

FUNDAMENTO DOGMÁTICO DE LA AGRAVACIÓN POR REINCIDENCIA***

LEOPOLDO PUENTE RODRÍGUEZ***

Resumen: La repetición delictiva por parte de personas que ya han sufrido una pena genera, sin duda, complicaciones a muchos niveles: social, mediático y, por supuesto, jurídico. La incapacidad estatal para reducir la reincidencia ha desembocado, tradicionalmente, en el recurso a la agravación de la pena. En la actualidad, debido al incremento de las medidas de seguridad en nuestro ordenamiento, se plantea también si tales medidas pueden ser de utilidad en este campo. Resulta clara, por tanto, la mayor intensidad en la respuesta penal para los autores reincidentes. Sin embargo, creo necesario plantear si tal intensidad en el tratamiento a este tipo de autores puede ser compatible con los principios jurídicos que deben guiar nuestra legislación. En el artículo trato de demostrar la tensión entre los principios dogmáticos generalmente defendidos y el tratamiento efectivamente impuesto a los reincidentes.

Palabras clave: Reincidencia, fundamento de la agravación, límites del Derecho Penal, proyecto de reforma del Código Penal, medidas de seguridad.

Abstract: The criminal repetition by people who have already gone through the state penal apparatus generates, undoubtedly, complications on many levels: on the social level, regarding the media and, of course, legal issues. The inability of the state to reduce recidivism has traditionally led to a resource of aggravated punishment. Currently, due to increased “security measures” in our legal system, also raises the question of whether these measures can be useful in this matter. It is clearly more intense the response to the “reoffenders”. However, I need to ask if such intensity in the treatment for this type of criminal perpetrators may be consistent with the principles that should guide our legislation. In this article I try to show the tension between the generally defended principles and the effectively treatment imposed to repeating offenders.

Keywords: Reoffending, foundation of aggravation, limits of Criminal Law, draft Penal Code reform, security measures.

* Fecha de recepción: 19 de marzo de 2013.

Fecha de aceptación: 17 de abril de 2013.

** Este artículo constituye el desarrollo del trabajo presentado en el II Premio Joven Investigador de la Facultad de Derecho de la UAM bajo el título “Fundamento dogmático de la reincidencia”. Dicho trabajo, que obtuvo el primer premio, fue tutelado por el Profesor Enrique Peñaranda Ramos, a quien agradezco la valiosa ayuda que me ha prestado tanto para el trabajo inicial como para el presente artículo. Asimismo, agradezco la ayuda y las sugerencias de la Profesora Mariona Llobet Angl i y el Profesor Daniel Rodríguez Horcajo que han sido también determinantes para la elaboración final de este texto. A todos ellos, mi más sincera gratitud.

*** Estudiante de 4º curso de Derecho y Ciencia Política y Administración Pública en la Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico: leopoldo.puente@gmail.com.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; 1. Cuestiones generales: enfoque metodológico, aspectos históricos y planteamiento de la cuestión; 2. Cuestiones previas: definición de reincidencia y sus efectos; II. LEGITIMIDAD DE LA AGRAVACIÓN DE LA PENA POR REINCIDENCIA EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA; III. LA JUSTIFICACIÓN DE LA AGRAVACIÓN POR REINCIDENCIA EN LA DOCTRINA; 1. Introducción a la pluralidad de posturas; 2. Breve mención a fundamentos contrarios al principio de culpabilidad; 3. Teorías del mayor injusto o de la mayor culpabilidad; 4. Anteproyecto de Reforma del Código Penal: Medidas de seguridad; 5. Crítica a la medida de seguridad como respuesta a la reincidencia; IV. CONCLUSIONES; V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

1. Cuestiones generales: enfoque metodológico, aspectos históricos y planteamiento de la cuestión

El fenómeno de la reincidencia ha sido, y es, objeto de preocupación por parte de la sociedad en su conjunto y, por supuesto, también por parte de juristas y legisladores. Consecuentemente, ha sido analizado y discutido desde muy distintos puntos de vista. Entre ellos, puede destacarse el “enfoque sociológico”, cuya función es la de precisar cómo influye la reincidencia en la confianza de la sociedad hacia determinadas instituciones y, especialmente, en su percepción de “seguridad”¹. Debe destacarse, también, la “perspectiva político-criminal”, que analiza qué factores influyen en la reincidencia delictiva y cómo podría reducirse ésta².

La orientación de este artículo será, en cambio, fundamentalmente jurídica y pretenderá responder a la pregunta que considero más relevante en torno a la reincidencia. A saber: ¿es siempre legítimo agravar la pena del reincidente? Trataré, entonces, de establecer si es admisible, en un Estado que respete el “Derecho penal del acto” y el “principio de culpabi-

¹ Son muchos los trabajos publicados recientemente por especialistas en Derecho penal que tienen como eje central de la discusión el conflicto entre libertad y seguridad. A título de ejemplo: DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 06 (2004); MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho Penal en la sociedad del riesgo*; ROBLES PLANAS, R., *InDret Penal*, 4/2007; o SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, vol. 1. Si bien es cierto que la “sensación de seguridad” no es únicamente influida por la reiteración criminal, tampoco puede dudarse que ambas se encuentran estrechamente relacionadas (más aún si sustituimos “reiteración criminal” por “percepción de la reiteración criminal”). Por tanto, aunque la reincidencia no es el elemento central de este debate, constituye uno de los aspectos fundamentales que lo integran.

² Así, CID MOLINÉ, J., *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, nº 19 (2007), p. 441, afirma que algunas de las variables que parecen incidir en mayor manera sobre la posibilidad de volver a delinquir son, entre otras, la edad, el sexo, el tipo de delito cometido con anterioridad, la adicción a las drogas o la situación económica. Sin embargo, puede afirmarse que el análisis político-criminal de la reincidencia en España no se encuentra aún suficientemente desarrollado.

lidad por el hecho”, sancionar más gravemente, tal y como hace entre otros muchos nuestro ordenamiento, el delito cometido por el reincidente. Los antecedentes históricos muestran que la respuesta a este interrogante es, o al menos ha sido, afirmativa. Así encontramos en el caso español muy tempranas referencias normativas, ya en el *Fuero Juzgo* o *Las Partidas*, al delincuente reincidente y el castigo que éste merece, siempre más grave³.

La reincidencia y su castigo se encuentran también regulados, de una u otra forma, en todos los Códigos penales españoles, desde el primero, en 1822, hasta el actual. De hecho, el caso español a nivel legislativo resulta paradigmático de la ausencia de una tendencia político-criminal clara⁴. Además, esta institución, la reincidencia, es tomada en consideración por parte de la mayoría de los ordenamientos jurídicos de los países de nuestro entorno⁵. Quizá, en este sentido, la regulación más llamativa sea la de las leyes *Three Strikes and you're out* en los EEUU⁶.

Sin embargo, a pesar de la presencia de una continuada, persistente e internacional tendencia a la agravación de la pena del autor reincidente, no parece haber un acuerdo respecto a los motivos en los que debe justificarse tal incremento de la respuesta penal. Podremos decir entonces que, pese a lo intuitivo y arraigado de la idea de una necesidad de mayor castigo al reincidente, el fundamento de dicha agravación no se encuentra, ni mucho menos, suficientemente precisado.

³ Un análisis muy detallado de la evolución y el desarrollo histórico de esta institución puede encontrarse en ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia. Su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial*. Referencia concreta al *Fuero Juzgo* encontramos en MARTÍNEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia*, p. 20. Referencia concreta a *Las Partidas* encontramos, por otro lado, en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, p. 9.

⁴ A modo de resumen cabe señalar que mediante la L.O. 8/1983, de 25 de junio, tuvo lugar la supresión de la multirreincidencia. Posteriormente, el Código Penal de 1995 suprimió la reincidencia genérica (o “reiteración”), que aún persistía en nuestro ordenamiento. Más adelante, la L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, introdujo, de nuevo, la figura de la multirreincidencia en nuestra legislación, existente a día de hoy.

⁵ Es cierto, sin embargo, que no se puede afirmar que en todos estos países la reincidencia reciba una misma respuesta penal. En multitud de casos la respuesta del ordenamiento jurídico será la de la agravación (caso, por ejemplo, de Portugal, Italia y EEUU.). Existe, pese a todo, una importante excepción: Alemania. En la actualidad el ordenamiento alemán no contempla directamente la posible agravación por reincidencia. Simplemente se considera a ésta un factor más en la individualización de la pena y puede dar lugar, en determinados supuestos, a la imposición de una medida de seguridad. No obstante, no debemos perder de vista que esta peculiaridad podría responder a la especialidad del sistema alemán de determinación de la pena y que, finalmente, se considera la reincidencia una circunstancia igualmente negativa.

⁶ A este respecto resulta de sumo interés la lectura del estudio “*Three Strikes and You're Out: A Review of State Legislation*” realizado por el National Institute of Justice, perteneciente al Departamento de Justicia de los EEUU. En él se analizan los efectos de las reformas legislativas producidas en muchos de los Estados pertenecientes a los EEUU. a mediados de la década de los noventa. De su lectura resulta patente el asombroso incremento de la respuesta punitiva que, en muchos casos, se produce de cara al tratamiento de reincidentes. Por otra parte, un interesante análisis de la jurisprudencia estadounidense en relación a la “adecuación constitucional” de estas agravaciones puede encontrarse en CASTIÑEIRA PALOU, M. T. y RAGUÉS I VALLÉS, R., *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, nº 14 (2004).

De la debilidad del fundamento dogmático de la circunstancia agravante de reincidencia da muestra el actual Anteproyecto de reforma del Código Penal. Este futuro cambio legislativo podría suponer el abandono de la agravación de la pena a reincidentes y multirreincidentes para optar (en determinados supuestos y previamente constatada la peligrosidad del autor) por la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad: la conocida como “custodia de seguridad”⁷. Como se puede apreciar, nos encontramos ante un cambio radical en el tratamiento que históricamente han recibido los reincidentes por el ordenamiento español.

Una vez sentado lo anterior, considero imprescindible describir brevemente la estructura de mi exposición. En primer lugar, trataré de aclarar las cuestiones más importantes que se suscitan en torno al fundamento de la reincidencia. Para ello, me serviré de las más trascendentes aportaciones jurisprudenciales (la STS, Sala 2ª, de 6 de abril de 1990 y la STC 150/1991, de 4 de julio) y doctrinales. En segundo lugar, valoraré críticamente la actual propuesta de reforma penal en esta materia, basada en la imposición de medidas de seguridad, no sólo, pero también, a reincidentes y multirreincidentes. Finalmente, expondré mis conclusiones y trataré de demostrar la insuficiencia de cualquiera de las fundamentaciones que han sido elaboradas para legitimar la agravación de la pena del reincidente.

2. Cuestiones previas: definición de reincidencia y sus efectos

Antes de tratar de responder a la cuestión planteada, es importante describir someramente cuáles son los efectos de esta circunstancia agravante sobre la determinación concreta de la pena y para ello es necesario, previamente, definir al reincidente.

Con el término “reincidencia” no se hace referencia a la mera repetición criminal. Según nuestra regulación (art. 22.8ª CP) es reincidente el culpable que, al delinquir, haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título del Código Penal, siempre que sea de la misma naturaleza⁸. Considero necesario resaltar una de las

⁷ En todo caso, según el Anteproyecto, la reincidencia dejaría de operar automáticamente como circunstancia agravante y, en caso de que la misma concurriera, los Jueces y Tribunales deberían aplicar la pena establecida por la Ley para el delito cometido “en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente, sus antecedentes y a la mayor o menor gravedad del hecho”.

⁸ De esta definición legal derivan muchos y muy interesantes problemas. ¿Qué delitos son de la misma naturaleza? ¿Distintas formas de participación pueden considerarse comprendidas en un mismo título? ¿La ejecución imperfecta de un delito podría encontrarse comprendida en un sólo (y único) título? Respecto a la primera pregunta puede concluirse que doctrina y jurisprudencia exigen, con carácter general, la concurrencia de tres requisitos: identidad del bien jurídico protegido, similar gravedad de las conductas e identidad en el modo de ataque al bien jurídico. En tal sentido: MONGE FERNÁNDEZ, A., *La circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena*, p. 91. Respecto a las dos últimas preguntas puede establecerse, por otro lado, que la doctrina mayoritaria responde afirmativamente a ambas. Sin embargo, es de otra opinión MIR PUIG, S., quien, en *La reincidencia en el Código Penal*, sostiene (pp. 370 y ss.) que la

notas esenciales de esta definición para poder comprender mejor las consideraciones que realizaré más adelante: el culpable (por autoría o cualquier forma de participación) debe haber sido *condenado antes de cometer el segundo delito por el que se le juzga* para que pueda ser aplicada la circunstancia agravante de reincidencia. Sobre ello volveremos más tarde.

Establecer una definición previa puede parecer innecesario. Cabe pensar, incluso, que una remisión al precepto oportuno habría sido suficiente. Desde mi punto de vista, sin embargo, no sólo es recomendable sino que resulta esencial caracterizar con precisión la institución analizada. Algún autor ha considerado, al emplear una definición de reincidencia demasiado amplia y cercana a la “reiteración delictiva” (dejando de lado la, por así decirlo, reincidencia *stricto sensu*), que los efectos de la circunstancia de reincidencia en el ordenamiento español van más allá de la mera agravación de la pena⁹. Se ha llegado a señalar, por ejemplo, que dicha circunstancia podría afectar a instituciones como la suspensión de la pena o la prisión provisional. Sin embargo, esta consideración da lugar a confusión entre dos instituciones diferentes que deberían justificarse de distinto modo. La circunstancia agravante de reincidencia presenta una caracterización precisada en el art. 22.8ª CP, distinta, en elementos para nada desdeñables, de los requisitos establecidos para la suspensión de la pena y de los estipulados para la imposición a un sujeto de la medida de prisión provisional¹⁰.

Podemos decir, entonces, que la diferencia esencial entre la agravación por reincidencia y la “repetición criminal”, presente en las otras instituciones (suspensión de la pena y prisión provisional), se encuentra esencialmente en el tipo de delitos que son tenidos en cuenta. En la reincidencia se consideran no sólo delitos dolosos, sino también delitos imprudentes. Además, estos deben ser del mismo título del Código Penal y de la misma naturaleza (algo que no se exige para impedir la suspensión de la pena o para cumplirse con uno de los requisitos exigidos para la imposición de la prisión provisional). Por todo ello, debe señalarse que el concepto de “reincidencia” empleado en el ámbito de las circunstancias agravantes es simultáneamente más amplio (dado que abarca delitos imprudentes) y más restrictivo (ya que exige una mayor identidad entre los delitos cometidos).

circunstancia agravante de reincidencia “no podrá ser estimada en ningún supuesto en que la infracción anterior o la actual constituyan una forma de imperfecta ejecución” o, en su caso, una “forma de participación”, ya que estas situaciones no se encontrarían contempladas en un sólo y único título.

⁹ En tal sentido, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, p. 199, afirma que “junto a la agravación de la pena ante la existencia de anteriores condenas, el ser reincidente también afecta a la individualización judicial de la pena en sentido amplio, ya que la nueva comisión delictiva lleva aparejada la limitación al acceso a ciertos beneficios penales y penitenciarios”.

¹⁰ Entre los requisitos exigidos para la suspensión ordinaria de la pena se encuentra, según el art. 81.1ª CP, la necesidad de que el condenado, *sin tener en cuenta condenas anteriores por delitos imprudentes*, haya delinquirido por primera vez. Por otra parte, entre los diversos aspectos que según el art. 503 LECrim se deben tener en cuenta a la hora de decretar la prisión provisional encontramos la existencia de “antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de *condena por delito doloso*”.

Una vez precisado y delimitado el contorno de la figura que analizaremos a lo largo del texto es el momento de recordar brevemente los efectos de la misma en la determinación concreta de la pena. La concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia, como es sabido, supondrá, siempre que no concurren circunstancias atenuantes que también deban ser valoradas, la aplicación de una sanción dentro de la mitad superior del marco de pena previsto para el delito (art. 66.1.3ª CP).

Resulta esencial, por otro lado, realizar una breve mención a la agravación por multirreincidencia (art. 66.1.5ª CP)¹¹. Esta agravación *podría* implicar (atendiendo, según el Código Penal, a las condenas precedentes y a la “gravedad del nuevo delito cometido”) la imposición de la pena superior en grado en toda su extensión (lo que supone una excepción a la regulación general de las circunstancias agravantes). Para ilustrar esta situación puede considerarse que, por ejemplo, en el caso de que un delito tuviera asignada una pena de 2 a 4 años, el autor del mismo podría sufrir una pena de 4 a 6 años si fuera multirreincidente (pena superior en grado en toda su extensión). En cambio, si el autor cometiera el mismo delito y concurrieran más de dos circunstancias agravantes (e, incluso, todas), a excepción hecha de la multirreincidencia, la pena podría ser, como máximo, de 4 a 5 años (mitad inferior de la pena superior en grado). La pena que sufriría el multirreincidente es notoriamente superior a la que sería impuesta a aquel autor que cometiera el mismo delito concurriendo la práctica totalidad de las circunstancias agravantes. Es patente, por tanto, la distinta y cuestionable intensidad con la que responde nuestro ordenamiento en cada caso.

II. LEGITIMIDAD DE LA AGRAVACIÓN DE LA PENA POR REINCIDENCIA EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

La jurisprudencia española se ha pronunciado en multitud de ocasiones sobre la licitud de agravar la pena al autor (o partícipe) reincidente. Aunque, por supuesto, son constantes los pronunciamientos de los tribunales de nuestro país acerca de la circunstancia agravante en cuestión, son dos las sentencias que encaran el problema de manera más directa y realizan un análisis más profundo de la cuestión: la STS, Sala 2ª, de 6 de abril de 1990 y la STC 150/1991, de 4 de julio.

La primera de ellas, la STS 6-4-1990, determinó que la agravación por reincidencia “puede ser aplicada sin vulnerar el principio de la culpabilidad por el hecho” (límite que, como es obvio, no debería ser en ningún caso traspasado) y, por tanto, de manera conforme con la Constitución. No obstante, para que ello sea así, será necesaria “una *reconsideración del funcionamiento de la agravante* para ajustarla a los límites que impone dicho principio”

¹¹ Es multirreincidente, según dicho precepto, el culpable que al delinquir “hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza”.

(F.J.1)¹². Mediante esta “reconsideración” trata el órgano judicial de defender una suerte de aplicación facultativa de la agravación por reincidencia que parece difícil de casar con el tenor literal del Código Penal en su art. 66.1.3ª. Dicho precepto establece que Jueces y Tribunales “*aplicarán* la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito” si en el caso concreto concurren una o dos circunstancias agravantes (también, claro está, la reincidencia)¹³.

Por otra parte, la STC 150/1991 hace frente a numerosos e interesantes argumentos que cuestionan la constitucionalidad de la circunstancia agravante de reincidencia. Finalmente, con base, sobre todo, a los siguientes razonamientos, el Alto Tribunal defiende la licitud de la misma.

En primer lugar, afirma el Tribunal Constitucional, y es importante realizar esta precisión, que el principio de culpabilidad, si bien es reconocido por la propia Constitución, no debe ser entendido necesariamente (tal y como hace el Juez que interpone la cuestión de inconstitucionalidad) como “normalidad de la motivación” (F.J.4)¹⁴. Al parecer del Alto Tribunal, el principio de culpabilidad no se vería atacado en el caso de que la pena fuera agravada en atención a la reincidencia. En algún sentido, en esta sentencia se defiende que dicho principio, el de culpabilidad, no es conculcado debido a los limitados efectos agravatorios de la circunstancia agravante de reincidencia sobre la pena¹⁵. Sin embargo, parece que estos “limitados efectos agravatorios” no pueden predicarse, tal y cómo se indicó

¹² Igualmente se señala en el F.J.1 que “cuando la gravedad de la reprochabilidad por el hecho (establecida sin tomar en cuenta la conducta anterior del autor ni pronósticos de conducta desfavorables para el futuro) no alcance para justificar la aplicación del grado medio o máximo, el Tribunal no deberá agravar la pena, fundándose en la reincidencia, por encima de la que resulte de la gravedad de dicha reprochabilidad”. De tal manera, se pretende limitar el papel efectivo que la circunstancia agravante de reincidencia puede jugar en determinados supuestos para la determinación de la pena.

¹³ Precitado lo anterior, es importante señalar que en la argumentación esgrimida por el Tribunal Supremo no nos encontraríamos estrictamente ante la justificación de una aplicación facultativa de esta circunstancia. La agravación por reincidencia debería ser aplicada *en todo caso* siempre que no se excediera el límite impuesto por el principio de culpabilidad. Sin embargo, desde mi punto de vista, la objeción del tenor literal del art. 66.1.3ª CP, apuntada anteriormente, tiene, pese a ello, peso suficiente como para merecer ser igualmente resaltada.

¹⁴ En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional señala en el F.J.3 *in fine* que “el parámetro a utilizar para resolver sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma cuestionada es la propia Constitución, y no determinadas categorías dogmáticas jurídico-penales, sobre las que no corresponde pronunciarse a este Tribunal”.

¹⁵ Así, en el F.J.4.b) *in fine*, el Tribunal Constitucional advierte que “el juicio sobre la proporcionalidad de la pena, tanto en lo que se refiere a la previsión general en relación con los hechos punibles como a su determinación en concreto en atención a los criterios y reglas que se estimen pertinentes, es competencia del legislador en el ámbito de su política criminal, siempre y cuando no exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad penal derivado de ella (STC 65/1986, antes citada); lo que no cabe extraer, en todo caso y necesariamente, de la apreciación de la circunstancia agravante de reincidencia, ya que ésta ha de ser tenida en cuenta por los Tribunales únicamente dentro de unos límites fijados por cada tipo penal concreto y su respectiva sanción: es decir, para determinar el grado de imposición de la pena y, dentro de los límites de cada grado, la extensión de la pena”.

anteriormente, acerca de la multirreincidencia (introducida en nuestro ordenamiento con posterioridad a esta sentencia, mediante la L.O. 11/2003, de 29 de septiembre). De manera que sin existir un pronunciamiento expreso al respecto, la sombra de la inconstitucionalidad continúa planeando sobre esta última institución, la multirreincidencia¹⁶.

Asimismo, en segundo lugar, el Tribunal Constitucional afirma que la norma cuestionada no sería contraria a los “fines constitucionales de la pena”, dado que la Constitución no erige la prevención especial como única finalidad de la misma (F.J.4). Por tanto, la razón de la agravación al reincidente no necesariamente debería encontrarse amparada por motivos preventivo-especiales, que según los argumentos esgrimidos en su escrito por el Juez que interpuso la cuestión podrían haberse mostrado ya ineficaces, pudiendo ser éstos preventivo-generales¹⁷.

Finalmente, el Alto Tribunal considera, enfrentándose a la objeción de vulneración del principio “non bis in idem”, que “la repetición de delitos propia de la reincidencia presupone, por necesidad lógica, una referencia al delito o delitos repetidos”, pero ello no significa “que los hechos anteriores vuelvan a castigarse” (F.J.9)¹⁸. A este respecto, comparto la opinión del Tribunal ya que la condena anterior *podría* producir un cambio cualitativo en la persona del reincidente, o en sus circunstancias, que debieran ser tomadas en consideración (como veremos después).

III. LA JUSTIFICACIÓN DE LA AGRAVACIÓN POR REINCIDENCIA EN LA DOCTRINA

Una vez aportadas las “soluciones” jurisprudenciales a la problemática de la reincidencia es el momento de analizar las distintas justificaciones que la doctrina ha elaborado para

¹⁶ En sentido similar, PÉREZ MANZANO, M., *Introducción al Derecho Penal*, p. 119, donde afirma que “la crítica a la agravación de la pena debido a la lesión del principio de culpabilidad tiene especial sentido respecto de la superagravante de multirreincidencia”. Ello se debe, según la autora, a que “el Tribunal Constitucional declaró la compatibilidad de la agravante de reincidencia con la Constitución, si bien desde la perspectiva del principio de proporcionalidad a partir de la constatación de sus reducidos efectos agravatorios, dado que en aquel momento el Código Penal no contemplaba la superagravante de multirreincidencia”.

¹⁷ Puede señalarse, incluso, que el Tribunal Constitucional parece referirse en su argumentación exclusivamente a la prevención especial positiva, por lo que no queda claro qué papel puede desempeñar la prevención especial negativa en relación a la agravación por reincidencia.

¹⁸ Algún autor ha considerado que la agravación por reincidencia presupone, precisamente, una muestra de respeto a dicho principio. En tal sentido, LATAGLIATA, A. R., *Contribución al estudio de la reincidencia*, pp. 38 y ss. Este autor afirma que “la función de certeza legal, que es propia de lo irrevocablemente juzgado en materia penal, y de la que deriva la regla *ne bis in idem*, no es, pues, contradicha, desde el momento que el juez, al examinar el nuevo delito cometido por el reincidente, no controla en modo alguno si la sentencia de condena anterior ha sido justa, ni si la pena irrogada ha sido suficiente; la autoridad de lo juzgado precedentemente es puesta en mayor relieve, porque la valoración del nuevo delito queda, bajo este aspecto, plenamente vinculada al contenido de la condena anterior”.

fundamentar la agravación de la pena al reincidente. Sin embargo, no toda fundamentación puede ser considerada legítima. Cualquier justificación que pretenda darse a la circunstancia agravante de reincidencia deberá respetar, como garantía del Estado de Derecho, “el Derecho penal del acto” y “el principio de culpabilidad”¹⁹. En otras palabras, no será lícito castigar a una persona por encima de lo que sus actos (y no su personalidad) merecen. De manera que no podremos instrumentalizar al reincidente para satisfacer un sentimiento de justicia o remediar un sentimiento de inseguridad ciudadana. La dignidad de la persona, aun la del reincidente (aunque a algunos les cueste compartirlo), debe estar por encima de ello.

1. Introducción a la pluralidad de posturas

Entre las soluciones aportadas se observa una disparidad absoluta. A continuación trataré de realizar un breve esbozo que permita comprender la diversidad doctrinal existente en lo que a la justificación de esta agravante se refiere.

Puede resultar interesante destacar, inicialmente, a aquel sector de la doctrina que defiende que la explicación a la agravación por reincidencia no puede reconducirse directamente a los elementos tradicionales del delito, sino que se encuentra en motivos de un claro carácter político-criminal²⁰. Sin embargo, no creo que afirmar que la explicación tiene carácter político-criminal excluya que ésta deba ser fundamentada también en atención a unos límites que no se encuentran en la propia política criminal sino en el Derecho penal y la Constitución. Es más, la política criminal en su conjunto, y no sólo la fundamentación de la reincidencia, deberá sujetarse a tales límites.

En una línea argumental completamente distinta, numerosos enfoques tratan de conciliar el fundamento de la agravación con el sistema del delito, situándolo bien en el aumento del injusto típico²¹, bien en el incremento de la culpabilidad del autor²². Son estos los enfoques que, desde mi punto de vista, encuentran mejor acogida en un Derecho penal legítimo y, por ello, les dedicaré mayor atención más adelante.

Se debe destacar también a aquel sector de la doctrina que ha considerado, con independencia del fundamento de la reincidencia mantenido, que los efectos de la misma deben ser matizados. Así se ha sostenido, entre otras opciones, la necesidad de una aplicación

¹⁹ El Estado de Derecho requiere límites al poder sancionador, entre ellos: una prohibición de rebasamiento de la culpabilidad. Este postulado ha sido asumido, al menos teóricamente, por la inmensa mayoría de la doctrina. Una gran fundamentación del por qué de estos límites en ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*, p. 46.

²⁰ En tal sentido, QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho Penal*, 3ª edición, p. 744.

²¹ En tal sentido, MIR PUIG, S., *La reincidencia en el Código Penal*, p. 533.

²² En tal sentido, LATAGLIATA, A. R., *Contribución al estudio de la reincidencia*. También, MARTÍNEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia*, p. 192, quien afirma la existencia de un “íntimo parentesco” entre los conceptos de reincidencia y culpabilidad.

facultativa de la circunstancia agravante de reincidencia²³. Se ha defendido, también, por aquéllos que otorgan un papel esencial a la peligrosidad del delincuente, lo acertado de aplicar conjuntamente, en determinados casos, una pena y una medida de seguridad²⁴. Esta última postura posee una indudable vigencia dado que se encuentra claramente presente en los enfoques del actual Anteproyecto de reforma del Código Penal. Sobre esta posición expondré mi visión crítica más adelante.

Finalmente, resulta fundamental realizar una breve mención a determinadas teorías que se encuentran, en mi opinión, excesivamente alejadas de los límites del *ius puniendi* que todo Estado democrático debe respetar.

2. Breve mención a fundamentos contrarios al principio de culpabilidad

Las teorías a las que acabo de referirme son numerosas. Por supuesto, el objeto de este trabajo no puede ser el análisis en profundidad de todas y cada una de estas posturas. Mi objetivo será el de dar unas pinceladas de aquellas que resultan más llamativas y los problemas que puedan plantear. Es necesario señalar que estos enfoques, que parecen contar con una mayor aceptación social o mediática, en principio no tanto con la de la doctrina, contravienen de una u otra forma el principio de culpabilidad o el Derecho penal del acto, por lo que requieren simplemente una breve referencia. Estas fundamentaciones son, entre otras, las de la insuficiencia relativa de la pena ordinaria, la importancia de la alarma social y el peligro del reincidente.

Por un lado, la *teoría de la insuficiencia relativa de la pena ordinaria*, sostenida en su día por el penalista italiano CARRARA, afirma, *grosso modo*, que al haber sido incapaz la primera pena de apartar al delincuente del camino equivocado, la segunda pena deberá ser agravada. El problema de este enfoque es que sus presupuestos son puramente preventivos y ello choca frontalmente con el límite impuesto por el principio de culpabilidad. Además, esta tesis no se ajusta con exactitud a la regulación jurídico-positiva española actual, dado que la reincidencia no requiere del cumplimiento de la pena sino, simplemente, de la existencia de una condena²⁵.

²³ ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia. Su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial*, p. 461.

²⁴ En tal sentido, a título de ejemplo, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, p. 384. Del mismo modo, GUIASOLA LERMA, C., *Reincidencia y delincuencia habitual*, p. 152, y ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, nº 1 (2009), pp. 210 y ss. También, aunque de manera aún más restrictiva y matizada (y por distintos motivos), BORJA JIMÉNEZ, E., *Revista General de Derecho Penal*, nº 18 (2012), p. 55.

²⁵ Esta crítica es desarrollada por MIR PUIG, S., *La reincidencia en el Código Penal*, p. 435.

Por otra parte, agravar la pena al reo por la *alarma social* generada²⁶ o en atención a la *mayor perversidad o peligrosidad del autor*²⁷ supondría castigarle no sólo por sus actos sino también por factores que son ajenos a los mismos: la sensación subjetiva de la sociedad o el peligro, o personalidad, del reincidente. Sin embargo, es necesario no perder de vista, en ningún momento, que la alarma social no guarda relación necesariamente con la gravedad objetiva del delito y menos aún cuando la alarma producida ni siquiera es imputable al reincidente²⁸. Además, como acertadamente se ha señalado, tales consideraciones pueden dar lugar a una indeseable perturbación en nuestro sistema penal²⁹. Por otro lado, el Derecho penal no puede, o al menos no debe, sancionar la personalidad de alguien por mucho que ésta sea perversa, lo que debe castigar son sus actos. Además, tampoco la pena es el medio adecuado para tratar la peligrosidad de una persona, para ello están las medidas de seguridad (con independencia de lo inapropiado que pueda ser su utilización en estos supuestos, como veremos más adelante).

3. Teorías del mayor injusto o de la mayor culpabilidad

Al margen de las teorías que acabamos de ver, existen dos posturas que fundamentan la agravación de la pena al reincidente de gran interés por varios motivos. En primer lugar, por su destacada elaboración dogmática, especialmente cuidada. En segundo lugar, porque en caso de considerarse correctos los argumentos esgrimidos, las fundamentaciones aportadas no vulnerarían ninguno de los límites infranqueables que deben encontrarse presentes en el Derecho penal (como ya dije: el principio de culpabilidad y el Derecho penal del acto). Las posturas a las que me refiero son la sostenida por MIR PUIG, que considera que el delito del reincidente contiene un *mayor injusto*, y la sostenida por, entre otros, el italiano

²⁶ Así lo propuso en su día PACHECO, según la interpretación de ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia. Su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial*, p. 225.

²⁷ Estas propuestas fueron mantenidas por VICENTE Y CARAVANTE Y CORZO, de nuevo, según la interpretación de ASUA BATARRITA, A. en *La reincidencia. Su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial*, p. 223.

²⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Revista Española de Investigación Criminológica*, nº 4 (2006), p. 17, señala, y fundamenta su afirmación en datos estadísticos, que “la atención que los medios prestan en los últimos años a la criminalidad, y la preocupación que ésta suscita entre la ciudadanía, han crecido de manera desproporcionada, y no siempre de forma pareja, a la efectiva evolución de la delincuencia”. Todo ello parece, de manera razonable, fácilmente trasladable a la “inseguridad” vinculada a la reincidencia.

²⁹ MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho Penal en la sociedad del riesgo*, analiza, de manera crítica, el papel que la pretensión de mayor seguridad puede jugar en relación con nuestro ordenamiento. Así, afirma, p. 32, que la demanda de seguridad “se convierte en algo problemático cuando el destinatario de todas las exigencias de seguridad por parte de la opinión pública, de los medios y de las propias autoridades es, sobre todo, el Derecho penal, incluyendo aquí también el Derecho procesal penal, que se ven así forzados, en un continuo proceso de expansión destinado al control de nuevos peligros. Asumir ese papel que no les pertenece de modo prioritario y menos aún exclusivo, puede suponer, sin embargo, una intervención penal excesiva que abocaría, según algunos, al desarrollo de un Estado de prevención o Estado preventivo”.

LATAGLIATA o el español MARTÍNEZ DE ZAMORA, que afirman la existencia de una *mayor culpabilidad* en el autor reincidente.

Las diferencias esenciales entre estas dos posturas no se encuentran tanto en una interpretación o un análisis distinto de la reincidencia sino en un distinto sistema del delito. Las dos posturas se separan ostensiblemente en la definición de culpabilidad lo que, como veremos, dará lugar a muy distintas conclusiones. Mientras que LATAGLIATA considera la culpabilidad como una “medida variable” que puede depender de criterios típicos y atípicos³⁰, MIR PUIG concibe la “imputación personal” como una “mera condición de atribuibilidad del injusto penal, que puede impedir la atribución total o parcialmente, pero que no puede aumentar la gravedad atribuible al hecho”³¹.

Sin embargo, ambas posturas convergen en lo que, creo, es el mayor acierto de las mismas: el papel concedido a la condena previa. En mi opinión, este requisito, como he tratado de sugerir previamente, es el esencial para razonar lo más acertadamente posible acerca de la reincidencia. La condena previa no es, o no es solamente, un mero requisito formal existente para reforzar la seguridad jurídica³². La condena supone una muy importante experiencia en la vida del individuo y, como tal, debe (o puede) ser tenida en cuenta.

En primer lugar, expondré ahora, de manera resumida, las ideas mantenidas por MIR PUIG. En opinión de este autor, la gravedad del injusto del hecho, en el delito cometido por el reincidente, es mayor porque al contenido específico de dicho injusto se le añade el “rebelde desprecio” de los bienes jurídicos afectados expresado por el rechazo, cristalizado en el nuevo hecho, del significado de la condena anterior³³. De tal modo, la reincidencia no atacaría sólo una norma abstracta dirigida a todos los ciudadanos sino también una norma que se dirige especialmente al reincidente mediante la experiencia personal sufrida³⁴.

Debe destacarse, claro está, que MIR PUIG defiende que su propia fundamentación es, sin embargo, insuficiente dado que se halla “demasiado lejos” de la efectiva lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos³⁵. Y, por ello, considera deseable la supresión de la agravación por reincidencia.

³⁰ LATAGLIATA, A. R., *Contribución al estudio de la reincidencia*, p. 265.

³¹ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 9ª edición, p. 641.

³² MARTÍNEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia*, p. 161, considera, a mi juicio, acertadamente, que “cuando se afirma que la realización de varios delitos por una persona constituye el requisito material de la reincidencia, representando la condena únicamente el requisito formal demostrativo de la comisión de uno o varios delitos precedentes, se está confundiendo la reincidencia con la mera repetición criminal, cerrándose el camino a toda posible explicación del tratamiento agravado de aquella; pues *si bien es cierto que la condena prueba la existencia de un delito anterior cometido por el sujeto, ello tanto ocurre si la sentencia es anterior como si es posterior a la realización del delito subsiguiente que hubiera de determinar la reincidencia*” (cursiva añadida).

³³ MIR PUIG, S., *La reincidencia en el Código Penal*, p. 533.

³⁴ MIR PUIG, S., *La reincidencia en el Código Penal*, p. 533, quien en su argumentación se remite a KAUFMANN, que sostiene la misma postura respecto a esta cuestión.

³⁵ MIR PUIG, S., *La reincidencia en el Código Penal*, p. 539.

Por otra parte, creo interesante destacar la idea que sostiene este autor de que una presunción de una *menor culpabilidad* en el autor reincidente se encuentra mucho más justificada que la presunción opuesta de mayor culpabilidad³⁶. Esta idea, la de menor culpabilidad del autor, voy a expresarla con las palabras de la penitenciarista ARENAL, que por su plasticidad y expresividad me parece que transmiten esta idea con meridiana claridad:

“Si ha extinguido ya su primera condena” (habla del reincidente) “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 reincidencia debe ser atenuante para el que reincide y agravante para la sociedad*”³⁷.

Por mucho que estas palabras fueran escritas hace más de un siglo, en algunos aspectos siguen teniendo plena vigencia. Sin embargo, no creo que se pueda sostener que en el reincidente encontramos siempre una menor culpabilidad. En primer lugar, porque debería demostrarse que el medio carcelario produce de manera efectiva tal efecto³⁸. Y, en segundo lugar, y en mi opinión es la objeción más importante que puede hacerse a esta postura, porque el reincidente no necesariamente debe haber pasado por prisión. Es suficiente cualquier tipo de pena (una multa, por ejemplo) e, incluso, la suspensión o sustitución de la misma, para cumplir el requisito de haber sido “condenado ejecutoriamente”, casos, todos éstos, donde parece difícil sostener la menor culpabilidad del autor reincidente. Respetar la dignidad del reincidente no cristaliza únicamente en no instrumentalizar a éste, como

³⁶ MIR PUIG, S., *La reincidencia en el Código Penal*, p. 543, afirma que “en el proceso de motivación influyen muy diversos elementos, entre los cuales el dato normativo del significado de la condena antecedente se halla compensado con creces por la propia eficacia empírica criminógena del castigo, o, en todo caso, por la mayor facilidad de delinquir producto de la anterior comisión”.

³⁷ ARENAL, C., *Estudios penitenciarios*, Madrid, 1877, p. 301. Citado en ASUA BATARRITA, A. en *La reincidencia. Su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial*, p. 297.

³⁸ Existen estudios que sostienen muy distintas posturas al respecto. CID MOLINÉ, J., considera, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, nº 19 (2007), p. 450, que “el hecho de castigar a una persona a prisión en vez de a suspensión de la pena aumenta de manera significativa la probabilidad de que esa persona reincida en el futuro”. Es importante precisar, sin embargo, que dicho estudio se centra en el análisis de condenados a penas relativamente cortas de prisión (los sujetos condenados objeto de estudio tuvieron una condena media de 9 meses y medio). Las conclusiones expuestas no son, en absoluto, unánimes. Así, podemos encontrar el estudio de KILLIAS, M. y VILLETAZ, P., *Psicothema*, vol. 20, nº1. En él se afirma (p. 33) que no existe una diferencia sustancial en la probabilidad de reincidir entre aquellas personas que son condenadas a penas de prisión y aquellas a las que no se somete a una pena privativa de libertad. Es curioso, y creo que merece la pena destacarlo, que pese a las conclusiones de su estudio los autores sugieren una posible expansión de las “non custodial sanctions” debido a los menores costes económicos que las mismas generan (también, p. 33). Lo que los autores plantean es: si la reincidencia es independiente de la medida con la que trate de evitarse, ¿por qué emplear la más cara?

decía antes, para satisfacer demandas sociales. Significa, también, reconocerle, cuando la tenga, la responsabilidad de sus actos.

En una dirección distinta, pero no necesariamente opuesta, presenta también un enorme interés la posición que defiende un incremento de la culpabilidad en el reincidente como base para el aumento de la pena. Debe tenerse en cuenta que no todas estas posturas mantienen una misma línea argumental pese a que lleguen a la misma conclusión. No obstante, podrían reducirse a lo que expresa MARTÍNEZ DE ZAMORA con la siguiente frase: “el deber de no *relinquir*, más fuertemente sentido, es también más fuertemente transgredido”³⁹.

Entre estas posturas me parece especialmente destacable la sostenida por el italiano LATAGLIATA. Para este autor lo que distingue al sujeto reincidente del no reincidente es la existencia, en el primero, de una “responsabilidad moral más intensa” dada la conciencia directa del desvalor de determinados comportamientos⁴⁰. El recuerdo del proceso y la sanción enriquecen la capacidad del sujeto de evitar conductas prohibidas por el ordenamiento. No es el mayor conocimiento de que la actuación es antijurídica lo que incrementa la culpabilidad, sino la experiencia personal, que actúa como freno.

Esta fundamentación incurre de nuevo en una consideración absoluta acerca de la culpabilidad, en este caso una presunción *iuris et de iure* de que ésta es mayor. No obstante, como dije antes, aunque no creo que pueda sostenerse que en el reincidente concurra siempre una menor culpabilidad, me parece más difícil todavía sostener, precisamente, lo contrario. En todo caso, sería necesario compartir el concepto de culpabilidad mantenido por LATAGLIATA, expresado anteriormente, para concluir del modo en que él lo hace, lo que no resulta sencillo en la actualidad.

4. Anteproyecto de Reforma del Código Penal: Medidas de seguridad

Son otras muchas las posturas doctrinales que se han sostenido al respecto. Especialmente destacables, y más aún por la vigencia que cobran en la actualidad, son las teorías que consideran que el tratamiento adecuado a la reincidencia no pasa por un incremento de la pena sino por la imposición, junto a la pena, de una *medida de seguridad*. Para estos autores, dado que lo esencial de la reincidencia es la peligrosidad del autor (a diferencia de las tesis que acabamos de ver, en las que lo realmente importante era la condena previa), el tratamiento adecuado ha de ser el de la imposición de este tipo de medidas⁴¹.

Estas teorías no pretenden justificar, pues, el incremento de la pena, del que huyen precisamente por considerar insuficientes las argumentaciones existentes. A la pregunta que

³⁹ MARTÍNEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia*, p. 165.

⁴⁰ LATAGLIATA, A. R., *Contribución al estudio de la reincidencia*, pp. 271 y ss.

⁴¹ Referencias a estas posturas pueden encontrarse *supra* nota 24.

planteábamos al inicio del trabajo (¿es siempre legítimo agravar la pena al reincidente?) la respuesta de los autores que se agrupan bajo esta opinión es, en principio, negativa. Sin embargo, creo necesario prestar una atención específica a esta solución doctrinal porque si bien es cierto que no se sostiene la necesidad de un incremento de la pena, sí se sostiene, sin duda, lo oportuno del incremento de la respuesta penal. De manera que podríamos encontrarnos ante un “fraude de etiquetas” que tratara de respetar formalmente los principios limitadores del *ius puniendi* a costa de vulnerarlos en el plano material⁴².

Esta posición ha sido acogida por el Anteproyecto de reforma del Código Penal. En él la reincidencia pasa a considerarse un factor más en la determinación de la pena, sin compartir los efectos de otras circunstancias agravantes, y se suprime la agravación por multirreincidencia. Sin embargo, se introduce, para aquél que cometa varios delitos considerados graves (siempre que pueda constarse la peligrosidad del autor), una nueva medida de seguridad privativa de libertad: la custodia de seguridad que durará un máximo de 10 años y que se cumplirá tras la pena. Adicionalmente a esta medida podrá seguir la imposición de la medida de libertad vigilada durante como máximo 5 años⁴³.

5. Crítica a la medida de seguridad como respuesta a la reincidencia

Esta solución, que *a priori* puede parecer más respetuosa con la dignidad del penado, podría dar lugar (y no cabe duda de que dará lugar, si efectivamente se aprueba el texto) a situaciones en las que un sujeto imputable fuera sometido a privaciones de libertad de mucha mayor extensión. La custodia de seguridad se encuentra orientada principalmente, tal y como ha señalado SILVA SÁNCHEZ, a la inocuización, y esta orientación no puede ser olvidada⁴⁴.

⁴² En un sentido similar, PEÑARANDA RAMOS, E., *Introducción al Derecho Penal*, p. 253, afirma, en relación a la discusión de la inocuización de sujetos peligrosos, que “la cuestión de fondo es sin embargo independiente de la denominación que el expediente reciba: pena, medida de seguridad o, incluso, internamiento o tratamiento «civil» de la peligrosidad. Se trata en definitiva de cómo conciliar la libertad individual y el respeto a la dignidad de la persona con la seguridad colectiva. Y, en ello, se debería partir de que estamos ante magnitudes que no permiten una ponderación utilitaria del tipo de que a mayores necesidades de seguridad haya de corresponder, sin más, un mayor sacrificio individual”.

⁴³ El Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (16/07/2012) introduce esta nueva medida de seguridad y, si bien establece su supuesto “carácter excepcional”, no sujeta a ésta a criterios tan rigurosos, que en definitiva lo son, como los de la agravación de la pena por reincidencia (mismo título y misma naturaleza). De hecho, el texto establece la posibilidad de que para determinadas condenas (superiores a cinco años por delitos contra la vida, la integridad física, la libertad, indemnidad sexual, delitos contra la comunidad internacional y delitos de terrorismo) puedan imponerse, sin necesidad de condena previa pero sí con un “pronóstico negativo”, de manera conjunta la pena de prisión y la custodia de seguridad.

⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, vol. 1, p. 699.

No puedo obviar aquí la existencia, pese a todo, de la demanda por un sector de la doctrina del establecimiento en nuestro ordenamiento de un sistema dualista que permita la aplicación de medidas de seguridad a sujetos imputables. Así, por ejemplo, ZUGALDÍA ESPINAR consideró como una “importante (y positiva) novedad” la introducción de la medida de seguridad de libertad vigilada⁴⁵. También se ha afirmado, desde una postura similar, que “la distinción tajante entre penas para imputables y medidas para no imputables vincula más la sanción a lo fenomenológico que al fundamento que legitima las sanciones en un Estado de Derecho”⁴⁶.

Sin embargo, en mi opinión, la imposición de medidas de seguridad a sujetos imputables (con independencia de que su fundamento, la peligrosidad, sea distinto) no es, ni mucho menos, un avance. Coincido con AGUADO LÓPEZ en que la propuesta de aplicar medidas de seguridad a personas imputables lo que realmente hace es sustraer a determinados individuos “de las garantías que conlleva en principio de culpabilidad”⁴⁷. Asimismo, también comparto las ideas de PEÑARANDA RAMOS, quien considera inadecuada la imposición de medidas de seguridad a sujetos imputables, no sólo, aunque también, por la inseguridad del pronóstico, sino, sobre todo, por la propia definición normativa del sujeto imputable: “alguien de quien el ordenamiento espera y exige un comportamiento adecuado a Derecho”⁴⁸.

La imposición de medidas de seguridad a sujetos imputables supone dar mayor peso a la peligrosidad del sujeto sobre su capacidad para contenerla y ello, en el fondo, conlleva afirmar implícitamente que el sujeto al que se imponen medida de seguridad y pena no es tan imputable como se le quiere hacer. Si el sujeto peligroso es aquél del que se espera un comportamiento contrario a Derecho y el sujeto imputable aquél de quien se espera una actividad conforme al mismo, existe una oposición evidente entre ambos individuos. No debe considerarse lícito, por todo ello, tratar al sujeto con un sistema mixto que, en definitiva, supone para el reincidente lo peor de ambos modelos: una privación mínima de libertad fijada (correspondiente a la pena, pero no a la medida de seguridad) y una privación máxima de libertad no determinada y, en todo caso, mayor (que no corresponde a la pena, pero sí a la medida de seguridad).

Este tipo de respuestas por parte del sistema penal supone entonces que el principio de culpabilidad y las garantías que de él derivan serían únicamente empleados cuando con ello se alcanzaran los objetivos propuestos. En caso de que la pena, por limitada, fuera

⁴⁵ ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, nº1 (2009), p. 211. Para ser justos es necesario, en todo caso, matizar que la intención que guía al autor es la de establecer límite precisos a estas medidas con el propósito de no dejar sin respuesta penal “algunos casos –sin duda excepcionales– que seguramente requieran por su gravedad una respuesta formal y racional del Estado que, entre otras cosas, evite respuestas informales e irracionales de algunos sectores de la ciudadanía” (p. 202).

⁴⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Estudios sobre las reformas del Código Penal*, p. 233.

⁴⁷ AGUADO LÓPEZ, S., *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito: Problemas constitucionales y alternativas político-criminales*, p. 141.

⁴⁸ PEÑARANDA RAMOS, E., *Introducción al Derecho Penal*, p. 253.

insuficiente para alcanzar dichos objetivos en lugar de ser llamada pena pasaría a llamarse medida de seguridad (para escapar de los límites impuestos por el principio de culpabilidad) y seguiría el proceso de inocuización del individuo.

IV. CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo he tratado de demostrar que por muy intuitiva que pueda ser, que lo es, la idea de que el reincidente merece una mayor sanción por parte de la sociedad, del Derecho, ésta tiene muy difícil encaje con las garantías y principios que se considera que deben informar y unificar nuestro ordenamiento jurídico. Ninguna de las tesis que he explicado parece encontrarse libre de crítica, en atención bien a los límites al poder sancionador, bien a la adecuación de estas tesis con la legislación concreta ante la que nos encontramos.

En el fondo, parece latir la afirmación de QUINTERO OLIVARES de que “ningún país está en condiciones sociales de aceptar la irrelevancia de la reincidencia, aun a conciencia de que el recurso agravado a la cárcel no va a ser de especial utilidad para reducir la criminalidad”. Por tanto, como el mismo autor establece, “el valor simbólico-social de la agravación de la pena pasa pues por encima de cualquier otra consideración”⁴⁹. Sin embargo, creo que ni podemos ni debemos compartir un juicio de tal naturaleza. Los límites al poder punitivo del Estado (que a veces olvidamos, no tiene por qué ser necesariamente el que consideramos más justo o legítimo) deben ser siempre protegidos para garantizar así el respeto a la dignidad del individuo. Una dignidad que siempre debe permanecer protegida, pero más aún cuando hablamos de una “defensa simbólica”, y no efectiva, de la sociedad.

En todo caso, quisiera recordar que esta discusión no trata sobre los aspectos jurídicos de un término inaplicado. En ocasiones, niveles de abstracción más o menos elevados, propios, por supuesto, de las disputas jurídicas, tienen como efecto indeseable olvidar las consecuencias concretas de las tesis que mantenemos. De lo que realmente hablamos, en este caso, es de la libertad de los ciudadanos, en muchos casos de años de libertad de los que son, han sido y parece seguirán siendo privados determinados individuos.

En un artículo especialmente interesante, ROBLES PLANAS, sin sostener, bien es cierto, la misma postura que yo estoy aquí defendiendo, dice algo que creo que se encuentra detrás de toda esta discusión y otras muchas en las que el actual Derecho penal se encuentra. Sostiene este autor, y estoy completamente de acuerdo con él, que el precio de la libertad “no es la renuncia total a la seguridad, sino la renuncia a la seguridad total”⁵⁰. En un sentido parecido, SILVA SÁNCHEZ recuerda, específicamente en referencia a la imposición de medidas de seguridad, que es necesario tener presente un criterio de proporcionalidad “que determine el momento en el que el riesgo de reincidencia pasa a ser asumido por el conjunto

⁴⁹ QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho Penal*, 3ª edición, p. 744.

⁵⁰ ROBLES PLANAS, R., *InDret Penal*, 4/2007, p. 18.

de la sociedad, como parece razonable que tenga lugar en el marco de un Estado de derecho que disponga una distribución equilibrada de cargas entre el individuo y la sociedad”⁵¹. Es necesario determinar, o al menos así lo creo, en qué momento el peso de la reincidencia deja de cargarse sobre los maltrechos hombros del reincidente para ser soportado por la, indudablemente más ancha, espalda de la sociedad.

Por otra parte, como dije, y es importante no olvidarlo, el Tribunal Constitucional afirmó la constitucionalidad de la circunstancia agravante de reincidencia. Sin embargo, creo que la adecuación a un sistema jurídico no es propiamente ni mérito ni demérito, es requisito, condición. La agravación por reincidencia puede ser una opción constitucionalmente lícita y ser, como así creo, una de las peores⁵².

El Estado cuenta, aún hoy, con recursos suficientes para analizar los orígenes de la reincidencia. Depende de él adquirir valiosa información sobre la reincidencia y sus causas. La forma en la que el Estado encara la reincidencia no es la que pretende evitarla, sino la que pretende reprimirla, opción *a priori* más barata pero siempre menos legítima. Sin embargo, aun asumiendo la posibilidad de que la agravación por reincidencia produjera algún tipo de efecto disuasorio, es responsabilidad del Estado, y éste no puede hacer dejación de la misma, reducir los niveles de reincidencia (y de delincuencia en general) de la manera menos gravosa para las libertades que él mismo defiende⁵³. Por otra parte, la reincidencia, en este caso estatal, en responder al delito mediante el recurso agravado a la pena, que se mostró ineficaz anteriormente, resulta claramente un medio “poco operativo” en un sentido político-criminal para alcanzar las finalidades perseguidas⁵⁴.

En ocasiones es inevitable que ciertos pasajes literarios de especial calidad se asemejen, o como mínimo recuerden, a situaciones que vivimos o podríamos vivir en un tiempo no muy alejado. En este caso, el pasaje al que me refiero pertenece a la conocida obra de ORWELL, 1984. En él, uno de los seguidores de tiránico y opresor régimen del Gran Hermano afirma lo siguiente: “La consigna de todos los despotismos era: ‘No harás esto o lo otro’. La voz de mando de los totalitarios era: ‘Harás esto o aquello’. Nuestra orden es: ‘Eres’”.

⁵¹ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, vol. 1, p. 709.

⁵² En sentido similar MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 9ª Edición, p. 641, considera “constitucionalmente inconveniente” dicha agravación.

⁵³ Por ello, en ocasiones pudiera parecer que, como señala LLOBET ANGLÍ, M., concretamente en relación al terrorismo, en *Indret Penal*, 1/2007, p. 24, lo que se produce es “más que un sentimiento de miedo, uno de venganza”. Creo que esta reflexión es perfectamente válida también para las sensaciones despertadas por los reincidentes (aunque la propia autora no lo considere así al señalar, p. 24, que sería razonable concluir que “en materia de terrorismo no existe una *alarma social proveniente del miedo*, como sucede, por ejemplo, en los supuestos en los que un delincuente sexual reincide al poco tiempo de encontrarse en libertad”). En mi opinión, el Estado rechaza una respuesta menos gravosa al problema de la reincidencia porque su objetivo no es tanto el de dar solución al problema como el de mostrar su dureza e intolerancia ante tales comportamientos.

⁵⁴ En tal sentido, MONGE FERNÁNDEZ, A., *La circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena*, p. 138.

En nuestra mano está decidir de qué tipo de régimen sea propio nuestro ordenamiento. Lo que parece claro es que éste no es el camino.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO LÓPEZ, S., *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito: Problemas constitucionales y alternativas político-criminales*, Iustel, Madrid, 2008.
- ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia. Su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los códigos penales españoles del siglo XIX*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1982.
- BORJA JIMÉNEZ, E., “Custodia de seguridad, peligrosidad postcondena y libertad en el estado democrático de la era de la globalización: una cuestión de límites”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 18 (2012).
- CANCIÓ MELIÁ, C. y PÉREZ MANZANO, M., “Principios del Derecho Penal (III)” en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (Coord.), *Introducción al Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 111-147.
- CASTIÑEIRA PALOU, M. T. y RAGUÉS I VALLÉS, R., “Three Strikes. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, nº 14 (2004), pp. 59-85.
- CID MOLINÉ, J., “¿Es la prisión criminógena? (un análisis comparativo de reincidencia entre la pena de prisión y la suspensión de la pena)”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, nº 19 (2007), pp. 427-456.
- CLARK, J., AUSTIN, J. y HENRY, D. A., “Three Strikes and You’re Out: A Review of State Legislation”, *National Institute of Justice. Research in Brief* (U.S. Department of Justice), septiembre, 1997.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “Algunos rasgos de la delincuencia en España a comienzos del siglo XXI”, *Revista Española de Investigación Criminológica*, Artículo 1, nº 4 (2006).
- “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Número 06-03, 2004, pp. 1-34.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B., “La libertad vigilada en el Derecho penal de adultos”, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (Director), *Estudios sobre las reformas del Código Penal*, Civitas, Madrid, 2011.
- GUISASOLA LERMA, C., *Reincidencia y delincuencia habitual*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2008.
- KILLIAS, M. y VILLETÁZ, P., “The effects of custodial vs. non-custodial sanctions on reoffending: Lessons from a systematic review”, *Psicothema*, vol. 20, nº 1, pp. 29-34.
- LATAGLIATA, A. R., *Contribución al estudio de la reincidencia* (traducido por TOZZINI, C. A.), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.
- LLOBET ANGLÍ, M., “La ficticia realidad modificada por la Ley de Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las Penas y sus perversas consecuencias”, *Indret Penal*, 1/2007.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, Comares, Granada, 1999.
- MARTÍNEZ DE ZAMORA, A., *La reincidencia*, Universidad de Murcia, Murcia, 1971.

- MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho Penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid, 2001.
- MIR PUIG, S., *La reincidencia en el Código Penal. Análisis de los arts. 10,14 10,15 61,6 y 516,3*, Bosch, Barcelona, 1974.
- *Derecho Penal. Parte General*, 9ª edición, Reppertor, Barcelona, 2011.
- MONGE FERNÁNDEZ, A., *La circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena*, Bosch, Barcelona, 2009.
- PEÑARANDA RAMOS, E., “La pena: nociones generales” en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (Coord.), *Introducción al Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 221-260.
- QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho Penal*, 3ª edición, Aranzadi, Navarra, 2002.
- ROBLES PLANAS, R., “Sexual Predators. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad”, *InDret Penal*, 4/2007.
- ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal* (traducido por MUÑOZ CONDE, F.), Reus, Madrid, 1981.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., “El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos”, en ARROYO ZAPATERO y BERDUGO DE LA TORRE (Dirs.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Cuenca, 2001, vol. 1, pp. 699-710.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., “Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, nº 1 (2009), pp. 199-212.