

EL DERECHO PENAL EN LAS DICTADURAS DEL S. XX

ANÁLISIS COMPARADO DE LA
REINCIDENCIA EN ITALIA Y ESPAÑA



Grado en Criminología

2015 - 2016

Trabajo realizado por:

Daniel Palacios Arauzo

Dirigido por:

Javier García Martín

“El recurso final del hombre destruido es el delito”.

Ugo Foscolo.

RESUMEN: Las dictaduras europeas emergentes constituyeron una amenaza al orden liberal y democrático del momento, imponiendo su ideología a todo pensamiento contrario al Régimen, incluyendo el Derecho Penal, en el cual se veían reflejados estos valores. Desde esta perspectiva, se van a estudiar las diferentes doctrinas que preceden estos movimientos totalitarios, centrando su atención en la figura tipificada de la reincidencia, sus formas y su tratamiento dentro de los textos legales que estuvieron vigentes durante el periodo fascista y franquista. Se llevará a cabo una visión de la codificación actual en ambos países y un enfoque hacia la situación futura de la reincidencia y los reincidentes.

PALABRAS CLAVE: Reincidencia, Código Penal, totalitarismo, prevención.

ABSTRACT: Emerging European dictatorships constituted a threat to liberal and democratic order of that time, imposing their ideology every over thought contrary to the regime, including Criminal Law, in which these values were reflected. From this perspective, it will study the various doctrines that precede these totalitarian movements, focusing on the standardized figure of recidivism, its forms and its treatment within the legal texts that were in effect during the fascism and Franco dictatorships. It will be held a vision of the current encoding in both countries and a focus on the future status of recidivism and repeat offenders.

KEY WORDS: Recidivism, Criminal Law, totalitarianism, prevention.

Índice

I.	Introducción.....	7
II.	Objetivos.....	9
III.	La reincidencia: Concepto y clases de reincidencia	10
III.I	Concepto	10
III.II	Clases de reincidencia: reiteración y reincidencia	11
IV.	Antecedentes históricos	12
V.	Antecedentes teóricos	14
V.I	Cesare Beccaria.....	14
V.II	Escuela Positivista Italiana	18
V.III	El Correccionalismo en España.....	22
VI.	Derecho Penal previo a las dictaduras.....	23
VI.I	Italia	24
VI.II	España	26
VII.	Evolución de la reincidencia en la legislación previa a las dictaduras.....	27
VII.I	Italia.....	27
Codice Zanardelli de 1889.....	27	
VII.II	España	32
Códigos Penales de 1822 a 1932	32	
Anteproyecto falangista de 1938	37	
VIII.	Dictaduras del siglo XX: Italia y España.....	39
VIII.I	Reincidencia en el Fascismo	40
Codice Rocco de 1930.....	41	
VIII.II	Reincidencia en el Franquismo	48
Código Penal de 1944.....	48	

IX.	Reincidencia en la actualidad	55
IX.I	Italia	55
IX.II	España	61
X.	Conclusiones.....	69
XI.	Fuentes.....	73
XII.	Bibliografía.....	74



I. Introducción

Con la aparición del Estado moderno el Derecho comienza a ser codificado, tratando de garantizar la seguridad jurídica que antes no se daba en todos los supuestos. Esto revive un antiguo debate, generado en las escuelas escolásticas medievales, entre el Derecho Natural y el Derecho Positivo¹. Sin ánimo de profundizar en el tema, podemos entender por Derecho Natural aquel que, sin necesidad de estar recogido o promulgado formalmente, recoge ideas y principios considerados básicos y atemporales para una convivencia social, como por ejemplo no dar muerte a otro individuo.

En contraposición, el Derecho Positivo² huye de todo componente valorativo. Sólo se considera Derecho a la Ley promulgada formalmente por el Estado siguiendo el procedimiento establecido para ello, independientemente de que subjetivamente la norma pueda ser considerada injusta o justa. Los defensores de esta visión del Derecho consideran que muchos de los valores defendidos por los iusnaturalistas han de tomarse de forma relativa, en relación a una sociedad y momento determinado. Consideran que el Derecho debe ser algo objetivo, aséptico, para poder considerarse cómo válido. Este será el espíritu de las codificaciones llevadas a cabo durante el siglo XIX, cuya influencia es tal en nuestro Derecho que incluso algún cuerpo legislativo de la época continúa aún vigente en nuestro país, aunque con sucesivas reformas, como es el caso del Código Civil³ y del Código de Comercio⁴.

Pero este planteamiento no está exento de ciertos riesgos. Es posible asumir que un Estado Democrático y de Derecho promulgará una mayoría de normas que obedezcan a intereses generales. Sin embargo existen ciertas formas de gobierno en los que la intención del Estado puede ser fuertemente cuestionada.

Esto es lo que ocurre con los regímenes fascistas. El fascismo surge en el mismo movimiento histórico que el socialismo por razones similares: Durante todo el siglo XIX el modelo constitucional europeo por antonomasia era el del Estado liberal. Se trata de un Estado considerado de “corte paternalista”: Las libertades individuales se

¹ Fernández Suárez, Jesús Aquilino; Martínez Roldán, Luis (2015). *Curso de Teoría del Derecho*. Ariel.

² Ibidem.

³ Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil, mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo.

⁴ Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio.



maximizaban, incluyendo la libertad económica. El Estado se abstendría de entrar en estos asuntos, reservando su intervención a la mera resolución de conflictos. Es por esto que el modelo de Estado liberal es también conocido como “Estado abstencionista” o “Policia”⁵.

A finales del siglo XIX empiezan a surgir críticas a este modelo, dada la situación de pobreza y desigualdad de gran parte de la población. Se plantea que no es suficiente con la doctrina del *laissez faire*, que es necesario que el Estado intervenga en cierta manera en los círculos económicos para poder garantizar ciertos mínimos básicos y una igualdad de oportunidades a toda la población. Como se menciona en el párrafo anterior, tanto el Socialismo como el Fascismo son corrientes que surgen en este momento de crisis del Estado Liberal, cada una con una visión diferente.

En los regímenes fascistas, tanto en el caso de España como en Italia, se desvirtúa el modelo básico del Estado moderno, conocido, como se ha mencionado, como Estado de Derecho. Según la construcción clásica del Estado de Derecho⁶, este se sustenta en tres principios básicos: el Imperio de la Ley, la división de poderes y el reconocimiento de Derechos Fundamentales a todos los individuos. De estos tres principios, es la división de poderes el que realmente resulta interesante a efectos de este trabajo. Este principio supone la existencia de tres poderes independientes (ejecutivo, legislativo y judicial), encomendados a tres órganos diferenciados (Gobierno, Parlamento y jueces y tribunales) para facilitar el control unos de otros y prevenir los posibles abusos. Los gobiernos fascistas se alejan diametralmente de la concepción de Estado expuesta. Este tipo de regímenes destaca por su orientación totalitaria. De esta forma, en los regímenes totalitarios el Estado asume un rol de influencia muy fuerte, inmiscuyéndose en cualquier ámbito de la vida del individuo.

Las principales características del totalitarismo⁷ son por tanto el desprecio a la democracia y al sistema parlamentario, constituyéndose por tanto un partido único cuyo líder es objeto de culto, y que aspira al control de todos los aspectos posibles de la

⁵ Bastida Freijedo, Francisco José (1999). *Derecho Constitucional: Cuestionario comentado*. Ariel.

⁶ Ibidem.

⁷ Arendt, Hannah (1951). *Los orígenes del totalitarismo (The origins of the totalitarianism)*. Harcourt Brace Jovanovich. Versión española de Guillermo Solana, Grupo Santillana Ediciones, S.A., 1974, 1998.



sociedad. En estos Estados la colectividad prevalece siempre sobre el individuo⁸. En palabras de Benito Mussolini, tal y como se aprecia en la Enciclopedia Italiana de 1932 titulada *Doctrina del Fascismo*⁹, éste habla del fascismo como un estado totalmente incluyente, fuera del mismo no puede existir ningún valor humano o espiritual.

Pero este trabajo no se centra únicamente en las dictaduras fascistas del siglo XX, sino en la regulación de una figura jurídico-penal concreta, la reincidencia. Haciendo referencia a la cita popularizada por Thomas Hobbes en el siglo XVIII en su obra *De Cive*¹⁰ “*El hombre es un lobo para el hombre*”, y si el Estado moderno no sólo asume sino que se fundamenta en la existencia de conflictos subjetivos de forma natural, ¿Tiene algún sentido castigar más duramente la comisión de una conducta ya esperable? Esto ha sido objeto de múltiples discusiones y disertaciones a lo largo de la Historia, y aún hoy su fundamento sigue puesto en duda.

Penalistas y criminólogos trabajan en la labor de encontrar una posible solución para reducir el número de casos de reincidencia a través de alternativas como la prevención, de manera que conociendo las circunstancias del delito y del delincuente, poder evitar la comisión futura de nuevos hechos típicos imponiendo una medida ajustada a caso concreto.

II. Objetivos

En el siguiente trabajo se van a abordar una serie de cuestiones relacionadas con las dictaduras europeas protagonistas a lo largo del siglo XX, siendo el objeto de estudio la reincidencia, sus formas, su tratamiento y su evolución dentro de los Códigos Penales de la época vigentes en los regímenes fascista en el caso de Italia y franquista en el caso de España. Se abordarán los siguientes preceptos:

- Antecedentes al pensamiento jurídico de los totalitarismos.
- Fundamentos del sistema penal previo a las dictaduras.

⁸ Ibidem.

⁹ Mussolini, Benito (1932). *Doctrina del fascismo*. Kamerad. En italiano *La Dottrina del Fascismo*. Es un ensayo seminal firmado por Benito Mussolini y oficialmente atribuido a él, aunque fue con mucha más probabilidad escrito por Giovanni Gentile. Se publicó por primera vez en la *Enciclopedia Italiana* de 1932, como la primera sección de una más extensa entrada sobre el fascismo, que ocupa las páginas 847 a 884.

¹⁰ Hobbes, Thomas (2016). *De Cive*. Alianza.



- Tratamiento de la reincidencia en la legislación legal anterior a la llegada de los regímenes totalitarios.
- Análisis y comparación de los diferentes Códigos Penales que experimentaron Italia y España en cuanto a la reincidencia durante el período de las dictaduras.
- La reincidencia en los textos legales actuales.

III. La reincidencia: Concepto y clases de reincidencia

III.I Concepto

Tan pronto aparece el hecho, la sociedad lo valora conforme a principios éticos o utilitarios: lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto, lo beneficioso y lo perjudicial. Así aparece el delito, que en sentido material no es más que un comportamiento dañoso o peligroso para aquellos bienes o intereses merecedores o especialmente necesitados de protección. Así nace el tipo, la prohibición y el deber, e igualmente la pena¹¹. El Derecho Penal representa el reconocimiento, la valoración y ordenación de los actos humanos de relación mediante cuadros de conducta, imperativos de conducta y sustitutivos de conducta¹². Un fenómeno social tan antiguo como el hombre y tan extendido como el mundo es el de la pluralidad de estos hechos especialmente nocivos o peligrosos realizados por un mismo sujeto. Martínez Zamora explica, que con independencia del número y gravedad de dichos delitos, el fenómeno como tal, de la repetición criminal, ha sido revestido por el derecho de relevancia jurídica y, como institución, designado bajo el nombre genérico de "reiteración criminal"¹³.

Uno de los problemas más importantes entre los que la ciencia penal tiene planteados es el de la reincidencia. Es importante desde cualquier ángulo de visión: por su significado, por sus consecuencias, por la dificultad de su justificación y encuadramiento y, en una idea, porque en tal institución se halla comprometido todo el saber penal.

La reiteración o repetición criminal reclama la atención sobre el sujeto y se refleja directamente sobre la sanción correspondiente. La reincidencia supone, frente a otras de estas hipótesis, un rigor mayor. El Derecho Penal no es sólo instrumento de defensa

¹¹ Martínez de Zamora, Antonio. *La Reincidencia*. P. 10. Universidad de Murcia.

¹² *Ibidem*. P. 11.

¹³ *Ibidem*.



social contra determinadas acciones, sino que debe tender, ante todo, a una retribución justa, para lo cual es imprescindible considerar tanto la gravedad del delito como la personalidad de su autor, siendo más o menos reprobable en función de las circunstancias personales del reo en el momento en el que cometió el hecho típico¹⁴.

El fenómeno de la reincidencia, casi siempre regulado por la legislación penal, no ha recibido todavía una explicación doctrinal clara y completamente satisfactoria. Aun hoy si el aumento de pena que determina está o no justificado¹⁵.

La reincidencia, o mejor, el aumento sancionatorio que acarrea, es de justicia sentida pero no demostrada. Son el investigador y el penalista los encargados de llevar a cabo la búsqueda del fundamento de la reincidencia, el porqué de ella. Concretamente en España, la cuestión presenta gran interés habida cuenta de la casi absoluta ausencia de trabajos dedicados al tema¹⁶.

III.II Clases de reincidencia: reiteración y reincidencia

Una vez expuesto el concepto de reincidencia, es preciso examinar las dos variantes de reguladas en el Código Penal, el cual acoge, de entre las varias clasificaciones apuntadas por la doctrina o recogidas en otras legislaciones, la distinción entre dos tipos fundamentales de reincidencia: la genérica o reiteración, y la específica o reincidencia.

En pura teoría hay reincidencia genérica o reiteración cuando las varias infracciones penales cometidas por el delincuente son de naturaleza o especie distinta, mientras que el concepto de reincidencia específica se limita a aquellos casos en los que los diferentes delitos realizados por el culpable sean de la misma o semejante naturaleza, índole o especie¹⁷.

La dificultad práctica que entrañaría desvelar en cada supuesto aislado si dos o más violaciones delictivas son de la misma o de distinta índole ha inducido al legislador a realizar una interpretación auténtica sobre el significado de los términos "misma" y "distinta" especie de delito. En ese afán, el legislador elige el sistema más cómodo,

¹⁴ Alexander, Franz y Staub, Hugo (1935). *El delincuente y sus jueces desde el punto de vista psicoanalítico*. P. 16. Tela.

¹⁵ Martínez de Zamora, Antonio. *La Reincidencia*. P. 25. Universidad de Murcia.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*. P. 110.



aunque sea puramente formal, rígido, injusto e inexacto, y entiende que son de la misma naturaleza o de semejante índole los delitos comprendidos en un mismo Título del Código Penal, y de naturaleza distinta todas aquellas infracciones no reguladas en un mismo Título de dicho Código¹⁸.

La distinción se basa, pues en mirar sólo la naturaleza del delito y en ningún caso la naturaleza del delincuente; pero, además, la ley entiende aquí por delito la figura típica prevista por la norma incriminatoria en vez del caso concreto de la vida con todas las características objetivas y subjetivas, como pueden ser: el daño causado a la víctima, la personalidad del delincuente, sus impulsos y tendencias, los motivos y la finalidad de la acción delictiva y, en general, toda esa infinita gama de matices imposibles de recoger en el esquema abstracto de un tipo penal y que distinguen unos delitos de otros aunque todos ellos caigan bajo un mismo precepto legal¹⁹.

IV. Antecedentes históricos

Desde los inicios del Derecho Penal y la puesta en práctica del castigo para aquellas personas que recayeran en la comisión de delitos, ésta situación ha sido contemplada como una circunstancia agravante, y como consecuencia, una imposición más grave de la pena final.

Sin embargo, el reincidente nunca ha tenido una especial relevancia de estudio, ya que, en las culturas antiguas, la existencia de una gran cantidad de delitos y una mentalidad más vengativa, daba lugar a establecer a la pena de muerte como la respuesta inmediata, y en su defecto, el castigo físico a través de mutilaciones corporales con la finalidad de dejar marcado al reo y que toda la sociedad lo reconociera.

A pesar de no ser la reincidencia un tema que suscitara mucho interés en la sociedad y el sistema punitivo del momento, lo que sí que está claro es que la dureza de las penas era mayor en los casos en los que concurría la repetición de hechos delictivos.

¹⁸ Ibidem. P. 111.

¹⁹ Ibidem.

En cuanto a los antecedentes en España, la reincidencia se observa como una causa de agravación de la pena, plasmada en textos de la época medieval como el *Fuero Juzgo* (s. XIII)²⁰, el *Ordenamientos de Alcalá* (s. XIV)²¹ y las *Partidas* (s. XIV)²².

En el caso italiano, existe una preocupación sobre la reincidencia, presente en estatutos medievales como el de Padova (1236)²³, con especial interés en aquellos casos relacionados con delitos patrimoniales.

A finales del s. XVIII, se inicia en Europa un movimiento codificador gracias a las ideas reformistas de la Ilustración²⁴. Sin embargo, la Revolución francesa (1789-1799) y esta corriente codificadora no fueron capaces de cambiar la visión de la reincidencia como una circunstancia agravante y por lo tanto, tuviera como consecuencia una reacción punitiva severa²⁵.

Esta forma de plasmar las ideas sobre la reincidencia fueron apoyadas por los filósofos utilitaristas del momento como Bentham, Filangieri, Romagnosi o Feuerbach²⁶. Por otro lado, otros autores han defendido una postura más humanizada y suave en cuanto a las penas impuestas en este tipo de comportamientos, como es el caso de Beccaria²⁷.

²⁰ Martínez de Zamora, Antonio (1971). *La reincidencia*. P. 20. Universidad de Murcia. El *Fuero Juzgo* (1241) es la traducción romance del *Liber Iudiciorum* o *Lex gothica*, código legal visigodo promulgado primero por Recesvinto en el año 654 y posteriormente, en una versión completada, por Ervigio en 681. Buscaba castigar con especial rigor la repetición de determinados delitos y por ello ordenaba marcar para su reconocimiento a ciertos malhechores, según lo dispuesto en la Ley V, Título IV, Libro VI.

²¹ Martínez de Zamora, Antonio (1971). *La reincidencia*. Pp. 20 y 21. Universidad de Murcia. El *Ordenamiento de Alcalá* (1348), en su Título XXIII, Libro I, penaliza la usura con la pérdida de todo lo que se diere a préstamo más otro tanto igual a la cuantía del préstamo.

²² Martínez de Zamora, Antonio (1971). *La reincidencia*. P.21. Universidad de Murcia. Las *Partidas* (1256-1265), que no alcanzan aplicación oficial hasta el año 1348 bajo el reinado de Alfonso XI, disponen en ciertos casos, como cuando se trate de “*ladrón conocido que manifiestamente tubiesse caminos*”, debe aplicarse la pena de muerte (Libro XVIII, Título XIV, Partida 7^a); y continúa el texto respecto de los que “*furtan bestias o ganados (...) si fuere ome que lo aya usado de facer debe morir por ende. Mais si no lo avia usado de facer... no lo deven matar*”(Libro XIX, Título XIV, Partida 7^a).

²³ Martínez de Zamora, Antonio (1971). *La reincidencia*. P.19. Universidad de Murcia.

²⁴ La Ilustración fue un movimiento cultural e intelectual europeo (especialmente en Francia e Inglaterra) que se desarrolló desde fines del siglo XVII hasta el inicio de la Revolución francesa, aunque en algunos países se prolongó durante los primeros años del siglo XIX.

²⁵ Agudo Fernández, Enrique (2005). *Principio de culpabilidad y reincidencia en el Derecho español*. P. 15. Universidad de Granada.

²⁶ La *teoría de la prevención general* formulada por Feuerbach a comienzos del s XVIII asignaba a la pena una función de coacción psicológica susceptible de inhibir a los ciudadanos de la comisión de delitos.

²⁷ Beccaria, Cesare (1764). *De los delitos y de las penas*. Pp. 45 y 46. Traducido por Juan Antonio de las Casas en 1774. Alianza.



Esta primera aproximación hacia la reincidencia sirve para observar que siempre se la ha tenido una consideración de agravante, y así pues, coincidir con que durante la historia del Derecho y del ser humano, las penas impuestas a los reos afectados por esta connotación se han visto invulnerables ante las decisiones que se les imponía, llegando a poner fin a su vida con la pena de muerte o siendo sujetos de pasivos de torturas corporales²⁸. La jurista y catedrática española, Adela Asúa Batarrita, magistrada del Tribunal Constitucional desde 2010, afirma que la universalidad y continuidad en la consideración de la reincidencia como causa de un mayor rigor punitivo no ha de tomarse como prueba de su Justicia²⁹, reforzando de esta manera el uso indiscriminado que se le dio a las penas para combatir la reincidencia en el pasado.

V. Antecedentes teóricos

V.I Cesare Beccaria

Cesare Bonesana, marqués de Beccaria (1738-1794), fue un literato, filósofo, jurista y economista italiano. Ligado a los ambientes ilustrados milaneses, formó parte del círculo de los hermanos Pietro y Alessandro Verri, colaboró con la revista *El Café* y contribuyó a fundar la Academia de los Puños (Accademia dei Pugni). Estimulado por Alessandro Verri, protector de los encarcelados, se interesó por la situación de la justicia. Sus influencias principales fueron John Locke, Montesquieu, Claude-Adrien Helvétius y Étienne Bonnot de Condillac³⁰.

Fue, sin dudas, ese restringido círculo social en el que se movió Beccaria, el que lo estimuló a escribir, a los 25 años de edad, la obra titulada *De los delitos y las penas*³¹, libro que tuvo una importancia fundamental en el desarrollo del Derecho Penal ya que sentó principios éticos y de política legislativa innovadores, que orientaron la construcción de un nuevo sistema penal mucho más justo, racional y respetuoso del ser humano.

²⁸ Agudo Fernández, Enrique (2005). *Principio de culpabilidad y reincidencia en el Derecho español*. P. 15. Universidad de Granada.

²⁹ Asúa Batarrita, Adela (1976). *La reincidencia*. P. 8. Civitas.

³⁰ Rodríguez Lozano, Luis Gerardo (2008). *Reflexiones sobre Cesare Beccaria y el Derecho Penal*. P. 726. Universidad Nacional Autónoma de México.

³¹ *De los delitos y las penas (Dei delitti e delle pene)* es un ensayo jurídico escrito por el italiano Cesare Beccaria en 1764. Está considerado como uno de los libros más influyentes en la reforma del Derecho penal europeo de inspiración ilustrada.



El contexto jurídico-penal y procesal de su tiempo y las injusticias, vicios y defectos gravísimos que dicho sistema acarreaba, fue lo que motivo a Beccaria a crear un nuevo régimen de tratamiento penal con el que subsanar los siguientes déficits³²:

- El proceso penal de su época era inquisitivo, sistema que se caracterizaba por la acusación secreta, procedimiento escrito y no contradictorio.
- La situación procesal del reo era de inferioridad ya que disponía de escasos recursos defensivos frente a un sistema de pruebas legales y presunciones elásticas que permitían probar casi cualquier acusación contra él.
- Se veía en todo acusado, a un culpable y un pecador (esto último en virtud de la confusión que había entre justicia divina y la justicia humana).
- La finalidad del proceso era que el reo confesara su pecado entendiendo esto como su culpabilidad, y para lograr dicha confesión se hacía uso de la tortura.
- El reconocimiento de la culpabilidad sólo era válido como prueba si se producía la ratificación posterior por el reo, hecho que de no ocurrir autorizaba nuevamente la aplicación de la tortura hasta lograrla.
- Los jueces disponían de un amplísimo margen de discrecionalidad al aplicar la ley penal, ya que la mayoría de los textos legales no determinaba una pena concreta aplicable al delito, sino que dejaban a criterio del juez la imposición de la misma así como la apreciación de las circunstancias agravantes y atenuantes.
- Eran tantos los delitos castigados con pena de muerte, que tornaba imposible la proporcionalidad entre delitos y penas.

Una vez visto el panorama de la época en el contexto penal, Beccaria lo que pretende con su obra *De los delitos y las penas* es paliar esta situación, que lejos de ser objetiva y garantista, ataca directamente a los derechos individuales donde prima la venganza y la desigualdad. El texto del italiano, en cuyos principios basa su libro, son³³:

- Racionalidad de las leyes: en el sentido de que las normas legales debían derivar de supuestos racionales, es decir, de lo que dicta la razón prescindiendo de la tradición doctrinal.

³² Quisbert, Ermo (2008). *Historia del Derecho Penal a través de las Escuelas Penales y sus representantes*. P. 33-36. Centro de Estudios de Derecho. Véase también Beccaria, Cesare (1764). *De los delitos y de las penas*. Traducido por Juan Antonio de las Casas en 1774. Alianza.

³³ Ibidem.



- Legalidad del Derecho Penal: hace referencia a la necesidad de que las leyes sean claras, sencillas y fácilmente inteligibles por todo ciudadano, que no contengan margen alguno de incertidumbre: definiciones del delito y fijación de la pena para que la labor judicial sea automática, de mera aplicación, sin interpretación posible.
- La justicia penal debe ser pública y el proceso acusatorio, público y meramente informativo, las pruebas serán claras y racionales. La tortura judicial debe ser eliminada, junto con todo el proceso inquisitivo: los procedimientos criminales del siglo XVIII se caracterizaban por un “proceso ofensivo” en el que el juez se convertía en enemigo del reo y no buscaba la verdad del hecho sino una confesión incriminatoria, sometiéndolo a tormentos para conseguirlo.

Respecto de las pruebas que se requieren para condenar a un hombre, Beccaria distingue entre pruebas perfectas e imperfectas, siendo las primeras aquellas que excluyen la posibilidad de que el sujeto no sea culpable, y las segundas las que no la excluyen, por lo que basta con una sola prueba perfecta para imponer una condena. En cambio, si solo se tienen pruebas imperfectas, hay que reunir todas las que sean necesarias para formar una perfecta.

- Igualdad de nobles, burgueses y plebeyos ante la ley penal: Beccaria afirma que las penas que deben establecerse contra los delitos de los nobles deben ser las mismas para el primero que para el último ciudadano.
- El criterio para medir la gravedad de los delitos debe ser el daño social producido por cada uno de ellos: no pueden seguir siendo considerados válidos los criterios de malicia moral, el pecado, del acto, ni el de la calidad o rango social de persona ofendida.
- No por ser más crueles las penas son más eficaces, hay que moderarlas: importa más y es más útil una pena moderada y de segura aplicación que otra cruel pero incierta. Hay que imponer la pena más suave entre las eficaces, sólo ésta es una pena justa además de útil. Hay pues que combinar la utilización y la justicia.
- La pena no debe perseguir tanto el castigo del delincuente como la represión de otros posibles futuros delincuentes, a los que ella debe disuadir de su potencial inclinación a delinquir: este precepto guarda una estrecha correlación con el

anterior, en el sentido de que para Beccaria la pena debe cumplir una función preventiva y ejemplificadora.

- Lograr una proporcionalidad entre el delito y la pena impuesta.
- Es necesario abolir la pena de muerte, pues es una actividad deshumanizada, injusta, innecesaria e ineficaz.
- Es preferible y más justo prevenir que penar, evitar el delito por medios disuasivos: es otro de los puntos fundamentales del pensamiento del penalista. Para él la represión no es ni la única, ni la mejor forma de evitar que se cometan delitos, procura evitarlo por otros medios, siempre preferibles al castigo.

En lo referido a la reincidencia, como se ha visto, las sociedades apenas han permitido tratar la reincidencia pues la mayoría de las sentencias firmes cuando un sujeto era reo habitual tenía como consecuencia la imposición de la pena de muerte o crueles torturas corporales. Tal y como señala Beccaria en su obra *De los delitos y las penas* “*Es mejor evitar los delitos que castigarlos. He aquí el fin principal de toda buena legislación, que es el arte de conducir a los hombres al punto mayor de felicidad o al menor de infelicidad posible, para hablar según todos los cálculos de bienes y males de la vida. Pero los medios empleados hasta ahora son por lo común falsos y contrarios al fin propuesto*”³⁴.

En este sentido, Beccaria busca medidas alternativas a la pena de muerte y privativa de libertad, un sistema alternativo orientado a la prevención, desde el punto de vista del individuo delincuente, como del resto de la sociedad. Este pensamiento choca con las teorías absolutas o retributivas representadas por autores como Kant, que rechazaba cualquier intento de justificar la pena en razones de utilidad social ya que si el hombre es un “fin en sí mismo” no era lícito instrumentalizarlo en beneficio de la sociedad. De ahí que la pena debiera ser impuesta aun cuando no fuese útil o necesaria para la sociedad. La pena se imponía entonces sólo por el hecho de haber delinquido y más allá de cualquier otra consideración³⁵.

³⁴ Beccaria, Cesare (1764). *De los delitos y de las penas*. P. 192. Traducido por Juan Antonio de las Casas en 1774. Alianza.

³⁵ Mir Puig, Santiago (2004) *Derecho penal. Parte General*. P. 88. Reppertor.



“¿Queréis evitar los delitos? Haced que las leyes sean claras y simples, y que toda la fuerza de la nación esté empleada en defenderlas, ninguna parte en destruirlas. Haced que las leyes favorezcan menos las clases de los hombres que los hombres mismos. Haced que los hombres las teman, y no teman más que a ellas. El temor de las leyes es saludable, pero el de hombre a hombre es fatal y fecundo de delitos”³⁶.

V.II Escuela Positivista Italiana

El positivismo criminológico fue una pseudociencia que nació en el siglo XIX como una reacción contra la Escuela Clásica. Su creador fue Cesare Lombroso. Se dice que esta ideología fue la madre del Derecho Penal positivo. Tomó como propios el método inductivo experimental de las ciencias naturales, en especial de la medicina y lo utilizó para llegar a establecer las causas del delito, como consecuencia lógica atacó al hombre como causa fundamental del mismo. Los representantes más destacados de la Escuela Positiva italiana fueron Cesare Lombroso³⁷, Enrico Ferri³⁸ y Raffaele Garofalo³⁹, pero hay que destacar que estas ideas ultraformales y positivistas en extremo han tenido seguidores en varios otros países, incluyendo el nuestro⁴⁰.

Esta pseudociencia coloca en el centro de la escena penal al delincuente como fenómeno patológico, elabora irreflexivas teorías en las cuales afirma que el delincuente posee una predisposición anatómica al delito. Estos postulados llevan a los seguidores de estas ideas a admitir la existencia de un delincuente nato por malformaciones físicas y atavismos psicosociales. El determinismo impregna los postulados de estas teorías, el hombre delincuente no puede escapar a las leyes de la naturaleza que guían su

³⁶ Beccaria, Cesare (1764). *De los delitos y de las penas*. P. 192. Traducido por Juan Antonio de las Casas en 1774. Alianza.

³⁷ Ezechia Marco Lombroso (1835-1909), conocido con el pseudónimo Cesare Lombroso, fue un médico y criminólogo italiano, representante del positivismo criminológico, llamado en su tiempo la *Nueva Escuela (Nuova Scuola)*, teoría sostenida también por Enrico Ferri y Raffaele Garofalo.

³⁸ Enrico Ferri (1856-1929) fue un político, escritor, periodista, criminólogo, sociólogo italiano, director del diario del Partido Socialista Italiano *Avanti!*, secretario del partido en 1896 y de 1904 a 1906, y autor de *Sociología Criminal* en 1884. Mantuvo una postura anti-reformista dentro del PSI y fue elegido por el fascismo como senador vitalicio en 1929, luego de que se hubiese declarado adherente de Mussolini en 1923, cargo que no pudo asumir debido a su muerte.

³⁹ Raffaele Garofalo (1851-1934) fue un jurista y criminólogo italiano, representante del positivismo criminológico, llamado en su tiempo la *Nueva Escuela (Nuova Scuola)*. Fue profesor en la Universidad de Nápoles y senador. Acuñó, en 1885, el término “criminología”, en su obra *Criminología: estudio sobre el delito, sobre sus causas y la teoría de la represión*.

⁴⁰ Navone, Karina. *Positivismo Criminológico, Racismo y Holocausto*. P. 325. Universidad de Buenos Aires.



comportamiento, que lo llevarán indefectiblemente al crimen. Llevadas a su máxima expresión, estas teorías nos llevan a la creencia de que el delincuente podría ser identificado dentro de la comunidad incluso antes de haber cometido delito alguno, tan solo por sus rasgos y características morfológicas⁴¹.

Su mayor diferencia y a la vez crítica hacia la Escuela Clásica, eran el hecho de basar sus paradigmas y sus métodos en lo científico, enfrentando el método abstracto y deductivo, el cual logra inferir algo observado a partir de una ley general, frente a su método empírico e inductivo, el cual extrae conclusiones generales a partir de premisas particulares, basándose en la observación de los hechos registrados⁴².

Otra diferencia entre la Escuela Clásica y la Escuela Positiva es que para la primera el delito, entendido como la conducta típica, antisocial, culpable y punible, es entendida como un ente jurídico abstracto, que no se haya conectado de manera alguna al delincuente y demás características asociadas a éste. A diferencia de la Escuela Clásica, cuyas leyes tienen su origen en razonamientos metafísicos, el Positivismo Criminológico centró sus bases en las leyes naturales, en la naturaleza física, basando sus conocimientos en la objetividad de la realidad observada y dando sentido a los datos obtenidos mediante esa observación empírica mediante la interrelación de éstos. Por último, mientras que en la Escuela Clásica, sus autores mantenían la idea de que no existían diferencias entre el hombre no delincuente y el delincuente, manteniendo así la idea de igualdad del género humano, para la Escuela Positiva sí que se consideraba el delincuente como un ser distinto al hombre no delincuente⁴³.

La Escuela Positiva Italiana se caracterizó por presentar dos direcciones bien diferenciadas; por un lado la vertiente antropológica de Lombroso, la cual explicaba el delito como un producto de la predisposición biológica del individuo y por otro lado la sociológica de Ferri, la cual asumía la existencia de factores sociológicos subyacentes pero con un objetivo común, como es la robustez del método científico y la inevitabilidad del progreso científico⁴⁴.

⁴¹ Ibidem.

⁴² García-Pablos de Molina, Antonio (2008). *Tratado de Criminología*. Tirant lo Blanch.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ *Positivismo Criminológico*. (2011). Publicado en *infoderechopenal.es*.



A partir de la ley de la saturación de Ferri, se dio fuerza al concepto natural del delito, el cual no se limita sólo a la definición legal del delito, incluyendo al delincuente no como sujeto activo de la acción, sino como el núcleo de todo el fenómeno, con unas características biológicas, psicológicas y sociales determinadas, dando lugar a la idea de que “no existe el delito sino el delincuente”. Una de las mayores aportaciones de la Escuela Positiva Italiana fue la del enriquecimiento conceptual y de conocimientos a la hora de diseñar los tipos criminales y sus posteriores clasificaciones⁴⁵.

En su obra *Tratado antropológico experimental del hombre delincuente* publicado en 1876, Lombroso sentó las bases de la Criminología moderna. Constituyó una teoría del delincuente basada en datos antropométricos y estableció una tipología para dividir a los delincuentes en seis tipos distintos⁴⁶:

El *delincuente atávico*: Se trataría de una subespecie de humano, degenerado y atávico.

El *loco moral*: Este tipo se trataría de una especie de idiota moral, que no puede elevarse a comprender el sentimiento moral y que tuvo una educación muy deficiente durante la infancia.

El *delincuente loco*: que a su vez desemboca en distintos tipos como el delincuente alienado, alcohólico, histórico y *mattoide*. La diferencia conceptual entre el *delincuente loco* y el *loco moral* consiste en que el delincuente loco moral ha cometido un delito con plena responsabilidad y enloquece después en la prisión, mientras que el loco delincuente son enfermos mentales que delinquen sin la capacidad de entender y querer.

El *epiléptico*: se trata de sujetos violentos y agresivos. No padecen ninguna enfermedad mental declarada.

El *delincuente ocasional*: que a su vez pueden ser pseudocriminales, criminaloides y habituales.

El *delincuente pasional*: Estos delincuentes tienen un uso de la violencia como forma de pasión, ya sea sentimental, ideológica, religiosa o de cualquier otro tipo.

⁴⁵ Ferri, Enrico (2006). *Sociología Criminal*. Analecta.

⁴⁶ Lombroso, Cesare (2005). *El Atlas criminal de Lombroso*. Maxtor.



Respecto a la prevención, el Positivismo aboga por una prevención especial, centrandose en su eficacia en que el delincuente no vuelva a reincidir, a partir de un tratamiento orientado a las necesidades propias y específicas de cada delincuente⁴⁷.

En otras épocas, la reincidencia carecía de tratamiento, debido a las duras penas que se les imponían a los sujetos que recaían en el delito. Las respuestas penales consistían en ejecuciones o maltratos corporales, los cuales terminaban siendo una auténtica pena de muerte. Los legisladores y expertos de las sociedades no se plantaron buscar una explicación del fenómeno y mucho menos tratarlo para evitarlo, de prevenirlo. Es por ello que los positivistas dan gran importancia a los exámenes periciales de médicos, sociólogos y psicólogos, para evaluar correctamente al delincuente y establecer el nivel de peligrosidad que alcanza. Este examen daría respuesta real a las necesidades criminógenas del individuo y, por lo tanto, las pautas correctas para su posterior tratamiento⁴⁸.

Esto conduce a la idea central de que serán más útiles siempre las políticas centradas en la dinámica del delito, que la aplicación de leyes o penas que se implanten en el sistema judicial. Para ello, Ferri idea los substitutivos penales, que son medios de prevención social centrados en factores económicos, políticos, educativos y familiares. Este concepto llevó a la idea de que se debían reemplazar las cárceles, por ser una causa de criminalidad y no de remedio, ya que es en las cárceles donde se forman individuos resentidos hacia la sociedad y al salir de las cárceles cometen delitos más atroces como una venganza a la sociedad que los condenó. Otro concepto que acuñó Ferri fue el de los substitutivos penales, capaces de desarrollar programas político criminales de lucha y prevención del delito, sin necesidad de entrar en juego el Derecho Penal⁴⁹. Toda esta idea hizo que Ferri defendiera la Sociología Criminal por encima del Derecho Penal, como instrumento de lucha contra el delito⁵⁰.

⁴⁷ Garrido, Vicente; Stangeland, Per y Redondo, Santiago (2006). *Principios de Criminología*. Tirant lo Blanch.

⁴⁸ Blanquer Molina, Alejandro (2015). *Positivismo Criminológico*. Publicado en *Crimipedia.es*.

⁴⁹ Ferri, Enrico (2006). *Sociología Criminal*. Analecta.

⁵⁰ Bodelón González, Encarna y Zino Torraza, Julio. *Historia del Pensamiento Criminológico*. Universidad de Barcelona.



V.III El Correccionalismo en España

En el ámbito nacional, el positivismo fue objeto de estudio y de influencia por varios autores. Sin embargo, no tomaron el positivismo de la escuela italiana como tal, sino que, trasladan esas ideas hacia una nueva visión que va más allá de buscar medidas alternativas a con el fin de conseguir la prevención de los actos delictivos. El Correccionalismo, además de tratar al delincuente de una manera menos agresiva, busca la defensa del interno a través de su corrección, tutela y protección para que no vuelva a cometer delitos, y que, una vez que esté rehabilitado no vuelva a cometer delitos⁵¹.

A diferencia de la Escuela Positivista Italiana, sus autores tratan la reincidencia desde una prevención a través de diferentes respuestas punitivas. Buscan que el delincuente no vuelva a actuar dentro de la ilegalidad, sin embargo, no atienden a su psicología. El correccionalismo, a través de un plano más psicológico trata de corregir su comportamiento, cambiando ese rasgo de la personalidad que lo convierte en sujeto reincidente. En el Correccionalismo, el Estado se propone a través del empleo de la pena, la corrección o enmienda del delincuente, reformando su voluntad⁵².

Se aparta de la Escuela Clásica porque ella estudia al hombre como tal, no solo como sujeto del delito; a su vez se encuentra también fuera de la Escuela Positiva, ya que aún no se había introducido el método experimental en las ciencias penales⁵³.

En España se puede encontrar este pensamiento en las obras de Dorado Montero, máximo representante de esta escuela criminológica de la época.

Dorado Montero (1861-1919) culmina la tendencia correccionalista española. Sobre postulados correccionalistas y positivistas crea una nueva concepción: el Derecho Penal tradicional ha de ser sustituido por un Derecho Correccional, protector de los criminales, ve al delincuente como un ser incapaz, un ignorante de la sociedad.

En su obra *Los Peritos Médicos y La Justicia Criminal*, Dorado Montero señala que el delito cometido por el individuo es consecuencia de causas ajenas al mismo, no es un acto de voluntad. Las penas no deben tener un carácter retributivo, sino, como indica el

⁵¹ Ibidem.

⁵² Revelles Carrasco, María (2011). *Derecho Penal: Positivismo Criminológico*. Publicado en infoderechopenal.es

⁵³ Ibidem.



nombre que bautiza a esta corriente jurídica de pensamiento, correctivo, fijándose en las circunstancias personales y psicológicas del delincuente, con el fin de evitar la comisión futura de hechos delictivos. En cuanto al tratamiento, debe ser sometido a un proceso individualizado de prevención, en función de la peligrosidad criminal que presenta ante la sociedad⁵⁴.

La sociedad que reprime debe proveer al autor aquellos elementos psicológicos de los que carecía en el momento en el que cometió el delito. De esta manera, el Estado ayuda en esta labor a través, por un lado, disminuyendo su libertad y protegiéndolo de los males exteriores que lo pueden corromper; y por otro lado, corrige su voluntad ante el estímulo del delito. La Escuela Correccionalista busca la defensa del interno a través de su corrección, tutela y protección para que no vuelva a cometer delitos⁵⁵.

VI. Derecho Penal previo a las dictaduras

El Derecho Penal moderno de corte occidental que nace en la época de las Luces, con un acentuado planteamiento liberal y asentado en la ideología de los más sobresalientes ilustrados y reformadores, supone un intento de frenar los vicios que las leyes penales presentaban en el siglo XVIII. Impulsado por las ideas de Voltaire, Montesquieu, Rousseau, Beccaria, Servan, Jean Paul Marat, se estructura con las aportaciones de Bentham, Filangieri, Feuerbach, Romagnosi, y toma con la denominada Escuela Clásica una determinante proyección liberal. Jiménez de Asúa hace referencia a los principios que caracterizan este Derecho: En primer término, el concepto de libertad, en segundo, la igualdad, y en tercero, el principio de fraternidad⁵⁶.

El Código Penal francés de 1791 establece el principio de legalidad, que es la esencia de la libertad, así como el concepto rígido de los delitos en especie que hace que aparezcan las infracciones objetivamente determinadas sin atenuantes individuales dando lugar a la igualdad. Y por último, la benignidad de las penas, que culmina con las escuelas penales

⁵⁴ Dorado Montero, Pedro (1999). *Los Peritos Médicos y La Justicia Criminal*. Analecta Editorial.

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ Agudo Fernández, Enrique (2005). *Principio de culpabilidad y reincidencia en el Derecho español*. P. 16. Universidad de Granada.

de 1830 no supone otra cosa que la fraternidad, es decir, el legalismo del Derecho penal, el concepto del tipo y el de la suavidad de los castigos⁵⁷.

En relación con estas últimas, es dentro de sus propios cimientos donde el Derecho Penal liberal comenzó a ser atacado. La libertad y la igualdad se muestran condicionadas. La igualdad no llega a niveles de optimización porque la estructura económica, devoradora cuando no disimuladora de principios, lo ha hecho inviable. No basta con fórmulas teóricas de garantías individuales, pues, como ya escribió Jiménez de Asúa, es difícil que sea libre quién es desigual económicamente⁵⁸.

En otras ocasiones, la negación o la puesta en radical cuestión del Derecho Penal liberal se manifiesta con el auge de regímenes totalitarios. Estas formas de gobierno demuestran las expresiones de un Derecho Penal autoritario cercenador de las mínimas garantías ciudadanas y que hacen de la represión penal un instrumento político, en manos del Estado, al servicio de su régimen y de sus intereses⁵⁹.

VI.I Italia

Con el avance de las primeras décadas del siglo XX el proceso de acercamiento de la legislación penal a las ciencias sociales se lleva a cabo, pero con pausas. El papel fundamental de este proceso fue la dirección técnico-jurídica que tenía la intención de llevar el método del debate de la ciencia penalista a un ambiente de estudio exclusivamente técnico de la norma penal vigente. Entre los arquitectos de esta afirmación de esta nueva tendencia metodológica, que trataba de llevar el Derecho penal a la pureza, destaca la figura de Arturo Rocco⁶⁰.

Sin embargo, mediante la formulación de los conceptos técnicos y legales en aquel preciso momento histórico en el que fueron teorizados, asumen una vertiente adicional,

⁵⁷ Jiménez de Asúa, Luis (1952). *Libertad y Derecho Penal*. Pp. 135-136. El Criminalista.

⁵⁸ Ibidem.

⁵⁹ Morillas Cueva, Lorenzo (1978). *Derecho y Economía en Sociedad Española actual*. Pp. 37-40. Universidad de Granada.

⁶⁰ Arturo Rocco (1876-1942) fue un jurista italiano. Profesor de Derecho penal y procesal en las universidades de Urbino, Ferrara, Cagliari, Sassari, Siena, Nápoles, Milán y Roma. Hermano de Alfredo Rocco, participó en la elaboración del Código penal aportando su doctrina como fundador de la escuela moderna del tecnicismo jurídico.

⁶¹ Lanotte, Federica (2015). *La recivida*. P. 16. Università degli studi di Torino.

ya que favorece una orientación del Derecho penal de ideología conservadora y autoritaria⁶².

Esta vocación conservadora fue capaz de, en un período de fuerte conflicto político, ideológico y social, preservar el orden establecido y se fue acentuando con el paso de los años hasta el fascismo, momento que llevó a la máxima las medidas autoritarias⁶³.

Como se desprende de la *Relazione al disegno di legge* producto del ministro de justicia Alfredo Rocco⁶⁴ en 1925, una reforma del *Codice Penale* y del *Codice di Procedura Penale* era necesaria en vista del aumento de la criminalidad en los años de la posguerra debido a la profunda conmoción en la psicología y la moral de los individuos y la comunidad, y en las condiciones de la vida social y económica. También había puesto de manifiesto la insuficiencia de la legislación vigente y de “*medios puramente represivos y criminales, siendo el único armamento puramente represivo del Estado, y la incapacidad absoluta de las penas para la lucha contra los graves y preocupantes fenómenos de la delincuencia habitual, de la delincuencia juvenil y de la peligrosidad como enfermedad mental*”⁶⁵.

En este punto, se pensó que era necesario crear nuevas formas de prevención del delito, como parte de una política criminal orientada a la defensa social y la preservación de los intereses del nuevo estado autoritario, en el que se habían acentuado los aspectos defensivos referidos a la retribución.

Las líneas de fondo del *Codice Rocco* consisten, por una parte, en introducir una ley más estricta contra delincuencia que proteja a la comunidad, a través de un endurecimiento generalizado de los límites de las sanciones así como de la disciplina de las diferentes instituciones, y por otra parte, en la aproximación a la prevención de

⁶² Rocco, Arturo (1910). *Il problema del metodo della scienza del diritto penale*. P. 521. *Rivista di diritto e procedura penale*.

⁶³ Lanotte, Federica (2015). *La recivida*. P. 16. Università degli studi di Torino.

⁶⁴ Alfredo Rocco (1875-1935) fue un economista y político italiano que desarrolló el concepto y los principios de la teoría económica y política del corporativismo, que luego pasaría a formar parte integrante de la ideología del Partido Nacional Fascista de Benito Mussolini. Desempeñó el cargo de Ministro de Justicia durante ocho años, desde 1925 hasta 1932, firmando el Código Penal (*Codice Rocco*), todavía vigente en Italia aunque ha sido objeto de varias reformas y el Código de Procedimiento Penal de 1930.

⁶⁵ Vassalli (1928). *Lavori preparatori del Codice Penale e di Procedura Penale*. P. 271. Giuffrè. Véase también Lanotte, Federica (2015). *La recivida*. P. 17. Università degli studi di Torino.



delito, con la figura de las medidas de seguridad⁶⁶. En comparación con la codificación anterior, el Código Rocco reserva un amplio espacio para tratar la personalidad del delincuente (Título IV) y ciertas reglas que tienen como objeto al reo y no al delito. En el código de 1889 la figura del delincuente fue descuidada, pero, con el nuevo texto de influencia positivista, conserva una visión objetiva del delito, donde la personalidad y la peligrosidad se imponen como elementos centrales del sistema penal⁶⁷.

Por otro lado, se observa la necesidad de crear una forma de prevención especial o *post delictium* para los que ya contaban con antecedentes criminales es causa de que la prevención se presenta de diferente manera para los casos de delincuente primario o para el ya reo, ya que en el segundo caso la sociedad tiene la posibilidad y el deber de llevar a cabo una acción preventiva eficaz, no pudiendo terminar su tarea con el castigo del delincuente⁶⁸.

VI.II España

El Derecho penal español sufre un giro gracias a la influencia de la Ilustración, dejando atrás los valores transmitidos por el Antiguo Régimen plasmados en la legislación penal. A pesar de encontrarse con ciertas dificultades ideológicas y un retraso respecto al resto de Europa, España va a contar con grandes corrientes reformistas con las que se van a arraigar la libertad del individuo, la certeza y la humanización del Derecho⁶⁹.

Entre las figuras más destacadas se encuentran el italiano Cesare Beccaria con su obra más famosa *De los delitos y las penas*, la cual estuvo censurada en España hasta 1774; y por otra parte el jurista de habla hispana Manuel de Lardizábal y Uribe, autor de *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*⁷⁰.

⁶⁶ Lanotte, Federica (2015). *La recivida*. P. 17. Università degli studi di Torino.

⁶⁷ Ibidem.

⁶⁸ Ibidem. P. 19.

⁶⁹ Agudo Fernández, Enrique (2005). *Principio de culpabilidad y reincidencia en el Derecho español*. P. 18. Universidad de Granada.

⁷⁰ *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma* es la obra redactada por el mexicano Manuel de Lardizábal y Uribe en 1782. Con un estilo claro, elocuente y muy cuidada ordenación racional y sistemática, vuelca sus eruditas consideraciones sobre los aspectos centrales del Derecho penal, plasmando por primera vez en España los grandes principios iluministas, que todavía continúan inspirando y hasta sirviendo de base filosófica a la ciencia del Derecho penal.



El filósofo y jurista mexicano fue contactado por el Consejo Real, para complacer el deseo de Carlos III de confluir todas las leyes penales del momento en un Código criminal. Éste lleva a cabo el trabajo, del cual surge el *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*, obra muy aproximada al pensamiento de Beccaria⁷¹.

A través de la instancia promulgada por Carlos III se redactó el Plan Concreto de Legislación Criminal, texto en el que se podía apreciar la escuela de la filosofía ilustrada, sin embargo, el texto nunca fue aprobado, extinguiéndose. Hay que esperar a 1822 para apreciar el primer Código Penal español, en el cual se plasma por primera vez en la historia, la definición de reincidencia como causa de agravación⁷².

VII. Evolución de la reincidencia en la legislación previa a las dictaduras

La agravación de la pena basada en la existencia de condenas anteriores ha estado siempre en el punto de mira de los legisladores, y por tanto, en la historia del Derecho penal. Es preciso realizar una contextualización a través de un análisis de los diferentes textos legales que han precedido al periodo autoritario en cuanto al tema de la reincidencia.

VII.I Italia

Codice Zanardelli de 1889⁷³

El primer Código Penal de Italia fue el Código saboyano de 1839 del Reino de Cerdeña, que más tarde fue sustituido por el Código Penal de 1859 extendido al resto de la península después de la unificación de Italia. Sin embargo, entre 1861 y 1889 convivieron juntos dos códigos penales debido a que la Toscana continuó utilizando su

⁷¹ Agudo Fernández, Enrique (2005). *Principio de culpabilidad y reincidencia en el Derecho español*. P. 19. Universidad de Granada.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ Codice Penale per il Regno d'Italia, 1889.



propio código. La unificación legislativa entró con el Código Zanardelli, que lleva el nombre del ministro de Justicia Giuseppe Zanardelli^{74 75}.

El fenómeno de la reincidencia aparece en la legislación italiana por primera vez en el texto penal de Zanardelli, debido sobre todo a la alarma social emergida en la segunda mitad del siglo XIX. La primera disciplina normativa que trataba este tema era de origen francés, que fue el primer país en añadir a la pena ordinaria para “reincidentes incorregibles” el confinamiento de por vida en una colonia o la posesión del patrimonio⁷⁶.

En el contexto italiano las codificaciones previas ya habían escrito líneas sobre la reincidencia con unas disposiciones bastante estrictas sobre la misma, pero va a ser en Código Zanardelli, el resultado del proceso de recopilación desarrollado durante la Unificación, el que desarrolla una intensa doctrina sobre el tema y una reflexión sobre las penas⁷⁷.

La categoría jurídica de la reincidencia tenía dificultad para afianzarse debido a que se presentaba en contraste con la concepción clásica del Derecho penal, que, desde una óptica rigurosamente retribucionista, discernía del aumento de la sanción como resultado de la recaída en el delito por el mismo sujeto, no se admitía la alteración de la ecuación entre la gravedad del delito individual y el castigo, debido a la interferencia de elementos personales y psicológicos. En particular, la teoría abolicionista deja en duda la legitimidad del aumento de la pena desde dos puntos de vista: por un lado, sosteniendo, en el ámbito de una concepción de la pena como retribución al hecho, la irrelevancia de los elementos subjetivos, por otro lado, impugnando la violación del principio de *non bis in ídem* en el momento en el cual se enjuicia a un acusado dos veces por un mismo delito⁷⁸.

⁷⁴ Giuseppe Zanardelli (1826-1903) fue un jurista y político italiano. En 1859 dirigió la insurrección de Brescia. Diputado de la izquierda liberal desde 1860, fue ministro en varias ocasiones (1876-1877, 1878, 1881-1883, 1887-1891) y redactó el reformista Código penal de 1890. Fue presidente de la Cámara de Diputados (1892-1894, 1897-1899) y presidente del Gobierno (1901-1903), cargo del que dimitió por la imposibilidad de poder llevar a cabo su programa de reformas sociales y democráticas.

⁷⁵ Lanotte, Federica (2015). *La recivida*. P. 6. Università degli studi di Torino.

⁷⁶ Ibidem.

⁷⁷ Ibidem.

⁷⁸ Ibidem. P. 7.

El Código de 1889 coloca la circunstancia de reincidencia en el Título VIII, un propio, y la señala como una agravante de la pena base. El sistema sobre el que se regula es de carácter liberal, centrado en el crimen en sí mismo, presentando muy vagamente la condición subjetiva y psicológica del delincuente. En la doctrina, hay autores que apoyan la característica retributiva de la sanción, no tanto desde la perspectiva de la sanción como medio de corrección y enmienda del reo, sino que, al recaer el delincuente nuevamente en la ilegalidad, se entiende que éste expone un menosprecio hacia la Ley y el juez y un fracaso de la pena ordinaria, por lo que es necesario aumentar la pena para conseguir el mismo efecto⁷⁹.

El art. 80⁸⁰ del Código Zanardelli contempla dos hipótesis de reincidencia simple, la genérica y la específica.

Artículo 80.

El que, después de una sentencia condenatoria, y no más tarde de diez años desde el día en el que fue establecida o extinta, si la pena era superior a cinco años de duración, o no más de cinco años en los demás casos, comete otro delito, no puede ser castigado el reo con la pena mínima por el nuevo delito cometido.

Si el nuevo delito es de la misma naturaleza que por el que se le condenó anteriormente, el sujeto está sometido a un agravamiento de la pena impuesta, de acuerdo con las siguientes reglas:

⁷⁹ Ibidem.

⁸⁰ Art. 80. Colui che, dopo una sentenza di condanna, e non oltre i dieci anni dal giorno in cui la pena fu scontata o la condanna estinta, se la pena era superiore ai cinque anni di durata, o non oltre i cinque anni negli altri casi, commette un altro reato, non può essere punito col minimo della pena incorsa per il nuovo reato.

Se il nuovo reato sia della stessa indole di quello per il quale è stata pronunciata la precedente condanna, il colpevole soggiace ad un aggravamento della pena incorsa, secondo le norme seguenti :

1. se la pena incorsa per il nuovo reato sia la reclusione, la durata ordinaria della segregazione cellulare continua è aumentata in ragione di un sesto della pena stabilita per il reato commesso; e ove la reclusione debba scontarsi interamente in tale segregazione, o il prolungamento suddetto non possa farsi nei limiti della pena da infliggere, per applicare il prolungamento stesso si aumenta proporzionatamente la durata della pena;

2. se la pena incorsa per il nuovo reato sia diversa dalla reclusione, essa è aumentata da un sesto ad un terzo.

In nessun caso l' aumento stabilito nelle disposizioni precedenti può applicarsi in misura superiore alla più grave delle pene anteriormente inflitte; e ove si tratti di pene pecuniarie, per determinare tale misura si fa il ragguglio secondo le norme stabilite nell'art. 19.

1. *Si la pena prevista para el nuevo delito es de prisión, la duración ordinaria del aislamiento continuo es aumentada en razón de un sexto de la pena prevista para el delito cometido; y donde el encarcelamiento debe descartarse por completo en este precepto, o la extensión sujeta no se puede hacer dentro de los límites de la pena impuesta, para aplicar la extensión aumentará en proporción al tiempo de la condena.*
2. *Si la pena impuesta por el nuevo delito es diferente de la de prisión, es aumentada de un sexto a un tercio.*

En ningún caso, el incremento establecido en las disposiciones anteriores se puede aplicar en medida superior a la más grave de las penas impuestas anteriormente, y en el caso de las sanciones de tipo financiero, para determinar esta medida se regula según la norma establecida en el art.19.

En el primer párrafo se fijaban los dos plazos para la reincidencia genérica, desde el día en que la sentencia había sido ejecutada o extinguida la condena, más allá de la cual no podía ser relevante. Además, no estaba previsto para este caso una verdadera agravación de la pena, sino más bien un límite proporcional, ya que según la previsión el reo no puede ser castigado con la pena mínima por el nuevo delito cometido. En el segundo párrafo, en cambio, está dedicado a la reincidencia específica, accesible cuando el nuevo delito es de la misma naturaleza que el primero, previsto de un aumento de la pena detallada y proporcional a la gravedad del nuevo delito⁸¹.

En el art. 81⁸² estaba sucesivamente prevista la forma de la reincidencia reiterada, en cuanto a condenas que implican penas restrictivas de la libertad personal y finalmente, limitadas en el tiempo según lo dicho en el art. 80.

⁸¹ Ibidem.

⁸² Art. 81. *Colui che, dopo essere stato più volte condannato a pena restrittiva della libertà personale, superiore per ciascuna volta ai tre mesi, commette, nei termini indicati nell'art. precedente, un altro reato della stessa indole e che importi anch'esso una pena restrittiva della libertà personale, soggiace ad un aumento della pena incorsa pari alla metà della durata della pena stessa, ove questa sia inferiore ai trenta mesi, e ad un terzo negli altri casi; purché non si superino i trent'anni per la reclusione e la detenzione.*

Se la nuova pena incorsa sia la reclusione, si applica anche la segregazione cellulare continua nella misura stabilita nel precedente articolo.



Artículo 81.

El que, después de haber sido condenado en varias ocasiones a la pena privativa de libertad, superior cada vez a los tres meses, comete, en los términos indicados en el artículo precedente, otro delito de la misma naturaleza y cantidades, se le impondrá una pena privativa de la libertad personal, sujeta a un aumento de la pena impuesta igual a la mitad de la duración de la pena, cuando esta sea inferior a treinta meses, y un tercio en los demás casos; siempre que no se superen los treinta años de prisión y detención.

Si la nueva pena impuesta es de prisión, se aplica también la celda de aislamiento continua en la medida establecida en el artículo precedente.

Ya el sistema normativo de la época fue el resultado de las declaraciones de la reincidencia y de otras consecuencias legales tanto en términos de tratar la mayor dificultad o imposibilidad de acceso a medidas tales como la rehabilitación, la libertad condicional, la reducción de la pena en los casos de reincidencia específica, tanto en términos de aumento de la rigidez de las reglas de la vida en prisión⁸³.

El Código de 1889, a raíz de una concepción clásico-garantista, había previsto una concepción de la reincidencia de carácter obligatorio, con el fin de garantizar la igualdad de tratamiento a todos los reincidentes, sobre la base de que si se realizan hechos típicos de la misma especie el culpable merece mayor castigo; y en especial la temporalidad, en la creencia de que la abstención de realizar actos criminales por un periodo de tiempo es la consecuencia de la sanción anteriormente impuesta⁸⁴.

⁸³ Lanotte, Federica (2015). *La recivida*. P. 7. Università degli studi di Torino.

⁸⁴ *Ibidem*.

Código Zanardelli	Reincidencia	Reiteración
Regulación	Art. 80 Circunstancia agravante	Art. 81 Circunstancia agravante
Requisitos	Condena previa Sentencia firme Delitos del mismo Título	Condena previa Sentencia firme Condena previa de privativa de libertad Delitos del mismo Título
Efectos en la pena	Apreciación obligatoria Privativa de libertad: aumento de un sexto de la pena. No privativa de libertad: aumentada de un sexto a un tercio.	Apreciación obligatoria Privativa de libertad: aumento de la pena impuesta igual a la mitad de la duración de la pena, cuando esta sea inferior a treinta meses, y un tercio en los demás casos; siempre que no se superen los treinta años de prisión Detención Celda de aislamiento

VII.II España

Códigos Penales de 1822 a 1932⁸⁵

A continuación se va a realizar un análisis de la visión de la figura de la reincidencia a lo largo de los textos jurídicos vigentes en España previo a la dictadura franquista entre 1822 y 1932.

Código Penal de 1822

En el caso español, desde la configuración del primer Código Penal en 1822, ya está presente la agravante de reincidencia, en el cual ya se encuentra regulado de dos formas diferentes, anteriormente explicadas; la reiteración y la reincidencia.

La reincidencia propiamente dicha se constituye como una circunstancia especial dotada de una escala propia de penas. Además, su especial naturaleza no sólo impedía su compensación con las atenuantes, sino que podía llegar a justificar la imposición de una

⁸⁵ López Barja de Quiroga, Jacobo; Rodríguez Ramos, Luis y Ruiz de Gordejuela López, Lourdes (1998). *Códigos Penales españoles: 1822-1848-1850-1870-1928-1932-1944*. Akal.

doble pena en el caso de la primera reincidencia, e incluso de una pena cuádruple en el caso de una segunda (art. 119)^{86 87}.

La diferencia en cuanto a la pena se establecía en torno al concepto de reincidencia como síntoma de la inclinación o tendencia del reo hacia determinados delitos. Esta especialización en un tipo de infracciones es por lo que se le otorgó mayor gravedad a la reincidencia, combatiéndola así con medidas y penas más graves⁸⁸.

Código Penal de 1822	Reincidencia	Reiteración
Regulación	Art. 116 No es circunstancia agravante Figura especial	Art. 121 Circunstancia agravante
Requisitos	Condena previa Sentencia firme Comisión de nuevo delito Del mismo Título Cumplir plazos	Condena previa Sentencia firme Comisión de nuevo delito Distinto Título Cumplir plazos
Efectos en la pena	Agravación obligatoria de la pena Escala propia de penas No compensa con atenuantes ni agravantes	Agravación obligatoria de la pena Mismas reglas que las otras agravantes Compensa con atenuantes y agravantes

Código Penal de 1848

En el Código predecesor de 1848 se suavizan las penas además no encontrarse ningún precepto que regule la doble reincidencia. Se mantienen las dos modalidades, incluidas en el catálogo general de las circunstancias agravantes, pudiendo compensarse racionalmente con las atenuantes, sin que, en ningún caso se permitiera exacerbar la pena por encima de los límites de la pena señalada por la Ley para el delito en su grado máximo, con la excepción de los casos de hurto y estafa cuando concurría la simple reincidencia (art. 10.18)⁸⁹.

⁸⁶ En el supuesto de doble reincidencia o reincidencia por segunda vez, los dos primeros delitos por los que se hubiera condenado habían de pertenecer al mismo Título que la infracción sobre la que se hubiera apreciado la segunda reincidencia.

⁸⁷ Guisasaola Lerma, Cristina (2008). *Reincidencia y delincuencia habitual*. P. 21. Tirant lo Blanch.

⁸⁸ Rodríguez Mourullo, Gonzalo (1972). *Comentarios al Código Penal. Tomo I*. Pp. 725 y 726.

⁸⁹ Guisasaola Lerma, Cristina (2008). *Reincidencia y delincuencia habitual*. P. 21. Tirant lo Blanch.

Las modificaciones operadas en la reincidencia obedecen a una intención de paliar las críticas recibidas por la anterior escritura, otorgándole al juez mayor margen, que deberá determinar cuándo un delito es de la misma naturaleza que otro⁹⁰.

Código Penal de 1848	Reincidencia	Reiteración
Regulación	Art. 10.18 Circunstancia agravante	Art. 10.17 Circunstancia agravante
Requisitos	Condena previa Comisión de nuevo delito Delito de la misma especie	Condena previa Comisión de nuevo delito Delito de distinta especie que la Ley señale igual o mayor pena
Efectos en la pena	Agravación obligatoria de la pena Sólo una agravante; pena en grado máximo Si concurren agravantes y atenuantes; compensación racional Nunca se superará la pena designada por la Ley en su grado máximo	Agravación obligatoria de la pena Sólo una agravante; pena en grado máximo Si concurren agravantes y atenuantes; compensación racional Nunca se superará la pena designada por la Ley en su grado máximo

Código Penal de 1870

El texto de 1870 presenta una regulación de la reiteración y la reincidencia muy similar al texto penal anterior, manteniendo ambas como agravantes genéricas y no permitiendo en ningún caso que su apreciación conjunta supere el límite máximo de la pena abstracta⁹¹.

En relación a la agravante de reiteración, la principal novedad se halla en la posibilidad de su apreciación facultativa por el juez, tomando en consideración las circunstancias del delincuente, la naturaleza del hecho y los efectos del mismo; chocando así con la rigidez y automatismo de la fórmula prevista para la reincidencia, de carácter preceptivo⁹². Se produce una agravación de la multirreincidencia en los delitos de hurto y estafa como consecuencia de la ausencia casi total de denuncias y la asunción de

⁹⁰ Ibidem. P. 22.

⁹¹ Guisasaola Lerma, Cristina (2008). *Reincidencia y delincuencia habitual*. P. 23. Tirant lo Blanch.

⁹² Ibidem.

ciertas concesiones a la prevención ante la necesidad de proteger la sociedad frente a un aumento de los delitos de tipo patrimonial⁹³.

Código Penal de 1870	Reincidencia	Reiteración
Regulación	Art. 10.18 Circunstancia agravante	Art. 10.17 Circunstancia agravante
Requisitos	Condena previa Sentencia firme Delitos del mismo Título	Condena previa Sentencia firme Delitos que la Ley señale igual o mayor pena, o dos o más delitos que la Ley señale pena menor
Efectos de la pena	Agravación obligatoria de la pena Sólo una agravante; pena en grado máximo Si concurren agravantes y atenuantes; compensación racional Nunca se superará la pena designada por la Ley en su grado máximo	Aplicación facultativa por el juez. Si el juez estima su aplicación: Sólo una agravante; pena en grado máximo Si concurren agravantes y atenuantes; compensación racional Con el arbitrio judicial se acepta implícitamente la prescripción

Código Penal de 1928

El primero texto dentro del periodo de la dictadura introdujo la posibilidad de apreciación facultativa por el juez de la agravante de reincidencia. También fue el primero en permitir que en aquellos casos en los que se diera multirreincidencia pudiera aumentar la pena por encima del límite máximo señalado por la Ley, siempre que no superara el doble de la pena baso en los caos de penas privativas o restrictivas de libertad⁹⁴.

El nuevo Código destaca por ser el primero que mantiene el binomio penas y medidas de seguridad como respuestas criminales alternativas frente al delito siguiendo la tendencia de la Escuela Positiva Italiana. Dichas medidas estaban destinadas a los

⁹³ Asúa Batarrita, Adela (1982). *La reincidencia. Su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los códigos españoles del siglo XIX*.

⁹⁴ Guisasaola Lerma, Cristina (2008). *Reincidencia y delincuencia habitual*. P. 24. Tirant lo Blanch.

inimputables, los vagos y a determinadas personas a las que la Ley les atribuye una peligrosidad criminal grave, como delincuentes habituales e incorregibles⁹⁵.

Código Penal de 1928	Reincidencia	Reiteración
Regulación	Art. 67.3 Circunstancia agravante	Art. 67.2 Circunstancia agravante
Requisitos	Condena previa Sentencia firme Delitos del mismo Título	Condena previa Sentencia firme Delito de distinta especie que la Ley señale igual o mayor pena
Efectos en la pena	Apreciación facultativa Si la aprecia: Una o más agravantes; no pena menor de la mitad superior Atenuantes y agravantes; compensan racionalmente Dos o más reincidencias; doble de pena señalada para el delito	Apreciación facultativa Si la aprecia: Una o más agravantes; no pena menor de la mitad superior Atenuantes y agravantes; compensan racionalmente

Código Penal de 1932

El Código de 1932 recupera el carácter obligatorio de la reincidencia. Ésta juega como cualquier otra agravante, mientras que la multirreincidencia facultaba para elevar un grado las penas en toda clase de delitos⁹⁶.

Este texto anuló el anterior sistema de dualista que presentaba el Código Penal de 1928, dejando así, un vacío legal en relación a las medidas de seguridad necesario. Como consecuencia se aprobarán una serie de leyes especiales, como la *Ley de los Vagos Maleantes*⁹⁷ en 1933.

⁹⁵ Sanz Morán, Ángel José (2003). *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*. P. 141.

⁹⁶ Guisasaola Lerma, Cristina (2008). *Reincidencia y delincuencia habitual*. P. 24. Tirant lo Blanch.

⁹⁷ La *Ley de Vagos y Maleantes* fue una ley del Código Penal español de 4 de agosto de 1933 referente al tratamiento de vagabundos, nómadas, proxenetas y cualquier otro elemento considerado antisocial y que posteriormente fue modificada para reprimir también a los homosexuales. También conocida popularmente como la Gandula, la ley fue aprobada por consenso de todos los grupos políticos de la Segunda República. No sancionaba delitos sino que intentaba evitar la comisión futura de los mismos no incluía penas, sino medidas de alejamiento, control y retención de los individuos supuestamente peligrosos hasta que se determinara que se había acabado su peligrosidad. Quedando así establecida podía ser utilizada arbitrariamente para la represión de las personas sin recursos.

Código Penal de 1932	Reincidencia	Reiteración
Regulación	Art. 10.14 Circunstancia agravante	Art. 10.13 Circunstancia agravante
Requisitos	Condena previa Sentencia firme Delitos del mismo Título No necesidad de condena cumplida	Condena previa Sentencia firme Delitos que la Ley señale igual o mayor pena, o dos o más delitos con pena menor No necesidad de condena cumplida
Efectos en la pena	Obligación de agravar la pena Una sola agravante; podrán poner la pena en grado máximo Atenuantes y agravantes; compensación racional Dos o más agravantes; excepción pena inmediatamente superior	Apreciación facultativa Si se aprecia: Una agravante; podrán poner la pena en grado máximo Atenuantes y agravantes; compensación racional Dos o más agravantes; no superar la pena en grado máximo

Anteproyecto falangista de 1938⁹⁸

El anteproyecto de 1938, formulado por la Delegación Nacional de Justicia y Derecho de Falange Española Tradicionalista y de las J.O.N.S.⁹⁹ es uno de los más interesantes de la época. Pese a su apariencia clásica, constituye el intento más revolucionario y original de la codificación penal reciente, sobre todo en lo referido a la parte general, pues trata de romper todos los principios liberales, incluso los considerados esenciales como el de legalidad¹⁰⁰.

⁹⁸ Delegación Nacional de Justicia y Derecho de Falange Española Tradicionalista y de las J.O.N.S. (1938) *Anteproyecto de Código Penal*. Salamanca.

⁹⁹ La Falange Española Tradicionalista y de las Juntas de Ofensiva Nacional Sindicalista (abreviado FET y de las JONS) fue el partido único del régimen franquista creado en 1937, y a efectos legales, el único partido permitido en España tras la Guerra Civil. A pesar de su nombre oficial, durante la dictadura fue también y más comúnmente conocido como el Movimiento Nacional, un concepto que en realidad hacía referencia a todo el mecanismo único de participación en la vida pública española del que se dotó la dictadura franquista.

¹⁰⁰ Casabo Ruiz, José Ramón (1978). *Anteproyecto de Código Penal de 1938 de F.E.T. y de las J.O.N.S.* P. 11. Universidad de Murcia.



Aparece el culto al líder, que no sólo es capaz de dictar leyes, sino también de resolver procesos. Se exalta el nacionalismo, subrayando a su vez una serie de valores fundamentales para el nuevo orden político como la Patria, la raza y el honor¹⁰¹.

El nuevo texto pretende remodelar todo el sistema jurídico, aun cuando las circunstancias derivadas de la existencia de una guerra no parecían las más oportunas para llevar a cabo tal tarea. El preámbulo que acompaña al anteproyecto del nuevo Código criminal explica la actividad de la siguiente manera:

“El nacimiento de un Estado exige la adaptación a sus principios esenciales de toda la legislación, y más singularmente de la penas, que, si representa para la población un mínimo de convivencia, significa para el Poder público la primera y más indeclinable de sus obligaciones al amparar no sólo con la fuerza de las armas, sino también con el imperio de las leyes, la existencia de la Patria organizada jurídicamente bajo una nueva forma de Estado”¹⁰².

En este sentido, la reforma de la legislación penal se plantea como trabajo de primer orden y de máxima urgencia, pues si el Estado nuevo está hoy seguro de sí mismo bajo la protección de la justa severidad de la Justicia Militar, en el tiempo ya próximo, en que la paz sea, con la tarea reconstructiva, la única misión de los españoles, un Código Penal será absolutamente necesario, si no se quiere vivir de prestado con las leyes dictadas por regímenes desaparecidos e inadaptadas, por tanto, a la situación presente¹⁰³.

En cuanto a lo relativo a la reincidencia, el anteproyecto menciona dicha circunstancia de la siguiente forma:

“La reincidencia doble, la habitualidad delictiva y la peligrosidad criminal, originadas del tercero, cuarto o quinto delitos cometidos, respectivamente, que, si fuesen análogos, determinan por el sexto delito el profesionalismo criminal, como estado de peligro cualificado”¹⁰⁴.

¹⁰¹ Ibidem.

¹⁰² Delegación Nacional de Justicia y Derecho de Falange Española Tradicionalista y de las J.O.N.S. (1938) *Anteproyecto de Código Penal*. Salamanca.

¹⁰³ Casabo Ruiz, José Ramón (1978). *Anteproyecto de Código Penal de 1938 de F.E.T. y de las J.O.N.S.* P. 13. Universidad de Murcia.

¹⁰⁴ Delegación Nacional de Justicia y Derecho de Falange Española Tradicionalista y de las J.O.N.S. (1938) *Anteproyecto de Código Penal*. Salamanca.



Nada clara es la redacción de este supuesto, pues si bien por el concepto normativo de la reincidencia, parecía que tanto la doble como los supuestos de habitualidad, peligrosidad y profesionalismo hacían referencia a condenas anteriores por delitos comprendidos en el mismo Título, sin embargo, la exigencia de que los hechos fueran análogos para apreciar el profesionalismo, pone en duda tal planteamiento, a no ser que se interprete en el sentido de que además de hallarse en el mismo Título deberán ser análogos. Para mayor complicación, el párrafo 2º del art. 66, al regular el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos o uno de ellos sea medio necesario para cometer otro, se remite en cuanto a la penalidad, al supuesto que regula la aplicable en los casos de reiteración, reincidencia, doble reincidencia, etc., dando a entender que encaja en tales circunstancias, lo que no es posible teniendo en cuenta el concepto legal¹⁰⁵.

VIII. Dictaduras del siglo XX: Italia y España

La crisis del Estado Liberal a finales del siglo XX propicia la aparición de nuevas formas de poder que de alguna manera, buscan subsanar los problemas existentes en la sociedad y en el sistema desde una perspectiva propia y autoritaria. Estos partidos tenían una ideología estricta, eran regímenes políticos no democráticos con un poder todopoderoso del Estado, que se infiltra en todos los aspectos de la vida, tanto públicos como privados. El Estado es fuerte y se sustenta sobre un único partido que monopoliza el poder, el líder del partido es venerado como líder de la nación, líder al que en algunos momentos se le llega a rendir culto. Para mantenerse en el poder el partido emplea el terror sobre la población, eliminando cualquier tipo de opinión distinta a la oficial, a través de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado¹⁰⁶.

Estas formas de gobierno contaban con un dogma propio que transmitían a la comunidad a través de los medios de comunicación del momento y audiencias, convirtiéndose en expertos oradores manipulando a la sociedad. Entre los valores sobre los que se sustentaban se encuentran:

¹⁰⁵ Casabo Ruiz, José Ramón (1978). *Anteproyecto de Código Penal de 1938 de F.E.T. y de las J.O.N.S.* Pp. 15. Universidad de Murcia.

¹⁰⁶ Linz, Juan José (2010). *Obras escogidas III: Sistemas totalitarios y regímenes autoritarios.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Políticos e ideológicos	Sociales	Económicos
Supremacía del Estado Carácter antiparlamentario y antiliberal Protagonismo de las élites Enalzamiento del líder Exaltación de la violencia Nacionalismo, imperialismo y militarismo Irracionalismo	Protagonismo de las élites Estado racista Encuadramiento de la juventud Primacía de la burguesía	Control centralizado de la economía Autarquía Expansión imperialista Necesidad de grandes obras publicas

Los regímenes totalitarios tuvieron su edad de oro en los años treinta, como consecuencia de la crisis del 29 surgieron en toda Europa gobiernos autoritarios que sustituyeron a los regímenes democráticos en gran parte de los países europeos del este y del sur. Tras la Segunda Guerra Mundial, y derrotado el fascismo, casi todos los países de la Europa del Este se van a convertir en estados totalitarios comunistas.

VIII.I Reincidencia en el Fascismo

El fascismo es un movimiento político nacido en Italia a principios del siglo XX por la principal iniciativa de Benito Mussolini, algunas de cuyas ideologías se han extendido más tarde aunque con diferentes características en Europa y otros países del mundo. Se caracteriza por ser un movimiento nacionalista, autoritario y totalitario. Se considera anticapitalista, e ideológicamente populista, mientras que en el plano social, se basa en proteger la propiedad privada y en la división de la sociedad en clases¹⁰⁷.

El fascismo nació en parte como reacción de ciertos socialistas disidentes contra la Revolución Bolchevique de 1917 y a las fuertes peleas sindicales de trabajadores y braceros que culminó en el bienio rojo, en parte como crítica respecto a la sociedad liberal-democrática, que salió maltrecha de la experiencia de la Primera Guerra Mundial.

El nombre deriva de la palabra italiana *fascio* (del latín *fascis*). La palabra, en la antigua Roma, era usada como símbolo de la unión de los luchadores. El símbolo fascista es el

¹⁰⁷ Gentile, Emilio (2002). *Fascismo. Storia e interpretazione*. P. 72. Laterza.

Fasces romano que significaba el poder del régimen, en particular el poder jurisdiccional. Su líder Benito Mussolini, quien fuera gobernante dictatorial de Italia, lo describió así:

“El Fascismo es una gran movilización de fuerzas materiales y morales. ¿Qué se propone? Lo decimos sin falsas modestias: gobernar la nación. ¿De qué modo? Del modo necesario para asegurar la grandeza moral y material del pueblo italiano. Hablemos francamente: no importa el modo concretamente, no es antiético, ni convergente con el socialismo, sobre todo aspira a la reorganización nacional y política de nuestro país. Nosotros cambiamos los valores tradicionales, que el socialismo continúe o desaparezca, pero sobre todo, el espíritu fascista se refugia en todo lo que es arbitrario sobre el misterioso futuro”.

Benito Mussolini, 19 de agosto de 1921 — Diario della Volontà

Codice Rocco de 1930¹⁰⁸

Desde mediados de los años veinte, el Régimen comenzó las obras de renovación de la normativa italiana. El primer código que tomaron en consideración para reformar fue el penal, llamado Código Zanardelli, promulgado en 1889. El nuevo código, llamado Código Rocco a partir del nombre del ministro de Justicia Alfredo Rocco quien promovió la reforma, fue redactado por el jurista Vincenzo Manzini, seguidor del tecnicismo legal. Esta escuela de pensamiento, fundada por Arturo Rocco, hermano mayor del ministro, se basa en la teoría de la aplicación de los principios del positivismo jurídico al Derecho penal, afirmando la primacía y la autonomía con respecto a las ciencias sociales¹⁰⁹.

Entre finales del siglo XIX y principios del XX, nuevas formas de pensamiento transmitieron la idea de que la reincidencia no podía considerarse sólo como una indicación de una mayor culpabilidad, sino que debe ser concebido y estudiado en relación con el hombre y una posible predisposición innata a la delincuencia. El Código Rocco asume en sí mismo la instancia clásico-retributiva y la instancia de prevención

¹⁰⁸ *Codice Penale*. Testo coordinato ed aggiornato del Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398.

¹⁰⁹ *L'elaborazione del Codice Rocco tra principi autoritari e continuità istituzionale*. Publicado en altrodiritto.unifit.it.

especial, inspirada en las nuevas tendencias positivistas, dando lugar a una disciplina más compleja y severa en comparación con la legislación anterior. En el código de 1930, de hecho, la reincidencia es considerada una circunstancia agravante obligatoria, en relación con la persona del delincuente, con la única excepción transcrita en el art. 100 del mismo texto¹¹⁰.

A partir de la voluntad generalizada para superar la configuración del Código Zanardelli, no se consideró suficiente con controlar a los delincuentes más peligrosos, el art. 99¹¹¹ del presente texto prevé para la reincidencia un aumento del rigor represivo de la disciplina, realizado a través de un aumento de las penas, a excepción de los casos de reincidencia contenidos en el art. 100. Es un régimen caracterizado por la perpetuidad, derivado de la falta de previsión de un límite temporal para su aplicación, y de la generalidad, siendo irrelevante la naturaleza del hecho típico¹¹².

Artículo 99.

El que, después de haber sido condenado por un delito, cometiere otro, está sujeto a un aumento de hasta de un sexto de la pena por el nuevo delito.

La pena será aumentada hasta la mitad:

- 1. Si el nuevo delito es de la misma naturaleza.*
- 2. Si el nuevo delito se cometió en los cinco años desde la condena anterior.*

¹¹⁰ Lanotte, Federica (2015). *La recivida*. P. 12. Università degli studi di Torino.

¹¹¹ Art. 99. *Chi, dopo essere stato condannato per un reato, ne commette un altro, soggiace a un aumento fino a un sesto della pena da infliggere per il nuovo reato.*

La pena è aumentata fino alla metà:

1) se il nuovo reato è della stessa indole;

2) se il nuovo reato è stato commesso nei cinque anni dalla condanna precedente;

3) se il nuovo reato è stato commesso durante o dopo l'esecuzione della pena, ovvero durante il tempo in cui il condannato si sottrae volontariamente all'esecuzione della pena.

Qualora concorrano più circostanze fra quelle indicate nei numeri precedenti, l'aumento di pena è da un terzo alla metà.

Se il recidivo commette un altro reato, l'aumento della pena, nel caso preveduto dalla prima parte di questo articolo, è da un terzo alla metà, e, nei casi preveduti dai cpvv. precedenti, è dalla metà ai due terzi.

¹¹² Rocco, Alfredo (1929). *Relazione sul libro I del progetto definitivo di nuovo Codice Penale*. P. 147. Tipografia delle Mantellate.

3. *Si el nuevo delito se comete durante o después de la ejecución de la pena o durante el tiempo en el cual el condenado abandona voluntariamente a la ejecución de la condena.*

Siempre que concurran más circunstancias que las indicadas en el número anterior, el aumento de la pena será de un tercio a la mitad.

Si el reincidente cometiera un nuevo delito, el aumento de la pena en el caso previsto en la primera parte de este artículo, es de un tercio a la mitad, y, en los casos precedentes, es a la mitad dos tercios.

El primer punto del segundo párrafo del art. 99 rige la reincidencia específica, que ocurre cuando el nuevo delito es de la misma naturaleza que el delito por el que ya ha sido condenado; haciendo hincapié en la desobediencia a una regla de conducta¹¹³.

La expresión “de la misma naturaleza”, según los criterios del art. 101¹¹⁴ del *Codice*, especialmente en la evaluación de las características fundamentales comunes, requiere que el juez realice un análisis de la situación individual concreta, superando el enfoque abstracto que caracterizaba este punto en el Código Zanardelli.

Artículo 101.

A los efectos de la Ley penal, se consideran delitos de la misma naturaleza no sólo a aquellos que violan la misma disposición de Ley, sino también aquellas que, pudiendo ser previstas en diferentes disposiciones del Código u otras leyes, sin embargo, por la naturaleza de los hechos que constituyen, presentan, en casos concretos, características fundamentales comunes.

Otro razonamiento es el de la reincidencia en el tiempo, por el cual la gravedad se ve afectada por la relación temporal entre el paso por el juzgado por una condena anterior y la posterior comisión de un nuevo delito. Lo importante no es tanto el elemento

¹¹³ Lanotte, Federica (2015). *La recivida*. P. 20. Università degli studi di Torino.

¹¹⁴ Art. 101. *Agli effetti della legge penale, sono considerati reati della stessa indole non soltanto quelli che violano una stessa disposizione di legge, ma anche quelli che, pur essendo preveduti da disposizioni diverse di questo codice ovvero da leggi diverse, nondimeno, per la natura dei fatti che li costituiscono o dei motivi che li determinano, presentano, nei casi concreti, caratteri fondamentali comuni.*



cronológico, sino la persistencia de la delincuencia en la memoria del reo y de las consecuencias que provocan en él y guían su comportamiento¹¹⁵.

El último párrafo del art. 99 está dedicado a la reincidencia reiterada, en el que la condena adquiere un significado más ético y jurídico, ya que se trata de una persona que ya es reincidente. La Ley establece dos casos diferenciados para reincidencia reiterada; la genérica y la agravada, en los casos en los que se reúnan una o más circunstancias mencionadas en los párrafos anteriores de la disposición, con cambios en los límites mínimos y máximos de la pena¹¹⁶.

El primer cambio significativo en relación con el sistema del *Codice Zanardelli* aparece en el momento de la presunción. El código del siglo XIX establecía el límite en diez, a veces cinco años, que con el nuevo texto de 1930 desaparece. El razonamiento del *Codice Rocco* transforma sustancialmente la primera condena en una condena perpetua, dependiendo de que el sujeto no cumpla durante su vida un nuevo delito, dejando verse ahí la huella autoritaria del estado fascista. Ahora, por lo tanto, el factor de tiempo transcurrido entre una condena y el nuevo delito no excluye la aplicación de una agravación de la pena. El sistema de temporalidad se justifica con que la Ley tiene en cuenta toda la vida, el historial del reo, para los efectos de declarar al reincidente como habitual o profesional, que agravan la pena, por lo que es necesario observar el paso del tiempo¹¹⁷.

Se puso en relieve la afinidad entre las experiencias personales del autor. Para establecer la relación de la reincidencia, a continuación, se requirió al juez para verificar que el nuevo delito podría estar conectado directamente con el delito anterior y observar si el sujeto tenía una tendencia al mismo para poner en marcha un esfuerzo más riguroso para que no volviese a caer en el delito¹¹⁸.

¹¹⁵ Lanotte, Federica (2015). *La recivida*. P. 20. Università degli studi di Torino.

¹¹⁶ Ibidem.

¹¹⁷ Rocco, Alfredo (1929). *Relazione sul libro I del progetto definitivo di nuovo Codice Penale*. P. 149. Tipografia delle Mantellate.

¹¹⁸ Lanotte, Federica (2015). *La recivida*. P. 22. Università degli studi di Torino.

El automatismo de las consecuencias no sólo implica el agravamiento de la sanción, como en el Código Zanardelli, la reincidencia implica efectos sobre la ejecución, como se prevé en el art. 143¹¹⁹.

Artículo 143.

En cualquier institución penitenciaria, ordinaria o especial, se tendrá en cuenta en la distribución de los condenados, la reincidencia y la naturaleza del delito.

Por otro lado, según el art. 164¹²⁰, se hace imposible para los casos de reincidencia el beneficiarse del indulto o amnistía, y en última instancia, limita la suspensión condicional de la pena para los que habían sufrido una sentencia anterior de prisión por un la comisión de un delito.

Artículo 164.

La suspensión condicional de la pena es permisible sólo si, teniendo en cuenta las circunstancias del art. 133, el juez presume que el culpable se abstendrá de cometer nuevos delitos.

La suspensión no podrá concederse:

1. *A los reincidentes, a pesar de haber sido rehabilitados, o los delincuentes habituales o profesionales.*
2. *Cuando a la pena impuesta se deba agregar una medida de seguridad personal porque el delincuente es una persona que la Ley presupone socialmente peligrosa.*

¹¹⁹ Art. 143. *In ogni stabilimento penitenziario, ordinario o speciale, si tien conto, nella ripartizione dei condannati, della recidiva e dell'indole del reato.*

¹²⁰ Art. 164. *La sospensione condizionale della pena è ammessa soltanto se, avuto riguardo alle circostanze indicate nell'articolo 133, il giudice presume che il colpevole si asterrà dal commettere ulteriori reati. La sospensione condizionale della pena non può essere concessa:*

1. *a chi ha riportato una precedente condanna a pena detentiva per delitto, anche se è intervenuta la riabilitazione, né al delinquente o contravventore abituale o professionale;*
2. *allorché alla pena inflitta deve essere aggiunta una misura di sicurezza personale, perché il reo è persona che la legge presume socialmente pericolosa.*

La sospensione condizionale della pena rende inapplicabili le misure di sicurezza, tranne che si tratti della confisca .

La sospensione condizionale della pena non può essere concessa più di una volta.

Tuttavia il giudice, nell'infliggere una nuova condanna, può disporre la sospensione condizionale qualora la pena da infliggere, cumulata con quella irrogata con la precedente condanna anche per delitto, non superi i limiti stabiliti dall'articolo 163. (1) (2).



La suspensión condicional se opone a las medidas de seguridad, excepto a la de confiscación.

La suspensión condicional no puede concederse más de una vez.

Sin embargo, el juez, infligiendo una nueva condena, puede ordenar la suspensión condicional si la pena que debe imponerse, añadida a la impuesta por la condena anterior, no excede de los límites establecidos en el art. 163.1 y 2.

El carácter obligatorio y rígido del tratamiento jurídico del fenómeno es también evidente en otras figuras de reincidencia contenidas en la legislación de la época, como por ejemplo en el ámbito del contrabando de sal y el tabaco (art. 82, Ley 907/1942) y en materia la represión del fraude agrícola (art. 57, 15 de RDL de octubre de 1925, n. 2033).¹²¹

El castigo, sin duda, sigue siendo la piedra angular del mecanismo de regulación ideada por el código, sin embargo, para construir un régimen de inspiración más severo el autoritarismo invierte en más aspectos.

Resulta de especial relevancia la previsión normativa del art. Art. 100¹²², en el cual el legislador tipifica los tipos de reincidencia facultativa.

Artículo 100.

El juez, salvo que se trate de delitos de la misma naturaleza, tiene la capacidad de excluir la reincidencia entre delitos y faltas, o entre delitos dolosos o involuntarios y delitos culposos, o entre faltas.

Al examinar los límites entre los dos tipos de reincidencia, no se puede considerar que el legislador pretende castigar más severamente a los que han presentado el tipo más grave de rebelión al ordenamiento, ya que la reincidencia no es una calificación que se deriva de la gravedad del delito. Se explica que la reincidencia facultativa emerge de un

¹²¹ Lanotte, Federica (2015). *La recivida*. P. 24. Università degli studi di Torino.

¹²² Art. 100. *Il giudice, salvo che si tratti di reati della stessa indole, ha facoltà di escludere la recidiva fra delitti e contravvenzioni, ovvero fra delitti dolosi o preterintenzionali e delitti colposi, ovvero fra contravvenzioni”*

juicio de valor por parte del juez, mientras que la reincidencia obligatoria está sujeta a lo escrito en la Ley penal¹²³.

Código Rocco de 1930	Reincidencia	Reiteración
Regulación	Art. 99 Circunstancia agravante	Art. 99 Circunstancia agravante
Requisitos	Condena previa Sentencia firme Delitos del mismo Título	Condena previa Sentencia firme Delitos del mismo Título
Efectos en la pena	Agravación obligatoria excepto art. 100 Aumento hasta la mitad: Comisión de delito de la misma naturaleza Comisión de delito en cinco primeros años de la condena anterior Comisión de delito durante o después de la ejecución de la pena o durante el tiempo en el que el condenado abandona su ejecución	Agravación obligatoria excepto art. 100 Comisión de delito: Aumento de la pena a la mitad para la primera parte del art. 99 Aumento de la pena dos tercios para la segunda parte del art. 99 Dos tipos: genérica y agravada cuando concurren una o más circunstancias del art. 99

El análisis anterior crea una escuela con el objetivo de realizar una política rígida y represiva del fenómeno de la reincidencia. Los autores rechazan la cantidad de infracciones como explicación para la diferencia de trato en los casos de reincidencia, en su lugar se fijan en el reflejo de la experiencia personal del autor y en todos los aspectos relacionados con la primera condena.¹²⁴

La obligatoriedad o no de la reincidencia no va a derivar tanto de la gravedad de sus delitos como de la relevancia que aporte el vínculo mental concreto que se establece en el reo entre la primera conducta y la nueva. Por otro lado, el núcleo esencial de la reincidencia opcional es la falta de evidencia de un desprecio, por parte del infractor, contra el valor de la condena anterior, en el caso en que no se pueda encontrar una afinidad en el comportamiento que produce los diferentes delitos¹²⁵.

¹²³ Lanotte, Federica (2015). *La recivida*. P. 25. Università degli studi di Torino.

¹²⁴ Ibidem. P. 26.

¹²⁵ Latagliata (1958). *Contributo allo studio della recidiva*. P.125. Jovene.

VIII.II Reincidencia en el Franquismo

Se denomina franquismo al periodo histórico o ideología cuyo movimiento social de carácter autoritario sirvió de apoyo y sustento a la dictadura que surgió en España tras la Guerra Civil¹²⁶ comprendida entre 1936 y 1939 que como consecuencia del golpe de Estado dirigido por Emilio Mola en julio de 1936 derrocó al gobierno de la Segunda República, haciéndose prevalecer hasta la muerte del dictador de ésta, Francisco Franco, el 20 de noviembre de 1975.

El nuevo Régimen requería de cambios; nuevos proyectos en los que plasmar su ideología cuyas bases fueron el nacionalismo excluyente, el catolicismo y el anticomunismo, dando lugar a una dictadura militar autoritaria a la que denominaron “democracia orgánica”¹²⁷.

Código Penal de 1944¹²⁸

Tras los intentos en 1938 y 1939, proyectos que nunca vieron la luz, se inició una reforma global del Código Penal adaptado al nuevo escenario en el que se encontraba la nación. Este proceso comienza a través de la *Orden de 8 de febrero de 1944* por la que se vetaba la edición de leyes penales especiales salvo licencia del Ministro de Justicia. Poco más tarde, el 2 de marzo de ese mismo año, el Gobierno acordó enviar a las Cortes un *Proyecto de Ley de Bases* redactado por el Ministerio y aprobado por el Consejo de Ministros, que no suponía más que una reforma del Código de 1932. Aprobadas dichas Bases el 14 de julio de 1944, se autorizó al Gobierno para redactar el nuevo Código Penal. Posteriormente, la *Orden de 27 de julio de 1944* confió la redacción del texto a la *Comisión General de Codificación*, quedando finalmente aprobado y promulgado el

¹²⁶ La Guerra Civil Española fue un conflicto social, político y bélico, que más tarde repercutiría también en una crisis económica, que se desencadenó en España tras el fracaso parcial del golpe de Estado del 17 y 18 de julio de 1936 llevado a cabo por una parte del Ejército contra el gobierno de la Segunda República, comenzando así una guerra civil que concluiría el 1 de abril de 1939 con el último parte de guerra firmado por Francisco Franco, declarando su victoria y estableciendo una dictadura que duraría hasta su muerte en 1975. La guerra tuvo múltiples facetas, pues incluyó lucha de clases, guerra de religión, enfrentamiento de nacionalismos opuestos, lucha entre dictadura militar y democracia republicana, entre revolución y contrarrevolución, entre fascismo y comunismo

¹²⁷ La democracia orgánica es un sistema político en el que la representación popular no se ejerce a través del sufragio universal sino a través de las relaciones sociales "naturales" como la familia, el municipio o cualquier órgano de decisión delegada. Rechaza los principios liberales, el parlamentarismo y los partidos políticos.

¹²⁸ López Barja de Quiroga, Jacobo; Rodríguez Ramos, Luis y Ruiz de Gordejuela López, Lourdes (1998). *Códigos Penales españoles: 1822-1848-1850-1870-1928-1932-1944*. Akal.



nuevo Código mediante *Decreto de 23 de diciembre de 1944*, bajo el nombre de *Código Penal Texto Refundido de 1944*¹²⁹.

En cuanto a la estructura, ésta mantiene el formato del Código Penal de 1932 cuyos artículos quedan divididos en tres libros o preceptos:

- Libro I. Disposiciones generales sobre los delitos y faltas, las personas responsables y las penas.
- Libro II. Delitos y sus penas.
- Libro III. De las faltas y sus penas.

Los principios sobre los que se articulaba esta legislación eran la defensa social y la protección penal de las ideas políticas, religiosas y sociales del nuevo Régimen.

Centrando el estudio en la figura de la reincidencia, el Código Penal de 1944 suprime la cláusula de la apreciación facultativa del juez por el agravante de la misma, pasando a ser de apreciación obligatoria¹³⁰. El nuevo texto trae consigo una serie de novedades en sus líneas, entre las que destaca la vuelta de la pena de muerte, así como de la liberación de penas por otras alternativas como el trabajo en favor de la comunidad y reparar de esta manera el daño cometido. Se produce una ampliación de la pena condicional en los delitos atenuados a las penas de hasta dos años de duración. El número de agravantes aumenta hasta dieciocho y el arbitrio judicial cuando no concurren atenuantes ni agravantes, se les concede una mayor potestad de acción de los jueces¹³¹.

Con la nueva redacción, se igualan las sanciones de ambas figuras, reincidencia y reiteración, el legislador parte de la idea de la similitud entre ellas. A pesar de encontrarse unificadas bajo la misma denominación de reincidencia, los artículos 10.14 y 10.15, se trata, tan solo, de un cambio aparente, ya que esta modificación es más bien legal que real¹³².

¹²⁹ Agudo Fernández, Enrique (2005). *Principio de culpabilidad y reincidencia en el Derecho español*. P. 66. Universidad de Granada.

¹³⁰ Marín de Espinosa Ceballos, Elena Blanca (1999). *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*. P. 27. Comares.

¹³¹ Véase la Exposición de Motivos del *Código Penal, texto refundido de 1944* y Agudo Fernández, Enrique (2005). *Principio de culpabilidad y reincidencia en el Derecho español*. P. 66. Universidad de Granada.

¹³² Serrano Gómez, Alfonso (1976). *La reincidencia en el Código penal*. P. 78. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.



Enrique Agudo Fernández, Decano de los Juzgados de Ponferrada, realiza un análisis del objeto de estudio del presente trabajo, explicando aquellos puntos sobre los que la reincidencia tomar parte dentro del Texto de 1944.

En primer lugar, tanto la reiteración como la reincidencia se regulan como sendas circunstancias agravantes ordinarias en los números 14 y 15 del art. 10 respectivamente. De tal manera, en el número 15 se disponía lo siguiente:

Artículo 10. Son circunstancias agravantes:

15ª. Ser reincidente.

Hay reincidencia, cuando al delinquir el culpable estuviere condenado por otro u otros delitos comprendidos en el mismo Título de este Código.

En consecuencia, para que una acción fuese tomada como agravante de reincidencia, debían darse algunas de estas situaciones¹³³:

- Condena anterior.
- Sentencia firme.
- No necesidad de condena cumplida.
- Comisión de un nuevo delito.
- Del mismo Título.
- Inexistencia de límite temporal.

La apreciación como agravante es obligatoria e imprescriptible, la cual exige que se imponga la pena de mayor grado, según el número 2 del art. 61:

Artículo 61. En los casos en que la pena señalada por la Ley contenga tres grados, los Tribunales observarán para su aplicación, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las reglas siguientes:

2ª. Cuando concurriere sólo alguna circunstancia agravantes, la impondrán en su grado máximo.

¹³³ Agudo Fernández, Enrique (2005). *Principio de culpabilidad y reincidencia en el Derecho español*. P. 66. Universidad de Granada.

En el caso de que la circunstancia agravante se vea acompañada con una atenuante, se procede a una compensación de la pena, según lo establecido en el número 3 del art. 61. Por otra parte, si se da una o más reincidencias en un sujeto, se aplica la pena superior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito, según se disponía en el número 6 del art. 61¹³⁴:

Artículo 61.

6ª. Cualquiera que sea el número y entidad de las circunstancias agravantes, los Tribunales no podrán imponer pena mayor que la señalada por la Ley en su grado máximo, salvo en el caso de que concurra la agravante decimoquinta del artículo 10, en que se aplicará la pena superior en uno o dos grados, a partir de la segunda reincidencia, en la extensión que aquellos estimen conveniente.

Además, la reincidencia interrumpía el tiempo para la prescripción de la pena según expresa la disposición contenida en el art. 116:

Artículo 116.

Se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el reo cometiere otro delito antes de completar el tiempo de la prescripción, sin perjuicio de que ésta pueda comenzar a correr de nuevo.

La reincidencia impide por otro lado la rehabilitación del reo, siendo además posible que los antecedentes ya cancelados recobraran su vigencia a efectos de reincidencia, así pues el art. 118 narra lo siguiente¹³⁵:

Artículo 118.

Los reos no reincidentes ni reiterantes podrán obtener del Ministerio de Justicia, previo informe del Tribunal sentenciador, la cancelación de la inscripción de su condena de los Registros de antecedentes penales (...).

¹³⁴ Ibidem.

¹³⁵ Ibidem.



Si el rehabilitado cometiere un nuevo delito comprendido en el mismo Título que el que originó la inscripción cancelada, recobrará ésta su vigor para los efectos de la reincidencia.

La reiteración constituye una circunstancia agravante ordinaria, imprescriptible, y de obligada apreciación el texto refundido de 1944, plasmado en el número 14 del art. 10.

Artículo 10. *Son circunstancias agravantes:*

14ª. Ser reincidente.

Hay reiteración, cuando al delinquir el culpable hubiere sido castigado por delito a que la Ley señale igual o mayor pena, o por dos o más delitos a que aquella señale pena menor.

A diferencia del Código Penal de 1932¹³⁶, la reiteración en el Texto de 1944 es una circunstancia agravante de calificación necesaria, siendo los requisitos para su apreciación los siguientes¹³⁷:

- Condena mayor.
- Sentencia firme.
- No necesidad de condena cumplida.
- Comisión de un nuevo delito.
- Que el primer delito cometido tenga señalada igual o mayor pena, o que el reo haya sido condenado anteriormente por dos o más delitos con pena menor.
- Inexistencia de límite temporal.

El principal efecto de su apreciación es la imposición de la pena en grado máximo cuando no concurra con otras circunstancias atenuantes que permitan su compensación racional, tal y como se señala en el número 2 del art. 61, en cuyo caso desplegaría sus

¹³⁶ En el Código Penal de 1932 la reiteración viene configurada como una circunstancia agravante de apreciación facultativa para el Tribunal, y así se deduce del contenido recogido en el artículo 10, según el mismo los requisitos para que se pudiera apreciar la reiteración son:

- Condena mayor.
- Sentencia firme.
- No necesidad de condena cumplida.
- Que el primer delito tenga señalada igual o mayor pena, o que el reo haya sido condenado anteriormente por dos o más delitos con pena menor.

¹³⁷ Ibidem. P. 68.

efectos el número 3 del mismo artículo. Además, ocurre lo mismo que en el caso de la reincidencia, la reiteración interrumpe también el tiempo para la prescripción de la pena e impide la rehabilitación del reo (art. 116 y 118 respectivamente)¹³⁸.

Por último, el Texto de 1944, regula la reincidencia específica respecto de los juegos ilícitos (art. 349), posibilita el castigo como delito de las faltas de hurto o estafa (arts. 515.4 y 528.4), faculta para la imposición de una pena en grado superior para el culpable de un delito de hurto que fuere dos o más veces reincidente (art. 516.3), y también permite la imposición de una pena en grado superior para los culpables de estafa u otros engaños que fueren dos o más veces reincidentes (art. 530)¹³⁹.

Código Penal de 1944	Reincidencia	Reiteración
Regulación	Art. 10.15 Circunstancia agravante	Art. 10.15 Circunstancia agravante
Requisitos	Condena previa Sentencia firme Delitos del mismo Título No necesidad de condena cumplida	Condena previa Sentencia firme Delitos que la Ley señale igual o mayor pena, o dos o más delitos con pena menor No necesidad de condena cumplida
Efectos en la pena	Apreciación obligatoria Una agravante; pena en grado máximo Atenuantes y agravantes; compensación racional Dos o más reincidencias; pena en grado máximo	Apreciación obligatoria Si se aprecia: Una agravante; podrán poner la pena en grado máximo Atenuantes y agravantes; compensación racional Dos o más reiteraciones; pena en grado máximo

¹³⁸ Ibidem.

¹³⁹ Ibidem. Pp. 68-71.



El Derecho Penal no es sólo un medio de represión, sino también de medio de prevención y lucha contra la delincuencia. Si esta doble tarea se lleva a cabo solamente con la aplicación de un medio, con la pena, se habla de Derecho Penal monista; si por el contrario, además de imponer una pena, se aplica conjuntamente una medida de seguridad o corrección, se habla de Derecho Penal dualista¹⁴⁰.

En lo referido a las medidas de seguridad para este tipo de supuestos, la *Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social* explica los casos en los que se deben dar tales respuestas, de manera que, la pena y la medida de seguridad vienen a coexistir en las legislaciones modernas con ámbito diferente y fines diversos, aunque en último término coincidentes en la salvaguarda de la sociedad, a la que de este modo se dota de un dualismo de medios defensivos con esferas de acción distintas¹⁴¹.

Los ordenamientos contemporáneos, impulsados por la necesidad de defender a las sociedad contra determinadas conductas individuales, que sin ser, en general, estrictamente delictivas, entrañan un riesgo para la comunidad, han ido estableciendo, junto a sus normas penales propiamente dichas, dirigidas a la sanción del delito e inspiradas en el Derecho penal clásico, un sistema de normas nuevas encaminadas a la aplicación de medidas de seguridad a los sujetos socialmente peligrosos e inspiradas en las orientaciones de la rama científica que desde hace años se conoce con el nombre de “defensa social”¹⁴².

El art.4 del Capítulo I *De los estados de peligrosidad* establece que podrán ser sometidos a los preceptos de esta Ley los condenados por tres o más delitos, en quienes sea presumible la habitualidad criminal, previa expresa declaración de su peligrosidad social.

Siguiendo el texto, el Capítulo III *De la aplicación de las medidas de seguridad*, en su artículo decimotercero que a los declarados peligrosos conforme al artículo cuarto se les

¹⁴⁰ III. *Penas y medidas de seguridad: Monismo versus Dualismo*. P. 51. Universidad de Castilla-La Mancha.

¹⁴¹ Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social. Publicado en: «BOE» núm. 187, de 6 de agosto de 1970, páginas 12551 a 12557.

¹⁴² *Ibidem*.



aplicarán, para su cumplimiento simultáneo u oculto, alguna o algunas de las siguientes medidas:

- a) Internamiento en un establecimiento de custodia o de trabajo.
- b) Privación del permiso de conducción de vehículos de motor o prohibición de obtenerlo.
- c) Prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe y sumisión a la vigilancia de los delegados.

IX. Reincidencia en la actualidad

IX.I Italia

En el Derecho penal italiano, la *recidiva* no se contempla entre las circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal previstas en el Código Penal¹⁴³. Se contempla regulada en un capítulo independiente del Título IV del texto legal, en su Capítulo II dedicado a la regulación *De la reincidencia, de la habitualidad y de la profesionalidad en el delito y de la tendencia para delinquir*.

En primer lugar, cabe señalar que ésta disciplina ha sido modificada por la Ley de 5 de diciembre de 2005 nº 251, de reforma del Código Penal y de la Ley de 26 de julio de 1975, en materia de atenuantes genéricas, de reincidencia, de juicio en comparación de las circunstancias del delito para los reincidentes, de la usura y de la prescripción¹⁴⁴.

En esta última reforma, la circunstancia agravante de reincidencia ha sido objeto de importantes cambios, entre los que se encuentran¹⁴⁵:

- Para la apreciación de la reincidencia simple o básica, antes de la reforma, bastaba con haber cometido un delito después de haber sido condenado por otro cualquiera. A partir del nuevo Código Penal, el ámbito de aplicación de la reincidencia se reduce a los delitos no culposos.

¹⁴³ *Codice Penal*. Última modificación: Ley del 22 de mayo de 2015, nº68 y Ley del 27 de mayo de 2015, nº 69.

¹⁴⁴ Publicación en la *Gaceta Ufficiale* nº 285 el 7 de diciembre de 2005.

¹⁴⁵ Guisasaola Lerma, Cristina (2008). *Reincidencia y delincuencia habitual*. P. 32. Tirant lo Blanch.

- Se vuelve parcialmente el régimen ordinario del Código de 1930, a través de la reintroducción de algunos casos de obligatoriedad en la apreciación de la reincidencia.
- Se produce un endurecimiento de algunos de los efectos que modifican la pena prevista para las diversas tipologías de la recaída.

En primer lugar, señalar la nueva disciplina de las diferentes figuras de reincidencia previstas en el nuevo texto; reincidencia simple, agravada y reiterada.

El principal elemento novedoso en cuanto a la reincidencia simple introducido por la Ley de 2005 lo constituye la variación del cuántico sobre los efectos modificativos sobre la pena. La original posibilidad de aumento hasta un sexto de la pena es sustituida por un aumento de un tercio aplicable por el nuevo delito no culposo¹⁴⁶.

Artículo 99.1.

Quien, después de haber sido condenado por un delito intencional, cometiera otro, puede ser sometido a un aumento de un tercio de la pena impuesta por el nuevo delito cometido intencionalmente.

Junto a la simple, se regulan también la reincidencia agravada y reiterada, pudiéndose aumentar la pena de un tercio hasta la mitad, dependiendo de la clase de reincidencia.

La segunda tipología está prevista en el segundo párrafo del mismo artículo. Conserva básicamente la originaria regulación, siendo el único elemento novedoso la previsión de un aumento de la pena hasta la mitad (*fino alla metà*) frente al originario aumento de hasta un tercio, aumento que, en comparación con la reincidencia simple, depende de la decisión y juicio del juez¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Ibidem. P. 35.

¹⁴⁷ Ibidem.



Artículo 99.2.

La pena puede ser aumentada hasta la mitad:

1ª. Cuando el nuevo delito sea de la misma índole¹⁴⁸ del delito precedente.

2ª. Cuando el nuevo delito se haya cometido dentro de los cinco años de la condena precedente.

3ª. Cuando el nuevo delito se ha cometido durante o después de la ejecución de la pena, o bien durante el tiempo en el cual el condenado se sustrae voluntariamente a la ejecución de la pena.

Por último, la figura de la reincidencia reiterada, la cual es considerada cuando el nuevo delito no culposo es cometido por quien ya tiene la consideración de reincidente.

Artículo 99.4.

El aumento de la pena previsto para los casos de reincidencia simple es de la mitad, y de dos tercios para el caso de la reincidencia agravada.

Otro elemento introducido es la limitación de la reincidencia al ámbito de los delitos intencionales, siendo esta objeto de críticas por parte de los expertos, debidas a la ausencia de consideración en la apreciación de la reincidencia de los delitos culposos o imprudentes; además de calificar de arbitraria dicha reforma, ya que, ninguna razón suficiente autoriza a considerar irrelevante la reincidencia en las faltas y en los delitos imprudentes¹⁴⁹.

Esta va a ser la única entrada que favorece al reo, las demás novedades van a ser perjudiciales para él. Se destaca la parcial reintroducción de la obligatoriedad de los efectos agravatorios de la misma en el delito¹⁵⁰. Aparece la aplicación facultativa del juez, pues hasta el momento se limitaba la potestad facultativa a una hipótesis determinada, reincidencia entre delitos y faltas.

¹⁴⁸ Art. 101. A los efectos de la Ley, son considerados delitos de la misma índole, no sólo aquellos que violan una misma disposición legal, sino también aquellos que, pese a estar previstos en disposiciones diversas de este Código o bien en otra legislación, por la naturaleza de los hechos que la constituyen o de los motivos que la determinan, presentan, en los casos concretos, características comunes fundamentales.

¹⁴⁹ Guisasola Lerma, Cristina (2008). Reincidencia y delincuencia habitual. P. 33. Tirant lo Blanch.

¹⁵⁰ Ibidem.

Este carácter planteaba una interrogante acerca de los criterios que a los que debía atender el juez para aplicar el aumento de la pena¹⁵¹.

Tras la reforma del 1974 y hasta la actualidad, en ningún caso el aumento de la pena puede superar el cúmulo de la pena resultante de la condena precedente a la comisión del nuevo delito no culposo¹⁵².

En otro orden, nos encontramos con otros supuestos distintos de reincidencia en el Capítulo II del Título IV, *El delincuente habitual, el delincuente profesional y el delincuente por tendencia*. Los autores se refieren a que, además de ser imputables, traen consigo un factor de peligrosidad social, lo que se traduce en una respuesta en forma de pena acompañada de una medida de seguridad¹⁵³.

La habitualidad criminal se ha definido como la condición personal del individuo con cuya persistencia en la actividad criminal demuestra haber adquirido una notable capacidad delictiva¹⁵⁴.

El Código Penal italiano de 2005 admite dos especies de habitualidad:

Artículo 102. Presunción legal de habitualidad.

Es considerado delincuente habitual el individuo que haya estado condenado a reclusión superior a cinco años por tres delitos no culposos, de la misma índole, cometidos antes de los diez años, y sumase, dentro de los diez años sucesivos al último de los delitos precedentes, otra condena por un delito no culposo, de la misma naturaleza.

Artículo 103. Habitualidad declarada por el juez.

Es considerado delincuente habitual el individuo que siendo reo condenado por dos delitos no culposos, vuelva a serlo por otro delito no culposo. El juez deberá

¹⁵¹ Aleo (2004). *Il sistema penale. I. La parte generale del diritto penale. II: Altri profili normativi e istituzionali*. P. 189. La recaída en el delito demuestra una voluntad persistente en delinquir y, por ello, una mayor capacidad criminal. El reincidente puede ser más penado porque padece una notable inclinación al delito, porque su comportamiento autoriza el temor a ulteriores delitos en el futuro. Asimismo, también se afirma que el aumento de la pena tiene como razón fundamental la finalidad de prevención especial, de refuerzo de la prevención según las características del reo.

¹⁵² Guisasola Lerma, Cristina (2008). *Reincidencia y delincuencia habitual*. P. 37. Tirant lo Blanch.

¹⁵³ *Ibidem*. P. 38.

¹⁵⁴ *Ibidem*. P. 39.



apreciar la habitualidad, atenderá a la especial gravedad de los delitos, el tiempo en que cometió los delitos, la conducta y género de vida del culpable y las otras indicaciones previstas en el art. 133¹⁵⁵ que regulan el proceso de individualización judicial.

Por otro lado, los supuestos de persistencia en delito vienen contemplados en el art. 105 del Código Penal.

Artículo 105. Profesionalidad delictiva.

El sujeto que se encuentre con las condiciones requeridas para la declaración de habitualidad, vuelva a cometer un delito, se trata pues de un tipo particular de delincuente habitual, profesional, por la cual el sujeto vive habitualmente del delito, siendo ese su sistema de vida, suponiendo al reo un fuente estable de ganancias.

En última instancia, se encuentran los preceptos que aluden a la tendencia a delinquir, en el mismo texto. Ésta se presenta como una de las novedades más discutidas del Código Rocco¹⁵⁶.

Artículo 108. Tendencia a delinquir.

El sujeto que, aunque no sea reincidentes habitual o profesional comete un delito contra la vida o la integridad física, el cual rebela una especial inclinación al delito que trae causa en la índole particularmente malvada de su culpable.

Se puede tratar como una forma de peligrosidad social tipificada¹⁵⁷. Cabe advertir que esta clase de habitualidad, fundamentada en la manera de ser o en la personalidad del autor, nunca ha llegado a aplicarse, demandándose desde hace tiempo por la doctrina su desaparición del texto penal italiano¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Marín de Espinosa Ceballos, Elena (2016). La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales. P. 85. Comares.

¹⁵⁷ Ibidem.

¹⁵⁸ Guisasaola Lerma, Cristina (2008). Reincidencia y delincuencia habitual. P. 41. Tirant lo Blanch.



La declaración de habitualidad, profesionalidad o tendencia a delinquir constituye, junto a los casos convencionales de inimputabilidad, el presupuesto para la imposición de medidas de seguridad o corrección. Estas medidas son entendidas como medios de control social de la peligrosidad, manifestada en la comisión de un hecho previsto en Ley como delito.

El actualizado Código Penal distingue dos categorías de medidas de seguridad: personales y patrimoniales.

Las medidas de seguridad personales pueden subdividirse en privativas y no privativas de libertad.

Artículo 216. Asignación a una colonia agrícola o a una casa de trabajo.

2ª. Aquellos declarados delincuentes habituales, profesionales o por tendencia al delito se les asignará las medidas de seguridad privativas de libertad, que cometieran un delito no culposo que sea una manifestación de la habitualidad, profesionalidad o tendencia a delinquir.

Este tipo de respuestas tienen como objetivo la reinserción y rehabilitación del reo, sin embargo, es difícil alcanzar ese propósito, pues el ambiente, el entorno, muchas veces actúa como medio facilitador de transmitir al delincuente unos rasgos antisociales.

La duración mínima de este tipo de medidas va a ser de un año, excepto en los casos de los sujetos habituales en los que el límite pasa a ser dos años, tres años en los delincuentes profesionales y cuatro para los que estén bajo el supuesto de tendencia. En otro orden, su duración máxima, es indeterminada. Es el art.207 el que dicta la respuesta, en la que ninguna persona podrá abandonar la medida de seguridad impuesta si sigue existiendo el factor de peligrosidad social. Tras transcurrir el plazo mínimo, el juez solicita una evaluación del interno; en el caso de ser negativo, podrá revocarla, si por el contrario es positivo, puede establecer una nueva duración mínima¹⁵⁹.

La declaración de habitualidad o de profesionalidad en el delito puede ser pronunciada en cualquier momento, incluso después de la ejecución de la pena. No ocurre lo mismo en la tendencia a delinquir, la cual sólo puede ser declarada con la sentencia

¹⁵⁹ Guisasaola Lerma, Cristina (2008). Reincidencia y delincuencia habitual. P. 42. Tirant lo Blanch.



condenatoria. Los tres supuestos pueden ser extintos en cualquier momento que se observe un efecto de rehabilitación¹⁶⁰.

Finalmente cabe señalar la suspensión de la ejecución de la pena expuesta en el art. 164 del Código Penal reformado, en el que queda prohibida tal acción cuando se ha impuesto a la misma persona con carácter precedente una condena a pena detentativa por delito aunque haya sido rehabilitado, o al delincuente habitual o profesional, así como siempre que la pena impuesta la acompañe una medida de seguridad personal porque el reo es persona que la Ley considera socialmente peligrosa¹⁶¹.

IX.II España

La reincidencia en nuestra legislación nacional está regulada como circunstancia agravante, la cual puede clasificarse en función de si suponen un incremento de la gravedad objetiva del hecho, o un mayor reproche al autor, lo que nos conduce a la distinción entre objetivas y subjetivas. En el caso que nos atañe, el art. 22.8 del Código Penal¹⁶² es un claro ejemplo de una circunstancia subjetiva en la que está presente una mayor desvalorización del autor, pero referida a su vida anterior, su forma de pensar o su actitud ante el ordenamiento jurídico, sin que ese mayor reproche se refiera al hecho concreto objeto de enjuiciamiento¹⁶³.

La reincidencia es una causa de agravación que incluso antes de la Constitución de 1978 se cuestionaba su fundamento, para unos en una mayor culpabilidad, para otros en un mayor injusto del hecho, mientras que otros hablaban de un incremento de la peligrosidad criminal del sujeto¹⁶⁴.

Por ello, el Tribunal Supremo en reiterada y actual jurisprudencia establece que la política criminal satisfecha con la reincidencia es la necesidad de una mayor represión penal por razones de prevención especial, siendo esta prevención especial un principio recogido en el art. 25.2 de la CE, como prioritario del derecho penal, aunque no único

¹⁶⁰ Ibidem. Pp. 42 y 43.

¹⁶¹ Ibidem. P. 43.

¹⁶² Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Publicado en el BOE 281, de 24 de noviembre de 1995. Última modificación: 28 de abril de 2015.

¹⁶³ Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes (2015). *Derecho Penal. Parte General*. P. 521. Tirant lo Blanch.

¹⁶⁴ Orts Berenguer, Enrique y González Cussac, José Luis (2004). *Compendio de Derecho Penal. Parte General*. P. 320. Tirant lo Blanch.

conforme la doctrina del TC¹⁶⁵. El legislador opta no por castigar más por haberse cometido antes otro delito, sino, tal como declaró el TC en su sentencia de 4 de julio de 1991, por la inclinación del sujeto a cometer la misma clase de delito justificando pues, una mayor peligrosidad¹⁶⁶.

Lo cierto es que siempre ha sido una circunstancia polémica por su fundamento y por los efectos que conlleva su aplicación, llegando a ser objeto, incluso, de una cuestión de inconstitucionalidad en la sentencia que se acaba de mencionar, por la que órganos judiciales alegaban una infracción del principio de igualdad ante la ley al aplicarse penas diferentes a hechos iguales en función de condenas anteriores que en nada afectan a la gravedad del hecho enjuiciado¹⁶⁷.

El Tribunal Constitucional rechazó la inconstitucionalidad argumentando que la regulación de aquel momento mantenía la pena agravada por reincidencia dentro de los límites de la pena genérica señalada para el delito, por lo que se imponía una pena proporcionada al hecho típico, considerado en abstracto¹⁶⁸.

A la vista de las diversas modificaciones que la misma ha sufrido a través del tiempo, la primera premisa de la que parte la doctrina es que con esas sucesivas modificaciones se ha limitado cada vez más su campo de aplicación, en la línea de conceder cada vez menos relevancia al comportamiento anterior del delincuente¹⁶⁹.

Partiendo de esta premisa, esta circunstancia modificativa la encontramos en el art. 22.8ª del Código Penal con la siguiente redacción:

¹⁶⁵ Vílchez Gil, M^a Ángeles (2015). *Reincidencia y multirreincidencia: concepto y evolución legislativa. Código Penal de 1995 y su reforma por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo*. P. 2. Sepin.

¹⁶⁶ STC, Pleno, 150/1991 de 4 de julio de 1991.

¹⁶⁷ Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes (2015). *Derecho Penal. Parte General*. P. 525. Tirant lo Blanch.

¹⁶⁸ STC, Pleno, 150/1991 de 4 de julio de 1991.

¹⁶⁹ Demetrio Creso, Eduardo; de Vicente Martínez, Rosario y Matellanes Rodríguez, Nuria (2015). *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo II. Teoría del Delito*. P. 417. Iustel.



Artículo 22. Son circunstancias agravantes:

8ª. Ser reincidente.

Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza.

A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, ni los que correspondan a delitos leves.

Las condenas firmes de jueces o tribunales impuestas en otros Estados de la Unión Europea producirán los efectos de reincidencia salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiera serlo con arreglo al Derecho español.

Al igual que las demás agravantes, para que se dé la reincidencia es preciso la concurrencia de una serie de requisitos que con los años la jurisprudencia se ha encargado de delimitarlos. En la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2004, se pronunció al respecto y determinó que la aplicación de esta agravante demanda de los siguientes requisitos:

- a) Que en el momento de cometer el delito por el que es juzgado, el delincuente hubiera sido ejecutoriamente condenado; b). Que lo hubiera sido por delito comprendido en el mismo título que aquél por el que se le juzga; c) Que ambos delitos tengan, además, la misma naturaleza; d) Que los antecedentes penales no hayan sido cancelados, o que debieran serlo, en las condiciones expresadas en el artículo 136 del Código Penal; y e) además, la jurisprudencia de esta Sala ha exigido que los datos necesarios para comprobar estos requisitos consten en la sentencia en la que se aprecia la reincidencia¹⁷⁰.*

La reincidencia exige únicamente, que el delincuente haya sido ejecutoriamente condenado por una sentencia firme, siendo indiferente que dicha condena anterior haya sido o no ejecutada. Respecto de lo que haya de entenderse por “ejecutoriamente

¹⁷⁰ STS, Sala de lo Penal, 729/2004 de 8 junio de 2004.



condenado”, el art. 141 de la LECrim¹⁷¹ lo define como “*documento público y solemne en que se consigna una sentencia firme*”. Dicho artículo define la sentencia firme como aquella contra la que “*no quepa recurso alguno ordinario ni extraordinario, salvo los de revisión y rehabilitación*”¹⁷².

Aclara Arroyo de las Heras que esta condena ha de ser anterior al momento en que se comete el nuevo hecho delictivo. Así, cuando la condena sea posterior, aunque lo sea por hechos anteriores a la comisión del nuevo delito, no hay reincidencia¹⁷³.

Siguiendo con los presupuestos exigibles para la aplicación de dicha agravante, la redacción del Código nos dice que las condenas firmes de jueces o tribunales impuestas en otros Estados de la Unión Europea producirán los efectos de reincidencia. Cabe sacar a colación las remisiones que hace el Código en materia de prostitución; tráfico de drogas tóxicas, sustancias estupefacientes o psicotrópicas; falsificación de moneda; y delitos relacionados con la actividad de bandas armadas u organizaciones terroristas recogidos en los artículos 190, 375, 388 y 580 respectivamente.

Todos ellos contienen disposiciones sobre reincidencia internacional y cuya compatibilidad con el artículo 25.1 de la CE ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional ya desde la Sentencia de 16 de julio de 1987¹⁷⁴.

Artículo 25.1.

1ª. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.

En un principio, el Código Penal sólo tenía en consideración las condenas impuestas por tribunales extranjeros en relación con los artículos expuestos. No obstante, con la nueva regulación incrementa la eficacia de la reincidencia internacional al permitir su aplicación a cualesquiera delitos, aunque circunscrita, exclusivamente como acabamos

¹⁷¹ Ley de Enjuiciamiento Criminal promulgada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882. Última modificación: Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre.

¹⁷² Gómez Tomillo, Manuel y otros (2011). *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed. P. 220. Lex Nova.

¹⁷³ Gómez Tomillo, Manuel y otros (2015). *Comentarios Prácticos al Código Penal. Tomo I*, 1ª ed. P. 369. Thomson Reuters.

¹⁷⁴ Arroyo Zapatero, L, Berdugo Gómez De La Torre, I., y otros (2007). *Comentarios al Código Penal*. P. 145. Iustel.

de ver, a las condenas firmes de jueces o tribunales provenientes de un Estado miembro de la Unión Europea¹⁷⁵.

En cuanto al requisito temporal, no plantea problemas, salvo en el supuesto en que el segundo delito sea de carácter permanente o continuado y, durante su ejecución, recaiga la sentencia condenatoria cuyos antecedentes penales determinarían la aplicación de la agravante de reincidencia. En estos casos la jurisprudencia del Tribunal Supremo opta por estimar la debida aplicación de la reincidencia¹⁷⁶.

No hay que olvidar que en el artículo 9 del Código dispone que *“las disposiciones de este Título se aplicarán a los delitos que se hallen penados por leyes especiales. Las restantes disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en lo no previsto expresamente por aquéllas”*. Por ello, también será aplicable este requisito cuando la anterior condena y la nueva lo sean por delitos tipificados no en el Código Penal sino en Leyes especiales.

Un requisito imprescindible para apreciar la reincidencia es que el sujeto haya sido previamente condenado por un delito comprendido en el mismo Título, siempre que sea de la misma naturaleza. Este último elemento fue una novedad introducida por el Código Penal de 1995¹⁷⁷, a través de la cual se exige una homogeneidad delictiva, descartándose la reincidencia genérica¹⁷⁸.

Este nuevo requisito exigido en el vigente Código Penal e inexistente en los anteriores, de que ambos sean de la misma naturaleza, implica que si los delitos son de distinta naturaleza, aun estando en el mismo Título, no se podrá apreciar la agravante. Se exige pues por parte del legislador una identidad de carácter material¹⁷⁹.

Dicha expresión es algo imprecisa, para ello la disposición transitoria 7ª del Código Penal puede facilitar su comprensión y aclarar al establecer que *“a efectos de la*

¹⁷⁵ Gómez Tomillo, Manuel y otros (2015). *Comentarios Prácticos al Código Penal. Tomo I*, 1ª ed. P. 372. Thomson Reuters.

¹⁷⁶ STS, Sala de lo Penal, 860/1995, de 6 julio de 1995.

¹⁷⁷ Pérez Alonso, Esteban Juan.; Marín De Espinosa Ceballos, Elena y Ramos Tapia, Mª Inmaculada (2010). *Fundamentos de Derecho Penal Parte General*. P. 456. Tirant lo Blanch.

¹⁷⁸ Orts Berenguer, Enrique y González Cussac, José Luis (2004). *Compendio de Derecho Penal. Parte General*. P. 321. Tirant lo Blanch.

¹⁷⁹ Demetrio Crespo, Eduardo; de Vicente Martínez, Rosario y Matellanes Rodríguez, Nuria (2015). *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo II. Teoría del Delito*. P. 417-418. Iustel.

apreciación de la agravante de reincidencia, se entenderán comprendidos en el mismo Título de este Código, aquellos delitos previstos en el Cuerpo legal que se deroga y que tengan análoga denominación y ataquen del mismo modo a idéntico bien jurídico”.

Por tanto, la jurisprudencia considera que tal requisito se cumple cuando concurre una doble identidad: de bien jurídico protegido y del modo de ataque concreto que ha sufrido aquél¹⁸⁰.

Con esta fórmula, el Tribunal Supremo ha descartado, la posibilidad de reincidencia entre los delitos de robo y de estafa; alzamiento de bienes y apropiación indebida; hurto y estafa; robo con violencia y robo de uso¹⁸¹. Por el contrario se ha considerado de la misma naturaleza el robo con violencia y robo con fuerza; subtipos agravados respecto del tipo ordinario; robo con fuerza o hurto, respecto de robo y hurto de uso.

A su vez se plantea la cuestión acerca si existe o no igualdad de naturaleza entre un delito doloso y su equivalente culposo. Aunque ambos se encuentren bajo el mismo Título lo que los distingue es la culpabilidad, esto es, uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta el sistema del Derecho Penal. En consecuencia, la naturaleza de un delito doloso nunca puede ser igual a la de un delito culposo, por lo que, la coexistencia de ambos no determinaría la aplicación de la agravante de reincidencia.¹⁸²

Por último, es preciso que los antecedentes penales no hayan sido cancelados ni debieran serlo según lo dispuesto en el art. 136 del Código. En estos casos, la jurisprudencia atribuye la carga de la prueba a la acusación y en caso de duda el cómputo ha de favorecer al acusado¹⁸³. De añadidura, la jurisprudencia viene exigiendo unos requisitos formales que van a consistir en una serie de datos que han de constar en la sentencia en la que se aprecia la reincidencia a fin de comprobar que se cumplen los requisitos para su aplicación.

¹⁸⁰ Gómez Tomillo, Manuel y otros (2011). *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed. P. 220. Lex Nova.

¹⁸¹ Demetrio Crespo, Eduardo; de Vicente Martínez, Rosario y Matellanes Rodríguez, Nuria (2015). *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo II. Teoría del Delito*. P. 418. Iustel.

¹⁸² Gómez Tomillo, Manuel y otros (2015). *Comentarios Prácticos al Código Penal. Tomo I.* P. 370. Thomson Reuters.

¹⁸³ Orts Berenguer, Enrique y González Cussac, José Luis (2004). *Compendio de Derecho Penal. Parte General*. P. 321. Tirant lo Blanch.

Estos datos son los siguientes conforme a la sentencia 92/2005 del Tribunal Supremo: *“En primer lugar, la fecha de la sentencia condenatoria; en segundo lugar, el delito por el que se dictó la condena; en tercer lugar, la pena o penas impuestas, y en cuarto lugar, la fecha en la que el penado las dejó efectivamente extinguidas. Este último dato solamente será innecesario en aquellos casos en los que el plazo de cancelación no haya podido transcurrir entre la fecha de la sentencia condenatoria y la fecha de ejecución del hecho por el que se realiza el enjuiciamiento actual”*¹⁸⁴. De no constar estos datos, su ausencia no puede ser interpretada en contra del reo, por lo que habrá de entenderse que la fecha de inicio del plazo de rehabilitación del art. 136 del Código Penal es el de firmeza de la sentencia anterior¹⁸⁵.

En lo que respecta a los efectos de la reincidencia, son los genéricos de cualquier agravante, salvo en la reincidencia cualificada. Ésta fue introducida por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, incrementando, pues, los efectos de la ya problemática agravante de reincidencia, encontrada en el art. 66.1.5 del texto penal:

Artículo 66.1.

En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas:

5ª. Cuando concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable 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, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido.

A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.

¹⁸⁴ STS, Sala de lo Penal, 92/2005, de 31 de enero de 2005.

¹⁸⁵ Vélchez Gil, M^a Ángeles (2015). *Reincidencia y multirreincidencia: concepto y evolución legislativa. Código Penal de 1995 y su reforma por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo*. P. 7. Sepin.

Con esta regulación dejan de cumplirse los criterios indicados por la citada Sentencia del TC 150/1991, de 4 de julio, para admitir la constitucionalidad de la agravación por reincidencia, puesto que, en la norma vigente, la multirreincidencia puede llevar a una pena superior a la prevista como pena proporcionada al hecho típico en el marco penal correspondiente. De ahí que resulte posible un nuevo cuestionamiento de su constitucionalidad¹⁸⁶.

Esto viene a significar que el ordenamiento jurídico responde ante la reincidencia de dos formas: mediante el agravamiento de la pena y la exclusión de los mecanismos destinados a la reinserción social del sujeto; y ello consecuencia de los efectos que produce la reincidencia:

- Impide la suspensión condicional de la condena.
- Determina la revocación de la libertad condicional.
- Excluye la posibilidad del indulto.
- Es una de las circunstancias a tener en cuenta para dictar la prisión preventiva¹⁸⁷.

Una de las novedades más sobresalientes de la reforma del Código Penal de 2015 es la supresión de las Faltas, si bien tal supresión no ha supuesto la completa despenalización de todas las conductas tipificadas en el histórico Libro III del Código Penal, pues algunas de éstas han quedado tipificadas dentro de la nueva categoría de Delitos Leves¹⁸⁸. El legislador excluye de la aplicación de la reincidencia a los delitos leves como ya hiciera tradicionalmente con las faltas. Por tanto, éstos generarán antecedentes penales pero no se computarán a efectos de reincidencia que opera tan solo en los casos de delitos graves y menos graves.

¹⁸⁶ Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes (2015). *Derecho Penal. Parte General*. P. 525-526. Tirant lo Blanch.

¹⁸⁷ Vílchez Gil, M^a Ángeles (2015). *Reincidencia y multirreincidencia: concepto y evolución legislativa. Código Penal de 1995 y su reforma por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo*. P. 7-8. Sepin.

¹⁸⁸ Gómez Tomillo, Manuel y otros (2015). *Comentarios Prácticos al Código Penal. Tomo I*, 1^a ed. P. 372. Thomson Reuters.



X. Conclusiones

La reincidencia es un problema que viene preocupando no sólo a penalistas, en cuanto a tratar de justificar la agravante en base a diversos criterios; sino a criminólogos, con referencia a la motivación del sujeto en recaer en la comisión de un acto típico; al sistema penitenciario, por los problemas que el tratamiento conlleva; a la administración de justicia, en cuanto al notable incremento de la reincidencia; a los partidos políticos, por el problema social que plantea; y por último, a la misma sociedad, por el miedo que provoca en ella el sujeto que una y otra vez vuelve a recaer en el delito.

Muchas doctrinas la han tratado como un hecho que podía darse de diferentes formas, en función de unos requisitos, teniendo como consecuencia cada figura, una regulación propia. De esta manera, se puede distar entre reincidencia y reiteración, de manera que en la primera el autor comete el segundo o los sucesivos delitos, habiendo sido ya condenado por uno o varios hechos anteriores, mientras que, en la reiteración o habitualidad, el delincuente presenta una inclinación al delito, es una costumbre adquirida por la repetición de actos delictivos.

La diferencia entre tratamiento legal de la reincidencia y la reiteración se fundamenta en que el reincidente revela que no ha ejercido efecto sobre el la misión reeducadora que constituye el fin de la pena.

A lo largo del texto se ha podido observar que desde los inicios del Derecho Penal en las civilizaciones, ya se abordaba la reincidencia. La codificación de la reincidencia ha estado presente desde que apareció legislación penal del hombre, ya que, retomando la cita de Hobbes *“El hombre es un lobo para el hombre”*, se señala que el mismo hombre es quien provoca su mal, su daño, siendo su peor enemigo, y exteriorizándolo a través de diferentes conductas, como es la reincidencia. A pesar de haber sido una forma típica innata en los textos legales, nunca se le ha prestado demasiada atención. Situada como una circunstancia agravante, la cual conllevaba consigo una respuesta punitiva más rígida, ha ido evolucionando a lo largo de la historia.

En épocas pasadas, la pena impuesta a aquellos condenados por reincidencia se convertían en sujetos pasivos de torturas corporales e incluso la pena de muerte; medidas totalmente desproporcionadas. No se tenían en cuenta las circunstancias del



delito y del reo, tan sólo se observaba una repetición del acto delictivo por parte de la persona. Este pensamiento fue adecuándose a las comunidades y al momento, traduciéndose en una rebaja de la crueldad de las penas. No es hasta la llegada de la Ilustración y la Escuela Positivista cuando se comienza a prestar más atención al delincuente que al delito.

En este ambiente se establece un nuevo Derecho Penal más liberal y garantista, que, a pesar de tener buenas intenciones, resulta insuficiente y no consigue subsanar las necesidades de la población, apareciendo como consecuencia los Estados totalitarios como respuesta a este déficit social y jurídico.

Estos regímenes se imponen en el continente europeo a principios del siglo XX, transmitiendo e imponiendo unos valores e ideologías propios que bañaron todos los ámbitos de la nación, incluidas las leyes. De carácter autoritario, los delitos y las penas son tratados con mayor rigidez que los códigos penales predecesores; el *Codice Rocco* en el caso italiano, y el Código Penal de 1944 en el caso español.

El análisis de los diferentes textos permite observar una serie de similitudes y variaciones entre el fascismo y el franquismo. A pesar de ser un anteproyecto de Ley, el anteproyecto falangista de 1938, formulado por la Delegación Nacional de Justicia y Derecho de Falange Española Tradicionalista y de las J.O.N.S., tiene una clara influencia totalitaria. Presenta una serie de características compartidas por el *Codice Rocco* de 1930 en cuanto a la ideología; el culto al líder como figura principal del Régimen y pensamiento rígido en cuanto a la Patria, la raza y el honor; características observables nuevamente en la codificación de 1944 durante el franquismo.

En este escenario ideológico se redactan los Códigos Penales de estos países europeos. La reincidencia no deja de verse como circunstancia agravante en ninguno de ellos, así como sus diferentes formas, separando de reincidencia de reiteración con un tratamiento diferente.

En el Código Penal italiano de 1930 se deja ver que ambas formas de reincidencia necesitan de una condena previa y una sentencia firme para su tratamiento. Además, se prevé la agravante en los casos en los entre delitos del mismo Título. Por su parte, el Código franquista también requiere para su apreciación la existencia de una condena



previa y sentencia firme. En lo relativo a la homogeneidad de delitos, en el caso de la reincidencia sí se da entre infracciones de la misma naturaleza, mientras que en la reiteración, la Ley señala que debe darse entre delitos de igual o mayor pena, o dos o más delitos con pena menor. Una diferencia entre las dos dictaduras es que en el caso español no es necesaria una condena cumplida.

Codice Rocco y Código Penal de 1944 coinciden la condición de agravante obligatoria, con la única excepción, en la legislación italiana prevista en el art. 100 de la misma, cuando “*El juez, salvo que se trate de delitos de la misma naturaleza, tiene la capacidad de excluir la reincidencia entre delitos y faltas, o entre delitos dolosos o involuntarios y delitos culposos, o entre faltas*”.

En el momento de establecer las penas es cuando más difieren. Para la reincidencia en Italia, la pena es aumentada hasta la mitad en los casos de comisión de un delito de la misma naturaleza, en los cinco primeros años desde la condena anterior y los cometidos durante o después de la ejecución de la pena o durante el tiempo en el que el condenado abandona su ejecución. En contraposición, la misma forma en España tiene las sanciones tipificadas de manera que en el caso de que haya una agravante, o dos o más reincidencia, se impone la pena en grado máximo.

En cuanto a la reiteración, el sistema de penas durante el fascismo está regulado con un aumento de la pena hasta la mitad en los casos en los que el nuevo delito es de la misma naturaleza, si se cometió en los cinco años desde la condena anterior y cuando el nuevo delito se comete durante o después de la ejecución de la pena o durante el tiempo en el cual el condenado abandona voluntariamente a la ejecución de la condena. La reiteración en la legislación española está sancionada, cuando se aprecia una agravante o dos o más reiteraciones, con la pena en grado máximo.

Señalar que el sistema de agravantes y atenuantes en España está a la disposición del juez, buscando siempre una compensación racional, muy similar a Italia. El poder judicial cuenta con un abanico de posibilidades, al tener en cuenta más factores, las circunstancias de cada caso concreto en este tema favorece a establecer una pena u otra.

De manera general, estos códigos muestran con carácter general, un sistema más severo, sin embargo, también tienen un interés por nuevas formas de delitos y de su tratamiento, prestan atención a una figura que estaba descuidada, la prevención. Esta novedad afecta



directamente a la reincidencia. Como se ha señalado anteriormente, la agravante era vista desde una perspectiva objetiva del delito, no subjetiva. En los textos presentes en las dictaduras resulta cuanto menos curiosa esta preocupación por el reo y sus circunstancias, tanto personales como del hecho típico en sí mismo.

Como se puede observar, el Derecho Penal no busca tanto el castigo y el sufrimiento del reo como antaño, esa forma indiscriminada de tratar al reincidente por su condición de volver a recaer en la ilegalidad; ahora muestra un interés mayor en la cualidad más que en la cantidad, de manera que pueda ser considerado, dentro de la tipificación de la reincidencia, reincidente habitual, profesional o muestres señales de tendencia al delito. En función de las circunstancias que rodean al hecho, y no del hecho por sí solo, se llevarán a cabo unas medidas u otras, unas sanciones u otras.

Con la llegada del Estado moderno y la codificación se ha ido poco a poco trabajando el sistema de penas. Desde los conocimientos del Derecho Penal y más recientemente, de la Criminología, se pone de manifiesto que un endurecimiento de las respuestas penales no favorece a disminuir, ya que su erradicación es una idea inconcebible, la comisión de nuevos delitos por parte de los que ya son considerados delincuentes.

Hay que orientar los estudios hacia la prevención de los nuevos hechos típicos, analizar cuáles han sido las motivaciones que lo han llevado a ello y de qué manera se puede evitar en el futuro. Medidas descompensadas o excesivamente estrictas pueden provocar en el individuo un sentimiento contrario al sistema de justicia. Una mala medida puede desencadenar, además de una vaga rehabilitación, la estigmatización que sufren los reos por su condición, lo que favorece a la reeducación y reinserción en la sociedad. Es por ello que la labor de criminólogos y psicólogos debe ser analizar las facultades psicológicas e historial de los condenados por reincidencia, para seleccionar aquellas medidas concretas y personalizadas para cada uno de ellos, con el fin de obtener los mejores resultados y evitar, en un futuro, que vuelvan a sentarse en el banquillo.



XI. Fuentes

Codice penale. Última modificación: Ley del 22 de mayo de 2015, nº68 y Ley del 27 de mayo de 2015, nº 69.

Codice penale per il Regno d'Italia. Roma,1889.

Codice Penale. Testo coordinato ed aggiornato del Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398.

Código Penal de España. Madrid, 1848. *Códigos penales españoles, recopilación y concordancias*. Pp.188-318. Akal.

Código Penal español, decretado por las Cortes en 8 de junio, sancionado por el Rey, y mandado promulgar en 9 de julio de 1822. *Códigos penales españoles, recopilación y concordancias*. Pp. 9-185. Akal.

Código Penal reformado. Mandado publicar provisionalmente en virtud de autorización concedida al Gobierno por la Ley de 17 de junio de 1870. *Códigos penales españoles, recopilación y concordancias*. Pp. 486-662. Akal.

Decreto de 23 de diciembre de 1944 promulgando el Código Penal de 1944. Texto ordenado conforme a los preceptos y orientaciones de la Ley de Bases de 19 de Julio de 1944. *Códigos penales españoles, recopilación y concordancias*. Pp. 1166-1354. Akal.

Anteproyecto de Código Penal. Delegación Nacional de Justicia y Derecho de Falange Española Tradicionalista y de las J.O.N.S. (1938). Salamanca.

España. Real Decreto-Ley de 8 de septiembre de 1928, por el que se publica el Código Penal. López, J; Rodríguez, L; Ruiz de Gordejuela, L; *Códigos penales españoles, recopilación y concordancias*. Pp. 663-966. Akal.

Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social. Publicado en: BOE núm. 187, de 6 de agosto de 1970, páginas 12551 a 12557.

Ley de 27 de octubre de 1932 promulgando el Código penal de 1870 reformado con arreglo a la Ley de Bases de 8 de septiembre de 1932. *Códigos penales españoles, recopilación y concordancias*. Pp. 967-1165. Akal.



Ley de Enjuiciamiento Criminal promulgada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882. Última modificación: Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Publicado en el BOE 281, de 24 de noviembre de 1995. Última modificación: 28 de abril de 2015.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno, 150/1991, de 4 de julio de 1991 (Base de datos Aranzadi, RTC 1991\150). Ponente: Don Luis López Guerra.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 860/1995, de 6 julio de 1995 (Base de datos Aranzadi, RJ 1995\5387). Ponente: Excmo. Sr. Joaquín Delgado García.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 729/2004, de 8 junio de 2004 (Base de datos Aranzadi, RJ 2005\2291). Ponente: Excmo. Sr. Andrés Martínez Arrieta.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 92/2005, de 31 de enero de 2005 (Base de datos Aranzadi, RJ 2005\4372). Ponente: Excmo. Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca.

STC, Pleno, 150/1991 de 4 de julio de 1991.

STC, Pleno, 150/1991 de 4 de julio de 1991.

STS, Sala de lo Penal, 860/1995, de 6 julio de 1995.

XII. Bibliografía

Agudo Fernández, E. (2005). Principio de culpabilidad y reincidencia en el Derecho español. Granada, Granada, España: Universidad de Granada.

Aleo. (2004). *Il sistema penale. I. La parte generale del diritto penale. II: Altri profili normativi e istituzionali.* Milano.

Alexander, F., & Staub, H. (1935). *El delincuente y sus jueces desde el punto de vista psicoanalítico.* Madrid: Tela.



- Arendt, H. (1951). *The origins of the totalitarianism*. Nueva York: Harcourt Brace Jovanovich.
- Arendt, H. (1996). *Los orígenes del totalitarismo*. Alianza.
- Arroyo Zapatero, & Berdugo Gómez de la Torre. (2007). *Comentarios al Código Penal*. Madrid: Iustel.
- Asúa Batarrita, A. (1976). *La reincidencia*. Madrid: Civitas.
- Asúa Batarrita, A. (1982). *La reincidencia. Su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los códigos españoles del siglo XIX*. Bilbao.
- Bastida Freijedo, F. J. (1999). *Derecho Constitucional: Cuestionario comentado*. Ariel.
- Beccaria, C. (1995). *De los delitos y las penas*. Madrid: Alianza.
- Beccaria, C. (2000). *De los delitos y de las penas*. Fondo de Cultura Económica.
- Blanquer Molina, A. (26 de 05 de 2015). *Crimipedia*. Recuperado el 02 de 06 de 2016, de <http://crimina.es/crimipedia/topics/positivismo-criminologico/>
- Bodelón González, E., & Zino Torraza, J. (30 de 10 de 1999). *Historia del Pensamiento Criminológico*. Recuperado el 15 de 04 de 2016, de <http://www.ub.edu/penal/historia/positivismo.html>
- Casabo Ruiz, J. R. (1978). Anteproyecto de Código Penal de 1938 de F.E.T. y de las J.O.N.S. Murcia, Murcia, España: Universidad de Murcia.
- Castillo González, R. (1962). *La seguridad jurídica y la esencia del Derecho*. Chile: Universidad de Chile.
- Corralex. (04 de 03 de 2006). *Derecho Procesal: César Beccaróa*. Recuperado el 23 de 05 de 2016, de <http://correalex.blogdiario.com/1141497900/c-sar-beccaria/>
- Cury Urzúa, E. (2005). *Derecho Penal: Parte General*. Chile: Universidad Católica de Chile.
- de Covarrubias Orozco, S. (1611). *Tesoro de la lengua castellana o española*. Madrid: Luis Sánchez Impresor.



Delegación Nacional de Justicia y Derecho de Falange Española Tradicionalista y de las J.O.N.S. (1938). *Anteproyecto de Código Penal*. Salamanca.

Demetrio Crespo, E., de Vicente Martínez, R., & Matellanes Rodríguez, N. (2015). *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo II. Teoría del Delito*. Madrid: Iustel.

Dorado Montero, P. (1905). *Los Peritos Médicos y La Justicia Criminal*. Madrid: Hijos de Reus.

Enciclopedia Jurídica. (s.f.). Recuperado el 04 de 03 de 2016, de <http://www.enciclopedia-juridica.biz14.com/d/derecho-objetivo-y-derecho-subjetivo/derecho-objetivo-y-derecho-subjetivo.htm>

Enciclopedia jurídica. (2014). Recuperado el 11 de 06 de 2016, de <http://www.enciclopedia-juridica.biz14.com/d/reincidentes-y-habituales/reincidentes-y-habituales.htm>

Fernández Suárez, J. A., & Martínez Roldán, L. (2015). *Curso de Teoría del Derecho*. Ariel.

Ferri, E. (2006). *Sociología Criminal*. Analecta.

filosofia.org. (s.f.). Recuperado el 01 de 04 de 2016, de <http://www.filosofia.org/aut/svc/1922p101.htm>

García Larralde, H. (30 de 10 de 2007). *¿Qué es el fascismo?* Recuperado el 12 de 03 de 2016, de El Instituto Independiente: <http://independent.typepad.com/elindependent/2007/10/qu-es-el-fascis.html>

García Márquez, E. (s.f.). *El Derecho como orden normativo*. Recuperado el 04 de 03 de 2016, de Justitia.com: <http://www.justitia.com.br/revistas/9a8c6y.pdf>

García-Pablos de Molina, A. (2008). *Tratado de Criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Garrido Genovés, V., Stangeland, P., & Redondo, S. (2006). *Principios de Criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch.



- Gentile, E. (2002). *Fascismo, Storia e interpretazione*. Roma: Laterza.
- Gómez Tomillo, M. (2011). *Comentarios al Código Penal*. Valladolid: Lex Nova.
- Gómez Tomillo, M. (2015). *Comentarios Prácticos al Código Penal. Tomo I*. Pamplona: Thomson Reuters.
- Guisasola Lerma, C. (2008). *Reincidencia y delincuencia habitual*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Hermet, G. (1991). *Totalitarismos*. Fondo de Cultura Económica.
- Hobbes, T. (2016). *De Cive*. Alianza.
- Infoderechopenal.es*. (02 de 12 de 2011). Recuperado el 15 de 03 de 2016, de <http://www.infoderechopenal.es/2011/12/positivismo-criminologico.html>
- Jiménez de Asúa, L. (s.f.). *Libertad y Derecho Penal*. Buenos Aires: El Criminalista.
- L'altro diritto*. (s.f.). Recuperado el 14 de 05 de 2016, de <http://www.altrodiritto.unifi.it/ricerche/law-ways/musio/cap1.htm>
- Lanotte, F. (2015). *La recivida*. Turín, Italia: Università degli studi di Torino.
- Latagliata. (1958). *Contributo allo studio della recidiva*. Napoli: Jovene.
- Linz, J. J. (2010). *Obras escogidas III: Sistemas totalitarios y regímenes autoritarios*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Lombroso, C. (1902). *El delito. Sus causas y remedios*. Madrid: Victoriano Suárez.
- Lombroso, C. (2005). *El Atlas criminal de Lombroso*. Maxtor.
- López Barja de Quiroga, J., Rodríguez Ramos, L., & Ruiz de Gordejuela López, L. (1998). *Códigos Penales españoles*. Madrid: Akal.
- Marchetti, P. (2009). *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*. Milán: Giuffrè Editore.
- Marín de Espinosa Ceballos, E. B. (1999). *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*. Granada: Comares.



- Marín de Espinosa, E. (2016). *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político-criminales*. Comares.
- Martínez de Zamora, A. (1971). *La reincidencia*. Murcia: Universidad de Murcia.
- Martínez de Zamora, A. (s.f.). *La Reincidencia*. Murcia: Universidad de Murcia.
- Maslow, A. (2013). *A Theory of Human Motivation*. Merchant Books.
- Mir Puig, S. (2004). *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Reppertor.
- Morillas Cueva, L. (1978). *Derecho y Economía en la Sociedad Española actual*. Granada: Universidad de Granada.
- Muñoz Conde, F., & Mercedes, G. (2015). *Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Mussolini, B. (1932). *Doctrina del fascismo*. Roma, Italia: Kamerad.
- Navone, K. (s.f.). *Positivismo Criminológico*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.
- Orts Berenguer, E., & González Cussac, J. L. (2004). *Compendio de Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- (s.f.). *Penas y medidas de seguridad: Monismo versus Dualismo*. Universidad de Castilla-La Mancha.
- Pérez Alonso, E. J., Marín de Espinosa Ceballos, E., & Ramos Tapia, M. I. (2010). *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Quisbert, E. (2008). *Historia del Derecho Penal a través de las Escuelas Penales y sus representantes*. Centro de Estudios de Derecho.
- Quisbert, E. (09 de 2009). *Apuntes jurídicos*. Recuperado el 24 de 05 de 2016, de <http://jorgemachicado.blogspot.com.es/2009/09/delosdelitos.html>
- Recursoitic.educacion.es*. (s.f.). Recuperado el 12 de 03 de 2016, de http://recursostic.educacion.es/secundaria/edad/4esoetica/quincena1/quincena1_contenidos_1.htm



Revelles Carrasco, M. (02 de 12 de 2011). *Infoderechopenal.es*. Recuperado el 03 de 06 de 2016, de <http://www.infoderechopenal.es/2011/12/positivismo-criminologico.html>

Rocco, A. (1910). Il problema del metodo della scienza del diritto penale., *Rivista di diritto e procedura penale*, 521.

Rocco, A. (1929). *Relazione sul libro I del progetto definitivo di nuovo codice penale*. Roma: Tipografia delle Mantellate.

Rodero Antón, E. (s.f.). *Concepto y técnicas de la propaganda y su aplicación al nazismo*. Salamanca: Universidad Pontificia de Salamanca.

Rodríguez Lozano, L. G. (2008). *Reflexiones sobre Cesare Beccaria y el Derecho Penal*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Rodríguez Mourullo, G. (1972). *Comentarios al Código Penal. Tomo I*. Barcelona.

Sanz Morán, Á. J. (2003). *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*. Valladolid.

Schapiro, L. (1981). *El totalitarismo*. Fondo de Cultura Económica.

Serrano Gómez, A. (1976). *La reincidencia en el Código penal*. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

Vassalli. (1928). *Lavori preparatori del codice penale e di procedura penale*. Milán: Giuffrè.

Vassalli, G. (1960). *Codice penale*. Milano: Giuffrè.

Vílchez Gil, M. Á. (2015). Reincidencia y multirreincidencia: concepto y evolución legislativa. Código Penal de 1995 y su reforma por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo". Sepin.