



UNIVERSIDAD DE JAÉN
Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas

Trabajo Fin de Grado

LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE REINCIDENCIA

Alumno: Beatriz Cabrera Agudo

Julio, 2015

INDICE

1.	RESUMEN	3
2.	CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL.....	4
2.1.	LAS CIRCUNSTANCIAS EN PARTICULAR	6
2.1.1.	CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES	6
2.1.2.	CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES: LA REINCIDENCIA.....	7
2.1.3.	CIRCUNSTANCIA DE PARENTESCO.....	9
3.	REINCIDENCIA.....	9
3.1.	CONCEPTO.....	9
3.2.	LA REINCIDENCIA EN EL CODIGO PENAL DE 1995: ELEMENTOS.....	11
3.2.1.	CONDENA PREVIA.....	12
3.2.1.1.	SENTENCIA FIRME	12
3.2.1.2.	NO NECESIDAD DE CONDENA CUMPLIDA	13
3.2.1.3.	EFICACIA TEMPORAL DE LA CONDENA PREVIA.....	13
3.2.2.	DELITO ACTUAL.....	14
3.2.3.	DOBLE RELACION DE IDENTIDAD	14
3.2.3.1.	UBICACIÓN LEGAL DEL NUEVO DELITO.	15
3.2.3.2.	NATURALEZA DEL NUEVO DELITO.....	15
3.2.4.	EL SUJETO.....	16
3.2.4.1.	LA SITUACIÓN DEL REO TRAS LA CONDENA.	17
3.2.4.2.	SITUACIÓN DEL YA REO TRAS EL DELITO ACTUAL: LA REINCIDENCIA.	17
3.3.	REINCIDENCIA Y REINCIDENCIA GENÉRICA O REITERACIÓN.....	17
3.4.	REINCIDENCIA Y REINCIDENCIA CUALIFICADA O MULTIRREINCIDENCIA.	18
3.5.	REINCIDENCIA Y HABITUALIDAD.....	19
3.6.	PRUEBA.	19
3.7.	ERROR SOBRE LA REINCIDENCIA.	20
3.8.	GRADO DE EJECUCIÓN, PARTICIPACIÓN Y REINCIDENCIA.....	22
3.9.	REINCIDENCIA INTERNACIONAL.	24
4.	LA POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA AGRAVANTE DE REINCIDENCIA. .	25
4.1.	LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 150/91 DE 4 DE JULIO.....	27
4.1.1.	PRINCIPIO DE CULPABILIDAD, REINSERCIÓN SOCIAL Y PROPORCIONALIDAD.....	28
4.1.2.	SEGURIDAD JURÍDICA E INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD.....	29
4.1.3.	PRINCIPIO DE IGUALDAD.....	30
4.1.4.	TRATO INHUMANO O DEGRADANTE.....	31
4.1.5.	PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y DERECHO A LA PRUEBA.	32
4.1.6.	PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y PROHIBICIÓN DEL BIS IN ÍDEM.....	33
4.2.	LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE ABRIL DE 1990.....	34
5.	DISCUSIÓN DOCTRINAL SOBRE EL FUNDAMENTO QUE LEGITIMA LA REINCIDENCIA	35

5.1.	Posición de la jurisprudencia	38
6.	CONCLUSIONES.....	39
7.	JURISPRUDENCIA.....	40
8.	BIBLIOGRAFÍA.....	41

1. RESUMEN

A lo largo de este trabajo voy a desarrollar un análisis en profundidad sobre la circunstancia agravante de reincidencia recogida en nuestro Código Penal en su artículo 22.8º. Para comenzar, abordo el estudio de la reincidencia enmarcando la agravante dentro de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. Posteriormente, abordaré un estudio de la reincidencia desde la perspectiva dogmática analizando la Ley positiva incluyendo la nueva reforma del Código Penal y realizando una descripción de las diferentes modalidades que se relacionan con la recaída delictiva. Tras ello, realizo un análisis sobre la problemática de la posible inconstitucionalidad, y para finalizar, desarrollo una síntesis sobre las diferentes posiciones doctrinales acerca de la fundamentación de la circunstancia agravante de reincidencia.

ABSTRACT

Throughout this end of year dissertation, a in-depth analysis about the recurrent aggravated circumstance contained in the article 22.8 of our criminal code is going to be carried out it is started by a study on recurrent circumstances delimited by aggravated crimes within penal responsibility. Later on, recurrent crimes are studied from the dogmatic perspective and positive law is analyzed including the new reform of the penal code, carrying out a description of the different sorts related to criminal relapse. Lastly, research on the possibility of its unconstitutionality is carried out as well as the development of a summary on the different doctrinal postures on the fundamentals of the aggravated recurrent relapse.

2. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL.

La circunstancia agravante de reincidencia es una de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal en nuestro Ordenamiento Jurídico, por lo que antes de entrar en profundidad en el análisis de la agravante, debemos entender qué son las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

Por circunstancias modificativas de la responsabilidad penal podemos entender aquellos elementos o situaciones cuya simultaneidad posee trascendencia en el momento de establecer la pena a imponer al responsable del hecho delictivo. Estas circunstancias intervienen de forma directa en la determinación de la pena y tienen la función de ajustar la medida de la pena impuesta al sujeto responsable del hecho delictivo. Tratan de reflejar en la sanción penal las circunstancias personales y fáticas que han influido y rodeado al autor del delito¹. Funcionalmente desempeñan una función accesorio ya que no fundamentan el delito ni la pena, sino que ayudan a determinar la gravedad del primero y el quantum de la segunda.

Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal no son opciones normativas a libre disposición de los Tribunales, si no que, deben de ser tomadas en consideración para reducir o acrecentar la pena². La restricción al marco legal previsto en

¹ Llorca Ortega, J (2004) “*Manual de Determinación de la pena*” 6ª Edición, Tirant lo Blanch., p. 88-90.

² Esto puede deducirse de la lectura del artículo 66 de nuestro Código Penal: *1. En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas: 1.ª Cuando concurra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la ley para el delito. 2.ª Cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concurra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes. 3.ª Cuando concurra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito. 4.ª Cuando concurren más de dos circunstancias agravantes y no concurra atenuante alguna, podrán aplicar la pena superior en grado a la establecida por la ley, en su mitad inferior. 5.ª Cuando concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido. A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo. 6.ª Cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho. 7.ª Cuando concurren atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado. Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación, aplicarán la pena en su mitad superior. 8.ª Cuando los jueces o tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado podrán hacerlo en toda su extensión. 2. En los delitos leves y en los delitos imprudentes, los*

cada delito es lógica ya que manifiesta la pena determinada por el legislador como máxima para la infracción: nunca la agravación puede dar lugar que se transforme la sanción en un delito más grave que el que se ha cometido.

Podemos encontrar dentro del sistema de las circunstancias del delito, circunstancias genéricas y circunstancias específicas. En cuanto a las circunstancias genéricas, son aquellas que están comprendidas en los arts. 21, 22 y 23 CP donde son aplicables todos los delitos comprendidos en la Parte Especial del Código Penal. El Código Penal distingue entre circunstancias atenuantes, recogidas en el artículo 21, circunstancias agravantes, recogidas en el artículo 22, en función del efecto producido en la determinación de la pena; y además, el legislador “*habla de una circunstancia mixta que dependiendo del caso puede agravar o atenuar la pena según los casos que no están previamente, sino que el Juez debe derivar de la naturaleza de cada infracción*”³, esta circunstancia mixta es el parentesco, recogida en el artículo 23.

El catálogo de circunstancias genéricas posee un carácter obligatorio, ya que cuando ocurre una circunstancia, sea agravante o atenuante, el Juez debe aplicarla de manera inevitable⁴. En cuanto a las circunstancias específicas, son aquellas previstas para delitos de la Parte Especial y sólo despliegan sus efectos en el ámbito del delito o delitos de los que dependen. La diferencia entre ambos tipos de circunstancias la encontramos en su efectos en torno a la pena, ya que son más gravosos, por regla general, los de las circunstancias específicas. Ambas circunstancias operan a niveles distintos y con intensidad diversa a la hora de la determinación de la pena, una determinación con respecto al delito básico, en las circunstancias específicas, y las circunstancias genéricas determinan la cantidad de pena que el Juez, posteriormente, deberá individualizar⁵.

El artículo 14.2 del Código Penal dispone que el error sobre cualquier tipo de circunstancia agravante impida su apreciación⁶. En algunos casos, en la mayoría de circunstancias genéricas, la exigencia de conocimiento es necesaria a la configuración subjetiva y personal de un gran número de estas circunstancias genéricas, donde de manera muy complicada podrá alegarse un error sobre éstas. En cambio, en otros casos de

jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior.

³ Quintero Olivares, G (1983) “*Parte General del Derecho Penal*” 4ª Edición, Thomson Reuters, p. 781.

⁴ Esteban Juan Pérez, A; Marín de Espinosa Ceballos E; Ramos Tapia M; (2010) “*Fundamentos de Derecho Penal. Parte Especial*” 4ª Edición. Tirant Lo Blanch, p.135 ss.

⁵ Esteban Juan Pérez, A; Marín de Espinosa Ceballos E; Ramos Tapia M; “*Fundamentos de Derecho..*” p. 137.

⁶ Artículo 14.2: “*El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación*”.

circunstancias específicas, las cuales presentan una configuración más objetiva, existe la posibilidad del desconocimiento por parte del sujeto de que exista una circunstancia agravante, en estos casos surge la problemática del error sobre las circunstancias, la cual se encuentra regulada en el artículo 14.2 CP. Esta norma no realiza ningún tipo de distinción entre el error vencible y el error invencible sobre dichos elementos, a diferencia de lo que hace para error sobre los elementos esenciales del tipo, que sí realiza esta distinción el artículo 14.1 CP⁷.

La disposición de que el error impide la apreciación de un agravante debe de ser matizada en el siguiente sentido⁸:

- Si existe un error invencible sobre un agravante, no cabe su apreciación.
- Si existe un error vencible sobre un agravante, procede a establecer la distinción realizada por el artículo 14.1 CP, en el caso de los elementos esenciales para facultar el castigo por imprudencia; si el tipo es agravado, no es punible por imprudencia, por lo que según el artículo 14.2 CP no se aprecia agravación. En cambio, si el tipo agravado admite su punibilidad por imprudencia, no existe problema alguno para que proceda su apreciación.

Hay que señalar, además, que el artículo 14.2 CP no implica una regulación sobre las circunstancias atenuantes, por lo que hay que acudir al artículo 65 CP⁹, el cual distingue entre circunstancias referidas al hecho y referidas al autor.

2.1.LAS CIRCUNSTANCIAS EN PARTICULAR

En los artículos 21 y siguientes del Código Penal, el legislador da cuenta del principio de proporcionalidad mediante un catálogo de circunstancias atenuantes, agravantes, en el art. 22, y cierra, con el art. 23, mediante el concepto de la circunstancia mixta de parentesco¹⁰

2.1.1. CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES

⁷ Artículo 14.1: “*El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias de hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente*”.

⁸ Esteban Juan Pérez, A; Marín de Espinosa Ceballos E; Ramos Tapia M; “*Fundamentos de Derecho..*” p. 139 ss.

⁹ Artículo 65 CP: “*1. Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad sólo de aquéllos en quienes concurran. 2. Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito. 3. Cuando el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate.*”

¹⁰ Romeo Casabona CM; Boldova Pasamar, MA, Gunarteme Sánchez Lázaro, F; (2013) “*Derecho Penal, Parte General. Introducción a la Teoría Jurídica del Delito*”, Editorial Comares, p. 301 ss.

En la Parte General del Código penal, art. 22, contiene un catálogo abierto de circunstancias atenuantes de general aplicación a todos los tipos delictivos incluidos en la Parte Especial. Es un catálogo abierto porque en el número 6 del artículo 21 permite considerar como atenuante “*de cualquier otra circunstancia análoga significación que las anteriores*”¹¹.

Mir Puig afirma que las atenuantes de adicción, art. 21.2º, y de estado pasional, art. 21.3º, disminuyen la imputabilidad; y por el contrario, afirma además, que las atenuantes de confesión (art. 21.4º) y de reparación (art. 21.5º) disminuyen la pena por un comportamiento posterior al hecho que no incide ni en la magnitud del injusto ni en la posibilidad de imputarlo personalmente a su autor¹².

2.1.2. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES: LA REINCIDENCIA.

El legislador, en el art. 22 del Código, recoge mediante el mismo modelo de cláusula del artículo anterior (“*Son circunstancias agravantes*”) el catálogo general de las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal del sujeto determinando un mayor quantum de pena por representar una mayor antijuridicidad de la acción y/o un plus de culpabilidad en el agente. A diferencia con las circunstancias atenuantes, las agravantes constituyen un catálogo cerrado, ya que la Ley no previene la posibilidad de agravación por analogía.

Según Bacigalupo, las circunstancias agravantes, a excepción de la reincidencia, se encuentran relacionadas directamente con la gravedad de la ilicitud o la culpabilidad en sentido estricto¹³. También, es considerado por Calderón Cerezo y Choclan Montalvo que las agravantes, a excepción de la reincidencia, implican un mayor contenido injusto por suponer un mayor desvalor de acción, o una mayor culpabilidad¹⁴. Sin embargo, según Mir Puig “*todas las circunstancias agravantes deben aumentar lo injusto penal de hecho, sin que puedan elevar la imputación personal*”¹⁵.

El autor Bacigalupo cuando compara la circunstancia agravante de reincidencia con las demás agravantes afirma que es “*totalmente diversa la estructura de la reincidencia, pues no se refiere a circunstancias del hecho, sino a una tendencia de la personalidad del autor*”¹⁶. En un sentido parecido, González Cussac afirma que desde un punto dogmático no cabe

¹¹ Mir Puig, S, (2009) “*Derecho Penal. Parte General*”, 9ª Edición, Barcelona, p. 640 y 641.

¹² Mir Puig, S, “*Derecho Penal.*”, p. 635.

¹³ Bacigalupo Zapatero, E., “*Principios de Derecho Penal: Parte General*”, (2007), Ed. Akal., p. 162.

¹⁴ Calderón Cerezo, A; Choclán Montalvo JA; (2001) “*Derecho Penal Tomo II, Parte Especial*”, Ed. Bosh, 2ª edición, p. 241.

¹⁵ Mir Puig, S, (2009) “*Derecho Penal. Parte General*”, 9ª Edición, Barcelona, p. 645.

¹⁶ Bacigalupo Zapatero, E., (2007) “*Principios de Derecho Penal: Parte General*”, Editorial Akal, p. 163.

asimilar la reincidencia al resto de las circunstancias agravantes ya que *“ni su fundamento, ni su naturaleza, ni su finalidad, ni su orientación político-criminal la hacen equiparable al resto. Además su entendimiento como circunstancia conduce a unos efectos penológicos indeseables”*¹⁷. En opinión de Berdugo Gómez de la Torre, la circunstancia agravantes de reincidencia está basada en la personalidad defectuosa del autor, sin tomar demasiado en consideración el hecho concretamente cometido responde a criterios propios de un sistema de Derecho penal de autor¹⁸.

Mir Puig clasifica las agravantes a tendiendo a si son objetivas o subjetivas *“en el sentido de que en ellas es una razón objetiva o subjetiva, respectivamente, la causa primera de agravación”*¹⁹. Según este autor, la reincidencia debe incluirse dentro de las circunstancias agravantes de naturaleza subjetiva, ya que el motivo de la agravación es que *“revela en el sujeto una actitud más contraria al Derecho”*²⁰. *A pesar de esto, el autor considera que puede reputarse constitucionalmente inconveniente la agravación de la pena por reincidir”*²¹. En un sentido similar, Garzón Real y Manjón- Cabeza afirman que el reincidente será más peligroso pero no más culpable, por lo que la reacción debe de ser la medida de seguridad, no la pena, siempre y cuando sea posible la realización de un juicio pronóstico sobre la peligrosidad del sujeto, *“la aceptación de esta idea supone sustituir la reincidencia, como circunstancia agravante de la pena, por la habitualidad, que dejaría de tener influencia sobre aquélla y pasaría a ser el presupuesto de una medida de seguridad”*²².

Para finalizar, la mayor parte de la doctrina asume que la reincidencia es una agravante distinta del resto de circunstancias previstas en el artículo 22 del Código. Las posibles diferencias que se pueden destacar son las siguientes: en primer lugar, todas las agravantes describen formas de cometer el hecho punible, en cambio, la reincidencia no es un modo de ejecutar ese hecho sino un atributo predicable del sujeto, es decir, ser reincidente, que le califica y separa de los demás delincuentes²³. En segundo lugar, todas las agravantes, a

¹⁷ González Cussac, J.L., (1988) *“Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal”*, Ed. Servicio de Publicaciones de la universidad de Valencia, p.173.

¹⁸ Berdugo Gómez de la Torre, I,(1999) *“Lecciones de Derecho Penal: Parte General”*, 2ª Edición, Ed. WK Educación , p.321.

¹⁹ Mir Puig, S, *“Derecho Pena..I”*, p. 646.

²⁰ Mir Puig, S, *“Derecho Penal...”* p. 645- 646; donde recoge *“que todas las agravantes aumenten la gravedad del injusto penal no impide que unas sean objetivas y otras subjetivas, puesto que el injusto comprende una parte objetiva y otra subjetiva. Por otra parte, dentro de cada una de ambas clases de agravantes cabe señalar distintas razones de la agravación”*.

²¹ Mir Puig, S, *“Derecho Penal...”* p. 653.

²² Garzón Real , B; Manjón- Cabeza Olmeda, A.,(1991) *“Reincidencia y Constitución”*, en Actualidad Penal nº1, p.5.

²³ Garzón Real , B; Manjón- Cabeza Olmeda, A., *“Reincidencia y Constitución”* p 3.

excepción de la reincidencia, carecen de generalidad²⁴. En tercer lugar, la reincidencia, a diferencia de las demás circunstancias agravantes, agrava la pena a pesar de no suponer un mayor contenido de culpabilidad²⁵. Y por último, las circunstancias agravantes hay que abarcarlas desde el dolo del autor, en cambio con la reincidencia lo fundamental es la comprobación de si el autor es o no reincidente desde un punto de vista objetivo y formal, independientemente de si el autor conoce este extremo²⁶.

2.1.3. CIRCUNSTANCIA DE PARENTESCO.

Con el artículo 23 del Código, se cierra el sistema de circunstancias modificativas de la responsabilidad en la Parte General definiendo la circunstancia de parentesco de la siguiente forma: *“es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente”*. La doctrina ha cuestionado la conveniencia de hacer referencia a la analogía en una cláusula que funciona tanto como circunstancia atenuante como agravante. Esta doble eficacia de esta circunstancia, como agravante o como atenuante, suele contemplarse a la concreta naturaleza delictiva.

3. REINCIDENCIA

3.1.CONCEPTO

El concepto legal de reincidencia lo contempla el artículo 22.8^a de la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, reformada por la LO 1/20015, de 30 de marzo, donde dice que *“hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo Título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza. A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, ni los que correspondan a delitos leves. Las condenas firmes de jueces tribunales impuestas en otros Estados producirán los efectos de reincidencia salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiera serlo con arreglo*

²⁴ Bacigalupo Zapatero, E., (1980) *“La individualización de la pena en la reforma penal”*, en Revista jurídica de Catalua, Vol. 79, nº extra 1, p. 66

²⁵ Garzón Real, B; Manjón- Cabeza Olmeda, A., *“Reincidencia y Constitución”*, p 3.

²⁶ Garzón Real, B; Manjón- Cabeza Olmeda, A., *“Reincidencia y Constitución”*, p 3.

al Derecho Español". Vulgarmente se habla de reincidencia cuando el autor de un delito, habiendo sido ya juzgado y condenado, comete otro delito.

Con la última reforma de nuestro Código Penal, anteriormente mencionada, los cambios que se han llevado a cabo no se encuentran tanto en la definición tradicional que nos ha sido dada por el legislador, sino que se ha incorporado un nuevo matiz al párrafo segundo del artículo 22.8º del Código, y además, se ha incluido un tercer apartado inexistente hasta ahora.²⁷ En cuanto a la incorporación incluida en el segundo párrafo del artículo 22, este párrafo sigue expresando que no computarán los antecedentes penales o que debieran serlo, por lo que tampoco computarán los correspondientes a delitos leves. Además de la incorporación de un nuevo matiz, se ha establecido una nueva categoría en sustitución a las faltas, denominada como "delitos leves"; las antiguas faltas se han despenalizado y se reconducen para ser sancionadas por la vía civil o administrativa, pero la mayoría de las faltas son mantenidas por la vía penal camufladas en "delito leve"²⁸.

La reincidencia es manifestación de persistencia de la conducta dolosa. La realidad de esta actitud debe probarse mediante la documentación fehaciente que demuestre alguno de los tres referidos supuestos de reincidencia, precisándose que la condena o condenas anteriores hayan sido ejecutorias antes de la comisión del delito en el que se apreciará esta agravante. En orden de gravedad, se estima que la reincidencia de mayor grado es la que resulta de delinquir el mismo culpable cometiendo delitos de la misma naturaleza; a continuación, la reincidencia menor, llamada también reiteración, que resulta de cometer delitos de distinta naturaleza y cuyas penas se valorarán, a efectos de apreciar esta agravante, respecto a la que corresponda al delito por el que es juzgado últimamente y en el que se aplicaría dicha circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal.

Al margen de la concurrencia o no de las circunstancias exigidas por el Código Penal para poder aplicar este agravante, hay que diferenciar el concepto jurídico del concepto empírico de reincidencia²⁹. La reincidencia jurídica se identifica con los antecedentes delictivos de una determinada muestra de sujetos tomados en consideración que han delinquido antes, es decir, equivale a la reiteración selectiva en sentido retrospectivo. En distinto sentido, la reincidencia

²⁷ Vázquez Irubietta, C (2015) " *Código Penal comentado. Actualizado por las Leyes Orgánicas: 1/2015, de 30 de marzo y 2/2015 de 30 de marzo*", Ed. Atelier Libros Jurídicos, pp. 120-121.

²⁸ Morillas Cueva, L (2015) " *Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015)*", Ed. Dykinson S.L., p. 66 y 67.

²⁹ Redondo/Funes/Luque, (1993) " *Justicia penal y reincidencia*" en Justicia i Societa., núm. 9, pág. 40

empírica se identifica con la reiteración delictiva de la muestra pero de futuro, la reiteración delictiva producida en un determinado período de seguimiento después de la condena base³⁰.

En cuanto a los efectos de la reincidencia, estos son más amplios que los demás efectos de cualquier otra circunstancia agravante, ya que la reincidencia impide la suspensión condicional de la condena, determina la revocación de la libertad condicional, elimina la posibilidad de la concesión de un indulto, y además, es una circunstancia a tomar en cuenta a la hora de la dictaminación de prisión preventiva³¹. En nuestro Código tampoco está contemplada la prescripción de la agravante de reincidencia porque los efectos permanecen el tiempo que duren los antecedentes penales, pero una vez los antecedentes sea cancelados, la reincidencia quedará cancelada ipso iure, tanto si esta está declarada o no e inscrita la cancelación³²

3.2. LA REINCIDENCIA EN EL CODIGO PENAL DE 1995: ELEMENTOS.

La reincidencia se encuentra tipificada en nuestro Código Penal de 1995 por el legislador en el artículo 22.8 como una circunstancia agravante de carácter subjetivo. Se exige por parte del legislador que de forma simultánea se den dos requisitos, ambos formales; el primero de estos requisitos es que debe de existir una condena anterior y, el segundo de estos requisitos es que los delitos deben de estar recogidos en el mismo Título y deben de tener la misma naturaleza. Se introduce un doble criterio que implica en ocasiones conflictos en su práctica. En primer lugar, para la apreciación de la agravante de reincidencia se exige que los delitos previo y posterior se encuentren dentro del mismo Título, este es el denominado criterio formal; y en segundo lugar, los delitos deben de tener la misma naturaleza, este es el denominado criterio material.

En cuanto a los elementos que componen el concepto de reincidencia, debemos de mencionar la tesis de Martínez de Zamora, quien diferencia desde un punto de vista teórico que el concepto de reincidencia puede ser estructurado en tres elementos: el sujeto, la condena y el segundo delito cometido³³. Además, este autor concreta más en profundidad y precisa que

³⁰ Villacampa Estiarte, C; Torres Rosell, N; Luque Reina, ME; (2006) “ *Penas alternativas a la Prisión y Reincidencia: Un estudio Empírico*”, Ed. Aranzadi.

³¹ Sanz-Díez de Ulzurrun Lluch, M; (2013) “*Reincidencia, habitualidad y profesionalidad en las últimas reformas penales. Especial referencia a la delincuencia patrimonial*”, Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXIII, p. 103 ss.

³² Vázquez Iruzubietta, C, (2015) “ *Código Penal comentado. Actualizado por las leyes orgánicas: 1/2015, de 30 de marzo y 2/2'15, de 30 de marzo*”, Ed. Atelier Libros Jurídicos, p. 121.

³³ Martínez de Zamora, A.,(1971) “La reincidencia”, Murcia, p. 76 y ss.

realmente son solo dos los elementos de la reincidencia *“pues la condena nada significa sin referirla a un sujeto, y éste no es cualquiera, sino específicamente el ya condenado; la sentencia de condena queda absorbida por la humanidad del delincuente que por ella, aparece en una situación característica, a la que denominamos situación reidad, la cual constituye, por tanto, el primer elemento indicado. La recaída como tal, significada por el segundo delito, es el otro elemento de la reincidencia”*³⁴.

Podemos sistematizar los distintos elementos integrados en el concepto de reincidencia de la siguiente forma:

3.2.1. CONDENA PREVIA.

Es el primero de los requisitos exigidos por la ley para que un sujeto sea calificado como reincidente. Supone la obligación de comprobación, de manera previa a la comisión del segundo delito, de si el reo está condenado por sentencia firme por delito. En cuanto a sentencia penal de condena, hay que entender como la resolución emanada de un Tribunal penal competente que decide sobre el fondo de la cuestión que conoce, con el fin del establecimiento de la existencia de un hecho delictivo, su comisión por el sujeto o sujetos y a responsabilidad y punición de éstos³⁵.

3.2.1.1.SENTENCIA FIRME

La expresión “condenado ejecutoriamente” utilizada por el artículo 22.8º del Código Penal de 1995, exige una sentencia penal firme de condena. Según lo dispuesto en el artículo 141 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se entiende por sentencia firme, aquella sentencia contra la que no cabe recurso alguno, ordinario ni extraordinario, salvo el de revisión o rehabilitación³⁶.

³⁴ Martínez de Zamora, A., “La reincidencia”, p. 77.

³⁵ Martínez de Zamora, A., “La reincidencia”, , p. 78.

³⁶ Artículo 141 Ley de Enjuiciamiento Criminal: *“Las resoluciones de carácter judicial que dicten los Juzgados y Tribunales se denominarán: Providencias, cuando resuelvan cuestiones procesales reservadas al Juez y que no requieran legalmente la forma de auto. Autos, cuando decidan incidentes o puntos esenciales que afecten de una manera directa a los imputados o procesados, responsables civiles, acusadores particulares o actores civiles; cuando decidan la competencia del Juzgado o Tribunal, la procedencia o improcedencia de la recusación, cuando decidan recursos contra providencias o decretos, la prisión o libertad provisional, la admisión o denegación de prueba o del derecho de justicia gratuita o afecten a un derecho fundamental y, finalmente, los demás que según las Leyes deben fundarse. Sentencias, cuando decidan definitivamente la*

3.2.1.2.NO NECESIDAD DE CONDENA CUMPLIDA

La firmeza de la sentencia no implica necesariamente que la condena esté cumplida, ya que es suficiente con la existencia de una condena firme aunque la pena no se haya ejecutado. Si nos basamos en la regulación del Código Penal sobre la reincidencia, podemos observar que no es exigido el cumplimiento total o parcial de la condena, por lo que se puede afirmar, que el legislador ha adoptado un sistema de reincidencia impropia o ficta³⁷.

Según Martínez de Zamora, esta orientación legislativa encuentra uno de sus antecedentes más remoto en el Código Penal francés de 1810 y lo justifica utilizando los siguientes argumentos: en primer lugar, por razones “*éticas-jurídicas*”, ya que si se admite la reincidencia solo tras la pena, se le otorga un trato de favor al rebelde; en segundo lugar, por razones de “*defensa social*” ya que el delincuente que se sustrae a la acción de justicia podría cometer numerosos delitos sin nunca llegar a ser reincidente; y en último lugar, por razones de prevención derivadas del “*reconocimiento de la importancia jurídica de la sentencia condenatoria y de su capacidad de influjo psicológico sobre el ánimo de quien la ha padecido*”³⁸.

3.2.1.3.EFICACIA TEMPORAL DE LA CONDENA PREVIA.

La condena pierde su capacidad para servir de base a una supuesta reincidencia desde el momento en que transcurren los términos establecidos por la ley para la cancelación de los antecedentes. Por lo que, la reincidencia no podrá llegar a ser apreciada cuando el delito actual se cometa habiendo sido cancelados los antecedentes o habiendo podido serlo; así está

cuestión criminal. Sentencias firmes, cuando no quepa contra ellas recurso alguno ordinario ni extraordinario, salvo los de revisión y rehabilitación. Llamase ejecutoria el documento público y solemne en que se consigna una sentencia firme .La fórmula de las providencias se limitará a la determinación de lo mandado y del Juez o Tribunal que las disponga, sin más fundamento ni adiciones que la fecha en que se acuerde, la firma o rúbrica del Juez o del Presidente y la firma del Secretario judicial. No obstante, podrán ser sucintamente motivadas sin sujeción a requisito alguno cuando se estime conveniente. Los autos serán siempre fundados y contendrán en párrafos separados y numerados los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho y, por último, la parte dispositiva. Serán firmados por el Juez, Magistrado o Magistrados que los dicten. Todas las resoluciones incluirán la mención del lugar y fecha en que se adopten, y si la misma es firme o si cabe algún recurso contra ella, con expresión, en este último caso, del recurso que proceda, del órgano ante el que debe interponerse y del plazo para recurrir.”

³⁷ Según Carrara, conforme a su “*teoría de la insuficiencia relativa a la pena*”, estima como “*reincidencia impropia o ficta*” la que se produce tras la condena sin haber expirado la pena. ; Mir Puig, S, (1974) “*La reincidencia en el Código Penal*”, Ed. Bosch, Barcelona, p. 432 y ss.

³⁸ Martínez de Zamora, A., “*La reincidencia*”, p. 79.

contemplado en el último párrafo del n° 8 del artículo 22 CP de 1995, cuando dice que “*a los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, ni los que corresponden a delitos leves*”³⁹.

3.2.2. DELITO ACTUAL

El artículo 22.8° del Código Penal exige que el momento de delinquir, el culpable hubiera sido con anterioridad condenado por un delito comprendido en el mismo Título y de la misma naturaleza, por lo que el delito que da lugar a la reincidencia debe de ser cometido posteriormente a la sentencia firme del anterior delito.

Según Martínez de Zamora, sólo es posible la apreciación de la circunstancia agravante de reincidencia cuando “*la acción criminal actual se inicia después de haber alcanzado su firmeza la condena precedente*”⁴⁰; además afirma que “*el delito cuyos actos de ejecución comiencen antes de producirse la firmeza de la resolución previa de condena, no surtirá efecto alguno de cara a la posible aplicación de la reincidencia, y ello aunque después de la aludida firmeza se realizarán actos ejecutivos complementarios o de apariencia, entonces el resultado delictivo, lo que resulta especialmente relevante en los supuestos de delito continuado, permanente o de tracto sucesivo*”⁴¹.

Por otra parte, Mir Puig afirma que “*la determinación del momento de comisión del delito actual requiere la remisión al criterio dogmático que se adopte respecto del tiempo de comisión del delito*”⁴². Además, considera que la expresión “*al delinquir*” será diferente dependiendo del punto de vista de la “*teoría de la actividad, del resultado o de la ubicuidad, que sitúan el momento de la comisión del delito en la manifestación de la voluntad, en el resultado material producido por la mima, o en ambos momentos*”⁴³; y concluye diciendo que “*el momento de comisión actual del delito debe precisarse con arreglo a la teoría de la actividad*”⁴⁴.

3.2.3. DOBLE RELACION DE IDENTIDAD

³⁹ Mir Puig, S., “*Derecho Penal..*”, p. 655.

⁴⁰ Martínez de Zamora, A., “La reincidencia”, p. 95.

⁴¹ Martínez de Zamora, A., “La reincidencia”, p. 95-96.

⁴² Mir Puig, S., “*La reincidencia ..*” p. 171.

⁴³ Mir Puig, S., “*La reincidencia ..*” p. 172

⁴⁴ Mir Puig, S., “*Derecho Penal..*” p. 655.

Para la apreciación de la circunstancia agravante de reincidencia es exigido por parte del Código Penal de 1995 una doble relación de identidad entre el delito actual y el anterior.

3.2.3.1. UBICACIÓN LEGAL DEL NUEVO DELITO.

El número 8º del artículo 22 del Código Penal de 1995 exige que los delitos que dan lugar a la apreciación de la circunstancia agravante de reincidencia se encuentren comprendidos en el mismo Título del código. El legislador, para resolver posibles problemas de Derecho transitorio cuando entró en vigor el Código de 1995, ha previsto la Disposición Transitoria Séptima respecto de los delitos cometidos durante la vigencia del anterior Código, donde dice que *“a efectos de la apreciación de reincidencia, se entenderán comprendidos en el mismo Título de este Código, aquellos delitos previstos en el Cuerpo Legal que se deroga y que tengan análoga denominación y ataquen en el mismo modo a idéntico bien jurídico.”*

En cuanto a los cambios en la denominación de algunos delitos, hay que tener en consideración el contenido de la Circular de la Fiscalía General del Estado número 2/1996, de 22 de mayo, donde dispone que *“La similitud de denominación ha de interpretarse en un sentido laxo y más conceptual que puramente gramatical. Así, una condena por delito de violación del artículo 429 del Código Penal de 1973 podrá fundamentar la agravante de reincidencia por cualquiera de los delitos comprendidos en el Título VII del Libro II del nuevo Código Penal, aunque ese nomen –violación- haya desaparecido como tal”*

3.2.3.2. NATURALEZA DEL NUEVO DELITO.

El legislador incluyó en el Código Penal de 1995 una exigencia de índole material, la exigencia de que además de estar comprendido los delitos en el mismo Título para que la circunstancia agrávate de reincidencia pueda ser apreciada, los delitos deben de ser de la misma naturaleza. Este nuevo requisito ha presentado se ha presentado con carácter problemático ya que la expresión utilizada por el legislado *“misma naturaleza”*, puede dar lugar a diversas interpretaciones.

Según Goyena Huerta, para saber cuándo estamos ante delitos que presenta la misma naturaleza, debemos de tener en cuenta la forma de imputación y la identidad jurídica lesionada⁴⁵. Además, este autor afirma, que *“existiendo entre delitos dolosos y culposos una*

⁴⁵ Arroyo de las Heras, A; Muñoz Cuesta, J; Goyena Huerta, J.,(1997) *“Las circunstancias agravantes del Código Penal de 1995”*, Ed. Aranzadi, p.173 y ss.

diferencia esencial de imputación (...), no cabe hablar de igualdad entre sus naturalezas’ y concluye diciendo que “*en consecuencia, la naturaleza de un delito, por lo que, la coexistencia de ambos no determinaría la aplicación de la agravante de reincidencia*”⁴⁶. Según Prats Canut, cuando hablamos de la misma naturaleza hacemos referencia tanto a la identidad del bien jurídico protegido como a la identidad de gravedad, de tal manera que las penas de los delitos sean equivalentes⁴⁷.

Martín Espinosa se basa en la doctrina del Tribunal Supremo⁴⁸ para afirmar que los delitos son de la misma naturaleza, siempre y cuando concurren los siguientes elementos: en primer lugar, cuando se ataque el mismo bien jurídico; y en segundo lugar, cuando de ello se pueda llegar a deducir una tendencia criminal del autor⁴⁹. Además, la autora dice que para deducir la tendencia criminal del autor, considera que deben atenderse a los siguientes criterios: de una parte, a los medios empleados para vulnerar el interés social protegido si los hechos fueron realizados mediante acción y omisión, violencia, fuerza, intimidación, etc.; de otra parte, a la gravedad de los delitos, lo que implica atender tanto a la naturaleza de las conductas dolosas en base a lo dispuesto en el artículo 10 del Código Penal⁵⁰, y también, en base a la gravedad objetiva de las penas considerando los artículos 13⁵¹ y 33 del código⁵².

3.2.4. EL SUJETO.

⁴⁶ Arroyo de las Heras, A; Muñoz Cuesta, J; Goyena Huerta, J., “*Las circunstancias...*”, p.176.

⁴⁷ Prats Canut, JM; Quintero Olivares, G; Valle Muñiz, JM.,(1996) “*Comentarios al nuevo Código Penal*”, Ed. Aranzadi, p. 257.

⁴⁸ STS de 8 de julio de 1998, STS de 17 de octubre de 1998 y STS de 2 de junio de 1999.

⁴⁹ Marín Espinosa, E.,(2000) “*La reincidencia: tratamiento dogmático y alternativas político criminales*”, Ed. Comares, p. 232.

⁵⁰ Artículo 10 del Código Penal de 1995: “*Son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley*”

⁵¹ Artículo 13 del Código Penal de 1995: “1. *Son delitos graves las infracciones que la Ley castiga con pena grave. 2. Son delitos menos graves las infracciones que la Ley castiga con pena menos grave. 3. Son delitos leves las infracciones que la ley castiga con pena leve. 4. Cuando la pena, por su extensión, pueda incluirse a la vez entre las mencionadas en los dos primeros números de este artículo, el delito se considerará en todo caso, como grave. Cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve*”.

⁵² Artículo 33 del Código Penal de 1995: “1. *En función de su naturaleza y duración, las penas se clasifican en graves, menos graves y leves. 2. Son penas graves: a) La prisión superior a cinco años. b) La inhabilitación absoluta. c) Las inhabilitaciones especiales por tiempo superior a cinco años. d) La suspensión de empleo o cargo público por tiempo superior a cinco años. e) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a ocho años. f) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior a ocho años. g) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo superior a cinco años. h) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años. i) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años. j) La privación de la patria potestad*”.

⁵³ Marín Espinosa, E., “*La reincidencia...*” p. 232 y ss.

La norma penal que regula la circunstancia agravante de reincidencia está dirigida a un autor muy concreto, es decir, al autor reincidente. Por lo cual, el elemento unitario de la reincidencia referido en los elementos de su definición legal es siempre es un sujeto, y en este sentido, debemos entender la expresión utilizada por el artículo 22.8º del Código penal, “*ser reincidente*”⁵⁴. El ser reincidente solo se adquiere a partir de la constatación de unos presupuestos de índole puramente formal, es decir, el sujeto reincidente solo puede llegar a serlo cuando concurran los requisitos exigidos por la Ley, por esta razón debemos distinguir los siguientes estados subjetivos:

3.2.4.1.LA SITUACIÓN DEL REO TRAS LA CONDENA.

Martínez de Zamora afirma que la reincidencia solo puede llegar a ser apreciada en aquellas personas que se encuentren en situación de ya condenados. En opinión del autor, la Ley atribuye al autor de un delito que ya ha sido condenado un deber especial de no cometer otro delito de la misma naturaleza en los plazos que contiene la Ley para la cancelación de los antecedentes, es decir, de no convertirse en reincidente.

3.2.4.2.SITUACIÓN DEL YA REO TRAS EL DELITO ACTUAL: LA REINCIDENCIA.

El sujeto reincidente solo devendrá cuando en él confluya los elementos contenidos dentro de la definición legal de la agravante; por lo tanto, el sujeto ya condenado pero aún no reincidente, solo adquiere la cualidad de reincidente cuando comete un nuevo delito de la misma naturaleza que el anterior, dentro de los plazos legalmente previstos para la cancelación de los antecedentes. En ese momento, cuando el auto reviene formalmente reincidente, es el verdadero sujeto de la reincidencia⁵⁵.

3.3.REINCIDENCIA Y REINCIDENCIA GENÉRICA O REITERACIÓN.

Dentro del concepto técnico jurídico más amplio de reincidencia, podemos incluir diferentes fenómenos de repetición delictiva en los que concurre el elemento característico de la institución que constituye la sentencia ejecutoria previa. Usamos el término de reincidencia genérica o reiteración para expresar la recaída en delitos de distinta naturaleza mediando condena ejecutoria previa, y el término reincidencia específica o reincidencia para referirnos a la recaída en delitos de la misma naturaleza mediando entre ellos una condena ejecutoria

⁵⁴ Martínez de Zamora, A., “*La reincidencia*” p. 78.

⁵⁵ Martínez de Zamora, A., “*La reincidencia*”, p. 79.

previa⁵⁶. El criterio que diferencia reiteración y reincidencia no es la sentencia ejecutoria previa que opera como presupuesto en los dos casos, sino la falta de identidad en la naturaleza de las infracciones objeto de las respectivas condenas.

De este modo, *“la repetición delictiva mediado condena previa será calificada como reiteración sólo si los delitos son de distinta naturaleza, y como reincidencia, si los delitos son de la misma naturaleza”⁵⁷*.

3.4. REINCIDENCIA Y REINCIDENCIA CUALIFICADA O MULTIRREINCIDENCIA.

Hay que mencionar la reciente creación del legislador de una nueva agravante de reincidencia cualificada, la cual podríamos denominar como *superagravante* ya que permite la aplicación de la pena superior en grado a la prevista por la Ley para el delito del que trate. La encontramos incluida 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, donde dicha Ley modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal.

La reincidencia cualificada la encontramos regulada en el artículo 66, regla 5ª del apartado 1º, donde se exige una condena previa de al menos tres delitos comprendidos en el mismo Título del Código, teniendo éstos la misma naturaleza.⁵⁸ Se denomina multirreincidencia al fenómeno que supone la recaída en el delito por parte de un sujeto que ya había sido previamente y ejecutoriamente condenado como reincidente. *“Ambas circunstancias tienen como efecto la agravación de la pena. En el caso de la reincidencia –si no concurren otras circunstancias agravantes o atenuantes–, el efecto es la imposición de la pena en su mitad superior conforme a las reglas generales de determinación de la pena. En el caso de la multirreincidencia, el*

⁵⁶ Armengol y Cornet, P., (1873) *“La reincidencia”*, Ed. Establecimiento tipográfico de Jaime Jepús, Barcelona, pp. 19 y 20, *“llámense reincidentes a los que habiendo extinguido o extinguiendo una pena en virtud de ejecutoria cometen un delito de la misma especie, relapsos a los que con iguales circunstancias cometen delitos de distinta naturaleza”*.

⁵⁷ Agudo Fernández, E: (2005) *“Principio de culpabilidad y reincidencia en el Derecho español”*, Tesis doctoral. Ed. Universidad de Granada.

⁵⁸ Artículo 66.5º.1: *“Cuando concorra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes así como la gravedad del nuevo delito cometido.”*

efecto agravatorio de la pena es mayor: facultativamente, el juez puede imponer la pena superior en un grado⁵⁹”.

La pena que sufriría un multireincidente es claramente superior a la que sería impuesta a aquel autor que cometiera el mismo delito concurriendo la práctica totalidad de las circunstancias agravantes.

3.5. REINCIDENCIA Y HABITUALIDAD.

Reincidencia y habitualidad son dos conceptos distintos pero tienen en común el dato de la repetición o reiteración en el delito, además de la idea de peligrosidad criminal. La reincidencia es un concepto jurídico donde se exigen una serie de requisitos, en cambio, la habitualidad es un concepto criminológico⁶⁰. La habitualidad implica una tendencia a delinquir adquirida por la reiteración en la comisión de delitos. También se encuentra el concepto de delito habitual, el cual se basa en la idea de la lesividad que adquieren algunas conductas cuando son realizadas de una manera repetida.

3.6. PRUEBA.

Para apreciar la reincidencia es preciso que los elementos estén debidamente acreditados⁶¹. En estos elementos han de figurar debidamente reseñada la firmeza y ejecutoriedad de la sentencia y la naturaleza del hecho delictivo para poder determinar cuál es la pena que la Ley señala para su punición. Todo esto debe constar en el certificado oficial y deben ser transferidos al hecho probado para que se puedan fiscalizar la procedencia o no de los efectos agravatorios⁶².

La acreditación de la condena previa se obtiene a través del *Certificado de Antecedentes Penales*, aunque también están admitidos otros medios de prueba, tales como el testimonio o la certificación de la sentencia condenatoria previa y de su firmeza⁶³. El modo más habitual de

⁵⁹ Sanz-Diez, (2013) “*Reincidencia, habitualidad y Profesionalidad en las últimas reformas penales. Especial referencia a la delincuencia patrimonial*”. Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXIII .

⁶⁰ Rodríguez Mourullo, G; (1972)“*Aspectos críticos de la elevación de la pena en casos de multirreincidencia*” Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, p. 293 ss.

⁶¹ STS de 3 julio de 1990: “*Esta Sala en doctrina constante ha mantenido que los elementos y requisitos que integran o fundamentan la apreciación de las circunstancias agravantes tienen que ser probados con igual claridad meridiana que el hecho mismo*”.

⁶² Arroyo De Las Heras, A., Muñoz Cuesta, J., Goyena Huerta, J., “*Las circunstancias..*” p.202; Artículo 379 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁶³ Arroyo De Las Heras, A., Muñoz Cuesta, J., Goyena Huerta, J., “*Las circunstancias..*” p.202.

obtener la prueba de la anterior condena lo constituye la incorporación a los autos de la *Hoja Histórico Penal* remitida por el *Registro Central de Penados y Rebeldes*⁶⁴. Pero si en la certificación aportada por el anterior registro no queda determinada la fecha en la que queda extinguida la pena, el plazo de cancelación se computa desde la fecha de la firmeza de la sentencia que causó el antecedente⁶⁵.

3.7. ERROR SOBRE LA REINCIDENCIA.

Toda circunstancia agravante hace referencia a substrato materia que compone su vertiente objetiva que constituye el objeto de referencia de la vertiente subjetiva (dolo)⁶⁶. Por regla general, se admite que el Juez que tenga la intención de apreciación de la circunstancia agravante de responsabilidad criminal, debe de dejar acreditado en la sentencia que el sujeto estaba en conocimiento de su situación⁶⁷.

La doctrina admite de manera unánime que si existe un error en la circunstancia agravante no puede darse su apreciación, esto se encuentra contemplado en el artículo 14.2 del Código Penal de 1995, el cual dice “*el error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación*”. La doctrina, no distingue entre error vencible o invencible ya que ambos hacen que sea imposible la apreciación de las circunstancias agravantes. Bacigalupo afirma, en este sentido, que “*es claro que los elementos objetivos de las circunstancias agravantes, dado que integran el tipo objetivo (sean genéricas o específicas), deben de ser conocidos por el autor*”⁶⁸. En cambio, la naturaleza jurídica de la circunstancia agravante de reincidencia ha suscitado gran interés por parte de la doctrina sobre la cuestión sobre la necesidad de conocimiento respecto de sus hechos fundadores y sobre las consecuencias de la existencia de un error en esos hechos. El principal problema es la determinación de la necesidad de que el autor conozca que realiza el nuevo delito como reincidente⁶⁹.

⁶⁴ Marin Espinosa, E., “*La reincidencia..*” p. 286

⁶⁵ Arroyo De Las Heras, A., Muñoz Cuesta, J., Goyena Huerta, J., “*Las circunstancias agravantes..*” p.203.

⁶⁶ Marin Espinosa, E., “*La reincidencia..*” p. 289

⁶⁷ Marin Espinosa, E., “*La reincidencia..*” p. 286. Este autor cita la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1995 (RJA 4510): “*al ser necesario que el conocimiento y la voluntad del autor del delito abarque no sólo el hecho de la muerte, sino también el particular modo en que la alevosía se manifiesta, pues el sujeto ha de querer el homicidio y ha de querer también realizarlo con la concreta indefensión de que se trate, requisito que ha de concurrir en este delito como en cualquier otro de carácter doloso (...). En estos términos se viene manifestando con reiteración la doctrina de esta Sala*”

⁶⁸ Bacigalupo Zapatero, E., “*Principios de Derecho..*” p. 230.

⁶⁹ Marin Espinosa, E., “*La reincidencia..*” p.289.

Sobre esta cuestión, Rodríguez Devesa considera que *“los elementos del delito que por su naturaleza objetiva determinan una mayor antijuricidad de la conducta deben de ser captados por el dolo del agente para que le puedan ser imputados sin embargo, aquellos que sean de índole subjetiva, bastará con que concurran para que sean considerados como agravantes”*⁷⁰. Además, es afirmado por Garzón Real y Manjón-Cabeza que todas las agravantes deben de ser abarcadas desde el dolo del autor, a excepción de la reincidencia⁷¹; por lo que lo determinante en la reincidencia *“es que el sujeto reincidente, aunque él no lo sepa, por lo que el error sobre la misma no será relevante ya que el sujeto no actúa dolosamente como reincidente al realizar el tipo, sino que realiza el tipo dolosamente y, con independencia de ello, es o no reincidente”*⁷².

Según Mir Puig, la reincidencia es una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal con naturaleza personal, por lo que es incommunicable a los coautores en quienes concurra, pero por esto no deja de ser necesario para apreciar la circunstancia que el sujeto conozca sus presupuestos objetivos⁷³.

Aunque la circunstancia agravante de reincidencia describa una situación subjetiva u objetiva, forma parte del tipo, por lo que la circunstancia estará sometida a las mismas reglas que los demás elementos del tipo, y en particular, a las del error del tipo⁷⁴. Algunas de las agravantes están relacionadas con la gravedad de la ilicitud, otras, en cambio, con la de la culpabilidad, en cambio, la reincidencia se estructura de forma diferente a las demás circunstancias contenidas en el artículo 22 CP, nada tiene que ver con las circunstancias de hecho sino con una tendencia a la personalidad del autor, que hace de la circunstancia agravante de reincidencia que posea una naturaleza especial lo que la distingue del resto de las agravantes⁷⁵.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, y a pesar de que el artículo 14.2 del Código contempla que el error sobre una agravante impide su apreciación, la naturaleza especial de la agravante de reincidencia permite afirmar las siguientes conclusiones: En primer lugar, es admitido por la doctrina que los hechos fundadores de cualquiera de las agravantes del

⁷⁰ Rodríguez Devesa/Serrano Gómez,(1994) *“Derecho Penal Español. Parte General”*, 17ª Ed., Dykinson, Madrid.

⁷¹ Garzón Real, B; Manjón Cabeza Olmeda., *“Reincidencia y Constitución”* p. 3.

⁷² Garzón Real, B; Manjón Cabeza Olmeda., *“Reincidencia y Constitución”* p. 3

⁷³ Mir Puig, S., *“La reincidencia..”*, p. 294 y 295

⁷⁴ Bacigalupo Zapatero, E., *“Principios de Derecho..”* p. 162.

⁷⁵ Bacigalupo Zapatero, E., *“Principios de Derecho..”* p. 163.

artículo 22 CP, a excepción de la agravante de reincidencia, deben de ser abarcadas desde el dolo del autor, por ello, un error impediría su apreciación. En segundo lugar, para un sector de la doctrina, no es necesario que el dolo del autor abarque los presupuestos objetivos de la agravante de reincidencia para alcanzar la cualidad de reincidente. En tercer lugar, del análisis de los artículos 14.2, 22,8 y 66,3 del Código Penal se pueden extraer dos interpretaciones, la primera interpretación afirma que la reincidencia no requiere el conocimiento de los hechos que lo fundamentan ya que solo es necesario la concurrencia en la persona del autor para que dicha agravante sea apreciada, y la segunda interpretación afirma que para la apreciación de la agravante de reincidencia sí exige este conocimiento por parte del autor. En cuarto lugar, la aplicación automática por parte de los Tribunales de la agravante de reincidencia indica que en la práctica pueden llegar a darse uno de los siguientes supuestos: que no sea exigido el conocimiento por parte del autor, o que sí sea exigido dicho conocimiento, si bien se presume que el sujeto conociese la existencia de los elementos objetivos que le han ello acreedor de ella al autor. En quinto lugar, la Ley admite la posibilidad del error sobre la reincidencia. Por lo que se puede afirmar que la necesidad de conocimiento del autor de los elementos objetivos es una exigencia del principio de culpabilidad, y este principio es un pilar básico del sistema penal ya que es derivado de la idea de dignidad de la persona. Por lo que *“el principio de culpabilidad es derivado de la necesidad de que los elementos objetivos de todas las circunstancias agravantes se hallen abarcados por el dolo del autor; y además, el conocimiento por parte del autor debe ser probado en cada caso concreto, resultando que toda presunción general de culpabilidad establecida en la Ley será contraria al espíritu de la Constitución e incidirá negativamente en la presunción de inocencia”*⁷⁶. Y en último lugar, se puede afirmar que la reincidencia no es una agravante con la misma naturaleza que las demás circunstancias contenidas en el artículo 22 del Código Penal, ya que ésta hace referencia a la cualidad personal del autor⁷⁷.

Todo lo anterior, nos lleva a concluir que la reincidencia es la única circunstancia agravante que no hace referencia al hecho concretamente realizado, sino a una cualidad subjetiva del autor que se tiene o no independientemente de su conocimiento.

3.8. GRADO DE EJECUCIÓN, PARTICIPACIÓN Y REINCIDENCIA.

⁷⁶ Agudo Fernández, E., (2005) *“Principio de culpabilidad y reincidencia en el Derecho Penal”* Editorial de la Universidad de Granada, p. 411.

⁷⁷ Marín Espinosa Ceballos, E., *“La reincidencia..”*, p. 291.

Según la opinión de Mir Puig, la tipicidad de la tentativa y de las formas de participación, fuera de los casos en los que las modalidades se encuentren previstas de una forma especial, encuentra una concordancia de los diferentes tipos previstos en los Libros I y II de la Parte Especial del Código con los preceptos reguladores que se encuentran contenidos en el Libro I de la Parte General⁷⁸. Frente a esto, se origina un problema a la hora de la determinación de qué Título del Código hay que tomar en consideración en el momento de examinar si el delito actual se halla comprendido en el mismo Título del Código del delito anterior⁷⁹. Según este autor, el Tribunal Supremo ha decidido sobre esto incluyendo las formas de imperfecta ejecución y las formas de participación en el título que corresponde de la Parte Especial, por considerar básica y central la tipicidad definida en la Parte Especial⁸⁰. Además, expone que pese a lo que estima la jurisprudencia la circunstancia agravante de reincidencia no puede ser estimada en los supuestos en los que infracción actual o anterior constituyan una forma de imperfecta ejecución o participación, porque no pueden llegar a ser incluidas en los Títulos de los Libros I y II, *“no será posible que concurra el elemento relacional de la reincidencia – comprendido en el mismo Título de este Código.”*⁸¹. Por ello, no puede llegar a apreciarse la reincidencia cuando el delito anterior constituya una forma de imperfecta ejecución o una forma de participación, y el actual constituya un delito consumado de autor, y viceversa⁸²; ni será posible apreciar la circunstancia de reincidencia cuando todas las modalidades en juego constituya formas de imperfecta de ejecución o de participación, ya que *“la necesidad de concordar los dos Títulos, a saber, el correspondiente de la Parte General y el de la Parte Especial de que se trate, hace imposible en tales supuestos la realización del elemento relacional, descrito por la expresión comprendidos en el mismo Título, la cual hace exclusiva referencia a un solo Título”*⁸³.

Para Goyena Huerta, *“es el delito y no su pena concreta lo que determina la reincidencia”*⁸⁴. También considera este autor que *“tanto la tentativa como la consumación, así como las distintas formas de participación, se encuentran reguladas en el mismo Título*

⁷⁸ Mir Puig, S., *“La reincidencia..”* p. 367.

⁷⁹ Mir Puig, S., *“La reincidencia..”* p. 368.

⁸⁰ Mir Puig, S., *“La reincidencia..”*, p. 368. ; STS de 12 de marzo de 1889, STS de 16 de febrero de 1953 (ArJ/172) ; STS de 13 de diciembre de 1957 (ArJ/3259); en cuanto a las formas de ejecución, y STS de 12 de junio de 1958 (ArJ/2036); STS de 10 abril de 1973 (ArJ/1653) y STS de 13 de abril de 1973 (ArJ 1757) en cuanto a las formas de anticipación.

⁸¹ ⁸¹ Mir Puig, S., *“La reincidencia..”* p. 370.

⁸² Mir Puig, S., *“La reincidencia..”* p. 370.

⁸³ Mir Puig, S., *“La reincidencia..”* p. 371.

⁸⁴ Arroyo de las Heras, A; Muñoz Cuesta, J; Goyena Huerta, J., *“Las circunstancias..”*, p. 173.

*del Libro I del Código Penal, por lo que, en todo caso, quedarían cumplidas las exigencias impuestas por el artículo 22.8º*⁸⁵.

Es considerado por Marín Espinosa Ceballos que no es posible la apreciación de la agravante de reincidencia cuando el anterior delito se realizó en grado de tentativa y el nuevo consumado, porque faltaría que los delitos sean de la misma naturaleza, es decir, faltaría un requisito formal⁸⁶. Además, esta autora, niega la posibilidad de la apreciación de la reincidencia entre un delito cometido bajo cualquier apreciación y un delito cometido en concepto de autor, pero no considera que en estos casos falte el requisito de que se encuentren comprendidos en el mismo Título ya que considera que *“a los efectos de la agravante de reincidencia hay que entender a la ubicación sistemática del delito consumado, con independencia de cuál fuera el grado de perfección delictiva o el grado de participación”*⁸⁷. Según ella, lo que verdaderamente falta es el requisito de que sean de la misma naturaleza, ya que en los supuestos anteriormente mencionados *“no hay identidad de gravedad de las penas o identidad de la gravedad de los hechos”*⁸⁸.

Teniendo en cuenta todas las consideraciones anteriores y todos los argumentos de los autores, se puede limitar de *lege lata* los efectos de la circunstancia de reincidencia admitiendo que las formas imperfectas de ejecución y de participación necesitan que los preceptos definidores de la Parte General y Parte Especial concuerden, por lo cual, no es posible la apreciación de la reincidencia entre un delito consumado y uno tentado por la falta el requisito de que ambos delitos se encuentren en el mismo título del Código.

3.9. REINCIDENCIA INTERNACIONAL.

Con la LO 1/2015, de 30 de marzo, se ha introducido un nuevo párrafo al artículo 22.8º del Código Penal: *“Las condenas firmes de jueces o tribunales impuestas en otros Estados de la Unión Europea producirán los efectos de reincidencia salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiera serlo con arreglo al Derecho español”*. Con este nuevo apartado, el

⁸⁵ Arroyo de las Heras, A; Muñoz Cuesta, J; Goyena Huerta, J., *“Las circunstancias..”* p. 173. Este autor cita la sentencia de 29 de enero de 1991 (RJA 446), en la que se afirma que *“en cuanto al espacioso argumento de que el delito fuere considerado de capítulo distinto porque, al ser robo continuado, se penó por el artículo 69 bis, carece de toda la solidez jurídica el artículo en cuestión no tipifica, sólo regula la forma de penar ese concurso en cualquier tipo de delito, definido y penado básicamente en su capítulo respectivo cuando por su naturaleza sea posible esa ejecución en serie”*.

⁸⁶ Marín Espinosa Ceballos, E., *“La reincidencia..”* p. 571.

⁸⁷ Marín Espinosa Ceballos, E., *“La reincidencia..”* p. 245.

⁸⁸ Marín Espinosa Ceballos, E., *“La reincidencia..”* p. 246.

legislador pretende igualar los antecedentes penales españoles a las condenas impuestas por otros tribunales de la Unión Europea, pero con la excepción de que esos antecedentes hayan sido cancelados o pudieran serlo con arreglo al Derecho español. El fin de esta incorporación y adaptación en materia penal es la contribución a un funcionamiento eficaz de los registros de antecedentes penales en el espacio de la Unión Europea⁸⁹

Además, el Código Penal de 1995, contiene cuatro preceptos que regulan específicamente la cuestión de la reincidencia internacional:

- Art. 190 CP: «La condena de un Juez o Tribunal extranjero, impuesta por delitos comprendidos en este capítulo, será equiparada a las sentencias de los Jueces o Tribunales españoles a los efectos de la aplicación de la circunstancia agravante de reincidencia».
- Art. 375 CP: «Las condenas de Jueces o Tribunales extranjeros, por delitos de la misma naturaleza que los previstos en los artículos 361 al 372 de este Capítulo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español»
- Art. 388 CP: «La condena de un Tribunal extranjero, impuesta por delito de la misma naturaleza de los comprendidos en este capítulo, será equiparada a las sentencias de los Jueces o Tribunales españoles a los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiese serlo con arreglo al Derecho español»
- Art. 580 CP: «En todos los delitos relacionados con la actividad de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, la condena de un Juez o Tribunal extranjero será equiparada a las sentencias de los Jueces o Tribunales españoles a los efectos de aplicación de la agravante de reincidencia».

4. LA POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA AGRAVANTE DE REINCIDENCIA.

⁸⁹ Morillas Cueva, L; “Estudios sobre el Código..” p. 63 y ss.

Resulta extraño el hecho de que el Tribunal Constitucional no se haya manifestado hasta el año 1991 sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la reincidencia tras la entrada en vigor de la Constitución Española de 1878⁹⁰.

Tanto la falta de fundamento como los efectos de la reincidencia ha hecho que se plantease si es posible o no la inconstitucionalidad de dicha agravante. Entre los efectos podemos destacar: “*en primer lugar, el agravamiento de la pena de acuerdo con lo previsto en el artículo 66.3 CP; en segundo lugar, la imposibilidad de aplicar la condena condicional salvo el caso de que se trate de delito de imprudencia; en tercer lugar, la imposibilidad de la rehabilitación en el momento dado; en cuarto lugar, el impedir la aplicación de medidas de seguridad; y por último, la prohibición de contratar con el Estado así como otros efectos administrativos de menor entidad*”⁹¹.

La permanencia de la agravante de reincidencia se puede discutir si no se halla un fundamento importante de ésta. Por otro lado, la disimilitud de criterios que encontramos en la doctrina para fundamentar el agravante de reincidencia, nos puede llevar a la idea de que no existe una posibilidad para dicha fundamentación, y también que no existe una justificación racional para su existencia. Así, Rosario de Vicente Martínez afirma que “*Se han llevado a cabo algunos ensayos por parte de la doctrina, con el fin de fundamentar; algunos de estos ensayos están basados en la mayor culpabilidad, otros en la mayor capacidad criminal, otros en la mayor peligrosidad del sujeto, etc.*”⁹². Esta diversidad de criterios ha influenciado a algún sector de la doctrina la solicitud de eliminación de la agravante en nuestro Código Penal por su falta de fundamento.

También, encontramos manifestaciones de algunos autores⁹³ que mantienen la idea que la agravante de reincidencia es inconstitucional, entre estos autores encontramos a Bustos Ramírez que afirmó que “*la reincidencia es claramente inconstitucional*”⁹⁴; Zubaldía Espinar⁹⁵ que fundamenta su opinión a favor de la inconstitucionalidad basándose en que se procede a la infracción de los principios de proporcionalidad, presunción de inocencia y *non*

⁹⁰ Zugaldía Espinar, M ;(1989) “*Sobre la inconstitucionalidad de la agravante de reincidencia*”, Poder Judicial 2ª época/ número 13 Marzo.

⁹¹ De Vicente Martínez, R; (1997) “*La reincidencia en el Código Penal de 1995*” , Ed. Universidad de Castilla-La Mancha.

⁹² De Vicente Martínez, Rosario; (1997) “*La reincidencia en el Código Penal de 1995*” , Ed. Universidad de Castilla-La Mancha.

⁹³ Garzón Real, B; Mangón-Cabeza Olmeda, A; “ *Reincidencia y Constitución*”; Jareño Leal, (1991) “*Reincidencia, arbitro judicial y Principio de legalidad*” en <<Poder Judicial>> nº 22 . A favor de la constitucionalidad, encontramos entre otros, Jaén Vallejo “*Reincidencia y Derecho Penal de culpabilidad*”, en <<Política Criminal y Reforma penal>>

⁹⁴ Bustos Ramírez, J; (1986) “*Manual de Derecho Penal. Parte General*” ,Ed. Ariel, Barcelona.

⁹⁵ Zugaldía Espinar, M ;(1989) “*Sobre la inconstitucionalidad de la agravante de reincidencia*”, Poder Judicial 2ª época/ número 13; Marzo.

bis in idem; y Garzón Real-Manjón⁹⁶ fundamenta dicha inconstitucionalidad afirmando que la agravante de reincidencia infringe el principio de culpabilidad, el principio *non bis in idem* y el principio de presunción de inocencia.

Pero, la cuestión de si la agravante de reincidencia es acorde o no a la constitución, ha sido resuelta tanto por el Tribunal Supremo⁹⁷ como por parte del Tribunal Constitucional.

4.1.LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 150/91 DE 4 DE JULIO.

Mediante la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 4 de julio de 1991, donde se ha rechazado la pretensión de inconstitucionalidad de este agravante ,cuando el Juzgado de Instrucción de Daroca (Zaragoza) planteó dicha cuestión de inconstitucionalidad del artículo 10.15º del Código Penal de 1973 (hoy art.22.8º CP-1995). La pretensión de inconstitucionalidad de la agravante de reincidencia se fundamentaba en los siguientes argumentos: Vulneración del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE); Vulneración del principio interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (at. 9.3); vulneración del principio de culpabilidad (art. 10.1); vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15); vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1); vulneración del derecho a usar los medios de prueba pertinentes para su defensa (art. 24.2); Vulneración del derecho de presunción de inocencia (art. 24.2); vulneración de principio “non bis in ídem” (art. 2.1); y vulneración del principio de reinserción social (art. 25.2).

Estas cuestiones promovidas por el Juzgado de Instrucción de Daroca fueron resueltas de manera acumulada por el Tribunal Constitucional, donde se desestima la cuestión planteada y confirma la constitucionalidad de la agravante, donde el Tribunal afirma que “*no existe precepto alguno que proporcione una aproximación sobre cuál sea la naturaleza, fundamento y razón de ser de esta circunstancia agravante de la responsabilidad criminal*”⁹⁸

A pesar de la falta de unanimidad por parte de la doctrina y en la jurisprudencia respecto del fundamento y de la naturaleza de la reincidencia, el Tribunal Constitucional considera que “*para resolver sobre la constitucionalidad de la agravante no hay que atender a las distintas construcciones doctrinales formuladas respecto de la reincidencia, sino única y*

⁹⁶ Garzón Real, Baltasar y Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli;(1991) “*Reincidencia y Constitución*”, en <<Actualidad Penal>>, nº1

⁹⁷ Sentencia de 1 Julio de 1992, donde afirma el Tribunal Supremo que la *apreciación de la agravante de reincidencia su agravación de la pena no conlleva, en forma alguna, la concurrencia de los principios de culpabilidad, proporcionalidad de la pena, seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad, legalidad, tipicidad y prohibición del bis in idem*. Y además, la sentencia de 24 de febrero de 1993, la sentencia de 4 de junio de 1993 y la sentencia de 6 de abril de 1990.

⁹⁸ STC 150/91, de 4 de julio, Fundamento Jurídico número 3: “*La institución de la reincidencia, como respuesta al fenómeno de la recaída en el delito, ha sido objeto de especial preocupación para el legislador penal, tanto español como extranjero, así como de análisis y comentario tanto de la doctrina como en la jurisprudencia, que, por lo demás, no llegan en forma alguna a conclusiones unánimes y compartidas*”

exclusivamente a la regulación e efectos que el Código Penal establece respecto de la misma, para comprobar si la determinación de una pena superior por el hecho de la concurrencia de la reincidencia es o no conforme a la Constitución”⁹⁹; y además, recuerda el Tribunal que “el parámetro a utilizar para resolver sobre la inconstitucionalidad de la norma cuestionada es la propia Constitución, y no determinadas categorías dogmáticas jurídico-penales, sobre las que no corresponde pronunciarse a este Tribunal”¹⁰⁰.

El Tribunal Constitucional aborda un estudio por separado de cada uno de los razonamientos de los Autos de planteamiento del Juzgado de Instrucción de Daroca; por lo que voy a realizar un análisis de los argumentos empleados por el Tribunal para desestimar la cuestión de inconstitucionalidad de la agravante de reincidencia por la STC 150/91:

4.1.1. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD, REINSERCIÓN SOCIAL Y PROPORCIONALIDAD.

El Tribunal afirma la existencia plena de compatibilidad entre los principios de culpabilidad, de inserción social y de proporcionalidad y la agravante de reincidencia. El Tribunal con antelación al desarrollo de la argumentación aclara que “*las normas constitucionales relativas a la dignidad de la persona y a libre desarrollo de la personalidad, así como a s valores superiores del ordenamiento jurídico integran mandatos jurídicos objetivos y tienen un valor relevante en la normativa constitucional, no pretenden la consagración constitucional de ninguna construcción dogmática. Por lo tanto, no cabe fundar la inconstitucionalidad de un precepto en su incompatibilidad con doctrinas o construcciones presuntamente consagradas por la Constitución*”¹⁰¹.

En cuanto a la cuestión de compatibilidad entre el principio de culpabilidad y la agravante de reincidencia, el TC afirma lo siguiente: “*En este sentido, por lo que se refiere a la contradicción del art. 10.15 del Código Penal con el principio de culpabilidad penal, los Autos de planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad parten de una premisa inexistente, a saber, que la Constitución ha optado por una doctrina de la culpabilidad, más concretamente la de la <<normalidad de la motivación>>. Pero es indudable, conforme a lo antes expuesto, que esta suposición carece de todo fundamento, y consecuentemente, no cabe apreciar la inconstitucionalidad denunciada. En efecto, la CE consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal, de manera que no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal <<de autor>> que determinara las penas en*

⁹⁹ STC 150/91, de 4 de julio: Fundamento jurídico número 3.

¹⁰⁰ STC 150/91, de 4 de julio: Fundamento jurídico número 3.

¹⁰¹ STC 150/91, de 4 de julio: Fundamento jurídico número 3.

atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos –SSTC 65/198, 14/1998 (RTC 1998/14) y otras-. Pero la consagración constitucional de este principio no implica en modo alguno que la Constitución haya convertido en norma un determinado modo de entenderlo, como es el de la <<normalidad de la motivación>>”.

Después, el Tribunal Constitucional afirma que no se puede estimar como inconstitucional la agravante ya que no se ajusta a los fines constitucionales de la pena, y lo fundamenta de la siguiente forma: *“Tampoco la CE erige a la prevención especial como única finalidad de la pena; antes al contrario, el art. 25.2 no se opone a que otros objetivos, entre ellos, la prevención general, constituye, asimismo, una finalidad legítima de la pena, razón por la cual el mismo planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad (que estiman que la agravante no responde a fines preventivos no resocializadores), en este concreto aspecto, aparece desprovisto de base. En primer término el art. 25.2 CE no resuelve sobre la cuestión referida al mayor o menor ajustamiento de los posibles fines de la pena al sistema al sistema de valores de la CE ni, desde luego, de entre los posibles –prevención general; prevención especial; retribución, reinserción, etc.- ha optado por una concreta función de la pena en el Derecho penal. Como este Tribunal ha afirmado en otras ocasiones, el art. 25.2 CE contiene un mandato dirigido al legislador penitenciario y a la Administración por él creada para orientar la ejecución de las penas privativas de libertad (por todas, SSTC 19/1988 y 28/1988), pero no establece que la reeducación y la reinserción social sean las únicas finalidades legítimas de las penas privativas de libertad. No cabe, por tanto, estimar inconstitucionalidad de la agravante de reincidencia por no ajustarse a los <<fines constitucionales>> de la pena”.*

4.1.2. SEGURIDAD JURÍDICA E INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD.

El Tribunal afirma sobre estas cuestiones que, de una parte, la regulación del artículo 10.15 CP de 1973 sobre la circunstancia agravante de reincidencia puede llegar a suponer para el autor del delito, un obstáculo para el conocimiento de las consecuencias jurídicas de sus respectivos actos; y de otra parte, el aumento de las penas sucesivas constituye un ejercicio arbitrario del Estado.

El Tribunal, a su juicio, considera que los argumentos expuestos por el Juzgado de Darroca no pueden llegar a estimar que el artículo 10.15 del Código Penal de 1973 contradiga los artículos 9.3 y 25.2 CE¹⁰². En cuanto al principio de seguridad jurídica, el Tribunal dispone que *“es doctrina reiterada de este Tribunal la de que no vulnera la exigencia de lex*

¹⁰² STC 150/91, de 4 de julio: Fundamento jurídico número 5.

certa, como garantía de la certidumbre o seguridad jurídica, el empleo en las normas sancionadoras de conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia que permitan prever, con suficiente seguridad la conducta regulada –SSTC 122/198, 133/1987 (RTC 1897/133). 69/1989 y 219/1989 (TRC 1989/219)-. Con arreglo a la doctrina citada, ningún reproche de inseguridad cabe hacer a la agravante de reincidencia, pues la lectura del art. 10.15 CP permite afirmar que los supuestos de reincidencia contemplados –específica y genérica- están descritos con la necesaria claridad y precisión, de tal modo que no suscitan ninguna incertidumbre razonable sobre los supuestos en los que la reincidencia juega como circunstancia agravante de la responsabilidad criminal”¹⁰³.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha considerado que nos encontramos ante una pura retórica en cuanto a la infracción del principio de interdicción de la arbitrariedad: *“En efecto, de un lado, no se comprende en qué medida la imposición de una pena superior para el reincidente constituye un ejercicio arbitrario del ius puniendi del Estado puesto en relación con el fracaso del tratamiento penitenciario del anterior o anteriores delitos. De otro lado, la tesis de que la agravación de la pena por reincidencia viola el principio de interdicción de la arbitrariedad, por cuanto que con ello se combate un estado peligroso, tiene como presupuesto preciso la toma de postura doctrinal del juez acerca de que la agravante del art. 10.15 CP se basa en la peligrosidad del reincidente, y, en consecuencia, se incide también en este concreto punto en el error de utilizar, como parámetro de constitucionalidad, una determinada concepción dogmática de la agravante cuestionada”¹⁰⁴.*

4.1.3. PRINCIPIO DE IGUALDAD.

En cuanto a la vulneración de este principio, el Tribunal considera que, de una parte, el artículo 10.15 del Código de 1973 supone un trato injustificado de desfavor respecto de los reos reincidentes, y de otra parte, dispone que es discriminatorio, porque supone un trato de manera igualitaria al autor reincidente que cumplió su condena y al autor reincidente que fue condenado pero no llegó a cumplir la condena.

A juicio del Tribunal, ninguno de los argumentos ofrecidos puede llegar a manifestar la inconstitucionalidad porque *“(...) es doctrina constante de este Tribunal la de que el principio constitucional de igualdad (art. 14CE), además de impedir las discriminaciones específicamente descritas, obliga al legislador a no introducir entre los ciudadanos diferenciaciones carentes de todo fundamento razonable, eso es, no orientadas a la obtención*

¹⁰³ STC 150/91, de 5 julio. Fundamento jurídico número 5.

¹⁰⁴ STC 150/91, de 5 julio. Fundamento jurídico número 5

de un fin constitucionalmente lícito, o no articuladas en torno a rasgos o elementos que resulten pertinentes para la diferenciación normativa (por todas, STC 19/1988, antes citada). En consecuencia, y considerada no arbitraria la opción legislativa de aumentar la pena a imponer para el delincuente reincidente, forzoso es concluir que de la misma regulación legal de la agravante de reincidencia se desprenden los criterios objetivos tenidos en cuenta por el legislador para establecer un trato punitivo distinto para los delincuentes reincidentes de los no reincidentes. Como señala el Abogado del Estado, tan razonable es sostener que la lesión de un bien jurídico es más grave cuando es repetida (con los requisitos de la reincidencia) como sostener lo contrario: se trata de juicios no arbitrarios de valor, compatibles ambos con la CE»¹⁰⁵.

Además, el Tribunal recuerda que se había pronunciado recientemente diciendo que el principio de igualdad no puede llegar a fundamentar un reproche de discriminación por indiferenciación en las sentencias STC 86/1985 y 19/1988, y concluye disponiendo que “(...) *no cabe ignorar que el cumplimiento o no de la pena impuesta en su momento no puede erigirse en factor razonable de diferenciación de trato, cuando lo que está en la base de la agravante es una condena ejecutoria, y no el hecho de su efectivo cumplimiento, irrelevante a los efectos de la mayor o menos reprochabilidad penal de la conducta sancionada*”¹⁰⁶.

4.1.4. TRATO INHUMANO O DEGRADANTE.

El Tribunal Constitucional, en el Fundamento Jurídico 7º despeja la duda sobre la constitucional de esta fundamentación, y lo argumenta de la siguiente forma: “*En primer lugar, según tiene afirmado este Tribunal, pena degradante es la que provoca <<una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena>> (SSTC 65/1986 y 89/1987), y su cualificación como tal <<depende de la ejecución de la pena y de las modalidades que reviste>>. Es claro al respecto que la previsión del legislador de una mayor pena –no sólo de las privativas de libertad- por la concurrencia de la agravante de reincidencia, o por cualquier otra agravante, no constituye, de suyo, un trato inhumano o degradante a la luz de la doctrina expuesta (...)*”

De otro lado, en relación con los demás argumentos, “*el Juez promotor da por supuestas determinadas cuestiones dogmáticas lo que acarrea sin más la irrelevancia de dichos alegatos. En efecto, cuando se afirma que la apreciación de la reincidencia impide al juzgador la posibilidad de imponer la pena legalmente prevista para un hecho en su grado*

¹⁰⁵ STC 150/91, de 5 julio. Fundamento jurídico número 6.

¹⁰⁶ STC 150/91, de 5 julio. Fundamento jurídico número 6.

mínimo, o que la agravación por reincidencia no se justifica en ninguno de los fines de la pena, implícitamente se parte de concretas concepciones dogmáticas acerca de cuál sea la naturaleza de las circunstancias agravantes (esto es, sobre si las mismas afectan únicamente a la pena o pertenecen al ámbito del delito) y cuáles son los fines de la pena respectivamente.”

4.1.5. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y DERECHO A LA PRUEBA.

En cuanto a esta cuestión, el Tribunal analiza la supuesta inconstitucionalidad basada en la infracción del artículo 24 CE en sus dos apartados. Donde el Tribunal aclara que *“de las infracciones aducidas sólo es necesario pronunciarse sobre la referida a los derechos a la presunción de inocencia y a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE)”*¹⁰⁷. Sobre esto, el Tribunal afirma que *“(…) por lo que se refiere a la presunta violación por la agravante de reincidencia de los derechos a la presunción de inocencia y a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa consagrados en el art. 24.2 CE, se parte de la base de que la aplicación objetiva y automática de la agravante cualquiera que sea el fundamento de la misma, entraña una presunción iuris et de iure, bien de perversidad, bien de desprecio a un bien jurídico tutelado por la Ley pena, o bien de culpabilidad o de peligrosidad, que no admite prueba en contrario y contradice la presunción constitucional de inocencia, que ha de extenderse a cualquier elemento que constituye presupuesto de una medida represiva o de la agravación de la pena. Pero del propio planteamiento de la cuestión se deduce que la misma no guarda relación con los citados derechos fundamentales. En primer lugar, porque, aun admitiendo que la presunción de inocencia también verse sobre las circunstancias agravantes, lo que el juez propugna no es tanto la prueba de los presupuestos previstos en el art. 10.15 del CO-1973 para poder apreciar la agravante, sino la acreditación, en cada caso concreto, de los supuestos fundamentales o razones tenidas en cuenta por el legislador al establecer la reincidencia como circunstancia agravante. Y ello supondría, a parte las dificultades apuntadas por el Fiscal en su escrito de alegaciones, confundir convertir una relación de fundamentación –sumamente controvertida en el tema que nos ocupa, como pone de manifiesto el plural abanico de presunciones reseñadas por el*

¹⁰⁷ STC 150/91, de 4 de julio: *“(…) dado que, de un lado, la denunciada violación del art. 24.1 CE por la <<mutilación de derechos legítimos por obra de una resolución judicial en aplicación de una norma constitucional>>, supone (...) el hacer un supuesto de la cuestión al partir de la inconstitucionalidad del art. 10.15 CP, y, de otro lado el argumento fundado en la presunta violación de la intangibilidad de la cosa juzgada, en realidad se confunde con la supuesta infracción del principio non bis in idem, que será objeto de análisis en el siguiente fundamento jurídico”*.

Juez- en una praesumptio legis y en un presupuesto o requisito no recogido en el art. 10.15 CP-1973”¹⁰⁸.

4.1.6. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y PROHIBICIÓN DEL BIS IN ÍDEM.

El Tribunal, finaliza resolviendo la posible inconstitucionalidad por la vulneración del principio de legalidad, una de cuyas exigencias es la prohibición del principio *bis in idem*. El Tribunal constitucional, pone en conocimiento lo que había dispuesto en la sentencia 2/1981 (RTC 1981/2) donde reconoce el principio *non bis in idem*, pero aunque no está expresamente consagrado de una forma expresa, debe entenderse integrado en los principios de tipicidad y legalidad de las infracciones. Este principio, tal y como se ha estado interpretando por el Tribunal, supone la prohibición de que se sancione de una forma repetida una conducta, y ello “*por entrañar esta posibilidad una inadmisibile reiteración en el ejercicio del ius puniendi del Estado*”¹⁰⁹. En cambio, prosigue el Tribunal disponiendo: “*(...) del propio significado del non bis idem se desprende que la agravante de reincidencia del art. 10.15 CP-1973 no conculca dicho principio constitucional. En efecto, la apreciación de la agravante de reincidencia supone, como al principio se expuso la obligatoriedad de tomarla en consideración, como cualquier otra agravante, para aumentar la pena en los casos y conforme a las reglas que se prescriben en el propio Código (art. 58 CP), y, más concretamente, para determinar el grado de aplicación de la pena prevista para el delito, dentro de los límites de cada grado, fijar –discrecionalmente- la extensión de la pena. Es claro, en consecuencia, que con la apreciación agravante de reincidencia, ya se entiende que afecta al núcleo del delito o sólo a la modificación de la pena, no se vuelve a castigar el hecho anterior o los hechos anteriores por lo demás ya ejecutoriamente juzgados –art. 10.15 CP- y con efectos de cosa juzgada (efectos que no se ven, pues alterados), sino única y exclusivamente el hecho posterior. En este sentido, es una opción legítima y no arbitraria del legislador el ordenar que, en los supuestos de reincidencia, la pena a imponer por el delito cometido lo sea en una extensión diferente que para los supuestos de no reincidencia. Y 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, desde luego, que los hechos anteriores vuelvan a castigarse, sino tan sólo que han sido tenidos en cuenta por el legislador penal para el segundo o posteriores delitos, según los casos, bien (según la*

¹⁰⁸ STC 150/91, de 5 julio. Fundamento jurídico número 7.

¹⁰⁹ SSTC 2/1981; 159/1985 (RTC 1985/159); 23/1986 (RTC 1986/23); 66/1986 (RTC 1986/66); 94/1986 (RTC 1986/94); 107/1989 (RTC 1989/107) 122/1990 (RTC 1990/122) y 150/91, entre otras.

perspectiva que se adopte) para valorar el contenido de injusto y su consiguiente castigo, bien para fijar y determinar la extensión de la pena a imponer. La agravante de reincidencia, por tanto, queda fuera del círculo propio del principio non bis in idem”¹¹⁰.

Y por último, el Tribunal Constitucional considera que “(...) tampoco es aceptable el argumento de que no es conforme con la Constitución agravar la pena por hechos anteriores a la comisión del delito, que el Juez razona a partir de lo dispuesto en el art. 25.1, in fine, de la Constitución. Basta con señalar, al efecto, que la exigencia del art. 25.1 CE se refiere a la vigencia, en el momento de cometerse el nuevo delito, de la norma sancionadora; por ello, lo determinante, a efectos de la adecuación a la Constitución, es que se aplique una norma reguladora de la reincidencia que esté vigente en ese momento, según la exigencia de previa ley; norma que, como se ha dicho, no sanciona hechos anteriores, sino los constitutivos del nuevo delito, agravando la correspondiente pena”¹¹¹.

4.2.LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE ABRIL DE 1990.

El Tribunal Supremo afrontó la cuestión de inconstitucionalidad de la agravante de reincidencia en la sentencia de 6 de abril de 1990, Rec 3173/1987, donde el Ministerio Fiscal interpuso un recurso de casación frente a la sentencia de instancia con el fin de que el Tribunal Supremo manifestase su opinión acerca de las dudas sobre la constitucionalidad de la circunstancia agravante de reincidencia. En la resolución, el TS evoca el “principio de conservación de la ley”, el cual obliga, con anterioridad a la declaración de inconstitucionalidad de un precepto, a la búsqueda de la interpretación de la norma para que sea conforme a las exigencias constitucionales.

Para esta valoración hay que partir del artículo 10.1 de la Constitución Española, donde es proclamada la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político y la paz social que “*imponen un Derecho Penal respetuoso del principio de culpabilidad por el hecho concretamente cometido. Dicho principio, a su vez, determina que la pena imponible no debe superar la medida determinada por la gravedad de tal culpabilidad por el hecho. Este punto de partida excluye, en consecuencia que la pena aplicable sea establecida tomando en cuenta la culpabilidad de hechos anteriores ya sancionados o la personalidad del autor exteriorizada por hechos punibles cometidos en el pasado y que ya han sido motivo de sanción*”¹¹². Tras este planteamiento, el Tribunal

¹¹⁰ STC 150/91, de 5 julio. Fundamento jurídico número 8.

¹¹¹ STC 150/91, de 5 julio. Fundamento jurídico número 8.

¹¹² STS de 6 abril de 1990, Rec 3173/1987

Supremo decide volver a formular el régimen legal de la circunstancia agravante de reincidencia con el fin de adaptarla a los límites del principio de culpabilidad por el hecho, dando a entender que es una circunstancia de aplicación facultativa ya que solo es apreciada cuando su finalidad no sea la de superar la gravedad de la culpabilidad por el hecho¹¹³.

5. DISCUSIÓN DOCTRINAL SOBRE EL FUNDAMENTO QUE LEGITIMA LA REINCIDENCIA

La principal pregunta que plantea la circunstancia agravante de reincidencia es por qué la existencia de una condena anterior dispone una mayor gravedad a un hecho realizado posteriormente y faculta el aumento de la pena de este hecho¹¹⁴.

Nos encontramos ante desigualdades doctrinales ante esta cuestión, las cuales fluctúan entre la postura de los que entienden que la circunstancia de reincidencia incrementa la gravedad del hecho, y entre los que recurren a la fundamentación desde los fines de la pena¹¹⁵.

Un sector de la doctrina sostiene que la reincidencia conlleva una mayor gravedad del hecho ya que revela una mayor culpabilidad¹¹⁶. El reincidente actúa conociendo la antijuricidad y la punibilidad de su comportamiento. La reincidencia supone “*una mayor culpabilidad por la especial disposición de ánimo que muestra el autor, cuyo comportamiento expresa un especial desprecio hacia los bienes jurídicos, al cometer un nuevo delito pese a la advertencia que supone la primera condena*”¹¹⁷.

Se usa el argumento de que la agravación de la pena por la circunstancia agravante de reincidencia, supone “*la infracción del principio de responsabilidad por el hecho o acto aislado, fundamentando el juicio de culpabilidad en el estado del autor o en su carácter*”¹¹⁸.

Además, hay que tener en cuenta que, en algunos casos, la reincidencia puede llegar a indicar un menor grado de sensibilidad a la hora de la captación de la advertencia que supone la condena, por esto, se dice que el reincidente tiene una capacidad menor de inhibición frente al

¹¹³ En la resolución se afirma lo siguiente: “*La consecuencia práctica de esta redefinición del régimen de la reincidencia afecta directamente al actual automatismo de la aplicación del art. 10, 15ª, en relación al 61,2ª CP. Concretamente: a) Los Tribunales sólo deberán agravar la pena por razón de la reincidencia hasta un límite que no supere la gravedad de la culpabilidad y sin atender al art. 61,2ª CP cuando la pena determinada por la reincidencia supere dicho límite. (...) Dicho de otra manera: cuando la gravedad de la reprochabilidad por el hecho (establecida sin tomar en cuenta la conducta anterior del autor ni pronósticos de conducta desfavorables para el futuro) no alcance para justificar la aplicación del grado medio o máximo, el Tribunal no deberá agravar la pena, fundándose en la reincidencia, por encima de la que resulte de la gravedad de dicha reprochabilidad*”.

¹¹⁴ Monge Fernández, A.,(2008) “*Aproximaciones dogmáticas a la circunstancia agravante de reincidencia desde los fines y fundamentos de la pena*”, en Cuadernos de Política Criminal, nº95, , p. 100 y ss.

¹¹⁵ Mir Puig, S., “*La reincidencia*..”p. 428.

¹¹⁶ Cerezo Mir, J.,(2001) “*Curso de Derecho Penal español. Parte General III, Teoría jurídica del delito*” , Madrid , p. 168.

¹¹⁷ Alonso Álamo, M.,(1982) “*El sistema de circunstancias del delito*”, Valladolid , p. 146-147

¹¹⁸ Cerezo Mir, J., “*Curso de Derecho*..” p. 169.

delito y, por esta razón, actúa con menos culpabilidad¹¹⁹. En este sentido, el autor Quintero Olivares indica que la reincidencia demuestra el fracaso de las funciones asignadas al Derecho Penal¹²⁰.

Los defensores de esta idea de mayor culpabilidad contemplan que en algunos casos de reincidencia se puede dar la existencia de una capacidad menor del sujeto para autodeterminarse, por no haber recibido el sujeto un tratamiento resocializado correcto o por la propia personalidad del autor¹²¹. Además, reconocen que el sujeto reincidente no manifiesta siempre una conducta de rebeldía frente al Derecho¹²². Por todo esto, esta idea concluye exponiendo que, *“de lege ferenda, resultaría preferible atribuir a esta circunstancia un carácter meramente facultativo; y, de lege lata, realizar una interpretación teleológica y restrictiva de esta circunstancia en el sentido de apreciarla únicamente cuando, de acuerdo con su fundamento, pusiera de manifiesto una mayor culpabilidad del autor”*¹²³.

Otro sector de la doctrina, representado por Mir Puig¹²⁴, valora que la agravante de reincidencia aumenta la antijuricidad del hecho, por lo que la repetición delictiva desprecia los bienes jurídicos y el sujeto, pese a su condena anterior, reitera mediante la infracción de las normas. Según este autor, la actitud de desprecio de los bienes jurídicos por parte de los sujetos reincidentes y la actitud de estos de rebeldía frente a las normas dictadas por nuestro Ordenamiento Jurídico, no afecta a la forma de lesión del bien jurídico, por lo que esto no sirve de justificación para el incremento de la pena conforme a las exigencias de la Constitución¹²⁵.

Todo lo anterior, conlleva a la conclusión, por parte de esta parte de la doctrina, de que la agravante de reincidencia *“no es constitucionalmente conveniente”*¹²⁶ por lo que la circunstancia agravante debería de ser suprimida o *“hacerse facultativa, abordando el problema de la reiteración delictiva no desde medidas de carácter punitivo, sino, en todo caso, a través de las medidas de seguridad”*¹²⁷.

¹¹⁹ Quintero Olivares, G., *“Parte General del..”* p. 751.

¹²⁰ Quintero Olivares, G., *“Parte General del..”* p. 751.

¹²¹ Cerezo Mir, J., *“Curso de Derecho Penal.”* p. 169

¹²² Cerezo Mir, J., *“Curso de Derecho Penal ..”* p. 169.

¹²³ Cerezo Mir, J., *“Curso de Derecho Penal ..”* p. 169.

¹²⁴ Mir Puig, S., *“La reincidencia..”* p. 523 y ss.; (1993) *“Sobre la constitucionalidad de la reincidencia en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional”* en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales p. 1145; *“Derecho Penal. Parte General”* 9ª Edición, Barcelona (2009), p. 641.

¹²⁵ Mir Puig, S., (1993) *“Sobre la constitucionalidad..”* p. 1145; Zugaldía Espinar, JM., *“Sobre la constitucionalidad..”* p.87, donde dice que *“el desprecio y rebeldía no puede fundamentar la intervención del Derecho Penal que no debe ser moralizador ni utilizado para imponer una determinada ideología y que, por consiguiente, no puede perseguir la fidelidad ni la sumisión interna de los destinatarios de las normas”*.

¹²⁶ Mir Puig, S., *“Derecho Penal..”* p. 641.

¹²⁷ Mir Puig, S., *“Derecho Penal..”* p. 1151.

Otro sector de la doctrina, ha pretendido fundamentar la circunstancia agravante de reincidencia en la insuficiencia de la pena a imponer. Esta fundamentación se basa en que si la pena anterior impuesta no ha sido útil para evitar la comisión de un nuevo delito, se debe de proceder al aumento de la segunda pena para que resulte eficaz. Esta teoría, según Mir Puig, se fundamenta en que el reincidente, por sus cualidades personales, tiene sensibilidad hace la pena ordinaria, lo que conlleva a la necesidad de una pena agravada¹²⁸.

Según Rodríguez Mourullo, “*ante el fracaso de la función de prevención especial de pena que la jurisprudencia revela, parece muy poco acertado que el ordenamiento jurídico reaccione, a su vez, reincidiendo en la pretensión de lograr finalidades de aseguramiento y prevención a través del mismo medio que fracasó ya con anterioridad*”¹²⁹. En este sentido, Zugaldía Espinar ha señalado que la pena, cuando es inútil para el fin a la que es asignada, pierde su justificación: incrementar la pena del reincidente ante el fracaso de la anterior pena puede infringir el artículo 15 de la CE¹³⁰.

Otro sector de la doctrina considera que la fundamentación de la reincidencia reside en la mayor peligrosidad del reo. La repetición del delito indica una tendencia por parte del autor a volver a delinquir y, como consecuencia, una probabilidad mayor de cometer en el futuro delitos, por lo que la circunstancia de reincidencia se justifica en consideración de prevención especial derivadas de la peligrosidad del autor¹³¹.

Según Rodríguez Mourullo, la circunstancia agravante de reincidencia “*implica una presunción sobre la existencia de condenas anteriores*”¹³²; donde dicha presunción no tiene por qué cumplirse en el caso concreto, y además, se establece con carácter *iuris et de iure* ya que esta circunstancia se aplica obligatoriamente y no deja examinar si existe o no peligrosidad criminal en el futuro¹³³.

También, este sector doctrinal, afirma que para la agravación de la pena, la peligrosidad criminal no presenta un apropiado fundamento jurídico, ya que ésta solo puede fundamentarse en la gravedad del hecho y proporcional a dicha gravedad¹³⁴.

¹²⁸ Mir Puig, S., “*La reincidencia*..” p. 433.

¹²⁹ Rodríguez Mourullo, G., “Aspectos críticos de la elevación de la pena en casos de multirreincidencia” (1971), p. 304.

¹³⁰ Zugaldía Espinar, JM.,(1989) “*Sobre la constitucionalidad de la agravante de reincidencia*”, en Poder Judicial nº13, p.87.

¹³¹ Ferrer Sama, A., (1946) “*Comentarios al Código Penal, I*”. Murcia, p. 411 y ss. ; Jaén Vallejo, M., (1993) “*Reincidencia y Derecho Penal de la Culpabilidad*”, en Política criminal y reforma penal, Madrid, p. 721-723.

¹³² Rodríguez Mourullo, G., “Aspectos críticos..”, p. 296.

¹³³ Aguado López, S., (2008) “*La Multirreincidencia y la Conversión de Faltas en Delito: Problemas Constitucionales y Alternativas Político Criminales*”, Editorial Portal Derecho S.A.. p. 49.

¹³⁴ Rodríguez Mourullo, G., “Aspectos críticos ..”p. 303.

Según esta doctrina, la respuesta más adecuada a la peligrosidad del autor es, sin duda, las medidas de seguridad; por ello, proponen prescindir de la circunstancia agravante de reincidencia y acudir a estas consecuencias jurídicas¹³⁵.

En último lugar, una parte de la doctrina afirma que la circunstancia agravante de reincidencia puede explicarse en razones de política criminal. Según Quintero Olivares “*la alarma social*” provoca reiteración por parte del autor en el delito señalando que “*ninguna sociedad está en condiciones de aceptar la irrelevancia de la circunstancia, aun a conciencia de que el recurso agravado a la cárcel no va a ser de especial utilidad para reducir la criminalidad*”, y concluye exponiendo que “*el valor simbólico-social de la agravación de la pena por reincidencia pasa, pues, por encima de cualquier otra consideración*”¹³⁶.

En cuanto a la teoría de mayor culpabilidad, este sector establece que el autor reincidente puede llegar a tener una capacidad menor de autodeterminación conforme a las normas ya que la anterior condena puede llegar a actuar como desocialización llegando, incluso, a aumentar las razones y variables que condicionaron la comisión del primer delito¹³⁷. Respecto a la idea de la peligrosidad como fundamento de la agravante de reincidencia, consideran que “*el aumento de la pena es una respuesta jurídica inapropiada*”; frente a la peligrosidad criminal “*la consecuencia jurídica idónea es la aplicación de medidas de seguridad*”¹³⁸.

Ante la inexistencia de un criterio convincente que legitima la existencia de la circunstancia agravante de reincidencia, una parte importante de esta doctrina solicita de *lege ferenda* su derogación¹³⁹.

5.1. Posición de la jurisprudencia

La inexistencia de un acuerdo doctrina sobre la fundamentación de la circunstancia agravante de reincidencia se refleja en la jurisprudencia. Algunas resoluciones fundamenta esta agravación en la incrementación de una respuesta social ante el delito frente a los autores que incumple reiteradamente una norma, por razones de prevención general positiva, en cuanto se aumenta la intimidación con una mayor extensión de la pena, y además, por razones

¹³⁵ Rodríguez Mourullo, G.,(1972) “*Comentarios al Código Penal*” en Córdoba Roda, Madrid; Zugaldía Espinar, JM., “*Sobre la constitucionalidad..*”, p.88.

¹³⁶ Quintero Olivares, G., “*Parte General..*” p. 751.

¹³⁷ Quintero Olivares, G., “*Parte General..*” p. 751.

¹³⁸ Rodríguez Mourullo, G., “*Aspectos críticos..*” p. 744.

¹³⁹ Entre los autores que solicitan su derogación: Rodríguez Mourullo, G.,(1972) “*Comentarios al Código Penal*” en Córdoba Roda, Madrid, p.744; ¹³⁹ Mir Puig, S., “*La reincidencia..*” p. 641. ; Quintero Olivares/Muñoz Conde, (1983) “*La reforma penal de 1983*”, Madrid, p. 90; Rodríguez Mourullo, G., (2009) “*Parte General del Derecho Penal*”, 3ª Edición, Pamplona, p. 751; ; Zugaldía Espinar, JM., “*Sobre la constitucionalidad ..*” p.89.; Garzón Real/Manjón-Cabeza Olmeda, “*Reincidencia y Constitución*”; Bustos Ramírez, J. “*Manual de Derecho..*” p. 376.

de prevención general positiva, derivadas de la necesidad de una mayor afirmación de la vigencia y valor del Derecho¹⁴⁰.

De forma mayoritaria, la línea jurisprudencial basa este agravante en la necesidad de una mayor represión por encima de la peligrosidad del sujeto reincidente¹⁴¹; manifestando en alguna resolución, que la reincidencia es el mejor medio para resolver los problemas producidos por la peligrosidad del autor¹⁴².

La mayor parte de la jurisprudencia considera que el fundamento de la reincidencia es el requisito legal de “*identidad de naturaleza*”, es decir, las necesidades de prevención especial del autor que revela una inclinación a cometer la misma clase de delito¹⁴³. Como consecuencia, el esencial elemento para determinar esta identidad de naturaleza entre los dos delitos es la “*tendencia criminal expresada por el autor del delito, respecto de determinados bienes jurídicos*”; por ello, esta identidad exigida por el legislador para que se pueda aplicar la agravante de reincidencia, significa, a juicio de la jurisprudencia y de una parte mayoritaria de la doctrina, “*identidad de bien jurídico protegido en los dos delitos*” y, también, “*identidad en la forma de ataque al mismo, en cuanto a ello revela una misma tendencia criminológica*”¹⁴⁴

6. CONCLUSIONES.

La circunstancia agravante de reincidencia ha estado presente en toda la evolución codificadora en nuestro Ordenamiento Jurídico desde el primer Código Penal español de 1822. Es indiscutible que forme parte de las circunstancias agravantes de la responsabilidad penal, ya que implica una agravamiento de la pena al producirse una repetición delictiva por parte del reo, por lo que si un mismo autor comete el mismo delito de una forma repetida, a mi juicio, es razonable y totalmente acertado que se produzca dicha agravación de la pena.

Aunque para una gran parte de la doctrina pudiera parecer la reincidencia un atentado, menosprecio o violación a algunos principios constitucionales, ha sido desestimada tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones; y además,

¹⁴⁰ Sanz-Díez de Ulzurrun Lluch, M.,(2013) “*Reincidencia, habitualidad y profesionalidad en las últimas reformas penales. Especial referencia a la delincuencia patrimonial*”, Estudios Penales y criminológicos, Vol. XXXIII p. 112; STS 535/2008, de 18 de septiembre (Rec 1126/02).

¹⁴¹ STS de 23 de abril de 1993 (Rec 5522); STS 18 de febrero de 1994 (Rec 2144); STS 5/2003 de 14 de enero (Rec 3072/01); STS 1250/2003 de 30 de septiembre (Rec 1305/02).

¹⁴² STS 917/2000 de 30 mayo (Rec 1012/1999).

¹⁴³ Sanz-Díez de Ulzurrun Lluch, M., “*Reincidencia, y habitualidad..*” p. 113.

¹⁴⁴ STS 1078/1998 de 17 de octubre (Rec 3449/1997); STS 1222/1999 de 23 de julio (Rec 253/1999); STS 853/2000 de 12 de mayo (Rec 2684/1998); STS 5/2003 de 14 de enero (Rec 3072/2002); STS 1250/2003 de 30 de septiembre (Rec 1305/02).

la permanencia de la agravante en nuestro Ordenamiento Jurídico puede ser discutida si no se halla una fundamentación importante. Esto último es usado como base por una parte de la doctrina para solicitar la eliminación de la circunstancia agravante de reincidencia basándose en la inexistencia de dicha fundamentación además de una inexistencia de justificación racional. A mi juicio, la continuidad de la agravante de reincidencia es acertada ya que supone una agravación de la pena para un tipo muy concreto de autor, el autor reincidente, y supone dicha agravación como respuesta a la repetición delictiva de un mismo delito, ya que el autor reincidente ya conoce la punibilidad y la culpabilidad de su comportamiento porque ya ha sido condenado con anterioridad. Aunque por otra parte, la agravación por reincidencia puede llegar a demostrar un fracaso de las funciones que le son asignadas al Derecho Penal, ya que el autor reincidente no ha sido capaz de captar la advertencia que le ha supuesto la condena. Por lo que quizá, habría que replantearse si es necesario un cambio en la segunda pena impuesta ya que la primera, no habría sido útil para evitar la comisión de un nuevo delito, o incluso poner en disposición de estos autores tratamientos resocializadores correctos para que dicha conducta de rebeldía frente a las normas dictadas por nuestro Ordenamiento Jurídico pueda erradicarse.

El problema de cómo afrontar de manera efectiva la peligrosidad en el sujeto que reitere su conducta delictiva es resuelto con la apreciación de la agravante de reincidencia como agravante genérica. Dicha resolución es útil para el fomento de la seguridad social, pero no está siempre se contempla sometida a las reglas para la determinación de la pena emanadas de nuestro Código. Por lo que, la mayor agravación de la pena responde a una mayor peligrosidad del autor inherente al número de repeticiones de la conducta desviada y típica.

7. JURISPRUDENCIA.

- STS de 6 abril de 1990 (Rec 3173/1987)
- STC 150/91, de 4 julio de 1991 (Pt. Sr. López guerra)
- STS de 27 de noviembre de 2002 (Pt. Maza Martín)
- STS de 30 de mayo de 2002 (TOL 173.748)
- STS de 18 de septiembre de 2008 (RJ 2008/4393)
- STS 535/2008, de 18 de septiembre (Rec 1126/02)
- STC 150/1992 de 19 de octubre de 1992
- STS de 3 julio de 1990
- STS de 24 de febrero de 1993

- STS de 4 junio de 1993
- STS de 23 de abril de 1993 (Rec 5522)
- STS 18 de febrero de 1994 (Rec2144)
- STS 5/2003 de 14 de enero (Rec 3072/01)
- STS 1250/2003 de 30 de septiembre (Rec 1305/02)
- STS 917/2000 de 20 mayo (Rec 1012/1999)
- STS 1078/1998 de 17 de octubre (Rec 3449/1997)
- STS 1222/1999 de 23 de julio (Rec 253/1999)
- STS 853/2000 de 12 de mayo (Rec 2684/1998)
- STS 5/2003 de 14 de enero (Rec 3072/2002)
- STS de 8 de julio de 1998
- STS de 17 de octubre de 1998
- STS de 2 de junio de 1999
- STS de 5 de junio de 1995 (RJA 4510)
- STS de 16 de febrero de 1953 (ArJ\172)
- STS de 13 de diciembre de 1957 (ArJ\3259)
- STS de 12 de junio de 1958 (Arj\2036)
- STS de 10 abril de 1973 (ArJ\1653)
- STS de 13 de abril de 1973 (ArJ\1757)
- STS de 29 de enero de 1991 (RJA 446)
- STC 159/1985 (RTC 1985/159)
- STC 23/1986 (RTC 1986/23)
- STC 66/1986 (RTC 1986/66)
- STC 94/1986 (RTC 1986/94)
- STC 107/1989 (RTC 1989/107)

8. BIBLIOGRAFÍA.

- Aguado López, S.,(2008) “*La multirreincidencia y la Conversión de Faltas en Delito: Problemas Constitucionales y Alternativas Político Criminales*”, Ed. Portal Derecho S.A.

- Agudo Fernández, (2005) “*Principio de culpabilidad y reincidencia en el Derecho Penal*”, Ed. De la Universidad de Granada
- Alonso Álamo, M.,(1982) “*El sistema de circunstancias del delito*” , Valladolid.
- Armengol y Cornet, P.,(1873) “*La reincidencia*”, Ed. Establecimiento tipográfico de Jaime Jepús, Barcelona.
- Arroyo de las Heras, A; Muñoz Cuesta, J; Goyena huerta, J.,(1997) “*Las circunstancias agravante del Código Penal de 1995*”, Ed. Aranzadi.
- Barcigalupo Zapatero, E.,(1980) “*La individualización de la pena en la reforma penal*” , en Revista jurídica de Catalua, Vol. 79, nº extra 1.
- Barcigalupo Zapatero, E., (2007)“*Principio de Derecho Penal Parte General*”, Ed. Akal.
- Barcigalupo Zapatero, E.,(2007) “*Principios del Derecho Penal: Parte General*”, Ed. Akal.
- Berdugo Gómez de la Torre, I.,(1999) “*Lecciones de Derecho Penal: Parte General*”, 2ª Edición, Ed. WK Educación.
- Bustos Ramírez, J.,(1986) “*Manual de Derecho Penal. Parte General*”, Ed. Ariel, Barcelona.
- Calderón Cerezo, A; (2001) Choclán Montalvo, JA., “*Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*” , Ed. Bosch, 2ª Edición.
- Cerezo Mir, J.,(2001) “*Curso de Derecho Penal Español. Parte General III, Teoría jurídica del delito*”, Madrid.
- Código Penal de 1995
- De Vicente Martínez, R., (1997) “*La reincidencia en el Código Penal de 1995*”, Ed. De la Universidad de Castilla La-Mancha.
- Esteban Juan Pérez, A, Marín Espinosa Ceballos, E; Ramos Tapia, M., (2010) “*Fundamentos de Derecho Penal. Parte Especial*”, 4ª Edición, Ed. Tirant Lo Blanch.
- Ferrer Sama, A.,(1946) “*Comentarios al Código Penal I*”, Ed. Sucesores de Nogues, Murcia.
- Garzón Real, B; Manjón Cabeza Olmeda, A.,(1991) “*Reincidencia y Constitución*”, en Actualidad Penal nº1.
- González Cussac, JL.,(1988) “*Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*”,Ed. Servicio de publicaciones de la universidad de Valencia.

- Jaén Vallejo, M., (1993) “*Reincidencia y Derecho Penal de la Culpabilidad*”, en Política Criminal y reforma penal, Madrid.
- Jareó Leal.(1991) “*Reincidencia, árbitro judicial y Principio de legalidad*”, en Poder Judicial nº22.
- Ley de Enjuiciamiento Criminal
- Llorca Ortega, J., (2004)“*Manual de Determinación de la pena*”, 6ª Edición, Ed. Tirant Lo Blanch.
- Morillas Cueva, L (2015) “*Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015)*”, Ed. Dykinsons S.L.
- Marín Espinosa Ceballos, E.,(1999) “*La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*”, Ed. Comares, Granada.
- Marín Espinosa, E., (1991) “*La reincidencia: tratamiento dogmático y alternativas político criminales*”, Ed. Comares, Granada.
- Martínez de Zamora, A.,(1971) “*La reincidencia*”, Ed. Autor-editor, Murcia
- Mir Puig, S.(1974) “*La reincidencia en el Código Penal*”, Ed. Bosch, Barcelona.
- Mir Puig, S.,(2009) “*Derecho Penal. Parte General*”, 9ª Edición, Barcelona.
- Mir Puig, S.,(1993) “*Sobre la constitucionalidad de la reincidencia en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional*”, en Anuario De Derecho Penal y Ciencias Penales.
- Mongue Fernández, A.,(2008) “*Aproximaciones dogmáticas a la circunstancia agravante de reincidencia desde los fines y fundamentos de la pena*”, en Cuadernos de Política nº95.
- Prats Canut, JM; Quintero Olivares, G; Valle Muñoz, JM.,(1996) “*Comentarios al nuevo Código Penal*”, Ed. Aranzadi.
- Quintero Olivares, G.,(2009) “*Parte General del Derecho Penal*”, 3º Edición, Ed. Pamplona.
- Quintero Olivares, G., (1983) “*Parte General del Derecho Penal*”, 4ª Edición, Ed. Thomson Reuters.
- Quintero Olivares, G; Muñoz Conde, F , (1983)“*La reforma penal de 1983*” , Ed. Destino, Barcelona.
- Redondo/Torres/luque.,(1993)“*Justicia penal y reincidencia*”, en Justicia y Societa nº 9.

- Rodríguez Mourullo, G., (1972) “*Aspectos críticos de la elevación de la pena en casos de multirreincidencia*”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.
- Rodríguez Mourullo, G.,(1972) “*Comentarios al Código Penal*”, Ed. Córdoba Roda, Madrid.
- Romeo Casabona CM; Boldova Pasamar, Ma; Gunarteme Sánchez Lázaro, F., (2013) “*Derecho Penal Parte General. Introducción a la Teoría Jurídica del Delito*”, Ed. Comares.
- Sainz Cantero, JA., (1959) “*Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Vol I*”, Ed. Bosch.
- Sainz-Diez de Ulzurrom Lluch, M., (2013) “*Reincidencia, habitualidad y profesionalidad en las últimas reformas penales. Especial referencia a la delincuencia patrimonial*”, Estudios Penales y Criminológicos, Vol XXXIII.
- Vázquez Iruzubieta, C, (2015) “*Código Penal comentado.. Actualizado por las leyes orgánicas: 1/2015, de 30 de marzo y 2/2015, de 30 de marzo*” Ed. Atelier Libros Jurídicos.
- Villacampa Estiarte, C; Torres Rosell, N;Luque Reina, Me., (2006) “*Penas alternativas a la Prisión y Reincidencia: Un estudio empírico*”, Ed. Aranzadi.
- Zugaldía Espinar, M, (1989) “*Sobre la inconstitucionalidad de la agravante de reincidencia*”, en Poder Judicial, 2ª época/nº 13 de Marzo.