen procedente, atendiendo para ello a la edad y antecedentes del reo, naturaleza jurídica del hecho punible y circunstancias de toda clase que concurrieren en su ejecución".

476) El art. 5 establece tres casos de concesión obligatoria de la remisión condicional, que son los mismos que se recogen en el código penal de 1.944, art. 94, más los casos en que el reo fuese mayor de nueve años y menor de

quince habiendo obrado con discernimiento, en concordancia con la normativa sobre la eximente y atenuante de minoría de edad penal del código de 1.870.

477) Como señala BELEZA DOS SANTOS, Recidivistas, 704-6, la multiplicidad de delitos e incluso de condenas que pendan sobre un sujeto no revelan necesariamente una tendencia criminal; pueden ser producto de una crisis producida por circunstancias transitorias. Por llo criminológicamente debe distinguirse entre delincuentes "multiocasionales" y delincuentes habituales. Indudablemente, otro factor importante a tener en cuenta, sería el tiempo pasado entre los delitos, pues han podido darse de nuevo unas circunstancias excepcionales que han llevado al reo a un nuevo delito "ocasional". Sería necesario además examinar las atenuantes o circunstancias cuasi eximentes que pueden concurrir en los delitos, y que destruyen toda presunción sobre la tendencia criminal o sobre la voluntad refractaria del reo.

478) VALDES, Derecho Penal, II, 509-s

479) Sobre la deplorable situación penitenciaria había basado el diputado MORET su propuesta de condena condicional a modo de Ley BERENGER, y haciendo hincapié en que la consecución de una mejora correccional a través del sistema propuesto, supondrían una economía considerable de los gastos del Estado (MORET, DiarSesCong 1.899, VII,2.354) Vid la referencia a esta primera propuesta parlamentaria de la condena condicional en YAÑEZ, Condena condicional 317-21.

480) Aunque VALDES RUBIO, Derecho Penal, II, 510 señalaba también como causa de la aceptación de la remisión condicional "la mayor espiritualización del derecho penal" y que "a los pueblos se les educa para la práctica de la libertad acostumbrándoles a usarla", verdad esta última inconcusa, fueron las razones pragmáticas y económicas las que sin duda posibilitaron la aprobación de la Ley, no la asunción de los principios de corrección que quedan para los doctrinarios. De otro modo se hubiera atendido también a una real reforma penitenciaria.

481) Según conclusiones del Primer Congreso Penitenciario Español, celebrado en Valencia en octubre de 1.909 (Vid VALDES Derecho Penal, II, 260) "Son excelentes los resultados que en general, y hasta ahora, ha producido en la práctica la remisión condicional, disminuyendo las reincidencias, que son, efecto principalmente del contagio corruptor de las cárceles". Conclusión a nuestro entender no exenta de un cierto optimismo y un tanto precipitada pues la nueva institución llevaba poco más de un año en vigor.

482) Sobre la Ley francesa de 27 de mayo de 1.885, Vid BOUTEILLIER, Relegation obra que aparece en 1.879 y trata exahusivamente la famosa ley francesa. También MORENO Reincidencia, 61,nota 38, donde transcribe las disposiciones esenciales de esa Ley.

483) Vid HERZOG, Multirécidivisme, 521, en donde da una somera referencia a los puntos análogos de la ley francesa de 1.885 y otras leyes semejantes como la portuguesa de 1.892, una argentina de 1.903 y la Criminal Justice Act inglesa de 1.908. También una referencia a estas leyes ofrece CUELLO CALON, Anotaciones y Adiciones, 622.

484) Art. 1° de la ley de 23 de julio de 1.914 (ALCUBILLA, Diccionario, Apéndice de 1.914, 226-8) que ha quedado recogido en términos prácticamente idénticos en el art. 98 del código de 1.944.

485) Reglamento de 28 de octubre de 1.914, tomado de CADALSO Libertad Condicional, 76-104

486) Circular de 5 de abril de 1.915, enviada por el subsecretario presidente Sr. GRIJALBA a las Comisiones provinciales a que alude la ley en su art, 2° (Tomada de CADALSO, Libertad condicional, 123-6)

487) Circular de 10 de junio de 1.919, tomada igualmente de CADALSO, Libertad Condicional, 152.

488) CADALSO, Libertad Condicional, 153-s

489) El art. 6 de la Ley de 1.914 es de idéntico texto al art. 99 del Código penal de 1.944

490) Vid supra 2.B.c.a' y b' pág. 550 ss. y 553 ss.

491) Vid supra 2.B.c.c' pág. 558 ss. Sentencias de 15 de noviembre de 1.876 y de 9 de febrero de 1.885.

492) Ibidem

493) Vid infra Secc. 3ª.I. pág. 718

494) Vid supra 2.B.c.d' pág. 564

495) Vid supra 2.D. pág. 596

496) Vid supra 3. pág. 606

497) Vid supra cap. 1° Secc. 2ª.I.1. pág. 18, 1 Cap. 2° Secc. 2ª I.1. pág. 259

498) Vid Código de 1.932, art. 10 n° 15

499) Vid supra 4.A. pág. 620

500) Vid supra 4.B. pág. 626

501) Vid infra 4, pág. 681.

502) GROIZARD, Código Penal, 434: Después de entar las diversas posibilidades de recaídas tras una sentencia condenatoria anterior, jenominaa reincidencia a aquella en delitos de la misma especie, o de cierta analogía, mientras que "Cuando no hay esa identidad de materia, cuando esa íntima relación de cualidad no existe, cuando los delitos son diversos, entonces hay mera reiteración, y si concurren en ella ciertas condiciones, relacionadas con la idea de cuantidad de que después hablaremos, podrá haber también, según el texto que comentamos, una circunstancia agravante, la que designa el n° 17". No equipara exactamente la agravante 17ª con lo que llama "reiteración" sino que más bien coloca esta agravante como una modalidad de dicha reiteración. Pero más adelante (Ibidem, 444) expresamente al referirse al código español dice: "Según él, hay dos clases de recaidas; la referente a delitos que no son de la misma naturaleza, y la que se contrae á delitos homogéneos; la reiteración y la reincidencia". (Subarayados del autor).

503) GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN, Elementos, 63. Nótese que estos autores al comentar el código de 1.850 entendían por reiteración la mera repetición de delitos (Vid supra Cap. 2, Secc. 2ª.II.1.pág. 317 )

504) RUEDA, Elementos, I, 355

505) VIADA, Código Penal, I, 312 ss.

506) VIADA, Suplemento 2° al Código penal, (Madrid 1.894) 91; En el Suplemento 3° de 1.904 pags. 115-7, vuelve sin embargo a hacer la aclaración, pero ésta no se repite ya en los posteriores Suplementos (Suplementos 4°, Madrid 1.906, pags. 174-6, y Suplemento 6°, Madrid, 1.915, págs. 132-4. En el Suplemento 5° no hay ninguna referencia a esta circunstancia 17a).

507) MORENO, Reincidencia, 29 s.

508) GONZALEZ MIRANDA, Historia, 53

509) ALVAREZ CID, Código Penal, I, 174

510) Así por ejemplo. ARAMBURU, Prólogo y Notas, 370 establece una clasificación de los diversos supuestos posibles de recaídas en delito, según la cual la comisión de un delito después de sentencia ejecutoria pero antes de haber sufrido una pena constituye lo que

él denomina "reiteración calificada" que será a su vez "genérica" si los delitos son de distinta especie, y "específica" en caso de misma especie. Si la recaída tiene lugar después de cumplida la condena anterior, estaríamos, siempre según la clasificación de ARAMBURU, ante la "reincidencia", que a su vez sería "propia" si los delitos son semejantes, e "impropia" en el caso contrario. SILVELA, Derecho Penal II, 188, expresamente denomina la agravante 17ª como "reincidencia impropia". VALDES, Derecho penal, I, 325, SALDAÑA, Adiciones, III, 179, BERNALDO DE QUIROS Teoría, 424, JIMENEZ DE ASUA, Derecho penal, 161, denominan la agravante 17ª como "reincidencia genérica"

511) BERNALDO DE QUIROS, Reincidencia, 165

512) SALDAÑA, Adiciones, III, 179, s., tacha el término "reiteración" de "absurdo calificativo"

513) Vid. Art. 67, 2ª del código penal de 1.928

514) Proyecto de 1.980, art. 28, 11ª

515) S. de 17 de diciembre de 1.883, JurCrim t. 30/762

516) JurCrim. t. 40/100. En esta sentencia encontramos el término "reiteración" utilizado al transcribir el Tribunal los argumentos de la defensa del procesado, por lo que probablemente la denominación proviene de esta parte.

517) Así en las siguientes ss.: 30 de noviembre de 1.889 (JurCrim t. 43/340); 27 de junio de 1.890 (JurCrim t. 44/404); 10 de febrero de 1.890 (JurCrim t. 44/84); 8 de febrero de 1.893 (JurCrim t. 50/50); 15 de abril de 1.893 (JurCrim t. 50/141); 21 de abril de 1.894 (JurCrim t. 52/212); 22 de diciembre de 1.896 (Jur Crim t. 57/246); 23 de marzo de 1.901 (JurCrim t. 66/93); 10 de marzo de 1.902 (JurCrim t. 68/125); 28 de junio de 1.902 (JurCrim t. 68/280); 18 de diciembre de 1.908 (JurCrim t. 81/175); 3 de julio de 1.909 (JurCrim t. 83/9); 25 de febrero de 1.911 (JurCrim t. 80/76); 31 de enero de 1.912 (JurCrim t. 88/48); 31 de diciembre de 1.912 (JurCrim t. 89/205) 27 de junio de 1.916 (JurCrim t. 96/168); 18 de febrero de 1.919 (JurCrim t. 102/45); 8 de marzo de 1.922 (JurCrim t. 108/48);26 de diciembre de 1.923 (JurCrim t. 110/1460); 24 de abril de 1.928 (JurCrim t. 117/193).

518) Vid supra Cap. 2° Secc. 2ª.II.2.A. pág. 319

519) Se manifiesta tajantemente opuesto a esta agravante CASTILLO, Reforma, 214

520) GOMEZ DE LA SERNA, Elementos, 64 nos dice que "como si estuviera (la ley) poco satisfecha de sí misma, ha querido mitigar la apreciación de la regla añadiendo que esta circunstancia de agravación la tomarán en consideración los tribunales según..."

521) ARMENGOL, Reincidencia, 135-7 estima que el hecho de incluir la cláusula facultativa en la agravante 17ª "bien demuestra que el nº 17 no se consignó sin cierta repugnancia, o sin cierta prevención".

522) Vid supra I.2.B.c. pág. 550

523) Vid supra Cap. 2º Secc. 2ª.I.2.A.a.b' a'' pág. 275

524) Vid supra I.3. pág. 606

525) Vid Supra Ibidem

526) Sobre la remisión condicional de la pena vid la referencia a ella al tratar de los efectos de la reincidencia Supra I.4.B.c. pág.631

527) Vid Supra Cap. 2º Secc. 2ª I.2.A.a.b' b'' pág. 284

528) GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN, Elementos, 64

529) Ibidem, 64-5: "En la última reforma del código al tratar de la reincidencia, respecto a la cual principalmente se había suscitado esta cuestión,se ha añadido un párrafo en el que se decide en los mismos términos que dejamos expuestos, lo que hace confirmarnos más en la opinión que dejamos emitida".

530) RUEDA, Elementos, I. 358

531) GONZALEZ MIRANDA, Historia, 53

532) Ibidem

533) GROIZARD, Código Penal, I, 444: "Dicho está que merece nuestra completa aprobación la regla de que sólo pueda estimarse la agravante, cuando el culpable haya sido anteriormente castigado etc. etc. Esto es cuando lo haya sido por sentencia firme, ejecutoriada, que cause estado, que fije definitivamente la verdad sobre los hechos". (Primer subrayado del autor, los otros, nuestros). Más adelante (ibidem págs. 445-6) al fijar el momento en que el reo ha debido ser castigado para que se aprecie la agravante, al hablar

de "estar ya castigado" se está refiriendo implícitamente a la mera imposición de condena, pues en el ejemplo que pone, se fija únicamente en el momento de la sentencia ejecutoria.

534) La tesis de CARRARA sobre la insuficiencia relativa de la pena anterior demostrada por la recaída (Vid CARRARA, Sulla recidiva, 131-4) es seguida por CASTILLO (Reforma, 112) aunque apuntando a la corrección que debe intentarse en el cumplimiento de la pena.

535) GROIZARD: Código Penal, I, 436. Continúa su argumentación diciendo: "Por otra parte, de admitir esta conclusión (la infeicacia de la primera pena) la lógica nos conduciría a no declarar la reincidencia sino después de que el culpable, habiendo estinguido la primera condena volviera a delinquir; porque solo en este caso podría decirse que la espiación señalada en la ley había sido insuficiente para su corrección y enmienda. Pero establecer, como hace la ley implícitamente, que basta una anterior condena, que basta la recaída después de sentencia para considerar al culpable como reincidente, aunque en todo o en parte no haya cumplido la pena que le fue impuesta y hacer consistir la justificación del aumento del castigo en la ineficacia ((...)) constituye una flagrante contradicción" (Subrayados nuestros). Esta argumentación la aplica a ambas modalidades legales de reincidencia pues expresamente el autor explica que reune en el comentario ambas circunstancias por la analogía de su fundamento, naturaleza y fin social (Ibidem, 432).

536) Ibidem, II, 577

537) SILVELA, Derecho penal, II, 188 s.

538) Ibidem

539) ARMENGOL, Reincidencia, 29 y 31 s.

540) VIADA, Comentarios (4ª ed.) I, 310 s.

541) Ibidem, 562

542) Vid supra I.2.B.c. pág. 550

543) BERNALDO DE QUIROS, Teoría, 423: "La legislación comparada conoce desde antiguo ambos sistemas, designados por los autores, el de la expiación de la pena con el nombre de reincidencia "propia"; y con el de reincidencia "impropia" el sistema de la simple condena. "Impropia es la reincidencia en nuestro código. sus palabras no dejan lugar a dudas". Y cita textualmente a conti-

nuación los números 17 y 18 del art. 10, subrayando las palabras "castigado" en el primero y "condenado" en el segundo, en apoyo de lo manifestado.

544) Ibidem, 423 s.

545) CUELLO CALON, Anotaciones, I, 626

546) JIMENEZ DE ASUA, Derecho Penal, 159

547) RUEDA, Elementos, I, 358: "al tratar de la circunstancia 18, cuya circunstancia se ocupa de la reincidencia, dá la ley a entender que existe, aun cuando la pena señalada al anterior delito no se hubiese cumplido; y si este preçepto debiera regir para la circunstancia número 17, o sea respecto a la llamada reiteración, la ley así lo hubiera manifestado". En este mismo sentido se pronunciará posteriormente ANTON ONECA, Derecho penal, I, 383.

548) RUEDA, Elementos, I, 357

549) Vid Supra Cap. 2° Secc. 2ª I.2.A.a.b' b'' pág. 284

550) Vid infra b' pág. 655 ss.

551) SALDAÑA, Adiciones, III, 169 y 184 . Al referirse a la agravante 17, dice que constituye "verdadera reincidencia, incluida en su forma genérica e innominada por nuestro código". Y puesto que anteriormente había sentado que la reincidencia exige cumplimiento efectivo de la pena impuesta (desde la perspectiva doctrinal) se deduce que entiende la agravante 17ª en ese sentido. Y efectivamente al tratar de la circunstancia 18ª la califica como "reiteración" denominación que este autor daba a las recaídas después de condena firme pero antes de cumplir la pena impiesta por ésta.

552) ARAMBURU, Prólogo y Notas, 370 y 373. Después de ofrecer una completa clasificación de las diversas clases posibles de repetición o recaídas en delito, manifiesta que la agravante innominada en la ley (10, 17ª) "es nuestra reincidencia" entendiendo por tal la recaída después de condena cumplida. Mientras que la agravante 18ª la encuadra en lo que él había calificado como "reiteración calificada específica" por no requerir cumplimiento de condena.

553) No hemos citado a MORENO en la relación de autores que defienden una u otra postura porque sus manifestaciones en este punto son contradictorias, pues por un lado establece (Reincidencia, 32) que para fijar

esta circunstancia "no es preciso que el culpable haya sido castigado anteriormente" y por otro lado líneas después dice que "para que el castigo anteriormente sufrido pueda tenerse en cuenta, es preciso que ese castigo haya sido impuesto en cantidad necesaria, no excesiva ni defectuosa, cumplido en las condiciones y en los términos convenientes a la naturaleza del delincuente" (Subrayado nuestro)

554) Fijándose en la expresión "haber sido castigado"en un sentido estricto, CARRARA, Sulla recidiva, 147, considera que la agravante 17ª del código penal español constituye una reincidencia "vera" pero "impropia", significando que exigía el cumplimiento de la pena -"vera"- y que versaba sobre delitos de distinta naturaleza -"impropia"- pero por tratarse de una somera referencia al código español no acompaña mayor explicación.

555) Recordemos que esta agravante se fija sobre la "condena ejecutoria" anterior por delito del mismo Título, cualquiera que sea el momento de comisión de este delito o del que se juzga. Vid supra I.2.B.cpágs. 550

556) Vid infra 4.A.b. pág. 690

557) JurCrim t. 7/575. En uno de sus Considerandos dice que "según el resultado de los hechos consignados en sentencia, es indudable que en el día 12 de marzo de 1.871 en que se cometió el delito que es objeto del recurso, todavía no había recaído ejecutoria en la causa formada con anterioridad al procesado por delito de sedición, siendo la fecha de la misma la del 21 del mismo mes y año. Considerando por consecuencia que en la fecha de la comisión del delito no podía ser apreciada la predicha circunstancia agravante..." (Subrayados nuestros)

558) Jur Crim t. 37/52. Subrayados nuestros

559) Ibidem

560) JurCrim t. 92/161

561) Consulta nº 10 de la Fiscalía de Madrid, pág. 113. Tomada de VIADA Y LOPEZ PUIGCERVER, Fiscalía, 19. Subrayados nuestros.

562) Como señala MIR PUIG, Reincidencia, 53, siguiendo a LARENZ, Metodología, 318, la elección de una interpretación de determinado término se halla limitada por "el sentido literal posible". Y partiendo de esta

premisa creemos, en contra de lo defendido por MIR PUIG Reincidencia, 45-9, que encaja perfectamente dentro de ese sentido literal posible, la interpretación de "castigar" como "imponer un castigo", o lo que es lo mismo "imponer una condena", a efectos del código, porque una sentencia condenatoria en lo criminal conlleva esa "mortificación" y "aflicción" a que alude el Diccionario de la Real Academia como significado de "castigar" y que MIR PUIG toma como argumento para fundamentar una interpretación estricta de la expresión en cuestión. La publicidad de la sentencia, y el reproche jurídico y social de la condena, aun cuando ésta no haya empezado a cumplirse o no llegue a cumplirse es innegable que suponen ya una "aflicción"considerable .

563) Vid supra Cap. 2° Secc. 2ª.I.2.A.a.b',a",pág.275 ss.

564) Vid supra a. pág. 645

565) Otra muestra de que el legislador español utiliza indistintamente ambos términos la tenemos en la redacción de las agravantes de reiteración y reincidencia en el código penal de 1.928, pues la primera existe según este código "cuando el culpable hubiere sido ejecutoriamente condenado con anterioridad a la comisión del nuevo delito, por otro a que la ley señale pena igual o mayor o dos o más delitos a que señale pena menor" (art. 67, 2°), definición prácticamente igual a la del código penal de 1.870 salvo la sustitución de "castigado" por "ejecutoriamente condenado", y la segunda existe "cuando al ejecutar el delito el culpable estuviere castigado, con anterioridad y ejecutoriamente, por otro comprendido en el mismo título de este código.( art. 67, 3ª). Y posteriormente el mismo código al referirse a la multirreincidencia alude simplemente a "condena" anterior (art. 70).

566) Vid MIR PUIG, Reincidencia, 32-9

567) Vid supra Cap. 2°. Secc. 2ª.II.3.A. pág. 323

568) GROIZARD, I, 444 s.: "el culpable de que habla la ley el reo del delito actual, del delito en donde va a declararse la existencia de la agravante, es preciso que, al tiempo de cometerlo, estuviera ya castigado por otro anterior que mereciese igual o mayor pena. No estando castigado al tiempo que cometió el segundo delito, no lo estaba anteriormente, y la declaración de la circunstancia no procede. "Subrayados del autor.

569) RUEDA, Elementos, I, 360 s.

570) ALVAREZ CID, Código Penal, I, 273

571) VIADA, Código Penal, I, (6ª ed.) 310 s.

572) ARAMBURU, Prólogo y Notas, 370 y 373

573) SALDAÑA, Adiciones, 169 y 179

574) CUELLO CALON, Anotaciones, 626

575) JurCrim t. 7/575

576) Vid Supra I.2.B.c.c' pág. 558 ss.

577) Así por ejemplo en ss. de 29 de enero de 1.878 (Jur Crim t. 18/36), 27 de diciembre 1.883 (JurCrim t. 30/672), 23 de octubre de 1.885 (JurCrim t. 35/315), 11 noviembre 1.885 (JurCrim t. 35/367), 30 noviembre 1.88[illegible] (JurCrim t. 43/340), 21 octubre 1.892 (JurCrim t. 61/8[illegible] 28 abril 1.896 (JurCrim t. 56/313), 5 febrero 1.897 (JurCrim t. 58/71), 31 mayo 1.904 (JurCrim 72/285), 12 noviembre 1.912 (JurCrim t. 89/115), 26 diciembre 1.923 (JurCrim t. 110/146)

578) JurCrim t. 117/193. Subrayado nuestro. Se enjuiciaba un delito de atentado cometido el 27 de febrero de 1.926; en ese mismo año, sin que constase la fecha exacta fue el reo condenado por un delito de lesiones. Estimada la agravante por la Audiencia, el procesado recurre alegando que no está determinado si las lesiones fueron cometidas antes o después del atentado, no ya sólo que la sentencia no fuese anterior a la nueva comisión.Al sentar el Supremo en este fallo ser suficiente que "al penar el delito" haya recaído ya la sentencia, al igual que ocurre con la fórmula de la reincidencia, resultan indiferentes las fechas y el orden de comisión de los delitos. Pero es la única sentencia que hemos encontrado en este sentido en referencia a la agravante 17ª.

579) Vid supra a.b' pág. 655

580) Vid VIADA y LOPEZ PUIGCERVER, Fiscalía, 19

581) Vis supra I.2.B.c.c' pág. 558 ss.

582) Vid supra I.2.B.b.a' pág. 545

583) GROIZARD, Código penal, I, 446: "Una vez reconocido que la frecuencia en cometer delitos sea causa bastante para la agravación de las penas, no se compren-

día bien el que ésto solo tuviera lugar respecto a aquellos que la ley castigaba con mayor o igual pena... Lo peligroso sería establecer una regla inflexible. Pero precisamente esta es la ventaja a que aludíamos y que lleva el código reformado a los nuestros anteriores y a los extranjeros. Nada en materia de reiteración es absoluto en él..." Y a continuación pasa a alabar la sabia cláusula facultativa.

584) Vid supra Cap. 2° Secc. 2ª.II.2.A.pág. 319

585) CASTILLO, Reforma, 214

586) Ibidem, 213

587) MORENO, Reincidencia, 29 s.: "Es un error definir esta circunstancia por la pena de mayor o menor gravedad que haya llevado consigo la anterior infracción. Ningún delito puede definirse de este modo, porque la naturaleza del acto no depende de la mayor o menor cantidad de pena que se le fije".

588) Ibidem 30

589) Ibidem 30 s.

590) Vid supra I.2.B.b.b' pág. 549

591) Como agudamente indica MIR PUIG,Reincidencia, 198, es el contenido del término "delito" el que decide que la comparación de las penas sean en abstracto, pues si por "delito" debe entenderse el "tipo abstracto" de la infracción, la "pena señalada por la ley al delito" derá la pena del"tipo abstracto". Partidarios también de la comparación de las penas abstractas son también ANTON ONECA, General, 384, PUIG PEÑA, Derecho penal II, 214, nota 12, RODRIGUEZ MOURULLO, Comentarios, I, 733. En contra MARTINEZ ZAMORA, Reincidencia, 115.

592) Vid lo expuesto supra, I.2.C.a.a' pág. 583

593) El art. 86 del código penal de 1.870 establece para el mayor de 9 años y menor de 15 (si es que obró con discernimiento según dispone el art. 8,3°) una pena discrecional, pero siempre "inferior en dos grados por lo menos, a la señalada por la ley al delito que hubiere cometido". Para el mayor de 15 años y menor de 18, la pena será la "inmediatamente inferior a la señalada por la ley". El art, 87 establece la pena inferior en uno o dos grados para las eximentes incompletas; y el art. 82, 5ª también la inmediatamente inferior a la señalada por la ley "cuando sean dos o más y muy calificadas las circunstancias atenuantes y no concurra ninguna agravante" ((sic)). No existe

en este código posibilidad de elevar la pena por encima del grado máximo por razón de ninguna agravante.

594) Vid supra I.4.B.b. pág. 628

595) Ibidem

596) JurCrim t. 12/165. Subrayado nuestro

597) JurCrim t. 37/166

598) JurCrim t. 13/381. Subrayado nuestro

599) Según dispone el art. 29, la duración de la cadena y de la reclusión temporales es de doce años y un día a 20 años.

600) JurCrim t. 40/100. Subrayado nuestro

601) JurCrim t. 11/436

602) El delito de desacato grave está previsto en el párrafo 1º del art. 267, castigado con la pena de "prisión correccional en su grado mínimo y medio y multa de 150 a 1.500 pts."

603) Vid infra 4 A.b. y B.b. pág. 690 y 701

604) Citada supra I.3.B.b. pág. 612

605) JurCrim t. 117/193

606) Respecto a la línea jurisprudencial sobre este punto durante la vigencia del código penal de 1.944, coexisten las dos posturas abstracta y concreta, si bien las sentencias que siguen la línea de penas abstractas son las únicas que explicitan y justifican su postura. Vid MIR PUIG, Reincidencia, 198-212 donde realiza un completo examen de la jurisprudencia hasta 1.973 respecto a este punto.

607) Menos aún cuando muchas de las penas que aparecen en el código de 1.870 desaparecieron ya hace tiempo. Y de todas formas, no es el objeto de este trabajo resolver la aplicación práctica de las agravantes que tratamos, sino únicamente en cuanto nos sirvan para detectar las pautas de la evolución del tratamiento de la reincidencia.

608) El art. 26 del código penal de 1.870 es el homólogo al art. 27 del código de 1.944. Dice textualmente: "Las penas que pueden imponerse con arreglo a este Código, y sus diferentes clases, son las que comprende la siguiente escala general
Penas aflictivas: Muerte, Cadena Perpetua, Reclusión perpetua, Relegación perpetua, Extrañamiento perpetuo, Cadena temporal, Reclusión temporal, Relegación temporal, Extrañamiento temporal, Presidio mayor, Prisión mayor, Confinamiento, Inhabilitacipon absoluta perpetua, Inhabilitación absoluta temporal Inhabilitación especial perpetua para Cargo público, derecho de sufragio activo y pasivo, profesión u oficio, Inhabilitación especial temporal para carho público, derecho de sufragio activo y pasivo, profesión u oficio.

Penas correccionales: Presidio correccional, Prisión correccional, Destierro, Reprensión pública, Suspensión de cargo público, derecho de sufragio activo y pasivo, profesión u oficio.

Penas leves: Arresto menor, Reprensión privada

Penas comunes a las tres clases anteriores: Multa, Caución.

Penas accesorias: Degradación, Interdicción civil, Pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito, Pago de costas"

609) La duración de las diversas penas establecidas en el código, viene establecida en los arts. 29 a 31 inclusive.

610) Las penas accesorias correspondientes a las penas principales, quedan establecidas en los arts. 53 a 63.

611) La ejecución y cumplimiento de las penas viene regulado en los arts. 102 a 120. El contenido y efectos de las penas privativas o restrictivas de derechos, vienen regulados en los arts. 32 a 52.

612) Este artículo 92 del código de 1.870 es el homólogo al art. 73 del código penal de 1.944.

613) Pues lógicamente por el hecho de encuadrarse una pena en la escala 2 o 3, no indica que sea inferior a todas las demás penas que integran una escala anterior. Evidentemente una relegación perpetua (escala 3ª) no es inferior a una pena de Arresto mayor(escala 1ª y 2ª)

614) El art. 89 es el homólogo al art. 70 del código penal de 1.944.

615) En la actualidad CASABO, Comentarios, II, 116 propone la combinación de criterios complementarios tales como la naturaleza de las penas, y el de la duración de las mismas a efectos de establecer las distintas gravedades entre las diversas penas.

616) Seguimos la terminología recomendada por ANTON ONECA General, 384 para diferenciar las penas individuales que ennumera en este caso el art. 26 del código penal de 1.870, y la "penalidad" con la que se conmina un hecho típico. Porque como señala ANTON, la "penalidad" puede no coincidir con una de las penas de la escala general, bien por estar compuesta de dos individuales bien por consistir en una pena individual no en toda su extensión, o en más de una pena pero en extensiones parciales, supuesto este último bastante frecuente en el código penal de 1.870.

617) Cuando los límites mínimos de las dos penalidades coincidan, serán los límites máximos los que decidan. No vamos a extendernos a examinar las posibles combinaciones; una exposición completa sobre ello puede verse en MIR PUIG, Reincidencia, 230-42

618) Vid supra a' pág. 670

619) Vid infra 4.B.b. pág. 701

620) Vid infra 4.A.b. pág. 690

621) Vid VIADA y LOPEZ PUIGCERVER; Fiscalía, 19

622) JurCrim t. 18/36. El Supremo mantiene la agravación por reincidencia en un delito de injurias, por haber sido anteriormente condenada la procesada, en una sola causa en el año 1.859 por un delito de estafa y otro de denuncia calumniosa.

623) Vid supra Cap. 2° Secc. 2ª.II.3.B.a. pág. 325

624) GONZALEZ MIRANDA, Historia, 53

625) Vid supra I.2.C. pág. 577 ss.

626) Vid infra 4.A.b. pág. 690

627) Vid supra 2. pág. 643

628) Una relación de las leyes penales especiales coetáneas al código de 1.870 puede verse en SALDAÑA, Adiciones, I, 491-522 que recoge las vigentes en el año 1.910.

629) GROIZARD, Código penal, I, 451 se pronuncia en contra de la estimación de los delitos militares como base idónea tanto para la reincidencia como para la reiteración; sólo en caso de que se trate de delitos contemplados también en el código común y con las mismas penas que las señaladas en éste considera que puede admitirse la agravación. Y aunque reconoce que la ley admite la posibilidad de tener en cuenta condenas dictadas por procedimientos militares, se manifiesta también disconforme con esta posibilidad por las menores garantías de defensa que el reo tiene en estos procesos.

630) JurCrim t. 58/71. La condena anterior había sido de 2 años y 4 meses y 1 día de prisión correccional, pena que no cumplió por quedar acogido el reo en un indulto del año 1.897.

631) A diferencia de lo que ocurre con la reincidencia, que surge no "al ejecutar" el delito, sino "al ser juzgado' Vid supra I.2.B.cpág. 550

632) Según dispone el art. 620, en la aplicación de las penas de las faltas los Tribunales procederán según su prudente arbitrio atendiendo a las circunstancias del caso.

633) JurCrim. t. 113/277

634) Como decían GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN, Elementos 64, la ley "como si estuviera poco satisfecha de sí misma, ha querido mitigar la aplicación de la regla añadiendo, que esta circunstancia de agravación la tomarán en consideración los Tribunales según las circunstancias del delincuente y la naturaleza y efectos del delito..."

635) Vid supra Cap. 2° Secc. 2ª.II.2.A. pág. 319 sobre las críticas a esta agravante.

636) En las otras tres agravantes que también son objeto de apreciación facultativa, la ley añade únicamente a "la naturaleza y efectos del delito" (agravantes 1ª y 5ª, parentesco e imprenta respectivamente) o a la "naturaleza y accidentes del delito" (agravante 15ª, nocturnidad o despoblado). En cambio en la reiteración se indica que deben considerarse también "las circunstancias del delincuente" clara alusión al carácter personal de esta agravante.

637) Como vamos a ver seguidamente, el Tribunal Supremo revoca frecuentemente, y desde luego revisa la aplicación del arbitrio concedido para esta agravante (Vid infra A.b. pág. 690 ). Probablemente la revisión

del uso del arbitrio judicial en esta agravante constituye una excepción a la práctica general de la jurisprudencia que como señala COBO, Arbitrio, 88,desde 1.870 viene afirmando que el uso de las facultades discrecionales concedidas al juzgadoe no es susceptible de casación. Práctica que se patentiza en la declaración constante del Supremo en este sentido respecto a la fijación concreta de la pena dentro de los límites de cada grado, a pesar de que el código da unas pautas para fijar esa pena concreta: "consideración al número y entidad de las circunstancias agravantes y atenuantes y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito". (art. 82 regla 7ª del c.p. de 1.870, idéntica a la regla 7ª del art. 61 del c.p. de 1.944). Aunque en 1.879 la s. de 22 de abril (JurCrim t. 20/175) casa la resolución de instancia en base a una incorrecta aplicación de esa regla 7ª al imponer a uno de los procesados pena considerablemente mayor que la impuesta al otro coautor siendo idénticas las circunstancias concurrentes en cada uno de ellos. Vid. también CORDOBA, Jurisprudencia, 125.

638) Vid supra Cap. 2° Secc. 4ª, I.2.A. pág. 429 ss.

639) Vid infra Secc. 4ª, I.1. pág. 843 ss.

640) Así por ejemplo en ss. de 22 de junio 1.872 (JurCrim 7/383) y de 27 de junio de 1.916 (JurCrim t. 96/168).

641) Es triste que se haya olvidado la importante función que durante casi 75 años cumplió el arbitrio judicial en la estimación de esta agravante demostrando que las presunciones que establece el legislador a través de fórmulas objetivas no siempre coinciden con la existencia real de aquello que presume. Y así en multitud de ocasiones se atemperó la rigidez y deficiencia de la formulación legal mediante la atención a las particularidades del caso concreto, como veremos en los apartados siguientes de este trabajo.
Lamentamos que el Proyecto de 1.980, que en tantos puntos concede bastantes posibilidades al arbitrio judicial para elegir la pena más adecuada al caso concreto, o la facultad para remitirla legalmente, continúe con el rígido sistema de configurar la reincidencia y reiteración sobre el dato objetivo de la condena anterior como índice irrebatible de mayor gravedad de la nueva recaída. Aunque hemos de reconocer el progreso que supone la admisión de la prescripción y la sustitución del criterio del "mismo Título" por el de la "especie".
En favor de la recuperación del carácter discrecional de la reiteración, se pronuncia expresamente MIR PUIG Reincidencia, 298.

642) En las agravantes de parentesco, imprenta y nocturnidad o despoblado, se alude también a la "naturaleza del delito" como dato a tener en cuenta para apreciarlas o no como agravantes y avidentemente en estos casos no se trata de comparar la infracción actual con ninguna otra.

643) GONZALEZ MIRANDA, Historia, 53, establece como característica de la reiteración la distinta índole de los delitos cometidos.

644) En este sentido ARAMBURU, Prólogo y Notas, 373

645) SILVELA, Derecho Penal, II, 189

646) RUEDA, Elementos, 359

647) Ibidem

648) GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN, Elementos, 64

649) ALVAREZ CID, Código penal, I, 274, s. Añade que también deben tomarse en cuenta la relación jurídica existente entre el móvil y causa del nuevo delito y el propósito a que obedecieron los anteriores, como reveladores de la influencia que conservan en el espíritu del procesado, y cita en este sentido la s. de 26 de junio de 1.882 que aludía a estos puntos.

650) JIMENEZ DE ASUA, Derecho penal, 160

651) Vid supra I.2.C.c. pág. 593 ss.

652) Es curioso cómo este autor no cita ninguna de las numerosas sentencias que aprecian la reiteración sobre la base de la semejanza entre las infracciones, o que la rechazan por no existir esta relación. JIMENEZ DE ASUA sólo insiste en aquellas resoluciones que atienden al móvil, o que aluden al "incremento de perversidad" en razón de los varios delitos anteriores del reo.

653) BERNALDO DE QUIROS, Teoría, 429

654) Ibidem, 427. Vid también supra I.2.C.c. pág. 593 ss.

655) GROIZARD, Código penal, I. 446 s.

656) Por supuesto que cuando los delitos se encuentan incluídos en el mismo Título del código, será siempre de aplicación la reincidencia. Salvo durante el período1.925-1.928 pues con la reforma de 14 de noviembre de 1.925 al introducirse para la reincidencia del

nº18 la exigencia de "pena igual o mayor" del delito anterior, quedan para la reiteración los casos de recaída en delitos del mismo Título cuando el reo hubiese sido condenado antes por dos o más delitos de pena menor, supuesto que paradójicamente no quedaba abarcado en la nueva redacción de la agravante 18ª (Vid supra I.3.B.a. pág. 609)

657) JurCrim t. 4/631. El Supremo no entre siquiera a argumentar que podía existir una cierta semejanza entre estos dos delitos, simplemente se limita a afirmar la existencia de la agravante.

658) JurCrim t. 7/383

659) JurCrim t. 7/401

660) Así las sentencias de 29 de setiembre de 1.874 (Jur Crim t. 11/436), de 11 de mayo de 1.875 (JurCrim t. 12/165), de 2 de junio de 1.875 (JurCrim t. 13/195) de 20 de noviembre de 1.875 (Jur Crim t. 13/385), de 11 de noviembre de 1.886 (JurCrim 37/166) de 3 de febrero de 1.888 (JurCrim t. 40/100), todas ellas citadas anteriormente al tratar de la comparación de las penas señaladas por la ley en la agravante 17ª. Vid Supra 3.B.a.a' pág. 666

661) JurCrim t. 23/430.Subrayado nuestro

662) JurCrim t. 35/315

663) JurCrim t. 35/367. Es posible que la razón fundamental para desestimar la agravante aunque no se dijo así en la sentencia, fuese la de evitar la pena de muerte por el parricidio.

664) JurCrim t. 43/340. Subrayados nuestros

665) JurCrim t. 50/50

666) JurCrim t. 50/141. Subrayado nuestro

667) JurCrim t. 52/212. Se juzgaba un delito de lesiones y la condena anterior había sido por hurto (Subrayado nuestro)

668) JurCrim t. 56/313. Subrayado nuestro

669) JurCrim t. 61/88

670) JurCrim t. 68/124. Subrayado nuestro

671) JurCrim t. 66/93. Subrayado nuestro

672) JurCrim t. 68/280. Subrayado nuestro

673) JurCrim t. 83/9. Subrayado nuestro

674) JurCrim t. 85/28. Subrayado nuestro

675) JurCrim t. 88/207. Subrayado nuestro

676) JurCrim t. 110/146. Subrayado nuestro

677) JurCrim t. 51/212. Subrayado nuestro

678) JurCrim t. 56/201. Subrayado nuestro

679) JurCrim t. 72/285. Se enjuiciaba un delito de robo con ocasión del cual se produjeron dos homicidios La defensa alegaba que "por ser de uso discrecional, y en la apreciación de los delitos que pueden producir la imposición de la última pena lo discrecional se convierte en imperativo" debía rechazarse la agravante 17ª. El Supremo estima que la Audiencia ha apreciado acertadamente la agravante en cuestión por haber sido condenado antes el reo por tres delitos de lesiones; aunque no alude a la "semejanza de éstos con los homicidios, parece evidente que estamos ante un caso en que puede estimarse esta relación.

680) JurCrim t. 81/175

681) JurCrim t. 84/142

682) JurCrim t. 88/48

683) También en s. de 3 de febrero de 1.888 citada anteriormente (Vid supra 3.B.a.a' pág. 671 ). Aunque la apreciación de la agravante se justifica por tener el homicidio anterior pena mayor que la señalada para el robo con intimidación que se juzgaba, parece evidente que la estimación se basa en la semejanza de ambos delitos en cuanto ataque a la integridad y vida, porque la sentencia se refiere al modo de comisión del robo, utilizando una navaja para amenazar a la víctima.

684) Así en ss. de 22 de mayo de 1.883 (JurCrim t. 28/230) por no constar datos suficientes sobre el delito de lesiones anterior para establecer posible semejanza con el delito de violación que se juzgaba; 11 de marzo de 1.895 (JurCrim t. 54/138) por no constar que delitos fueron los anteriormente condenados; 22 de diciembre de 1.896 (JurCrim t. 57/246) por la misma razón; 6 de diciembre de 1.898 (JurCrim t. 61/174) por la misma razón; 23 de marzo de 1.901 (JurCrim t. 66/93) porque aun constando que el reo había sido condenado antes por delito de robo, no se tienen datos suficientes sobre éste como para formar juicio acerca de "su relación moral y naturaleza", respec-

to al delito de amenazas que se enjuiciaba; 31 de enero de 1.910 (JurCrim t. 84/55) por no constar datos suficientes respecto a las fechas y circunstancias de comisión de los dos hurtos condenados anteriores, ni siquiera si fueron delito o falta, por lo que el Tribunal considera que no pueden tomarse como demostrativos de mayor perversidad para el delito de lesiones que se enjuicia; 8 de marzo de 1.922 en la que se juzga delito de escarnio a la religión habiendo sido condenado el reo anteriormente tres veces por injurias a la Autoridad, ya que "desconociéndose los móviles, ocasión y circunstancias en que éstos delitos se ejecutaron no puede formarse juicio exacto acerca de la relación moral de aquellos delitos con el que ahora se persigue" (JurCrim t. 108/48) (Subrayado nuestro).

685) Como ocurre en las dos sentencias citadas en último lugar en la nota anterior.

686) Como acertadamente lo ponía de relieve SILVELA, Derecho Penal, I, 342 s.

687) Aunque la reincidencia se configura sobre el criterio del "mismo Título" que pretende precisamente captar la semejanza entre los delitos, ya vimos (Supra I.2.C. pág. 577 ss. ) que también recoge delitos que no guardan ninguna o muy poca semejanza entre sí.

688) Así en ss. de 27 de diciembre de 1.883 y 18 de diciembre de 1.908 citadas en este apartado. También la s. de 24 de abril de 1.928 (JurCrim t. 117/193) que estima la agravante 17ª en un atentado por anterior delito de lesiones, aunque no alude a la "semejanza".

689) S. de 14 de diciembre de 1.893 citada, que apreciaba la reiteración en unas injurias por los anteriores delitos de coacción electoral y detención arbitraria.

690) ss. de 7 de marzo de 1.896, 6 de abril de 1.910 y 31 de enero de 1.912 citadas.

691) ss. de 18 de enero de 1.898 y 31 de mayo de 1.904 citadas referentes a robo con homicidio. S. de 8 de febrero de 1.888 citada, sobre robo con intimidación y anterior condena por homicidio.

692) SS. de 8 de febrero de 1.893, 15 de abril de 1.893 y 26 de diciembre de 1.923 citadas.

693) SS. de 21 de abril de 1.894, 21 de octubre de 1.898 30 de noviembre de 1.899, 28 de junio de 1.902 y 18 de abril de 1.912 citadas.

694) S. de 23 de marzo de 1.901 citada

695) S. de 10 de marzo de 1.902 citada

696) S. de 3 de julio de 1.909 citada

697) Vid infra secc. 4ª, I.1.B., 846 ss.

698) Vid supra A.a. pág. 688

699) Vid supra A.a. pág. 688

700) SALDAÑA, Reforma, 169

701) JurCrim t. 26/293. Subrayado nuestro

702) JurCrim t. 30/672. Esta sentencia trata de los delitos de atentado, lesiones y quebrantamiento de condena cometidos por el reo que se hallaba extinguiendo condena de robo, y había además sido condenado anteriormente por otro robo por la jurisdicción militar y un atentado. El procesado recurre por la aplicación de la reiteración al quebrantamiento de condena, como es una circunstancia que no se refiere al hecho, sino a la perversión que muestra el culpable, los Tribunales pueden apreciarla o no según las circunstancias del delincuente y la naturaleza y efectos del delito por lo cual al estimarse respecto al procesado se ha aplicado estrictamente la ley penal".

703) Vid supra A.b. pág. 690

704) JurCrim t. 44/404. Dice así uno de sus Considerandos: "Considerando que la circunstancia de reiteración en la delincuencia consignada en el nº 17 del art. 10, se distingue de la reincidencia,en que ésta es una reiteración específica, limitada al mismo Título del código en que está comprendido el delito, porque se juzga al culpable, lo cual impone necesariamente por regla general distinta naturaleza de los delitos que motivaron la primera, cuya naturaleza deben tener en cuenta los Tribunales en unión de las circunstancias del delincuente y de la naturaleza y los efectos del delito para tomarla o no en consideración, como lo ha hecho la Audiencia acertadamente en este caso, por no ser el mayor o menor transcurso de tiempo entre unos y otros hechos, causa bastante por sí sola para rechazar la reiteración, ((...))" (Subrayado nuestro).

705) JurCrim t. 86/76

706) JurCrim t. 89/115

707) JurCrim t. 89/205

708) Que como se recordará se definía para el "reo habitual"de hurto sobre la comisión de tres delitos de hurto guardando entre sí un espacio mínimo de 24 horas (Vid supra Cap. 2° Secc. 3ª, I.2. pág. 341)

709) Vid SERRANO, Habitualidad, 326 s.

710) JurCrim t. 102/45. Subrayado nuestro

711) Como señalan BELEZZA DOS SANTOS, Recidivistas, 692 s. y HERZOG, Multirecidivisme, 522, en el sistema del derecho penal clásico la agravación de la pena sólo podía justificarse por mayor culpabilidad: el sujeto es considerado culpable de haberse convertido en peligroso, de haber adquirido hábito criminal. Esta es la explicación que da WHALBERG, Combattre, 170s. para justificar su propuesta de penas especiales para los multirreincidentes y habituales, en su ponencia presentada al Congreso de Estocolmo celebrado en 1.879 ponencia que puede considerarse exponente de la evolución que dentro del sistema clásico se estaba operando hacia una mayor atención al delincuente habitual frente al delincuente ocasional.

712) Así ocurre en ss. de 11 de noviembre de 1.885, 8 de febrero de 1.893 21 de octubre de 1.898, 28 de junio de 1.902, 31 de enero de 1.910, 21 de setiembre de 1.910, 18 de abril de 1.912, 26 de diciembre de 1.923. Vid supra A.b. pág. 690 ss.

713) Vid supra A.b. pág. 696, nota 684

714) GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN, Elementos, 65, opinan que "el espíritu de la ley no alcanza a delitos cometidos en tiempos lejanos, porque ha desaparecido ya la presunción del hábito de delinquir, que es la base de la agravación", pero después de reconocer que la reincidencia no admite tener en cuenta el mayor tiempo transcurrido, manifiestan que la reiteración posibilita esta consideración a través del arbitrio, por lo que "sin escrúpulos podrá considerarse que no hay circunstancia agravante cuando contra la presunción general de la ley se presentan muchos años de buena conducta, y de haber sustituido los malos hábitos por otros de moralidad y de respeto a las leyes". Respecto a la opinión de otros autores de la época sobre

la conveniencia de admitir la prescripción en la reincidencia, Vid supra I.2.D.a. pág. 598

715) JurCrim t. 35/315 y 367 respectivamente. Las condenas anteriores procedían de los años 1.868 y 1.865 en cada caso.

716) JurCrim t. 56/313

717) JurCrim t. 61/88. Las condenas anteriores de hurto habían sido pronunciadas doce años antes.

718) JurCrim t. 110/146

719) JurCrim t. 84/142

720) Vid supra I.3.C. pág. 613

721) Nos remitimos a lo expuesta supra I.4.A. pág. 620

722) Vid supra I.4.B.a. pág. 626 donde se citan las disposiciones que establecen esta exclusión.

723) Vid supra I.4.B.c. pág. 631

724) Vid supra I.4.B.d. pág. 635

725) La ley de 1.901 añade la referencia a los delitos culposos que no aparecían en el R.D. de 9 de octubre de 1.853. Pero el primer inciso es idéntico al del R.D., y de ahí su discordancia con la nueva definición de la agravante 17ª en el código de 1.870.

726) Vid supra I.4.B.b. pág. 628

727) JurCrim t. 117/33

728) Vid supra Cap. 2° Secc. 2ª.II. 5 pág. 334

729) Vid supra 4 pág. 681 ss.

730) Según la concepción clásica del fundamento de la reincidencia de acuerdo con las opiniones de doctrina y jurisprudencia, Vid infra Secc.4ª, I.1. pág. 843 ss.

731) Como lo demuestra el Proyecto de código penal de 1.980 en el que se recogen ambas modalidades, reincidencia genérica y reincidencia específica en una sola agravante (Vid art. 28 circ. 11 del Proyecto 1.980)

732) Tomado de VIADA y LOPEZ PUIGCERVER, Fiscalía, 19. Subrayado nuestro.

733) Ibidem

734) Vid infra Secc. 3ª II.3. pág. 752

735) Así coinciden en denominarla GROIZARD, Código penal VI, 341 s., ALVAREZ CID, Código penal, II, 386, VIADA, Código penal, III (4ª ed.), 456 y ARMENGOL, Reincidencia, 64 ss.

736) El Proyecto de 1.980 contempla la conversión de la falta de hurto, estafa o apropiación indebida en delito, cuando el "culpable hubiere sido anteriormente condenado por delito contra el patrimonio de carácter lucrativo, o por dos o más faltas de igual clase" (arts. 236 p. 2°, 255 p. 2°. y 261 p. 1° respectivamente, del Proyecto 1.980)

737) La ley de 81/1.978 de 28 de diciembre, deroga el n° 3 del art. 516 del código de 1.944 (texto refundido de 1.973), suprimiendo la cualificación de doble reincidencia para el hurto. Sin embargo por olvido -no cabe otra explicación- no se deroga el precepto similar relativo a la estafa en el art, 530, el cual queda como "islote residual", según lo denomina DIAZ PALOS en los magníficos Considerandos a este respecto de la s. de 31 de marzo de 1.980 (ArJur 1.209) en el sistema actual del código en materia de reincidencia. Lapsus que, como establece el ilustre Fiscal en la referida sentencia debe subsanarse a través de una interpretación sistemática, histórica y teológica, para considerar igualmente derogado el art. 530. (Consecuentemente se entiende derogada asimismo la cualificación de la apropiación indebida).

738) Art. 392 del c. p. de 1.870. La reincidencia implica la imposición de la pena de inhabilitación perpetua especial, en vez de la inhabilitación temporal de la misma clase establecida para ese delito cometido sin la circunstancia de reincidencia.

739) Art. 358 del c. p. de 1.870. Respecto a la redacción de 1.850 se modifican levemente las penas por reincidencia. Para los banqueros con esta circunstancia la pena será de arresto mayor en grado máximo a prisión correccional en grado mínimo y doble multa mientras que en la reforma de 1.850 se imponía la prisión en grado mínimo además de la multa. Para los jugadores en cambio, la pena concurriendo reincidencia es la de arresto mayor en grado máximo y doble multa en lugar del arresto mayor y doble multa que establecía el texto de 1.850.

740) En la Sección Segunda del Título II del Libro de los delitos, el art. 176 dispone: "Las penas señaladas en los artículos 168 y siguientes hasta el 175 inclusive, se impondrán en grado máximo cuando los reos fueren reincidentes". Grado máximo no compensable por la concurrencia de circunstancias atenuantes.

741) Dice textualmente el art. 554: "El que defraudare o perjudicare a otro, usando de engaño que no se halle expresado en los artículos anteriores de esta sección será castigado con una multa de tanto al triplo del perjuicio que irrogare; y en caso de reincidencia con la del duplo y arresto mayor en su grado medio al máximo".

742) Durante el período 1.870-1.928 sólo hemos encontrado una sentencia del Supremo que verse sobre este artículo: s. de 12 de noviembre de 1.883 (JurCrim t. 30/501) en la que se casa la resolución de instancia por no haber apreciado la preceptiva agravación del art. 554 cuando constaba que la procesada había sido condenada anteriormente por un robo, "delito que tiene la semejanza legal que exige la reincidencia".

743) Art. 528 en el c.p. de 1.932, cuyo texto es idéntico al del art. 554 de 1.870.

744) Art. 533 en e. c.p. de 1.944 y sucesivos textos refundidos.

745) Vid supra Cap. 1° Secc. 3ª I y II págs. 66 y 93

746) Vid supra Cap. 2° Secc. 3ª I. pág. 340

747) Vid supra Cap. 2° Secc. 3ª II. pág. 370

748) Vid supra Secc. 2ª I.2.B.c. pág. 550

749) Como es obvio, el máximo grado de insistencia en la vida criminal representado por la delincuencia profesional encuentra su campo propio en los delitos patrimoniales, lucrativos,que son los que permiten al sujeto hacer de su actividad criminal su medio de subsistencia.
Para una diferenciación entre la habitualidad y la profesionalidad, tarea que excede de los límites de este trabajo, nos remitimos a JIMENEZ DE ASUA, Ley 682-3, y ANTON ONECA, General, 390. Vid también ALLEGRA, Abitualitá, 159-64 y RICCIO, Recidiva, 20-5 por citar solo a alguno de los trabajos más importantes sobre este tema -entro de la extensa literatura jurídica italiana al respecto, desde que el Código

ROCCO introdujo la habitualidad, profesionalidad y tendencia a delinquir como presupuestos de medidas de seguridad.

750) En este sentido AZCUTIA, Ley penal, 240 s. La mayor frecuencia de reincidencias en delitos patrimoniales de menor gravedad es un hecho que se constata en todos los países y en todos los tiempos. Vid ANDRE, Recidiva, 9, y MATTEOTI, Recidiva, 74 y 96 respecto a estadísticas europeas de finales del siglo XIX.En la actualidad, y concretamente en España, LANDIN, Multirreincidencia, 17 cifra en el 74,34% la proporción de reincidentes en delitos patrimoniales dentro del total de los reincidentes recluídos en establecimientos penitenciarios a finales de 1.970. MAJADAS, Reincidencia, tabla 33 y pag. 16, sobre una muestra representativa de penados realizada en 1.973 ofrece una cifra de 78,64% de reincidentes en delitos patrimoniales.
Como señalan BUIKHUISEN and HOEKSTRA, Factors, 3, hoy día está comprobado que el más alto porcentaje de reincidencias la suministran los delincuentes contra la propiedad. Incluso en países pertenecientes a distinto círculo de cultura, como el Japón, se constata la misma conclusión (Vid IGUCHI, TAKAHASHI and SUGIHARA, Recidivism, 10-s)

751) Vid infra Secc.4ª, I.1.c. pág. 858

752) WAHLBERG, Combattre, 169 s. Sobre la distinción que considera fundamental entre delincuente de hábito y delincuente de ocasión insiste en que cada reincidencia en un delito idéntico no presupone un hábito culpable: "L'itération fréquente du délit est seulement une preuve, mais non la preuve unique de cette habitude. Il faut encore pour cela une perpétration tenace du meme acte a de courts intervalles et a chaque occasion qui se présente sous la pression physique et morale de la volunté dégénérée" (Subrayado del autor)

753) Ibidem 127-7. Desarrolla WAHLBERG un cuadro detallado de"medidas extraordinarias de penalidad" de acuerdo con la clase de pena del delito cometido y con la gravedad de la habitualidad e incorregibilidad del reo. Como regla general propone que se doble la duración de la pena prevista por la ley, cuando se trate de delincuentes de hábito. Pero en todo caso manifiesta que la detención no debiera bajar de 2 años, o de 5 años si se trata de delitos graves. Pero incluso se pronuncia por la conveniencia de que la ley prevea "detention pour la vie" para los habituales culpables de 5 o más delitos graves, que puedan considerarse incorregibles. Propuesta que no es de extrañar llame la atención por venir de criminalista clásic

Así lo pone de relieve FERRI, Sociología, 152, n.1. al destacar que WAHLBERG es el penalista clásico que ha sacado consecuencias jurídicas más prácticas de la distinción delincuente habitual-ocasional.

754) WAHLBERG, Combattre, 170 s.

755) En el Primer Congreso Penitenciario Internacional celebrado en 1.872 en Londres sale constantemente la deficiencia del sistema penitenciario como causa influyente en la reincidencia, así como la falta de formación moral, penuria económica, como causas importantes de la delincuencia. Vid en CONGRESO Londres 20, 37, 41, 90 s., 111, 164, 175, 208, 242, las contestaciones que los diversos países representados dan en sus informes a la pregunta relativa a las causas del crimen en general.
BRUSA presenta a este Congreso una ponencia sobre la reincidencia (Vid CONGRESO, Londres, 655) donde insiste en la necesidad de un sistema penitenciario reformador y en el estudio individualizado del reincidente a fin de conseguir su corrección durante el tiempo de cumplimiento del castigo. En el mismo sentido se manifiestan en el Congreso de 1.879 de Estocolmo OLIVECRONA (CONGRESO Estocolmo, I, 460 s.) YVERNES (Ibidem, 464-6) y GUILLAUME (Ibidem, 473).

756) Sobre el aumento de la reincidencia en Francia, Vid ANDRE Récidive , 5-8; MATTEOTI, Recidiva 13-35 presenta una lista bastante completa de las estadísticas de reincidencia en la mayoría de los países europeos donde se refleja el incremento producido en la última década del siglo XIX.

757) Vid GAROFALO, Criminología, 432.

758) Esta nueva perspectiva queda reflejada perfectamente en la exposición de PUGLIA, Recidiva, 722-8, a principios del siglo presente. La evolución y consolidación de esta línea que desplaza el acento de la reincidencia hacia la indagación de la habitualidad y posteriormente a la incorregibilidad y peligrosidad continúa a lo largo del siglo XX, ligada al problema de la aplicación de las penas junto a las medidas de seguridad. El Congreso Penitenciario Internacional celebrado en 1.950 en La Haya tuvo como tema de una de sus Secciones el del tratamiento de la delincuencia habitual (CONGRESO, La Haya, I,152-68, 192-210 y 237); el Congreso Internacional de Criminología de 1.955 celebrado en Londres tuvo como tema único el "Recidivisme". Una visión completa y sistematizada de la evolución de la reincidencia hasta esta época la ofrecen ANCEL, Recidivisme, principalmente, 14-25, BELEZZA DOS SANTOS

Récidivistes, 287-706, HERZOG, Multirécidivisme, y MISMO AUTOR, Habitual.

759) Las más significativas fueron la ley francesa de 1.885 de "Relegation des récidivistes" y la "Prevention of Crime Act" inglesa de 1.908. Sobre el ámbito y funcionamiento de la primera Vid BOUTELLIER, Relegation, y ANDRE, Récidive, 249-328; Respecto a la ley inglesa, la completa exposición y crítica de MORRIS, Habitual, 33-80. Una relación de las leyes promulgadas en derecho comparado para la imposición de expeciales medidas a multirreincidentes o habituales puede verse en CANNAT, Récidivistes, 119-s.

760) Regulado en el art. 524, que dice textualmente: "Cuando el robo de que se trata en el art. 521 se hubiere efectuado en una dependencia de casa habitada, edificio público o destinado al culto religioso, introduciéndose los culpables saltando un muro exterior, y se hubiere limitado la sustracción a frutas, semillas, caldos, animales ú otros objetos destinados a la alimentación, y el valor de las cosas robadas no excediere de 25 pesetas, se impondrá a los culpables la pena de arresto mayor en su grado medio a prisión correccional en su grado mínimo"

761) Regulados en el art. 525 que textualmente dice:"El robo cometido en lugar no habitado o en un edificio que no sea de los comprendidos en el párrafo primero del art. 521, si el valor de los objetos robados excediere de 500 pesetas, se castigará con la pena de presidio correccional en sus grados medio y máximo, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1°) Escalamiento
2°) Rompimiento de paredes, techos o suelos, puertas o ventanas exteriores.
3°) La de haber hecho uso de llaves falsas, ganzúas u otros instrumentos semejantes para entrar en el lugar del robo.
4°) Fractura de puertas, armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados.
5°) Sustracción de los objetos cerrados o sellados de que trata el párrafo anterior, aunque se fracturen fuera del lugar del robo.

Cuando el valor de los objetos robados no excediere de 500 pesetas, se impondrá la pena inmediatamente inferior"

762) Tal es el caso del robo con resultado de muerte previsto en el n° 1° del art. 516 que tiene señalado la pena de cadena perpetua a muerte.

763) Se castiga con la pena de cadena temporal en su grado medio a cadena perpetua el robo con violencia, mutilación o lesiones graves (del art. 431-1°) previsto en el n° 2° del art. 516. Los robos con violencia previstos en los números 3° y 4° del mismo art. 516 se castigan con pena de cadena temporal y de presidio mayor en grado medio a cadena temporal en grado mínimo, respectivamente. Los robos con fuerza del art. 521 tienen señalada la misma pena que aquellos del art, 516, 4°.
Pero sin embargo, el robo con violencia del 516-5° se castiga con prisión correccional a presidio mayor en grado medio; y dentro del robo con fuerza del art, 521 el anteúltimo párrafo prevé una rebaja de la pena en un grado cuando pese a cometerse el hecho con armas el valor de lo robado no exceda de 500 pesetas por lo que la pena máxima a imponer es la de presidio mayor en grado mínimo. Y todavía otra excepción más: el u.p. del art. 521 señala que si ese robo inferior a 500 pesetas se ha cometido sin armas esa pena inferior en su grado mínimo que resulta ser la prisión correccional en grado medio. En este último supuesto estamos por lo tanto ante una pena de la misma gravedad que las señaladas para los robos leves y hurtos, y sin embargo no queda sujeto a la elevación de pena por doble reincidencia prevista para éstos.

764) Excepto el caso del u.p. del art. 521 recién aludido en la nota anterior.

765) Subrayado nuestro

766) Vid infra 2.A.b. pág. 733

767) Seguimos la nomenclatura de QUINTANO, Tratado, II, 588 s. y RODRIGUEZ DEVESA, Especial (7ª ed.) 453 ss. en la clasificación de las estafas en propias e impropias. Pero ahora nos referimos a aquellas "propias" cuya pena viene señalada en el catálogo cuadro del art. 547 (art. 528 del c.p. de 1.944).

768) ANTON ONECA, Estafa, 88

769) Expresamente GROIZARD, Código Penal, VII, 212, En la actualidad QUINTANO, Tratado, II, 671, RODRIGUEZ DEVESA, Especial, 230. MUÑOZ CONDE, Especial, 230 estima que la cualificación se aplica también a los supuestos del art. 528 (del c.p. de 1.944 texto refundido de 1.973).

770) En ss. de 10 de marzo de 1.871 (JurCrim t. 2/205), 22 de febrero de 1.875 (JurCrim t. 12/54) y 6 de junio de 1.878 (JurCrim t. 18/253) se aplica la cualificación de doble reincidencia sobre una estafa del nº 1º del art. 547; en s. de 18 de marzo de 1.889 (JurCrim t. 42/213) sobre una estafa del nº 2ºdel art. 547; y en s. de 16 de noviembre de 1.892 (JurCrim t. 49/230) sobre una del nº 3 del mismo artículo 547.

771) Quedan fuera de la agravación las estafas impropias la defraudación de propiedad literaria o induatrial que en este código se trata en la sección de las estafas, y la enajenación, arriendo o gravamen de bien inmueble aparentando ser su dueño, aunque esta última se clasifica como estafa propia (incluso en la clasificación que presenta ANTON, Estafa, 71)

772) Vid supra I, pág. 718

773) Incluso los supuestos de los números 2º y 3º del art. 548 son especies agravadas art. 547 (Vid ANTON, Estafa, 71 y RODRIGUEZ DEVESA, Especial, (7ª ed.) 458)

774) El mismo texto del art. 549 se mantiene en el c.p. de 1.932 en su art, 524 y en el de 1.944 en su art. 530 hasta que el texto revisado de 1.963 lo modifica parcialmente al suprimir la referencia a "o más veces", pero continúa la alusión a "el mismo o semejante especie de delito".

775) Vid infra 2.A.c. pág. 737 ss.

776) ALVAREZ CID, Código Penal, II, 392

777) GROIZARD, Código Penal, VI, 373 s.

778) CUELLO CALON, Anotaciones y Adiciones, 626

779) JIMENEZ DE ASUA, Derecho Penal, 391

780) Ss. de 21 de marzo de 1.888 (JurCrim t. 40/239), 4 de febrero de 1.891 (JurCrim t. 46/94), 17 de febrero de 1.903 (JurCrim t. 70/43). Recordemos como en s. de 23 de mayo de 1.888 (JurCrim t. 40/428, Vid supra Secc. 2ª.I.2.B.c. pág. 560 ) se apreció la doble reincidencia en un hurto cometido el mismo día que otros cinco que fueron juzgados con anterioridad y cuyas condenas se tomaron como base para la cualificación. En s de 18 de diciembre de 1.914 se casa la resolución de instancia por no haber estimado la agravación porque si bien "al cometer" el delito aún no habían recaído las dos condenas por otros dos hurtos, tales condenas fueron dictadas y firmes antes del enjuiciamiento del delito objeto de autos (JurCrim t. 93/128). En el mis-

mo sentido, respecto a la cualificación prevista para la estafa se pronuncian la ss. de 6 de junio de 1.878 (JurCrim t. 18/253) y de 17 de enero de 1.913 (JurCrim t. 90/29).

781) Ss. de 16 de abril de 1.888 (JurCrim t. 40/305), 12 de marzo de 1.889 (JurCrim t. 42/213), 17 de febrero de 1.922 (JurCrim t. 108/33).

782) S. de 31 de marzo de 1.910 (JurCrim t. 84/136) en la que se apreció la cualificación por haber sido condenado anteriormente como encubridor de tres delitos de hurto.

783) Vid supra Secc. 2ª.I.3pág. 606

784) S. de 31 de enero de 1.927 (JurCrim t. 115/53) en la que se aprecia la doble reincidencia solicitada por el Fiscal porque las penas de los dos hurtos anteriores eran por lo menos iguales a la señalada para el nuevo hurto. En el mismo sentido la s. de 11 de febrero de 1.928, en la que se subraya que la comparación de las penas debe hacerse en abstracto (JurCrim t. 117/68)

785) Vid infra B.b. pág. 750

786) Vid supra, Secc. 2ª I.1. pág. 541

787) Pero como la reincidencia legal en este código de 1.870 surge "al ser juzgado" el reo, no es necesario que la primera sea anterior a la perpetración del nuevo delito. El planteamiento cambia sustancialmente a partir de 1.944 al exigir la agravante que la condena sea anterior a la comisión del delito, pues entonces es en ese momento de delinquir cuando debe examinarse la existencia de una primera reincidencia. (Vid infra pág. 733 y notas 793 a 799).

788) Para evitar repeticiones, nos remitimos a la exposición del aspecto cuantitativo de la doble reincidencia (Vid infra B. pág. 744 ss.) donde examinamos la jurisprudencia de esta época, ya que en ella van unidos los aspectos cualitativos y cuantitativos.

789) Vid supra Secc. 2ª.I.2.B.c. pág. 550

790) Como vimos supra Secc. 2ª.I.2.B.c.c' pág. 558 en más de una ocasión se apreció doble reincidencia sobre hurtos cometidos el mismo día que aquellos cuyas condenas por haberse dictado con anterioridad sirvieron de base para la reincidencia,

791) JurCrim t. 40/305

792) Pues por lo menos ya que no puede evitarse la incongruencia de tener que apreciar la reincidencia cuando el delito que se juzga ha sido cometido el mismo día que aquellos cuya condena ha sido dictada con anterioridad, se excluiría la aplicación de la superagravación por doble reincidencia, en aquellos casos que sólo por cuestiones procesales no se aplica el concurso de delitos (Vid supra Secc. 2ª.I.2.B.c.d' pág. 564)

793) Aunque por supuesto esas condenas deben de ser anteriores al momento de la perpetración del delito sobre el que se aprecia la doble reincidencia, pues como es sabido la agravante 15ª del art. 10 exige que "al delinquir el culpable hubiere sido ejecutoriamente condenado por otro u otros delitos comprendidos en el mismo Título del código".

794) QUINTANO, Tratado, II, 311 se pronunciaba por la improcedencia de estimar doble reincidencia cuando los dos delitos anteriores habían sido objeto de una sola sentencia; RUIZ VADILLO, Doble reincidencia, 760 expresamente declara que debe exigirse una primera declaración formal de reincidencia; en el mismo sentido RODRIGUEZ DEVESA, General (1ª ed.), 611 (en 7ª ed. 705); y MARTINEZ ZAMORA, Reincidencia, 125-7. Después de la s. de 25 de enero de 1.972 a que seguidamente hacemos referencia en el texto, continúan pronunciándose por la exigencia de la declaración de una primera reincidencia formal RODRIGUEZ MOURULLO, Multirreincidencia, 291 y Comentarios, II, 278, s., y MIR PUIG Reincidencia, 417 s. y 421.

795) GONZALEZ CUELLAR Multirreincidencia, Cap. IV, 8-16, ofrece una extensa relación de las sentencias que hasta 1.972 continuaron con la tónica iniciada durante la vigencia del código penal de 1.870.

796) ArJur/339. Vid RUIZ VADILLO, Comentario, 665-71. Como señala este autor (Ibidem, nota 7) la nueva interpretación acogida por el Supremo había sido ya mantenida en algunos Juzgados y Tribunales inferiores con anterioridad.

797) A partir de la s. de 25 de enero de 1.972 se produce una copiosa jurisprudencia que, como si hubiese estado ansiosa de que comenzase la nueva interpretación se pronuncia constantemente por la exigencia de una primera reincidencia, o al menos la existencia de los requisitos que hubiesen posibilitado esa primera de-

claración. Una completa relación de las ss. dictadas en el interregno que va desde 1.972 hasta la ley de 28-XI-1.974, pueden verse en GONZALEZ CUELLAR Multirreincidencia Cap. IV, 17-23.

798) La ley 39/1.974 de 28 de noviembre añade a la definición de reincidencia del nº 15 del art. 10, el siguiente párrafo:
"Existe doble reincidencia cuando al delinquir el culpable hubiere sido ejecutoriamente condenado, en una o en varias sentencias, por dos o más delitos de los comprendidos en el mismo Título de este código"
Y en consecuencia se sustituye la anterior referencia a "otro u otros" delitos que aparece en la definición general por "algún delito", pues siempre que sean dos existe doble reincidencia según la nueva ley. La introducción del nuevo criterio legal tradicional, en la jurisprudencia, se debió, como señala RODRIGUEZ DEVESA, General, (5ª ed.), 637 n. 95 y 642 n. 113, a una mala inteligencia de la Fiscalía que se opuso a la nueva y correcta línea jurisprudencial. Vid también SERRANO, Reincidencia, 62-7.

799) Ley 80/1.978 de 28 de noviembre que además de volver a la anterior alusión a "otro u otros delitos" en el concepto general de reincidencia, define la multirreincidencia de la siguiente forma:
"Hay multirreincidencia cuando al delinquir el culpable hubiere sido ejecutoriamente condenado por dos o más delitos de los mencionados en el párrafo anterior en varias sentencias, siempre que en alguna de ellas se hubiere apreciado ya la circunstancia de reincidencia"
El Proyecto de 1.980 prescinde de toda alusión a la doble o multirreincidencia, pues no se prevé para ella ningún efecto agravatorio especial. Con carácter general prevé medidas de seguridad para el delincuente habitual considerando como tal al "que hubiere sido condenado por tres o más delitos que, no habiendo sido cancelados registralmente, hagan presumible su inclinación a delinquir, según expresa declaración del Tribunal" (art. 150 u.p.), solución más correcta que el incremento de pena, pese aunque creemos que mientras no se disponga de medios adecuados para diagnosticar la "inclinación a delinquir" del reo difícilmente podrá el juzgador comprobar con ciertas garantías la real "inclinación" del reo y ello puede conducir a declaraciones un tanto arbitrarias o tal vez a la equiparación reo habitual-reo con tres condenas anteriores. Aparte de otros problemas institucionales respecto al cumplimiento de las medidas de seguridad.
Pero al menos por fin se reconoce que la verdadera significación de la reincidencia radica en la posible peligrosidad del sujeto, como muchos años atrás había

puesto de relieve la doctrina (Vid JIMENEZ DE ASUA Habitual, 259 s., y en la actualidad RODRIGUEZ MOURULLO, Multirreincidencia, 303 s. y LANDIN Multirreincidencia, 523-5)

800) Vid infra III. pág. 771

801) JurCrim t. 79/161

802) JurCrim t. 81/69

803) JurCrim t. 90/52

804) Tomada de VIADA Y LOPEZ PUIGCERVER, Fiscalía, 266. Subrayados nuestros.

805) Ibidem, 267

806) El art. 79 del c.p. de 1.870 es el homólogo al art. 50 del c.p. de 1.944.

807) Para no repetir innecesariamente en dos lugares las mismas resoluciones jurisprudenciales, nos remitimos a lo que se expondrá posteriormente. Vid infra III.4. pág. 808

808) Son aplicables aquí los argumentos expuestos supra Secc. 2ª.I.2.C.a. pág. 577 cuando nos referíamos a las insuficiencias de la fórmula "mismo Título" para recoger la semejanza entre los delitos.

809) VIADA, Código Penal, III, 551

810) ANTON ONECA, Estafa, 88. Aunque se refiere al texto del código de 1.944, su argumentación es perfectamente trasladable a las disposiciones de 1.870. Dice este autor: "como el precepto exige en primer término la cualidad de"reincidente", que debe entenderse conforme a la definición de la circunstancia 15 del art. 10 (18ª en el código de 1.870), es evidente que las palabras siguientes "en el mismo o semejante especie de delito" solo pueden tener una finalidad limitativa. Pues la reincidencia en la circunstancia 15 del art. 10 se determina por la coexistencia de dos infracciones del mismo Título del Código, la limitación de semejanza obliga a tomar un sector del mismo que podría ser el capítulo de las defraudaciones, cuya unidad jurídica tiene un cierto apoyo criminológico; o la sección de las estafas y otros engaños".

811) ALVAREZ CID, Código Penal, II, 460 s.

812) Vid supra Cap. 2° Secc. 2ª.I.2.B.pág. 294

813) MARTINEZ ZAMORA, Reincidencia. 107

814) Ibidem, 109. Subrayados nuestros

815) Así lo consideran QUINTANO, Comentarios, 241, MARTINEZ ZAMORA, Reincidencia, 106.

816) QUINTANO, Tratado, II, 670

817) Vid supra Cap. 2° Secc. 2ª I.2.B. pág. 294

818) Como vimos supra Secc. 2ª I.2.C. pág. 577 en varias ocasiones el supremo desestimó la reincidencia en el delito que se juzgaba por no ser de la "misma especie" que el anteriormente condenado si éste fué sentenciado durante la vigencia del código de 1.848-50 alegando la irretroactividad de la ley en este aspecto resultaba desfavorable al reo.

819) Vid supra Secc. 2ª.II.4.A.b. pág. 690

820) JurCrim t. 49/230. Subrayados nuestros

821) JurCrim 73/26

822) JurCrim t. 89/202

823) JurCrim t. 74/120. Subrayado nuestro

824) Vid supra a' pág. 738

825) JurCrim t. 84/154

826) Vid supra A.a. pág. 729 ss.

827) Vid infra a. pág. 749

828) JurCrim t. 2/205

829) JurCrim t. 7/666

830) JurCrim t. 9/262

831) JurCrim t. 10/234

832) JurCrim t. 114/29

833) Vid supra Secc. 2ª I.2.B.c.d' pág. 564 las diferencias entre la reincidencia y el concurso.

834) JurCrim t. 19/104. Esta sentencia es citada por ALVAREZ CID, Código Penal, II, 392 s. como muestra de que en los primeros años se exigió en algunas resoluciones que los delitos anteriores hubiesen sido penados en sentencias diferentes. Sin embargo de la lectura de los Resultandos y Considerandos de la resolución citada es evidente que no se pretende exigir tal cosa, sino simplemente que de acuerdo con la definición de la reincidencia la condena anterior sea ejecutoria por lo que el Supremo establece que "la Sala Sentenciadora, al aplicar el artículo 533-3° incurre en los dos errores de estimar la reincidencia y de calificarla de doble", ya que había apreciado esa doble reincidencia ñor el hecho de ser juzgado el reo en la misma causa por dos hurtos, sin que constase ninguna otra condena anterior contra él.

835) Así lo declara expresamente la s. de 16 de abril de 1.888 (JurCrim t. 40/305

836) Sobre este punto Vid supra Secc. 2ª.I.2.B.c.d' pág. 564.

837) JurCrim t. 11/604

838) JurCrim t. 47/178. Subrayado nuestro

839) JurCrim t. 50/163. Subrayado nuestro

840) JurCrim t. 20/232

841) JurCrim t. 22/21

842) JurCrim t. 40/239

843) JurCrim t. 40/428

844) JurCrim t. 46/91

845) JurCrim t. 59/123

846) JurCrim t. 70/43

847) JurCrim t. 70/65

848) JurCrim t. 84/136

849) JurCrim t. 93/128

850) JurCrim t. 94/79 y 80 respectivamente.

851) JurCrim t. 118/82

852) JurCrim t. 21/325

853) JurCrim t. 58/127

854) JurCrim t. 69/94

855) JurCrim t. 69/72

856) JurCrim t. 71/87

857) JurCrim t. 72/286

858) JurCrim t. 77/93

859) JurCrim t. 79/71

860) JurCrim t. 84/64

861) Así ALVAREZ CID, Código Penal, II, 392-3

862) RUEDA, Elementos, II, 217. Subrayados nuestro.

863) Ibidem 215 s. Considera que la postura del Supremo se ajusta a la ley, pues como ésta no distingue si las condenas han de haber sido por efecto de una misma causa o de varias., "ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus"

864) Ibidem, I, 345

865) JurCrim t. 36/380

866) Mientras que sería inadmisible apreciar la segunda reincidencia sin previa declaración de una primera si la agravante estuviese construida, -como sería lo lógico- sobre la experiencia previa de condena. Por ello MANZINI, Trattato (4ª ed.) II, 712 declaraba la necesidad de previa declaración de reincidencia y condena como tal, para poder apreciar la "recidiva reiterata" del código penal italiano. Sobre este punto insiste más tarde ampliamente LATAGLIATA, Recidiva, 172-84, pues en su opinión la especial agravación por "recidiva reiterata" descansa en la particular experiencia del sujeto que por haber sufrido ya una vez el castigo por reincidencia conoce "nell intimo della sua personalitá" la importancia que el ordenamiento da al efecto intimidatorio de la condena y la fuerza con que castiga la reincidencia, de ahí la mayor culpabilidad de la nueva recaída. Consideraciones aplicables a la regulación de la reincidencia en el CódigoPenal español de 1.944, pero no, por desgracia, a la del código de 1.870.

867) Como es sabido y hemos dejado apuntado, (Vid supra A. a. pág. 732 s. ) hasta 1.972 la línea es constante.

868) Desde el momento que se exige que "al delinquir" el sujeto haya sido anteriormente condenado por otro u otros delitos del mismo Título.

869) Como es sabido el art. 61 en su regla 6ª establece la imposición preceptiva de la pena superior en grado a la señalada por la ley para el delito, o incluso facultativa a la superior en dos grados, "a partir de la segunda reincidencia", con lo que paradójicamente la miltireincidencia en aquellos delitos patrimoniales que la contemplan de forma específica resulta comparativamente más suave que la superagravación prevista con carácter general para el mismo supuesto.

870) Ley que, como hemos apuntado supra A.a. pág. 733 confirma la nueva dirección jurisprudencial iniciada por la s. de 25 de enero de 1.972 que la ley de 28 de noviembre de 1.974 había cortado.

871) Vid supra Cap. 2° Secc. 3ª.II.2.A. pág. 371

872) Como hemos visto supra 2.A.c.b' pág. 741

873) ALVAREZ CID, Código penal, II, 392

874) VIADA, Código penal, III, 551

875) JurCrim t. 7/703

876) JurCrim t. 8/131

877) JurCrim t. 20/232

878) JurCrim t. 22/21

879) JurCrim t. 51/229

880) JurCrim t. 84/136

881) JurCrim t. 40/428. A ella nos hemos referido más extensamente, supra Secc.2ª.I.2.B.c.c' pág. 560 al exponer las incongruencias a que conduce la fórmula "al ser juzgado", pues se trataba de un hurto cometido juntamente con otros cinco pero que, por enjuiciarse en causa separada de la de éstos mereció la agravación de doble reincidencia y de reincidencia genérica en base a la condena dictada pocos días antes por esos cinco hurtos. Pero en la sentencia del Supremo no se discute la corrección o no de apreciar ambas agravaciones a la vez, sino la existencia de reincidencia porque constan las condenas antes de "ser juz-

gado el reo", aparte de otras consideraciones sobre la improcedencia de las reglas del concurso de delitos.

882) Vid supra Secc. 2ª.II.6. pág. 711 y también Cap.2° Secc. 2ª.II.5. pág. 334

883) JurCrim t. 10/297

884) JurCrim t. 23/445

885) JurCrim 12/54. El Tribunal Supremo se limita, resolviendo el recurso presentado, a confirmar que está correctamente aplicada la pena en grado máximo, sin entrar a razonar la procedencia o no de estimar la agravante 17ª. Se trataba de la comisión de una estafa, que quedó frustrada, por dos reclusos en la prisión de Madrid. Sobre uno de ellos recae la cualificación del srt. 549, que queda compensada con la rebaja de un grado por la frustración, pero se aplica la pena en grado máximo. No consta si los reclusos se hallaban cumpliendo condena, en cuyo caso hubiese sido preceptivo el grado máximo en virtud del art. 131, pero no se alude a éste en ningún momento.

886) Vid supra Secc. 2ª II.6. pág. 711

887) La reiteración, exige incluso que, la condena por delito sea anterior a la perpetración de la nueva infracción (Vid supra Secc. 2ª.II.3.A.b. pág. 659) extremo que no es necesario para la reincidencia. Pero las diferencias entre estas dos agravantes no hacen sino confirmar que en la mente del legislador es la semejanza entre los delitos, lo que indica la"mayor perversidad" del reo al recaer, o su inclinación a delinquir y por ello, cuando no se da tal semejanza o es más tenue pone más reservas a la presunción de esa "perversidad" o de esa "inclinación".

888) JurCrim t. 96/168

889) Vid supra Secc. 2ª II.4.A.b. pag. 690

890) Vid infra Secc. 4ª, III pág. 891 ss.

891) Vid MARTINEZ ZAMORA, Reincidencia, 109 y n.94, y 135 s. y n.67 de ese pasaje.

892) Como es sabido el art. 516 y el art. 530 del código de 1.944 y sucesivos textos refundidos después de establecer las correspondientes cualificaciones en el hurto y en la estafa respectivamente establecen que en estos casos "los Tribunales podrán imponer la referida pena en el grado que estimen conveniente, aunque concurran otras circunstancias de agravación"

893) Puesto que la pena más suave prevista para robos, hurtos o estafas susceptibles de la cualificación es la de arresto mayor en grado mínimo al medio, la doble reincidencia supondrá la imposición de la pena de arresto mayor en grado máximo a presidio correccional en grado medio, por lo que de la duración máxima de 4 meses de arresto por el delito sin reincidencia, se pasa a la posibilidad de imponer hasta 4 años y 2 meses como máximo por la cualificación. En otro caso, si la pena señalada para el delito es de presidio correccional en grado medio y máximo (como ocurre en el robo del art. 525), la cualificación da lugar a la imposición de presidio mayor, cuyo límite máximo es de 12 años en vez de los 6 años del presidio correccional.

894) Como "reincidente" le son de aplicación aquellas disposiciones relativas al indulto, abono de prisión preventiva, condena condicional y libertad condicional que vimos Supra, Secc. 2ª I.4.B. pág.626

895) Según ANTOLISEI, Generale, 522, y MISMO AUTOR, Pena 202, desde el momento en que la reincidencia se introdujo en la legislación se produce una desviación de la naturaleza retributiva de la pena, y ésta comienza a asumir fines de "prevención general".En contra de esta opinión DELL'ANDRO, Recidiva, 25-9, quien considera que la agravación por reincidencia responde fielmente a las exigencias del principio de la retribución pues ésta debe tener en cuenta la "espiritualidad" del sujeto que se manifiesta en el acto concreto, no ya solo la mera voluntariedad de la conducta.
A nuestro juicio, la ruptura con el principio de retribución se produce desde el momento en que la reincidencia da lugar a una elevación de la pena por encima de los topes legales señalados para el delito en general. Elevación que responde a "prevención especial" por cuanto va dirigida a inocuizar al reincidente mediante una privación de libertad más larga, y a la vez a lograr una mayor intimidación en el ya reo.

896) Vid supra Cap. 2° Secc. 3ª II.3.pág. 384

897) Vid supra Secc. 2ª I.4. pág. 619

898) GROIZARD, Código Penal, VI, 373

899) Ibidem, 373 s. y 1, 434 s.

900) ARMENGOL, Reincidencia, 75: "La reincidencia por reiterada que sea, en mi sentir, no puede en ningún caso, elevarse a la categoría de circunstancia cualificativa". Alude este autor a los principios propugnados por ROSSI según los cuales nunca puede cambiarse el

género de la pena por el hecho de la reincidencia. En consecuencia, alaba las disposiciones del código que no permiten superar el grado máximo de la pena cualquiera que sea el número y entidad de las circunstancias agravantes; pero es evidente que aunque se pliega al principio de no elevación de la pena, late en él la preocupación por el modo de castigar la reincidencia duple, triple, o cuántiple, etc. etc., que acusan una perversidad notable en el agente" A mayor abundamiento alude a la tesis de BERTAULD que sienta que dos, tres o más reincidencias no pueden ser castigadas con un rigor progresivo, porque si bien ello podría ser conforme con la lógica, distaría mucho de estarlo con la justicia y equidad, puesto que desaparecería la proporción que debe haber entre el mal causado, la infracción legal y la represión de estos actos (BARTAULD, Cours de Code Penal, et lecons de legislaction criminelle, pág. 387, citado por ARMENGOL, Reincidencia, 78.)

901) A la ponencia de WAHLBERG en el Congreso de Estocolmo de 1.879 nos hemos referido anteriormente, Vid Supra pág. 721

902) ARMENGOL, Ensayo, 33-9. En esta obra publicada en 1.894 la postura es totalmente distinta a la defendida en su monografía sobre reincidencia en 1.873; y así manifiesta que no es justo que se castigue con la misma pena al simple reincidente que al que reincide por tercera, cuarta o posteriores veces, y que "la verdadera represión exige una mayor penalidad, o mejor dicho, que la circunstancia simple agravante pasa a ser cualificativa cuando hay más de dos reincidencias" (Ibidem, 33). ?ás adelante nos dice: "Si el fin de la pena es la reforma y corrección de penado, y al mismo tiempo la reparación del daño causado y la ejemplaridad que ha de producir en los demás la condena impuesta ((...)) Lo racional, lo lógico, lo procedente es, que la penalidad corresponda al número de reincidencias ((...))"(Ibidem, 35). Alude después a la incorregibilidad que equipara a la habitualidad, y aunque reconoce que esa incorregibilidad es debida en gran parte en nuestro país al mal estado de las prisiones" de todo punto deficiente ((...)) de lo cual ha de resultar que los penados no se corrijan (sic.) y salgan peores que entraron", sienta a continuación la siguiente propuesta:
"Para contrarrestar este mal, y proporcionar la penalidad a las condiciones personales de los procesados es de todo punto necesario que las terceras y ulteriores reincidencias sean penadas con mayor rigor, para lo cual, o es conveniente adoptar la detención progresiva, como defendió en el Congreso de Stokolmo, M. Wahlberg, profesor de la Universidad de Viena, o con-

ceder al Tribunal la facultad de imponer una pena discrecional, o genéricamente dar a la tercera y ulteriores reincidencias, la calidad de circunstancias cualificativas del delito" (Ibidem, 36).
En la misma línea se manifiesta decidido partidario de la propuesta de VAN HAMEL en el Congreso Penitenciario Internacional de 1.885, de aplicar pena de duración indeterminada y perpetua para los habituales incorregibles, y de duración indeterminada pero temporal para los habituales corregibles (Vid CONGRESO Roma, I, 100-3) Para ARMENGOL esta pena "Es el reflejo de la represión, adecuada a la perversidad mayor o menor del delincuente, es el medio más eficaz para facilitar su reforma, es la manera más propia para defender a la sociedad de este elemento perturbador". Como puede verse, la justificación de tales medidas extraordinarias quedan justificadas en base a un curioso conglomerado de principios clásicos, correccionalistas y defensistas.

903) Coincidencia entre lo que principalmente los franceses llaman Escuela penitenciarista, y la escuela positiva, que como apunta SALEILLES, Individualización, 153, resulta paradójica pues aunque los principios filosóficos son distintos, ambas corrientes propugnan la atención a las condiciones individuales del reo.

904) SILVELA, Derecho Penal, I, 157 s.

905) Ibidem, 157

906) El art. 114, párrafo primero del Proyecto de 1.884 establece: "En caso de reincidencia se impondrá al reo la pena inmediatamente superior en grado a la marcada por la ley al delito o falta cometido. Si fuese doblemente reincidente, los tribunales a su prudente arbitrio, podrán aplicar, según las circunstancias y el número de reincidencias la pena superior en uno o dos grados, pero en ningún caso podrá exceder la duración de la pena impuesta, si fuere de privación o restricción de libertad, del doble de la señalada al delito" (Subrayados nuestros).

907) Como ya señalamos en otro momento (Vid supra Secc. 2ª I.2.B.c. pág. 557) en el Proyecto de 1.884, la reincidencia, definida en el párrafo segundo del art. 114 no exige que la recaída tenga lugar después de haber sido condenado el reo por otro delito, sino que basta que conste una condena "al ser juzgado" aunque esa condena debe ser por delito cometido antes del que se juzga. Luego tampoco puede hablarse en este caso de "mayor perversidad" por haber experimentado antes una condena.

908) RUEDA, Elementos, I, 366 y VALDES, Derecho Penal, I 840.

909) RUEDA, Elementos, II, 352 s. Nótese la equiparación que hace de "culpabilidad" y "habitualidad" en estas afirmaciones, que apunta a un mayor reproche por haberse convertido en habitual.

910) Ibidem, 352 s.

911) Ibidem, 353

912) Ibidem, 354

913) Ibidem

914) VALDES, Derecho penal, I, 328

915) Ibidem, 327. Puede verse también MANZINI, Recidiva 43-88, sobre las causas morales y sociológicas de la reincidencia.

916) VALDES, Derecho penal, II, 509

917) Ibidem, I, 329

918) Ibidem, I, 842, s.

919) Ibidem, 842. El Proyecto de 1.887 a que se refiere no fue propiamente tal, sino "Bases" sobre las que se elaboraría el Proyecto, conocidas como "Bases de Alonso Martínez". La Base 9ª decía textualmente: "La reincidencia dejará de considerarse como una mera circunstancia agravante y según su repetición y las condiciones de los reincidentes, serán éstos castigado con penas distintas de las señaladas para cuando no exista reincidencia" (Proyecto de 1.887, Base Novena).

920) VALDES, Derecho penal, I, 842. La referencia a la cualificación por doble reincidencia es indirecta, pero clara pues después de sentar la procedencia de estimar la reincidencia segunda o ulteriores como agravante muy cualificada y decir que no existe este criterio en el código como regla general, alude luego a la existencia de "plausibles excepciones en que el legislador se anticipó a la indicada solución más científica y justa". No hay más excepciones de cualificación por doble reincidencia en el código que las que estamos examinando sobre determinados delitos patrimoniales.

921) Ibidem

922) MORENO, Reincidencia, 68

923) Conclusiones del Congreso penitenciario tomada de VALDES, Derecho penal, I, 329

924) Sobre las diversas medidas especiales que en distintos países de Europa se dictan a finales del siglo pasado para el reincidente, o más concretamente para el multirreincidente. Vid MANZINI, Recidiva, 335-47. Además de la Ley francesa de 27 de mayo de 1.885 que es la que tuvo mayor resonancia, y de la que sin embargo diez años después se reconoce que sus resultados han sido prácticamente nulos (Ibidem, 339), hace MANZINI especial hincapié en el Proyecto STOOS, al que no duda en alabar como el mejor en el tratamiento de esta materia. Alude asimismo a la Ley portuguesa de 21 de abril de 1.891, al Código sueco que impone pena perpetua para el reincidente por tercera vez en hurto, y al Proyecto Noruego de 1.896 que establece la segregación por tiempo indeterminado. En conclusión de las diversas medidas legales que aparecen en los diversos países, concluye MANZINI constatando la tendencia existente de reprimir más enérgicamente la reincidencia habitual. Tendencia que, aunque manifestada con más o menos errores, extremismo o acierto, sirven como indicio de progreso y como pauta para el legislador futuro. Vid también BELEZZA DOS SANTOS, Recidivistas, 692-700 y HERZOG, Habitual, 256.

925) Vid CONGRESO, La Coruña, 269

926) Ibidem

927) Las diferencias entre reincidente ocasional y reincidente habitual, así como entre habitual "corregible" y habitual incorregible van centrando el verdadero problema de la reincidencia para tomar ésta únicamente como uno de los índices posibles de la incorregibilidad. Vid PUGLIA, Recidiva, 723-7 y HERZOG, Multirécidivisme, 522-7.

928) BERNALDO DE QUIROS, Prólogo pág. XXI, expresamente manifiesta haberse inspirado en el Proyecto suizo.

929) Ibidem XXII, donde se transcribe el art. 33 del Proyecto Montilla, relativo a la retención indeterminada Expresamente dice ese artículo:
"Cuando comparezca ante el Tribunal un indivíduo condenado repetidas veces, y por virtud de los datos aportados al proceso adquieran los Jueces el convencimiento de que, no obstante la nueva condena volverá a delinquir el procesado, por lo cual sería conveniente retenerlo inmediatamente en un establecimiento penitenciario especial, destinado a incorregibles, propondrá al Gobierno esta medida suspendiendo la sentencia hasta tanto que la consulta se resuelva. Previa una información de los ascendentes (sic) y condiciones ac-

tuales del sujeto, el Gobierno decretará la retención de éste, que no podrá bajar de diez años ni exceder de veinte, si a consecuencia de la información, aparece procedente tal medida. La retención indeterminada del reincidente, reemplazará a la pena correspondiente a su último delito, y en ningún caso cesará antes que se hubiere extinguido ésta, de habérsele aplicado. La casa de incorregibles estará sometida a las reglas de trabajo en común y aislamiento celular nocturno. Habrá lugar a la liberación provisional de los reincidentes sometidos a retención luego que el Gobierno reglamente el uso de tal medida. Cuando el Gobierno acuerde la retención, el Tribunal dictará sentencia con arreglo a las normas generales de la reincidencia".

930) JIMENEZ DE ASUA, Derecho penal, 158

931) Ibidem, 158 s.

932) JIMENEZ DE ASUA, Habitual, 258

933) JIMENEZ DE ASUA, Ley, 683

934) CUELLO CALON, Anotaciones, 623 y 640

935) Ibidem, 641-2. Traduce uno de los acuerdos del primer Congreso de la Unión Internacional de Derecho penal, celebrado en Bruselas en 1.919 (Bulletin de l'Union International de Droit Penal, XVII, 2 pág. 495): "La ley debe establecer medidas especiales de seguridad social contra los delincuentes peligrosos, ya por su estado de reincidencia legal, ya por los hábitos de vida, que serán definidos por la ley, ya por sus antecedentes hereditarios y personales, manifestados por los crímenes o delitos que la ley determine" (Traducción de CUELLO CALON). Uno de los puntos espinosos consistía en la fijación de criterios para determinar cuando existe ese "estado peligroso"; a este respecto destaca CUELLO CALON la comunicación de DUPONT al Congreso de Hamburgo, señalando que el reincidente puede ser tomado como peligroso cuando haya sido condenado un cierto número de veces. El número de condenas necesarias variará según sea la entidad, gravedad de las diversas infracciones cometidas. El problema sigue estando en quién determina el número de condenas necesarias, pues como objetaba GARCON, -siempre según la reseña que nos ofrece CUELLO CALON- pueden quedar amenazadas las garantías individuales si se deja al arbitrio del juez; por ello propone que sea a nivel legislativo donde se señale el número de condenas necesarias.

936) El art. 157 del código penal de 1.928 establece la permanencia en establecimiento o departamento destinado a incorregibles por tiempo indeterminado para los multirreincidentes que el Juez estime no van a enmendarse con la nueva pena, o bien para los multirreincidentes que no fueron sometidos a esa medida en la sentencia pero que al licenciarse se estime no están corregidos.Medida adoptada en todo caso por el Tribunal que conoce el delito y que deberá revisarse cada dos años. No se establece límite máximo a la retención a diferencia de lo que se preveía en el Proyecto de dicho código (Vid MARTINEZ ALCUBILLA, Código 1.928, 40 n. 137 dup.). La corta vigencia de este código y la repulsa general que mereció por sus connotaciones políticas (Vid JIMENEZ DE ASUA, En defensa, 62-9) ha hecho que apenas se haya prestado atención a esta disposición que es la primera que establece medidas de seguridad, al menos expresamente reconocida como tal, en un código penal español contra los multirreincidentes.

937) GROIZARD, Código Penal, I, 438-40

938) Es la primera vez que, con carácter general los hurtos inferiores a determinada cuantía son considerados "falta". No obstante en el Código de 1.848 era considerado "falta" el hurto de alimentos por necesidad (Art. 473: "El que hallándose necesitado hurtare comestibles con que puedan él y su familia alimentarse dos días a lo más será castigado con el arresto de cinco a quince días"); excepción que fué suprimida en 1.850. El código de 1.822 prescribía una rebaja de la pena para el robo o hurto cometido por primera vez en circunstancias calamitosas, sin posibilidad de trabajo honesto, sobre alimentos o vestido (art. 755).

939) Nos referimos a las agravaciones por lugar sagrado, abuso de confianza y doble reincidencia, previstas en el srt, 533 del código de 1.870.

940) Así lo denominaba la Memoria de la Fiscalía del año 1.907 (Vid VIADA y LOPEZ PUIGCERVER, Fiscalía, 267) citado Supra II.2.A.b. pág. 736

941) DiarSesCong 1.876-7, IV, Apéndice 11 al número 91, de 23 de junio de 1.876.

942) Como ya pusieron de relieve VIADA, Código Penal, III, 439, y GROIZARD Código Penal, VI, (2ª ed.), 338 s. la precipitación con que se aprobó esta modificación parcial originó el absurdo de que quedasen castigados más suavemente los robos del art. 526 relativos a hurtos de semillas, frutos o leñas que no excedan de

25 pesetas, que los hurtos por la misma cuantía de cosas idénticas.

943) Critica el sistema de cuantías matemáticas GARRIGUES Ensayo, 28 s, con ejemplos evidentes de injusticia comparativa por diferencias inapreciables en el valor de la cosa hurtada. Vid también RODRIGUEZ DEVESA, Hurto, 228-30, y QUINTANO, Tratado, II, 248-50.

944) Decreto de 1 de enero de 1.871, publicado en Gaceta de Madrid de 21 de enero del mismo año.

945) Subrayado nuestro que se corresponde con la modificación sobre el texto anterior.

946) Vid infra 5. pág. 813

947) SAN CARLOS, DiarSesCong, 1876-7, II, Apéndice 5° al n° 51, de 8 de mayo de 1.876, así se expresaba en la explicación de su Proposición de Ley.

948) GROIZARD, Código penal, VI, (2ª ed.) 319

949) Ibidem págs. 320 s.

950) Por ello hace hincapié (Ibidem, 319) en que los hechos justiciables no se deben calificar por el daño material que producen, "sino por el daño moral que su perpetración causa, por el derecho que lesionan" (Subrayado nuestro)

951) AZCUTIA, Ley penal, 243

952) DiarSesCong 1.876-77, II,Apéndice 5° al n° 51

953) DiarSesCong 1.876-77, II, 1.063-5

954) DiarSesCong 1.876-77. Apéndice 11 al n° 91. La Comisión estima que "la reforma introducida en el código penal vigente deja a la propiedad sin la necesaria legítima defensa envolviendo al mismo tiempo la inconsecuencia de considerar meras faltas hechos que con sobrada razón merecen la calificación de delitos"

955) En sustitución del texto anterior del art. 532, se introduce un nuevo delito de entrada violenta en heredad ajena para caza o pesca.

956) El texto de la ley de 17 de julio de 1.876 se recoge en DiarSesCong, 1.876-77, Apéndice 6° al n° 107.

957) Vid BELVER, Hurto, 519-22

958) GONZALEZ SERRANO, Apéndice, 332

959) CASTILLO, Reforma, 367. Subrayado nuestro.

960) Ibidem. Las faltas de hurto inferior a 5 pesetas, estafa inferior a 10 y daños inferiores a 50 pesetas quedan recogidas en los arts. 643, 645 y 652 ss. respectivamente del Proyecto 1.884 de SILVELA. Este Proyecto no prevé la conversión de la falta de hurto o de estafa o de daños en delito por razón de reincidencia. Curiosamente lo que establece es la conversión de la falta de hurto en delito si se ejecuta sobre objetos de culto o beneficencia, en acto religioso o lugar destinado a culto, o si es doméstico o con abuso de confianza (arts. 580 y 581 del Proyecto 1.884

961) Proyecto, 1882, arts. 609, 610 y 613 ss. que recogen la falta de hurto inferior a 5 pesetas, la de estafa inferior a 25 pesetas, y las de daños inferiores a 100 respectivamente. Además de estas diferencias respecto al Proyecto de 1.884 en las cuantías de la estafa y los daños, se establece la conversión de la falta de hurto y de estafa en delitos cuando el reo "hubiere sido condenado anteriormente por delito de robo o de hurto o dos veces por falta de hurto" (art. 536, 5° Proyecto 1.882) y para la estafa si hubiere sido condenado por delito de "robo, hurto o estafa, o dos veces por falta de hurto o estafa" (art. 523, 4° Proyecto, 1.882).

962) La estafa seguirá teniendo la consideración de "delito cualquiera que sea su cuantía durante toda la vigencia del código penal de 1.870. El código de 1.928 será el que por primera vez recoge "faltas" de estafa señalando el límite entre delito y falta en 100 pesetas (art, 828 del c.p. 1.928). Posteriormente el código de 1.932 consolida la "falta" de estafa cuando la cuantía de lo defraudado sea inferior a 50 pesetas (art, 581, 3° del c.p. 1.932).

963) Según dice el mismo diputado ALONSO CASTRILLO al presentar de buevo la misma proposición de ley en 1.907 (DiarSesCong 1.905-6, Apéndice 51 al n° 49)

964) DiarSesCong 1.905-6, IV, Apéndice 51 al n° 49.

965) DiarSesCong 1.905-6, VIII Apéndice 47 al n° 93

966) Como reseñamos brevemente al referirnos a la condena condicional (Vid supra Secc. 2ª I.4.B.c. pág. 631, n. 466)

967) Como ampliamente pone de relieve YAÑEZ, Condena, 317-21, el primer proyecto de ley sobre la "Condena condicional" estaba impulsado "Unica y exclusivamente"

-dice YAÑEZ- por causas de índole económica, a fin de evitar el ingreso o estancia en prisión de un número de población penal a cuyo sustento no bastaban los escasos recursos de que entonces disponía la administración penitenciaria.

968) Además parece que en este número 2° del art. 606 no juega la excepción para cuando el reo tenga condenas anteriores, sino que en todo caso cuando el valor de lo sustraído no exceda de 20 pesetas, tendrá la consideración de "falta". Así lo estimo la S. de 13 de mayo de 1.908 (JurCrim t. 80/231) interpretando que las palabras "en igual forma" que aparecen en el n° 2°no hacen referencia a la reincidencia contemplada en el n° 1° del mismo artículo, sino a los modos diversos de comisión del hurto. Esta es, además la única sentencia que hemos encontrado sobre este número. Por ello, no volveremos a ocuparnos de él, sino solo del número 1° en cuanto que posibilita la conversión de la falta en hurto que es lo que ahora nos interesa.

969) Las disposiciones relativas a las diversas faltas de daños se encuentran en los arts. 616 a 619 que recogen distintas modalidades de comisión, pero siempre por valor inferior a 50 pesetas.

970) Vid supra A. pág. 772 donde se recoge la redacción del art. 606 en la edición de 1.870.

971) La redacción de este artículo en la primera edición del código de 1.870, corregida por el R.D. de 1 de enero de 1.871, no difiere de la de 1.907, aunque en esta última se añade el adverbio "anteriormente" al referirse a las condenas por robo o hurto.

972) Vid QUINTANO, Tratado, II, 252 s. Como dice este autor: "El valor de la cosa sustraída, por imperativo del texto legal, desempeña una función típica, hasta tal punto decisiva, que sin él no puede nacer la figura delictiva".

973) Tomando la terminología de DELL'ANDRO, Recidiva, 96, quien poniendo el acento en la posición ético-psicológica del sujeto después de la comisión del primer delito sienta la categoría de la "reidad". Si bien no podemos estar de acuerdo con él en cuanto que el "ya reo" constituya un "tipo de autor".

974) Ya que según el art. 5 del c.p. de 1.870 "Las faltas sólo se castigan cuando han sido consumadas"

975) Más concretamente el supuesto en cuestión sería un caso de "delito especial impropio" pues si bien solo determinados sujetos pueden incurrir en ese tipo cualificado, existe una correspondencia si no ya con un "delito" común, si con una "falta" común, en la que puede incurrir la generalidad de las personas. Vid GIMBERNAT, Autor, 252 s. y especialmente QUINTERO OLIVARES, Especiales, 31-45, sobre las notas de los delitos "especiales impropios"; aunque ninguno de estos dos autores alude a la posibilidad de considerar el tipo de delito de hurto inferior a 10 pesetas como caso de delito "especial" en el sentido aludido. A nuestro juicio parece claro que el hecho de que una infracción que normalmente tiene la categoría de "falta" pase a ser considerada "delito" en virtud de circunstancias personales del reo -sus condenas anteriores-, implica que se valora de forma especial la conducta del ya reo en este campo, y se le impone un especial deber de no infringit la norma, a través de la utilización de esa técnica característica de los delitos "propios". Desde esta óptica puede explicarse, o reforzarse la tesis de MIR PUIG, Reincidencia, 533 s. sobre la reincidencia como agravación del injusto que a su juicio es la que mejor explica la cualificación por reincidencia en los delitos patrimoniales. Otra cuestión es, si realmente tiene razón de ser esa mayor exigencia dirigida al "ya reo", pues a diferencia de otros supuestos en los que se restringe el círculo de los sujetos activos, no se puede afirmar que el ya condenado se encuentre en una posición de mayor responsabilidad en el cuidado de determinados bienes jurídicos.
El desarrollo de este punto nos llevaría a desviarnos de los límites naturales de este trabajo, y exigiría un estudio más profundo del que en este momento podemos dedicar a tal extremo, por lo que nos limitamos ahora a apuntar la posibilidad de encuadrar ese tipo cualificando como "delito especial impropio". Posibilidad que, lógicamente no se limita al concreto tipo del c.p. de 1.870, sino a sus correlativos en el c.p. de 1.944 y sucesivos textos refundidos (art. 515-4, 528-4°). Y al Proyecto de 1.980, que también mantiene esta particular cualificación de conversión de la "falta"de hurto, o de estafa y de apropiación indebida en "delito" (arts. 236 u.p. y 261 u.p. de dicho Proyecto).

976) Ss. de 28 de mayo de 1.874 (JurCrim t. 10/ 297) 31 de enero de 1.907 (JurCrim t. 79/227), 2 de febrero de 1.908 (JurCrim t. 80/1), 21 de mayo de 1.907 (JurCrim t. 78/217), 8 de julio de 1.907 (JurCrim t. 79/18) y 9 de enero de 1916 (JurCrim t. 96/104), todas ellas referentes a hurtos frustrados.

977) Vid MARTINEZ ZAMORA, Reincidencia, 102

978) JurCrim t. 81/81

979) JurCrim t. 91/11. De acuerdo con el art. 11 del c.p. de 1.870 son responsables criminalmente de las faltas únicamente los autores y cómplices.

980) Recordemos que la redacción original en la primera edición del código de 1.870 no contenía el adverbio "anteriormente" (Vid supra 1.A. pág. 724 ). Pero a partir de la ley de 1.907 aparece ya la palabra anteriormente, que se mantiene en las redacciones de los artículos correspondientes a esta misma figura en los códigos de 1.932 y de 1.944 y sucesivos textos refundidos. Incluso en el Proyecto de 1.980 expresamente se alude a la exigencia de que el reo "Hubiere sido anteriormente condenado" por las infracciones específicas patrimoniales de carácter lucrativo a que se refiere el u.p. del art. 236, u.p. art. 255 y u.p. art. 261.
Por ello, hemos creído más conveniente tomar la redacción de 1.907.

981) Subrayado nuestro.

982) Vid supra Secc.2ª. II.3.A.b. pág. 659

983) En contra, refiriéndose a la redacción del c.p. de 1.944, texto refundido de 1.973, que mantiene el mismo adverbio, RODRIGUEZ DEVESA, Especial (7ª ed.), 380: "La reincidencia de que se trata no es la definida en el art, 10 porque se extiende a las faltas y no se exige que las condenas anteriores precedan a la "ejecución", siendo suficiente que se dé la condena en el momento de ser juzgado".

984) En la actualidad MIR PUIG, Reincidencia, 347 s. y n. 17 se pronuncia a favor de la equiparación "anteriormente" a condena "al delinquir" coordinando así la cualificación con la agravante 15ª según queda redactada ésta a partir de 1.944. En cambio RODRIGUEZ DEVESA Cualificados, 242 y MISMO AUTOR, General (7ª ed.) 380, considera que la cualificación de la falta de hurto es una reincidencia distinta a la prevista en el catálogo de agravantes, pues además de admitir las condenas por faltas, es suficiente que las condenas sean anteriores al momento de ser juzgado el autor.

985) Vid supra Secc. 2ª. I.2.B.c.pág. 550 .Precisamente el hecho de que no se haga referencia a la "reincidencia" ni se utilice la expresión "al ser juzgado" impide a nuestro juicio que se tome la interpretación amplia en cuanto condena anterior al enjuiciamiento.

986) Como veremos al presentar la relación de jurisprudencia sobre la aplicación de la cualificación del 531, 5°, junto con la reincidencia simple, o con la doble reincidencia cualificada. Vid infra, 3.A. pág. 797 y 4 pág. 808 ss.

987) S. de 12 de octubre de 1.907, JurCrim t. 79/75. Se trataba de un hurto de un mantón cometido en enero de 1.906, y valorado en 5 pesetas; el reo había sido condenado un año antes por otro hurto y el 27 de julio de 1.906 por otro más. En la sentencia no constan las cuantías de estas infracciones, pero suponemos que serían superiores a 10 pesetas pues se toman una para la cualificación y otra para la agravante genérica, y el recurso es presentado por el Fiscal que pretendía la aplicación de la doble reincidencia del 533-3°.

988) Recordemos que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 620 de este código (homólogo al art. 601 del c.p. de 1.944) en la aplicación de las penas de las faltas los Tribunales imponen la pena concreta a su prudente arbitrio atendiendo a las circunstancias del caso.

989) En el Proyecto de 1.882 de ALONSO MARTINEZ, se mantenía la cualificación para la falta de hurto en los mismos términos que en el código, pero al prever "faltas" de hurto, en el art. 553, 4ª, se establecía también la conversión de la falta en delito por condena anterior de delitos de robo, hurto o estafa, o por dos condenas por faltas de hurto o de estafa. Sin embargo, la falta de hurto no quedaba cualificada, según el Proyecto por delito de estafa ni por faltas de estafa.

990) Y hasta la reforma de 1.963 no se completa la lista de infracciones idóneas para hacer surgir la cualificación, al incluir la apropiación indebida y la receptación, como había apuntado poco antes RODRIGUEZ DEVESA, Cualificados, 242

991) JurCrim t. 8/201

992) JurCrim t. 6/271

993) Vid infra 3.A. pág. 797

994) Ibidem

995) Vid infra 3.A. y 4 pág.797 y 808

996) Vid supra II.2.B.a. pág. 746

997) JurCrim t. 11/604. Se trataba de un hurto de leña, constitutivo de falta por ser de valor inferior a 20 pesetas, límite marcado para las sustancias alimenticias o leñas, en el art. 532.

998) Vid supra Secc. 2ª I.2.D. pág. 596

999) JurCrim 102/78

1.000) Vid supra Secc. 2ª I.3.C. pág. 613

1.001) Este mismo problema puede plantearse en la actualidad, pues al introducirse la prescripción para la reincidencia y reiteración por ley je 28 de diciembre de 1.978 no se alude a la posibilidad de extender este institución a la cualificación prevista en el art. 515, 4°y 528, 4°. Lo mismo puede ocurrir con el Proyecto 1.980 pues contemplando la prescripción de la reincidencia al definir las dos modalidades de ésta, no alude a esta posibilidad al cualificar la falta de hurto, estafa y apropiación indebida por razón de delitos anteriores (arts. 236, 255 y 261 del Proyecto.

1.002) JurCrim t. 115/335. Se trataba de un hurto de 8 pesetas cometido en 1.925 habiendo sido el reo condenado anteriormente por dos faltas de hurto en el año 1.919. La Audiencia de Madrid que juzgó en primera instancia estimó el hecho constitutivo de una simple falta del art, 606, 1° por considerar prescritas las anteriores condenas. Recurre el Fiscal por considerar que las disposiciones del R.D. de 1.925 no eran aplicables al caso de autos, pero el Supremo aprueba la conclusión contraria.

1.003) Subrayados nuestros

1.004) Según lo dispuesto en el art. 133

1.005) Como ya hemos señalado anteriormente (Vid supra Secc. 2ªI.3.C. pág. 613 ), la remisión de los plazos de prescripción de los delitos no resultaba satisfactoria en algunos supuestos, como en los de injuria y calumnia, delitos que prescriben a los 6 meses. Lo mismo puede decirse respecto a las faltas.
Actualmente, la ley de 28 de diciembre de 1.978, reinstauradora de la prescripción de la reincidencia, remite a los plazos de rehabilitación, exigiendo el transcurso del doble del tiempo señalado para ésta. Por lo que de extenderse, como creemos que debe hacerse, la prescripción a los supuestos del art. 515, 4° o 528, 4 del c.p. actual (texto refundido 1.973), las condenas anteriores por faltas deben considerarse prescritas

a estos efectos en el plazo de 1 año. La misma cuestión trasladada al Proyecto de 1.980 conduce a señalar el plazo de 6 meses para la prescripción de las condenas por faltas a efectos de la conversión de la "falta" de hurto, estafa, o apropiación indebida en "delito" prevista en los arts. 236, 255 y 261 del Proyecto. Ya que según se establece para la reincidencia en el art. 28, 11ª, la prescripción de las condenas viene dada por la cancelación de los antecedentes penales, cancelación que para las faltas puede obtenerse a partir de los 6 meses, de la forma prevista en el art, 108, 3°.

1.006) JurCrim t. 117/43. Se juzgaba un hurto de 1 peseta cometido en 1.924, habiendo sido el reo condenado por un delito de hurto en 1.900.

1.007) Subrayados nuestros

1.008) Dice así el siguiente Considerando de la s. de 31 de enero de 1.928: "((...)) y aunque no sería necesario mayor ampliación de esta doctrina, conviene declarar una vez más que el art, 3° del R.D. de 14 de noviembre de 1.925 abarca una y otra sentencia; la genérica del 10, 18 y la del 5° del art. 531, y como aquél, el 3°, fue inspirado por la necesidad de borrar el cruel atributo de perpetuidad que el código vigente atribuye a los efectos de toda condena que obligue a considerar como reincidente a aquel que delinquió una vez, sea cualquiera la distancia entre una y otra infracción, y para ello que así como las acciones prescriben al cabo de un número determinado de años, prescriban también por un tiempo igual los efectos de la reincidencia, es evidente que la cesación de los efectos de ésta es aplicable igualmente a los delitos que a las faltas"

1.009) JurCrim 118/72. Se trataba de un hurto inferior a 10 pesetas cometido en 1.926, habiendo sido el reo condenado en 1.908 por un delito de hurto y en 1.918 por una falta de hurto (aunque según las prescripciones del código después de la ley de 1.907 este segundo hecho debió ser obligatoriamente delito, consta como falta).

1.010) MIR PUIG, Reincidencia, 353 estima que pueden considerarse coincidentes la estructura de la reincidencia y la que da lugar a la elevación a "delito" en los arts. 515, 4° y 528, 4° (del c.p. de 1.944 texto refundido 1.973), por lo que considera prohibida por el art. 59 la estimación conjunta de ambas en un solo delito.

1.011) En este sentido QUINTANO, Tratado, II, 259 y MIR PUIG, Reincidencia, 352-3

1.012) QUINTANO, Tratado, II, 259 s.

1.013) JurCrim t. 6/271. La Audiencia había estimado la simple reincidencia junto a la cualificación del 531, 5° (Subrayados nuestros).

1.014) JurCrim t. 7/687. Se trataba de un hurto de una sábana valorada en 3 pesetas, teniendo el reo tres condenas anteriores por hurto; se aplica únicamente la cualificación del 531, 5°, desestimándose el recurso del Fiscal que solicitaba además la cualificación por doble reincidencia del art. 533, 3°.

1.015) JurCrim t. 78/254

1.016) JurCrim t. 78/295. Hurto de un haz de alfalfa y un melón, por valor total de 50 cts.; por haber sido el reo penado anteriormente dos veces por hurto, se 1 impone el grado máximo de la pena señalada en el 531, 5°, al apreciarse la agravante 18ª. En esta sentencia no se alude a la posibilidad de que aquellos dos hurtos anteriores hubiesen sido meras faltas según la normativa de 1.907, aunque en los Resultandos solo consta que tenía dos condenas por "hurto", sin especificar más datos. Tal vez en autos constaba que debieron ser delitos.

1.017) JurCrim t. 79/22

1.018) JurCrim t. 79/75

1.019) JurCrim t. 79/79

1.020) JurCrim t. 79/213. Se juzgaba un hurto de varios platos y tazas de café valorados en 2 pesetas, y el reo había sido condenado antes por un robo y una tentativa de robo. El Fiscal solicita la apreciación de la agravante 18ª, y no ya de la doble reincidencia como hasta entonces era habitual en los recursos planteados por este Cuerpo, y se admiten sus argumentos pues estaban en consonancia con lo que el Tribunal Supremo venía manteniendo constantemente a lo largo de ese primer año en que se vuelve a instaurar la normativa de las faltas de hurto.

1.021) JurCrim t. 90/52

1.022) JurCrim t. 78/217. Se juzgaba un hurto de carbón menudo tasado en 2 pesetas, que además había quedado frustrado; el reo había sido condenado anteriormente

según consta en los Resultandos, por un hurto de una camisa, y por otro hurto de un grifo. Se deniega el recurdo planteado por el Fiscal en el sentido de apreciar la doble reincidencia del 533-3°, pero en los Considerandos se apunta a la posibilidad de haber estimado la reincidencia simple, pues se especifica que "dado los términos de la única cuestión planteada en el recurso, no se ha incurrido por la Sala sentenciadora en el error..." después de haber dicho que con dos condenas podía aplicarse la agravante 18ª. Aunque en este caso, las dos condenas anteriores debieran haberse tomado como "faltas" según la normativa de 1.907, no hay ninguna alusión a que ambas condenas en el supuesto que se juzgaba eran necesarias para la conversión del nuevo hurto en delito.

1.023) JurCrim t. 79/18 Se enjuiciaba un hurto de medio kilo de harina valorado en 47 cts., y en grado de frustración, habiendo sido el reo condenado anteriormente por dos hurtos a penas de 2 meses y 1 día de arresto por el primero y a 3 meses por el segundo, hechos que según la nueva normativa constituían meras faltas. No obstante no se alude a este extremo, presentando la sentencia los mismos Considerandos que en la resolución citada en la nota anterior.

1.024) JurCrim t. 80/7. Hurto de una pila de estiércol valorada en 25 cts., presentando el reo tres condenas anteriores por -hurto, una de ellas por hurto superior a 10 pesetas y las otras dos por cantidades inferiores a 10 pesetas, no constando el orden de dichos pronunciamientos. El Supremo argumenta que "es procedente resolver en el sentido más favorable al procesado" y considera cometidos en primer lugar los hurtos de menor cuantía, considerándolos meras faltas en virtud del efecto retroactivo previsto en el art. 23. Por ello deniega la solicitud del Fiscal de apreciar la doble reincidencia, pero dice que "pudiera haberse estimado" la simple reincidencia, lo cual no ha sido objeto del recurso.

1.025) El art. 79 del c.p. de 1.870 es el correlativo al art. 59 del c.p. de 1.944

1.026) JurCrim t. 78/217. Subrayados nuestros. Sobre el supuesto de hecho de esta sentencia, Vid Supra nota 75.

1.027) Vid supra II.2.A.b. pág. 733 ss.

1.028) Nos referimos al efecto de estas condenas anteriores de cara a la "falta" de hurto.

1.029) MIR PUIG, Reincidencia, 353

1.030) Vid supra Secc. 2ª.II.5. pág. 709 y Secc. 3ª.II. 3.B. pág.

1.031) Vid Supra Secc. 2ª II.4. pág. 681

1.032) JurCrim t. 79/47. Se juzgaba un hurto de un madero valorado en 1.5 pesetas, y el reo había sido condenado antes por 4 delitos de hurto y 3 de lesiones. Se le aprecia la doble reincidencia del 533, 5° sobre el hurto cualificado del 531, 5° pero no hay ninguna mención a la posible agravante 17ª.

1.033) JurCrim t. 10/297

1.034) De acuerdo con lo que dispone el art. 5 del c.p. de 1.870.

1.035) Vid supra II.3.B. pág. 754

1.036) Se pasa de una pena leve a una pena correccional privativa de libertad, que lleva consigo penas accesorias. Pero sobre todo lo más trascendental es el hecho de quedar calificado como "delito" el nuevo hurto, por lo que como tal constituye ya un antecedente válido para posteriores agravaciones de reincidencia o de reiteración sobre otros delitos que pueda cometer el reo.

1.037) Vid ALVAREZ CID, Código penal, II, 394, VIADA, Código penal, Suplemento 3°, 729.

1.038) Citadas anteriormente, Vid supra 3.B. pág. 805 ss.

1.039) JurCrim t. 79/157. Se juzgaba un hurto de un pino valorado en 10 pesetas, constando en sentencia condenas por cinco delitos anteriores, por lo que no se admite recurso del procesado por indebida aplicación del 533-3?

1.040) JurCrim t. 79/227. Hurto de dinero en metálico, 9 pesetas 95 cts., pero que fue descubierto en el momento de cometerse consiguiendo la reintegración instantánea de lo sustraído. Se apreció por la Audiencia un delito de hurto frustrado sin modificativas, pero el Supremo admite recurso del Fiscal y aprecia el 533-3°.

1.041) JurCrim t. 80/1. Hurto de 6 pesetas, pero al ser perseguido el delincuente arrojó el dinero, por lo que se le castigó por delito frustrado, y admitiendo el recurso Fiscal se le aprecia también el 533-3°.

1.042) JurCrim t. 82/58. Hurto de un mantón de abrigo.

1.043) JurCrim t. 16/256. Hurto de carbón valorado en menos de 10 pesetas.

1.044) JurCrim. t. 94/215. Hurto de una pulsera de plata valorada en 9 pesetas.

1.045) JurCrim t. 96/104. Hurto de celemín y medio de aceituna.

1.046) Vid supra II.2.A.b. pág. 733 ss., sobre la retroactividad favorable para considerar "falta" los hurtos inferiores a 10 pesetas condenados como delitos durante la vigencia del c.p. 1.848-50 o durante el período 1.876-1.907.

1.047) JurCrim t. 81/81. Hurto de un pellejo de vino valorado en 5 pesetas, cometido por dos individuos; sentencia citada anteriormente, supra 2.B.c.b'

1.048) Vid supra 2.B.c.b' pág. 791 ss.

1.049) JurCrim t. 80/85 Por hurto de media fanega de bellota. También citada supra, Ibidem

1.050) JurCrim t. 84/265. Por hurto de una carga de leña. También citadas anteriormente, supra Ibidem

1.051) Vid supra 2.B.a. pág. 786

1.052) Respecto a la primera época de vigencia de las "faltas de hurto" (1.870-1.876), se apreciaron conjuntamente la cualificación del art. 531,5° y la del 533, 3°. en ss. de 31 de enero de 1.872 (JurCrim t. 5/67) y 23 de detiembre del mismo año (JurCrim t. 7/473) y 1 de abril de 1.873 (JurCrim t. 8/186. En todas ellas, el reo tenía cuatro o más condenas anteriores por hurto.

1.053) Vid supra 1.A. pág. 772

1.054) Lógicamente el "reincidir" por tercera vez supone como mínimo tres condenas anteriores, de forma que sobre el cuarto hecho puede decirse que por tercera vez ha recaído. Independientemente de que además debiera exigirse que se hubiesen apreciado dos reincidencias anteriormente, extremo que, como ya se ha visto no es exigido por la Jurisprudencia en los casos de doble reincidencia (Vid supra II.2.B.)

1.055) Vid supra 1.B. pág. 777

1.056) JurCrim t. 89/145. En ella se establece que "El precepto del artículo 612 del código Penal, reformado

por la ley de 3 de enero de 1,907 que al parecer modifica lo que expresaba antes su art. 613, no quiere significar que al juzgarse por primera vez los varios hechos que pudieran merecer el concepto de infracciones, pueda reputarse una de ellas como tercera y estimarlas en su totalidad como constitutivas de un delito de hurto, pues esta calificación requiere que previamente y en procedimiento separado hayan sido declaradas las transgresiones que anteceden a la primera" (Subrayado nuestro).

1.057) JurCrim t. 95/53. Se le enjuician conjuntamente los diversos hechos constitutivos de pastoreo abusivo, apreciándole el delito de hurto del 531, 5° pues la cuantía total de perjuicio no superaba las 10 pesetas. Pero otra consecuencia de la conversión en delito es la posibilidad de apreciación de las cualificaciones del art. 533.

1.058) JurCrim t. 107/70

1.059) Queda recogido en el art. 587 de dicho código de 1.932

1.060) El art. 593 del código de 1.944 que se mantiene inalterado hasta la fecha, dice en su segundo párrafo: "La infracción cometida después de dos condenas por esta falta se castigará como delito de hurto comprendido en el número cuarto del artículo 515.

1.061) Puesto que este precepto proviene de la redacción de 1.848, nos remitiremos a lo expuesto al comentar este código en aquellos puntos que básicamente coincidan, así como en las razones que parece dieron origen al mismo. Vid supra Cap. 2° Secc. 3ª.III.

1.062) Vid infra IV.4.pág.827

1.063) Vid supra Cap. 2° Secc. 3ª III.1. pág.389

1.064) SILVELA, Derecho Penal, II, 188

1.065) GROIZARD, Código Penal, II, 577, s.

1.066) RUEDA, Elementos, I, 367

1.067) BERNALDO DE QUIROS, Teoría, 430

1.068) Proyecto de 1.882, en su art. 19 se recoge la lista de agravantes, figurando la reincidencia en delito de la misma o análoga especie en el n° 15, y en el n° 16 "La de cometer el delito después de sentencia firme no comenzada a cumplir, o durante la condena, cuando no fuese caso de reincidencia". Fórmula que recuerda a la del código de 1.822 (Vid supra Cap. 1° Secc. 3ª.III.2.B.d. pág. 134, aunque por supuesto

sin la complicación casuística de aquel primer código.

1.069) El Proyecto de 1.884, en su Capítulo III del Libro I establece en el art. 114 la regla de agravación y la definición legal de reincidencia, el art. 115 la definición de la reiteración (innominada) a la que se asigna el carácter de una mera agravante facultativamente, y en el ert. 116 se dice: "El penado que durante su condena delinca de nuevo, será considerado como reincidente, y sujeto a las disposiciones del art. 114 al ser juzgado por el nuevo delito"

1.070) Vid supra Cap. 2° Secc. 3ª III, pág. 388 y n. 408

1.071) GROIZARD, Código Penal, II, 577 s.

1.072) ARMENGOL, Reincidencia, 29 s.

1.073) Ibidem, págs. 31-2: "¿qué diferencia hay aquí con la perturbación del orden social por la comisión de un nuevo delito después de estinguida la condena? La base científica de la reincidencia, ¿no es la ejecutoria dictada en el primer delito? pues si así es, y así lo reconocen todos los escritores de la ciencia penitenciaria y el derecho penal, o sobran los números 17 y 18 del art. 10, o sobra el capítulo 2° a que me refiero".

1.074) Ibidem, págs. 32 s.

1.075) Ibidem pag. 31

1.076) Vid supra Cap. 2° Secc. 3ª. III.3.B.a. pág. 396

1.077) Vid supra Ibidem

1.078) VALDES, Derecho Penal, I, 842

1.079) RUEDA, Elementos, II, 217

1.080) Ibidem, I, 366

1.081) BENITEZ DE LUGO, Ensayo, 155

1.082) Vid supra Cap. 2° Secc. 2ª. III.3.A. pág. 323

1.083) Por la expresión "al ser juzgado" que permite agravar incluso el primer delito cometido por el reo, si coincide que se ha juzgado y condenado antes un delito posterior (Vid supra Secc. 2ª.I.2.B.c.a'. pág. 550 ss.

1.084) Vid supra Cap. 2°. Secc. 3ª. III.1. pág. 389

1.085) Institución introducida durante la vigencia de este código, en el año 1.908. A ella nos hemos referido al tratar de los efectos de la reincidencia genérica (Vid supra Secc. 2ª I.4.B.c. pág. 631)

1.086) Sobre esta institución, vid supra Secc.2ª I.4.B.d. pág. 635

1.087) JurCrim t. 45/314

1.088) JurCrim t. 18/78

1.089) JurCrim t. 40/278

1.090) JurCrim t. 43/227. En este caso se le aprecia también la agravante 18ª, pues había sido condenado además por un delito de lesiones anteriormente, y la atenuante de arrebato.

1.091) JurCrim t. 50/96

1.092) JurCrim t. 52/1.00

1.093) JurCrim t. 54/207

1.094) JurCrim t. 54/207

1.095) El delito de asesinato viene previsto en el art. 418 del código de 1.870 castigado con la pena de cadena temporal en su grado máximo a muerte, por lo que de acuerdo con lo dispuesto en el art. 98 del mismo código el grado mínimo lo constituye la cadena temporal en grado mínimo, el grado medio la cadena perpetua, y el grado máximo la pena de muerte.

1.096) JurCrim t. 47/46

1.097) JurCrim t. 23/328. El reo, que se encontraba en destierro cumpliendo la pena anterior, vuelve a su pueblo donde mata a su mujer sorprendida en adulterio. En ningún momento se menciona el art. 131 por más que consta la situación del reo; tal vez esta ausencia se debe a que además se comete un quebrantamiento de condena por romper el destierro, pero tampoco se menciona en esta causa que se le condenase a la pena prevista para el quebrantamiento.

1.098) Vid supra Cap. 2° Secc. 3ª III.4.A. Como se recordará, también en el código de 1.822, a través de la casuística regulación de las recaídas durante condena se llegaba a penas superiores, muy superiores, a las señaladas por la ley al delito. Vid supra Cap. 1° Secc. 3ª.III.1.C. y 2.C. págs. 118 y 126.

1.099) Respecto a las previsiones del art. 82, Vid supra Secc. 1ª.IV.2. pág. 537

1.100) GROIZARD, Código penal, II, 578

1.101) ARMENGOL, Reincidencia, 29-31. Aunque no hace referencia expresa a la incomprensibilidad con las atenuantes, continuamente alude a la mayor gravedad de los efectos del 131, por lo que se deduce que se refiere a esta diferencia con las reglas generales de las circunstancias modificativas.

1.102) VIADA, Código Penal, I, 562

1.103) ALVAREZ CID, Código Penal, I, 452

1.104) RUEDA, Elementos, I, 367

1.105) BERNALDO DE QUIROS, Teoría, 430

1.106) JIMENEZ ASUA, Derecho Penal, 163

1.107) SILVELA, Derecho Penal, II, 189

1.108) GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN, Elementos, 192

1.109) Subrayado nuestro. La sentencia ha sido dictada anteriormente (JurCrim t. 52/100)

1.110) JurCrim t. 45/314

1.111) JurCrim t. 54/207 y t. 92/161 respectivamente.

1.112) JurCrim t. 40/278. La pena señalada para el delito de lesiones en que incurrieron los dos procesados era la de arresto mayor en grado máximo a prisión correccional en grado mínimo (art. 431, 4°) la cual por la regla 1ª del art. 131 debía quedar en su grado máximo, que sería prisión de 1 año y 8 meses a 2 años y 4 meses. Este período debe ser dividido a su vez en tres grados, para imponer el grado medio por la ausencia de atenuantes o agravantes genéricas. Grado medio que comprendía un período de

1.113) Aunque el reo condenado a pena perpetua es indultado a los 30 años (Vid supra Secc. 1ª.IV.1. pág. 535) y en este sentido las penas son temporales, son de duración indivisible o fija: 30 años.

1.114) JusCrim t. 43/227

1.115) JurCrim t. 54/207

1.116) La regla 5ª del art. 82. dice: "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, y en el grado que estimen correspondiente, según el número y entidad de dichas circunstancias".

1.117) JurCrim t. 52/100. En uno de sus Considerandos dice que "si bien cuando resulte una pena divisible que haya de imponerse en el grado máximo, deben apreciarse las reglas indicadas, atendiendo a la concurrencia de circunstancias atenuantes, y si se trata de una pena indivisible, no hay términos hábiles para que la aplicación de tales reglas surta efecto alguno en pro ni en contra del culpable" y continpua más adelante diciendo que "por tanto su estimación resulta baldía e ineficaz ante el precepto absoluto del art. 131 del Código" por tratarse de la pena de muerte, en el caso de autos.

1.118) RUEDA, Elementos, 367-s

1.119) GROIZARD, Código penal, II, 579-s

1.120) RUEDA, Elementos, I, 368

1.121) GROIZARD, Código Penal, II, 580-s

1.122) En el código penal el art. 109 prevé una dulcificación en el cumplimiento de la pena: "El condenado a cadena temporal o perpetua que tuviere antes de la sentencia sesenta años de edad, cumplirá la condena en una casa de presidio mayor. Si los cumpliere estando ya sentenciado, se le trasladará a dicha casa-presidio, en la que permanecerá durante el tiempo prefijado en la sentencia". Por R.D. de 13 de diciembre de 1.886 se establece que los reclusos mayores de 7o años extinguirán su condena en el Puerto de Santa María, en el ex-convento de la Victoria, a donde se dispone el traslado de enfermos y ancianos. Pero no hay ninguna norma que adelante su liberación, pues incluso la ley de 1.914 de Libertad Condicional no preveía regla especial para los presos de avanzada edad.

1.123) Si el reo comprendido en el art. 131 termina de cumplir la pena primeramente impuesta a los 70 años, no tendrá que cumplir la pena del delito cometido durante la condena anterior; mientras que un reo de la misma edad al tiempo de la comisión del segundo delito deberá cumplirla totalmente, incluso con las agravaciones que procedan en caso de que fuese reincidente.

1.124) JurCrim t. 43/227

1.125) JurCrim t. 91/161

1.126) Vid supra 1. pág. 818

1.127) Vid supra II.3.pág. 752 ss.

1.128) Así se desprende del informe que presenta COS GAYON, Reformas, 263, donde alude a la práctica frecuente por parte de los reclusosde hacerse llamar como testigos, o como cómplices de otras causas penales que se juzgasen en lugares lejanos del que el reo se encontraba cumpliendo pena, de forma que al ser trasladado y tener que pasar por diversas cárceles cuya seguridad era menor, estudiar la forma de evadirse. Lo que lograron en un año (junio 1.890-junio 1.891) 170 reclusos. Mientras que la evasión de los establecimientos de cumplimiento de condena era más difícil, como lo testimonia el hecho de que en el mismo período de 1.890-91, sólo 12 reclusos se evadieron de esta clase de centros.

1.129) Vid supra Secc. 2ª.I.2.B.c. pág. 550.

1.130) DORADO, Positivismo, 341 s. se lamentaba de la "apatía , inercia y esterilidad" de la actividad científica española, en contraste con la intensa producción italiana, por lo que dice, "bien merecido tiene, por esto, la moderna ciencia española el olvido a que la tiene relegada los países cultos". Una década después, el mismo DORADO, Balance, 139, hace notar el resurgir de la ciencia patria con el comienzo del nuevo siglo, y la esperanza en que el nuevo impulso del correccionalismo-positivismo se afiance levantando el merecido poco aprecio que en el siglo anterior había tenido la ciencia penal española.

1.131) Desde su tenaz convencimiento del correccionalismo como solución de recambio y revolucionadora del derecho penal tradicional, DORADO, Correccional, 519, considera que la única novedad trascendental y totalmente reformadora en la historia del derecho penal se produce no ya con BECCARIA, pues sus propuestas se limitaron a aminorar la dureza excesiva de las penas y a limitar los abusos del arbitrio judicial, sino con el correccionalismo. El positivismo de la Escuela italiana no es, dice DORADO, una corriente innovadora pues lo que tiene de innovador es precisamente lo que tiene de común con el correccionalismo.
Pero debe reconocerse que la posición de DORADO en la doctrina española es minoritaria por no decir exclusiva del genial penalista. La mayoría de los correccionalistas son eclécticos (Vid ANTON, Correccionalistas, 1.024 s.), al igual que es ecléctica o crítica la postura de la generación de penalistas que asumen la corriente europea de defensa social.

1.132) SILVELA, Derecho penal, I, Prólogo, V.

1.133) RUEDA, Elementos, I, 175, expresamente dice estar afiliada, como SILVELA, a la escuela correccional.

1.134) Vid GIL CREMADES, Krausistas, 21-46 sobre la concepción del Derecho Moral y Sociedad en GINER

1.135) Vid ANTON, Correccionalistas, 1.024, RIVACOBA, Krausismo 122 y LANDROVE, Correccionalismo, 13

1.136) ANTON, Correccionalistas, 1.024 s.

1.137) Vid infra 2.A. pág. 864 ss.

1.138) DORADO, Balance, 137, dirá que son "correccionalistas a medias"; e incluso en algún momento (MISMO AUTOR, Código penal, 717, n.1) llega a decir que"el correccionalismo del Sr. Silvela es un caso altamente chocante del eclecticismo paradójico" y que ROEDER no hubiese

podido reconocer sus doctrinas en la obra de SILVELA. Manifestaciones ciertamente exageradas por parte de DORADO, pues el Tratado de Derecho penal de SILVELA rezuma por todos lados la filosofía krausista y correccional, por más que en materia de la pena no llega a las conclusiones extremas de la indeterminación de la duración de la misma, o admita indirectamente la retribución como fin

1.139) Para una exposición de las doctrinas abolicionistas europeas, Vid MANZINI, Recidiva, 414-6, MATTEOTI, Recidiva, 233-43, y ORANO, Recidiva, 66-87

1.140) Aunque en ningún momento se le cita.

1.141) GROIZARD, Código penal, I, 435

1.142) Ibidem. En este sentido se pronunciaba en Italia BUCCELLATI, Instituzioni di diritto e procedure penale, Milano, 1.884, (cita tomada de MANZINI, Recidiva, 416) Según da cuenta MANZINI, Recidiva, 422 son partidarios de tomar la reincidencia como atenuante KLEINSCHROD, MICHELE y BOZI. También DORADO, Psicología, 249 manifiesta que si la pena trata de castigar de acuerdo con el merecimiento del autor, la reincidencia debiera atenuar la pena porque la tendencia a delinquir hace que la imputabilidad sea menor.

1.143) GROIZARD, Código penal, I, 435

1.144) Ibidem, 436 s. Mismo razonamiento que utiliza TISSOT, Droit pénal, I, 161, para rechazar este argumento de la insuficiencia de la pena como fundamento de la reincidencia del código francés.

1.145) GROIZARD, Código penal, I, 437. En el mismo sentido TISSOT, Droit pénal, I, 154 s.

1.146) GROIZARD, Código penal, I, 437 s.En el mismo sentido TISSOT, Droit pénal, 145 s.

1.147) Aunque GROIZARD no cita en ningún momento a CARNOT ni a TISSOT, es evidente que la línea de argumentación que sigue es prácticamente idéntica a la mantenida por TISSOT en su Droit pénal, 136-58, donde éste recoge a su vez la crítica anterior de CARNOT (Vid CARNOT, Commentaire, I, 162)

1.148) GROIZARD, Código penal, I, 439

1.149) Ibidem, VI, 373

1.150) Vid supra Cap. 2°Secc. 4ª.III. pág. 458

1.151) DORADO, Balance, 137, nos dice que "Pacheco continuó todavía siendo el autor "de consulta" de las gentes de ley y de foro; las personas de estudio, en cambio, se aficionaron a las traducciones españolas de libros de ROEDER..."

1.152) Vid supra Cap. 2°Secc.4ª. I.2.A. pág. 429

1.153) ARMENGOL, Reincidencia, 20, 67. 131, s. principalmente.

1.154) Ibidem, 21

1.155) Ibidem, 22

1.156) Ibidem, 74

1.157) Sobre la tradición cristiana de la pena reformadora, Vid ARREDONDO y BRAVO, Nuevas escuelas, 26 s.

1.158) La pretensión de la corrección o enmienda del reo es una preocupación tradicional de los penitenciaristas pero ello no implica que se adscriban a la dirección propugnada por GINER siguiendo a ROEDER. Como pone de relieve LANDROVE, Correccionalismo, 42-6, la misma Concepción ARENAL, no es "correccionalista" en sentido estricto, sino como consecuencia de su profundo sentido humanitario y cristiano.

1.159) ARMENGOL, Reincidencia, 132 s. En este sentido se había pronunciado en Francia HAUS, Principes, II, 159.

1.160) Ibidem, 137 s.

1.161) Ibidem, 79

1.162) Vid supra Cap. 2°Secc. 4ª.I.2.D. pág. 439

1.163) ARMENGOL, Reincidencia, 80 s.

1.164) Ibidem, 38

1.165) Ibidem, 81

1.166) Ibidem, 77 s.

1.167) A este cambio de postura de ARMENGOL, respecto a la penalidad por multirreincidencia nos hemos referido anteriormente, Vid supra Secc. 3ª.II.5. pág. 759 y nota 902.

1.168) AZCUTIA, Ley penal, 244

1.169) Ibidem

1.170) Ibidem, 218

1.171) GONZALEZ MIRANDA, Historia, 53 s.

1.172) Vid supra Secc. 2ª.I.2.B.c.a' pág. 550

1.173) VIADA, Código penal, I, 311

1.174) ALVAREZ CID, Código penal, I. 273

1.175) En este sentido ANTON, General, 35, MIR PUIG, Introducción, 265, SAINZ CANTERO, Lecciones, 184

1.176) MONTES, Derecho penal, I, 450

1.177) Ibidem, 449

1.178) Ibidem, 449 s. Subrayado nuestro salvo el subrayado intermitente que pertenece al autor.

1.179) MONTES, Derecho penal, II, (2ª ed.) 226 s.

1.180) Ibidem II (1ª ed.) 36 s.

1.181) LANDROVE, Correccionalismo, 13: "el correccionalismo no supone más que la doctrina penal de los krausistas". En este sentido Vid también SILVA MELERO, Escuela, 442.

1.182) Pues admiten la pena de duración determinada (relativamente) a priori, tal como se recoge en el código, y no excluyen totalmente el fin de la retribución.

1.183) DORADO, Balance, 137

1.184) SILVELA, Derecho penal, I, 43 s.

1.185) Ibidem,57 s.: "Mas siendo el jurídico un orden espiritual su restablecimiento no puede alcanzarse empleando únicamente medios materiales, y la injusticia que el delito produjo no quedará reparada con sólo privar al delincuente de un modo mecánico y externo del poder de inferir injuria o daño, sino tal solo cuando esa imposibilidad sea moral ((...)). El restablecimiento del orden jurídico exigen pues, como condición necesaria de su naturaleza, la mejora, y la enmienda de aquella voluntad opuesta a él, transformándola en sumisa y observante de sus leyes". En el mismo sentido vuelve a insistir en varias ocasiones, principalmente en Ibidem 230 ss. El paralelismo con ROEDER, Doctrinas, 235 ss. es evidente.

1.186) ROEDER, Doctrinas, 240 s. SILVELA, Derecho penal, I, 53: "El derecho es una forma del Bien, en cuanto éste aparece como supuesto para el fin, que no puede ser

llenado sin el auxilio y la ayuda que le prestan determinadas condiciones". Poco más adelante (Ibidem,58) dice que la pena jurídica no es "la sanción impuesta al delito fatalmente por la naturaleza como el dolor físico: no puede consistir en mal,pues si nadie está autorizado para causarle, tampoco lo está el Estado, y finalmente, por lo mismo de la pena -que es el Derecho- no puede ser, como ordinariamente se asienta como cosa inconcusa, la negación o privación del Derecho" (Subrayado nuestro).

1.187) SILVELA, Derecho penal, I, 62: "E importa poco que esta coacción (la pena) sea sentida y aborrecida como un mal por el obligado a sufrirla. El derecho de todos y aún el suyo propio no está a merced de la voluntad, o viciada o imperfectamente desenvuelta. Esto acontece con toda tutela, en la del loco como en la del niño, en la del ignorante como en la del culpable".

1.188) Ibidem, 254: "La tutela que pudiera con razón llamarse penal, es impuesta pues, al reo como exigencia de la sociedad jurídica entera que reclama que todos sus miembros cooperen de un modo efectivo al mantenimiento del orden de Derecho, que le restablezcan si le perturbaron".

1.189) Ibidem, 58 y 252 ss. principalmente.

1.190) Ibidem, 121: "El hecho exterior y sensible no tiene valor en sí, propio y sustantivo; tiénele tan solo como signo, como expresión y manifestación de la voluntad antijurídica u opuesta al Derecho".

1.191) ROEDER, Doctrinas, 306 ss. y GINER y CALDERON, Principios, 170 s.

1.192) SILVELA, Derecho penal, I, 222 s. manifiesta que la razón de la pena reside en la comisión de un delito, como principio irrenunciable de garantía de legalidad. "nulla pena sine crimen". La pena se aplica porque hubo falta: "quia peccatum est". Lo que no obsta a que mantenga que la finalidad de la pena es el restablecimiento del orden jurídico por medio de la enmienda moral del reo. (Ibidem, 223-34).

1.193) Vid supra Cap. 2°Secc. 4ª.I.2. pág. 428 ss.

1.194) SILVELA, Derecho penal, I, 159 y II, 259

1.195) Ibidem, 158. Subrayado nuestro.

1.196) ROEDER, Doctrinas, 249-51, GINER y CALDERON, Principios 169 s. SILVELA, Derecho penal, I, 121.

1.197) SILVELA, Derecho penal, 158

1.198) Ibidem

1.199) Así RUEDA, Elementos, I, 179, proclama como "el mal físico no tiene, según nuestras teorías, importancia sustantiva y propia en el aprecio de la culpabilidad de las acciones humanas". O más adelante, en relación con la reincidencia dice (Ibidem, 349): "la medida del delito la da y suministra el elemento moral, sirviendo el material únicamente para probar la existencia de aquel". Aparte de otras manifestaciones en las que se reconoce expresamente correccionalista (Ibidem, 175).

1.200) Aunque en VALDES son patentes las influencias de las nuevas tendencias que tratan de indagar las causas del crimen, mediante la utilización del método empírico, (Vid VALDES, Derecho penal, I, 396-553) se trasluce en él la filosofía correccionalista cuando (Ibidem II,49) manifiesta que se debe conceder "al elemento moral del delito la mayor importancia, por constituir su origen y esencia (del derecho infringido) siendo el hecho su manifestación y prueba y no contraponíendose el Estado y el individuo sino, por el contrario armonizándose ... "O cuando trata de los "Medios de obtener el arrepentimiento y, con el, la enmienda y la rehabilitación moral y social de los reos" (Ibidem, II,91)

1.201) RUEDA, Elementos, 345 s. y 350; VALDES, Derecho penal I, 329 y II, 509.

1.202) RUEDA Elementos, I, 345. Subrayado nuestro.

1.203) Ibidem

1.204) Ibidem, 365

1.205) Ibidem, 353

1.206) Ibidem, 353 s.

1.207) VALDES, Derecho penal, I, 842 s.

1.208) Ibidem, I, 324. Subrayado nuestro.

1.209) Ibidem, 333 s.

1.210) A juzgar por la dedicatoria que dedica a SILVELA en su libro sobre la "Reforma del código penal Español" Vid CASTILLO, Reforma, 6

1.211) CASTILLO, Reforma, 212

1.212) Ibidem

1.213) Vid supra Secc. 2ª.I.3. pág.

1.214) ARREDONDO y BRAVO, Nuevas Escuelas, 246 s.

1.215) Ibidem, 26 y 247

1.216) Vid ANTON, Generación, 338 y CEREZO, Curso, 87 s.

1.217) ARAMBURU, Prólogo y Notas, 372

1.218) Ibidem

1.219) Ibidem, 355

1.220) Ibidem, 372

1.221) Ibidem, 370

1.222) Así lo hacen RUEDA y VALDES como acaba de verse. La reconducción de una cualidad del carácter del agente a la culpabilidad aparece frecuentemente en la doctrina francesa de esta época: GARRAUD, Traité, III, 57 considera al sujeto culpable de la formación de un hábito o tendencia delictiva, porque, dice la adquisición de la misma es un hecho voluntario en su inicio. También ORTOLAN, Tratado, I, 182 s. considera la reincidencia como incremento de culpabilidad, aunque añade que desde la perspectiva de la utilidad social se tiene en cuenta que el reincidente representa también un mayor peligro de volver a delinquir.

1.223) Vid FERRI, Principios, 37

1.224) Anteriormente se habían celebrado Congresos penitenciarios en Francfurt (1.846 y 1.857) y en Bruselas (1.847) según indica BERNALDO DE QUIROS, Nuevas Teorías, 244. A partir del celebrado en Londres, como Primer Congreso Penitenciario Internacional, en 1.872, se celebra en 1.878 el Segundo en Estocolmo, y el tercero en Roma en 1.885. A partir de entonces se celebran cada cinco años turnándose distintas capitales principalmente europeas, salvo durante las obligadas interrupciones por las dos guerras mundiales.

1.225) WAHLBERG, Combattre, 170 s.

1.226) A estas propuestas nos hemos referido anteriormente al tratar de la plurirreincidencia en algunos delitos patrimoniales. Vid supra Secc. 3ª II. pág. 720 y notas 753 y 755.

1.227) Vid supra Ibidem, nota 759. Sobre los avatares en la aplicación de la ley francesa de relegación, finalmente derogada por ley de 7 de julio de 1.970, Vid SCHMELCK Multirreincidencia, 1.582 s.

1.228) Sobre la lucha de la Escuela Positiva para su admisión como tal Escuela y aceptación de sus principios, Vid. LANDECHO, Tipificación, 33-43

1.229) Incluso SILVELA, Tratado, I, 399 s. llega a admitir la posibilidad de la relegación obligatoria de los reincidentes por graves delitos a colonias lejanas. Ya vimos anteriormente, supra 1.B. pág. 858, como RUEDA y VALDES expresamente añoraban una disposición semejante a la francesa en esta materia.

1.230) En este sentido ROEDER, Doctrinas, 306 ss. y GINER y CALDERON, Principios, 170 s.

1.231) DORADO, Problemas, I, pág. XIV, s.

1.232) DORADO, Balance, 139

1.233) Como expone MIR PUIG, Introducción, 273, aunque JIMENEZ DE ASUA traduce y SALDAÑA adiciona el Tratado de VON LIZST en 1.917 (Vid VON LISZT, Tratado), hasta 1.931 no puede decirse que se haya operado una verdadera recepción de la dogmática en España; pese a que Faustino BALLVE en 1.913 había publicado uua monografía sobre la teoría del delito de BELING (Vid BALLVE, Beling). El hito del giro dogmático viene marcado por el discurso de JIMENEZ DE ASUA sobre la teoría del delito (Vid JIMENEZ DE ASUA, Teoría jurídica) en la inauguración del curso académico 1.930-31 en la Universidad de Madrid.

1.234) DORADO, Protector, 138-60 y MISMO AUTOR, Psicología, 234

1.235) DORADO, Bases, 13

1.236) Ibidem, 95

1.237) DORADO, Código penal, 674 ss.: "Que el código vigente más que a la imputabilidad propiamente dicha, es decir a la presencia o no de voluntad consciente(...) se atiene, para la declaración de la punibilidad y la correspondiente imposición de pena, a la capacidad delictuosa que sospecha existir en aquellos, y por lo tanto al grado de peligro social que revelan, nos lo está él mismo demostrando en multitud de artículos y multitud de maneras, las principales de las cuales vamos a indicar (...)" (Subrayado nuestro).

1.238) ANTON ONECA, Utopía, 32 s.

1.239) No solo en la reincidencia sino en todas las agravantes, a juicio de DORADO, Psicología, 82-7

1.240) DORADO, Psicología, 249

1.241) DORADO, Correccional, 539

1.242) DORADO, Psicología, 234

1.243) Ibidem n.4, donde cita la Orden Circular del Ministerio de Gracia y Justicia de 29 de enero de 1.901 relativa al abono de la prisión preventiva donde textualmente se dice que "la reincidencia y la reiteración arguyen cierto hábito del crimen"; y el R.D. de 18 de febrero de 1.901 sobre el servicio de identificación donde se alude a la reincidencia como señal de "mayor perversión" del delincuente.

1.244) DORADO, Psicología, 240

1.245) Ibidem

1.246) Vid supra Cap. 2°Secc. 4ª.I.2. pág. 428 ss.

1.247) Ibidem

1.248) BERNALDO DE QUIROS, Nuevas Teorías, 163-8 alaba la genial concepción de DORADO en quien, dice, el correccionalismo y el positivismo han hallado una feliz combinación "acaso la única hasta el presente"; y muestra de forma patente su admiración hacia sus teorías. Su fidelidad y respeto al magisterio de DORADO son manifiestas en el Prólogo a DORADO, Naturaleza.

1.249) Ibidem, 344

1.250) BERNALDO DE QUIROS, Prólogo, XIV s.

1.251) BERNALDO DE QUIROS, Nuevas Teorías, 326

1.252) Ibidem, 330

1.253) Vid supra Secc. 3ª.II.5. pág. 764 nota 929 donde transcribíamos textualmente el art. 33 del Proyecto MONTILLA que disponía la retención indeterminada para los incorregibles.

1.254) El texto de los artículos del Proyecto relativos a la reincidencia y a la retención puede verse también en BERNALDO DE QUIROS, Teoría, 51 s.

1.255) Ibidem, 51

1.256) Ibidem, 54, donde reproduce los artículos del Proyecto relativos a la aplicación de las penas. El art. 79 establece: "La reincidencia produce el efecto de agravar la pena en una mitad más que la señalada al delito. En este caso, no servirá de obstáculo al Tribunal el máximo de la pena establecida por la ley, pero no podrá traspasar nunca el máximo legal de cada especie de pena".

1.257) De acuerdo con lo que el mismo autor expone más adelante. Vid BERNALDO DE QUIROS, Teoría, 427

1.258) Debe hacerse notar que en la definición de reincidencia que el autor ofrece en el Proyecto MONTILLA, la reincidencia continúa al igual que en el código penal de 1.870, fijada sobre el momento de "ser juzgado" no requiriendo que la condena sea anterior a la recaída(art. 32 del Proyecto). Lo cual mal se compagina con las afirmaciones de "incorregibilidad" del reincidente, pues el reo de acuerdo con la redacción dada a la agravante, puede muy bien no haber sido sometido todavía a corrección o pena alguna.

1.259) MORENO, Reincidencia, 80

1.260) Ibidem, 60-71

1.261) Ibidem, 76 s.

1.262) Ibidem, 39-61

1.263) Ibidem, 68, 76, 78 s.

1.264) Ibidem, 9

1.265) Ibidem

1.266) Ibidem, 67. Subrayado nuestro

1.267) Ibidem, 74

1.268) Ibidem, 73 y 75

1.269) Ibidem

1.270) Ibidem, 73

1.271) Ibidem, 67 y 71. Con esta formulación se adelanta MORENO a la que muchos años después mantendrá PISAPIA, Reincidencia, 337 s.: "circunstancia cualificativa subjetiva" del reo, tras negar otras teorías sobre la culpabilidad o culpabilidad de inclinación del reincidente.

1.272) MORENO, Reincidencia, 70

1.273) Ibidem, 72

1.274) Ibidem, 61-4

1.275) Como señala ANTON, Utopía, 13, CUELLO CALON, fue discípulo de DORADO en Salamanca, y a la muerte de éste publicó un compendio de las teorías del maestro para el público italiano (CUELLO CALON, Pietro Dorado). Asimismo, JIMENEZ DE ASUA dedica en tono elogioso dos artículos a la memoria de DORADO (JIMENEZ DE ASUA, Pedro Dorado, y MISMO AUTOR, Drama).

1.276) Como hemos señalado anteriormente, Vid supra nota 1.233

1.277) Una exposición de esta evolución en el tratamiento del fenómeno de la reincidencia puede verse en ANCEL, Recidivisme, HERZOG, Multirecidivisme.

1.278) Cuyo contenido viene expuesto en su obra "Modernas concepciones penales en España, Teoría pragmática" (Vid SALDAÑA, Teoría pragmática en lista bibliográfica de este trabajo).

1.279) SALDAÑA, Teoría pragmática, 69

1.280) Ibidem, 85

1.281) Como pone de relieve ANTON, Antecedentes, 41

1.282) SALDAÑA, Adiciones, III, 170 s.

1.283) SALDAÑA, Reforma, 168 y MISMO AUTOR, Projet, 196

1.284) SALDAÑA. Projet, 195 s.

1.285) Ibidem, 197 s.

1.286) Ibidem, 203

1.287) Ibidem. 195

1.288) SALDAÑA, Epílogo, 181: "Nuestra simpatía estuvo en el Proyecto de Ferri, desde antes de ver la luz. Creímos en él con una fe mesiánica. Veamos ahora hasta qué punto la realidad prometida corresponde a las proporciones del abierto crédito intelectual. Digamos ante todo que se trata de un Proyecto inconsecuente". (Subrayado del autor).

1.289) Ibidem, 211

1.290) Por el contrario JIMENES ESCRIBANO, Proyecto, 80 consideraba acertada la denominación de la respuesta penal mediante la palabra "sanción" porque responde mejor, dice, a la idea de defensa. Por su parte JIMENEZ DE ASUA, Proyecto, 103, considera que las "sanciones" del Proyecto italiano responden a la inspiración de defensa social y estado peligroso que orientan todo el Proyecto.

1.291) SALDAÑA, Epílogo, 212 s.

1.292) Como por ejemplo en SALDAÑA, Reforma, 92 donde en una especie de Proyecto que hace el autor, coloca en el Capítulo "De las condiciones de los delincuentes" un artículo (art. 51) con el siguiente texto:
"Son especialmente temibles en la sociedad:
1°El delincuente habitual. Lo es el que ha sido castigado anteriormente por delito a que la ley señale igual o mayor pena, o por dos o más delitos a que aquella señale pena menor.
Esta circunstancia la tomarán en consideración los Tribunales según las condiciones del delincuente y la naturaleza y los efectos del delito.
Lo es el reincidente. Hay reincidencia cuando al ser juzgado el culpable por un delito, estuviere ejecutoriamente condenado por otro comprendido en el mismo Título de este código (pen. 10, circunstancias 17 y 18), en cualquiera de los grados del art. 44 o dos veces en juicio por falta de la misma materia criminal" (Subrayados del autor).
Según esto las agravantes 17 y 18a del código revelan al "delincuente habitual" Lo que está en contradicción con lo que él mismo dice más adelante (Ibidem, 168) respecto a que la reincidencia es un "índice relativo, y no siempre seguro" de habitualidad.

1.293) JIMENEZ ESCRIBANO, Proyecto, 63

1.294) Ibidem 64 s.

1.295) CUELLO CALON, General, 216 y 335

1.296) Vid PRINS, Defensa, 75 ss.

1.297) Vid JIMENEZ DE ASUA, Estado peligroso, 32 s. y MISMO AUTOR, Adiciones, 49-53

1.298) CUELLO CALON, General, 216

1.299) Ibidem

1.300) CUELLO CALON, Anotaciones, 611, se opone a la consideración general de que las agravantes sean de carácter "objetivo". Por el contrario, dice "yo creo que el carácter de estas circunstancias es puramente personal y subjetivo, pues no representan sino una mayor perversidad, una mayor temibilidad del delincuente en cuyo acto aparecen".

1.301) Ibidem, 623. Subrayado nuestro

1.302) Ibidem, 634. Las mismas consideraciones vierte el autor en págs. 622 y 644. (El subrayado del pasaje citado corresponde al autor). En la misma línea LANGLE, Política, 158

1.303) CUELLO CALON, General, 356 y 360

1.304) Desde la ponencia de WAHLBERG, Combattre, 169 ss. en el Congreso de Estocolmo, a la que se adhiere BRUSA, CONGRESO ESTOCOLMO, I, 620, la diferenciación entre reincidente ocasional y habitual es constante. Vid SICHART, Congreso San Petersburgo, III, 421 s., DUBOIS Ibidem, 489, ARENAL, Ibidem, 543.En la doctrina en general la relativización de la reincidencia como síntoma de habitualidad es también patente. Vid ALIMENA, Principios, II, 411 s., ANDREOTTI, Recidiva, 292, GREGORI, Recidiva, 14 y 126, PUGLIA, Recidiva, 723 s. La improcedencia de equiparar "reincidente" a "habitual" o "incorregible" es reconocida en el Congreso Penitenciario español celebrado en La Coruña en 1.911 (Vid CONGRESO LA CORUÑA, 269.)

1.305) En este sentido, GAROFALO, Criminología, 432; PUGLIA, Recidiva, 722 ss.

1.306) CUELLO CALON, General (12ª ed. año 1.956), 563

1.307) Ibidem

1.308) CUELLO CALON, General, (17ª ed.), 599

1.309) CUELLO CALON, Penología, 82

1.310) JIMENEZ DE ASUA, Estado peligroso, 11 y 16. Subrayados del autor.

1.311) JIMENEZ DE ASUA, Derecho penal, 158.

1.312) Ibidem. Subrayados del autor,

1.313) Pues no admite, en esta primera época la coexistencia de los conceptos de peligrosidad con los de imputabilidad y culpabilidad: JIMENEZ DE ASUA, Estado peligroso, 23. "No patrocinemos a medias las ideas fecundas: re-

probemos toda transacción. Aceptar el estado peligroso como fórmula parcial, coexistente con los viejos conceptos de imputabilidad y culpabilidad, en el viejo sentido, hablar de peligro para la sociedad en ciertos casos y entender que no existe en otros, es un grave error"

1.314) JIMENEZ DE ASUA, Derecho penal, 159

1.315) JIMENEZ DE ASUA, Tratado, I, 38

1.316) JIMENEZ DE ASUA, Habitual, 258-60 y MISMO AUTOR, Ley, 676.

1.317) JIMENEZ DE ASUA, Ley, 676 s.

1.318) JIMENEZ DE ASUA, Habitual, 254 s. y 159 s.

1.319) Tanto ARMENGOL, como MONTES, aludían a ese peligro social que representa el reincidente. Vid supra 1.B. pág.

1.320) En este sentio únicamente se pronunciaban RUEDA y VALDES. Vid supra I.C. pág. 856

1.321) En este sentido JIMENEZ DE ASUA, Adiciones, I, 19: "La teoría correccional roederiana, carecía de base sólida. Solo desde un punto de vista especulativo, atribuyó el delito a la torcida voluntad del reo, e hizo de la pena una tutela del hombre que se halla necesitado de enmienda. Faltaba en ella el sentido antropológico experimental y carecía de concepción sociológica que sólo la Estadística puede proporcionar".

1.322) ARMENGOL, LASTRES y ARENAL, son los más asíduos partícipantes en los primeros Congresos penitenciarios (Vid ARMENGOL, Memoria, 5 s.; LASTRES, Memoria, 8 ). ARENAL participa en los de Estocolmo, Roma y San Petersburgo, teniendo en éste su más destacada intervención en materia de reincidencia,(CONGRESO San Petersburgo,IV, 542-4), desde la perspectiva de la "corrección" como finalidad penitenciaria. Desde este objetivo propugna ARENAL una clasificación individual de los reclusos reincidentes para determinar quienes son peligrosos y quienes son todavía corregibles. Ante todo la tesis de ARENAL descansa en el rechazo de una consideración homogénea de los reincidentes.

1.323) En este sentido SALDAÑA, Reforma, 168 s.

1.324) O bien el "recidivismo" término utilizado en el III Congreso Internacional de Criminología celebrado en Londres en 1.955 precisamente para obviar la carga ju-

rídica del término "reincidencia" Vid JIMENEZ DE ASUA Habitual, 256-8.

1.325) Vid supra Secc. 2ª.I.2.B.c.c' pág. 558 ss.

1.326) Vid supra Secc. 3ª.II.2.B.a. pág. 746 ss.

1.327) Vid supra Secc. 3ª.III.. 3 y 4 pág. 797 y 808

1.328) Vid supra Secc. 2ª.I.2.B.c.a' pág. 550

1.329) Vid supra Secc. 2ª.I.2.B.c.c' pág. 558

1.330) Vid supra Secc. 2ª.II.4.A.b. pág. 690 y B.a. pág.

1.331) JurCrim t. 23/430

1.332) JurCrim t. 30/672

1.333) Vid supra I.1.C. pág.

1.334) JurCrim t. 52/212

1.335) JurCrim t. 56/316

1.336) JurCrim t. 84/55

1.337) JurCrim t. 85/28

1.338) JurCrim t. 86/76

1.339) JurCrim t. 89/115

1.340) JurCrim t. 102/45

1.341) Vid supra Secc. 2ª.I.2.B.c.c', 558

1.342) Vid supra Secc. 2ª.I.2.c.d' pág. 564

1.343) Y a juzgar por los testimonios jurisprudenciales, no fueron pocos los casos en que obligatoriamente tuvo que apreciarse la reincidencia de forma tan incongruente. Vid supra Secc. 2ª.I.2.B.c.c' pág.

1.344) Vid supra I.1.B. pág. 849

1.345) Vid supra Secc. 2ª.I.2.C.d' pág. 564

1.346) Vid supra Cap. 2°Secc. 4ª.II.2. pág. 447 ss.

1.347) CARRARA, Recidiva, 140 s. se había pronunciado por la relevancia de la reincidencia "impropia" o en delitos

no semejantes, como de igual categoría que la reincidencia "propia", pues precisamente la "impropia" puede revelar que el sujeto está predispuesto a cometer toda clase de crímenes. Aunque estima también que en todo caso la reincidencia en delitos semejantes tiene más relevancia si se trata de incuencia profesional.

1.348) Vid supra Cap. 2°Secc. 2ª.II.2.A. pág. 319

1.349) Vid supra Secc. 2ª II.4. pág. 681 ss.

1.350) Vid supra Secc. 3ª.II.2.B. pág. 744 ss.

1.351) Recordemos que esta figura aparece con el código de 1.870, pero es derogada en 1.876 al volver a encuadrarse todos los hurtos en el Libro de los delitos; y de nuevo en 1.906 vuelve a aparecer al reestablecerse la normativa de 1.870. Vid supra Secc. 3ª.III.1. pág. 772

1.352) Vid supra Cap. 1° Secc. 4ª.I. pág. 160 ss. y Cap. 2° Secc. 4ª.I.1. pág. 423 ss.

1.353) Vid supra Secc. 3ª.II.5. pág. 758

1.354) Vid supra I.2.A. pág. 864 ss. principalmente la postura de BERNALDO DE QUIROS y de MORENO, y I.2.B. pág. 872 ss.

1.356) Vid GAROFALO, Criminología, 432 y PUGLIA, Recidiva, 722.

1.357) En este sentido, RODRIGUEZ DEVESA, Alegato, y RODRIGUEZ MOURULLO, Medidas, 353.

1.358) Vid RODRIGUEZ MOURULLO, Significado, JORGE BARREIRO, Medidas, 148 s.

1.359) En este sentido, ZIPF, Política, 148 s.

1.360) BERISTAIN, Medidas, 194 s. FAIREN, Dudas, 190 s., LANDECHO Peligrosidad, 256 y VIVES, Métodos, 214.

# C O N C L U S I O N E S

# C O N C L U S I O N E S

De la investigación realizada pueden extraerse las siguientes conclusiones que para mayor claridad vamos a exponer clasificándolas en dos grupos: I. Relativas a la configuración legal de la reincidencia en los códigos examinados, y la postura de la doctrina y jurisprudencia al respecto; y II. Conclusiones sobre la fundamentación jurídica o justificación del tratamiento agravatorio de la reincidencia en la normativa examinada. En último lugar haremos alguna reflexión en relación con la normativa actualmente vigente.

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

1°.- El código penal de 1.822, pese a su casi nula vigencia es el que marca las pautas que van a seguir los códigos españoles posteriores en la configuración de la reincidencia, que en todos ellos es objeto de una triple regulación: a) como agravante genérica para todo delito, en su doble vertiente de reincidencia "genuina" y reiteración; b) como cualificación específica para determinados delitos, destacando aquellas relativas a los delitos patrimoniales más frecuentes en el siglo pasado; y c) como agravación particular para los delitos o faltas co-

metidos durante el período de ejecución de la condena anterior o tras el quebrantamiento de ésta. Este complejo normativo constituye una peculiaridad de los códigos penales españoles frente a otros códigos europeos de la época.

2°.- El concepto legal de reincidencia en delitos semejantes figura central de la regulación, no es uniforme en los distintos códigos penales objeto de nuestro estudio. Las diferencias fundamentales versan sobre: a) la exigencia o no de condena anterior a la comisión del nuevo delito; b) el criterio utilizado para designar la semejanza entre las infracciones; y c) la admisión o no de la prescripción de las condenas anteriores a efectos de la agravación.

3°.- El código penal de 1.822 es el que ofrece la mejor y más completa definición de reincidencia en comparación con las posteriores de 1.848 y 1.870, ya que expresamente recoge la necesidad de condena previa a la recaída, utiliza el criterio del "mismo Título" para determinar la semejanza entre las infracciones -este es el único punto censurable, a nuestro juicio, por su formalismo- y tiene en cuenta la prescripción de las condenas anteriores en unos plazos razonables.

En contraste a la detallada prescripción que presenta este primer código, el código penal de 1.848 ofrece una es-

cueta definición, "Ser reincidente de delitos de la misma especie", que permite interpretaciones opuestas respecto a la exigencia de condena anterior. Es no obstante encomiable la utilización del flexible criterio de la "misma especie" para designar la semejanza entre los delitos.

La definición legal empeora sustancialmente en el código penal de 1.870, tal vez debido a la precipitación con que se aprobó éste de forma "provisional". De acuerdo con el tenor legal, la reincidencia surge cuando "al ser juzgado el culpable por un delito estuviere ejecutoriamente condenado por otro del mismo Título", fórmula que abarca la mera repetición de delitos sin condena intermedia, con tal que el sujeto sea condenado por alguno de los cometidos antes que por los demás, independientemente de que el orden de condenas se corresponda o no con el orden de la perpetración de las infracciones. La aplicación de la agravación por reincidencia o de la rebaja de pena según las reglas del concurso de delitos (que aparecen por primera vez en este código) depende únicamente de la eventualidad procesal del enjuiciamiento separado o conjunto de los varios delitos cometidos por el reo. Por desgracia esta definición del que fue motejado "código de verano" es la que ha estado vigente durante más tiempo ya que incluso, tras el lapso del código de 1.928, el código de 1.932 vuelve a recogerla en los mismos infelices

términos.El R.D.L. de 14 de noviembre de 1.928 alivia ligeramente el formalismo del concepto legal al admitir la prescripción de las condenas anteriores, pero los problemas relativos a la confusión entre la reincidencia y la mera repetición continúan como antes.

4°.- Por el contrario la doctrina a lo largo del pasado siglo de forma casi unánime entiende que la reincidencia debe configurarse sobre la recaída posterior a una previa condena así como que los delitos cometidos deben guardar una estrecha semejanza entre sí. Por ello, en general se pronuncian a favor de la fórmula de la "misma especie". Al final del siglo se insiste en que no sólo basta la "misma especie" sino que es necesario la "homogeneidad del móvil". La crítica al criterio legal del "mismo Título" que hoy continía se remonta a estas épocas.

Es interesante destacar cómo ya desde 1.848 comienzan a pronunciarse algunos autores contra el carácter preceptivo de la estimación de la reincidencia, así como contra la imprescriptibilidad de las condenas anteriores a estos efectos. A partir de 1.870, desde las filas correccionalistas se insiste en que la reincidencia debe construirse sobre el cumplimiento de la pena anteriormente impuesta, supuesto el carácter correccional de la misma.

5°.- La jurisprudencia penal del Tribunal Supremo, que se iniciaen 1.870 y por lo tanto sobre la normativa del código de esta fecha salvo casos de aplicación de la retroactividad favorable, se ve obligada a apreciar la agravante de acuerdo con la "letra clara y explícita de la ley" por más que éste resulte opuesta al "espíritu" que pudo estar presente en el legislador o que teóricamente debiera informar la reincidencia legal. Y así vemos aplicada esta circunstancia, en multitud de ocasiones, sobre el primer delito cometido por el reo por haber recaído, anteriormente al enjuiciamiento de éste, condena por otro delito cometido después. Tal vez el legislador no pretendió consagrar semejante absurdo, del que quizás no se percató por la premura con que se aprobó el código, pero la realidad es que pese a las críticas insistentes, tanto de la doctrina como en más de una ocasión de la propia Fiscalía del Supremo, la definición legal sigue incólume. Ello muestra no sólo la discordancia entre la ley y la doctrina en este punto, sino también la lejanía y casi nos atrevemos a decir la insensibilidad del legislador ante lasflagrantesinjusticias a que daba lugar la defectuosa fórmula legal.

6°.- La segunda modalidad de reincidencia, aquélla en delitos de "distinto Título" o de "distinta especie" según las diferentes definiciones de cada código, que ya en las últimas décadas del siglo la doctrina y la jurisprudencia

denominan "reiteración", aparece como un complemento de la "genuina" reincidencia y como supuesto de menor gravedad que ésta. En el código de 1.822 tiene el defecto de una simple agravante que, como tal, no puede dar lugar sino a la imposición de la pena en su grado máximo, mientras que la reincidencia duplica la pena o conduce a la imposición de otra superior. En el código de 1.848 se limita su ámbito a los casos en que el delito anteriormente condenado tuviese pena igual o mayor al actual, criterio bastante discutible, y en el código de 1.870 se permite su aplicación cuando son dos o más los delitos condenados anteriormente aunque tuviesen señalado pena menor que el nuevo cometido. En los tres códigos reseñados la reiteración queda configurada sobre la existencia de una condena anterior a la comisión del nuevo delito, a diferencia de los vaivenes que en este punto sufre la definición de la reincidencia "genuina" en los distintos textos legales. Pero la más importante novedad que presenta esta circunstancia es la inclusión en el c.p. de 1.870 de una cláusula por la que se deja al prudente criterio del juez la apreciación de la misma, teniendo en cuenta "la naturaleza del delito" y las "circunstancias del sujeto". Cláusula que se mantiene en el código de 1.932 pero que desgraciadamente desaparece en 1.944.

7°.- La doctrina del siglo pasado se pronuncia constantemente y de forma tajante en contra de la agravante de reite-

ración, por considerar que sólo la comisión de delitos semejantes merece tenerse en cuenta para agravar la pena pues sólo en estos casos puede presumirse la "mayor perversidad" del reo que unánimemente se considera fundamento de la reincidencia. Tal vez por ello se concede al juez la apreciación facultativa de la misma, concesión que la doctrina alaba y que algunos solicitan se extienda a la reincidencia. Pues a través de esa cláusula se permite restringir la agravante a los supuestos en que, pese a encuadrarse los delitos cometidos por el reo en distinto Título del código, existe alguna semejanza entre ellos.

8°.- La jurisprudencia relativa a la reiteración constituye uno de los puntos más interesantes con los que nos hemos encontrado en nuestro trabajo, pues demuestran la superioridad de las fórmulas flexibles y la importancia del arbitrio judicial para aproximar las decisiones de los Tribunales a los objetivos de la justicia material. En el uso del arbitrio concedido, los Tribunales tienen la posibilidad, que acertadamente aprovechan con justo criterio, de actuar como verdaderos jueces sopesando la relevancia concreta de las condenas anteriores en el supuesto que enjuician. Suprimido el formal automatismo, se ven en la necesidad de justificar los criterios utilizados para la estimación o no de la agravante, iniciándose así una sólida línea jurisprudencial que rechaza la

aplicación de la reiteración siempre que no aparezca suficientemente constatada la presencia de una "mayor perversidad" o de una acusada "tendencia delictiva", caracteres que se reclaman como fundamento de la agravación. La presencia o no de este fundamento la deducen de la semejanza entre las infracciones o bien del abundante historial delictivo del reo, acercándose así a los criterios propuestos por la doctrina mayoritaria. A través de la cláusula facultativa se rechaza también la agravante cuando el transcurso de un cierto tiempo entre las infracciones permite deducir la ausencia de esa"mayor perversidad".

9°.- Las cualificaciones por reincidencia para los delitos patrimoniales más frecuentes en el siglo pasado rinden tributo a la legislación histórica tradicionalmente severísima en esta materia. Pero también demuestran la particular preocupación del legislador por lograr la máxima protección de la propiedad, derecho cuasi sagrado en la ideología liberal sobre la que se asientan los incipientes Estados modernos. No puede perderse de vista que precisamente la delincuencia habitual y profesional se manifiesta especialmente en relación a las infracciones patrimoniales de más fácil comisión, que normalmente suelen ser también las menos graves. La pena es el único medio que se conoce, cuando se promulgan los códigos ob-

jeto de nuestro estudio, para luchar contra ese fenómeno, por lo que se acude a la exacerbación de la misma de forma más o menos intensa según lo permitan los principios sobre los que se asientan los diversos códigos. El código de 1.822, más cercano a la antigua legislación e inspirado en las doctrinas utilitarias, no contento con las ya importantes elevaciones de pena prevista con carácter general para la reincidencia, contempla, con el casuismo que le caracteriza, la simple reincidencia y la mera repetición de robos y hurtos para imponer penas en la mayoría de los casos perpetuas. El código de 1.848, más prudente en esta materia por las exigencias del principio de la retribución proporcional al daño objetivamente causado, eleva la pena en un grado para los hurtos y para ciertas estafas cuando se cometen por un "reo habitual", calificando como tal al que comete tres o más delitos separados entre sí por 24 horas como mínimo. La reforma de 1.850 sustituye la cualificación del "reo habitual" por la de simple reincidencia en el intento de ampliar el campo de la superagravación. El código de 1.870 en cambio, presenta una relativa suavización al exigir que el reo sea al menos reincidente "por segunda vez" para que tenga lugar la elevación de la pena. Se constata pues, una progresiva mitigación en la dureza de la cualificación. Pero en 1.870, al degradarse por primera vez los hurtos leves a la categoría de "falta", aparece como contrapartida a esta suavización una nueva cualificación para los

hurtos: la "falta" de hurto se convierte en "delito" cuando el reo ha sido anteriormenre condenado "por delito de robo o hurto o dos veces por falta de hurto". Cualificación con la que se pretende contentar a un importante sector parlamentario reacio a cualquier suavización en la represión de las infracciones patrimoniales. Pero esta nueva política respecto a los hurtos no logró ser bien acogida y en 1.876 se vuelve a la normativa anterior con lo que todo hurto por leve que seam es consideradi "delito". Habrá que esperar 20 años para que en 1.907 se reconsidere esta cuestión y por fin definitivamente se vuelva de nuevo a la regulación que se ofrecía en 1.870, con lo que otra vez se instaura la cualificación por esa especial reincidencia para las "faltas" de hurto. Así se ha mantenido hasta la actualidad e incluse el Proyecto de código de 1.980, a nuestro juicio equivocadamente, la recoge en los mismos términos que el código que pretende derogar.

10°.- La <u>doctrina</u> por lo general no se opone a las elevaciones de pena por reincidencia en los delitos patrimoniales. Los comentaristas del código de 1.848, aunque critican la definición de "reo habitual" consideran adecuada la exacerbación de la pena por la frecuencia alarmante de la reincidencia en esta clase de delitos, Frente a la severidad de la legislación del Antiguo Régimen recién derogada, la cualificación que ofrece el código parece prudente. El clasicismo ecléctico que profesan los pe-

nalistas de esta época se inclina en este campo hacia los objetivos de prevención. Pero a partir de 1.870 tampoco encontramos apenas oposición a las cualificaciones salvo en GROIZARD, quien se declara decididamente contrario a cualquier clase de agravación por reincidencia. Durante la vigencia del código de 1.870, especialmente desde finales del siglo, incide además otro factor que puede explicar la ausencia no ya solo de oposición a estas especiales agravaciones, sino la falta de atención a la concreta normativa legal por parte de la doctrina. Nos referimos al debilitamiento progresivo del dogma de la retribución proporcional a la objetiva gravedad del delito. A nivel internacional, la necesidad de hacer frente a la delincuencia profesional y habitual conduce a la admisión de "penas excepcionales" para los multirreincidentes según las propuestas formuladas en los Congresos Penitenciarios Internacionales. La ley francesa sobre relegación de reincidentes en 1.885 será la primera consagración legislativa de estas propuestas, a la que seguirán otras. Los penalistas espeañoles siguen con atención este proceso y aonsejan que se adopten en nuestro país leyes similares a aquella francesa. La propagación del positivismo naturalista acentúa las finalidades defensistas poniendo de relieve la inadecuación de las penas tradicionales para combatir la "peligrosidad" del delincuente. Desde estas perspectivas, la elevación de la pena en un gra-

do, tal como prevé el código para la multirreincidencia patrimonial resulta incluso moderada en muchos casos. Pero el problema de las cualificaciones legales y lo que debiera, creemos, haber puesto de relieve la doctrina claramente, es el automatismo de su aplicación ya que se configuran en función de las condenas anteriores del sujeto y no sobre el examen individual de la "peligrosidad" del reo tal como propugnaban las nuevas corrientes.

11°.- La jurisprudencia, a partir de la definición formal de reincidencia del código de 1.870, aprecia la cualificación prevista en el hurto y en algunas estafas para el reo "dos o más veces reincidente" en base al mero cómputo maquinal de los delitos condenados anteriormente. Establece que es suficiente la constancia de que el reo ha sido condenado por dos delitos antes de ser juzgado por otro tercero del mismo Título, siendo indiferente que aquellos hubieren sido objeto de una o de varias sentencias. Interpretación que no está en contradicción con el contenido sustancial de la reincidencia legal, configurada sobre el momento del juicio en vez de sobre el momento de la comisión del segundo o posteriores delitos. Pues si la simple repetición de una infracción constituye reincidencia según la ley -con tal que los delitos se enjuicien por separado-, no parece incongruente que la doble repetición (comisión de tres delitos) constituya doble reincidencia. Ya que a la ley le interesa la constatación del número de

las infracciones cometidas, y no que exista una relación cualitativa entre la condena del primero y la comisión del segundo.

No obstante, si bien es cierto que la exigencia de una primera reincidencia no garantiza que el delito que se enjuicia haya sido cometido después de una experiencia de condena (por el formalismo reseñado que tienen en cuenta el orden de condenas y no el orden de perpetración de los delitos), debiera haberse requerido esa primera declaración de reincidencia, que al menos hubiese evitado algunas de las incongruencias del texto legal. La doctrina, salvo alguna indicación aislada de RUEDA, prescinde del análisis de esta cuestión. Y así se va consolidando una línea jurisprudencial que condicionará la trayectoria posterior en la interpretación de la cualificación, aun cuando a partir del código de 1.944 la reincidencia se construye en base a la exigencia de condena anterior a la comisión del nuevo delito.

12°.- La especial agravación de los delitos o faltas cometidas después del quebrantamiento de la condena anterior, o durante el período de ejecución de ésta, constituye otra de las peculiaridades de los códigos españoles del siglo pasado, que desaparecen definitivamente con la derogación del código de 1.870. La doctrina se opone sistemáticamente a esta figura que tiene su origen en el exacerbado casuismo del código de 1.822 y que conjuga, por un lado, la preocu-

pación por conseguir un efectivo incremento de pena por reincidencia cuando el reo se encuentra cumpliendo una pena perpetua, y por otro, la pretensión de lograr una mayor intimidación hacia los reclusos internados en aquellos primeros establecimientos penitenciarios cuya deficiente organización no lograba evitar las frecuentes fugas y los graves altercados entre los internos.

## II. CONCLUSIONES SOBRE LA FUNDAMENTACION JURIDICA DE LA REINCIDENCIA.

1°.- La normativa de la reincidencia en los códigos estudiados se inspira en objetivos de prevención, particularmente en la prevención especial. La agravación o elevación de la pena en su caso, se justifica por el deseo de contrarrestar la intensa tendencia delictiva del reo, tendencia que se presume por el hecho de haber vuelto a cometer un delito semejante a aquél por el que ya había sido condenado antes. Esta es la justificación central de la reincidencia, aunque luego se aprecian ciertas matizaciones en relación con la modalidad de reiteración, o con las recaídas durante el período de ejecución de condena. La doctrina constantemente a lo largo del siglo pasado, justifica la agravación por la "mayor perversidad" del reo, que parece significar propensión al delito especialmente arraigada y rebelde a la primera experiencia de condena. Otras explicaciones que acompañan a esta principal aluden a la

"ineficacia" de la pena anterior, o a la "alarma social". Pero ambas son consecuencia de la presunción de tendencia criminal. La pena se muestra ineficaz por ese especial arraigo o intensa inclinación al delito, y por ello es necesario aumentar la dosis del castigo para lograr una mayor intimidación que pueda ser más fuerte que aquella inclinación. La "alarma social" a que aluden algunos autores es también consecuencia de la propensión delictiva que produce el lógico "temor" al comprobarse que la tendencia al delito es más fuerte que el efecto intimidativo de la pena. En cierto modo, aunque en algunos casos de forma patente, la agravación pretende tembién inocuizar al reo por un tiempo más largo, o bien, como ocurre en el código de 1.822 en muchos supuestos, separar definitivamente al reo de la sociedad.

Por tanto, la reincidencia aparece más como una "causa" de aumento de pena, como rezaba aquel Capítulo V que el código penal de 1.822 destinaba a la reincidencia, que como una "circunstancia" del delito en el sentido de que éste resulte más grave, o mayor la culpabilidad del sujeto. A través del nuevo delito cometido se tiene en cuenta una característica personal, la propensión criminal especialmente arraigada. Esta característica que se presume en el reincidente es la que justifica que se intente, mirando al futuro, una mayor intimidación a través de la nueva pena.

2°.- La exigencia de una relación de semejanza entre las infracciones, -nota que se repite en los tres códigos examinados aunque las fórmulas utilizadas para captar esa semejanza sean distintas-, constituye el dato fundamental sobre el que descansa la justificación de la agravación por reincidencia. Pues la reiteración, recaída en delito de distinto Título, o de distinta especie, después de una condena anterior, tiene siempre un efecto agravatorio menor. Considerablemente menor en el código de 1.822, y menor en cuanto que no siempre tiene efectos agravatorios, en los códigos de 1.848 y 1.870. Por ello puede deducirse que es precisamente la presunción de la tendencia delictiva lo que constituye el fundamento central de la agravación. La importancia que los códigos españoles dan a la "tendencia delictiva" como fundamento de la agravante explica por qué en aquellos delitos que pueden conducir más fácilmente a la adquisición de esa tendencia o incluso de un "hábito" hacia su comisión, el efecto de la reincidencia sea mayor. Es ilustrativo en este punto subrayar cómo en el código de 1.822 las cualificaciones respecto a los robos y hurtos se prevén tanto para la reincidencia como para la mera repetición sin condena intermedia. Y asimismo cómo el código de 1.848 reserva la cualificación en los hurtos y en ciertas estafas para el "reo habitual", que en 1.850 es sustituida por la de simple "reincidencia". En el fondo es la preocupación por la delincuencia habitual y profesional lo que inspira estas cualificaciones.

Ello explica también por qué la doctrina española a lo largo del siglo pasado insite en la "mayor perversidad" en relación a la tendencia delictiva como fundamento de la agravante, mientras que en otros países se intenta buscar el fundamento principalmente a partir de la experiencia de condena anterior.

3°.- En relación a la exigencia de condena anterior a la recaída recordemos que el código de 1.822 es el único que explicita este requisito en relación a la reincidencia en delitos semejantes. En el código de 1.848 puede interpretarse que también es necesaria esa condena previa, pero en el código de 1.870 expresamente se establece que no se requiere condena anterior a la recaída, sino anterior al enjuiciamiento del delito. La significación de la condena anterior, junto a la semejanza de las infracciones, viene a matizar la diferencia entre la mera repetición de delitos y la reincidencia, colocando el fundamento de ésta en la propensión al delito especialmente "perversa" en cuanto "rebelde" o refractaria al primer castigo. En este sentido es como entendía la doctrina la justificación de la agravación.

4°.- En la reiteración, circunstancia que en principio no requiere semejanza entre las infracciones, la exigencia de condena anterior pasa a primer plano para explicar la agravación, pero sin embargo este fundamento no es sustan-

cialmente distinto al de la reincidencia en delitos semejantes . Pues la limitación de esta agravante en función de la gravedad relativa de la pena señalada para el delito anterior indica que pretende atender con ella a objetivos de eficacia intimidativa. La concesión de arbitrio judicial en 1.870 para la estimación de esta agravante confirma que la experiencia de condena por sí sola no justifica el incremento de la pena.

Unicamente en el código de 1.822 la recaída en delitos de "distinto Título " se tomaba como agravante en todo caso. Pero precisamente en este código las finalidades de prevención están presentes con mucho mayor énfasis que en los posteriores. Y además es la formulación dada en 1.870 a esta circunstancia la que se ha mantenido hasta el código actual, con exclusión de la cláusula facultativa.

5°.- La mayor o menor importancia dada a los objetivos de prevención especial en los distintos códigos explica la distinta intensidad de los efectos agravatorios asignados a la reincidencia en cada uno de ellos.

El código penal de 1.822, inspirado en la filosofía penal de la Ilustración, que justifica la pena por su "necesidad" orientada a la intimidación señala para la reincidencia la duplicación de la pena señalada por la ley al delito, o bien la imposición de otra superior, y para la doble reincidencia la cuadriplicación de aquella o la imposición de otra

superior a la prevista para la primera reincidencia. En relación a robos y hurtos la reincidencia conduce a la imposición de penas perpetuas, idóneas para lograr la efectiva inocuización del delincuente.

El código de 1.848, y asimismo su descendiente directo código de 1.870, se inspira en el clasicismo ecléctico de ROSSI difundido en España por PACHECO. Siguiendo los principios del maestro italiano, la prevención queda subordinada a los objetivos de expiación o retribución proporcional a la gravedad del delito, pues la pena se justifica por la "justicia absoluta". Pero en la fijación de la "porción" de pena justa que puede imponerse queda un espacio para atender a las necesidades de prevención. Por ello, aun cuando se declara que "la mayor perversidad" del agente no es objeto de la justicia penal, esa perversidad que revela la propensión delictiva se tiene en cuenta para imponer la máxima "porción" de pena a efectos de lograr una mayor intimidación que pueda contrarrestar de forma más eficaz la tendencia criminal. Pero nunca podrá rebasarse el límite máximo de la "pena justa". De ahí que el efecto general de la reincidencia queda constreñido al grado máximo de la pena. No obstante, en materia de delitos patrimoniales el legislador español, influenciado por la tradición histórica, da primacía a las finalidades de prevención elevando la pena en un grado en función de las condenas anteriores del reo.

6°.- Tanto el código penal de 1.822 como el de 1.848 constituyen dignos exponentes de los principios penales imperantes en sus respectivas épocas. La pausada reflexión que antecedió a su elaboración, -recordemos los informes que la Comisión Codificadora de 1.820 solicitó a Entidades y particulares interesados, y el debate parlamentario del articulado del Proyecto- en relación al primer código y los concienzudos trabajos de las Comisiones que elaboraron el Proyecto del que sería segundo código penal español, permitió que sus preceptos estuvieran en consonancia con el nivel de desarrollo de la ciencia penal en sus respectivos momentos históricos. El código de 1.870, como "reforma" -pretendidamente provisional- que es del de 1.848 continúa con el patrón marcado por éste. En realidad en aquel momento todavía imperaban los principios del clasicismo ecléctico inspiradores del código de 1.848. Pero durante su dilatada vigencia la ciencia penal sufre un decisivo impulso tras la convulsión producida con la aparición de la Escuela Positiva, comenzando a constatarse un progresivo desfase entre los nuevos principios propugnados por la doctrina más pujante y los preceptos legales. Este desfase es particularmente percibido en relación con el significado de la reincidencia. Durante la vigencia de los códigos anteriores existía una coincidencia básica entre las explicaciones de la doctrina sobre el fundamento de la reincidencia y la consagración legislativa de esta circunstancia. En las últimas décadas del siglo esta coincidencia desapa-

rece: ya DORADO desde su perspectiva tutelar,correccionalista a ultranza, había denunciado la improcedencia de tomar la reincidencia como "circunstancia" agravante del delito por preocuparle ante todo el tratamiento del delincuente. El desfase se acentúa según van penetrando las doctrinas del positivismo naturalista. La reincidencia, repite la nueva generación de penalistas, constituye únicamente un síntoma para detectar la "peligrosidad" del sujeto, que es lo que interesa. El método empírico impone el examen individual de las características del reo, rechazando la abstracción y apriorismos con que venía operando el sistema anterior para deducir la propensión delictiva del sujeto en base a una condena anterior. La reincidencia entra de lleno en el ámbito del derecho de medidas orientado a la prevención del delito.La prevención no se logra mediante "agravaciones de pena", dirán los nuevos penalistas, sino a través de una medida adecuada a la "peligrosidad". El desafío que planteó la Escuela Positiva y las posteriores derivaciones críticas de ésta para la renovación de criterios en el tratamiento de la reincidencia no fue recogido por el legislador, y la normativa legal continúa hasta 1.928 tal como había nacido en 1.848 o más particularmente en 1.870.

- - - - - - - - - - -

## III. REFLEXION SOBRE LA NORMATIVA ACTUAL.

Con la derogación del código penal de 1.870, termina el período objeto de nuestra investigación, pero permítasenos hacer algunas apreciaciones que pueden enlazar las conclusiones de nuestro estudio con la actual regulación de la reincidencia.

Como es sabido, tras el lapso del código penal de 1.928 que dió cabida a algunas propuestas de las nuevas corrientes, pero que por su impronta política quedó como un islote en la historia de los códigos penales españoles, el código de 1.932 vuelve a ser otra reforma apresurada del código de 1.870. El código de 1.944 promulgado en las particulares circunstancias de la postguerra tampoco pudo responder a la necesaria reflexión que hubiese sido conveniente para coordinar la ley penal con el nivel de conocimientos que iban alcanzando las ciencias penales. La estructura normativa de la reincidencia permanece prácticamente idéntica a la del código de 1.870. Hay sí, una diferencia importante respecto a éste en la definición de la agravante genérica de reincidencia: la exigencia de condena previa a la recaída. Pero a la vez se impone la elevación de la pena a partir de la segunda reincidencia con carácter general, que recientemente por ley 81/1.978 se ha convertido en agravación facultativa tal como preveía el código de 1.932.

Queda en pie la cuestión de si el fundamento de la agravación responde a los mismos principios imperantes en 1.848 o 1.870, o si el legislador de 1.944, pese a mantener bá-

sicamente la misma regulación del siglo pasado se inspiró en otra fundamentación. La exigencia de condena previa a la comisión del delito se toma actualmente por un importante grupo de autores como dato para justificar la agravación en base a la mayor culpabilidad del sujeto. Explicación que a nuestro juicio responde al presupuesto doctrinal de que la experiencia anterior revela un mayor desprecio y rebeldía a las normas penales en la comisión del segundo delito, pero que además de estar construida sobre una presunción abstracta, no contesta satisfactoriamente a las peculiaridades que la normativa legal española presenta en materia de reincidencia. Pues se mantiene la diferencia reincidencia-reiteración, (aún después de la ley 81/1.978), algunas cualificaciones por reincidencia para ciertos delitos patrimoniales, y se faculta la elevación de pena en un grado solo para la multirreincidencia en delitos del mismo Título.

A nuestro juicio, el mantenimiento de esas peculiaridades normativas, provenientes del siglo pasado, permiten afirmar que el legislador del código de 1.944 revalidó el fundamento de la agravación que estaba presente en aquellos primeros códigos. Por ello, creemos que queda por afrontar aquella crítica que a finales del siglo pasado planteó el positivismo naturalista, aunque en el momento actual deba enriquecerse con los conocimientos y experiencias adquiridas desde entonces. No puede mantenerse una agravación, un "plus" de pena, en base a

presunciones más o menos subrepticias sobre la propensión delictiva del sujeto, pues si esta propensión es lo suficientemente intensa como para considerar conveniente un tratamiento preventivo, debe acudirse a una "medida de seguridad" adecuada, supuestas las debidas garantías en la aplicación de éstas.

Si aún se cree que la reincidencia puede revelar una mayor culpabilidad del sujeto, cuestión hoy debatida, pero que en todo caso nos parece que no debe afirmarse en base a la mera constatación de una condena anterior, debe modificarse la normativa actual. En nuestra opinión la flexibilidad en la apreciación de las agravantes, y particularmente de la reincidencia, es preferible a la taxativa apreciación automática que impide la adecuación a las particularidades totales del caso que se enjuicia. El recuerdo del certero uso que los Tribunales hicieron del arbitrio concedido para la reiteración en el código de 1.870 apoya la conveniencia de ampliar estas facultades en materia de reincidencia. Aspecto que fue solicitado con más énfasis por la doctrina del siglo pasado que lo que ha sido por la doctrina actual, probablemente porque la fuerza de la costumbre hace que se llegue a admitir como normal y lógico lo que en otro tiempo pudo levantar importantes críticas.

# 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

# A B R E V I A T U R A S

# A B R E V I A T U R A S

Al citar en la Bibliografía y notas las revistas, enciclopedias o colecciones cuyas abreviaturas se indican a continuación, se señala tras la sigla correspondiente el año de la publicación entre paréntesis y a continuación los números de las páginas que ocupe el artículo reseñado. Caso de que la revista o colección no guarde una numeración correlativa en la paginación de los fascículos correspondientes a un mismo año indicaremos el número del tomo o fascículo correspondiente inmediatamente antes del año.

| | |
|---|---|
| AnDerPen | Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. |
| AnHistDerEsp | Anuario de Historia de Derecho Español. |
| ArJur | Aranzadi. Repertorio de Jurisprudencia. |
| ArchPen | Archivio Penale. |
| BolCong | Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. |
| BolDerUNED | Boletín de la facultad de Derecho de la Universidad a Distancia. |
| BolInfMinJust | Boletín de información del Ministerio de Justicia. |
| ColLeg | Colección Legislativa de España, que toma este nombre a partir de 1846 y que anteriormente figuraba como Decretos. |
| CuadPolCrim | Cuadernos de Política Criminal. |
| Decretos | Decretos del Rey D. Fernando. Comienza en 1814 y en 1834 toma el nombre de Decretos de la Reina Nuestra Señora, siguiendo la misma numeración. |

| | |
|---|---|
| DiarSesCong | Diario de Sesiones de Cortes. Congreso de los Diputados. A continuación de la abreviatura se citará el año de la legislatura y a continuación el número del tomo en signos romanos para reseñar finalmente las páginas que interesen en números arábigos. |
| DiarSesCortConst | Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes. Igual sistemática que en el caso anterior. |
| DiarSesSen | Diario de Sesiones del Senado. Igual sistemática. |
| DocJur | Documentación Jurídica. |
| EncDirPenIt | Enciclopedia di diritto penale italiano. |
| EncGiurIt | Enciclopedia Giuridica Italiana. |
| EncJur | Enciclopedia Jurídica SEIX. |
| EscDer | La Escuela de Derecho. Revista Jurídica. |
| GiustPen | Giustizia Penale. |
| JurCrim | Jurisprudencia Criminal.<br>En la cita de las sentencias reseñaré el tomo de la colección y a continuación el número de orden de la sentencia de la siguiente forma: JurCrim t 4/ 234. |
| NuevEncJur | Nueva Enciclopedia Jurídica SEIX. |
| NuovDigIt | Nuovo Digesto Italiano. |
| NovRec | Novísima Recopilación. |
| RevCienJurSoc | Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. |
| RevEstPen | Revista de Estudios Penitenciarios. |
| RevDrPen et Crim | Revue de Droit Pénal et de Criminologie. |
| RevGenDer | Revista General de Derecho. |
| RevGenLegJur | Revista General de Legislación y Jurisprudencia. |
| RevHistDer | Revista de Historia del Derecho. |
| RevIntDrPen | Revue International de Droit Pénal. |

| | |
|---|---|
| RevJurCat | Revista Jurídica de Cataluña. |
| RevScienCrim | Revué des Sciences Criminelles et de Droit Penal Comparé. |
| RevPent et DrPen | Revue Penitentiaire et de Droit Penal. |
| RivDir Pent | Rivista de Diritto Penittenziario. |
| RivPen | Rivista Penale. |
| RivIntFilDir | Rivista Internazionale di Filosofía del Diritto. |
| ScuolPos | Scuola Positiva. |

Otras abreviaturas de uso común:

| | |
|---|---|
| c.p. | código penal. |
| D. | Decreto. |
| R.O. | Real Orden. |
| R.D. | Real Decreto. |
| R.D.L. | Real Decreto Ley. |
| s. | sentencia. |
| ss. | sentencias. |
| T.S. | Tribunal Supremo. |

# B I B L I O G R A F I A

# B I B L I O G R A F I A

A continuación se ofrece la lista bibliográfica de las obras citadas en este estudio. Se subraya en cada título la palabra o palabras que se utilizan como referencia en las citas efectuadas a lo largo del trabajo.


ALCUBILLA — Vid MARTINEZ ALCUBILLA, M.

ALDAÑA Y CARVAJAL, Juan — Memoria elevada al Gobierno de S.M. el 15 de septiembre de 1894. Madrid, 1894

ALIMENA, Bernardino — Principios de Derecho Penal. Traducido y anotado por CUELLO CALON, E. Madrid, 1916

ALONSO Y ALONSO, José M. — De la vigencia y aplicación del código penal de 1822. RevEstPen 11 (1946) 2-15

ALTAVILLA, E. — Apunti sulla recidiva. ArchPen 1 (1965) 258-61.

ALVAREZ VID, José y Teófilo — El código penal de 1870. I y II. Córdoba, 1908.

ALVAREZ GARCIA, Fco. Javier — Contribución al estudio sobre la aplicación del código penal de 1822. CuadPolCrim 5 (1978) 229-235.

ALVAREZ MARTINEZ — Vid VIZMANOS, Tomás de y ALVAREZ MARTINEZ, Comentarios

ALVAREZ POSADILLA, Juan

Práctica Criminal por principio, o modo y forma de instruir los procesos criminales de las causas de oficio de la justicia. T.III. Tratado de los Delitos y sus penas según la legislación de España.
Valladolid, 1802

ALLEGRA, G.

Dell'Abitualitá Criminosa nel codice penale vigente.
Parte speciale.
Milano, 1933

ANCEL, M.

Le Récidivisme en Droit Comparé. Rapport presenté au IIIème Congrés International de Criminologie.
RevIntDrPen 26 (1955) 9-25.

La défense sociale nouvalle (Un mouvement de Politique criminelle humaniste).
París, 1966 (2ª ed.)

ANDRÉ, L.

La Récidiva, théorie d'ensemble et commentaire détaille des lois préventives ou repressives de la recidive.
París, 1892

ANDREOTTI, A.

Recidiva.
EncGiurIt XIV, parte I, 282-314.
Milano, 1900

ANTEQUERA, José Mª

La codificación moderna en España.
Madrid, 1887

ANTOLISEI, F.

Teorie e realtá de la pena in Scritti di Diritto penale.
Milano, 1955, 191-219.

Manuale di Diritto penale.
Parte generale (Sesta edizione aggiornata a cura di CONTI, Luigi).
Milano, 1969

ANTON ONECA, José

Los antecedentes del nuevo Código penal.
RevGenLegJur (1921) 30-61.

La prevención general y la prevención especial en la Teoría de la pena.
Salamanca, 1944

La utopía penal de Dorado Montero.
Salamanca, 1950

Estafa.
NuevEncJur IX.

La teoría de la pena en los correccionalistas españoles.
Homenaje al Profesor Luis López y Lecambra, II, 1.024-25.
Santiago de Compostela, 1960

Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración.
RevEstPen 166 (1964) 415-27.

Historia del código penal de 1822.
AnDerPen (1965) 263-78.

El código penal de 1848 y D.J. Francisco Pacheco.
AnDerPen (1966) 473-95.

El Derecho penal de la Ilustración y D. Manuel de Lardizábal.
RevEstPen (1966) 597-626.

El Código penal de 1870.
AnDerPen (1970) 229-51.

La generación española de la política criminal.
En el libro Homenaje a Jiménez de Asua. Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía, 337-48.
Buenos Aires, 1970

Los proyestos decimonónicos para la reforma del código penal español.
AnDerPen (1972) 250-87.

ANTON ONECA, José

D. Rafael Salillas.
AnDerPen (1974) 205-19.

ANTON ONECA, J. y RODRIGUEZ MUÑOZ, J.A.

Derecho Penal. Parte general por ANTON ONECA.
Madrid, 1949

ARAMBURU Y ARREGUI, Juan Domingo

Instituciones de derecho penal español.
Oviedo, 1860

ARAMBURU Y ZULUAGA, Félix

La nueva ciencia penal.
Madrid-Sevilla, 1887

Prólogo y Notas al final de cada capítulo de PESSINA, Elementos.

ARENAL, Concepción

Estudios penitenciarios.
Madrid, 1877 (2ª ed.)

ARMENGON Y CORNET, Pedro

La reincidencia.
Barcelona, 1873

El Congreso de Estocolmo. Memoria expositiva de las discusiones y acuerdos de dicha reunión internacional.
Barcelona, 1885

Ensayo de estudio de Derecho Penal (reformas necesarias en el código vigente).
Barcelona, 1894

ARREDONDO Y FERNANDEZ SANJURGO, Máximo y BRAVO GOYENA, José

Examen crítico de las nuevas escuelas de derecho penal.
Madrid, 1898

ARTOLA GALLEGO, Miguel

Los afrancesados.
Madrid, 1953

AURIOLES MONTERO, Idelfonso

Instituciones de Derecho Penal de España escritas con arreglo al nuevo código.
Madrid, 1849

AZCUTIA, Manuel

Derecho Criminal.
Madrid, 1862

La Ley penal.
Madrid, 1876

BACIGALUPO, Enrique — Vid COBO DEL ROSAL, M. y BACIGALUPO, E., Criminología.

BAJO FERNANDEZ, Miguel — El derecho penal económico. Madrid, 1978

BALLVE, Faustino — La teoría jurídica del delito según Beling. Madrid, 1913

BARBERO SANTOS, Marino — Política y Derecho penal en España. Madrid, 1977

BECCARIA, C. — Tratado de los delitos y las penas. Introducción, notas y traducción de TOMAS Y VALIENTE. Madrid, 1974

BELEZZA DOS SANTOS, J. — Récidivistes et délinquants d'habitude. RevScienCrim (1954) 687-712

BENITEZ DE LUGO Y REYMUNDO, Mariano — Ensayo sobre la reincidencia. RevCienJurSoc (1935) 105-80

BELLAVISTA, G. — Il delinquente qualificato. Milano, 1947

BELLO LANDROVE, Gerardo — Los antecedentes penales: una crítica en justicia. Separata de "Estudios jurídicos" publicada por el Itre. Colegio de Abogados de Oviedo, 1977.

BELVER Y OÑA, A. — Hurto de leñas. RevGenLeyJur 59 (1881) 519-22

BENTHAM, J. — Tratados de legislación civil y penal traducidos al castellano con comentarios por SALAS, R. I, II, III y IV. París, 1838

Oeuvres traduits por DUMONT, P.E. et LAROCHE, B. Bruxelles, 1829. Reimpresion, 1969

Theorie des peines et des récompenses, en Oeuvres, II, 1-235

BERISTAIN, Antonio

Medidas penales en derecho contemporáneo.
Madrid, 1974

Crisis del derecho represivo.
Madrid, 1977

El proyecto de código penal de 1980, víctima de las estructuras.
AnDerPen (1980) 585-93

BERNALDO DE QUIROS, Constancio

Reincidencia.
EncJur XXVII, 164

Las nuevas teorías de la criminalidad.
Madrid, 1898

Prólogo a JIMENEZ DE ASUA, Sentencia, págs. XIII-XXXIV

BERNALDO DE QUIROS, C. Y NAVARRO DE PALENCIA, A.

Teoría del código penal. Parte general.
Alcalá de Henares, 1911

BETTIOL, G.

Instituciones de derecho penal y procesal.
Traducido por GUTIERREZ ALVIZ.
Barcelona, 1977

Diritto penale. Parte generale.
Padova, 1978 (10ª ed.)

BOUTELLIER, E.

La relegation des récidivistes.
Poitiers, 1897

BOUZAT, P.

Vid PINATEL, J., BOUZAT, P. Traité.

BUENO ARUS, Francisco

Los términos "reincidencia" y "rehabilitación revocada" a efectos de la cancelación de antecedentes penales.
Madrid, 1973

Notas sobre la ley 81/1978 de 28 de diciembre de modificación del código penal, en materia de reincidencia y reiteración.
DocJur 21 (1979) 141-52

BUIKHUISEN, W. and HOEKSTRA, H.A.

Factors related to recidivism.
Groningen University, 1973

CADALSO, Fernando — La libertad condicional, el indulto y la amnistía. Madrid, 1921

CALDERON, Alfredo — Vid GINER, F. y CALDERON, A.

CANDIL JIMENEZ, Francisco — Observaciones sobre la intervención de D.F. Pacheco en la elaboración del código penal de 1848. AnDerPen (1975) 405-41

CANNAT, P. — Nos fréres les récidivistes. Recveil, Sirey, 1942

CARDENAS, Francisco — Observaciones y comentarios sobre los artículos del código penal que tratan de las circunstancias agravantes. En la revista "El Derecho Moderno", VI, 212-40. Madrid, 1849

CARNOT, J. — Commentaire sur le code pénal, I. París, 1824

CARRARA, F. — Stato della dottrina sulla recidiva en suo Opuscoli, II, 127-66

Opuscoli di Diritto Criminale. Prato, 1884 (4ª ed.)

Programa del curso de derecho criminal, I. Traducido de la 10ª edición italiana y Adiciones con el derecho penal moderno español por JIMENEZ DE ASUA. Madrid, 1922

CARRILLO Y SANCHEZ, Pedro — Código penal de España. Madrid, 1850

CASABO RUIZ, José R. — Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de código criminal de 1877. AnDerPen (1962) 313-42

El código penal de 1822. (Tesis doctoral publicada en estracto). Valencia, 1968

CASABO RUIZ, José R.

El Proyecto de código criminal de 1830. Estudio preliminar y edición.
Murcia, 1978

El Proyecto de código criminal de 1831. Estudio preliminar y edición.
Murcia, 1978

El Proyecto de código criminal de 1834. Estudio preliminar y edición.
Murcia, 1978

Comentarios, II. Vid CORDOBA RODA, RODRIGUEZ MOURULLO, TORO MARZAL y CASABO RUIZ, Comentarios, II.

La aplicación del código penal de 1822.
AnDerPen (1979) 333-44

CASAS FERNANDEZ, Manuel

Concepción Arenal, su vida y su obra.
Madrid, 1936

CASTILLO Y GARCIA SORIANO, Ramón

La reforma del código penal español.
Avila, 1896

CASTEJON Y MARTINEZ DE ARIZALA, Federico

Génesis de la defensa social. Prólogo PRINS, A. La defensa social y las transformaciones de derecho penal.
Madrid, 1912

La legislación penitenciaria española.
Madrid, 1914

Una sentencia indeterminada cumplida en España hasta 1924.
RevGenLegJur (1932) 730

Las ideas penales en la época del código penal de 1870
En CONMEMORACION, 54-65

CASTRO Y OROZCO, J. y ORTIZ DE ZUÑIGA

Código penal explicado para la común inteligencia y fácil aplicación de sus disposiciones.
Granada, 1848

CEREZO MIR, José

La conciencia de la antijuricidad en el código penal español.
RevEstPen (1964) 449-66

Curso de Derecho penal español.
Madrid, 1976

CIUDAD AURIOLES, José

Consideraciones elementales deducidas de la práctica acerca de la reforma del código penal.
RevGenLegJur (1918) 161-76 y 305-22

COBO DEL ROSAL, Manuel

El arbitrio judicial y el sistema de penas en el código penal de 1870.
En CONMEMORACION, 69-89

COBO DEL ROSAL, M. Y BACIGALUPO, E.

Desarrollo histórico de la Criminología en España.
CuadPolCrim 11 (1980) 31-45

CODIGOS PENALES:

CODIGO PENAL AUSTRIACO DE 1803

Code Pénal Général de L'Empire D'Autriche de 1803. traduit par M. Victor FOUCHER.
París, 1833

CODIGO PENAL BRASILEÑO DE 1830

Code Criminel de l'Empire du Brésil, adopté par les chambres législatives dans la secesion de 1830.
Traduit par M. Victor FOUCHER.
París, 1834

CODIGO PENAL NAPOLITANO DE 1819

Código penal de las Dos Sicilias de 1819. Colección de códigos penales de los Estados Modernos.
Madrid, 1848

CODIGO PENAL FRANCES DE 1810

Code Criminel du 1810. Avec instructions. Deuxiéme partie.
Code Pénal. Par DOUFUR, Julien-Michel. Tome I.
París, 1811

COLEGIO DE ABOGADOS

Observaciones del Colegio de Abogados de Madrid sobre el proyecto de código penal. Madrid, 1821

Informe del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre la reforma del código penal. RevGenLegJur (1854) 86-114; 284-322 y 438-72

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido

La presunción de habitualidad en la receptación de la ley de 9 de mayo de 1950. AnDerPen (1953) 275-93

Encubrimiento y receptación. Barcelona, 1955

CONGRESOS:

CONGRESO Londres

Prisions and Reformatories at home and abroad being The Transactions of the International Penitentiary Congress held in London, July 3-13-1872. London, 1872. Wendeln/Liechtentstein, KrausReprint, 1979

CONGRESO Estocolmo

Le Congrés Pénitentiaire International de Stockholm. 15-26 août 1878. I y II. Stockholm 1879. Kraus Reprint. Wendeln/Liechtenstein, 1979

Rapports sur les questions a discuter au Congrés Pénitentiaire International qui aura lieu a Stockholm le 20 Aout 1879 Anexo al CONGRESO Estocolmo, I.

CONGRESO Roma

Actes du Congrés Pénitentiaire International de Rome (Novembre 1885), I. Rome, 1887. KrausReprint, Lendeln/Liechtenstein 1979

CONGRESO San Petesburgo

Actes du Congrés Pénitentiaire International de Saint-Pétesbourg. 1890, III. Saint-Petesbourg, 1890. Kraus-Reprint, Lendeln/Liechtenstein, 1979

CONGRESO La Coruña — Segundo Congreso Penitenciario Español en La Coruña, 1914 Madrid, 1915, I.

CONGRESO La Haya — Douzieme Congrés Pénal et Pénitentiaire International. La Haya, 14-19 Aout 1950. Berna, 1951. KrausReprint, Lendeln/Liechtenstein, 1979

CONGRESO Criminología Londres — Le IIIe Congrés International de Criminologie. Londres, 12-18 septembre 1955. Compte rendu sommaire des débats. RevDrPen et Crim 6 (1956) 635-52

CONMEMORACION — Conmemoración del centenario de la ley provisional sobre organización del poder judicial y del código penal de 1870. Madrid, 1870

CORDOBA RODA, Juan — Consideraciones sobre la jurisprudencia penal. RevJurCat (1974) 119-31

Evolución jurídica y ciencia penal. AnDerPen (1978) 13-34

CORZO, Antoñio — Código penal reformado. Madrid, 1850

COS-GAYON, Fernando — Sobre las reformas hechas y las que son necesarias en la legislación penal de España y en la Administración de justicia en lo criminal: refutación de las nuevas doctrinas antropológicas. RevGenLegJur (1892) 246-78

CUELLO CALON, Eugenio — Anotaciones y Adiciones a PESSINA, Elementos.

La teoría giuridica di Pietro Dorado Montero. RivIntFilDir (1921)

El nuevo código penal español, I. Barcelona, 1929

CUELLO CALON, Eugenio

Moderna penología.
Barcelona, 1958

Derecho Penal. Parte general.
Barcelona, 1926

Misma obra, 12ª ed. de 1956

Misma obra revisada y puesta al día por CAMARGO, C. 17ª ed. 1974

CUELLO CONTRERAS, Joaquín

Análisis de un informe anónimo aparecido en Sevilla sobre el proyecto de Código penal de 1822
AnDerPen (1977) 83-160

La "ideología" de los fines de la pena.
AnDerPen (1980) 423-40

DELL'ANDRO, R.

La recidiva nella teoria de la norma penale.
Palermo, 1950

DIAZ DE LA RUEDA, Ricardo

Dictamen emitido por el Fiscal de la Audiencia de Valencia D. Ricardo Díez de Rueda.
Valencia, abril de 1870.
RevGenLegJur (1870) 379-80

DIEZ RIPOLLES, José Luis

Naturaleza de las circunstancias modificativas, su referencia a los elementos del delito y el art. 60 del código penal español.
AnDerPen (1977) 597-649

DONNEDIEU DE VEBRES, H.

Droit Criminal et de legislation penal comparé.
París, 1947, 3ª ed.

DORADO MONTERO, Pedro

El positivismo en la ciencia jurídica y social italiana.
2ª parte.
Madrid, 1891

Problemas de Derecho penal, I.
Madrid, 1895

Bases para un nuevo derecho penal.
Barcelona, 1902

DORADO MONTERO, Pedro

De Criminología y Penología.
Madrid, 1906

Balance penal de España en el siglo XIX.
En Criminología, 131-40

La nueva ley de condena condicional.
RevGenLegJur (1908) 209-35

La sicología criminal en nuestro derecho legislado.
Madrid, 1910, 2ª ed.

Pena o medida.
RevGenLegJur (1914) 209-31 y 417-46

El derecho protector de los criminales.
Madrid, 1915

Ideas de algunos antiguos escritores españoles sobre la prevención de los delitos.
En Protector, I, 481-512

Código penal.
EncJur VI, 486-742

Correccional (Escuela ó Doctrina).
EncJur IX, 519-45

Naturaleza y función del derecho con prólogo de BERNALDO DE QUIROS, C.
Madrid, 1927

DU BOYS, A.

Historia del derecho penal de España.
Versión al castellano, anotada y adicionada con apéndices por VICENTE Y CARAVANTES.
Madrid, 1872

ESCRICHE, Joaquín

Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia, II.
Madrid, 1847, 3a ed.

FAIREN GUILLEN, Víctor — Dudas en el proceso por peligrosidad en la Ley de 4 de Agosto de 1970. En PELIGROSIDAD, 195-217

FERRER SAMA, Antonio — Comentarios al código penal, I. Murcia, 1946

FERRI, E. — Sociología criminal, I. Versión española por SOTO Y HERNANDEZ, A. Madrid, 1933

Principios de Derecho Criminal. Traducido por RODRIGUEZ MUÑOZ, A. Madrid, 1933

Proyecto preliminar de código penal para Italia. Traducción y estudio de JIMENEZ ESCRIBANO, C. Epílogo de SALDAÑA, Q. Madrid, 1925

FIESTAS LOZA, Alicia — Los delitos políticos. Salamanca, 1977

Algo más sobre la vigencia del código penal de 1822. RevHistDer, II-1. Volumen homenaje al profesor M. Torres López. Granada, 1977-78, págs. 55-77

FILANGIERI, C. — Ciencia de la Legislación. Traducción de RIBERA, J. Madrid, 1821-1822

GARCIA GOYENA, Florencio — Código criminal de España según las leyes y prácticas vigentes, comentado y comparado con el penal de 1822, el francés y el inglés. I y II. Madrid, 1843

Febrero o librería de jueces, abogados y escribanos. Práctica Criminal. T. VIII. Madrid, 1842

GARCIA PABLOS, Antonio — La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo. AnDerPen (1979) 645-700

GAROFALO, R. — La Criminología: estudio del delito y teoría de la represión. Traducción por DORADO, P. Madrid, 1890

GARRAUD, R. — Traité théorique et pratique du Droit pénal française. III. París, 1899, 2eme édition.

GARRIGUES Y DIAZ CAÑABETE, Joaquín — Ensayo de crítica práctica sobre algunos puntos del código penal. Madrid, 1920

GERONA, Marqués de y ORTIZ DE ZUÑIGA, Manuel — Observaciones sobre la reforma que exige el código penal. (Motivos de la reforma de 1850). EscDer 3 (1863) 164-89, 250-92 y 301-25

GIL CREMADES, Juan José — Krausistas y liberales. Madrid, 1975

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique — Autor y cómplice en derecho penal. Madrid, 1966

GINER, Francisco y CALDERON, Alfredo — Principios de Derecho Natural. Madrid, s/f.

GONZALEZ-CUELLAR GARCIA, Antonio — La multirreincidencia en el código penal español (estudio jurisprudencial). Tesis doctoral sin publicar. Madrid, curso 1975-76

GONZALEZ DE MIRANDA Y PIZARRO, José — Historia de la codificación penal española y ligera crítica del código vigente. Madrid, 1907

GONZALEZ Y SERRANO, José

Apéndice a los comentarios del código penal de D. Francisco Pacheco, o sea, el Nuevo Código comentadas las adiciones que contiene.
Madrid, 1870

GOMEZ DE LA SERNA, Pedro

De la pena de condena perpetua.
RevGenLegJur (1857) 357-66

GOMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALBAN, Juan Manuel

Elementos del derecho penal de España.
Madrid, 1849

Elementos del derecho penal de España.
Madrid, 1874

GREGORI, I.

Recidiva e abitualitá nella dottrina e nella lege.
Roma, 1923

GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA, Alejandro

El código penal de 1870 concordado y comentado.
Burgos, 1870, T.I
Burgos, 1877, T.II
Burgos, 1896, T.VI
Madrid, 1914, T.VI, 2ª ed.

GROSSO GALVAN, Manuel

Nueva Criminología y Dogmática jurídico-penal.
CuadPolCrim 10 (1980) 47-73

GUTIERREZ Y FERNANDEZ, Benito

Examen histórico del derecho penal.
Madrid, 1866

HAUS, J.J.

Principes généraux du droit penal belge, II.
París, 1885, 3e ed.

HERZOG, J.B.

Du multirecidivisme a la délinquance d'habitude.
RevIntDrPen (1953) 520-33

El delincuente habitual en derecho comparado.
AnDerPen (1955) 255-69

HERNANDEZ DE LA RUA, Vicente

Código penal reformado conforme al texto oficial, con notas y observaciones.
Madrid, 1861

IGUCHI, M., TAKAHASHI, SUGIHARA, H.

Research on Recidivism by the use of electronic data Processing on criminal records.
In Bulletin of the Criminological Research Department.
Ministry of Justice.
Japan, 1979

IMPALLOMENI, G.B.

La recidiva secondo il nuovo codice penale italiano.
RivPen 30 (1889) 222-9 y 328-48

JIMENEZ DE ASUA, Luis

La sentencia indeterminada.
Prólogo de BERNALDO DE QUIROS.
Madrid, 1913

El estado peligroso del delincuente y sus consecuencias ante el derecho penal moderno.
Madrid, 1920

Adiciones a CARRARA, Programa, I.

Estudio crítico del Proyecto de código penal italiano de 1921.
Madrid, 1922

Derecho penal.
Madrid, 1924, 3ª ed.

La teoría jurídica del delito.
Madrid, 1931

En defensa del código penal.
Diatriba contra el código gubernativo.
Madrid, 1930

La ley y el delito.
Caracas, 1945

Pedro Dorado Montero.
En El Criminalista, III, 27-31

El drama Silencioso de una vida sabia: Dorado Montero.
En El Criminalista, IV, 75-88

JIMENEZ DE ASUA, Luis

D. Joaquín Francisco Pacheco en el centenario del código penal.
En El Criminalista, IX, 13-33

El pensamiento penal y criminológico en la primera mitad del siglo XX.
En El Criminalista, X.

El delincuente habitual y el "recidivismo".
En El Criminalista, 2ª serie, II, 253-64

Tratado de Derecho Penal, I y II.
Buenos Aires, 1964

JIMENEZ ESCRIBANO, Cristino

Traducción y estudio de Ferri, Proyecto preliminar de código penal para Italia.
Madrid, 1925

JORGE BARREIRO, Agustín

Las medidas de seguridad en el derecho español.
Madrid, 1976

KAUFMANN, H.

¿Qué deja en pie la criminología del derecho penal?.
Traducido por LANDECHO, C.
AnDerPen (1963) 235-50

LANDECHO VELASCO, Carlos

La tipificación lombrosiana de delincuentes. 1ª Parte: trayectoria humana y doctrinal de Cesare Lombroso.
Madrid, 1967

Psicología criminal.
Madrid, s/f.

Peligrosidad social y peligrosidad criminal.
En PELIGROSIDAD, 247-57

LANGLE, Emilio

La Teoría de la política criminal.
Madrid, 1927

LANDIN CARRASCO, Amancio

Estudio criminológico sobre la multirreincidencia.
Madrid, 1975

LANDROVE DIAZ, Gerardo — El correccionalismo de Concepción Arenal. Madrid, 1969

LARDIZABAL, Manuel — Discurso sobre las penas. Madrid, 1828, 2ª ed.

LARENZ, K. — Metodología de la ciencia del Derecho, traducido por RODRIGUEZ MOLINERO. Barcelona, 1980, 2ª ed.

LASO, Eustaquio — Elementos de derecho penal de España. Madrid, 1849

LASO GAITE, J.F. — Aportación a la historia del Tribunal Supremo de España. Separata de la RevGenLegJur (1969)

LASTRES, Francisco — Congreso penitenciario de Stockholm. Memoria dirigida al Excmo. Sr. Ministro de la Gobernación. Madrid, 1879

LATAGLIATA, A.R. — Contributo allo studio della recidiva. Napoli, 1958

LATOUR BROTONS, José — Las libertades religiosas y políticas en el código penal de 1870. En CONMEMORACION, 132-51

LEAL DE IBARRA, I. — Estudios de derecho penal. Granada, 1904

LEMERT, E.M. — Human deviance, social problems, and social control. Englewood Cliffs, N.J. 1972(2nd ed.)

LOPEZ HERNANDEZ, Gerardo — Criminología y cambio del sistema penal. CuadPolCrim 8 (1979) 3-26

LOPEZ REY, Manuel — La reforma del código penal español. Madrid, 1932

LOPEZ REY, Manuel — Derecho penal. Parte Especial, II
Madrid, 1935

LUZON DOMINGO, Manuel — Derecho penal del Tribunal Supremo (síntesis crítica de la moderna jurisprudencia criminal), I.
Barcelona, 1964

LUZON PEÑA, Diego — Medición de la pena y sustitutivos penales.
Madrid, 1979

MANZINI, V. — La recidiva nella soziologia, nella legislazione e nella scienza del diritto penale.
Firenze, 1899

Trattatto di diritto penale italiano. 4ª ed. aggiornata dai NUVOLONE y PISAPIA, II.
Torino, 1961

MAJADAS, P. — Estudio sobre la reincidencia en España.
Ministerio de Justicia. Gabinete de estudios para la prevención del delito.
Madrid, 1974 (sin publicar)

MARCOS GUTIERREZ, José — Discurso sobre los delitos y las penas.
En su Práctica criminal.
Madrid, 1828, 5ª ed.

MARTINEZ ALCUBILLA, Marcelo — Diccionario de la Administración española.
Madrid, 1914 (6a ed.)

Código penal de 8 de septiembre de 1928.
Madrid, 1928

MARTINEZ DE ZAMORA, Antonio — La reincidencia.
Murcia, 1971

MASAVEU, Jaime — El profesor Saldaña, figura de la ciencia penal.
AnDerPen (1967) 401-18

MATTEOTI, G. — La recidiva (saggio di revisione critica con dati statistici).
Milano-Torino-Roma, 1910

MAURACH, R. — Tratado de derecho penal.
Traducido y anotado por CORDOBA RODA.
Barcelona, 1962

MEMORIA — Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación suprimida por decreto del Regente del Reino de 1° de octubre de 1869.
RevGenLegJur (1870) 5-185

Apéndice XXXI: Proyecto de reforma del código penal. Libro I.
RevGenLegJur (1871) 259-84

MEZGER, E. — Tratado de derecho penal, II.
Anotado y revisado por RODRIGUEZ MUÑOZ.
Madrid, 1955

MIR PUIG, Santiago — Los términos "delito" y "falta" en el código penal.
AnDerPen (1973) 320-75

La reincidencia en el código penal. Análisis de los arts. 10 - 14, 10 - 15, 61 - 6° y 516 - 3°
Barcelona, 1974

La "Habitualidad criminal" del art. 4° de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social.
RevJurCat (1974) 355-99

Introducción a las bases de Derecho penal.
Barcelona, 1976

MONTALBAN, Juan Manuel — Vid GOMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBAN, J.M.

MONTERO HIDALGO, Carlos — Informe-contestación a las 46 preguntas que comprende el interrogatorio sobre el código penal circulado con la R.O. de 20 abril de 1851.
Sevilla, 1852

MONTES, Jerónimo — Derecho penal español, I y II. Madrid, 1917

Derecho penal español, II. San Lorenzo del Escorial, 1929, (2ª ed.)

MORENO CALDERON, A. — Reincidencia. Estudio sobre el segundo reincidente. Madrid, 1906-7

MORRIS, N. — The habitual criminal. London, 1951

MOSQUETE MARIN, Diego — El delito de encubrimiento. Barcelona, 1946

MUÑOZ CONDE, Francisco — Derecho penal. Parte especial. Sevilla, 1976

La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito. CuadPolCrim 7 (1979) 91-106

NAVARRO DE PALENCIA, Alvaro — Vid BERNALDO DE QUIROS Y NAVARRO DE PALENCIA.

NUÑEZ BARBERO, Ruperto — La reforma penal de 1870. Salamanca, 1969

El delito culposo. (Su estructuración jurídica en la dogmática española actual). Salamanca, 1975

NOVOA MONREAL, Eduardo — Alternativas y trances del derecho penal de hoy. AnDerPen (1978) 521-43

OLESA MUÑIDO, Francisco-Felipe — Sistemática de los delitos contra la propiedad en el código penal de 1870. En CONMEMORACION, 181-202

OPPELT GARCIA, José — Memoria elevada al Gobierno de S.M. en la solemne apertura de los Tribunales el 15 de septiembre de 1928. Madrid, 1928

ORANO, G. — La recidiva nei reati. Studio sperimentale. Roma, 1883

ORTOLAN — Tratado de derecho penal, I y II. Traducido por PEREZ RIVAS. Madrid, 1872

ORTIZ DE ZUÑIGA, Manuel — Código penal. Vid CASTRO Y OROZCO y ORTIZ DE ZUÑIGA, M.

PACHECO, J. Francisco — Estudios de derecho penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840. Madrid, 1868, 3ª ed.

El Código penal concordado y comentado. T.I y V, Madrid, 1848. T.I y V, Madrid, 1856, 2ª ed.

PANTOJA, José Mª — Repertorio de Jurisprudencia Criminal española. Madrid, 1875

PEREDA, Julián — "Famosus latro". AnDerPen (1962) 5-24

PELIGROSIDAD — Peligrosidad social y Medidas de Seguridad. (La ley de peligrosidad y rehabilitación social de 4 de Agosto de 1970). Valencia, 1974

PESSINA, E. — Elementos de Derecho penal. Traducido por GONZALEZ CASTILLO. Madrid, 1892

PETROCELLI, B. — Il tratamento dei recidivi e l'oggeto della criminologia. GiustPen (1955) 321

PINATEL, J. — Recidivisme et defense social. RevPen et DrPen (1955) 19-30

PINATEL, J. — Histoire des idees relatives a la responsabilite penale et a l'etat dangereur. En Estudios penales en Homenaje a J. Pereda, 543-63. Bilbao, 1965

PINATEL, J., BOUZAT, F. — Traité de Droit Pénal et de Criminologie, III. París, 1970

PISAPIA, G.O. — Reflexiones sobre la reincidencia. En Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Jiménez de Asua, 329-338. Buenos Aires, 1964

PRINS, A. — La defensa social y las transformaciones del derecho penal. Prólogo de CASTEJON. Madrid, 1912

PROYECTOS DE CODIGOS PENALES:

Proyecto 1821 — Proyecto de código penal presentado a las Cortes por la Comisión especial nombrada al efecto. Madrid, 1821

Proyecto 1830 — Proyecto de código criminal de 1830. Estudio preliminar y edición por CASABO RUIZ, J.R. Murcia, 1978

Proyecto 1831 — Proyecto de código criminal de 1831. Estudio preliminar y edición por CASABO RUIZ, J.R. Murcia, 1978

Proyecto 1834 — Proyecto de código criminal de 1834. Estudio preliminar y edición por CASABO RUIZ, J.R. Murcia, 1978

Proyecto 1869 — Proyecto de Reforma del Código penal. Apéndice XXXI a la "Memoria Histórica de la Comisión de Codificación". En RevGenLegJur (1872) 259 ss.

Proyecto 1882 — Proyecto de Código penal presentado al Senado el 11 de abril de 1882. DiarSesSen 1881-82. Apéndice 1° al n° 79

Proyecto 1884 — Proyecto de código penal. DiarSesCong 1884-85. Apéndice 1° al n° 54

Proyecto 1887 — Proyecto de código penal. Bases de ALONSO MARTINEZ. DiarSesSen 1887. Apéndice 1° al n° 52

Proyecto 1980 — Proyecto de Ley orgánica de código penal. BolCong. I Legislatura. Serie A: Proyectos de Ley, n° 108-I de 17 de enero de 1980

PUGLIA, F. — Della recidiva. EncDirPenIt, V, 677-897

PUIG PEÑA, Federico — Derecho penal. Parte general, II. Madrid, 1968

QUINTANO RIPOLLES, Antonio — Derecho penal de la culpa. Barcelona, 1958

Curso de derecho penal, I. Madrid, 1963

Comentarios al código penal. 2ª ed. puesta al día por GIMBERNAT, E. Madrid, 1966

Tratado de la Parte Especial del derecho penal, II. 2ª ed. puesta al día por GARCIA VALDES. Madrid, 1977

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo — Los delitos especiales y la Teoría de la participación. Barcelona, 1974

Determinación de la pena y política criminal. CuadPolCrim 4 (1978) 49-70

RICCIO, S.

Recidiva (Abitualitá, profesionalitá, tendenza a delinquere).
NuovDigIt XI (1939) 5-48

VIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel

Krausismo y Derecho.
Santa Fe, 1963

RODRIGUEZ, Juan Mª

Elementos del derecho civil, penal y mercantil de España.
Madrid, 1861

RODRIGUEZ DEVESA, José Mª

El hurto propio.
Madrid, 1946

Hurtos cualificados.
NuevEncJur XI, 237-44

Consideraciones generales sobre los delitos contra la propiedad.
AnDerPen (1960) 37-65

Derecho penal español. Parte general.
Madrid, 1970
Madrid, 1978, 5ª ed.
Madrid, 1979, 7ª ed.

Derecho penal español. Parte Especial.
Madrid, 1977, 7ª ed.

Alegato contra las medidas de seguridad.
AnDerPen (1978) 5-11

Inobservancia de los principios básicos y reglas establecidos en la parte general del Proyecto de 1980 en su parte especial con algunos otros defectos sobresalientes de ésta.
AnDerPen (1980) 337-45

RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo

La distinción hurto-robo en el derecho histórico español.
AnHistDerEsp (1962) 25-111

Significado político y fundamento ético de la pena y de la medida de seguridad.
RevGenLegJur (1965) 579-91

RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo

La imprudencia simple sin infracción de reglamentos.
AnDrPen (1963) 625-77

Medidas de seguridad y Estado de derecho.
En PELIGROSIDAD, 345-72

Dogmática de los delitos contra la vida en el código penal de 1870.
En CONMEMORACION, 155-77

Aspectos críticos de la elevación de la pena en casos de multirreincidencia.
AnDerPen (1972) 289-304

RODRIGUEZ MOURULLO, G. y CORDOBA RODA, J.

Comentarios al código penal, I.
Barcelona, 1972

RODRIGUEZ MOURULLO, CORDOBA RODA, TORO MARZAL, CASABO RUIZ

Comentarios al código penal, II.
Barcelona, 1972

RODRIGUEZ MUÑOZ, J.A.

Notas a MEZGER, Tratado.

ROEDER, C.A.

Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena y sus interiores contradicciones.
Traducido por GINER.
Madrid, 1876
También en RevGenLegJur (1869) 327-66 y 369-94, 452-86 (1870) 337-64

ROMAGNOSI, G.

Génesis del derecho penal.
Traducido por GONZALEZ CORTINA y GUERRERO.
Bogotá, 1956

ROMANELLI, A.

Aspetti giuridici e aspetti criminologici della recidiva.
GiustPen (1968)

ROMERO GIRON, Vicente

Reformas necesarias en nuestra legislación civil y criminal.
RevGenLegJur (1883) 193-245

ROSAL, Juan del

La personalidad del delincuente en la técnica penal.
Valladolid, 1953, 2a ed.

Derecho penal español (Lecciones).
Madrid, 1959

La palabra y la expresión en el código penal de 1870.
En CONMEMORACION, 205-23

ROSSI, P.

Tratado de derecho penal.
Traducido por CORTES, I y II.
Madrid, 1839

ROVIRA CARRERO, Isaac

Curso de Derecho penal.
I, Madrid, 1912
II, Madrid, 1916

RUEDA, Ramiro R.

Elementos de Derecho penal, I y II.
Santiago, 1898, 4a ed.

Parte artística del Código penal vigente.
Santiago, 1890

RUIZ VADILLO, Enrique

La doble reincidencia según la doctrina jurisprudencial.
RevEstPen (1964) 759-64

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1772.
RevGenDer (1972) 666-71

Algunas anotaciones a la ley de 28 de diciembre de 1978 que modifica el código penal en materia de reincidencia y reiteración.
BolInfMinJust n° 1.163 (1979) 3-14

SAINZ CANTERO, José Antonio

El informe de la Universidad de Granada sobre el proyecto que dio lugar al c.p. de 1822.
AnDerPen (1967) 509-38

La ciencia del derecho penal y su evolución.
Barcelona, 1970

SAINZ CANTERO, José Antonio — Lecciones de derecho penal. Parte general. I. Introducción. Barcelona, 1979

SAINZ DE VARANDA, Ramón — Colección de leyes fundamentales. Zaragoza, 1957

SALAS, Ramón — Comentarios a BENTHAM. Vid BENTHAM, Tratados.

Comentarios al tratado de los delitos y de las penas escrito por el Marqués de BECCARIA. Y por continuación el tratado de las virtudes y de los premios escrito en italiano por Jacinto DRAGONETTI y traducido por el mismo SALAS. Madrid, 1836

SALDAÑA, Quintiliano — Adiciones a VON LISZT, Tratado.

La reforma del código penal. Madrid, 1920

Le projet de code pénal espagnol. RevPen et DrPen (1922) 190-205

Modernas concepciones penales en España. Teoría pragmática del derecho penal. Madrid, 1923

Epílogo a FERRI, Proyecto, 163-217

SALEILLES, R. — La individualización de la pena. Traducido por HINOJOSA. Madrid, 1914, 2ª ed.

SALILLAS, Rafael — Evolución penitenciaria en España, II. Madrid, 1918.

SANGRO Y ROS DE OLANO, Pedro — Ley de Condena Condicional y Disposiciones dictadas para su cumplimiento. Madrid, 1908

SARRAILH, J. — La España ilustrada de la segunda mitad del siglo XVIII. Traducido por ALATORRE. Madrid, 1974 (reimpresión de la 1ª ed. española de 1957)

SEMPERE Y GUARINOS

Ensayo de una biblioteca española de los mejores escritores del reinado de Carlos III.
Tomo III, Madrid, 1786
Madrid, 1969

SERRANO GOMEZ, Alfonso

La reincidencia en el código penal.
AnDerPen (1976) 45-85

La Habitualidad como agravante.
RevIntDrPen (1978) 325-45

La función preventiva del derecho penal.
CuadPolCrim 4 (1978) 71-84

Modificación del código penal en materia de reincidencia.
BolDerUned 3-4 (1979) 34-9

Dogmática jurídico-política criminal-criminología como alternativa de futuro.
AnDerPen (1980) 611-39

SILVA MELERO, Valentín

Un ovetense: profesor, penalista y poeta romántico: D. Félix de Arámburu y Zuloaga.
Oviedo, 1950

En torno a la escuela penal española.
AnDerPen (1954) 439-50

SILVELA, Luis

El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España.
2ª ed. aumentado y corregido por el autor y por SILVELA, Eugenio. I y II.
Madrid, 1903

TERUEL

El Código de 1848 en su centenario.
RevEstPen 40 (1948) 8-13

TISSOT, J.

Le Droit pénal étudié dans ses principes, dans ses usages et les lois des divers peuples du monde, I.
París, 1879, 2ª ed.

TOMAS Y VALIENTE, Francisco — El derecho penal de la Monarquía Absoluta. Madrid, 1969

Introducción, Notas y traducción a BECCARIA, Delitos.

TORIO LOPEZ, Angel — Sobre los límites de la ejecución por Imprudencia. AnDerPen (1972) 53-88

TUÑON DE LARA, Manuel — La España del siglo XIX, I. Barcelona, 1975

VALDES RUBIO, José Ma — Derecho penal, I y II. Madrid, 1910

Libro primero del Código penal general. Madrid, 1908

VIADA Y LOPEZ PUIG-CERVER, Carlos — Doctrina penal de la Fiscalía del Tribunal Supremo. Madrid, 1961

VIADA Y VILASECA, Salvador — Código penal reformado de 1870 I a IV. Madrid, 1890, 4ª ed.

Suplementos:
Suplemento 2° Madrid, 1894
" 3° Madrid, 1904
" 4° Madrid, 1906
" 5° Madrid, 1911
" 6° Madrid, 1915

VIDA, Jerónimo — El proyecto de código penal. Apuntes críticos. Madrid, 1885

VIDAL, G. — Cours de Droit Criminal et de la Scienca penitentiaire, serve et mise au courant de la législation et de la jurisprudence par MAGNOL. París, 1916, 5ª ed.

VICENTE Y CARAVANTES, José — Código penal reformado. Madrid y Santiago, 1851

VICENTE Y CARAVANTES, José — Versión castellana, anotaciones y apéndices a DU BOYS, Historia.

VIRTO LARRUSCAIN, Mª José — El caso fortuito en el Antiguo Régimen y en la codificación (código penal de 1848). Tesis doctoral sin publicar. San Sebastián, 1980

VIZMANOS, Tomás Mª y ALVAREZ MARTINEZ, Cirilo — Comentarios al código penal. Madrid, 1848

VON LISZT, F. — Tratado de derecho penal. Traducido de la 20ª ed. alemana por JIMENEZ DE ASUA. Adicionado por SALDAÑA. T.I Madrid, 1914 T.II Madrid, 1917

WAHLBERG, W.E. — Quel serait le meilleur moyen de combattre la récidive?. En CONGRESO Estocolmo, Rapports. I, 169-77

YAÑEZ ROMAN, Pedro Luis — La condena condicional en España. Apuntes para su historia. AnDerPen (1972) 305-423

ZIPF, H. — Introducción a la Política criminal. Traducido por IZQUIERDO. Prólogo de BAJO FERNANDEZ. Madrid, 1979