

Revista

Enero 2014

33

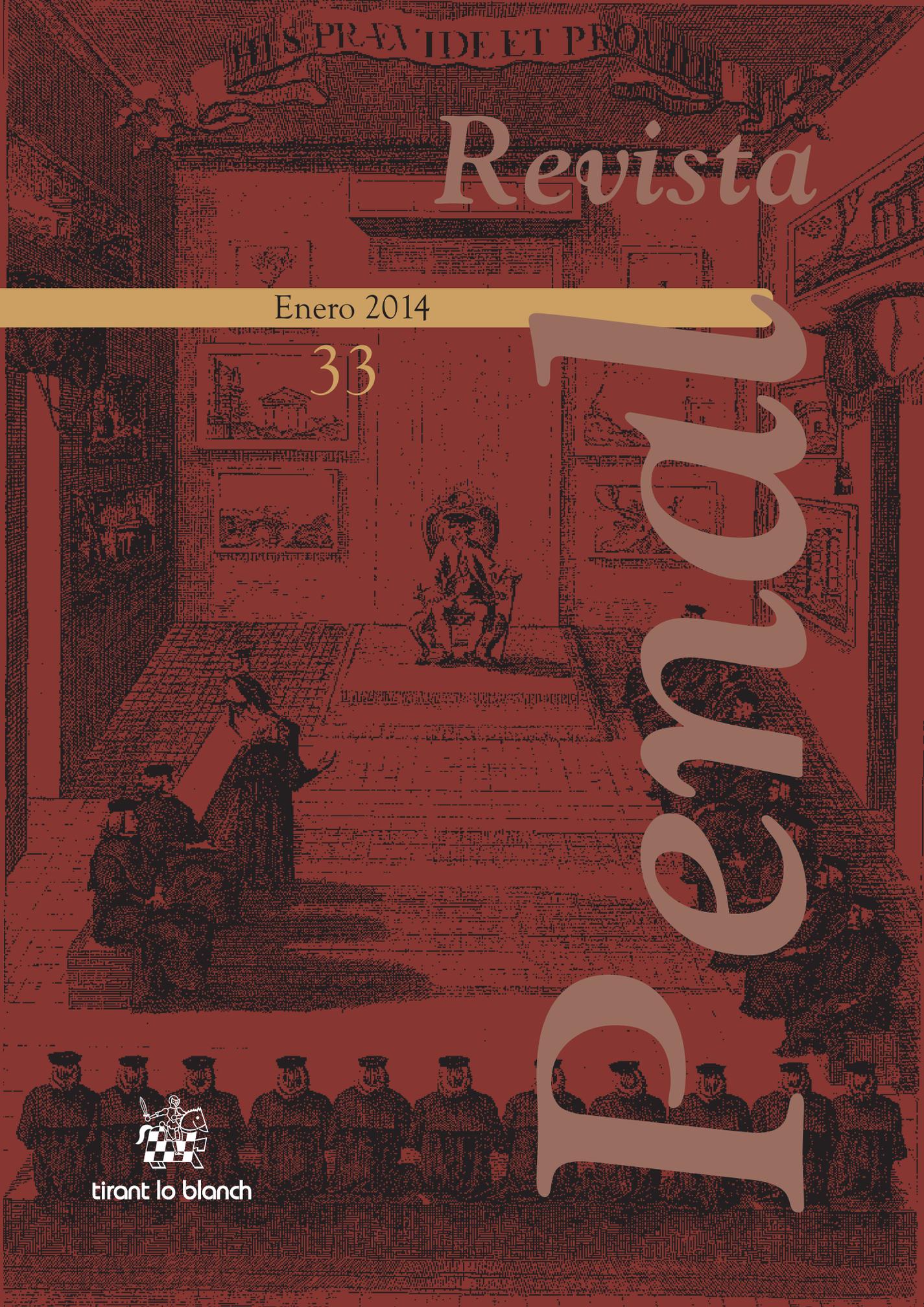
Revista Penal

Enero 2014

Penal



tirant lo blanch



Revista Penal

Número 33

Sumario

Doctrina:

– La agravante de reincidencia en el Código penal español. Consideraciones de política criminal, por <i>Viviana Caruso Fontán</i>	3
– Armonización europea y previsión de responsabilidad de las personas jurídicas en el Código penal español, por <i>Norberto J. de la Mata Barranco</i>	32
– Los desafíos de la política criminal frente a las generaciones futuras y al principio de precaución: el caso de los OGM, por <i>Donato Castronuovo</i>	66
– Recurso de apelación penal y debido proceso, por <i>María Luisa Escalada López</i>	80
– El bien jurídico protegido en los delitos tributarios, por <i>Juan Carlos Ferré Olivé</i>	91
– Sobre la accesividad de la participación en los casos de tendencia interna trascendente, por <i>Andreas Hoyer</i>	108
– Dogmática jurídico-penal y Política criminal: Una relación conflictiva, pero necesaria, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	117
– La situación actual de la justicia penal en Italia, por <i>Enzo Musco</i>	130
– Retos político-criminales ante la delincuencia transnacional financiera, por <i>Ana Isabel Pérez Cepeda</i>	137
– Neoliberalismo y política criminal contemporánea, por <i>Fábio da Silva Bozza</i>	159
– La suspensión de la pena en el proyecto de reforma del Código Penal. Un giro hacia el Derecho penal de autor, por <i>Margarita Roig Torres</i>	170
– Algunos planteamientos y reflexiones prácticas en relación al efecto directo de las Directivas Comunitarias en Medio Ambiente y la posibilidad de aplicar las mismas con el objeto de completar normas penales en blanco, por <i>Antonio Vercher Noguera</i>	208
Especial: Algunas notas sobre Filippo Grispigni y el Derecho penal fascista, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	218
Sistemas penales comparados: Derecho penal médico (Criminal Law & Medicine).....	230
Bibliografía Notas bibliográficas por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	281
In Memoriam	
– Joachim Vogel in Memoriam, por <i>Adán Nieto Martín y Luigi Foffani</i>	289
– Ruperto Núñez Barbero in Memoriam, por <i>Miguel Ángel Núñez Paz</i>	291
Crónica: Informe sobre el Congreso de Ciencias Criminales realizado el 5 de julio de 2013 en la ciudad de Göttingen (Alemania) “Imputación de comportamientos macrocriminales - aspectos empíricos y teóricos desde una perspectiva comparada”, por <i>Stefanie Bock</i>	293
Informe final del Grupo de Trabajo sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas.....	297



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferreolive@gmail.com

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Enzo Musco. Univ. Roma
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
George P.Fletcher. Univ. Columbia	Claus Roxin. Univ. München
Luigi Foffani. Univ. Módena	José Ramón Serrano Piedecosas. Univ. Castilla-La Mancha
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Luis González Cussac-Univ. Valencia	John Vervaele. Univ. Utrecht
Winfried Hassemmer. Univ. Frankfurt	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Carmen Gómez Rivero y Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Carlos Muñoz Pope (Panamá)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Frederico de Lacerda Costa Pinto (Portugal)
Elena Núñez Castaño (España)	Ana Cecilia Morón (República Dominicana)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Luca Ramponi (Italia)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)	

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.



La agravante de reincidencia en el Código penal español. Consideraciones de política criminal

Viviana Caruso Fontán

Revista Penal, n.º 33. - Enero 2014

Ficha técnica

Autora: Viviana Caruso Fontán

Adscripción institucional: Profesora Contratada Doctora Universidad Pablo de Olavide

Sumario: I. La agravante de reincidencia y la custodia de seguridad en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal español de 2012. II. La agravante de reincidencia. 1. Problemas de Constitucionalidad. 2. Fundamentación de la agravante. III. Las medidas de seguridad aplicables al sujeto imputable. 1. La custodia de seguridad: Problemas de constitucionalidad. 2. La custodia de seguridad: Problemas de fundamentación. IV. ¿Existen alternativas posibles?

Resumen: En el presente trabajo se aborda el tema del delincuente habitual plenamente imputable, analizando las distintas opciones para su tratamiento jurídico-penal. Así, se considerará la conveniencia de recurrir a un sistema monista a través de la exasperación de la respuesta punitiva o, bien, a una respuesta dualista mediante la aplicación de medidas de seguridad. A partir del estudio de la constitucionalidad y la fundamentación de estas opciones se pretende llegar a una conclusión sobre las bondades de su adopción, así como sobre su posible justificación.

Palabras clave: penas, medidas de seguridad, reincidencia, peligrosidad criminal, delincuente habitual, culpabilidad.

Abstract: The need to increase the level of security of the society has led to Criminal Law to consider the best legal response against the habitual offender. This paper examines the possibility of using a system that imposes additional punishment or security measures. It will consider the constitutionality and the merits of these options to reach a conclusion on the advisability of its adoption.

Key words: penalty, security measures, recidivism, criminal dangerousness, habitual offender, responsibility.

Observaciones: El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación “Análisis crítico de la reforma de 2010 del Código penal: con especial referencia a las incorporaciones en la Parte General y nuevas figuras delictivas”, DER2011-27473 MECC.

Recepción del artículo: 26-06-2013

Evaluación favorable: 10-09-2013

I. LA AGRAVANTE DE REINCIDENCIA Y LA CUSTODIA DE SEGURIDAD EN EL ANTEPROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL DE 2012

¿Cómo debe reaccionar el Estado frente al sujeto que comete hechos delictivos de forma reiterada? La

respuesta a esta pregunta ha ocupado a los estudiosos del Derecho desde hace siglos sin que, hasta el momento, pueda decirse que se ha llegado a una solución universalmente válida sobre esta materia. Las alternativas propuestas giran básicamente en torno a dos opciones: la exacerbación punitiva a través de la

agravante de reincidencia o el recurso a las medidas de seguridad, ya sea mediante la imposición de obligaciones de distinta naturaleza, una vez culminada la pena privativa de libertad, o mediante su mera prolongación.

Con resonadas excepciones como la Leyes de Vagos y Maleantes¹ y de Peligrosidad y Rehabilitación Social², que permitían la imposición de medidas al delincuente habitual, la Legislación española ha optado tradicionalmente por un sistema monista para reaccionar frente al sujeto imputable, recurriendo a la aplicación de la agravante de reincidencia. La reforma del Código penal operada en 2010 rompe esta regla solo de forma muy limitada, ya que la nueva medida de libertad vigilada resulta aplicable a sujetos plenamente responsables que cometan únicamente determinados delitos contra la libertad e indemnidad sexuales o bien delitos de terrorismo. En un extremo opuesto, el Anteproyecto de Reforma del Código penal de 11 de octubre de 2012 propone una total ruptura con el sistema anterior mediante la plena adopción de un sistema dualista de reacción frente al sujeto imputable. Sobre esta cuestión pone especial hincapié el pre-legislador en la Exposición de Motivos cuando señala que con la regulación propuesta “...se supera el sistema monista que históricamente habían asumido nuestros Códigos Penales desde 1848. En todos ellos, se había tratado siempre de un sistema de respuesta única frente al delito o al delincuente, de forma que al delincuente culpable se le impone una pena, y al sujeto no responsable que comete un delito (inimputable) se le podía imponer una medida de seguridad cuando la comisión del delito había puesto de manifiesto su peligrosidad. Este sistema ha veni-

do siendo objeto de crítica, pues resulta evidente que las medidas de seguridad no tienen como fundamento la no responsabilidad del autor de un delito, sino su peligrosidad, y que existen delincuentes responsables que deben recibir una pena y que además son peligrosos, lo que justifica o puede justificar una posterior medida de seguridad”.

Plenamente convencido en la validez de sus argumentos, el pre-legislador de 2012 procede a ampliar los supuestos de aplicación de la medida de libertad vigilada y a la creación de la custodia de seguridad, para permitir la prolongación de la privación de libertad del sujeto más allá del límite de cumplimiento de la pena impuesta. Todo ello con base en el incierto pronóstico de futuro que supone el juicio de peligrosidad. Esta decidida opción por enfrentar el tratamiento del delincuente habitual a través de la aplicación de medidas irá acompañada, a su vez, por la eliminación de la agravante de multirreincidencia del artículo 66.5. Según la misma Exposición de Motivos se trata de un sistema que “resulta más consecuente con el principio de culpabilidad por el hecho y permite separar adecuadamente la consecuencia por el delito cometido (pena) de la respuesta frente a la peligrosidad (medida de seguridad).” No obstante, la derogación de la agravación especial por reincidencia reiterada no es la única decisión que adopta el pre-legislador de 2012 con el objetivo de dar marcha atrás en el sistema monista de reacción frente al delito. Así, si bien en el artículo 22 la referencia a la agravante de reincidencia se mantiene intacta, sus efectos no serán los mismos que para el resto de circunstancias previstas en este artículo, ya que, de acuerdo a lo establecido

1 Ley de Vagos y Maleantes, 4 de agosto de 1933, artículo 3º: “También estarán sometidos a los preceptos de esta Ley:

Primero. Los reincidentes y reiterantes de toda clase de delitos que sea presumible la habitualidad criminal.

Segundo. Los criminalmente responsables de un delito, cuando el Tribunal sentenciador haga declaración expresa sobre la peligrosidad del Agente.”

Artículo 7º: “Los reiterantes, reincidentes y delincuentes peligrosos, serán internados en un Establecimiento de custodia después de cumplir la pena que les fuere impuesta por sentencia judicial.

Las medidas de seguridad que los tribunales impongan a tenor de lo prevenido en este artículo y el 3º de la presente Ley, habrán de cumplirse por el reo inmediatamente después de extinguir las penas aplicadas por el delito o delitos sancionados. Por ningún motivo se concederán los beneficios de la condena condicional y de la libertad provisional cuando hubiere declarado el estado peligroso del culpable y en tanto no se revoque totalmente la medida de seguridad impuesta, cualquiera que sea su naturaleza.”

2 Ley 16/1970 de 4 de agosto sobre peligrosidad y rehabilitación social, artículo cuarto: “También 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.”

Artículo decimotercero: “A los declarados peligrosos conforme al artículo cuarto se les aplicarán para su cumplimiento simultáneo o sucesivo, alguna o algunas de las siguientes medidas:

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

en el artículo 66. 1. 4ª, cuando concurra la agravante de reincidencia se deberá aplicar “la pena establecida por la Ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente, sus antecedentes y a la mayor o menor gravedad del hecho.”

Como puede observarse, esta previsión coincide con lo dispuesto actualmente en el artículo 66. 1. 6ª para la determinación de la pena en el supuesto de que no concurran atenuantes ni agravantes, añadiendo solamente la referencia lógica a los antecedentes penales del sujeto. Se trata de una modificación que implica, necesariamente, la derogación de los efectos prácticos de la circunstancia de reincidencia y que lleva a cuestionarse la permanencia de la previsión contenida en el artículo 22. 8ª. Con esta decisión, que desde hacía tiempo venía siendo reclamada por una significativa parte de la doctrina³, el pre-legislador de 2012 asume el sistema instaurado en el Código penal alemán. En efecto, las numerosas dudas sobre la suficiencia del fundamento de la agravante de reincidencia llevaron al legislador alemán a su derogación en el año 1986. Tras esta decisión, los antecedentes penales del sujeto pasan a ser considerados como un elemento que, entre otros, debe ser tenido en cuenta por el juez a efectos de individualización de la pena⁴.

En nuestro país, sin embargo, esta reforma no llegaría a concretarse, ya que la dureza de las críticas expresadas en el Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre la incorporación de la medida de custodia de seguridad lleva al pre-legislador a replantearse su decisión y, por esta misma razón, da finalmente marcha atrás en una de las partes más importantes de su ambi-

cosa reforma. De esta manera, el Borrador de Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 3 de abril de 2013 mantiene prácticamente intactas las circunstancias agravantes de reincidencia⁵ y multirreincidencia y abandona el propósito de incorporar a la Legislación española la controvertida institución de la custodia de seguridad. Consecuentemente, en esta materia solo se mantendrá la iniciativa de ampliar la aplicación de la medida de libertad de vigilada.

Esta tentativa, prematuramente fracasada, de reforma del sistema de respuesta punitiva frente al delincuente habitual deja abierto, una vez más, el interrogante acerca de la conveniencia de adoptar uno u otro modelo de tratamiento. Si las dudas sobre la constitucionalidad de la medida de custodia de seguridad echaron por tierra las perspectivas de adoptar un sistema dualista pleno, la conformidad con la Constitución y el fundamento de la figura de la reincidencia no ofrecen un panorama más alentador. De lo expuesto hasta el momento puede deducirse, fácilmente, que el principal problema que subyace a esta cuestión es que obliga al jurista a decidir entre dos opciones altamente conflictivas; o bien recurrir a una ficción sustentada en un juicio de futuro y, con base en ello, imponer medidas correctivas a sujetos plenamente responsables, o agravar la pena más allá de la medida de la culpabilidad por el hecho, como reproche frente a la persistencia en el delito. A pesar de la inicial reticencia que generan ambas posibilidades, será necesario profundizar en el análisis de estos sistemas para poder obtener una conclusión acerca de cuál de ellos resulta más adecuado a los principios propios de un Derecho penal de garantías.

3 Desde décadas atrás, las numerosas críticas a la agravante de reincidencia llevaron a una importante parte de la doctrina a reclamar la utilización de medidas de seguridad frente al delincuente habitual imputable. Por todos: ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: “Sobre la inconstitucionalidad de la agravante de reincidencia”, en *Poder Judicial*, 2ª época, núm. 13, marzo 1989, p. 88.

4 § 46 StGB „Grundsätze der Strafzumessung

(1) *Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe. Die Wirkungen, die von der Strafe für das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu erwarten sind, sind zu berücksichtigen.*

(2) *Bei der Zumessung wägt das Gericht die Umstände, die für und gegen den Täter sprechen, gegeneinander ab. Dabei kommen namentlich in Betracht:*

die Beweggründe und die Ziele des Täters,

die Gesinnung, die aus der Tat spricht, und der bei der Tat aufgewendete Wille,

das Maß der Pflichtwidrigkeit,

die Art der Ausführung und die verschuldeten Auswirkungen der Tat,

das Vorleben des Täters, seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse sowie sein Verhalten nach der Tat, besonders sein Bemühen, den Schaden wiedergutzumachen, sowie das Bemühen des Täters, einen Ausgleich mit dem Verletzten zu erreichen.

(3) *Umstände, die schon Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes sind, dürfen nicht berücksichtigt werden.“*

5 En referencia a la agravante de reincidencia, el Borrador de Anteproyecto de 3 de abril de 2013 incorpora en el artículo 22 la obligatoriedad de considerar las condenas firmes impuestas en otros países de la Unión Europea, salvo que el antecedente hubiera sido cancelado o pudiera serlo con arreglo al Derecho español.

II. LA AGRAVANTE DE REINCIDENCIA

1. Problemas de Constitucionalidad

Desde un punto de vista constitucional, la agravante de reincidencia ha sido cuestionada por su posible incompatibilidad con varios de los principios que se desprenden de la Carta Magna; así, se ha puesto en duda su adecuación con el principio de culpabilidad, *non bis in idem* o proporcionalidad. Sobre todas estas cuestiones se pronunció la Sentencia del Tribunal Constitucional 150/91, de 4 de julio, declarando la plena compatibilidad de esta agravante con el texto constitucional. Fue el punto culminante de un largo proceso, durante el cual, la validez de esta circunstancia para incrementar la respuesta punitiva frente al delito fue puesta en tela de juicio en numerosas ocasiones y desde diversas perspectivas. El antecedente inmediato a la decisión del Tribunal Constitucional estuvo determinado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1990. En esta decisión, el Alto Tribunal señala la interpretación que, de acuerdo a su criterio, debe llevarse a cabo con el objeto de superar las objeciones constitucionales formuladas.

En la mencionada sentencia, el Tribunal Supremo parte de la consideración de que la inconstitucionalidad de un precepto solo debe ser decretada en caso de que la norma cuestionada no admita ninguna posible interpretación conforme a la Constitución. De esta manera, para poder superar las objeciones referidas a la incompatibilidad de la reincidencia con el principio de culpabilidad, el Tribunal propone que se proceda a la aplicación de esta agravante “sin sobrepasar el límite constituido por la gravedad de la culpabilidad por el hecho”. De acuerdo a las propias palabras del Tribunal, la consecuencia práctica de esta redefinición del régimen de la reincidencia “afecta directamente al automatismo de la aplicación del artículo 10. 15^o”. La interpretación propuesta requiere, por tanto, que el juez determine la pena adecuada a la culpabilidad por el hecho presente y solo proceda a la aplicación de la agravante de reincidencia, cuando ello sea posible, dentro del marco

penal que esa misma culpabilidad ha determinado. En opinión del Tribunal, se trata de una interpretación que logra superar todas las objeciones formuladas contra el artículo 10. 15^o (Código penal de 1973), ya que no puede hablarse de una pena desproporcionada, inhumana o degradante cuando la misma se adecúa a la gravedad de la culpabilidad por el hecho.

Esta sentencia ha sido objeto de opiniones divergentes. A favor se pronunció JAÉN VALLEJO, quien consideró que los argumentos esgrimidos por el Tribunal Supremo eran simplemente “impecables”. En opinión de este autor, la interpretación propuesta responde plenamente al principio de responsabilidad por el hecho en la medida en que la gravedad del delito cometido siempre opera como techo máximo de pena⁶. Al respecto, también se ha sostenido que esta doctrina resulta sumamente útil, en la medida en que permite suavizar los efectos excesivamente gravosos que supone la apreciación automática de esta agravante⁷.

Contra estas apreciaciones se ha manifestado, sin embargo MIR PUIG, quien critica duramente este pronunciamiento, ya que, en su opinión, cuestiona la constitucionalidad de la estimación obligatoria de la agravante de reincidencia, con lo que, no solo limita el alcance de la Ley a través de una interpretación jurisprudencial sino que, también, la contradice abiertamente⁸. Este autor apoya sus conclusiones explicando que el planteamiento de la sentencia no consiste en condicionar la agravación por reincidencia a que esta circunstancia demuestre una mayor culpabilidad por el hecho, sino a que la pena resultante estuviera ya justificada, de todos modos, por la culpabilidad manifestada por los demás elementos concurrentes en el hecho. De esto se desprende que, de acuerdo al criterio defendido por el Tribunal Supremo, la reincidencia no agrava la culpabilidad por el hecho, por lo que tampoco puede agravar la pena más allá de lo que permitan los restantes factores del hecho que sí afectan a la culpabilidad. Consecuentemente, mantener esta postura es lo mismo que sostener que la agravante de reincidencia no puede desplegar efecto agravatorio alguno⁹.

6 JAÉN VALLEJO, M.: “Reincidencia y Derecho penal de la Culpabilidad”, en *Política Criminal y Reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Madrid, 1993, p. 719.

7 MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: *La reincidencia: tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, Granada, 1999, p. 126.

8 MIR PUIG, S.: “Sobre la constitucionalidad de la reincidencia en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1993, fasc. 3 septiembre-diciembre, p. 1139.

9 MIR PUIG, S.: “Sobre la constitucionalidad de la reincidencia...”, ob. cit., p. 1141. Contra esta sentencia, también se ha sostenido que en la medida que el límite de la culpabilidad por el hecho viene determinado por la pena legalmente impuesta en cada precepto de la Parte Especial, la agravación por reincidencia no puede, en ningún caso, superar el límite de la culpabilidad por el hecho, razón por la cual,

En este contexto, la Sentencia del Tribunal Constitucional 150/1991 se pronuncia sobre las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por el Juzgado de Instrucción de Daroca (Zaragoza) en relación con el artículo 10. 15ª del Código penal, desestimando todas y cada una de las alegaciones presentadas. A lo largo de su argumentación, el Tribunal rechazará la falta de adecuación de la agravante de reincidencia con los principios constitucionales.

Es necesario aclarar que en nuestra exposición solo nos referiremos a aquellas cuestiones que consideramos centrales en la decisión del Tribunal. Una de ellas se refiere, sin lugar a dudas, a la compatibilidad de la agravante con el principio de proporcionalidad. Al respecto, una parte importante de la doctrina había manifestado serias dudas, al entender que no es más grave la lesión del bien jurídico por el hecho de que el autor haya delinquirido ya en otra ocasión; por lo que si la pena se agrava en virtud de condenas anteriores ya cumplidas, falta la adecuada proporción entre la gravedad del hecho y la gravedad de la pena¹⁰. A pesar de la dureza de estas afirmaciones, la respuesta del Tribunal Constitucional sobre esta materia fue directa y contundente, al indicar que el juicio de proporcionalidad de la pena “es competencia del legislador, en función de los objetivos de política criminal que adopte dentro del respeto a los derechos fundamentales de la persona en un Estado social y democrático de Derecho”. Así, según el Tribunal, no es posible sostener que la agravación de la pena frente a la reincidencia del sujeto provoque una desproporción penológica de tal entidad como para que se vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad penal derivado de ella, ya que esta circunstancia debe ser tenida en cuenta por los Tribunales, únicamente, dentro de unos límites fijados por cada tipo penal concreto y solo en referencia a su respectiva sanción.

Tampoco entendió el Tribunal que la aplicación del artículo 10. 15ª pudiera ser considerada como trato

degradante. Sobre este particular el Tribunal se limitó a recordar que “pena degradante” es aquella que provoca “una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto o superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena”¹¹, situación que, de ninguna forma se verifica por la mera decisión del legislador de hacer uso de sus potestades y, en función de sus objetivos de política criminal, proceder a la aplicación de una pena mayor frente a la concurrencia de cualquier agravante.

El Tribunal también se pronunció respecto a la supuesta incompatibilidad de la reincidencia con el principio *non bis in idem*. Al respecto, el Tribunal señaló que con la apreciación de la agravante de reincidencia no se vuelve a castigar el hecho anterior o los hechos anteriores, sino única y exclusivamente el hecho posterior. El Tribunal reconoce que, si bien es indudable que la repetición de delitos propia de la reincidencia presupone, por necesidad lógica, una referencia al delito o delitos repetidos, ello no significa que los hechos anteriores vuelvan a castigarse sino, tan solo, que han sido tenidos en cuenta por el legislador penal para valorar el contenido de injusto del segundo o posteriores delitos y su consiguiente castigo, o para fijar y determinar la extensión de la pena a imponer.

No obstante, las dudas sobre la posible inconstitucionalidad de la agravante de reincidencia se han centrado, tradicionalmente, en su posible incompatibilidad con el principio de culpabilidad por el hecho. Si esta culpabilidad se circunscribe a la responsabilidad por una conducta determinada, al agravarse una pena en virtud de sucesos anteriores se estaría sancionando una personalidad, una forma de ser, concretamente la de ser “reincidente”, y no un hecho concreto¹². Así, la culpabilidad por el hecho se desvirtuaría a una culpabilidad por la conducción de vida. Esta fue precisamente la razón que condujo al legislador alemán de 1969 a derogar el viejo § 20 StGB¹³, que aumentaba la pena del sujeto que fuera considerado un delincuente

la doctrina de esta sentencia no tendría viabilidad práctica y resultaría inoperante. GARZÓN REAL, B. y MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: “Reincidencia y Constitución”, en *Actualidad Penal*, 1991-1, p. 7. No obstante, esta postura confunde el marco abstracto con el marco de la pena adecuado a la culpabilidad. El marco penal establecido en cada precepto de la Parte Especial del Código penal es el marco abstracto, a partir del cual se determinará el marco aplicable al sujeto de acuerdo a la culpabilidad del autor del hecho. La doctrina del Tribunal Supremo podría, de esta manera tener viabilidad práctica en cuanto se refiere a la medida de la culpabilidad de un autor concreto. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: *La reincidencia: tratamiento dogmático...*, ob. cit., p. 123.

10 ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: “Sobre la inconstitucionalidad...”, ob. cit., p. 85.

11 SSTC 65/1986 y 89/1987.

12 ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: “Sobre la inconstitucionalidad...”, ob. cit., p. 87.

13 § 20ª StGB: „(1) Hat jemand, der schon zweimal rechtskräftig verurteilt worden ist, durch eine neue vorsätzliche Tat eine Freiheitsstrafe verwirkt und ergibt die Gesamtwürdigung der Taten, daß er ein gefährlicherer Gewohnheitsverbrecher ist, so ist, soweit die neue

habitual peligroso¹⁴, y la que provocó, además, la definitiva desaparición de la agravante de reincidencia del Código penal alemán¹⁵.

A pesar de que se trata del punto central en la decisión sobre la constitucionalidad de esta agravante, la principal aportación de la sentencia del Tribunal Constitucional en esta materia será el reconocimiento expreso del carácter constitucional del principio de culpabilidad. Por otro lado, el Tribunal será escueto a la hora de argumentar las razones por las que considera que no hay enfrentamiento entre el principio de culpabilidad y la agravación por reincidencia. Así, el Tribunal se limita a sostener que “no sería constitucionalmente legítimo un derecho

penal “de autor” que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos”, pero no aclara cómo puede ser compatible con el principio de culpabilidad la imposición de una pena agravada en virtud de circunstancias que nada tienen que ver con el hecho que se juzga. En el mismo sentido, se ha sostenido que la sentencia resulta contradictoria, ya que excluye la legitimidad de fundamentar la pena y su medida en la personalidad del autor y, por otro lado, admite la reincidencia, sin tener en cuenta que los conocimientos sobre ella indican que solo puede fundamentarse en la personalidad del autor y no en una mayor culpabilidad¹⁶.

Tat nicht mit schwererer Strafe bedroht ist, auf Zuchthaus bis zu fünf Jahren und, wenn die neue Tat auch ohne diese Strafschärfung ein Verbrechen wäre, auf Zuchthaus bis zu fünfzehn Jahren zu erkennen.

[2] Die Strafschärfung setzt voraus, daß die beiden früheren Verurteilungen wegen eines Verbrechens oder vorsätzlichen Vergehens ergangen sind und in jeder von ihnen auf Todesstrafe, Zuchthaus oder Gefängnis von mindestens sechs Monaten erkannt worden ist.

(2) Hat jemand mindestens drei vorsätzliche Taten begangen und ergibt die Gesamtwürdigung der Taten, daß er ein gefährlicherer Gewohnheitsverbrecher ist, so kann das Gericht bei jeder abzuurteilenden Einzeltat die Strafe ebenso verschärfen, auch wenn die übrigen im Abs. 1 genannten Voraussetzungen nicht erfüllt sind.

(3) [1] Eine frühere Verurteilung kommt nicht in Betracht, wenn zwischen dem Eintritt ihrer Rechtskraft und der folgenden Tat mehr als fünf Jahre verstrichen sind. [2] Eine frühere Tat, die noch nicht rechtskräftig abgeurteilt ist, kommt nicht in Betracht, wenn zwischen ihr und der folgenden Tat mehr als fünf Jahre verstrichen sind. [3] In die Frist wird die Zeit nicht eingerechnet, in der der Täter eine Freiheitsstrafe verbüßt oder auf behördliche Anordnung in einer Anstalt verwahrt wird.

(4) Eine ausländische Verurteilung steht einer inländischen gleich, wenn die geahndete Tat auch nach deutschem Recht ein Verbrechen oder vorsätzliches Vergehen wäre.”

14 BENDER, S.: *Die nachträgliche Sicherungsverwahrung*, Frankfurt am Main, 2007, p. 23. En el mismo sentido: KÖGLER, M.: *Die zeitliche Unbestimmtheit freiheits-entziehender Sanktionen des Strafrechts. Eine vergleichende Untersuchung zur Rechtslage und Strafvollstreckungspraxis in der Bundesrepublik Deutschland und den USA*, Frankfurt am Main, 1988, p. 69. El § 20 StGB establecía la posibilidad de aplicar una pena de presidio a aquel sujeto que llevara a cabo tres hechos delictivos dolosos, siempre y cuando, de la evaluación general de los hechos pudiera desprenderse que el sujeto era un delincuente habitual peligroso. Alternativamente, podía aplicarse también esta regla cuando el sujeto hubiera sido condenado anteriormente en dos ocasiones por hechos delictivos dolosos, siempre que llevara a cabo un nuevo hecho delictivo, fuera condenado a una pena de prisión y se determinara que se trataba de un delincuente habitual peligroso. La introducción del § 20 StGB implicaba, por tanto, la tipificación, no de un hecho concreto, sino de una verdadera forma de vida. Sobre la problemática del § 20 StGB, ver: SCHÄFER, L. y WAGER, O.: *Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung*, Berlin, 1934, p. 37; KESTEN, K.: *Der Gewohnheitsverbrecher nach § 20 StGB*, Emsdetten, 1935, p. 11. MEYER, G.: *Die Behandlung des Kampfes gegen die Gewohnheitsverbrecher im Laufe der deutschen Strafrechtsreform*, Würzburg, 1935, p. 71. TOPP, E.: *Zusammenstellung und Analyse der Rechtsprechung über das Gewohnheitsverbrechergesetz*, Hamburg, 1939, p. 17. BEWERUNGE, H.: *Das Gewohnheitsverbrecher (Untersuchung über die Rechtsnatur gewohnheitsverbrecherischer Gefährlichkeit)*, Düsseldorf, 1937, p. 24. HENKEL, H.: “Das Sicherungsverfahren gegen Gemeingefährliche” (Fortsetzung), en *ZStW*, 1939, n.º 58, p. 177.

15 [16. Januar 1979-1. Mai 1986] § 48. Rückfall. „(1) [1] Begeht jemand, nachdem er

1. schon mindestens zweimal im räumlichen Geltungsbereich dieses Gesetzes wegen einer vorsätzlichen Straftat zu Strafe verurteilt worden ist und

2. wegen einer oder mehrerer dieser Taten für die Zeit von mindestens drei Monaten Freiheitsstrafe

verbüßt hat,

eine vorsätzliche Straftat und ist ihm im Hinblick auf Art und Umstände der Straftaten vorzuwerfen,

daß er sich die früheren Verurteilungen nicht hat zur Warnung dienen lassen, so ist die Mindeststrafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten, wenn die Tat nicht ohnehin mit einer höheren Mindeststrafe bedroht ist. [2] Das Höchstmaß der angedrohten Freiheitsstrafe bleibt unberührt.

(2) Absatz 1 gilt nicht, wenn das Höchstmaß der für die neue Tat angedrohten Freiheitsstrafe weniger als ein Jahr beträgt.

(3) [1] Im Sinne des Absatzes 1 Nr. 1 gilt eine Verurteilung zu Gesamtstrafe als eine einzige Verurteilung. [2] Ist Untersuchungshaft oder eine andere Freiheitsentziehung auf Freiheitsstrafe angerechnet, so gilt sie als verbüßte Strafe im Sinne des Absatzes 1 Nr. 2.

(4) [1] Eine frühere Tat bleibt außer Betracht, wenn zwischen ihr und der folgenden Tat mehr als fünf Jahre verstrichen sind. [2] In die Frist wird die Zeit nicht eingerechnet, in welcher der Täter auf behördliche Anordnung in einer Anstalt verwahrt worden ist.”

16 BACIGALUPO, E.: *Principios constitucionales de Derecho penal*, Buenos Aires, 1999, p. 166.

Además de argumentar la adecuación de esta circunstancia con cada uno de los principios de rango constitucional, la sentencia que se examina se pronuncia decididamente a favor de la obligatoriedad de la aplicación de la agravante de reincidencia¹⁷, lo cual contradice abiertamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo defendida en la sentencia de 6 de abril de 1990. En este sentido, se pronunció MIR PUIG, señalando que la sentencia del Tribunal Constitucional no sólo declara la constitucionalidad de la agravante de reincidencia, sino también la de todos los efectos previstos en el Código penal para esta circunstancia, empezando por la obligatoriedad de tomarla en consideración en caso de que concurran los requisitos exigidos en el artículo 10¹⁸.

Contra esta opinión se manifestó MARÍN DE ESPINOSA, defendiendo la plena compatibilidad de los pronunciamientos del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional¹⁹. En opinión de esta autora, el Tribunal Constitucional “se quedó corto al señalar exclusivamente la constitucionalidad de la agravante de reincidencia y no indicar cómo se debía aplicar de acuerdo a la Constitución”²⁰. Esta circunstancia es, precisamente, la que hace imprescindible el mantenimiento de la doctrina del Tribunal Supremo, ya que logra complementar al pronunciamiento del Tribunal Constitucional determinando el modo adecuado de interpretar la agravante sin vulnerar ningún precepto de la Constitución²¹. Esta autora va aún más lejos insistiendo en la necesidad de

mantener la vigencia de la doctrina del Tribunal Supremo después de la entrada en vigor del Código penal de 1995. En su opinión, sería deseable un sistema de individualización de la pena que diera más libertad al juez para determinar la pena a aplicar de acuerdo a las circunstancias del caso; se trataría de un sistema que no vulneraría el principio de legalidad, en cuanto solo generaría incertidumbre “hacia abajo”, de tal manera que, solo permitiría al juez rebajar la pena en virtud de necesidades preventivas²².

No podemos coincidir con la opinión de esta autora. Puesto que entendemos que la sentencia del Tribunal Supremo se enfrenta abiertamente al tenor del texto legal al negar la obligatoriedad de la aplicación de la agravante de reincidencia en caso de que concurran los requisitos objetivos previstos²³. Nos adherimos, por tanto, a la postura de MIR PUIG²⁴, ya que si para la aplicación de esta agravante resulta indispensable que el monto de pena sea justificado en virtud de otras circunstancias que afecten a la culpabilidad, se está negando toda virtualidad agravatoria a la concurrencia de condenas anteriores. A pesar del evidente déficit de fundamento de esta agravante, tampoco con el régimen del Código penal actual resulta adecuado negar la obligatoriedad de su aplicación.

Por otro lado, es necesario señalar que, a pesar de que la sentencia del Tribunal Constitucional 150/1991 ha cerrado, en principio, el debate sobre la sumamente

17 Así lo expresa claramente el Tribunal en el fundamento jurídico segundo: “La principal consecuencia de la reincidencia, en cuanto agravante, consiste, según dispone el artículo 58 del Código penal, en la obligatoriedad de tomarla en consideración para aumentar la pena en los casos y conforme a las reglas que se prescriben en esta Sección”

18 MIR PUIG, S.: “Sobre la constitucionalidad de la reincidencia...”, ob. cit., p. 1139.

19 MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: *La reincidencia: tratamiento dogmático...*, ob. cit., p. 116. También en este sentido: BACIGALUPO, E.: *Principios constitucionales...*, ob. cit., p. 166.

20 MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: *La reincidencia: tratamiento dogmático...*, ob. cit., p. 116.

21 MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: *La reincidencia: tratamiento dogmático...*, ob. cit., p. 116.

22 MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: *La reincidencia: tratamiento dogmático...*, ob. cit., p. 128.

23 También en Alemania el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad de la agravante de reincidencia prevista, por entonces, en el § 48 StGB. Así, en la sentencia de 16 de enero de 1979, el Tribunal confirma la constitucionalidad de la agravante, pero a diferencia de la sentencia española el Tribunal irá más allá, señalando los términos en los que deberá interpretarse la norma para cumplir con los mandatos constitucionales. De acuerdo al criterio del Tribunal Constitucional alemán, la agravación por reincidencia requiere que al autor se le pueda reprochar que no ha tomado como advertencia a las anteriores condenas. De esta forma, la aplicación de la agravación por reincidencia no será automática sino que requerirá la comprobación de que el sujeto ha actuado con incremento de la energía criminal y de la culpabilidad. De ello se desprende que la diferencia entre el criterio del Tribunal Constitucional alemán y la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1990 se sitúa en el hecho de que el Tribunal alemán sí reconoce la virtualidad de la reincidencia para agravar la pena, mientras el Tribunal español requiere la existencia de otros factores que incidan en la medida de la culpabilidad y que justifiquen la apreciación de la reincidencia. Contra el criterio de la sentencia de 16 de enero de 1979 se manifestó Haffke. Al respecto, el autor señaló la dificultad probatoria que supone comprobar el incremento de la energía criminal del reincidente por lo que, en su opinión, esta fórmula llevaría en la práctica a una aplicación automática, siempre que se cumplieran los requisitos objetivos. Haffke, B.: “Reincidencia y medición de la pena”, en Schünemann, B.: *El sistema moderno del Derecho penal. Cuestiones fundamentales*, Montevideo-Buenos Aires, 2012, p. 238.

24 MIR PUIG, S.: “Sobre la constitucionalidad de la reincidencia...”, ob. cit., p. 1141.

cuestionable constitucionalidad de la agravante de reincidencia, aún es posible sostener que la discusión es totalmente actual. Antes de justificar esta afirmación es necesario, sin embargo, realizar algunas puntualizaciones históricas.

El Código penal de 1973 distinguía en el artículo 10 entre las circunstancias agravantes de reincidencia y reiteración. La diferencia fundamental que se presentaba entre ambas se encontraba en el hecho de que la reincidencia requería que el sujeto hubiera sido ejecutoriamente condenado por delitos comprendidos en el mismo título del Código, exigencia que no se presentaba en el caso de la reiteración²⁵. Además, el artículo 61. 6^a incorporaba la circunstancia de multirreincidencia, la cual, según el tenor literal de la norma, resultaba aplicable a partir de la “segunda reincidencia”²⁶.

La reforma operada al Código penal a través de la Ley 8/1983 de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, procede a la simplificación de la formulación legal de la reincidencia, ya que no solo funde en una descripción la reincidencia y la reiteración²⁷, sino que, además, suprime los efectos agravatorios de la multirreincidencia. Las razones que esgrimió el legislador en la Exposición de Motivos se centraron en la “intolerabilidad de mantener una regla que permite llevar la pena más allá del límite legal del castigo previsto para la concreta figura del delito, posibilidad que pugna con el cabal entendimiento del significado del principio de legalidad en un Estado de Derecho”. El legislador de 1983 consideraba, además, que la exasperación del castigo del delito es, de por sí, contraria al principio *non bis in idem*, puesto que conduce a que un solo hecho genere consecuencias punitivas en más de una ocasión, circunstancia que, evidentemente, se registra con mayor intensidad en la reincidencia cualifi-

cada. En estas circunstancias y bajo esta Legislación se pronunció la examinada sentencia del Tribunal Constitucional 150/1991. Ello hizo posible que el Tribunal basara su fundamentación sobre la compatibilidad de la circunstancia con el principio de proporcionalidad en el hecho de que la reincidencia puede elevar la pena “únicamente dentro de unos límites fijados por cada tipo penal concreto”.

Posteriormente, el Código penal de 1995 sigue el camino marcado por la Ley de 1983 e introduce, solamente, la agravante de reincidencia en el artículo 22 como una circunstancia modificativa de la responsabilidad que, entre otras, determina la aplicación de la pena prevista para el delito en su mitad superior. No obstante, esta línea político-criminal no perdurará, ya que en el año 2003 una renovada tendencia conservadora volverá a incluir la circunstancia de multirreincidencia en el Código penal, esta vez en el artículo 66. 1. 5^a. La nueva circunstancia podrá ser aplicada a aquellos sujetos que hubieran sido condenados ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título del Código penal, autorizando al juez a aplicar, en estos casos, la pena superior en grado a la prevista por la Ley para el delito de que se trate.

La reincorporación de la multirreincidencia en el Código penal español reabre, así, la vieja polémica sobre la constitucionalidad de la reincidencia, ya que nos obliga a analizar si, la declaración de constitucionalidad realizada por el Tribunal en relación con la agravante de reincidencia, es también válida para la figura prevista en el artículo 66.1.5^a. Sobre esta cuestión se han pronunciado MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, quienes consideran que con la reforma de 2003 dejan de cumplirse los criterios de la sentencia del Tribunal Constitucional para admitir la adecuación de la

25 Artículo 10 Código penal de 1973: “ Son circunstancias agravantes:

14. Ser reiterante.

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

15. Ser reincidente.

Hay reincidencia cuando al delinquir el culpable hubiere sido ejecutoriamente condenado por otro u otros delitos comprendidos en el mismo título de este Código.”

26 Artículo 61 Código penal de 1973:

“En los casos en que la pena contenga tres grados, los Tribunales observarán para su aplicación, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las reglas siguientes:

6.a 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 el caso de que concurra la agravante decimoquinta del artículo 10, en el que se aplicará la pena superior en uno o dos grados. a partir de la segunda reincidencia, en la extensión que aquéllos estimen conveniente.”

27 A favor de esta medida: Serrano Gómez, A.: “La reincidencia en el Código Penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1976, T. 29, fasc./mes 1, p. 78.

agravación por reincidencia, de ahí que resulte posible, como ya adelantábamos, un nuevo cuestionamiento de su constitucionalidad²⁸. Es necesario tener en cuenta que esta sentencia basaba su argumentación en el hecho de que la agravación de pena que determinaba la reincidencia se mantenía dentro de los límites de la pena genérica señalada por el delito, por lo que la pena era proporcionada al hecho típico considerado en abstracto. A diferencia de ello, en el caso de la multirreincidencia, la apreciación de la circunstancia puede llevar a la aplicación de una pena notablemente superior a la prevista en el marco legal como pena proporcionada al hecho típico²⁹. Esta situación enfrenta, por tanto, a la nueva circunstancia con los mandatos constitucionales³⁰.

Esta agravante también se opondrá abiertamente a la doctrina sostenida por el Tribunal Supremo en la sentencia de 6 de abril de 1990. Como ya se ha explicado, en este pronunciamiento el Tribunal sugiere una interpretación que, a su juicio, logra superar las objeciones constitucionales, y que consiste en aplicar la circunstancia solo en aquellos casos en los que pueda ser contemplada dentro del marco determinado por la culpabilidad por el hecho. Esta postura coincidiría, por tanto, con las teorías del espacio de juego y, de forma más específica, con la teoría de la prohibición de exceso; se trata de determinar un marco penal en función de la culpabilidad, pudiendo disminuir la pena dentro de ese margen de acuerdo a necesidades preventivas y sin que el Tribunal cierre la puerta a la posibilidad de aplicar la pena por debajo de la culpabilidad por el hecho³¹. La inclusión de la circunstancia de multirreincidencia echa por tierra esta construcción teórica ya que autoriza al juez a imponer una pena que supera notablemente la culpabilidad por el hecho.

Así, en la medida en que la multirreincidencia permite aumentar la pena prevista para el delito en un grado, ya no es posible hablar de una circunstancia compatible con el principio de culpabilidad. Resulta sencillo llegar

a la conclusión de que a través de este precepto el legislador castiga una tendencia o disposición del sujeto al delito, es decir, una decisión de vida. Estaríamos por tanto frente a una culpabilidad por la conducción de vida. Con ello, se contradice abiertamente lo expresado por la sentencia del Tribunal Constitucional al proscribir el llamado derecho penal de autor. Consecuentemente, los argumentos utilizados por el Tribunal para sostener la adecuación de la agravante de reincidencia a dos de los principios de rango constitucional no pueden ser aplicados a la circunstancia prevista en el artículo 66. 1. 5ª, lo cual justificaría, insistimos, una revisión constitucional de esta materia.

2. Fundamentación de la agravante

Más allá de los problemas de adecuación de la agravante de reincidencia con los principios de rango constitucional y, aunque aceptáramos la total vigencia de los postulados defendidos en 1991 por el Tribunal Constitucional, el problema que inevitablemente subyace a esta circunstancia es su indudable déficit de fundamentación. Durante más de 200 años se han ensayado diversas fórmulas pretendiendo dotar a la reincidencia de un marco teórico que permitiera justificar el incremento de pena que puede sufrir un sujeto por hechos que ha realizado en el pasado y por los cuales ya ha pagado su deuda con la sociedad. A pesar de ello, como se pondrá de manifiesto en las líneas que siguen, los notables esfuerzos realizados hasta el momento han sido infructuosos.

Las teorías que pretenden fundamentar la agravante de reincidencia pueden reunirse en tres grandes grupos: las que la justifican en virtud de un aumento de la gravedad del injusto, las que recurren a una justificación basada en características personales del autor y aquellas que sostienen la existencia de un incremento de la culpabilidad por el hecho. A continuación se citarán

28 Muñoz Conde, F. y García Arán, M.: *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 2007, p. 488.

29 Muñoz Conde, F. y García Arán, M.: *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p. 488.

30 Al respecto, Aguado López considera que la reincidencia vulnera el principio de legalidad y para justificar esta conclusión se remite a los argumentos de la Exposición de Motivos de la Ley 8/1983. Por otro lado, en referencia al principio de proporcionalidad, la autora considera que el hecho de permitir la aplicación de una pena rebasando el límite de la culpabilidad no conlleva automáticamente la vulneración del principio de proporcionalidad. De esta manera, si el artículo 66.5 restringe la aplicación de la reincidencia a los delitos graves, es posible plantearse que en algún caso excepcional el marco previsto para el delito no sea suficiente para castigar la mayor gravedad del hecho y, en estos supuestos, se podría justificar la aplicación de la pena superior en grado sin vulnerar el principio de proporcionalidad. Por tanto, al no ser la multirreincidencia una circunstancia de apreciación automática sino facultativa, podría superar, sin problemas el juicio estricto de proporcionalidad. AGUADO LÓPEZ, S.: *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito: problemas constitucionales y alternativas político-criminales*, Madrid, 2008, p. 65.

31 En este sentido: MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: *La reincidencia: tratamiento dogmático...*, ob. cit., p. 165. También ver: BACIGALUPO, E.: *Principios constitucionales...*, ob. cit., p. 163.

las posturas más representativas de cada uno de estos grupos sin pretender abarcar la totalidad de soluciones propuestas, pues esta tarea excedería con creces las características del presente trabajo³².

Dentro del primer grupo destaca la propuesta de ZANARDELLI. Este autor defendía la idea de que el delito del sujeto reincidente provoca un doble daño: uno inmediato y otro mediato o político. Así, el daño mediato se verifica en la alarma social que causa el segundo el delito, lo cual, necesariamente, afecta a la imagen del Estado como proveedor de seguridad. Este daño mediato justifica, por tanto, el aumento del injusto y, consecuentemente, la agravación de la pena³³. En la teoría de MANZINI, posteriormente, ese daño político se convertirá en la lesión del interés general en la preservación del orden jurídico³⁴.

Sin embargo, no es posible dar credibilidad a las posturas que pretenden ver en la reincidencia un aumento del injusto. De ninguna manera puede sostenerse que una conducta presenta mayor lesividad por el mero hecho de que su autor haya sufrido previamente una condena o haya sido condenado por hechos similares. La gravedad de un hecho típico y antijurídico viene determinada por el grado de peligro o lesión que provoca a bienes jurídicos penalmente protegidos y esta situación no puede verse afectada por circunstancias ajenas al hecho, incluso cuando estas estén referidas a un comportamiento pasado del autor del delito³⁵. En opinión de MIR PUIG, el argumento que subyace a la regulación

positiva española es, precisamente, la mayor gravedad del injusto, ya que en la Ley la reincidencia se fundamenta en la mayor gravedad que confiere al hecho el mayor desprecio y rebeldía que supone la insistencia en el delito, pese a haber experimentado la admonición de la condena anterior en carne propia³⁶. No obstante, el mismo autor llega a admitir que resulta totalmente rechazable un Derecho penal que intervenga en la actitud interna del sujeto que, aun manifestada en el hecho, no afecta al grado ni a la forma de la lesión producida. Estas razones llevan a MIR PUIG a sostener la insuficiencia del fundamento de la reincidencia y a solicitar por tanto una reforma de la Ley³⁷.

También se han concebido teorías que fundamentan la reincidencia con base en características personales del autor. En este grupo debemos situar a los autores de la escuela positivista, quienes pretendían fundamentar la agravación de la pena en la mayor peligrosidad criminal del delincuente. Así, se trataba de apelar a una característica del autor, la cual era proyectada hacia el futuro y la cual debía ser neutralizada por razones de defensa social³⁸. En una época posterior, esa peligrosidad fue intercambiada por la idea de la culpabilidad por la conducción de vida. Esta teoría permitió a autores como MEZGER o SAUER justificar el aumento de la pena proyectándolo hacia el pasado, pero sin referirlo a acciones concretas sino a caracteres personales del sujeto; se trataba de castigar una determinada “decisión de vida”³⁹.

32 También la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido dispar en esta materia, siendo posible hallar pronunciamientos que fundamentan la agravación de la reincidencia en criterios muy diferentes. Entre ellas, se refieren a una mayor culpabilidad: STS de 24 de septiembre de 1970, STS de 9 de junio de 1970; mayor peligrosidad: STS de 6 de junio de 1970, STS de 24 de septiembre de 1970, STS de 22 de octubre de 1970; mayor perversidad: STS de 10 de noviembre de 1970; insuficiencia de la pena anterior: STS de 20 de octubre de 1964, STS de 11 de marzo de 1967, STS de 17 de enero de 1974; habitualidad: STS de 22 de abril de 1967; hábito criminógeno: STS de 11 de diciembre de 1969.

33 ZANARDELLI, G.: *Progetto del Codice Penale per il Regno d'Italia preceduto dalla relazione ministeriali, presentato alla Camera dei Diputati nella tornata del 22 di novembre del 1887 dal Ministro de Grazia e Giustizia e dei Culti*, Roma, 1888, p. 215.

34 MANZINI, V.: *Trattato di diritto penale italiano*, Turín, 1961, p. 696. También en este grupo puede inscribirse la teoría desarrollada por Armin Kaufmann. El autor afirmaba la existencia de dos normas en todo tipo penal, una que prohíbe la realización de la conducta típica y otra que impone la abstención de cometer delitos en el futuro. De esta forma, la condena por el nuevo delito expresa la traición a la fidelidad que impone la segunda norma deducida. KAUFMANN, A.: *Lebendiges und Totes in Bindigns Normentheorie*, p. 211.

35 En este sentido: MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: *La reincidencia: tratamiento dogmático...*, ob. cit., p. 181.

36 “El injusto del hecho del reincidente es más grave sólo porque al contenido de específico injusto de que se trate se añade el rebeldes desprecio de los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro, expresado a través del desprecio, por obra del nuevo hecho, del significado de la condena anterior, en cuanto concreta y personal experiencia —como sujeto activo— del reproche jurídico penal.” Mir Puig, S.: *La reincidencia en el Código Penal*, Barcelona, 1974, p. 533.

37 MIR PUIG, S.: “Sobre la constitucionalidad de la reincidencia...”, ob. cit., p. 1151.

38 Ferri, E.: *Principios de Derecho Criminal* (Traducción por José Arturo Rodríguez Muñoz), Madrid, 1933, p. 638. En el caso de Bacigalupo, el autor también considera que los conocimientos sobre la reincidencia indican que ésta solo puede fundamentarse en la personalidad del autor y no en una mayor culpabilidad. BACIGALUPO, E.: *Principios constitucionales...*, ob. cit., p. 166.

39 MEZGER, E. “Die Straftat al Ganzes”, en *ZStW*, n.º 57, 1938, p. 688. También Bettiol consideró que con la reincidencia se castiga un modo de vida. Este autor compatibilizó la culpabilidad por la conducción de vida con la cualificación subjetiva referida al sujeto y no al

Los excesos que pueden llegar a justificar las teorías que sostienen este tipo de ideas son de sobra conocidos. Tras ellas se esconde un Derecho penal de corte netamente autoritario que, con la excusa de una pretendida defensa de la generalidad, avasalla las garantías individuales. Sobre estos extremos ZAFFARONI mantiene, de forma muy impactante que “la historia de la reincidencia no es menos sangrienta que la historia de la tortura”, ya que al amparo de la reincidencia y de conceptos vecinos, como el de habitualidad, se han practicado horribles crímenes contra la humanidad⁴⁰.

Ni la pena ni el plus punitivo que supone su agravación pueden estar justificados en el concepto de peligrosidad, en la medida en que se trata de un juicio de futuro basado en un cálculo de probabilidad, con toda la inseguridad y margen de error que ello necesariamente conlleva. En todo caso, la peligrosidad es una característica de la persona que debe verificarse en cada caso y que no puede venir tasada de antemano por la Ley⁴¹. No es correcto afirmar que el que comete un delito es peligroso y el que comete dos delitos es más peligroso que el anterior, ya que ello supondría admitir una presunción *iure et de iure* de peligrosidad y alejarse del juicio fáctico de peligrosidad⁴².

Tampoco la culpabilidad por la conducción de vida puede servir para fundamentar la agravación por rein-

cidencia. Como se ha puesto de manifiesto, el mismo Tribunal Constitucional condena la llamada culpabilidad “de autor” por ser contraria a la esencia misma del Derecho penal de un Estado de Derecho. La culpabilidad debe ser entendida como un juicio de reproche por el que se atribuye un hecho a su autor y, por lo tanto, sólo puede estar referida a hechos aislados.

Otro concepto que permitió justificar la agravación por reincidencia en virtud de la personalidad del autor fue la idea de perversidad. En este sentido, se pronunciaba LARDIAZÁBAL Y URIBE al señalar: “La reincidencia es otra de las circunstancias que, como se ha dicho, agravan el delito, porque supone el ánimo más pervertido y obstinado en el mal, y puede llegar a tanto, que sea incorregible el delincente, en cuyos casos la pública utilidad pide, que se agrave la pena; pero guardando siempre la debida proporción y analogía con la naturaleza del delito.”⁴³ Posteriormente, el concepto de perversidad se fue vinculando con el de habitualidad⁴⁴. Si a principios de siglo XX la perversidad era considerada un fundamento de la reincidencia y se relacionaba con un carácter o una personalidad con tendencia delictiva, con el correr de los años el concepto se va transformando hacia la habitualidad, entendida como la especialización en la comisión de ciertos hechos delictivos deducida del dato objetivo de la reiteración de determinados delitos⁴⁵.

segundo delito. Así, en la teoría de Bettiol, la culpabilidad en la reincidencia no se ubica en el delito actual sino en la conducta anterior del autor. BETTIOL, G.: *Diritto penale*, 8ª ed., Padua, 1973, p. 624. En sentido similar: BELLAVISTA, G.: *Il delinquente qualificato*, Milán, 1947, p. 26.

40 El autor considera que el debate sobre la agravación por reincidencia se corresponde, en definitiva con el debate entre el derecho penal liberal y el derecho penal autoritario; en su opinión, “pocas dudas caben de ello cuando se observa que quienes tratan de legitimarla acuden a la erección del deber de obediencia al estado como bien jurídico, a la peligrosidad y aun a una ficción de ella, al derecho penal de autor dentro de un concepto teocrático de culpabilidad, e incluso al tipo de autor, en que el reincidente sería el primer antecedente de las tristes construcciones del derecho penal de enemigos”. ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A. y SLOKAR, A.: *Derecho Penal. Parte General*, México, 2001, p. 1012.

41 DONNA, E. A. y IUVARO, M. J.: *Reincidencia y culpabilidad. Comentario a la Ley 23.057 de reforma del Código Penal*, Buenos Aires, 1984, p. 68.

42 DONNA, E. A. y IUVARO, M. J.: *Reincidencia y culpabilidad...*, ob. cit., p. 68. También en este sentido: MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: *La reincidencia: tratamiento dogmático...*, ob. cit., p. 176. GUIASOLA LERMA, C.: *Reincidencia y delincuencia habitual*, Valencia, 2008, p. 70. ASÚA BATARRITA, A.: *La reincidencia, su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los Códigos penales españoles del siglo XIX*, Bilbao, 1982, p. 451. En el caso de Muñoz Conde y García Arán, los autores consideran que el fundamento de la reincidencia se encuentra en lo “recalcitrante de la actitud del sujeto que insiste en la desobediencia a las normas penales, bien en su mayor peligrosidad”, a pesar de ello, los autores entienden que no es posible presumir, tal como lo hace el Código en esta materia, la peligrosidad del reincidente, ni tampoco se trata de un concepto en el que sea posible asentar una mayor gravedad de la pena. MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p. 488.

43 Lardiazábal y Uribe, M.: *Discurso sobre las penas. Contrahido á las Leyes Criminales de España, para facilitar su reforma*, Madrid, 1782, p. 143.

44 En este sentido, Pacheco sostenía que la reincidencia “fúndase en la mayor perversidad que esa reincidencia arguye en el reo; fúndase en el hábito que este va adquiriendo de caer en un determinado delito; fúndase en la mayor alarma que concibe la sociedad respecto a un hombre que, castigado por cierta culpa vuelve a cometerla a pesar del castigo con que se le quiso corregir. PACHECO, J. F.: *El Código Penal. Concordado y Comentado*, T. I, 2ª ed., Madrid, 1856, p. 239.

45 MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: *La reincidencia: tratamiento dogmático...*, ob. cit., p. 182.

Esta vinculación se muestra nítida en la postura sostenida por JIMÉNEZ DE ASÚA. Este autor relaciona ambos términos señalando que el hábito es “más y menos que la reincidencia”; más porque no basta con la repetición de infracciones, siendo necesario que, en todo caso, esa insistencia se convierta en costumbre y se incorpore al modo de ser del sujeto, y menos porque no resulta necesario para reconocer la habitualidad que se haya dado la hipótesis de la reincidencia, siendo suficiente con que se verifiquen un conjunto de infracciones en concurso real⁴⁶. Este autor sostenía que la habitualidad debía reemplazar al vetusto concepto de reincidencia, ya que en su opinión, no resulta relevante la mera repetición de un delito, sino el indicio de peligrosidad, es decir, la tendencia al crimen, que ya el primer acto puede ser capaz de revelar⁴⁷.

Este cambio de enfoque del concepto de reincidencia al de habitualidad es el que reclama una parte importante de la doctrina que insiste en la conveniencia de sustituir la agravación por reincidencia por la aplicación de medidas de seguridad. No se trata, por tanto, del castigo por la repetición de la conducta, sino de neutralizar el peligro que se deduce del estado en el que ha demostrado encontrarse el sujeto mediante la repetición de esa conducta. Ni la peligrosidad ni la tendencia pueden servir de fundamento a la agravación de la pena por reincidencia, pues, de lo contrario, nos situaríamos frente a un Derecho penal de autor. Estas circunstancias solo podrían justificar la aplicación de medidas de seguridad, en caso de que se comprobasen los restantes presupuestos necesarios.

En un tercer grupo, encontramos a los autores que pretenden ver en la reincidencia un aumento de la culpabilidad por el hecho. En este sentido, se pronunció MAURACH. Para este autor, la admonición que implica la primera condena genera una mayor o más actual conciencia de la antijuricidad del segundo hecho, por lo

que, en el sujeto reincidente se verificaría un aumento de la culpabilidad por el hecho. También en este sentido se manifiesta CERESO MIR, para quien la reincidencia supone una mayor reprochabilidad personal de la conducta antijurídica, ya que el delincuente comete un nuevo hecho delictivo a pesar del juicio desvalorativo que ha recibido su anterior conducta y, en caso de haber cumplido la pena, de haber recibido un tratamiento tendente a conseguir su reinserción social⁴⁸.

La pretensión de justificar el aumento de pena con base en la mayor culpabilidad del sujeto reincidente no correrá mejor suerte que sus predecesoras. Esta teoría parte de la base de una premisa no comprobada: que el sujeto que ha sufrido condena por un delito presenta una mayor conciencia de la antijuricidad en el momento de reincidir. Por otro lado, la misma validez podría predicarse de la idea contraria; así, podría sostenerse que el sujeto que ya ha delinquido presenta menos frenos inhibitorios frente a la repetición de la conducta, razón por la que la culpabilidad frente al segundo hecho podría ser, incluso, menor. En este sentido se pronuncian DONNA y IUVARO, sosteniendo que la reincidencia no puede tener otro efecto que el de disminuir la culpabilidad, porque la reiteración crea hábito, que es lo más difícil de vencer, por lo que, según la opinión de estos autores, la única vía para hablar de una mayor culpabilidad sería la culpabilidad de autor⁴⁹. Con esta postura, se llega a la conclusión de que mediante la aplicación de la agravante de reincidencia se utiliza la menor culpabilidad del sujeto para agravar la pena.

Esta opinión no constituye una propuesta aislada. Así, una significativa corriente doctrinal se ha expresado en términos similares. En este sentido, BAUMANN considera que la reincidencia es ambivalente, ya que puede mostrar una mayor energía criminal o bien responder a una personalidad lábil, donde la estabilidad ha disminuido precisamente por la ejecución de la con-

46 JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Principios de Derecho Penal. La Ley y el delito*, Buenos Aires, 1990, p. 542. Del mismo, ver: *El estado peligroso del delincuente y sus consecuencias ante el Derecho penal moderno*. Conferencia por Luis Jiménez de Asúa en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1920, p. 24. También en este sentido: Quintano Ripollés, A.: *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., Madrid, 1966, p. 241.

47 JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Principios de Derecho Penal...*, ob. cit., p. 538. También Jaén Vallejo sitúa en la tendencia al delito el fundamento de la agravación por reincidencia. JAÉN VALLEJO, M.: “Reincidencia y Derecho penal de la Culpabilidad”, ob. cit., p. 721.

48 CERESO MIR, J.: *Estudios sobre la moderna Reforma penal española*, Madrid, 1993, p. 202. En opinión de Alonso Álamó, la reincidencia agrava la pena por la mayor culpabilidad del agente, lo que en opinión de la autora se explica por el mayor desprecio hacia los bienes jurídicos manifestado en la realización de un nuevo delito después de haber sufrido condena. ALONSO ÁLAMO, M.: *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general*, Tesis Doctoral, Valladolid, 1981, p. 673. También Rodríguez Devesa sitúa el fundamento en una mayor culpabilidad al expresar: “la ley eleva su nivel de exigencia de una conducta distinta frente al que ha sido anteriormente condeñado”. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1974, p. 634. En similar sentido: GARCÍA, L. M.: *Reincidencia y punibilidad. Aspectos constitucionales y dogmática penal desde la teoría de la pena*, Buenos Aires, 1992, p. 121.

49 DONNA, E. A. y IUVARO, M. J.: *Reincidencia y culpabilidad...*, ob. cit., p. 70.

dena anterior⁵⁰. También STRATENWERTH sostiene que, en la mayor parte de los casos, el sujeto reincidente se caracteriza por su debilidad de voluntad o por defectos de la personalidad. En opinión de este autor, ni siquiera en los casos de mayor energía criminal está justificado el aumento de la pena, ya que mayor energía criminal no equivale a aumento del poder de inhibición frente al delito, sino que, al contrario, suele ser índice de una menor resistencia al delito⁵¹. Esta fue, precisamente, una de las razones que llevaron a que los redactores del Proyecto Alternativo de Código Penal alemán propusieran la derogación de la agravante de reincidencia y su sustitución por el tratamiento en instituciones adecuadas⁵².

También la propuesta de ZAFFARONI conduce a resultados similares. En opinión de este autor, en lugar de una mayor conciencia de la antijuricidad, en la reincidencia habría, por lo general, una menor culpabilidad. De esta manera, el ejercicio anterior del poder punitivo, manifestado a través de la ejecución de la condena, generaría un aumento del nivel del estado de vulnerabilidad del sujeto, lo que, necesariamente, obliga al Estado a acotar el marco de la respuesta frente al delito⁵³. No obstante, para poder comprender la propuesta de ZAFFARONI es necesario situarla en el marco de su propia teoría de la culpabilidad.

Así, la teoría de la culpabilidad por vulnerabilidad del autor argentino parte de la existencia de verdaderos estereotipos negativos, en los que el sujeto puede verse envuelto como consecuencia de determinados caracteres personales que le son propios, como puede ser la raza o el estrato social. Este estereotipo o tipicidad social negativa determinará un alto nivel de vulnerabilidad que expondrá al sujeto como constante sospechoso y lo impulsará a la criminalización. En la medida en que la selección de individuos para la determinación

de los estereotipos sea injusta y no tenga que ver con la gravedad de los hechos realizados, estos caracteres no podrán serle imputados al sujeto y deberán descontarse de la medida de la pena que indica la culpabilidad por el acto. Según la teoría de este autor, el reconocimiento de la culpabilidad por vulnerabilidad no implica necesariamente que el sujeto que responde a un estereotipo vaya a responder por debajo de la medida de la culpabilidad por el hecho, ya que también será necesario tener en cuenta la magnitud del esfuerzo realizado por el individuo para, a partir de este estado de vulnerabilidad, llegar a la situación concreta.

Para ZAFFARONI, en la reincidencia el nivel de estado de vulnerabilidad del sujeto puede aumentar por el mismo ejercicio del poder punitivo correspondiente a la condena anterior, que pudo elevar la estigmatización del individuo al provocar desempleo y rechazo social⁵⁴, por lo que, en la mayor parte de los supuestos de reincidencia estaremos frente a una culpabilidad disminuida. Con este razonamiento, el autor llega a la conclusión de que, en la generalidad de los casos, es el Estado el que debe cargar con la responsabilidad de la reincidencia de las personas⁵⁵.

A partir de las propuestas analizadas llegamos a la conclusión de que no puede presumirse una mayor conciencia de la antijuricidad por el mero hecho de que el sujeto haya sufrido condenas anteriores. Resulta sumamente complicado comprobar en qué medida y en qué sentido ha influido en el sujeto el cumplimiento de la condena precedente. Si a través de la imposición de una pena se pretende, entre otros objetivos, lograr un efecto de intimidación para que el sujeto se inhíba de cometer hechos similares en el futuro, no puede negarse que, en muchas ocasiones y, especialmente cuando se trata de penas privativas de libertad, la aplicación de la pena consigue el efecto contrario. En este sentido, puede

50 BAUMANN, J.: *Strafrechtsreformgesetz, Ergänzung zum Lehrbuch Strafrecht Allgemeiner Teil 5 Auflage 1968*, Bielefeld, 1970, p. 58.

51 STRATENWERTH, G.: *Tatschuld und Strafmesung*, Tübingen 1972, p. 16. En este sentido, también se pronuncia Zugaldía Espinar, para este autor en el reincidente suele haber menor culpabilidad por el hecho debido a "una menor capacidad de resistencia frente al delito que le dificulta la posibilidad de atender a la llamada de la normas —debido en muchos casos a deficiencias de personalidad o educaciones y a factores de debilitamiento de la voluntad, marginación o pobreza— (...) lo que es incompatible con una mayor punición del autor al volver a delinquir". ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: "Sobre la inconstitucionalidad...", ob. cit., p. 86. También Haffke considera que en la mayor parte de los casos la culpabilidad del reincidente es menor. HAFFKE, B.: "Reincidencia y medición de la pena"..., ob. cit., p. 242. En el caso de Mir Puig, el autor ha sostenido que "en el reincidente concurre una menor capacidad de resistencia frente al delito que puede verse como una menor culpabilidad al volver a delinquir". MIR PUIG, S.: "Observación a los Títulos preliminar y primero del proyecto de Código penal de 1980", en *La Reforma Penal Penitenciaria*, La Coruña, 1980, p. 512.

52 MIR PUIG, S.: *La reincidencia en el Código Penal*, Barcelona, 1974, p. 542.

53 ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A. y SLOKAR, A.: *Derecho Penal. Parte General...*, ob. cit., p. 1010.

54 ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A. y SLOKAR, A.: *Derecho Penal. Parte General...*, ob. cit., p. 1006.

55 ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A. y SLOKAR, A.: *Derecho Penal. Parte General...*, ob. cit., p. 1012.

afirmarse que resulta mucho más sencillo vencer los frenos inhibitorios para la comisión de hechos delictivos cuando ya se han realizado conductas similares en el pasado. Esta circunstancia abre, sin duda, la puerta a la consideración de una posible menor culpabilidad del sujeto reincidente.

No obstante, esta no es la única razón por la que consideramos adecuado negar la fundamentación de la reincidencia en un aumento de la culpabilidad. Por otro lado, entendemos que las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal que implican una agravación de la pena deberían fundamentarse solamente con base en un incremento del injusto⁵⁶. Así, partiendo de la concepción de la culpabilidad que la define como actuación injusta pese a la asequibilidad normativa⁵⁷, consideramos que la culpabilidad permite establecer si el autor, en una situación dada, fue capaz de conducir su comportamiento y pudo atender a los mandatos normativos⁵⁸. No obstante, es necesario tener en cuenta que la culpabilidad es un presupuesto de la pena y, a la vez, un elemento que posibilita su medición⁵⁹. Como presupuesto de la pena, la culpabilidad permitirá reprochar el hecho a su autor; así, el sujeto se hace culpable cuando tiene la capacidad de comportarse de acuerdo a la norma y no adopta ninguna de las alternativas de comportamiento que le son psíquicamente accesibles⁶⁰. De esta forma, si las condiciones de motivación fueron normales, se puede atribuir plenamente el injusto a su autor; en caso contrario, solo se podrá atribuir el hecho de forma parcial. Con ello, sólo está determinada la fundamentación de la pena.

Por otro lado, la culpabilidad también condicionará la medida de la pena. Se tratará de establecer, en virtud de la culpabilidad, el límite máximo de la pena. Para al-

gunos autores, la doctrina de la medición de la pena se convertirá en una verdadera ciencia autónoma, donde se establecerán estos límites en función de otros puntos de vista que no han sido utilizados para determinar el presupuesto de la pena. En opinión de ROXIN, estos elementos serán el valor del bien jurídico lesionado, el grado de su lesión y la actitud interna del sujeto frente al hecho⁶¹. Contra esta opinión, ZAFFARONI rechaza la posibilidad de que en el terreno de la cuantificación penal opere una ampliación que no provenga de la proyección de las categorías del delito, es decir, considera que no pueden existir fuentes habilitadoras del poder punitivo que no provengan del delito⁶².

Este último autor plantea una diferencia fundamental entre la teoría del delito y la teoría de la pena. Según esta postura, el delito es percibido de modo estático y la tipicidad penal que proviene de un segmento temporal, que es el de la acción acompañada de una exteriorización o resultado, fija ese momento mediante la comparación con la figura legal. Por otro lado, en la teoría de la pena, los caracteres del delito se proyectan desde una perspectiva dinámica. Así, como el conflicto social es dinámico y continúa evolucionando luego del momento fijado por la tipicidad, puede explicarse que en la medición de la pena se tengan en cuenta circunstancias posteriores, como la reparación del delito, pero ello no significa que se trate de elementos independientes del delito, sino que, simplemente son elementos captados desde distinta perspectiva. Para ZAFFARONI, por tanto, la medida de la pena debe ser la medida de la culpabilidad, pero esta última no será diferente de la culpabilidad por el delito, sino la misma pero contemplada desde una perspectiva dinámica⁶³.

56 MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: *La reincidencia: tratamiento dogmático...*, ob. cit., p. 198.

57 ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte general*, T. I, Madrid, 1999, p. 807. Contra esta opinión: GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Teoría General de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Valencia, 1998, p. 22. Quien considera que las circunstancias agravantes no deben basarse ni en un aumento de la culpabilidad ni de la antijuricidad, sino en el criterio de la necesidad de pena. En el mismo sentido: MONGE FERNÁNDEZ, A.: *La circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena*, Barcelona, 2009, p. 140. Considera que las circunstancias agravantes pueden justificarse en un aumento de la culpabilidad o de la antijuricidad: CEREZO MIR, J.: "El tratamiento de los delincuentes habituales en el borrador de Anteproyecto de Código Penal. Parte General", en *Política Criminal y Reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Madrid, 1993, p. 250. Respecto a esta problemática, ampliamente: Pérez Alonso, E. J.: *Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes "indeterminadas" en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Madrid, 1995, p. 40. Alonso Álamo, M.: *El sistema de las circunstancias...*, ob. cit., p. 4.

58 ROXIN, C.: "Qué queda de la culpabilidad en Derecho Penal", en *Cuadernos de política Criminal*, n.º 30, 1986, p. 685.

59 El principio de culpabilidad condicionará, por un lado el sí de la pena y, por otro, el cuánto de la pena. Bacigalupo, E.: *Principios de Derecho Penal. Parte general*, Madrid, 1998, p. 110.

60 ROXIN, C.: "Qué queda de la culpabilidad...", ob. cit., p. 685.

61 ROXIN, C.: "Qué queda de la culpabilidad...", ob. cit., p. 686.

62 El autor considera que el poder punitivo debe guardar proporción con la culpabilidad normativa que es el indicador de mayor aproximación de la cuantía de la pena; así, la teoría de la pena no puede crear de forma autónoma indicadores ampliatorios de ese poder. ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A. y SLOKAR, A.: *Derecho Penal. Parte General...*, ob. cit., p. 987.

63 ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A. y SLOKAR, A.: *Derecho Penal. Parte General...*, ob. cit., p. 988.

En nuestra opinión, al igual que ZAFFARONI, consideramos que la culpabilidad que permite la medición de la pena no debe alejarse de la configuración que ha permitido fundamentar el delito. Si la culpabilidad expresa el reproche de un hecho concreto, la culpabilidad por el acto será mayor o menor en virtud de la gravedad del injusto, ya que la gravedad del hecho no es un elemento extraño a la culpabilidad⁶⁴. Entendemos, por tanto, que una vez fijada esa cuantía, la misma no debería ser aumentada en virtud de un posterior elemento cifrado en la actitud interna del autor, que no forma parte de esa culpabilidad⁶⁵. Es necesario considerar que la actitud interna del autor, solo tiene significación típica en casos excepcionales a través de los elementos subjetivos específicos del injusto⁶⁶. Más allá de la teoría del delito, no existe habilitación del Estado para fundamentar el poder punitivo. No obstante, sí puede ser posible contar con elementos reductores que responden a criterios preventistas. Además, es necesario tener presente que la consideración de los motivos por los que el sujeto llevó a cabo su hecho como fundamento de la agravación de la pena implica una moralización del derecho que debe ser evitada⁶⁷. Esta situación no se adecúa a la realidad de nuestra legislación, donde el artículo 22 agrava la pena cuando el hecho es cometido por motivos racistas o discriminatorios⁶⁸. Se trata de una disposición legal que merece un profundo rechazo y cuyos fundamentos no deben ser trasladados al ámbito de la reincidencia.

Todo lo dicho nos lleva a insistir en que el fundamento de la reincidencia no puede ser determinado en función de una mayor culpabilidad⁶⁹. Primero, por la imposibilidad de determinar una presunción de aumento de la conciencia de la antijuricidad, situación que no necesariamente se produce y que, en la mayor parte de los casos de delincuencia habitual, opera a la inversa; y, en segundo término, por la inconveniencia de fundar un mayor reproche en circunstancias relativas a la actitud interna del autor, que solo a él le competen y que nos retrotraen a un derecho penal de carácter moralizante.

A pesar de la constante evolución del pensamiento penal, todavía hoy es posible sostener que una figura que se encuentra aún vigente en nuestra legislación, como es la agravante de reincidencia, responde a objetivos propios del positivismo. No es posible llegar a otra conclusión, ya que con la utilización de esta circunstancia se pretende procurar la defensa y tranquilidad de la sociedad, a costa del sacrificio del individuo⁷⁰ y donde la fundamentación que subyace se sitúa indudablemente en un reproche al sujeto por su forma de ser y su consecuente peligrosidad⁷¹. A estas objeciones será necesario añadir, además, la evidente contradicción que ya fuera denunciada por QUINTANO RIPOLLÉS en 1966 y que se refiere a la desigualdad de trato entre el sujeto reincidente y aquel cuyos actos son enjuiciados en un mismo proceso y sometidos a las reglas del concurso⁷². Así, el autor resaltaba el hecho de que resulta

64 En este sentido, señala Zaffaroni que la magnitud del injusto es parte de la culpabilidad y es un límite para esta. ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A. y SLOKAR, A.: *Derecho Penal. Parte General...*, ob. cit., p. 988.

65 En el mismo sentido: MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: *La reincidencia: tratamiento dogmático...*, ob. cit., p. 198.

66 Muñoz Conde, F. y García Arán, M.: *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p. 269.

67 Contra esta opinión, Zaffaroni considera la valoración de los motivos como parte integrante de lo que llama la "culpabilidad por el acto". Para este autor, la calidad de los motivos que determinaron al sujeto a delinquir es la base incuestionable del reproche de culpabilidad por el acto. Así, el grado de aberración del motivo vendrá determinado por la medida de la incompatibilidad de éste con la preservación de los bienes jurídicos, por lo que será, en general, menos reprochable quien mata por venganza que quien lo hace por placer. ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A. y SLOKAR, A.: *Derecho Penal. Parte General...*, ob. cit., p. 1004. Del mismo, también ver: *En torno a la cuestión penal*, Montevideo-Buenos Aires, 2005, p. 240.

68 También en este sentido, sostienen Muñoz Conde y García Arán que a pesar de lo entendible de la preocupación por la realización de delitos impulsados por determinadas ideologías, ello no elimina el hecho de que, en estos casos, el delito se agrava por algo que pertenece al fuero interno del autor, lo que impide encontrar razones para que la gravedad objetiva del delito se vea incrementada. Muñoz Conde, F. y García Arán, M.: *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p. 487.

69 En este sentido, sostiene Roxin que un principio de culpabilidad "consecuentemente cumplido" apoya la exigencia de renunciar a una agravación de la pena para los reincidentes. ROXIN, C.: "Qué queda de la culpabilidad...", ob. cit., p. 676.

70 En opinión de Donna y Iuvaro, la explicación de la agravación de reincidencia podría reducirse a la siguiente idea: dado el fracaso de la pena privativa de libertad se debe aumentar la presión estatal sobre el individuo, segregándolo del resto de las personas. DONNA, E. A. y IUVARO, M. J.: *Reincidencia y culpabilidad...*, ob. cit., p. 70.

71 En este sentido, Zugaldía Espinar ha calificado a la introducción de la reincidencia en el Código penal como una "rabieta legislativa", destacando que con esta decisión el "poder legislativo opera como lo haría el médico inepto e irritado: demostrada la ineficacia de un medicamento en dosis terapéuticas, suministra al paciente una sobredosis del mismo medicamento aun sabiendo que ello puede producir con toda seguridad efectos graves, e irreversibles, cuando no letales." Zugaldía Espinar, J. M.: Prólogo a la obra de Elena B. Marín de Espinosa Ceballos: *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, Granada 1999, p. XXII.

72 QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Comentarios al Código Penal*, ob. cit., p. 237. En sentido similar: GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870...*, ob. cit., p. 494.

chocante que la agravación de la pena dependa, no ya de la conducta personal del culpable, sino de acontecimientos totalmente ajenos al mismo, como es la actuación judicial⁷³. De esta forma, la habilidad o torpeza del delincuente, o la diligencia de la policía, pueden determinar que un sujeto que comete varios robos se vea beneficiado de los topes máximos de cumplimiento de la pena o, incluso, de los efectos del delito continuado, mientras que a otro que comete un segundo delito, sin estar cancelados los antecedentes penales anteriores, le sea aplicada una pena agravada. La razón de esta situación solo puede encontrarse en la ficción legal que consiste en suponer que la pena tiene una eficacia correctiva sobre el delincuente, y si este efecto no se verifica, ello indudablemente significa que el sujeto es especialmente rebelde o peligroso y que requiere de una dosis punitiva mayor. Como puede observarse, en todo caso la justificación de esta figura siempre gira en torno a la personalidad del autor y su consecuente peligrosidad⁷⁴.

A pesar de la tendencia histórica de utilizar la reiteración delictiva para agravar la condena, no deberíamos ceder a la tentación de considerar a la reincidencia como una circunstancia agravante, ya que esta concepción no encuentra argumento alguno para su fundamentación. De esta forma, no puede compartirse la teoría de que la reincidencia se justifica por un incremento del injusto, ya que cada lesión o puesta en peligro de un bien jurídico es independiente de la anterior, por lo que la gravedad del último hecho no puede verse alterada, de ninguna manera, por la mera existencia de condenas anteriores. Tampoco parece acertado mantener que la fundamentación se halla en la presencia de particulares características personales del autor. La peligrosidad es un juicio de probabilidad que no puede fundamentar la

imposición de una pena y que no puede ser presumida por la Ley a partir del único dato de la repetición de hechos delictivos. Este rechazo, además, deberá extenderse a la concepción de la culpabilidad por la conducción de vida, que pretende castigar la totalidad de las decisiones erradas del sujeto a lo largo de su vida, situaciones que nada tienen que ver con el hecho concreto que se enjuicia.

Por último, entendemos que la fundamentación de la agravante de reincidencia no podrá hallarse en la supuesta existencia de un aumento de la culpabilidad por el hecho. Al igual que sucede en relación con la peligrosidad, tampoco puede establecerse una presunción legal que señale la existencia de una mayor conciencia de la antijuricidad simplemente por el hecho de que el sujeto haya cumplido condenas anteriores; incluso, puede sostenerse, que en la mayor parte de los casos la culpabilidad será menor, al ser la reincidencia un índice de menor resistencia frente al delito. No obstante, debemos considerar que, aun cuando el sujeto hubiera actuado con mayor conciencia de la antijuricidad, esta circunstancia no debería determinar, por sí misma, un aumento de la pena, ya que, en nuestra opinión, los aspectos relacionados con la actitud interna del sujeto no deben ser tenidos en cuenta para la medición de la pena. En conclusión, puede mantenerse que la reincidencia no justifica, en ningún caso, un aumento de la respuesta punitiva al delito⁷⁵.

A todo esto hay que añadir que los graves problemas de fundamentación de los que, a nuestro criterio, adolece esta agravante se verán incrementados en el supuesto de la agravante de multirreincidencia, donde a esta falta de justificación se sumarán los problemas constitucionales ya planteados y, muy particularmente, una evidente falta de proporcionalidad de la respuesta punitiva⁷⁶.

73 QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Comentarios al Código Penal*, ob. cit., p. 237.

74 De esta opinión: GARZÓN REAL, B. y MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: "Reincidencia y Constitución"..., ob. cit., p. 2.

75 En este sentido, Groizard y Gómez de la Serna expresaba: "hemos condenado que se levantara una circunstancia agravante apoyándola sobre la criminalidad intrínseca del agente, ya que era de todo punto imposible sustentarla sobre la criminalidad extrínseca de la acción, única base racional y justa sobre que deben gravitar las penas". GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870. Concordado y Comentado*, T. I, Madrid, 1902, p. 499. En el caso de Serrano Gómez, el autor en el año 1976 sostuvo: "la agravación de la sanción en la reincidencia —y en la reiteración— hay que basarla en la mayor culpabilidad del sujeto —sin perjuicio de que también suponga una mayor peligrosidad—...". SERRANO GÓMEZ, A.: "La reincidencia en el Código Penal", ob. cit., p. 79. Posteriormente, el citado autor modificará su criterio, expresándose en los siguientes términos: "aunque en alguna ocasión he defendido que la agravante de reincidencia había que fundamentarla en una mayor culpabilidad y peligrosidad del sujeto (...) sin embargo ahora me muestro inclinado a una posible derogación, tanto de la reiteración como de la reincidencia". SERRANO GÓMEZ, A.: "Habitualidad y reincidencia", *Separata de la Revista de la facultad de Derecho - Universidad Católica Andrés Bello*, n.º 27, Caracas, 1980, p. 143. En el mismo sentido: GARZÓN REAL, B. y MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: "Reincidencia y Constitución"..., ob. cit., p. 3.

76 En este sentido, Alonso Álamo ha sostenido que al reintroducir la reincidencia, el legislador ahonda en las dificultades para justificar la agravante desde la perspectiva del injusto o de la culpabilidad, y al posibilitar la elevación de la pena por encima del marco legal ordinario, ignorando con ello la posible peligrosidad del autor y el derecho de medidas, produce un indudable efecto perturbador. ALONSO

III. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD APLICABLES AL SUJETO IMPUTABLE

La evidencia de que la fundamentación de la regulación de la agravante de reincidencia se basa en criterios positivistas llevó a una significativa parte de la doctrina a criticar su existencia y a solicitar su derogación. Si el legislador pretende con esta figura neutralizar la peligrosidad criminal del sujeto y lograr su temporal inocuidad a través de un aumento de la duración de la pena, no cabe duda de que, decididamente, ha errado en el método. Ni la peligrosidad puede fundamentar un aumento de la pena, ni este pronóstico puede ser presumido por la Ley a partir de la mera reiteración de conductas. En este sentido, se ha señalado que no es el factor de la repetición de hechos delictivos el que resulta significativo, sino la existencia de una costumbre de delinquir, esto es, la existencia de un estado, —un hábito—, del que pueda inferirse el pronóstico de futuro que implica la peligrosidad.

Con base en estas consideraciones se ha reclamado la vigencia de un verdadero sistema dualista, un sistema que haga uso de penas y medidas de seguridad, no solo frente al delincuente inimputable o semi-imputable, sino también frente al delincuente plenamente responsable, siempre que sea posible llevar a cabo un juicio de peligrosidad⁷⁷. Para una parte de la doctrina, se trata de conseguir la plena compatibilización de los conceptos

de peligrosidad y culpabilidad que, en su opinión, no se habría logrado hasta el momento. En este sentido, entiende BACIGALUPO ZAPATER que “la evolución hacia un auténtico Derecho penal de la culpabilidad se encuentra detenido por la férrea resistencia que opone una concepción monista del sistema de sanciones, que no ha puesto en duda la utilización de la pena para resolver el problema de la peligrosidad”⁷⁸. De esta forma, la prolongación de la pena que no se podría fundamentar con base en la culpabilidad por el hecho, se justificaría en virtud de la existencia de peligrosidad criminal, bajo la forma de una medida de seguridad.

Esta es precisamente la fórmula que ensayó el pre-legislador de 2012, siguiendo los lineamientos generales del Código penal alemán y que fue rápidamente abandonada por las numerosas críticas recibidas. Es necesario considerar que si la agravante de reincidencia presenta problemas de adecuación con los dogmas constitucionales (particularmente en su variante de multirreincidencia), además de un evidente déficit de fundamentación, el recurso a las medidas de seguridad aplicables a sujetos imputables no implicará problemas de un calado menor.

Cuando el Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 14 de noviembre de 2008 propuso la incorporación al Código penal español de la figura de la libertad vigilada bajo la forma de una pena accesoria, la doctrina, de forma prácticamente unánime, criticó esta deci-

ÁLAMO, M.: “Delito de conducta reiterada (Delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia”, en Octavio de Toledo y Ubieta, E., Gurdí Sierra, M. y Cortés Bechiarelli, E. (coord.): *Estudios Penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004, p. 73.

77 En este sentido: MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: *La reincidencia: tratamiento dogmático...*, ob. cit., p. 371. MONGE FERNÁNDEZ, A.: *La circunstancia agravante de reincidencia...*, ob. cit., p. 138. De la misma autora, también ver: “Aproximaciones dogmáticas a la circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 95, Madrid, 2008, p. 129. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: “Sobre la inconstitucionalidad...”, ob. cit., p. 88. Del mismo, ver: “Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, n.º 1, Madrid, 2009, p. 202. CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, T. III, Madrid, 2005, p. 174. SANZ MORÁN, A. J.: “Reflexiones en torno a la idea de ‘Libertad Vigilada’”, en Arangüena Fanego, C.: *Espacio Europeo de libertad, seguridad y Justicia: Últimos avances en Cooperación Judicial Penal*, Valladolid, 2010, p. 298. REQUEJO RODRÍGUEZ, P.: “Peligrosidad Criminal y Constitución”, en *Indret*, Barcelona, julio 2008, p. 20. BOLDOVAR PASAMAR, M. A.: “Consideraciones Político-criminales sobre la introducción de la pena de libertad vigilada” en Casanueva Sanz, I. y Pueyo Rodero, J. A. (coord.): *El Anteproyecto de Modificación del Código Penal de 2008: algunos aspectos*, Bilbao, 2009, p. 66. FEIJOO SÁNCHEZ, B.: “La Libertad vigilada en el Derecho Penal de adultos”, en Díaz-Maroto y Villarejo, J. (dir.): *Estudios sobre las reformas del Código Penal*, Pamplona, 2011, p. 233. ALONSO ÁLAMO, M.: “Delito de conducta reiterada...”, ob. cit., p. 56. NISTAL BURÓN, J.: “La nueva medida de “custodia de seguridad”. Una respuesta complementaria frente a los delincuentes más peligrosos (A propósito de la nueva medida de seguridad privativa de libertad que prevé el proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal de 1995)”, en *Diario La Ley*, n.º 8035, 4 de marzo de 2013. AGUDO FERNÁNDEZ, E.: “La nueva agravante de reincidencia cualificada en la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 81, Madrid, 2003, p. 457. En el mismo sentido, Mir Puig en el año 1974 proponía la supresión de la agravante de reincidencia bajo la consideración de que “debería bastar a las necesidades preventivas la asignación de medidas de seguridad que el art. 4 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social efectúa para los casos de habitualidad demostrativa de peligrosidad.” MIR PUIG, S.: *La reincidencia en el Código Penal*, ob. cit., p. 546. En contra y poniendo de manifiesto los peligros que encierran las medidas de seguridad: ASÚA BATARRITA, A.: *La Reincidencia...*, ob. cit., p. 451. AGUADO LÓPEZ, S.: *La multirreincidencia y la conversión de faltas...*, ob. cit., p. 139.

78 BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Principios de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Madrid, 1997, p. 22.

sión⁷⁹. Las razones para ello se centraron en el hecho de que muchos autores consideraron que se trataba de un instituto que no encontraba su fundamento en la culpabilidad por el hecho sino en la peligrosidad, por lo que, necesariamente, debía revestir la forma de una medida de seguridad. Finalmente, la reforma del Código penal realizada en el año 2010 incorpora la libertad vigilada como una medida de seguridad que permitirá la imposición al penado de determinadas obligaciones, una vez que haya cumplido su condena y se encuentre en libertad. Pese a que el fundamento y la justificación de esta medida resultan cuando menos “cuestionables”, la “asumible” entidad de la carga que implica ha permitido una relativamente tranquila incorporación al catálogo de medidas de seguridad de nuestro ordenamiento⁸⁰. Una situación totalmente distinta se verificará en torno a la medida de la custodia de seguridad.

Esta medida, importada de legislaciones extranjeras, resulta sumamente cuestionable, ya que permite la prolongación de la privación de libertad del sujeto una vez cum-

plida la pena de prisión, con el único objeto de neutralizar su supuesta peligrosidad criminal⁸¹. De forma unánime la doctrina alemana ha destacado el carácter de *ultima ratio* de esta figura⁸²; pese a ello, en los últimos años se han relajado los requisitos formales para su aplicación y, consecuentemente, se ha multiplicado su utilización⁸³.

En las páginas que siguen se analizarán los problemas de constitucionalidad y fundamentación de esta figura. Se trata de determinar si la custodia de seguridad es una alternativa válida y legalmente admisible para reemplazar a la agravante de reincidencia o si, por el contrario, es necesario buscar nuevas alternativas que nos permitan enfrentar, desde otra perspectiva, el ya “clásico” problema del delincuente habitual.

1. La custodia de seguridad: Problemas de constitucionalidad

La larga trayectoria recorrida por la custodia de seguridad en el Derecho penal alemán no ha estado exenta

79 En la Exposición de Motivos el pre-legislador justificaba su decisión de la siguiente forma: “*Si bien es cierto que la pena privativa de libertad cuenta entre sus fines el de satisfacer las exigencias de la prevención especial, no lo es menos que en numerosas ocasiones no logra responder plenamente a este objetivo. Esta situación destaca por su gravedad en los casos de delinquentes sexuales y terroristas donde las características de los hechos revelan al mismo tiempo una especial peligrosidad por parte de los autores y una gran dificultad en su tratamiento. Esta circunstancia hace necesaria la creación de una nueva pena accesoría, denominada “libertad vigilada” cuya conformación estará adecuada a un fin principal, a saber: el de lograr la reinserción del sujeto a la sociedad*”. Al respecto: MUÑOZ CONDE, F.: “Análisis de algunos aspectos del Anteproyecto de Reforma del Código Penal español de 14 de noviembre de 2008”, en *Revista Penal*, n.º 24, Valencia, 2009, p. 113. A favor de la incorporación en el Código penal de la libertad vigilada como pena accesoría: GARCÍA ALBERO, R.: “Ejecución de penas en el proyecto de Reforma. Estudio de un problema concreto: ¿Qué hacer con los reos habituales o reincidentes en los que subsiste la peligrosidad criminal tras el licenciamiento definitivo?”, en *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea: la política criminal europea*, Valencia, 2008, pp. 127. NISTAL BURÓN J.: “La nueva medida de “libertad vigilada”. Problemática jurídica que conllevaría su cumplimiento”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 793, Pamplona, 2010, p. 14.

80 Por entonces, Silva Sánchez consideraba la decisión de limitar las medidas de seguridad aplicables a sujetos imputables a la libertad vigilada era “una opción innecesariamente arriesgada”, entendiendo que debía regularse la custodia de seguridad, aunque solo fuera para los casos más graves. SILVA SÁNCHEZ, J. M.: “La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto”, en *Diario La Ley*, n.º 7464, 9 de septiembre de 2010.

81 A favor de esta decisión se manifestó Manzanares Samaniego en los siguientes términos: “La timorata respuesta de nuestro Código Penal de 1995 a las manifestaciones más graves de criminalidad ha quedado indiscutiblemente de manifiesto con la excarcelación, entre otros, de asesinos terroristas que han abandonado la cárcel demasiado pronto y sin el menor síntoma de arrepentimiento o resocialización (...) parece que, por fin (...) nos colocaremos a la par de esos países de honda tradición democrática, aunque sea con décadas de retraso y tras parcheos poco ortodoxos en cuanto al cumplimiento efectivo de las penas.”. MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: “Comentarios a la reforma de la parte general del Código Penal conforme al nuevo Anteproyecto de ley Orgánica (III). De las medidas de seguridad”, en *Diario la Ley*, n.º 7999, 11 de enero de 2013.

82 Por todos: SCHÖCH, H.: en Satzger, H., Schmitt, B. y Widmaier, G. (ed.): *StGB. Strafgesetzbuch Kommentar* (Introducción al § 66) 1. Ed., 2009, p. 574.

83 Al respecto: BEST, D.: “Das Rückwirkungsverbot nach Art. 103 Abs. 2 GG und die Maßregeln der Besserung und Sicherung (§ 2 Abs. 6 StGB)”, en *ZStW*, 2002, n.º 114, p. 88. EISENBERG, S. y SCHLÜTER, S.: “Extensive Gesetzesauslegung bei Anordnung von Sicherungsverwahrung”, en *NJW*, 2001, p. 188. HAMMERSCHLAG, H.: “Das Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten”, en *NStZ*, 1998, p. 321. KINZIG, J.: “Das Gesetz zur Einführung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung”, en *NJW*, 2002, p. 3204. ULLENBRUCH, T.: “Verschärfung der Sicherungsverwahrung auch rückwirkend- populär, aber verfassungswidrig”, en *NStZ*, 1998, p. 326. BRANDT, R.: *Sicherheit durch nachträgliche Sicherungsverwahrung? Zugleich ein Beitrag zur restriktiven Auslegung ihrer formellen Voraussetzungen*, Konstanz, 2008, p. 3. POLLÄHNE, H.: “Trennwende im Strafrecht? Aktuelle Entwicklungen im Maßregelrecht unter besondere Berücksichtigung der Sicherungsverwahrung”, en *Schleswig Holsteinische Anzeigen. Justizministerialblatt für Schleswig-Holstein für das Jahr 2005*, p. 135.

de críticas sobre su posible incompatibilidad con los preceptos constitucionales. Al respecto, las reformas emprendidas por el legislador en el último decenio, con el objeto de extender la aplicación de la medida, han logrado reunir la mayor parte de las objeciones. En su afán por procurar seguridad a los ciudadanos, aunque para ello sea necesario limitar en exceso los derechos fundamentales de los condenados, el legislador alemán decidió en 2002 permitir que el Tribunal se reservase en la sentencia el derecho a decidir la imposición de la custodia hasta el momento de cumplimiento de la condena, bajo el pretexto de una supuesta dificultad para determinar con anterioridad la existencia de peligrosidad criminal⁸⁴. En 2004, la preocupación por los llamados “casos antiguos” lleva nuevamente al legislador a profundizar en la misma dirección, permitiendo que la medida sea decretada antes de la excarcelación, aún en aquellos supuestos en los que no hubiera en la sentencia pronunciamiento alguno sobre la imposición de la medida⁸⁵. Estas decisiones, que pueden ser consideradas “extremas” en un Estado de Derecho, provocaron, como no podía ser de otra manera, numerosas dudas sobre su adecuación a los derechos a la libertad personal y a la seguridad, reconocidos en los artículos 2 y 104 II de la Ley Fundamental alemana.

La marcada diferenciación teórica que caracteriza a la relación entre penas y medidas de seguridad en el Código penal alemán permite, como es posible observar, una notoria relajación de las garantías penales en el ámbito de las medidas de corrección y seguridad. Así, se considera que desde el momento en que las penas están sujetas al principio de culpabilidad y las medidas a la peligrosidad criminal, estas últimas no se encuentran limitadas a la extensión de la gravedad del hecho, por lo que el juicio de proporcionalidad solo debe estar referido a la supuesta duración de la peligrosidad criminal⁸⁶. Tampoco resultará aplicable el principio de irretroactividad en el ámbito de las medidas de seguridad⁸⁷. Esta circunstancia posibilitó la asunción, por parte del

legislador alemán, de las decisiones referidas a la reserva y a la retroactividad en la imposición de las medidas.

El Anteproyecto de Reforma del Código penal español, actualmente en tramitación, propone la vinculación temporal de las medidas de seguridad a la peligrosidad criminal, tal como se lleva a cabo en el modelo alemán. Por otro lado, en relación a la posibilidad de su aplicación retroactiva, al menos hasta que el contagio del afán punitivo siga extendiéndose en nuestro país, se trata de una premisa que resulta incompatible con la realidad de nuestra legislación. En España el reconocimiento de la naturaleza sancionatoria de las medidas de seguridad implica, necesariamente, la extensión a las mismas de las garantías penales que rodean al instituto de la pena. Por esta razón, en este trabajo nos centraremos en el análisis de aquellas objeciones constitucionales que se han opuesto en Alemania a la regulación de la custodia de seguridad y que, en nuestra opinión, podrían ser trasladadas a la legislación española si esta asumiera, finalmente, la controvertida figura. En este sentido, debe destacarse la posible vulneración de los siguientes principios:

1) Dignidad humana, art. 1 GG: al respecto, se ha sostenido que la custodia de seguridad lesiona la dignidad humana al tratar al hombre como un objeto con el fin de satisfacer exigencias utilitaristas. No obstante, la doctrina mayoritaria ha rechazado este planteamiento con base en la consideración de que el Estado está facultado para luchar contra la peligrosidad del delincuente habitual, aún cuando ello implique sobrepasar la medida de la culpabilidad. Así, se ha sostenido que para poder decidir en qué casos está justificada la intervención, será necesario realizar una ponderación de intereses entre las necesidades de protección de la comunidad y los derechos del individuo; si de esta comparación resulta que el interés general es el preponderante, podrán imponerse cargas al individuo aún cuando ello implique una elevada afectación de sus intereses⁸⁸.

84 Ley de Introducción de la reserva en la imposición de la custodia de seguridad de 21 de agosto de 2002.

85 Ley de introducción de la imposición posterior de la custodia de seguridad de 23 de julio de 2004. También ver: Ley de reforma de la vigilancia de conducta y de modificación de las disposiciones sobre imposición posterior de la custodia de seguridad, de 17 de abril de 2007.

86 § 62 StGB: „Grundsatz der Verhältnismäßigkeit: Eine Maßregel der Besserung und Sicherung darf nicht angeordnet werden, wenn sie zur Bedeutung der vom Täter begangenen und zu erwartenden Taten sowie zu dem Grad der von ihm ausgehenden Gefahr außer Verhältnis steht.“ Al respecto: KINZIG, J. y STREE, W. en Schönke, A. y Schröder, H.: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28. ed., Munich, 2010, p. 965. SCHÖCH, H. en *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, T. III, 12ª ed., Berlin, 2012, p. 426. BÖLLINGER, L. y POLLÄHNE, H. en Kindhäuser, U., Neumann, U. y Paeffgen, H. U.: *Strafgesetzbuch*, T. I, 3 ed., Baden-Baden, 2010 p. 2142.

87 Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 5 de febrero de 2004.

88 Al respecto: HANACK, E. W. en *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, T. III, 10ª. ed. 185, p. 213. SCHÖCH, H. en *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, ob. cit., p. 425. Contra esta opinión, se ha sostenido que “la fundamentación de las medidas en una supuesta

2) Mandato de determinación, art. 103 GG y 7

CEDH: las críticas en torno a la posible violación de este principio se centraron en dos cuestiones. La primera de ellas se refiere a la indeterminación temporal de la medida de custodia de seguridad establecida por la Ley de represión de los delitos sexuales y otros delitos peligrosos en 1998⁸⁹. En segundo término, se ha puesto de manifiesto la inseguridad jurídica que conlleva la utilización de conceptos sumamente difíciles de definir como la “tendencia al delito” o, incluso, la “peligrosidad criminal”. Así, cuando el legislador alemán utiliza estos conceptos para delimitar los requisitos materiales necesarios para la aplicación de la custodia de seguridad, provoca que, en la práctica, la imposibilidad de conocer con exactitud la extensión del término y las dificultades para su comprobación empírica, conduzcan a la aplicación automática de la medida, siempre que se verifiquen los requisitos formales previstos⁹⁰. Con ello, estos requisitos pierden la función de límite que están destinados a ejercer.

3) Proscripción del trato inhumano y degradante, art. 104 I GG y art. 3 CEDH: este mandato podría ser vulnerado por la excesiva duración de la privación de libertad que la custodia de seguridad implica, así como por la incerteza de su conclusión⁹¹.

4) Principio de culpabilidad: la posible quiebra al principio de culpabilidad se funda en el hecho de que la custodia de seguridad supone una privación de libertad que no está determinada por la comisión de una infracción delictiva sino, solamente, por la posibilidad de que el sujeto cometa hechos

delictivos en el futuro. Podría hablarse, por tanto, de verdaderas medidas pre-delictuales. La convivencia de penas y medidas de seguridad podría suponer, de esta manera, la vulneración del principio de culpabilidad, ya que las medidas podrían funcionar como un verdadero coladero que permitiera extender indefinidamente la sanción sin ningún límite ni justificación⁹².

5) Presunción de inocencia, art. 6 II CEDH: al respecto, se ha sostenido que en la medida en que se aplica la custodia de seguridad, en virtud de un juicio de probabilidad que indica que es factible que el sujeto vuelva a delinquir, se está presuponiendo este hecho y se está vulnerando, con ello, el principio de presunción de inocencia⁹³.

Sobre estos extremos ha tenido la oportunidad de pronunciarse el Tribunal Constitucional alemán en la sentencia de 5 de febrero de 2004. En esta ocasión, el Tribunal consideró que tanto la aplicación retroactiva de esta medida, como la reserva para su posterior imposición, eran medidas compatibles con los mandatos constitucionales. En esta sentencia, también se aclaró que la custodia no vulnera la dignidad humana, ya que, si bien es cierto que este principio obliga a enfocar la privación de libertad hacia la resocialización del sujeto, ello no obsta a la necesidad de la prolongación indefinida de la privación de libertad, cuando sea el mismo sujeto el que rechace las ofertas de tratamiento y siga siendo peligroso hasta el final de sus días. De esta forma, la dignidad humana, según el Tribunal, no obliga a fijar un tope máximo de duración de la medida, ya que es imposible saber cuánto durará la peligrosidad del sujeto. Es necesario señalar que los postulados defendidos por el Tribunal Constitucional en la referida sen-

ponderación de intereses facilita enormemente el paso a la justificación de auténticas vulneraciones de derechos fundamentales”. GARCÍA RIVAS, N.: “La libertad vigilada y el Derecho penal de la peligrosidad”, en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 16, 2011, p. 19.

89 „Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten un anderen gefährlichen Straftaten”, de 26 de enero de 1998. Esta Ley rebaja notablemente los requisitos para la imposición de la medida de custodia de seguridad, especialmente en el caso de los delitos sexuales y violentos, además de suprimir el límite máximo de 10 años de internamiento previsto hasta el momento.

90 En este sentido: JANSING, J. D.: *Nachträgliche Sicherungsverwahrung Entwicklungslinien in der Dogmatik der Sicherungsverwahrung*, Münster, 2004, p. 77. KINZIG, J.: “Die Praxis der Sicherungsverwahrung”, en *ZStW*, n.º 109, 1997, p. 127. Así, al no ser posible determinar de forma fehaciente qué sujetos poseen esa inclinación al delito, ni cuáles son los requisitos que deben cumplirse para inferir de la tendencia la peligrosidad, los referidos conceptos pierden la función de límite que deberían garantizar. FISCHER, T.: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 59. ed., 2012, p. 573. En el mismo sentido: SCHÜLER-SPRINGORUM, H.: “SV ohne Hang?”, en *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, año 79, p. 154. A pesar de ello, también se ha sostenido que estas dificultades han podido ser superadas gracias a una adecuada interpretación jurisprudencial de los conceptos. Al respecto: SCHÖCH, H.: en Satzger, H., Schmitt, B. Y Widmaier, G. (ed.): *StGB. Strafgesetzbuch Kommentar*, ob. cit., p. 574.

91 CANO PAÑOS, M.: “El marco jurídico y criminológico de la custodia de seguridad (*Sicherungsverwahrung*) en el Derecho Penal alemán”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 91, Madrid, 2007, p. 240.

92 WEBER, M y REINDL, R.: “Sicherungsverwahrung. Argumente zur Abschaffung eines umstrittenen Rechtsinstituts”, en *Neue Kriminalpolitik*, n.º 1, 2001, p. 19.

93 Al respecto: KINZIG, J.: “Das Gesetz zur Einführung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung”, en *NJW*, 2002, p. 3204.

tencia fueron considerados por una parte de la doctrina como una radical manifestación de un Derecho Penal de la seguridad⁹⁴. En este contexto, fue la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de diciembre de 2009 la que provocó en Alemania la urgencia de un total replanteamiento de la configuración de la custodia de seguridad.

Más allá de considerar que la retroactividad de la custodia vulnera el principio de irretroactividad previsto en el artículo 7.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la relevancia de esta sentencia se centra en el hecho de que pone en duda la verdadera naturaleza de esta institución. En opinión del Tribunal, el régimen de privación de libertad de “por vida” que puede resultar de su imposición, no se adecúa a exigencias preventivo-especiales, sino a fines de prevención general característicos del derecho sancionatorio. El Tribunal también cuestionará el régimen de cumplimiento de la medida por su extremada similitud con la pena de prisión (que se cumple en el mismo centro aunque en módulos especiales) concluyendo que, si bien es cierto que un sistema dualista que aplique penas y medidas de seguridad a los delincuentes imputables puede ser compatible con las normas del Convenio, en este caso en concreto, la custodia de seguridad reviste la forma de una pena y, por lo tanto, debe estar revestida de todas las garantías que le son propias a esta institución⁹⁵.

A raíz de este pronunciamiento, el Tribunal Constitucional alemán cambia su criterio en la sentencia de 4 de mayo de 2011. Por entonces, el Tribunal declara incompatible con la Ley Fundamental la prolongación de la custodia de seguridad más allá de los 10 años para los casos anteriores al 31 de enero de 1998, así como la aplicación retroactiva de la medida. Además, establece la prolongación hasta el 31 de mayo de 2013 de las previsiones de la custodia de seguridad, aunque con algunas limitaciones. De esta forma, ya no resulta posible la aplicación retroactiva de la custodia de seguridad, salvo para los casos de extrema gravedad en los que exista peligro de comisión de hechos delictivos

graves y siempre que el sujeto sufra alguna enfermedad mental. En esta sentencia, el Tribunal también pone de manifiesto que la privación de libertad que implica la custodia de seguridad debe llevarse a cabo junto con un tratamiento intensivo enfocado hacia la prevención especial, el cual debe comenzar desde el inicio mismo del cumplimiento de la pena de prisión, sin que sea posible esperar a que ésta finalice⁹⁶.

En España, el Anteproyecto de Reforma de Código penal de 11 de octubre de 2012 pretendía incorporar en el artículo 101⁹⁷ la medida de custodia de seguridad siguiendo los lineamientos básicos del modelo alemán. El texto del Anteproyecto exigía la concurrencia de los siguientes requisitos:

- 1) que el sujeto fuera condenado a una pena mínima de 2 años por uno o más delitos comprendidos en el número 1 del artículo 100 (tráfico de drogas, terrorismo, delitos cometidos con violencia e intimidación, entre otros);
- 2) que el sujeto hubiera sido anteriormente condenado por uno o varios delitos de los mencionados a una pena mínima de 2 años, de la cual se hubieran extinguido en prisión al menos 18 meses;
- 3) que existiera una tendencia al delito de la que pueda deducirse su peligrosidad criminal;
- 4) como alternativa a los requisitos anteriores se planteaba la posibilidad de aplicar la custodia de seguridad cuando el sujeto hubiera sido condenado a una pena mínima de 5 años de prisión por un delito de terrorismo, tráfico de drogas, contra la vida, la integridad física, la libertad o la libertad e indemnidad sexuales, siempre que también fuera posible verificar la tendencia y la peligrosidad criminal.

En cuanto a la duración de esta medida, el artículo 101.6 establecía que la custodia de seguridad tendría una duración de diez años, transcurridos los cuales, la misma quedaría extinguida y se impondría al sujeto una medida de libertad vigilada con una duración máxima de cinco años. Esta decidida apuesta del pre-legislador

94 En este sentido, se ha indicado que la sentencia “reflejaba con claridad el estado de opinión mayoritario en la doctrina alemana, basado en la necesidad de responder a la peligrosidad sin sujeción a los límites inherentes al Derecho penal de la culpabilidad”. GARCÍA RIVAS, N.: “La libertad vigilada...”, ob. cit., p. 19. En sentido similar: SÁNCHEZ LÁZARO, F. G.: “Alarma social y Derecho Penal”, en *Indret*, Barcelona, febrero 2008, p. 9.

95 Ver: GERGER, A.: „Herausforderung Sicherungsverwahrung - Wie die Praxis mit der Entscheidung des EGMR (M. Gegen Deutschland) umgehen kann“, en *NStZ*, 2010, p. 676. También al respecto, ver: SILVA SÁNCHEZ, J. M.: “¿Es la custodia de seguridad una pena?”, en *Indret*, n.º 2, 2010.

96 Al respecto: HÖRNLE, T.: „Der Streit um die Sicherungsverwahrung Anmerkung zum Urteil des 2. Senats des BVerfG vom 4.5.2011“, en *NStZ*, 2011, p. 450. MOSBACHER, A.: “Das aktuelle Recht der Sicherungsverwahrung im Überblick“, en *HRRS. Onlinezeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, núm. 6-7, 2001, p. 229.

por la adopción de un sistema dualista puro encontró una férrea oposición tanto por parte de un importante sector de la doctrina, como del Consejo General del Poder Judicial, que en su Informe al Anteproyecto manifestó tener “serias dudas” sobre la constitucionalidad de la regulación propuesta que, en su opinión, era “altamente imprecisa e indefinida”⁹⁸.

Menor resistencia encontró esta medida en la Fiscalía General del Estado⁹⁹. Este órgano sostuvo en su informe que la medida de custodia de seguridad no es contraria a la doctrina del Tribunal Constitucional. Al respecto, llama la atención la afirmación de la Fiscalía toda vez que el Tribunal Constitucional en su sentencia

23/1986 mantuvo que “la concurrencia sobre un mismo hecho de pena y medida de seguridad son, pues, contrarias al principio de legalidad penal, ya que por un lado no cabe otra condena —y la medida de seguridad lo es— que la que recaiga sobre quien haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal, y por otro lado, no es posible sin quebrantar el principio non bis in idem, íntimamente unido al de legalidad, hacer concurrir penas y medidas de seguridad sobre tipos de hechos igualmente definidos, y ello aunque se pretenda salvar la validez de la concurrencia de penas y medidas de seguridad diciendo que en un caso se sanciona la ‘culpabilidad’ y en el otro la ‘peligrosidad’”. Si bien es

97 Artículo 101: “1.- El Juez o Tribunal impondrán, además de la pena que corresponda, la custodia de seguridad del penado, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

1. Que le haya sido impuesta una pena mínima de tres años impuesta por uno o varios de los siguientes delitos:

a. Delitos contra la vida, la integridad física, la libertad, la libertad o indemnidad sexual.

b. Tráfico de drogas.

c. Delitos cometidos con violencia o intimidación sobre las personas, incluidos los delitos patrimoniales.

d. Delitos contra la comunidad internacional.

e. Delitos de riesgo catastrófico o de incendio.

f. Delitos de terrorismo.

2. Que hubiera sido anteriormente condenado por uno o varios de los delitos a que se refiere el apartado anterior a una pena mínima total de dos años, de la que hubiera extinguido ya en prisión al menos dieciocho meses. A estos efectos se entenderá cumplido en prisión todo el tiempo de cumplimiento efectivo de la pena, aunque lo hubiera sido en régimen abierto.

3. Que exista un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión futura de alguno de los delitos a que se refiere el 68 punto 1 de este apartado. Este pronóstico será derivado de la valoración conjunta de las circunstancias personales del penado, de los delitos cometidos por él, y de las circunstancias concurrentes en los mismos que pongan de manifiesto su tendencia a la comisión de esos delitos.

2.- También se impondrá, junto con la pena, la custodia de seguridad, cuando el penado lo haya sido a una pena mínima de cinco años de prisión impuesta por la comisión de varios de los delitos a los que se refieren las letras a), d) ó f) del número 1 del apartado anterior, y se acredite además el cumplimiento del requisito del número 3 del apartado anterior.

3.- A los efectos de este artículo, no se computarán las condenas cuando hubieran transcurrido más de cinco años entre su imposición y la comisión del nuevo delito. Dentro de este plazo no se computará el tiempo en que el sujeto hubiera estado cumpliendo una medida privativa de libertad o una pena de prisión, aunque hubiera sido en régimen abierto.

4.- La custodia de seguridad se cumplirá en un establecimiento especial, conforme a un plan individualizado de tratamiento orientado a la reinserción social del sometido a la medida. También podrá ser cumplida en establecimientos de cumplimiento de penas cuando ello resulte necesario o conveniente para favorecer su reinserción social.

5.- A los efectos de este artículo, se valorarán las condenas impuestas por los Tribunales de la Unión Europea, así como las que lo hubieran sido por otros Tribunales en un proceso desarrollado de conformidad con los principios del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

6.- La custodia de seguridad tendrá una duración de diez años. Transcurrido este plazo, la medida quedará extinguida y se impondrá al sujeto una medida de libertad vigilada con una duración máxima de cinco años.”

98 En su Informe, el CGPJ llamó la atención sobre el hecho de que obligatoriamente al término de la custodia de seguridad debiera imponerse una medida de libertad vigilada, lo que no sucede frente a otras medidas de seguridad privativas de libertad. En opinión del Consejo, se trata de una previsión censurable, ya que si al término del plazo previsto para el cumplimiento de la custodia de seguridad no se verifica peligrosidad criminal, no hay razón alguna para la imposición de la libertad vigilada.

99 Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal, aprobado el 20 de diciembre de 2012. En este Informe la Fiscalía manifestó sus dudas sobre el carácter obligatorio de la imposición de la custodia de seguridad dada la intensidad de la afectación del bien jurídico libertad que esta medida provoca. No obstante, la Fiscalía llega a la conclusión de que estas dudas pueden ser despejadas debido a la posibilidad de verificación, una vez acabada la condena, del mantenimiento de la peligrosidad criminal, así como también, por la existencia de controles periódicos durante el cumplimiento de la medida. Además, la Fiscalía señaló la necesidad de aclarar la enumeración de delitos que llevan aparejada la aplicación de la custodia, ya que las denominaciones utilizadas no son afortunadas al no corresponderse con las empleadas en el Código penal. En el mismo sentido, criticando la aplicación obligatoria de la libertad vigilada tras el cumplimiento de la custodia de seguridad: MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: “Comentarios a la reforma de la parte general del Código Penal...”, ob. cit.

cierto que estas afirmaciones tuvieron lugar en relación con las medidas de seguridad previstas en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social que contenía verdaderas medidas pre-delictuales, lo significativo es que el Tribunal expresa claramente su oposición tanto a la imposición de medidas sin delito como a la posibilidad de acumular penas y medidas de seguridad frente a un mismo hecho. Entendemos, en consecuencia, que el cambio de contexto histórico no altera, en este caso, la validez y la vigencia de estas manifestaciones¹⁰⁰.

A su vez, el Consejo General del Poder Judicial no fue el único en señalar la posible inconstitucionalidad de la regulación de la custodia de seguridad propuesta por el Anteproyecto de 2012. Al respecto, las objeciones se centraron en la incompatibilidad con los siguientes mandatos constitucionales:

1) Obligación de que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estén orientadas a la reeducación y reinserción social (artículo 25. 2 CE): en la medida en que la regulación propuesta no incluye ningún contenido relativo a la finalidad terapéutica de la custodia de seguridad, se ha sostenido que se trata de una medida materialmente sancionadora cuya única finalidad es la intimidación y la inoquización del sujeto¹⁰¹. Al respecto, el legislador señala en el apartado 4 del artículo 101, que la custodia de seguridad “se cumplirá en un establecimiento especial, conforme a un plan individualizado de tratamiento orientado a la reinserción social del sometido a la medida”, para aclarar a continuación que “también podrá ser cumplida en establecimientos de cumplimiento de penas cuando ello resulte necesario o conveniente para favorecer su reinserción social.” No deja de resultar inquietante que el legislador se apresure a aclarar que la medida podrá ser cumplida en una

prisión normal, pues parece difícil imaginar que pueda resultar favorable para la reintegración del sujeto el hecho de permanecer en un centro penitenciario una vez cumplida la pena impuesta. Al respecto, la doctrina ha llamado la atención sobre la realidad de la situación económica actual, que hace prever que estas medidas muy probablemente se cumplirán en prisiones frente a la imposibilidad material de habilitar centros especiales al efecto¹⁰².

2) Principio de Proporcionalidad (art. 17 CE): de la regulación del Anteproyecto se desprende que una persona que es condenada por un hecho delictivo a una pena de 3 años de prisión puede ver aumentada la privación de libertad en 10 años por la aplicación de la custodia de seguridad. Al respecto, se ha sostenido, con razón, que “no existe test alguno de proporcionalidad que pueda admitir semejante desproporción”¹⁰³. A esta circunstancia se suma el hecho de que, pese al pretendido carácter excepcional del que debe gozar la medida, a partir de la enumeración de delitos que dan lugar a su aplicación se desprende que la misma no queda restringida a la delincuencia grave¹⁰⁴. Por otro lado, la custodia podría resultar aplicable frente a delitos de menor entidad, como puede ser un delito de amenazas condicionales del artículo 169 del Código penal. Escapa a cualquier criterio racional la posibilidad de aplicar una medida de custodia de seguridad, y con ella una extensión de la privación de libertad de 10 años, frente a la comisión de un hecho de esta entidad. Tampoco parece adecuada la imposición de esta medida a los delitos de coacciones, sobre todo teniendo presente la interpretación extensiva del concepto de violencia utilizada de forma generalizada por la jurisprudencia, que lleva a la aplicación de este término frente a he-

100 Contra este criterio, Requejo Rodríguez considera que es posible que el Tribunal Constitucional al momento de dictar estas sentencias estuviera condicionado por la particular configuración de las medidas de seguridad de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, que eran verdaderas medidas pre-delictuales. REQUEJO RODRÍGUEZ, P.: “Peligrosidad Criminal y Constitución”..., ob. cit., p. 17.

101 AAVV, en Álvarez García, F. J. (dir.): *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma de Penal de 2012*, Valencia, 2012, p. 399. En similar sentido: NISTAL BURÓN, J.: “La nueva medida de “custodia de seguridad”...”, ob. cit. Contra estas opiniones Sierra López considera que no es posible invocar la vulneración del art. 25.2 CE ya que la finalidad resocializadora no es el único fin perseguido por las sanciones. SIERRA LÓPEZ, M. V.: *La medida de libertad vigilada*, 2013, Epígrafe 3, (Tol 3671067).

102 AAVV, en Álvarez García, F. J. (dir.): *Estudio Crítico...*, ob. cit., p. 399. También en este sentido, Sáez Rodríguez considera que a partir de la regulación propuesta da la sensación de que el legislador abandona del todo la esperanza de recuperación de este tipo de delincuentes. SÁEZ RODRÍGUEZ, C.: “La vigésimo novena reforma del Código Penal de 1995, una modificación innecesaria”, en *La Ley penal*, n.º 101, 2013, p. 6. Contra esta opinión, Manzanares Samaniego considera que “quizás sería más realista convertir la excepción en norma general y única”. MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: “Comentarios a la reforma de la parte general del Código Penal...”, ob. cit.

103 AAVV, en Álvarez García, F. J. (dir.): *Estudio Crítico...*, ob. cit., p. 401.

104 MANSO PORTO, T., MOLINA BLÁZQUEZ, M. C. y RODRÍGUEZ HORCAJO, D. en Álvarez García, F. J. (dir.): *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma de Penal de 2012*, Valencia, 2012, p. 407.

chos que poco tienen que ver con la agresión física a una persona¹⁰⁵.

3) Mandato de taxatividad, derivado del artículo

9.3 CE: la redacción del Anteproyecto de 2012 también adolece de algunos de los problemas específicos de la redacción de la Legislación alemana. En este sentido, el pre-legislador español también decide incluir el concepto de “delincuente por tendencia”, trasladando, con ello, a la regulación española toda la problemática referida a la interpretación de este término¹⁰⁶.

4) Convenio Europeo de derechos Humanos: según el art. 10.2 CE, las normas relativas a derechos fundamentales y a libertades deben interpretarse de conformidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Así, a pesar de que el pre-legislador en la Exposición de Motivos se esmera por aclarar que han sido incorporadas a la Legislación todas las exigencias formuladas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo cierto es que es posible sostener que el carácter materialmente punitivo y la carencia de un contenido terapéutico propio hace que la regulación de la custodia de seguridad propuesta sea contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos, según lo sostenido por la Jurisprudencia de su supremo intérprete, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso M. v. Alemania, de 17 de diciembre de 2009¹⁰⁷.

No obstante, más allá de las consideraciones relativas a la configuración que el Anteproyecto de 2012 diera a la propuesta de regulación de la custodia de seguridad, lo verdaderamente relevante a efectos de este estudio es determinar si es posible proponer una redacción que sea compatible con la Constitución española, es decir, si resulta viable la incorporación a nuestro De-

recho de la custodia de seguridad dentro de los límites de los postulados esgrimidos por la Carta Magna. En este sentido, entendemos que las objeciones decisivas se resumen en los dos puntos siguientes:

1) Principio *non bis in idem*, derivado del artículo

9 CE: tal como se ha indicado, el Tribunal Constitucional en la sentencia 23/1986 identifica a las penas y a las medidas de seguridad a partir de su contenido aflictivo, llegando a la conclusión de que la imposición conjunta de ambas instituciones vulnera el principio *non bis in idem*, que es reconocido como una manifestación del principio de legalidad. Intentando salvar estas objeciones, REQUEJO RODRÍGUEZ propone desvincular el *non bis in idem* del principio de legalidad y ligarlo al principio de proporcionalidad, sosteniendo que lo que en realidad prohíbe este mandato no es el doble reproche aflictivo sino la reiteración sancionatoria¹⁰⁸. Lo que la autora no tiene en cuenta es que, aun cuando el *non bis in idem* estuviera ligado al principio de proporcionalidad, también se produciría la vulneración de este principio al aplicar de forma conjunta una pena y una medida de seguridad al sujeto imputable. Así, en la medida en que la pena impuesta al sujeto es adecuada a la culpabilidad por el hecho, esta pena satisface el criterio de merecimiento de pena y, de lo que se deriva que la pretensión de satisfacer intereses preventivos no puede fundamentar un aumento sancionatorio. Por ello, la imposición de una medida de seguridad que se añade a la condena y que, indefectiblemente, también goza de carácter sancionatorio, sobrepasa cualquier juicio de proporcionalidad posible.

2) Principio de culpabilidad: si la sanción por un hecho delictivo debe ajustarse a la gravedad del

105 Esta situación choca con la afirmación realizada por el pre-legislador en la Exposición de Motivos donde sostiene que “la medida podrá ser impuesta únicamente en supuestos excepcionales de reiteración de la comisión de delitos de especial gravedad y constatación de la elevada peligrosidad del sujeto, y deberá ser cumplida con posterioridad a la pena de prisión que haya sido impuesta por el delito cometido.” Al respecto, no se entiende por qué el legislador considera que un delito que merece una pena de prisión de 3 años de duración es un supuesto de una gravedad tan elevada como para justificar la aplicación de la medida de custodia de seguridad.

106 En opinión de Sierra López, la utilización del concepto de “tendencia” da cobertura legal a un Derecho penal de autor, en la medida en que la custodia de seguridad se impone sobre la base de la inclinación delictiva del sujeto. SIERRA LÓPEZ, M. V.: *La medida de libertad vigilada...*, ob. cit.

107 AAVV, en Álvarez García, F. J. (dir.): *Estudio Crítico...*, ob. cit., p. 400.

108 La autora sostiene, además, que entre penas y medidas de seguridad existen diferencias de gran calado que podrían justificar su acumulación sin quiebra del *non bis in idem*. Para ello Requejo Rodríguez identifica dos caminos posibles: o bien negar la naturaleza sancionadora de las medidas, o reconocerles esta naturaleza pero subrayando la sustantividad propia de las medidas en relación a las penas. REQUEJO RODRÍGUEZ, P.: “Peligrosidad Criminal y Constitución”..., ob. cit., p. 18. En referencia a la primera opción, es necesario mencionar que fue el Tribunal Constitucional el que expresamente en la sentencia 23/1986 reconoció que las medidas de seguridad deben ser consideradas verdaderas sanciones. En segundo término, si bien es cierto que las penas están ligadas a la culpabilidad por el hecho y las medidas a la peligrosidad criminal, esta circunstancia no es suficiente como para justificar su acumulación teniendo en cuenta las escasas diferencias que se verifican en su forma y contenido.

hecho y a la extensión de la culpabilidad del autor¹⁰⁹, la imposición de una medida de seguridad que sobrepase notoriamente este límite no puede dejar de ser vista como un verdadero fraude que permite echar por tierra toda la construcción teórica que ha permitido dotar al Derecho penal de unos límites y garantías básicas para el individuo¹¹⁰.

Lo expuesto hasta el momento lleva a sostener que el sistema dualista de reacción frente al delito, en el caso de sujetos imputables, no supera el test de constitucionalidad porque se topa con la barrera infranqueable del principio de culpabilidad. Se trata un principio cuyo rango constitucional ha sido reconocido expresamente por el Tribunal Constitucional y que deriva del artículo 1 de la Constitución española, que reconoce a la justicia “*como valor superior del orden jurídico*”, y del artículo 10 del mismo Ordenamiento, que garantiza la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad. Así, puede sostenerse que el valor de la justicia determina que la pena deber ser proporcionada a la gravedad del hecho y que esta, a su vez, dependa de la reprochabilidad del autor. Por otro lado, la dignidad de la persona requerirá que los individuos sean considerados como un fin en sí mismos y que no sean utilizados como medio para obtener otros fines. Finalmente, el libre desarrollo de la personalidad va a presuponer que la actuación penal del Estado sea previsible y ajustada a límites¹¹¹.

En este sentido, creemos que el sistema dualista que propone la mera acumulación de penas y medidas de seguridad al sujeto imputable no puede superar la objeción que le acusa de tratarse de un fraude de etiquetas¹¹². Lo cierto es que la gravedad del hecho y la reprochabilidad a su autor deben marcar el límite de la intervención penal y que dicha barrera no puede ser franqueada con la excusa de reprimir una supuesta peligrosidad, cuya comprobación es, en la mayor parte de los casos, empíricamente imposible. En este sentido, compartimos plenamente la opinión de GARCÍA RIVAS cuando expresa que “si el juego consiste en concretar las garantías constitucionales en el espacio

dedicado al Derecho penal de la culpabilidad y prescindir de todas o de algunas de ellas en el “otro mundo” del Derecho penal de la peligrosidad, resulta evidente que cuando el legislador decida (y lo decide, sin rubor alguno) adoptar medidas extremas, no existirá el bagaje garantista necesario para oponerse a ellas.”¹¹³ Un Derecho penal de la peligrosidad es un Derecho penal imprevisible e ilimitado; se trataría, sin más, de un Derecho penal autoritario.

2. La custodia de seguridad: Problemas de fundamentación

A diferencia de lo que ocurre en el caso de la reincidencia, donde hay total desacuerdo en relación al fundamento de la figura, en el supuesto de las medidas de seguridad existe un absoluto consenso a la hora de señalar a la peligrosidad criminal como el criterio sobre el que se asienta esta institución. A pesar de la unanimidad en torno a este concepto, entendemos que es necesario replantearse la validez del mismo para fundamentar la imposición de verdaderas medidas afflictivas y sancionatorias.

La peligrosidad criminal es un juicio de probabilidad, esto es, un pronóstico de futuro sobre la probabilidad de que una persona que ya ha delinquirido vuelva a realizar en el futuro hechos de la misma naturaleza. Cuando este juicio se lleva a cabo en relación a un sujeto que presenta una alteración psíquica o, bien, sobre un individuo que sufre una adicción, existe una base sólida sobre la que se puede edificar un pronóstico de futuro. Sin retrotraernos a la vieja disputa acerca del determinismo y el indeterminismo, es posible sostener que se trata de individuos que están condicionados por una dolencia que los puede llevar, con un elevado nivel de seguridad, a la comisión de nuevos hechos delictivos. A esta situación se suma el hecho de que, en relación a los sujetos inimputables y semi-imputables, resulta difícil discutir la legitimación del Estado para intervenir e intentar eliminar todo obstáculo que se interponga al perfeccionamiento de la personalidad humana, es decir, para intentar recuperar al sujeto y que este pueda desa-

109 Al respecto, se ha señalado que en España se suele utilizar a la pena para combatir la peligrosidad, lo que queda evidenciado por la elevación de las mismas. MANSO PORTO, T., MOLINA BLÁZQUEZ, M. C. y RODRÍGUEZ HORCAJO, D. en Álvarez García, F. J. (dir.): *Estudio Crítico...*, ob. cit., p. 407.

110 En este sentido, se ha sostenido que la custodia de seguridad constituye una nueva condena de prisión sin un nuevo hecho, por lo que se trata de un mero alargamiento de la privación de libertad previamente impuesta sin un contenido propio. AAVV, en Álvarez García, F. J. (dir.): *Estudio Crítico...*, ob. cit., p. 398.

111 BACIGALUPO, E.: *Principios constitucionales...*, ob. cit., p. 157.

112 GARCÍA RIVAS, N.: “La libertad vigilada...”, ob. cit., p. 22.

113 GARCÍA RIVAS, N.: “La libertad vigilada...”, ob. cit., p. 20.

rollar una vida en sociedad plenamente satisfactoria¹¹⁴. Por ello, en el caso de las medidas de seguridad, existe plena unanimidad sobre la prioridad del objetivo de corrección frente al de aseguramiento¹¹⁵.

La situación es completamente diferente en el caso de las medidas de seguridad aplicables a sujetos plenamente responsables. En estos casos, la determinación de la peligrosidad es totalmente aleatoria, al no existir una base firme sobre la que pueda edificarse. Así, el principal indicio de esta peligrosidad será la existencia de una tendencia al delito, esto es, un hábito de delinquir que se pondrá de manifiesto frente a la reiteración de hechos delictivos. Otros factores a tener en cuenta serán, entre otros, el origen, la educación, el comportamiento social general del autor, la costumbre de beber, su inteligencia y su carácter y su forma de proceder con la familia o en el trabajo, en su tiempo libre¹¹⁶. Se trata de meros síntomas que serán presentados al juez a través del informe pericial y a partir de los cuales tendrá que decidir si concurre esta característica en el sujeto. De todo lo expuesto es fácil deducir la inseguridad jurídica que provoca esta situación¹¹⁷.

En este sentido, creemos que el concepto de peligrosidad criminal aplicado a sujetos plenamente imputables vulnera el principio de legalidad reconocido por la Constitución en el artículo 9.3 por el elevado grado

de su indeterminación. En este sentido, ha expresado BETTIOL que los sujetos imputables a los que se les aplica una medida de seguridad ven comprometidos sus derechos de libertad en nombre de una supuesta necesidad social que solo existe en la fantasía del positivismo criminológico, produciéndose, de esta manera, un choque con las exigencias formales y sustanciales de la legalidad, ya que la Ley prácticamente remite a la discrecionalidad del juez la fijación de la peligrosidad¹¹⁸. De acuerdo a este criterio, es posible sostener que la figura del delincuente habitual es simplemente una ficción jurídica creada para poder imponer a aquel sujeto cuya conducta despierta sospechas una resolución meramente preventiva¹¹⁹.

De la misma opinión será ZAFFARONI, quien considera que el concepto de peligrosidad criminal es “insostenible en la actualidad por doctrinariamente perimido, extraño al resto del texto legal, inverificable y esencialmente incompatible con la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.”¹²⁰ Así, el autor considera que una sanción no puede basarse en una suerte de “cábala judicial”, es decir, en un cálculo de probabilidades que resulta inverificable, ya que, indefectiblemente, todos los hechos futuros lo son. De esta manera, el autor propone una reinterpretación de este término para adaptarlo a los mandatos constitucionales, para ello, además, sería necesario

114 BETTIOL, G.: *Instituciones de Derecho Penal y Procesal*, Barcelona, 1977, p. 166.

115 Lo que en el caso de la Legislación alemana queda plasmado en el nombre que se da a estas medidas: “*Maßregeln der Besserung und Sicherung*”. Al respecto: SCHÖCH, H.: en Satzger, H., Schmitt, B. Y Widmaier, G. (ed.): *StGB. Strafgesetzbuch...*, ob. cit., p. 548.

116 Al respecto: HANACK, E. W.: *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, ob. cit., p. 233. También ver: RÖSSNER, D. y BEST, D. en Dölling, D., Duttge, G. y Rössner, D. (ed.): *Gesamtes Strafrecht. StGB/StPO/Nebengesetze*, 2. Ed., Baden-Baden, 2011, p. 625. KERN, J.: *Brauchen wir die Sicherungsverwahrung. Zur Problematik des § 66 StGB*, Frankfurt am Main, 1997, p. 21.

117 Contra esta opinión, Romeo Casabona sostiene que a pesar de que en los sujetos imputables no aparezcan alteraciones de la personalidad que afecten a su capacidad de culpabilidad, sí pueden presentarse en el delincuente ciertas características exteriorizadas en la ejecución del delito que sirvan de base para evidenciar su peligrosidad criminal. ROMEO CASABONA, C. M.: *Peligrosidad y Derecho Penal Preventivo*, Barcelona, 1986, p. 65.

118 BETTIOL, G.: *Instituciones de Derecho Penal y Procesal...*, ob. cit., p. 167.

119 En este sentido, sostiene Pérez Pinzón que la peligrosidad no existe por sí, sino que es el legislador o el investigador el que decide lo que es peligroso. PÉREZ PINZÓN, A. O.: *Curso de Criminología*, Bogotá, 1986, p. 12.

120 ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A. y SLOKAR, A.: *Derecho Penal. Parte General...*, ob. cit., p. 997. Es necesario aclarar que el autor se refiere al concepto de peligrosidad criminal del artículo 41 del Código Penal argentino. En el Código penal argentino no se prevén circunstancias agravantes y atenuantes genéricas. En este precepto, el legislador establece los criterios que tendrán que ser tenidos en cuenta por el juez para la individualización de la pena. Estos criterios serán los siguientes: “1º. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados; 2º. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.” De esta manera, el autor critica que la entidad de la pena pueda quedar determinada por un mero cálculo de probabilidades futuras. Así, considerando la naturaleza sancionatoria de las medidas de seguridad, entendemos que estas conclusiones pueden ser trasladadas sin problema a la problemática en estudio.

referir la peligrosidad a hechos pasados. Definida de esta forma, la peligrosidad criminal sería una característica del injusto del agente considerado *ex ante*¹²¹.

A las objeciones constitucionales que pueden oponerse al concepto de peligrosidad se añade el hecho, ya reconocido por KÖHLER, de que el sistema de doble vía aplicado a sujetos imputables nos conduce irremediablemente a la cúspide de la inconsecuencia. Ello se debe a que, mediante este sistema, al mismo autor se le castiga, primero, de forma adecuada a la culpabilidad y, con ello, se reconoce que se trata de una persona motivable por la norma, y, después, se determina que esta misma persona, debe ser custodiada, negando con ello el sentido y la validez de su raciocinio¹²². También, ha puesto de manifiesto esta situación SILVA SÁNCHEZ, sosteniendo que el sistema de la doble vía encierra un germen de contradicción que es preciso resolver¹²³. Al respecto, el autor citado plantea la posibilidad de que estas medidas tengan como fundamento “alguna forma de *autodegradación* del sujeto como agente libre”, lo que llevaría necesariamente a tener que sostener que detrás de ellas subyace una doctrina de la culpabilidad, más o menos próxima, a la culpabilidad por la conducción de vida¹²⁴.

Con base en lo expuesto, consideramos que no resulta admisible un sistema que niegue al sujeto la facultad de autodeterminarse. El tratamiento del delincuente habitual como un sujeto semi-imputable nos retrotrae a épocas pasadas, cuando se recurría a la consideración de la personalidad del sujeto y a la valoración de todas sus decisiones vitales para justificar los excesos de estados totalitarios. A día de hoy, esta concepción debería estar totalmente superada. Entendemos, por tanto, que sería necesario proceder a una discriminación, analizando en qué supuestos ha mediado una significativa disminución de la culpabilidad que pueda requerir una intervención particularizada del Estado y en qué casos el sujeto es plenamente responsable y debe, en consecuencia, responder en la medida determinada por la gravedad de sus actos.

IV. ¿EXISTEN ALTERNATIVAS POSIBLES?

Las consideraciones realizadas hasta el momento han puesto de manifiesto la improcedencia de recurrir a la agravante de reincidencia o a las medidas de seguridad para afrontar el problema de la delincuencia habitual. En el primer caso, la figura adolece de un evidente déficit de fundamentación. Así, descartada cualquier posibilidad de fundamentar la agravación por reincidencia en un aumento del injusto, la legislación penal parece basar el incremento de la pena en características personales del autor, esto es, en su mayor peligrosidad o perversidad, generando con ello, no pocas dudas sobre la incorporación a nuestra legislación de una forma de culpabilidad por la conducción de vida. A ello parece sumarse un cierto reproche por no haber atendido a la función resocializadora de la pena, circunstancia que queda de manifiesto por las a nuestro juicio, infundadas y extremadamente elevadas desigualdades punitivas existentes con respecto a las reglas concursales. A esta carencia de fundamento se suman, como hemos comprobado, importantes objeciones constitucionales en el caso de agravante de multirreincidencia.

En el extremo opuesto, el recurso a las medidas de seguridad presenta, en nuestra opinión, dificultades aún mayores. Así, consideramos que esta opción es inconstitucional por vulnerar los principios de culpabilidad y *non bis idem*. En la redacción propuesta por el Anteproyecto de 2012, en relación a la custodia de seguridad, sería necesario agregar también, y de forma muy destacada, la vulneración del principio de proporcionalidad. No obstante, estas no serán las únicas objeciones que puedan plantearse a un sistema dualista extremo, sino que también puede sostenerse que el concepto de peligrosidad criminal, sobre el que se asienta esta institución, atenta contra el principio de legalidad por su elevado grado de indeterminación. En esta línea de pensamiento, creemos fundamental resaltar que no resulta admisible que el Derecho penal considere a un sujeto plenamente responsable y, en virtud de ello,

121 El autor considera que esa peligrosidad tendría como objeto el esfuerzo del estado de derecho por contener las pulsiones del estado de policía. Según la teoría de Zaffaroni, el objeto de la peligrosidad no puede ser la sociedad, ya que la identificación entre estado y sociedad era realizada por el positivismo y conducía a una concepción autoritaria. Así, el autor explica que el estado de derecho se define de las pulsiones del estado de policía, de esta forma, todo impulso criminal importa un límite a la función contentora del poder punitivo, es decir, habilita un impulso punitivo del estado de policía lo que implica un peligro para el estado de derecho. Por ello, la peligrosidad del sujeto como característica de su injusto y considerada *ex ante*, es una amenaza para los límites del estado de derecho. ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A. y SLOKAR, A.: *Derecho Penal. Parte General...*, ob. cit., p. 998.

122 KÖHLER, M.: *Der Begriff der Strafe*, Heidelberg, 1986, p. 81.

123 SILVA SÁNCHEZ, J. M.: “¿Es la custodia de seguridad una pena?”, ob. cit., p. 3.

124 SILVA SÁNCHEZ, J. M.: “¿Es la custodia de seguridad una pena?”, ob. cit., p. 3.

le reproche la realización de un hecho delictivo, y al mismo tiempo entienda que está condicionado por la existencia de una tendencia, y que esta circunstancia permita habilitar una intervención totalmente desproporcionada con el hecho enjuiciado, esto es, el legislador debe decidir si el sujeto es plenamente responsable de sus actos o si, por el contrario, concurre algún factor que determine una disminución de la culpabilidad. Lo que es inadmisibles, en todo caso, es recurrir a una convivencia artificial entre la culpabilidad y la peligrosidad y utilizar esa construcción teórica en contra del reo.

El principio de culpabilidad como límite de la actividad punitiva del Estado es uno de los mayores logros del Estado de Derecho en la medida en que somete al poder punitivo a unos contornos fijos y determinados. Esta garantía se pierde por completo si junto a la culpabilidad se habilita al concepto de peligrosidad como fundamento de la intervención estatal sobre el mismo sujeto¹²⁵. Culpabilidad y peligrosidad son dos conceptos antagónicos cuya convivencia fue aceptada, hace ya muchos años, como única forma de contentar a dos posturas radicalmente opuestas¹²⁶. En países de nuestro entorno, donde se dio demasiado protagonismo al ámbito de la peligrosidad, esta opción no ha arrojado resultados positivos, lo que ha quedado de manifiesto por la necesidad de dar marcha atrás en los excesos cometidos. En España, hasta el momento el legislador había sabido mantenerse alejado de esta posibilidad, aún a costa de recurrir a un “mal menor” como puede ser la agravación por reincidencia. Entendemos que en esta extraña convivencia entre la culpabilidad y la peligrosidad es necesario proceder a una redefinición de los límites; de lo contrario, todas las conquistas obtenidas

a día de hoy por el Derecho penal pueden quedar en papel mojado.

Esta situación no nos puede llevar a olvidar, tampoco, la necesidad de encontrar una solución para ciertos casos de reiteración delictiva. En este sentido, creemos que la doctrina del Tribunal Supremo puede marcar las pautas para el desarrollo de una tercera vía. Hasta el momento, el mencionado Tribunal ha permitido la aplicación de medidas de seguridad en supuestos muy concretos frente a los cuales esta posibilidad no estaba prevista por la Ley¹²⁷. Se trata del caso del toxicómano que ha realizado el hecho con una culpabilidad disminuida y donde resulta aplicable una atenuante de grave adicción, o bien la atenuante por analogía, pero donde la afectación a sus facultades no es lo suficientemente relevante como para considerar que se trata de un sujeto semi-imputable¹²⁸.

De la misma manera, creemos que es posible recurrir a la vía de las atenuantes del artículo 21 para solucionar los supuestos más problemáticos de delincuencia habitual. En nuestra opinión, la aplicación de medidas de seguridad solo debería extenderse frente a casos muy determinados de delinquentes imputables, particularmente, aquellos que sufren trastornos de la personalidad que no permiten verificar una disminución de la imputabilidad debido a las características excesivamente acotadas de este concepto. De esta manera, la aplicación de las medidas de seguridad se realizaría conforme al actual sistema vicarial, con lo que se respetaría el límite máximo estipulado por la culpabilidad por el hecho¹²⁹. Creemos que se trata de una opción que implicaría un significativo adelanto, en cuanto permitiría reconocer aquellos casos de reiteración delictiva en

125 También en este sentido, sostiene Aguado López que la propuesta de aplicar medidas de seguridad logra de forma hábil sortear el principio de culpabilidad y sustraerse a las garantías que éste conlleva. AGUADO LÓPEZ, S.: *La multirreincidencia y la conversión de faltas...*, ob. cit., p. 141.

126 BUSTOS RAMÍREZ, J.: “Los mitos de la Ciencia penal del siglo XX: la culpabilidad y la peligrosidad”, en Díez Ripollés y otros (ed.): *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libor Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, p. 6. Sobre este particular: VON LISZT, F.: *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, 2007, p. 245. FRISCH, W.: “Das Marburger Programm und die Maßregeln der Besserung und Sicherung”, en *ZStW*, n.º 94, 1982, p. 571. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Introducción al Derecho Penal*, 4ª edición, Madrid, 2006, p. 353. JANSING, J. D.: *Nachträgliche Sicherungsverwahrung...*, ob. cit., p. 18.

127 Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1990; 29 de abril de 1991; 3 de julio de 1991; 9 de septiembre de 1991; 12 de febrero de 1993; 1498/2002, de 23 de septiembre; 628/2000, de 11 de abril; 524/2001, de 29 de mayo; 1374/2002, de 18 de julio.

128 Ampliamente al respecto, ver: MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: *La reincidencia: tratamiento dogmático...*, ob. cit., p. 372. GUIASOLA LERMA, C.: *Reincidencia y delincuencia habitual*, ob. cit., p. 150.

129 También Marín de Espinosa Ceballos se manifiesta a favor de esta opción, no obstante, de *lege refenda*, la autora propone la creación de medidas de seguridad que no estén limitadas por la culpabilidad por el hecho, al entender que éstas deben ser proporcionales a la peligrosidad del autor. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: *La reincidencia: tratamiento dogmático...*, ob. cit., p. 383. Por otro lado, Guisasaola Lerma, propone la combinación de penas y medidas de seguridad para el delincuente habitual imputable de acuerdo a las reglas del sistema vicarial; no obstante esta autora amplía notablemente el círculo de los sujetos destinatarios de las medidas con respecto a lo que se propone en este trabajo. GUIASOLA LERMA, C.: *Reincidencia y delincuencia habitual*, ob. cit., p. 153. En el caso de Bergalli, el autor considera adecuado recurrir a un sistema dualista donde las medidas de seguridad se cumplan con anterioridad a la pena y se

los que, efectivamente, se verifica una notable disminución de la culpabilidad; con ello, se lograría reforzar la persecución de los fines preventivo-especiales frente a sujetos que sí tienen necesidades particulares de tratamiento y, a la vez, se conseguiría respetar plenamente los derechos de los implicados.

En relación al resto de supuestos, entendemos que no es tarea del legislador penal intentar hacer cábalas de futuro, ni limitar la libertad del ciudadano, frente a lo que no puede ser considerado más que meras sospechas carentes de base legal¹³⁰.

computen sobre el total de la misma, siempre que el sujeto, a pesar de no revelar enfermedad psíquica alguna o perturbación de la personalidad, revele síntomas de futura habitualidad. BERGALLI, R.: *La recaída en el delito: modos de reaccionar contra ella*, Barcelona, 1980, p. 84.

130 Además, tal como propone Aguado López, no es posible olvidar que también la pena cumple una finalidad de prevención especial, que puede ser intensificada para intentar atajar la reiteración delictiva. Tal como sostiene la mencionada autora, parece una utopía crear centros especiales de tratamiento cuando en nuestro país faltan medios para llevar a cabo un tratamiento resocializador adecuado en la propia ejecución de la pena. AGUADO LÓPEZ, S.: *La multirreincidencia y la conversión de faltas...*, ob. cit., p. 141.