

TAPIA, Patricia, “Recensión: MALDONADO FUENTES, Francisco (Coord.), *Reincidencia y concurso de delitos. Reiteración delictiva*, Montevideo, Buenos Aires: IBdeF, Estudios y Debates en Derecho Penal dirigida por Silva Sánchez, J. M., 2016, 233 páginas.”

Polít. crim. Vol. 12, Nº 23 (Julio 2017), Rec. 1, pp. 610 – 615.
[http://www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_23/Vol12N23R1.pdf]

Recensión: MALDONADO FUENTES, Francisco, (Coord.) *Reincidencia y concurso de delitos. Reiteración delictiva*, Montevideo, Buenos Aires: IBdeF, Estudios y Debates en Derecho Penal dirigida por Silva Sánchez, J. M., 2016, 233 páginas

Review: MALDONADO FUENTES, Francisco, (Coord.) *Reincidencia y concurso de delitos. Reiteración delictiva*, Montevideo, Buenos Aires: IBdeF, Estudios y Debates en Derecho Penal directed by Silva Sánchez, J. M., 2016, 233 pages

Dra. Patricia Tapia Ballesteros*

La obra coordinada por el profesor MALDONADO FUENTES, tal y como él mismo advierte en la presentación, es el resultado derivado del seminario Internacional sobre “Tratamiento Jurídico penal de reiteración delictiva: Reincidencia y concurso de delitos”, celebrado el 26 de junio de 2015 en el Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca, en Santiago de Chile. En él se abordó la discusión en torno a los efectos de la reiteración delictiva tanto en lo que a la determinación de la pena se refiere, como en la regulación del concurso de delitos. Y para ello se contó con el análisis de los profesores Ángel José SANZ MORÁN, Fernando Guanarteme SÁNCHEZ LÁZARO, el propio Francisco MALDONADO FUENTES, Omar PALERMO y Juan Pablo MAÑALICH RAFFO, siguiendo el orden de los capítulos que conforman el libro colectivo *en comento*, el cual ha sido prologado por el profesor Francisco MUÑOZ CONDE.

En el prólogo MUÑOZ CONDE recuerda el contexto histórico socio-económico en el que se plantea el problema de la reiteración delictiva, en el marco de la revolución industrial y el consecuente excedente de mano de obra que conllevó; así como la respuesta estrictamente punitiva que ofreció el legislador. Señala el autor que dicha respuesta, a pesar de considerarse insatisfactoria y propiciar el desarrollo de teorías como la del hombre delincuente de Lombroso o la de la necesidad de imponer medidas inculcadoras a los denominados por Liszt “delincuentes de hábito”, se mantiene todavía en nuestros días como única solución frente a la delincuencia habitual. Claro ejemplo de lo anterior resulta la asunción por los ordenamientos jurídicos de reglas como la “three strikes and you are out” o la acumulación aritmética de las penas, para los delitos de menor gravedad, y de la pena de prisión perpetua, en los calificados más graves. Esto es abiertamente criticado por MUÑOZ CONDE al considerar que es contrario a la reinserción social preconizada en algunas constituciones –como es el caso de la española– y declaraciones internacionales.

Tras esta introducción, se inicia la obra con la contribución de SANZ MORÁN titulada “La reiteración delictiva: modelos de respuesta”. En ella el autor expone ampliamente las diferentes situaciones en las que la reiteración delictiva plantea dificultades, bien de

* Ayudante Doctor Universidad de Valladolid (Contratada Doctor acreditada ANECA), patricia.tapia@uva.es

TAPIA, Patricia, “Recensión: MALDONADO FUENTES, Francisco (Coord.), *Reincidencia y concurso de delitos. Reiteración delictiva*, Montevideo, Buenos Aires: IBDeF, Estudios y Debates en Derecho Penal dirigida por Silva Sánchez, J. M., 2016, 233 páginas.”

delimitación en sí misma o bien de tratamiento penológico, y cuáles han sido las soluciones por las que han optado mayoritariamente el legislador y la doctrina. De este modo, se distinguen tres grandes bloques: la unidad delictiva, integrada por los casos de “unidades típicas en sentido estricto”, “concurso aparente de leyes penales” y “unidades típicas en sentido amplio” (págs. 4-10); lo que denomina “auténtico” concurso de delitos, compuesto por el concurso de delitos material y por el concurso de delitos ideal (págs. 10-16); y la reincidencia, entendida en sentido amplio, donde se sitúa la actuación del “delincuente habitual peligroso” (págs. 28-37).

En lo que a la unidad delictiva se refiere, la mayor dificultad radica en la eventual separación de la infracción singular de la pluralidad de delitos. Entiende el autor que no es adecuada una regulación legislativa de los criterios a seguir para llevar a cabo esta tarea ya que, como demuestra la previsión legal española del delito continuado, solo conlleva problemas interpretativos. En este sentido, se apuesta por la evaluación del caso concreto por parte del juzgador, siguiendo únicamente las reglas generales de interpretación. Se aleja también SANZ MORÁN de la solución legislativa propuesta en el ordenamiento español para los casos de “auténticos” concursos de delitos. De este modo, *de lege ferenda*, apuesta el autor por la absorción con agravación en los supuestos de concurso ideal, mientras que defiende la exasperación de la pena en los de concurso real.

Sin perjuicio de lo anterior, entendemos que es lo referido al “delincuente habitual peligroso” lo más relevante de este estudio, por tratarse de una cuestión de política criminal de absoluta actualidad y por la propuesta que sostiene el autor (págs. 37-42). Defiende SANZ MORÁN una posición “matizadamente” favorable a una solución de carácter dualista. En este sentido, no se trata de establecer una acumulación de penas y medidas de seguridad rígida sino que se aboga por una regulación similar a la prevista para los sujetos semiimputables, en la que se contempla la posibilidad de sustituir la medida de seguridad impuesta en un inicio por otra según las circunstancias y evolución concreta del sujeto. No obstante, advierte el autor, la incorporación de este sistema a los sujetos imputables debería ir acompañada de una reforma radical del sistema de penas basada, principalmente, en la reducción de los límites máximos de cumplimiento. Y, además, la imposición de la medida deberá fundamentarse en un pronóstico individualizado de peligrosidad criminal “y no en una mera verificación general de la pertenencia del sujeto a una categoría configurada de manera más o menos apriorista” (pág. 41). Finalmente, este sistema dualista debería contar con una aplicación general vicarial, aunque sin descartar la posibilidad de prever algún supuesto en el que se acumulen ambas consecuencias jurídicas, como ocurre en los casos en los que la medida de seguridad no sea privativa de libertad, siempre y cuando se respete el principio de proporcionalidad.

Continúa la obra coordinada por MALDONADO FUENTES con el estudio del también penalista español SÁNCHEZ LÁZARO, relativo a la “Teoría de la pena y concurso de delitos: un primer esbozo”. En concreto, analiza el papel del principio de proporcionalidad en la teoría de la pena sirviéndose como ejemplo de la regla penológica prevista en el artículo 74.2 del Código Penal español. En este precepto se prevé la imposición de “la pena

teniendo en cuenta el perjuicio total causado” en los casos de delitos continuados en los que el bien jurídico protegido es el patrimonio, lo que en ocasiones implica la aplicación de una pena privativa de libertad, cuando si se hubieran analizado los hechos de forma independiente nunca hubiera alcanzado tal gravedad. Se produce así una “desproporcionalidad por exceso de pena”.

Sin embargo, el autor no aboga por la aplicación del principio de proporcionalidad como regla, dentro de la teoría de la pena. Admite SÁNCHEZ LÁZARO su imposibilidad en atención a la prohibición constitucional de las penas inhumanas y los tratos degradantes (artículo 15 de la Constitución española), así como a la necesidad de que las penas vayan orientadas a la reeducación y la reinserción social (artículo 25.2 de la Constitución española). De este modo, el principio de proporcionalidad en la determinación de la pena puede modularse, en virtud de los mandatos constitucionales señalados, provocando lo que el autor denomina “desproporcionalidad por defecto de pena” (págs. 56-59); de igual manera que es admisible la “desproporción por exceso de pena” (págs. 60-62), si bien se ofrecen para ello argumentos preventivo generales, los cuales resultan especialmente débiles para doblar este principio.

Entiende el autor que la desproporción es fácilmente identificable en los supuestos de concurso de delitos en los que se precisa de una “valoración colectiva” independiente de la simple suma matemática de las penas de cada uno de los actos constitutivos de delito. Y, en este contexto, considera adecuada la introducción de reglas específicas de proporcionalidad (págs. 63-73). No obstante, critica el modo en que el legislador ha abordado esta tarea ya que se ha centrado únicamente en criterios cuantitativos, es decir, en si se lleva a cabo una o varias acciones, obviando las “razones normativas que justifican una valoración colectiva de las distintas infracciones individuales” (pág. 67).

Frente a este escenario, propone SÁNCHEZ LÁZARO que los problemas de reiteración delictiva se resuelvan mediante la “adición de consecuencias”, salvo en los casos en los que concurra algún elemento cualitativo que no pueda sancionarse a través de este método y, por lo tanto, requiera de una regla específica de proporcionalidad. Al respecto, se advierte que en el trabajo del autor, resulta determinante desde una perspectiva cuantitativa de la pena concreta la prohibición de penas inhumanas del artículo 15 de la Constitución. Siguiendo el ejemplo del profesor SÁNCHEZ, “cumplidos cinco años de prisión, la intensidad de una ulterior pena de cinco años parece no coincidir con la anterior” por lo que estaríamos ante un supuesto de desproporción entre el hecho y la consecuencia jurídica, siendo esta última más gravosa y, por lo tanto, podría considerarse inhumana por el sufrimiento físico o moral que pueda suponer para el sujeto que cumple la pena. Por otro lado, desde una perspectiva cualitativa, señala supuestos en los que la mera adición de los hechos no comprende todo el desvalor que implica para la víctima, de manera que es necesario realizar una “valoración colectiva”, como es el caso de la sustracción reiterada en el tiempo de pequeñas cantidades de dinero. La valoración individual de cada uno de los hechos, no comprende el perjuicio que implica para la víctima la pérdida del conjunto del capital.

TAPIA, Patricia, “Recensión: MALDONADO FUENTES, Francisco (Coord.), *Reincidencia y concurso de delitos. Reiteración delictiva*, Montevideo, Buenos Aires: IBdeF, Estudios y Debates en Derecho Penal dirigida por Silva Sánchez, J. M., 2016, 233 páginas.”

En definitiva, el autor considera necesarias las reglas específicas de proporcionalidad en los supuestos de reiteración delictiva, aunque cuestiona los argumentos jurídicos desarrollados tradicionalmente para legitimar su idoneidad y adecuación para garantizar el cumplimiento del principio de proporcionalidad.

Continúa con el análisis de la reincidencia y el concurso de delitos MALDONADO FUENTES ocupándose, en concreto, de “Reiteración y reincidencia: conceptos y fundamentos”. El autor parte de un concepto amplio de reincidencia en el que, al contrario que SANZ MORÁN, no otorga relevancia a la existencia de una sentencia firme previa. De este modo, los fundamentos en los que se sustentan la reincidencia, en sentido estricto, y el concurso de delitos, así como los efectos atribuidos a cada uno de ellos deberían ser idénticos.

Sobre esta base, MALDONADO reconoce que el efecto que se le pretenda atribuir a la reiteración (“mayor injusto, una mayor culpabilidad o un efecto en la determinación de la pena”) depende de la concepción que se sostenga respecto de los elementos del delito afectados. Pero, en cualquier caso, se descarta una previsión genérica agravatoria (págs. 107 y 132) ya que se fundamenta en una concepción propia de un Derecho Penal de autor, donde lo relevante es el carácter, la personalidad, del sujeto activo. De este modo, afirma que, a lo sumo, la reiteración podría anular el efecto atenuante vinculado al “primerizo”, como ocurre en el ordenamiento jurídico penal chileno. Entiende el autor, además, que admitir la reincidencia como circunstancia agravante genérica resulta contradictorio con el tratamiento penológico que se prevé para determinados supuestos de concurso real. En concreto, se alude a aquellos casos en los que se otorga un tratamiento privilegiado a la reiteración de ilícitos de naturaleza homogénea (pág. 116).

El origen de las dudas en torno a los efectos de la reiteración delictiva se encuentra, según MALDONADO FUENTES, en el escaso interés que se ha prestado al análisis de la teoría del delito continuado. Y es que, en base a los criterios de conexión justificativos tradicionales de la consideración de una valoración unificada de los hechos, se ha ignorado la necesidad de otorgar un “un tratamiento valorativo diverso a un conjunto de hechos reiterados” (pág. 124) y, sin embargo, se ha admitido una agravación de la pena, como ocurre en el artículo 451 del Código Penal chileno. Esta contradicción es tal por obviarse la posibilidad de valorar “otro tipo de significados asociados a la recaída, en la medida en que no supongan reiterar la misma valoración de los hechos ya enjuiciados”. En este sentido, advierte el autor que es necesario tener en cuenta “las demás propiedades presentes en el dato de la recaída que sean relevantes de tener en cuenta, a fin de evitar un tratamiento artificialmente equivalente al que resulta aplicable a los casos de ejecución única” (pág. 130). De este modo, se debe tener en cuenta elementos como el número de víctimas, el monto total de los perjuicios patrimoniales, la extensión total del resultado de varias lesiones, o aquellos otros que se puedan asociar al supuesto que ofrece la reiteración delictiva. Es el conjunto de todos ellos lo que justifica la previsión de reglas penológicas agravatorias.

Toma el testigo PALERMO, quien se ocupa de la “Reincidencia, injusto y culpabilidad”. El autor argentino cuestiona en su trabajo tres de los argumentos que se alegan habitualmente para legitimar la agravación de la pena ante la reincidencia, a la que califica de vestigio de un Derecho Penal de autor (pág. 148). En concreto, dichos argumentos son: el incremento del injusto, la mayor culpabilidad y el deber atribuido a todos los ciudadanos de cooperar en el mantenimiento de un estado de libertad. De este modo, uno a uno va exponiendo las bases sobre las que tradicionalmente se sostienen, al tiempo que señala sus carencias.

Las principales críticas se centran en la idea de “reincidencia como injusto más grave” (págs. 149-155). Entiende el autor que la reincidencia no puede agravar el injusto ya que “la tendencia a la habitualidad delictiva no aumenta el peligro objetivo de lesión” (pág. 154) ni tampoco contribuye a imputar el dolo, y esos son los elementos decisivos en el incremento del injusto. Siendo esto así, se posiciona PALERMO frente a la teoría de autores como MIR PUIG o KAUFMANN, quienes consideran que el ordenamiento jurídico contiene una norma que prohíbe el arraigo en los sujetos de la tendencia a cometer delitos y es la lesión de este mandato, junto con la comisión del delito concreto, lo que eleva la pena.

Menor recelo manifiesta PALERMO sobre el incremento de la culpabilidad del sujeto reincidente (págs. 155-158), basado en la idea de que se ha desoído el mandato expresado en la condena anterior referido a no volver a delinquir. Se considera que concurre una mayor culpabilidad porque existe un “persistente desprecio a las normas que regulan la convivencia social”. No obstante, argumenta en contra, que las previsiones legales en materia de ejecución de la pena ya suelen contemplar de forma perjudicial la reincidencia del reo y, por lo tanto, no debería valorarse dos veces, esto es, en la determinación de la pena, a través de la circunstancia agravante, y en el régimen de cumplimiento de la misma.

Tampoco resulta plenamente satisfactorio para PALERMO la propuesta de PAWLIK, relativa al reconocimiento de la corresponsabilidad de los ciudadanos en el mantenimiento de un estado de libertades (págs. 165-173). El principal problema que identifica PALERMO en el planteamiento de PAWLIK es la falta de un contenido material para que sea viable en sociedades desiguales. Y es que, entiende el autor argentino, el Estado solo puede exigir el cumplimiento de la norma si el ciudadano se encuentra protegido por ella. De este modo, el sujeto que no ha sido protegido por el Estado y reincide en su conducta delictiva no puede responder de forma exclusiva por la persistencia en su actuar. Esto no quiere decir que no sea responsable de sus actos, sino que no se le puede exigir una especial cooperación con el mantenimiento de la convivencia social, más allá de la exigible a quien ha delinquido por primera vez.

Completa esta obra la contribución de MAÑALICH RAFFO referida a “La reiteración de hechos punibles como concurso real. Sobre la conmensurabilidad típica de los hechos concurrentes como criterio de determinación de la pena”. En ella, el autor plantea su tesis sobre la interpretación que debe otorgarse al artículo 351 del Código Procesal Penal chileno sobre la base de la “interpretación *consecuencialista* del principio de retribución” (págs. 186-188). De este modo, la idoneidad de la punición retributiva descansa en el principio de proporcionalidad según merecimiento (págs. 188-190) aplicado a la persona del condenado y la reacción punitiva legitimada, de lo que se deriva la pena individualizada.

TAPIA, Patricia, “Recensión: MALDONADO FUENTES, Francisco (Coord.), *Reincidencia y concurso de delitos. Reiteración delictiva*, Montevideo, Buenos Aires: IBDeF, Estudios y Debates en Derecho Penal dirigida por Silva Sánchez, J. M., 2016, 233 páginas.”

Entiende MAÑALICH RAFFO que en el artículo 351 CPP se distinguen dos regímenes penológicos distintos, en atención a la divergencia estructural de las condiciones de aplicación, frente a la interpretación doctrinal mayoritaria actual. De este modo, el previsto en el inciso 1º se aplica cuando se llevan a cabo dos o más hechos punibles que se encuentran en relación de reiteración y pueden considerarse “como un solo delito”, mientras que el inciso 2º se dedica a los supuestos en los que, por la “naturaleza” de los hechos punibles concurrentes, no es posible llevar a cabo tal unificación (págs. 214-215). En ambos casos se prevé la imposición de una pena exasperada en uno o dos grados, aunque el punto de referencia para la exasperación difiere.

En el inciso 1º se establece la imposición de la pena correspondiente “a este hecho punible unificado, *ficticiamente constituido*” si bien, como se ha indicado, “sometida a una “exasperación” consistente en un aumento de uno o dos grados”. Según el autor, estos casos implican la “institucionalización del principio de unificación de las reacciones punitivas aisladamente previstas para múltiples instancias de quebrantamiento imputable del derecho susceptibles de juzgamiento conjunto” (pág. 204). La tesis propuesta consiste en que “la *ratio* subyacente a este principio de unificación se deja explicar en el sentido de una relativización de los requerimientos propios de la proporcionalidad ordinal en consideración de una preocupación de proporcionalidad cardinal” (pág. 205). Ello, siempre y cuando se acepte que la escala de penas previstas para cada especie de hecho punible respeta los principios de paridad y ordenación por rango, propios del principio de proporcionalidad. Por su parte, en el inciso 2º se deberá imponer la pena prevista para el hecho que “con las circunstancias del caso, tuviere asignada una pena mayor”, debiendo exasperarse también en uno o dos grados.

Considera MAÑALICH que, para calificar a dos o más hechos punibles “como un solo delito”, es necesario que sean “*típicamente homogéneos*”, lo que significa que estos hechos “se correspondan con la realización imputable de *un mismo tipo*”. Pero, además, es necesaria también una “*unificación hipotética de las diferentes instancias de realización del tipo* en cuestión”. Esto implica que solo sea posible la unificación ficticia de los hechos punibles si el planteamiento de una hipótesis en la que cabe la posibilidad de que los hechos colmen un único delito X (pág. 218).

Teniendo en cuenta todo lo anterior, podemos concluir este comentario afirmando que la obra colectiva comentada cumple con la expectativa que despierta su título “Reincidencia y Concurso de delitos. Reiteración delictiva” ya que los autores abordan de forma rigurosa y crítica los principales problemas tradicionales, persistentes en la actualidad, en torno a la reiteración delictiva: el tratamiento del delincuente habitual, los efectos que se derivan de la reiteración en la determinación de la pena e, íntimamente relacionado con esto, el papel del principio de proporcionalidad en la determinación de la pena. Se trata, por tanto, de un trabajo de referencia, con valor a ambos lados del Atlántico.