

LA REINCIDENCIA EN LA REFORMA DEL CODIGO PENAL DE 1983

Por ALFONSO SERRANO GOMEZ
Profesor Titular de Derecho Penal

Después de la reforma de que ha sido objeto recientemente el Código Penal, por Ley de 25 de junio de 1983, tiene especial interés la nueva regulación de que es objeto la reincidencia. Se deja sin contenido el número 14 del artículo 10 y se da la siguiente redacción al número 15: *Ser reincidente.*

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

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

El legislador español no ha tenido un criterio muy firme en materia de reincidencia, y prueba de ello es que el Código ha sido objeto de diversas modificaciones en los últimos años, tema del que me ocupé con mayor extensión en otros trabajos. Hubo un endurecimiento en la de 28 de noviembre de 1974 (Serrano, 1976, pág. 45 ss.), suavizándose notablemente en la reforma del Código Penal por Ley de 26 de diciembre de 1978 (Serrano, 1979, pág. 34 ss.). La situación es realmente benévola ahora respecto de sus consecuencias anteriores, que además de su mayor extensión al aplicar la regla 6.^a del artículo 61 del Código Penal, el Tribunal se veía en la necesidad de elevar la pena en un grado, pudiendo elevarla en otro grado más según su libre arbitrio a partir de la segunda reincidencia (esta agravación se mantenía desde el Código de 1944), así

se establece en 1974; por el contrario, en la reforma de 1978, que igualmente modifica la citada regla 6.^a del artículo 61, la multirreincidencia figuraba en principio como una agravante más, aunque se facultaba al Tribunal para poder elevar la pena en un grado.

La reiteración que se recogía antes de la reforma en el número 14 del artículo 10, que ha quedado sin contenido, se incorpora a la nueva redacción del número 15.

Los requisitos que se exigen son:

A) *Haber sido condenado con anterioridad a la comisión del nuevo delito.*—Se trata de un elemento cronológico; el nuevo delito debe de llevarse a cabo después de haber sido condenado por el anterior, no sería válido el supuesto en el que coincidieran ambos momentos, por otra parte difícil, el de la condena y el de la nueva infracción.

B) *El sujeto tiene que haber sido condenado ejecutoriamente*, lo que equivale a que la sentencia sea firme, que conforme a lo dispuesto en el párrafo quinto del artículo 141 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es “cuando no quepa contra ellas recurso alguno ordinario ni extraordinario salvo los de revisión y rehabilitación”.

C) La condena anterior puede revestir una de estas formas: a) Un delito de los comprendidos en el mismo capítulo del Código Penal; b) Otro al que la Ley señala igual o mayor pena, o c) Por dos o más los que la Ley señale pena menor.

Tanto la nueva infracción como la anterior o anteriores han de ser constitutivas de delito; no es posible, por tanto, aplicar esta agravante a las faltas o entre delitos y faltas.

a) *Un delito de los comprendidos en el mismo capítulo del Código Penal.*—Se restringe ahora la extensión, que antes de la reforma abarcaba los delitos comprendidos en el mismo Título. No podrá apreciarse esta circunstancia por delitos tipificados en Leyes penales especiales. No quedan tampoco así resueltas, aunque sí minimizadas, las *dificultades anteriores*, ya que había Títulos donde se recogían delitos de distinta naturaleza, mientras que sí la tienen delitos incorporados en distintos Títulos. Sucedió esto, por ejemplo, con la malversación de caudales del Título VII y otros contra la propiedad del XIII, mientras que son de distinta naturaleza, entre otros, los delitos contra la seguridad del tráfico y la violación de sepulturas del Título V. Hubiera sido pre-

ferible utilizar la fórmula de “delitos de la misma especie” de los Códigos de 1848-1850. Ahora, por ejemplo, dentro del Capítulo II del Título II del Libro II del Código Penal tenemos en la Sección 2.ª los “delitos de los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes” muy alejados del Título VII, que se ocupa de los delitos de los funcionarios en el ejercicio de sus cargos. En el capítulo I de este Título, junto a la prevaricación de jueces y funcionarios, se encuentra la de abogados y procuradores.

b) *Delito a que la Ley señala igual o mayor pena.*—La pena hay que entenderla en abstracto, no la que se imponga en cada caso concreto. Es indiferente que corresponda al Código Penal o Ley penal especial y que la condena se haya impuesto por Tribunal ordinario o especial. Esta era una de las fórmulas establecidas antes para la reiteración.

c) *Por dos o más delitos a que la Ley señale pena menor.*—También este supuesto estaba previsto para la reiteración del número 14, que ahora queda sin contenido. Como en el caso anterior, puede tratarse de supuestos previstos en el Código Penal o en Ley penal especial. Igualmente hay que atenerse a la pena abstracta.

El último párrafo de la circunstancia agravante mejora la situación anterior, al disponer que “a los efectos de este número no se computará los antecedentes penales cancelados o que hubieren podido serlo”; se resuelve así las dificultades existentes en el contenido del mismo párrafo en su redacción anterior. Ahora no es necesario eí haber obtenido administrativamente la cancelación de los antecedentes, pues resulta suficiente con que haya transcurrido el tiempo necesario, además de concurrir los requisitos establecidos en el artículo 118 del Código Penal. La Jurisprudencia venía exigiendo el haber obtenido la cancelación de los antecedentes penales, además de que hubieran transcurrido los plazos legales (Ss. 27 de enero, 10 de febrero, 25 de junio y 29 de diciembre de 1981).

La Fiscalía del Tribunal Supremo, en circular de 1 de junio de 1983, establece una serie de medidas sobre la reforma del Código Penal. Con respecto a la prescripción de la reincidencia se establece que “dejarán de computarse a los efectos de apreciación de la reincidencia tanto las anteriores condenas canceladas como las que hubieran podido serlo, superando con ello la rigorista doctrina jurisprudencial que, en observancia de la anterior literalidad del precepto derogado, impedía tal apreciación”.

Con relación al último párrafo de la agravante número 15 del artículo 10, hay que tener presente lo que dispone el artículo 118 en su párrafo último: "En los casos en que, a pesar de cumplirse los requisitos establecidos en este artículo para cancelación por solicitud del interesado, éste no hubiera instado la rehabilitación, el juez o tribunal sentenciador, acreditadas tales circunstancias, no apreciará la agravante y ordenará la cancelación".

La Audiencia Provincial apreció en un delito de robo las agravantes de reiteración y reincidencia en base a que el procesado había sido ejecutoriamente condenado el 22-5-1971 por delito de cheque en descubierto, el 19-4-1975 por igual delito y el 7-4-1972 a la pena de seis meses de prisión menor y multa de 10.000 pesetas por delito de falsificación en documento mercantil. El Tribunal Supremo, tras desestimar el recurso de casación interpuesto, en el auto de rectificación de la Sentencia dice: "Que no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, toda vez que siguiendo una interpretación *in bonam parte* y habida cuenta la fecha de los antecedentes del procesado y fechas de las resoluciones correspondientes, procede, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 118 del Código Penal tener por inoperantes los antecedentes penales, sin perjuicio de ponerlo en conocimiento del Ministerio de Justicia para su cancelación definitiva" (S. 7-10-1983).

Consideraciones criminológicas.—Para la criminología, reincidente es todo aquel que vuelve a caer en el delito, sin preocuparle que sea en la misma o diferente especie de delito y que haya existido condena anterior. El criterio aquí es muy diferente al concepto legal, pues se basa en consideraciones fenomenológicas más que jurídicas.

La criminología tiene un gran valor para el Derecho Penal, pese a lo olvidada que está en España. En los momentos actuales la dogmática jurídico-penal se encuentra anclada, sin muchas posibilidades de evolución (Novoa, p. 521). Como señala Roxin, la dogmática está basada en fórmulas abstractas que suelen llevar a resultados de escaso rendimiento práctico (p. 19). Al Derecho Penal no le queda más solución que aceptar las aportaciones de la criminología, a través de la política criminal, si quiere seguir evolucionando; autores tan dogmáticos como Maurach reconocen que "en el ámbito jurídico-penal, se ha debido reconocer que en numerosos campos no puede prescindirse de la labor previa realizada por la criminología" (p. 40-41). Por su parte, Rodríguez Devesa escribe: "Los progresos de la criminología han contribuido paradójicamente a poner de relieve cuán escasos son aún nues-

tros conocimientos en relación con los factores de la criminalidad y los medios para combatirla, así como la necesidad de traer a colación las disciplinas más diversas para encontrar la solución adecuada a los problemas político-criminales. Inconcebiblemente, la idea de una colaboración multidisciplinaria encuentra resistencia en los juristas apegados a una etapa, próxima a periclitarse, de pensamiento formalista y conceptual" (p. 52).

Los penalistas españoles, casi en su totalidad, prefieren no ocuparse de la criminología, a pesar de su relación con la ciencia alemana y de que este país ya hace años que reconoce la importancia de esta ciencia en materia de política criminal (Serrano, 1980, p. 18 ss.). Lo cierto es que la dogmática de fórmulas abstractas tiene pocas posibilidades de evolución, por lo que ha de ocuparse más de la realidad social, a través de los datos facilitados por otras ciencias, entre ellas la criminología. La política criminal ha de aportar a la dogmática los datos de las ciencias sociales y del espíritu necesarios para una eficaz crítica y proposición de reforma de las normas penales. En esa aportación tiene especial valor la criminología. Sin el apoyo de ésta, dogmática jurídica y política criminal no pueden conseguir una labor eficaz en materia de reformas legislativas.

El traer aquí a colación estos antecedentes es porque considero que en la mayoría de los trabajos de política criminal, o prácticamente en todos, es necesario, tras exponer la legislación que se comenta, hacer una serie de consideraciones criminológicas para conocer la realidad del mundo del delito, lo que sin duda facilitará llegar a una serie de conclusiones de *lege ferenda*. Sin embargo, esto no es posible en nuestro país por dos razones, porque no hay criminólogos y porque la mayoría de los penalistas no están dispuestos a que la criminología tenga ningún desarrollo, pues en los Institutos de Criminología no se hace investigación, no es posible, pues carecen de presupuesto y de plazas dotadas de profesorado.

Así las cosas, cabe apuntar la falta de consistencia de los argumentos presentados por los penalistas para justificar la agravación de la pena en la reincidencia; argumentos que por otra parte están más próximos a la criminología que al Derecho Penal, por basarse la mayoría de ellos en la peligrosidad del sujeto que recae en el delito.

El fundamento de la agravación se basa en una mayor culpabilidad (Maurach, p. 546), en la insuficiencia de la pena anterior (Carrara, pgfo. 737), mayor capacidad criminal (Ranieri, p. 500), mayor peligrosidad

dad (Ferri, p. 638), mayor probabilidad de delinquir en el futuro (Antolisei, p. 482), mayor culpabilidad en base a la situación en que se encuentra el sujeto por su forma de vida (Bettiol, p. 366). Con excepción de la postura de Maurach el resto de los autores basan esa mayor pena en la peligrosidad del sujeto, concepto criminológico, tema sobre el que volverá después.

También en muchos casos el propio Tribunal Supremo se inclina por un fundamento criminológico. En la Memoria de la Fiscalía del T. S. de 1973 se dice que los criterios que justifican la reincidencia son: Insuficiencia de la pena anterior, personalidad del agente, peligrosidad (p. 232); "La Defensa Social contra los delincuentes habituales o profesionales, ha de ser más estricta y su sanción mayor y más grave que la de los delincuentes ocasionales" (p. 229).

En cuanto a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo los criterios son en su mayor frecuencia criminológicos, pues aunque en algún caso se hace referencia a una mayor culpabilidad (S. 24-9-1970), en otras se refiere a mayor culpabilidad y peligrosidad (Ss. 10-6-1960 y 29-10-1970), mayor perversidad (S. 10-11-1970), insuficiencia de la pena anterior (Sentencias 20-10-1964, 11-3-1967 y 17-1-1974), habitualidad (S. 24-4-1967), profesionalidad o habitualidad (S. 4-12-1969), hábito criminoso (S. 11-12-1969), consideración criminológica, social, peligrosidad, hábito criminoso y no recuperabilidad social (S. 28-9-1970). Se puede observar cómo no hay un criterio uniforme en la Jurisprudencia.

Desde el terreno real el tema es de notable importancia, ya que puede calcularse que de cada cinco condenados por las Audiencias provinciales y Juzgados de Instrucción a uno se le viene apreciando la circunstancia agravante de haber recaído en el delito. El número de casos, según las últimas estadísticas judiciales publicadas, que son de 1978, a los que se le aplicó esta agravante fue: 1969 (7.453), 1970 (7.728), 1971 (7.393), 1972 (7.440), 1973 (8.428), 1974 (8.521), 1975 (8.180), 1976 (5.592), 1977 (6.322) y 1978 (7.991) (p. 27).

Según las estadísticas penitenciarias, de los penados que había en las prisiones españolas el día 31 de diciembre de cada uno de los años que se indican, eran reincidentes: 1969 (4.323, que representaban el 59,99 por 100 de la población penal condenada), 1970 (4.757, 55,79 por 100), 1971 (6.678, 29,7 por 100), 1972 (4.124, 57,66 por 100), 1973 (4.558, 57,82 por 100), 1974 (4.710, 55,52 por 100), 1975 (2.118, 56,75 por 100), 1976 (2.427, 58,95 por 100), 1977 (2.270, 60,69 por 100), 1978 (2.333, 57,40 por 100), 1979 (2.920, 54,72 por 100), 1980 (3.991, 53,51 por 100) y 1981

(5.351, 53,13 por 100) (Informe general, 1981, pág. 196). Las oscilaciones que se aprecian en algunos años obedecen a los indultos generales concedidos en 1975 y 1977.

CONSIDERACIONES DE POLITICA CRIMINAL

Necesariamente para llegar a unas conclusiones de política criminal es preciso conocer la aportación de la criminología, es decir, del mundo real del delito: "transformar los conocimientos criminológicos en exigencias político-criminales, y éstas, a su vez, en reglas jurídicas de *lege lata o ferenda*, es un proceso, cuyos estudios concretos son igualmente importantes y necesarios para el establecimiento de lo socialmente justo" (Roxin, p. 77).

La criminología nos enseña que generalmente el reincidente es un sujeto peligroso, ya que vuelve a caer en el delito, que unas veces se convierte en profesional, al vivir en todo o en parte del delito y en otras puede estar incluso afectado por problemas de personalidad, como en el caso de los habituales (Dittullio, p. 614); habitualidad y profesionalidad a veces coinciden en un mismo sujeto (Serrano, 1980, p. 109 ss.). El habitual presenta trastornos profundos en la inteligencia y carácter (Pinatel, p. 460).

Los argumentos que vimos daban los penalistas para justificar la agravante no son convincentes. La pena tiene que estar en función de la culpabilidad y ningún otro argumento es válido, pues la peligrosidad puede llevar consigo una medida de seguridad, pero nunca deducirse de la misma una pena o su agravación.

En contra del criterio de Maurach cabe decir que en el reincidente no hay una mayor culpabilidad, ésta tiene su fundamento en la conducta en sí, en haber violado el derecho cuando el sujeto debía y podía actuar de otro modo. La insuficiencia de la pena anterior, argumento esgrimido por Carrara, tampoco conduce a nada positivo, pues de ser así no sería necesario haber cumplido la pena, requisito que no se exige en nuestro Código Penal, en todo caso esto no demuestra más que una mayor peligrosidad en el sujeto. Lo mismo hay que decir del resto de las posturas de los demás autores.

Con relación a esta agravante, en un principio me mostré partidario de la unificación de reiteración y reincidencia, como se hace en la actual reforma del Código Penal, y que jugara a efectos de agravación

como una circunstancia más (Serrano, 1976, p. 85); más tarde, al comentar la reforma de 1978 (Serrano, 1978, p. 34 ss.), en base a que no puede justificarse la agravación en una mayor culpabilidad, me incliné por la postura que sigo manteniendo de que la reincidencia debe desaparecer del Código Penal.

Proposición de "lege ferenda".—En atención a lo recogido en el apartado anterior, también el número 15 del artículo 10 del Código Penal debe quedar sin contenido, pues con él se quiebra el principio de culpabilidad consagrado en el artículo 1.º del Código Penal, así como también en el 6 bis, b).

Por la misma razón se han de dejar sin contenido el resto de los supuestos en los que se establecen situaciones de reincidencia específica, como sucede en los que se tiene en cuenta las sentencias extranjeras para apreciar la agravante, falsificación de moneda metálica y billetes de Estado y Banco (art. 289), en materia de estupefacientes (art. 344) y en los delitos relativos a la prostitución (art. 452 bis, f); para el eclesiástico, que requerido por un Tribunal competente rehusara remitirle los autos para la decisión de un recurso de fuerza interpuesto (art. 381); defraudaciones del fluido eléctrico (art. 537); supuestos de intrusismo o falta de inscripción profesional en Colegio, Corporación o Asociación oficial (art. 572).

El propio Código Penal tiene medios para combatir a los peligrosos, pues la regla 4.ª del artículo 61 dispone que "cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes, los Tribunales, teniendo en cuenta la mayor o menor gravedad del hecho y la personalidad del delincuente, impondrán la pena en grado mínimo o medio". No obstante, considero que cuando la agravación sea en función de la personalidad, y no de la culpabilidad, tampoco procede agravar la pena.

Al peligroso puede combatírsele bien con una medida de seguridad, situación que no queda clara en la Ley de Peligrosidad Social, Ley que por otra parte debe ser derogada (Serrano, 1976, p. 221 ss.), sin perjuicio de que se le imponga una pena en base a la culpabilidad. Se le puede denegar la libertad condicional, si sigue manteniendo su peligrosidad, y no ofrece, por tanto, garantías de hacer vida honrada en libertad (art. 98, 4.ª), incluso se le puede llegar a negar los beneficios de la redención de penas por el trabajo (art. 100, 2.º), así como una serie de beneficios penitenciarios; por otra parte, le está vedada la condena condicional (art. 93, 1.ª). En suma, que en el propio Código Penal y en la legislación penitenciaria hay una serie de preceptos que permiten

tratar al reincidente con mayor dureza que al delincuente primario sin necesidad de inculcar el principio de culpabilidad.

La falta de investigación criminológica en España, donde no hay criminólogos profesionales, se está haciendo notar no sólo en la falta de estudios necesarios para conocer y combatir la criminalidad en general, que ya es alarmante (Serrano, 1983, p. 273 ss.), sino incluso para mejorar nuestra política criminal. Frente a más de dos centenares de profesores dedicados al Derecho Penal en la Universidad española, no existe ni un solo criminólogo, pese a la importancia que la ciencia penal europea está dando a la criminología.

BIBLIOGRAFIA

- ANTOLISEI, F.: *Manual de Derecho Penal*, trad. Rosal-Torío, 1960.
- ASÚA BATARRITA, A.: *La reincidencia*, Bilbao, 1982.
- BETTIOL, G.: *Diritto Penale*, Padova, 1976.
- CARRARA, F.: *Programa del curso de Diritto Criminale*, 1861-1870.
- DIRECCIÓN GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS: *Informe General*, 1981.
- FERRI, E.: *Principios de Derecho Criminal*, Madrid, 1934.
- I. N. E.: *Estadísticas judiciales de España*, 1982.
- MAURACH, R.: *Tratado de Derecho Penal*, trad. Córdoba Roda, Barcelona, 1962.
- NOVOA MONREAL, E.: *Alternativas y trances del Derecho Penal de hoy*, en "Anuario de Derecho Penal", 1978, fasc. III.
- PINATEL, J.: *Traité de Droit Pénale et de Criminologie*, III, París, 1976.
- RANIERI, S.: *Manuale de Diritto Penale*, Padova, 1968.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a: *Derecho Penal español. Parte general*, Madrid, 1982.
- ROXIN, C.: *Política criminal y sistema de Derecho Penal*, trad. Muñoz Conde, Barcelona, 1982.
- SERRANO GÓMEZ, A.: *Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social*, en "Anuario de Derecho Penal", 1974, fasc. II.
- : *La reincidencia en el Código Penal*, en "Anuario de Derecho Penal", 1976, fasc. I.
- : *Modificación del Código Penal en materia de reincidencia y reiteración*, en "Boletín Informativo de la Facultad de Derecho", UNED, número 3-4, 1979.
- : *Habitación y reincidencia*, en Revista Facultad de Derecho de la Universidad Católica "Andrés Bello", Caracas, núm. 27, 1980.
- : *Dogmática jurídica-política criminal-criminología como alternativa de futuro*, en "Anuario de Derecho Penal", 1980, fasc. III.
- : *Evolución social, criminalidad y cambio político en España*, en "Anuario de Derecho Penal", 1983, fasc. II.
- DI TULLIO, B.: *Tratado de Antropología Criminal*, Buenos Aires, 1950.