

Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de León
Curso 2018/2019

TRATAMIENTO PENAL Y CRIMINAL
DE LA REINCIDENCIA

CRIMINAL AND CRIMINAL
TREATMENT OF RECIDIVISM

Realizado por el alumno D. Javier Muñoz de la Iglesia

Tutorizado por la Profesora Dra. Dña. María Anunciación Trapero Barreales

León, 2019

ÍNDICE

ÍNDICE DE ABREVIATURAS	4
RESUMEN	5
ABSTRACT	6
OBJETO DEL TRABAJO	7
METODOLOGÍA	10
I. INTRODUCCIÓN	12
II. BREVE ALUSIÓN A LA REGULACIÓN PENAL DE LA REITERACIÓN Y LA REINCIDENCIA	15
III. LA AGRAVANTE DE REINCIDENCIA EN EL CÓDIGO PENAL	20
1. <i>Concepto</i>	21
2. <i>Fundamento</i>	22
a) <i>Mayor perversidad o hábito de delinquir</i>	23
b) <i>Mayor peligrosidad del reo</i>	24
c) <i>Mayor culpabilidad</i>	26
d) <i>Insuficiencia de las penas impuestas</i>	29
e) <i>Una causa de agravación del injusto del hecho</i>	30
f) <i>Mayor alarma social</i>	31
g) <i>Combinación de varias causas</i>	32
h) <i>Sin fundamento</i>	33
3. <i>Análisis de la agravante de reincidencia: art. 22.8ª CP</i>	34
IV. LA AGRAVANTE DE MULTIRREINCIDENCIA	41
1. <i>Concepto y regulación en el Código Penal</i>	41
2. <i>La multirreincidencia en los delitos contra el patrimonio</i>	42
a) <i>La multirreincidencia y los delitos leves contra el patrimonio</i>	46
b) <i>En el delito de hurto</i>	49
c) <i>En el delito de robo con fuerza en las cosas</i>	50
d) <i>En los delitos de estafa, administración desleal y apropiación indebida</i>	52
V. LA HABITUALIDAD CRIMINAL	53
1. <i>Consideraciones generales</i>	53
2. <i>Concepto</i>	54

VI. OTRAS RESPUESTAS PENALES FRENTE A LA REINCIDENCIA (O REITERACIÓN, O EL RIESGO DE REINCIDENCIA) EN EL CÓDIGO PENAL. LA MEDIDA DE LIBERTAD VIGILADA	59
1. <i>La libertad vigilada en los delitos sexuales</i>	<i>62</i>
2. <i>La libertad vigilada en los delitos de terrorismo</i>	<i>64</i>
3. <i>La libertad vigilada en delitos de homicidio y asesinato, lesiones y maltrato habitual</i>	<i>65</i>
VII. CONCLUSIONES	68
VIII. BIBLIOGRAFÍA	71

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

AFD	Anuario de Filosofía del Derecho (citado por año)
art/s.	Artículo
CE	Constitución Española
coord./s.	coordinador/es
CP	Código Penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal (Revista citada por número y año).
dir./s.	director/es
DP	Derecho Penal
EPC	Estudios Penales y Criminológicos (Revista citada por número y año)
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
RAE	Real Academia Española
RECP	Revista Española de Ciencia Política (citada por número y año)
s., ss.	siguiente/s
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea

RESUMEN

Este Trabajo de Fin de Grado ha tenido como objetivo analizar el tratamiento de la reincidencia, la multirreincidencia, la habitualidad y otras manifestaciones de reiteración delictiva que aparecen en diferentes preceptos del CP, supuestamente como respuestas específicas frente a los delincuentes peligrosos criminalmente, con mayor presencia en el Texto Punitivo desde que se aprobara su texto inicial en el año 1995.

A lo largo del trabajo se ponen de manifiesto los problemas de legitimidad e incluso, la constitucionalidad de las circunstancias de reincidencia y multirreincidencia, así como los problemas teóricos y prácticos que plantea la regulación específica de esta circunstancia para determinados delitos contra el patrimonio.

También se pone de relieve que tales soluciones —incremento de la penalidad— pueden resultar inadecuadas y poco operativas para el tratamiento de la reiteración delictiva, resultando no menos adecuado, a la vista de la regulación positiva, el recurso a las medidas de seguridad en casos muy concretos.

Se ha tratado de averiguar si hay alguna razón que explique este distinto tratamiento en materia de consecuencias jurídicas previsto en el CP para los delincuentes “presuntamente” peligrosos criminalmente, que sea respetuoso con el DP del hecho y, en esa medida, no sea una mera manifestación de planteamientos teóricos extendidos desde hace varias décadas que están poniendo en riesgo la forma de entender el DP garantístico propio de un Estado de Derecho.

Palabras Clave: reiteración delictiva, reincidencia, multirreincidencia, habitualidad, peligrosidad criminal, medidas de seguridad, libertad vigilada.

ABSTRACT

This Final Degree Project has aimed to analyze the treatment of recidivism, multi-recidivism, habituality and other manifestations of criminal reiteration that appear in different precepts of the CP, supposedly as specific responses to criminally dangerous criminals, with greater presence in the Punitive Text since its initial text was approved in 1995.

Throughout the work the problems of legitimacy and even the constitutionality of the circumstances of recidivism and multi-recidivism are revealed, as well as the theoretical and practical problems posed by the specific regulation of this circumstance for certain crimes against heritage.

It is also highlighted that such solutions -increase of the penalty- may be inadequate and not very operative for the treatment of criminal reiteration, being no less adequate, in view of the positive regulation, the recourse to security measures in cases very concrete.

We have tried to find out if there is any reason to explain this different treatment in terms of legal consequences foreseen in the Criminal Code for offenders "allegedly" criminally dangerous, that is respectful of the DP of the fact and, to that extent, is not a mere manifestation of theoretical expositions extended for several decades that are putting at risk the way of understanding the guarantee DP own of a Rule of Law.

Keywords: criminal reiteration, recidivism, multi-recidivism, habituality, criminal dangerousness, security measures, supervised freedom.

OBJETO DEL TRABAJO

El tema a tratar en este trabajo se corresponde principalmente con tres instituciones notablemente relacionadas en el sistema penal español encaminadas, todas ellas, a dar respuesta frente al delincuente imputable peligroso.

Por un lado, la reincidencia, regulada en el artículo 20.8ª CP, incluida en el precepto dedicado a las circunstancias agravantes genéricas, lo que supone o significa que tiene aplicación general, puede resultar aplicable a cualquier delito, siempre y cuando se den dos condiciones: primera, que se cumpla la definición auténtica de reincidencia que se incluye en el citado precepto, segunda, que no haya previsión específica sobre la reincidencia (o multirreincidencia) en una concreta modalidad delictiva.

Como objetivos concretos se han de señalar los siguientes:

En primer lugar, averiguar cuál es el fundamento de la agravante de reincidencia, que, para que sea legítima su formulación como agravante, ha de resultar respetuoso con los principios que rigen en el DP del hecho.

En segundo lugar, establecer la delimitación entre la reincidencia y otros conceptos que también implican la repetición de comportamientos delictivos pero que no son propiamente supuestos de reincidencia penal.

En tercer lugar, explicar la definición legal de reincidencia, para establecer su ámbito aplicativo y, derivado de ello, las consecuencias jurídicas que se derivan de su apreciación.

Por otro lado, será objeto de atención la multirreincidencia, reaparecida en el CP desde la reforma de 2003. Su mención no está correctamente ubicada entre las agravantes genéricas, sino que aparece en el precepto dedicado a la determinación de la pena, en el art. 66.1.5ª CP. También tiene aplicación con carácter general, con las mismas limitaciones que se han indicado en la circunstancia anterior. Y con una particularidad más, al igual que en la reincidencia, en el cómputo de las sentencias anteriores que sirven para construir las agravantes también se atiende a la reincidencia internacional, prevista con carácter general en el art. 22.8ª CP o con carácter particular en determinados delitos (auténtica reincidencia internacional, pues la anteriormente mencionada será la “reincidencia en el ámbito de la UE”).

Como objetivos concretos, se han de señalar los siguientes:

En primer lugar, explicar la razón para la recuperación de la agravante de multirreincidencia en la reforma de 2003. La explicación sucinta sobre el Derecho positivo histórico servirá para valorar la oportunidad y, sobre todo, la legitimidad o no de esta decisión del legislador de 2003.

En segundo lugar, analizar la definición legal de multirreincidencia, para establecer su ámbito aplicativo y, derivado de lo anterior, explicar qué consecuencias jurídicas se derivan de la apreciación de esta circunstancia agravante.

En tercer lugar, se analizará la previsión específica, convertida por tanto como circunstancia cualificante, de la multirreincidencia en determinados delitos patrimoniales, la razón de tal previsión legal y los efectos que se derivan de tal regulación, generando desajustes punitivos por su previsión específica, de signos muy diferentes.

La tercera institución que va a ser objeto de atención, si bien en menor medida, es la habitualidad, regulada en el art. 94 CP. El interés por esta regulación es menor, en la medida en que de manera directa la habitualidad no implica la agravación de las consecuencias jurídicas que ha de establecer el Juez o Tribunal. Pero sí tiene un efecto evidente en las consecuencias jurídicas, pues se trata de una circunstancia que afecta a la regulación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad.

Como objetivos concretos, se han de señalar los siguientes:

En primer lugar, definir el concepto de habitualidad y su correspondencia o no con el concepto legal de habitualidad del art. 94 CP.

En segundo lugar, establecer las semejanzas y diferencias con los conceptos de reincidencia y de multirreincidencia, para comprobar si se trata o no de un mismo concepto con otro *nomen iuris*.

Finalmente, se abordará la respuesta que prevé el CP para determinados delincuentes imputables y peligrosos criminalmente, a veces con presunción legal de peligrosidad criminal, a través de la medida de seguridad de la libertad vigilada. En la aplicación de esta consecuencia jurídica a veces se va a exigir reiteración delictiva, o reincidencia (cuando el sujeto ya no es delincuente primario, pues ha cometido algún delito con anterioridad, lo que como mínimo supone que se cumple el requisito de la reiteración delictiva), pero en otras ocasiones será la primera vez que delinque; en uno y otro caso, ha de estar presente el fundamento de las medidas de seguridad en general, la peligrosidad criminal.

Como objetivos concretos cabe señalar los siguientes:

En primer lugar, averiguar qué razones han sido alegadas para romper con la distinción plasmada en el CP en la aplicación de consecuencias jurídicas, penas para los sujetos culpables, medidas de seguridad para los inimputables o semiimputables y peligrosos criminalmente.

En segundo lugar, establecer los grupos de delitos en los que se ha previsto la aplicación de la medida de seguridad de la libertad vigilada.

En tercer lugar, explicar la diferente regulación prevista en la aplicación de la libertad vigilada, que coincide con los dos momentos temporales en los que se ha introducido tal previsión (reforma 2010 y reforma 2015).

En cuarto lugar, derivado de todo lo anterior, comprobar si la libertad vigilada, su previsión legal, responde realmente al fundamento y su aparente naturaleza jurídica, respuesta penal frente al sujeto peligroso criminalmente a través de una medida de seguridad con un fin exclusiva o predominantemente de prevención especial, o más bien se enmascara su auténtica naturaleza, una auténtica pena que responde a fines de inocuización y aseguramiento de delincuentes presuntamente peligrosos criminalmente.

METODOLOGÍA

Con el objetivo de abarcar el estudio penal y criminal de la reincidencia, he seguido un método propio del ámbito jurídico-penal, donde se utiliza el método dogmático, pero atemperado o respetando consideraciones de política criminal. Se trata del método científico utilizado por el maestro alemán Claus Roxin, que ha sido asumido por un sector de la doctrina española, en especial por el Profesor Luzón Peña y su escuela científica.

En cuanto a las fases de desarrollo de este trabajo fin de grado, se han de agrupar de manera resumida en las siguientes.

En primer lugar, tras la elección de la tutora, la Dra. María A. Trapero Barreales, y después de valorar la posibilidad de trabajar en un tema de entre varios de los seleccionados, todos ellos centrados fundamentalmente en las respuestas dadas por el CP a la reiteración delictiva, el elegido fue el tratamiento penal y criminal de la reincidencia, en correspondencia con la diferenciación entre la responsabilidad penal –penas- y la responsabilidad criminal –medidas de seguridad-.

En segundo lugar, se procedió a la recopilación de fuentes bibliográficas, consultando manuales y comentarios, monografías, libros colectivos y artículos científicos sobre los diferentes temas relacionados con el objeto del trabajo. La selección del material bibliográfico finalmente utilizado ha sido un aspecto complicado, pues ha sido necesario realizar una selección de trabajos científicos en relación sobre todo con la habitualidad y las medidas de seguridad. En el tema de la habitualidad, porque se suele estudiar como condición excluyente de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, tema que no ha sido objeto de análisis en este trabajo. En el tema de las medidas de seguridad y el tratamiento del sujeto imputable peligroso criminalmente, porque la bibliografía existente es muy numerosa, su estudio en profundidad justificaría un trabajo autónomo, y, en última instancia, los objetivos planteados en este trabajo fin de grado han sido más modestos, por esta razón se ha hecho una selección de los trabajos más representativos sobre esta materia.

La jurisprudencia utilizada han sido principalmente sentencias del TS y TC, que han sido determinantes en este tema pues han sido manejadas y utilizadas por la doctrina en las explicaciones centrales de este trabajo. Las sentencias seleccionadas abarcan desde 1981,

pues se trata de las primeras sentencias pronunciadas sobre la constitucionalidad o no de la agravante de reincidencia o multirreincidencia tras la aprobación de la CE y la consagración en ella de los principios limitadores de la potestad punitiva del Estado.

En tercer lugar, una vez recopilada toda la información necesaria para el desarrollo del trabajo, tras la lectura de los trabajos básicos en cada punto, se ha procedido a la elaboración de un esquema provisional, supervisado y corregido por la tutora.

conocimiento del tema tratado, se procedió a la selección de la misma, realizando un índice en virtud de diversos manuales y monografías del tema.

En cuarto lugar, se procedió a la redacción del trabajo fin de grado, ampliando la bibliografía previamente seleccionada y sistematizada y con las modificaciones oportunas del índice presentado inicialmente.

Durante todas las fases de desarrollo del trabajo se ha contado con el apoyo de la tutora del trabajo, resolviendo dudas, dando orientaciones, realizando las correcciones y supervisando todo el trabajo fin de grado.

El sistema de citas utilizado ha sido el recomendado por la tutora siguiendo las pautas del sistema de citas propio del área jurídico penal.

I. INTRODUCCIÓN

Desde un plano teórico, el CP sigue el modelo del denominado DP del hecho, esto es, se establecen responsabilidades penales por las conductas constitutivas de delito cometidas por una persona que resulta responsable o culpable. Pero, cada vez con más presencia, se incluyen en el CP institutos o regulaciones que responden claramente al DP de autor¹.

En efecto, en cada reforma legislativa se introducen en el texto punitivo referencias a determinadas circunstancias personales para establecer y decidir sobre las consecuencias jurídicas derivadas de la comisión de un delito, generalmente para calcular la pena que ha de imponer el Juez o Tribunal por la comisión de un delito, pero también para imponer como consecuencia añadida la medida de seguridad de la libertad vigilada.

En este trabajo no se va a hacer un análisis de todos y cada uno de los preceptos en los que se alude a las circunstancias personales previas, coetáneas o posteriores que pueden influir en la decisión judicial sobre las consecuencias jurídicas que han de imponerse al sujeto que ha delinquido. El objetivo es más limitado, pues solo se va a hacer un análisis de la forma como en el CP se valora la reiteración delictiva, o el riesgo de reiteración delictiva, en el caso del sujeto culpable o responsable².

Porque, como se verá en este comentario, se ha previsto una respuesta penal diferenciada para los casos en los que se constata la reiteración delictiva, a través de una previa sentencia condenatoria, y para los supuestos en los que se pronostica el riesgo de reiteración delictiva, o el de peligrosidad criminal, que generalmente ha de ser objeto de valoración judicial a través de los correspondientes informes de expertos, pero en algunas ocasiones tal pronóstico se fija o presume por la ley, a través de la condena previa por la comisión de una determinada tipología delictiva, lo que dicho sea de paso es el punto álgido del DP de autor, pues detrás de estas tipologías delictivas en realidad se está atendiendo a tipologías de delincuentes, como son claramente los delincuentes sexuales y los terroristas.

¹ Sobre las diferencias entre el DP del hecho, propio de un Estado de Derecho, garantista, y el DP de autor, véase, entre otros muchos, LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, 3ª, 2016, 12, 114.

² Queda fuera del objeto de estudio en este trabajo el concepto de peligrosidad criminal, que es otra forma de formular el riesgo de reiteración delictiva, como presupuesto de las medidas de seguridad aplicables a los sujetos que han delinquido y que son inimputables o semiimputables. Sí se mencionará en el último capítulo, de manera breve, la respuesta que se ha previsto en el CP para el sujeto culpable que presenta este pronóstico de peligrosidad criminal, pero para unos grupos delictivos muy concretos.

A través de este estudio se va a comprobar que la respuesta penal frente al delincuente que repite el comportamiento delictivo o existe riesgo de que lo repita es diversa³. En ocasiones el tratamiento es general para todos los sujetos que se encuentran en la misma situación. Es lo que sucede en los casos en los que procede la aplicación de las agravantes de reincidencia o multirreincidencia. En otras ocasiones, sin embargo, el tratamiento es específico para determinados sujetos, como sucede con la circunstancia de multirreincidencia en determinados delitos patrimoniales. En otros casos también aparece un tratamiento específico para concretos sujetos, con un tratamiento penal también diferente, porque aquí procede la aplicación de la medida de seguridad de la libertad vigilada, como sucede en los delitos sexuales, delitos de terrorismo, delitos de lesiones o maltrato habitual de género y doméstico y en delitos de homicidio y asesinato⁴. A través de este análisis se va a constatar que en ocasiones el tratamiento penal reforzado es único, pues solo se ha previsto consecuencias en el cálculo de la duración de la pena, pero en otras ocasiones las respuestas se acumulan, pues se va a poder imponer una pena agravada y, además, una medida de seguridad.

Todo esto puede suponer una posible vulneración del principio *non bis in idem*⁵, pues el hecho de que el sujeto haya cometido un hecho delictivo con anterioridad va a ser tenido en cuenta para agravar su responsabilidad penal si vuelve a delinquir. Es decir, a primera vista parece que el delito cometido con anterioridad se va a castigar dos veces, la primera con la sentencia condenatoria impuesta por el Juez o Tribunal, la segunda, a través de la apreciación de la circunstancia agravatoria de su responsabilidad penal englobada

³ Sobre una exposición general de las diferentes consecuencias penales frente a los sujetos imputables y peligrosos criminalmente, véase TRAPERO BARREALES, en: LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (dirs.), *Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. Liber amicorum en homenaje al profesor Dr. Jürgen Wolter por su 75º Aniversario*, 2018, 286 y ss.

⁴ Tras la reforma LO 1/2015, haciendo una lectura de los tipos penales desde la perspectiva de los autores (tal como se haría desde el planteamiento del DP de autor) se pueden hacer clasificaciones internas de los homicidas y asesinos, consecuencia de la regulación penal de las figuras delictivas correspondientes. Así, por ejemplo, en el homicidio encontramos dos niveles: el homicida de primer nivel, para el caso de que se cometa el tipo básico de homicidio (art. 138.1 CP), y el homicida de segundo nivel, para el caso de que cometa el tipo cualificado de homicidio (art. 138.2 CP), por las características de la víctima a quien quita la vida (menos de dieciséis años o víctima especialmente vulnerable), porque es capaz de matar una vez ha atentado contra la libertad sexual, o porque pertenece a un grupo de organización criminal. Lo mismo sucede con el asesino, pero en este caso se puede hacer hasta tres niveles: asesino de primer nivel, porque comete el asesinato concurriendo una circunstancia cualificadora (art. 139.1 CP), asesino de segundo nivel, porque comete el asesinato concurriendo dos o más circunstancias (art. 139.2 CP), y el asesino de tercer nivel, porque comete el asesinato castigado con prisión permanente revisable, el previsto en el art. 140 CP.

⁵ Véase ampliamente entre otros, FEIJO SÁNCHEZ, en: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por la LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, 2011, 237.

genéricamente bajo el término reiteración delictiva, lo que supone una agravación de su responsabilidad penal.

Como se ha comentado líneas atrás, no se va a llevar a cabo un estudio de todos los supuestos en los que se alude a las circunstancias personales del sujeto. Ni siquiera se va a realizar un examen de todos los preceptos en los que se tiene en cuenta la reiteración delictiva o el riesgo de reiteración delictiva para la regulación de determinadas instituciones. Solo se va a hacer un análisis centrado en la forma como en el CP se atiende a la reiteración delictiva o el riesgo de reiteración delictiva para decidir qué consecuencias jurídicas han de imponerse, si penas o penas y medida de seguridad, y la forma como afecta en la agravación de la pena. No se va a hacer mención, por ejemplo, a la manera como en el CP se atiende a la reiteración delictiva, o el riesgo de reiteración delictiva, en las dos formas sustitutivas de las penas privativas de libertad que han resultado de la reforma de 2015, la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y la libertad condicional (arts. 80 a 87 y 90 a 94 bis CP).

La gran mayoría de estas respuestas penales que se van a mencionar a continuación son producto de reformas penales llevadas a cabo en las últimas décadas, surgidas de manera sucesiva, que van incidiendo una y otra vez sobre determinadas tipologías delictivas, ya mencionadas anteriormente. Son reformas penales que están claramente inspiradas en los idearios de la seguridad ciudadana⁶ y el populismo punitivo⁷, que tienen en común el endurecimiento de la respuesta punitiva frente a determinadas tipologías delictivas, donde la pena (y, en su caso, la libertad vigilada como medida de seguridad) va dirigida principalmente a cumplir funciones de prevención general positiva y prevención especial de aseguramiento e inocuización del sujeto (además de otra posible finalidad como es la retributiva), dejando aparcado u olvidado el otro fin importante de la pena desde el punto de vista de la prevención especial, la resocialización o reinserción social, única finalidad que, por cierto, ha sido mencionada de manera específica en el art. 25.2 CE.

En parte, con estas reformas sucedidas en las últimas décadas, el DP español de hoy, que ha de estar inspirado por el modelo de Estado social y democrático de Derecho, ha retrocedido a la época del CP de 1944, es decir, al texto punitivo vigente durante la Dictadura, tal como se va a poder comprobar en lo que sigue.

⁶ Sobre el modelo penal que se deriva del planteamiento ideológico basado en la seguridad ciudadana, de manera crítica, DÍEZ RIPOLLÉS, *AFD* 2005, 13 ss.

⁷ Sobre el modelo penal que surge del planteamiento ideológico basado en el populismo punitivo, véase, entre otros muchos, ANTÓN-MELLÓN/ÁLVAREZ/ROTHSTEIN, *RECP* 43 (2017), 13 ss.

II. BREVE ALUSIÓN A LA REGULACIÓN PENAL DE LA REITERACIÓN Y LA REINCIDENCIA

En este apartado solo se van a mencionar los grandes hitos de la evolución legislativa desde el CP 1944 a la reforma del vigente CP en el año 2015, para que, a grandes pinceladas, se pueda comprobar cómo, efectivamente, los avances alcanzados en el año 1995 con la aprobación del llamado CP de la democracia también en este punto han desaparecido, retrocediendo nuevamente a la situación existente en la primera mitad del siglo XX.

En el CP anterior, hasta que se aprobó la primera gran reforma importante como consecuencia de la entrada en vigor de la CE en el año 1983, la reiteración en el comportamiento delictivo tenía la siguiente regulación: en primer lugar, a través de la circunstancia agravante de reiteración (art. 10.14ª CP 1944), que se aplicaba cuando al delinquir el sujeto este hubiere sido castigado por un delito al que la ley señalara igual o mayor pena, o por dos o más delitos a los que la ley señalara pena menor. En segundo lugar, con la circunstancia agravante de reincidencia (art. 10.15ª CP 1944), que se aplicaba cuando al delinquir el sujeto este estuviere ejecutoriamente condenado por otro u otros delitos comprendidos en el mismo título. Y, en tercer lugar, desde la circunstancia agravante de multirreincidencia (art. 61.6 CP anterior), que se aplicaba cuando el Juez apreciaba la segunda reincidencia. Los efectos de la concurrencia de alguna de estas circunstancias eran los siguientes (art. 61 CP anterior): si se aplicaba una sola agravante, el Juez tenía que imponer la pena en su grado máximo. Si se apreciaba la agravante de multirreincidencia, el Juez tenía que imponer la pena superior en uno o dos grados.

En el año 1974 se aprobó una reforma legislativa que afectó a esta materia, a través de la Ley 39/1974, de 28 de noviembre. En concreto, con esta reforma se incluyó la agravante de multirreincidencia en el precepto regulador de las circunstancias agravantes, en el art. 10.15ª segundo párrafo, definiéndola de la siguiente manera: existe doble reincidencia cuando al delinquir el sujeto hubiere sido condenado ejecutoriamente, en una o en varias sentencias, por dos o más delitos de los comprendidos en el mismo Título. En cuanto a las reglas de determinación de la pena, el art. 66 CP anterior, esta (y otras reformas legislativas) no afectó a su redacción.

Como se ha indicado ya, en la reforma operada por la LO 8/1983, de 25 de junio, se introducen importantes cambios en el CP anterior para adaptar el texto punitivo a los nuevos principios y orientaciones propios de un Estado social y democrático de Derecho. Entre los cambios que se introdujeron se ha de contar la regulación penal sobre la reiteración y reincidencia. En concreto, en esta reforma se eliminó la agravante de reiteración y de multirreincidencia, manteniéndose solo la de reincidencia, definida de la siguiente manera: hay reincidencia cuando al delinquir el sujeto hubiere sido condenado ejecutoriamente por un delito de los comprendidos en el mismo capítulo, por otro, al que la ley señale igual o mayor pena, o por dos o más a los que aquella señale pena menor⁸. En esta definición, como se puede comprobar fácilmente, se abarcaba tanto la reincidencia genérica, o la antigua agravante de reiteración, como la de reincidencia en sentido estricto. Y, sobre todo, se suprimió la regla de determinación de la pena en la que se establecía que el Juez o Tribunal impondría la pena superior en uno o dos grados para el caso de que se apreciara la circunstancia de multirreincidencia (la regla 6ª del art. 60 CP anterior)⁹.

Entre las razones esgrimidas para defender la eliminación de los efectos penológicos de la agravante de multirreincidencia se alegaron las siguientes¹⁰: en primer lugar, la exasperación de la pena por la comisión de un nuevo delito de la misma naturaleza puede ser contrario al principio non bis in ídem; por otro lado, se ha mostrado como poco eficaz solución en el tratamiento de la profesionalidad o habitualidad delictiva; a todo ello se une la crítica sobre lo intolerable de mantener una regla que permite elevar la pena más allá del límite legal de castigo previsto para la concreta figura del delito (posibilidad que pugna con el cabal entendimiento del significado del principio de legalidad en un Estado de Derecho).

Con esta regulación se llega al vigente CP, en 1995, que modifica sustancialmente la definición de la agravante de reincidencia, pues de ella se excluye la reincidencia genérica, o la antigua reiteración delictiva, esto es, la que no exigía analogía ni ninguna

⁸ Sobre la regulación en el CP anterior tras la reforma de 1983, véase, entre otros, AGUDO FERNÁNDEZ, *Principio de culpabilidad y reincidencia en el Derecho Español*, 2017, 122.

⁹ A la vista de lo sucedido en la reforma de 1983, se puede afirmar que el legislador tuvo en cuenta en este momento las duras críticas doctrinales sobre los efectos hiperagravados que generaba la circunstancia agravante de multirreincidencia. Sobre esta idea, véase, entre otros muchos, MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, 10ª, 2016. 657. La misma idea también en *La reincidencia en el código penal: análisis de los arts. 10 14; 10 15 ; 61. 6 y 516. 3*, 1974, 356 y 357.

¹⁰ En este sentido, GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA, en: COBO DEL ROSAL (dir.)/BAJO FERNÁNDEZ (coord.), *Comentarios a la Legislación penal, Tomo V, Vol. 1º. La reforma del Código Penal de 1983*, 1985, 302 y 303.

otra relación cualitativa entre el delito cometido con anterioridad y la actual infracción, sino sólo que la condena anterior fuera por el delito al que la ley señalare igual o mayor pena, o por dos o más delitos a que la ley señalare pena menor¹¹.

Si en la reforma de 1983 se eliminó el efecto hiperagravado de la circunstancia de reincidencia cuando aparecía en la forma de multirreincidencia, en el CP 1995 se restringió además la definición de reincidencia, lo que ha tenido como efecto inmediato, como fácilmente se puede deducir, la disminución de supuestos en los que se puede apreciar esta circunstancia agravante.

A partir de esta fecha las siguientes reformas legislativas han supuesto un retroceso. El mismo comienza con la LO 11/2003, de 29 de septiembre, pues se reintroduce en el precepto dedicado a las reglas generales de determinación de la pena, en el art. 66.1.5ª, la circunstancia de multirreincidencia. de un efecto agravatorio extraordinario (que vuelve a permitir la aplicación de la pena superior en grado”) para el caso 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”¹².

En esta misma reforma de 2003 se incluyeron dos preceptos en los que se castigaba más gravemente la “habitualidad” en la comisión de determinadas infracciones penales leves (las antiguas faltas). En concreto, en el art. 147.1 segundo párrafo, para castigar con pena de prisión de seis meses a tres años a quien, en el plazo de un año, haya realizado cuatro veces la acción constitutiva de falta de lesiones, bien porque se cause una lesión en la integridad física que no requiere tratamiento médico para su sanidad, bien porque se comete hasta cuatro veces la conducta de maltrato de obra sin causar lesión. La misma regla de conversión en delito de conductas constitutivas de falta por la repetición en el plazo de un año se ha incluido en el hurto, art. 234.1 segundo párrafo, y en el hurto de uso de vehículo a motor, art. 244.1 segundo párrafo. Como se argumenta en la propia Exposición de Motivos de la LO 11/2003, esta regulación tiene un objetivo claro, son medidas “dirigidas a mejorar la aplicación de la respuesta penal a la habitualidad de la

¹¹ SANZ MORÁN, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/ÁLVAREZ GARCÍA/MANJÓN-CABEZA OLMEDA/VENTURA PÜSCHEL (coords.), *La adecuación del Derecho Penal español al ordenamiento de la Unión Europea: la política criminal europea*, 2009, 67.

¹²En este sentido, véase AGUADO LÓPEZ, *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito: problemas constitucionales y alternativas político-criminales*, 2008, 17-19.

conducta cuando los hechos delictivos del Código Penal cometidos previamente no hubieran sido aún juzgados y condenados”¹³.

El siguiente paso en la evolución legislativa es el operado en la reforma de 2010. En este aspecto más destacable es la previsión por primera vez de la posibilidad, u obligatoriedad, de acordar la medida de seguridad de la libertad vigilada en dos supuestos muy específicos si se pronostica, o se presume, la peligrosidad criminal del sujeto responsable: como ya se ha comentado en la introducción, en esta reforma se limita tal previsión para los condenados por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales o por delitos de terrorismo¹⁴.

El último paso en este proceso evolutivo se ha producido, de momento, en la reforma aprobada mediante la LO 1/2015. En esta reforma, se puede entender que como efecto de la eliminación del Libro III del CP, se ha suprimido la previsión antes mencionada sobre la conversión en delitos de lesiones, hurto y hurto de uso de vehículos a motor de la repetición o habitualidad en la comisión de varias faltas en el espacio de un año¹⁵.

En su lugar, solo para determinados delitos contra el patrimonio, en concreto, en el hurto, el robo con fuerza en las cosas, la estafas, la apropiación indebida y la administración desleal, se ha previsto una circunstancia cualificante específica, la de multirreincidencia en la comisión de delitos contra el patrimonio que sean de la misma naturaleza. Habrá que ver en el capítulo correspondiente de qué manera se ha de entender esta circunstancia cualificante, su ámbito de aplicación, y de qué manera afecta a la interpretación de algunos de los delitos leves contra el patrimonio, en particular el delito leve de hurto del art. 234 CP¹⁶.

Se mantienen las circunstancias agravantes de reincidencia y multirreincidencia aplicables con carácter general a cualquier supuesto en el concurra su ámbito de aplicación. Pero en esta reforma se establece que las condenas firmes de Jueces y

¹³ Esta regulación sobre la conversión en delito de los que son hechos constitutivos de falta se modifica parcialmente en la reforma operada por la LO 5/2010, concretamente en el ámbito del delito de hurto del art. 234, pues a partir de esta reforma solo se exige que el sujeto cometa tres hechos constitutivos de falta de hurto en el plazo de un año para que se produzca la conversión en delito (eso sí, siempre y cuando la suma de lo hurtado supera la cuantía de los cuatrocientos euros).

¹⁴ En este sentido, véase MANJÓN-CABEZA OLMEDA, en: GONZÁLEZ CUSSAC/ALVÁREZ GARCÍA (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, 2010, 49 y 50.

¹⁵ Véase, sobre posibles efectos de la referencia a la reiteración en la condena por delitos comprendidos en el mismo título (y no a delitos comprendidos en el mismo capítulo), entre otros, NAVARRO BLASCO, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentario a la reforma de 2015*, 2015, 477.

¹⁶ En este sentido, sobre la interpretación de esta respuesta punitiva, críticamente, entre otros, CANO CUENCA, en: GONZÁLEZ CUSSAC (dir.)/GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coords.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2ª, 2015, 698.

Tribunales impuestas en otros Estados de la UE se tendrán en cuenta a efectos de aplicación de la circunstancia agravante de reincidencia.

En último lugar, como aspecto que ha de ser destacado en este punto sobre la evolución legislativa, ha de traerse a colación nuevamente el cambio operado en relación con la medida de seguridad de la libertad vigilada. Porque en el año 2015, como ya se ha comentado anteriormente, se ha ampliado el número de supuestos en los que el Juez o Tribunal puede acordar la imposición de esta medida de seguridad, acumuladamente a la pena ya impuesta por la comisión del delito. Los supuestos antes mencionados se mantienen, en los mismos términos de la regulación de 2010, y ahora se amplía la posible aplicación de esta consecuencia jurídica a los condenados por delitos de homicidio y asesinato, por maltrato habitual doméstico o de género y, finalmente, a los condenados por la comisión de un delito de lesiones cuando el hecho delictivo afecte a los sujetos que definen los delitos de violencia de género o doméstica o familiar.

En definitiva, la evolución histórica mencionada ha supuesto una tendencia a limitar los efectos agravatorios de la reincidencia, a consecuencia de las múltiples críticas (entre ellas, la de Mir Puig) que cuestionaban el fundamento de la agravante de reincidencia. Si bien es cierto que muestra en el sujeto una actitud de mayor desprecio y rebeldía frente a los valores jurídicos que éste tuvo ocasión de conocer no sólo en su formulación abstracta e impersonal por parte de la ley, sino sobre sí mismo, “en sus propias carnes”¹⁷, y en la medida en que ni siquiera ello ha servido para motivar al autor de forma suficiente para que no cometiera nuevamente la infracción (siendo posible ver en ella la expresión de una mayor gravedad del delito agravado y, por lo tanto, el fundamento de la agravante de reincidencia; el cual es defendido por distintos autores, entre ellos el autor italiano CARRARA¹⁸).

Si se concibe la imputación personal como mera condición de atribuibilidad del injusto penal, que puede impedir la atribución total o parcialmente, pero no aumentar la gravedad atribuible al hecho, aquella actitud de desprecio y rebeldía sólo puede considerarse causa de elevación de lo injusto del hecho¹⁹. Pero ello no obsta a que pueda reputarse constitucionalmente inconveniente la agravación de pena por reincidir, ya que ha sido en

¹⁷ Véase, MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, 10ª, 2016, 659. La misma idea también en *La reincidencia en el código penal: análisis de los arts. 10 14; 10 15; 61. 6 y 516. 3*, 1974, 356.

¹⁸ En este sentido, véase CARRARA, *Programma del Corso di Diritto Criminale, Parte General*, Lucca 1877, 245, Teoría de la insuficiencia relativa de la pena ordinaria, como fundamento de la agravante de la reincidencia.

¹⁹ En este sentido, MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, 10ª, 2016, 657.

varias ocasiones el propio TC el que la ha justificado, como veremos más adelante en el análisis de los distintos fundamentos que justifican la agravante de reincidencia.

III. LA AGRAVANTE DE REINCIDENCIA EN EL CÓDIGO PENAL

Como el propio TC afirmó ya en la STC 150/1991 de 4 de julio²⁰, la reincidencia, como respuesta al supuesto de la recaída en el delito, es, desde su origen, una de las instituciones más controvertidas, siendo objeto de especial preocupación para el legislador, como se deduce de los cambios legislativos que se han descrito de manera resumida en el capítulo anterior, y de gran polémica en el seno de la doctrina y la jurisprudencia, como se verá en este apartado, no llegando en forma alguna a conclusiones unánimes y compartidas.

Se comienza por discrepar acerca de su naturaleza y fundamento, entrando en la discusión consideraciones constitucionales tras la promulgación de la CE en el año 1978, pues en la discusión se ha tenido que entrar a valorar si la circunstancia agravante de reincidencia es o no contraria a determinados principios plasmados en la Carta Magna, entre otros, los que pueden aparecer como más evidentes, los principios de non bis in ídem y el de culpabilidad. En la STC acabada de citar, el Alto Tribunal ha desestimado que la regulación penal sobre la circunstancia agravante de reincidencia sea contraria a la CE.

Como ya se ha indicado en el capítulo anterior, el CP vigente mantiene como circunstancia agravante genérica la de reincidencia, en el art. 22.8ª CP.

Tal y como ha puesto de manifiesto ORTS BERENGUER²¹, no existe posibilidad de apreciar el significado de una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal sin antes haber averiguado su fundamento. Fundamento y significado aparecen tan entrecruzados que, sin afrontar la problemática del primero difícilmente alcanzaremos algo más que un conocimiento fragmentario y parcial del régimen jurídico de la

²⁰ STC 150/1991, de 4 de julio. En este caso el TC desestimó la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Instrucción nº1 de Daroca (Zaragoza) en relación con la reincidencia recogida entonces en el art. 10.15 CP 1944/1973 tras la reforma operada en el año 1983. A juicio del TC, la regulación penal de la reincidencia no es contraria a la CE, no infringe ninguno de los principios que han sido mencionados por la doctrina como argumentos para poner en duda o negar la legitimidad de la circunstancia agravante de reincidencia. Entre los principios que podrían resultar vulnerados se citan los siguientes: los principios de culpabilidad, el de proporcionalidad de la pena, el de igualdad, el de seguridad jurídica y prohibición de la arbitrariedad, el *non bis in ídem*, el de tutela judicial efectiva, el de presunción de inocencia y, finalmente, la prohibición de penas degradantes.

²¹ ORTS BERENGUER, *Atenuantes de análoga significación*, 1978, 30.

circunstancia de reincidencia. Asimismo, la operatividad de la circunstancia, su aplicación concreta, dependerá de la postura adoptada sobre este particular²².

Por tanto, la razón de ser de la agravante de reincidencia se presenta como paso previo necesario, con el fin de solventar los problemas interpretativos que pueden presentarse en la práctica.

1. Concepto

Pero antes de realizar cualquier estudio sobre el régimen jurídico de la agravante de reincidencia es necesario llevar a cabo la previa determinación del campo semántico atribuido a este vocablo.

En sentido no técnico-jurídico se entiende que hay reincidencia cuando una persona que ya ha cometido un ilícito penal vuelve nuevamente a cometer un delito, sea cual sea su naturaleza. Vendría a coincidir con el primer significado atribuido al sustantivo reincidencia en el Diccionario RAE, como “reiteración de una misma culpa o defecto”. Este es en realidad el significado que podría relacionarse con el término de reiteración, pero no entendido en el sentido de la antigua circunstancia agravante de reiteración regulada en el CP anterior con *nomen iuris* propio hasta la reforma de 1983, sino que se identifica simplemente con la idea de que el sujeto repite cometiendo un nuevo delito, vuelve a las “andadas”.

En sentido técnico, se pueden diferenciar tres conceptos o, más bien, tres clases de reincidencia²³, solo una de ellas es la que se va a corresponder con el concepto de reincidencia que se deriva del art. 22.8ª CP.

- La reincidencia policial. Se identifica con la propia de una persona detenida más de una vez por la presunta comisión de uno o más hechos delictivos nuevos. La reincidencia se identifica con un nuevo arresto, siempre y cuando que este dé lugar a la elaboración de un atestado policial que va a ser tramitado por el juzgado competente.

- La reincidencia penal. Es un concepto más restringido que el anterior que, además, tiene una interpretación auténtica en el propio art. 22.8ª CP. Se está ante esta modalidad cuando el sujeto ha sido condenado ejecutoriamente por la comisión de un delito y

²² En este sentido, MIR PUIG en su tesis de *La reincidencia en el código penal: análisis de los arts. 10 14; 10 15; 61. 6 y 516. 3*, 1974, 427, estima que el fundamento deberá ser obtenido, no por vía apriorística, como a menudo se ha intentado, sino a partir de la regulación del CP.

²³ Véase, para más detalles, VILLACAMPA ESTIARTE/TORRES ROSELL/LUQUE REINA, *Penas alternativas a la prisión y reincidencia: un estudio empírico*, 2006, p. 19.

posteriormente vuelve a cometer un delito de la misma naturaleza que el anterior. Más adelante se explicará con más detalle este concepto de reincidencia a través de los elementos que sirven para su definición.

- La reincidencia penitenciaria. También se utiliza esta expresión para hacer referencia a otro tipo de supuestos y situaciones. Concretamente, con este término se alude a los casos en los que el sujeto, tras el cumplimiento de la pena impuesta por la comisión de un delito, vuelve a ingresar en prisión para el cumplimiento de una nueva pena impuesta por la comisión de un nuevo delito.

En otro orden de consideraciones, al margen de la concurrencia o no de las circunstancias exigidas por el CP para poder aplicar la agravante de la reincidencia, se diferencia un concepto jurídico y un concepto empírico de reincidencia²⁴. La reincidencia jurídica se identifica con los antecedentes delictivos de una determinada muestra de sujetos tomados en consideración que han delinuido antes²⁵ o, lo que es lo mismo, equivale a la reiteración delictiva²⁶. En distinto sentido, la reincidencia 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 inicial. Teniendo en cuenta que de lo que se trata es de constatar si en su correspondiente período de seguimiento el sujeto ha entrado de nuevo en contacto con una de las dos administraciones encargadas de la ejecución de sanciones penales por una nueva causa, se puede decir que se está ante un concepto de reincidencia que podríamos designar como “administrativa”²⁷.

2. *Fundamento*

La existencia de la reincidencia, como circunstancia agravante de la responsabilidad, puede llegar a ser cuestionada si no se encuentra un sólido fundamento de la misma. Es este aspecto el que ha generado mayor controversia en la doctrina, pues se ha tratado de encontrar alguna explicación que sirva, no tanto para explicar su previsión legislativa como para que la misma resulte compatible con los planteamientos y principios que han

²⁴ Tradicionalmente éste había sido el sentido que se había dado a la acepción “reincidencia jurídica”.

²⁵ Siempre teniendo en cuenta que no estén cancelados los antecedentes penales o que debieran serlo por el transcurso de los plazos establecidos en el artículo 136 CP.

²⁶ En este sentido, véase MONGE FERNÁNDEZ, *La circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena*, 2009, 75-79.

²⁷ En este sentido, véase, para más detalles, VILLACAMPA ESTIARTE/TORRES ROSELL/LUQUE REINA, *Penas alternativas a la prisión y reincidencia: un estudio empírico*, 2006, 19 y 20.

de regir en un DP del hecho propio de un Estado de Derecho. Pues, en todo caso, este fundamento ha de estar en correspondencia con los principios que se derivan de la CE.

Algunas explicaciones son difícilmente asumibles si se quieren respetar los principios como el de responsabilidad por el hecho, culpabilidad, non bis in ídem, proporcionalidad relacionado con el de responsabilidad por el hecho.

A continuación, se van a exponer las diferentes teorías (algunas de ellas muy relacionadas entre si) defendidas en torno al fundamento de esta circunstancia agravante, muchas de ellas utilizadas por el TS para aplicar dicha agravante como veremos a continuación, y también un breve análisis crítico llevado a cabo por la doctrina de cada una de ellas.

Cabe destacar que, para un amplio sector de la doctrina, las circunstancias agravantes se pueden justificar por afectar a alguna de las categorías del delito, esto es, tanto un mayor contenido del injusto como una mayor culpabilidad del autor²⁸.

Además, debe advertirse que la explicación sobre las diferentes teorías está condicionada por una consideración previa: de qué manera se relaciona el fundamento de las agravantes con la teoría jurídica del delito, esto es, si se admite o no que las agravantes puedan ser explicadas de manera exclusiva porque revelan una mayor culpabilidad del sujeto²⁹.

a) *Mayor perversidad o hábito de delinquir*

La fundamentación tradicional de la agravante de reincidencia se ha explicado desde la “*mayor perversidad*” que demuestra el sujeto a través de la repetición del comportamiento delictivo. Así, desde esta explicación, la agravación de la pena por la concurrencia de esta circunstancia agravante significa o supone que se está ante un sujeto que presenta una mayor “perversidad e incorregibilidad”, lo que justifica el aumento de la pena por la gran disposición al delito que se aprecia en el sujeto³⁰.

Con esta explicación el fundamento de la agravante no tiene que ver con la mayor o menor gravedad del injusto cometido, además de que en su explicación se hacen claras referencias a las características del sujeto como perverso e incorregible, es clara la conexión por tanto con explicaciones propias del DP de autor.

²⁸ Véase CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte General*, tomo III. 2001, 250.

²⁹ LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, 3ª, 2016, 293.

³⁰ Sobre este fundamento de la doctrina más tradicional, y las críticas a la misma, ASUA BATARRITA, *La reincidencia, su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los Códigos penales del siglo XIX*, 1982, 104-107.

Con respecto a este fundamento es necesario destacar la evolución sufrida desde principios del S. XX hasta el S. XXI en el concepto de perversidad (entendida como personalidad “perversa”) del delincuente hacia el concepto de habitualidad (concepto que trataremos más adelante)³¹, entendida como la especialización a la comisión de ciertos hechos delictivos y deducidos del dato objetivo de la frecuente comisión de determinados delitos, o lo que es lo mismo, en atención a los antecedentes penales se manifiesta que existe una “tendencia” a delinquir.

En definitiva, la agravación de la pena se fundamenta en la tendencia delictiva y su objetivo es combatir la inclinación delictiva, atendiendo a la prevención especial³².

Sin embargo, gran parte de la doctrina considera que fundamentar la reincidencia en el hábito a delinquir, es condenar un estilo de vida: vivir del delito. Por lo tanto, justificar el aumento de pena en la especialización del sujeto en la comisión de determinados delitos constatados por la cantidad de antecedentes penales es valorar una manera de ser, un carácter del sujeto con tendencia a delinquir, aunque no se quiera relacionar con una anomalía de la personalidad, es agravar la pena por el carácter del sujeto, esto es, un carácter con tendencia a delinquir³³.

b) Mayor peligrosidad del reo

Otro sector doctrinal fundamenta la agravación de la pena en la presunción de *una tendencia o inclinación al delito* (o lo que es lo mismo, en la suposición de que el reincidente es más peligroso por su persistencia en la decisión de delinquir)³⁴, presunción que tiene su apoyo en el hecho de que el sujeto, después de haber sido condenado por el delito cometido, vuelve a repetir el comportamiento delictivo, presumiéndose a partir de aquí que la repetición se va a prolongar en el tiempo. Por otro lado, dado que la circunstancia de reincidencia exige para su apreciación que el sujeto cometa un delito de la misma naturaleza al cometido con anterioridad, supone también una especie de especialización por parte del sujeto en una determinada tipología delictiva, lo que explica

³¹ En este sentido, véase MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, 1999, 182- 184.

³² En este mismo sentido se manifiesta BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de derecho penal. Parte general*, 4ª, 1997, 162.

³³ En este sentido, entre muchos otros, véase MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, 1999, 184.

³⁴ En este sentido, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 9ª, 2015, 525. PÉREZ DEL VALLE, Carlos. *La reincidencia en el delito*, 2019, 13 y 14.

y fundamenta el incremento de pena, que ha de ser mayor en la reincidencia frente a la mera reiteración delictiva³⁵. La tendencia delictiva hacia determinadas clases de delitos hace suponer una mayor propensión y facilidad para nuevas recaídas³⁶.

Será a partir del positivismo crítico cuando de manera expresa se fundamenta la agravante de reincidencia en la peligrosidad del sujeto, proponiéndose soluciones a través de medidas de custodia, esto es, a través de medidas de seguridad y no de la mera elevación de la pena. Por lo tanto, podríamos decir que la justificación del agravamiento de la pena va ligada también a las finalidades de la pena asumidas por el Código. La *prevención especial*, entendida como intimidación individual, fundamentaría la agravación.

MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, encuentran el fundamento de la reincidencia, en la actitud del sujeto que insiste en la desobediencia a las normas penales, es decir, en una mayor peligrosidad. Sin embargo estiman que ni la peligrosidad puede presumirse et de iure como hace el Código en esta materia, ni es un concepto en el que pueda asentarse una mayor gravedad de la pena, que debe ir referido a la culpabilidad³⁷.

En definitiva, este argumento o fundamento plantea serios inconvenientes, no solo porque supone una ruptura con un Derecho penal basado en la culpabilidad por el hecho injusto sino también desde el punto de vista de la política-criminal³⁸.

Asimismo, en contra de fundamentar la agravación de la reincidencia en la mayor peligrosidad criminal se ha argumentado que el reincidente no es más peligroso que el resto de los delincuentes; puede serlo o no, pero en cualquier caso la peligrosidad no puede presumirse iuris et de iure como se hace con la regulación como agravante genérica de reincidencia en el art. 22.8ª CP, pues de esta manera se aplica de manera obligada a todos los supuestos una vez se haya comprobado que se cumplen los elementos que sirven para su configuración. En definitiva, si se considera que el fundamento descansa en la mayor peligrosidad criminal del reincidente, en tal caso se tendría que prever la aplicación de una medida de seguridad, pues esta es la reacción adecuada para combatir el “estado de peligrosidad criminal”, tal como establecen los arts. 6 y 95 CP³⁹.

³⁵ Ha de recordarse que hasta el año 1983 el CP anterior distinguía entre circunstancias agravantes de reiteración y reincidencia, y que tras la reforma de 1983 y hasta la aprobación del vigente CP, en la definición de reincidencia también se incluían los supuestos de reiteración delictiva.

³⁶ Sobre este fundamento, véase, entre otros, GUIASOLA LERMA, *Reincidencia y Delincuencia Habitual*, 2008, 61-65.

³⁷ En este sentido, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 9ª, 2015, 525.

³⁸ En este sentido, sobre un análisis crítico de este fundamento, entre otros muchos, MIR PUIG, *La reincidencia en el código penal: análisis de los arts. 10 14; 10 15; 61. 6 y 516. 3*, 1974, 544.

³⁹ Así lo indica MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, 1999, 175-179.

c) *Mayor culpabilidad*

Desde el punto de vista de la teoría jurídica del delito, entendemos por culpabilidad como aquella reprochabilidad personal por la acción típica y antijurídica cometida, fundada en la capacidad de obrar de otro modo del sujeto actuante en la situación concreta en la que realizó el hecho⁴⁰. Tiene como elemento integrante para considerar una conducta como culpable, la comprobación de la imputabilidad (también denominada “capacidad de culpabilidad”), entendida como capacidad de comprender la ilicitud del hecho y de actuar según dicha comprensión, y que salvo casos de inimputabilidad (por ejemplo supuestos de anomalías o alteraciones en la percepción psíquica, previstos en el art. 20.1º), constituye requisito esencial para determinar la culpabilidad del sujeto⁴¹.

Pues bien, para otro sector de la doctrina, la pena del reincidente se agrava en atención a una mayor culpabilidad, en cuanto que las anteriores condenas ponen de manifiesto su oposición persistente al orden jurídico general.

Los autores que defienden lo expuesto consideran que los reincidentes demuestran una “mayor capacidad para delinquir”, y por consiguiente el aumento de la pena se justifica en que el sujeto exterioriza una personalidad o actitud opuesta al Derecho y jurídicamente desaprobada.

En este sentido, CEREZO MIR⁴² mantiene que puede aceptarse, en principio, el conocimiento seguro de la antijuridicidad, de la punibilidad, la advertencia implícita en la sentencia condenatoria (la advertencia individual como aspecto de la prevención especial) y el haber recibido un tratamiento tendente a conseguir la reinserción social (art. 25.2 CE), “determinan un aumento de la capacidad de autodeterminación conforme al sentido, conforme a la norma”.

Matiza posteriormente que es en el caso de la reincidencia específica cuando la culpabilidad suele ser mayor⁴³, reconociendo que incluso en ésta, en algunos casos puede no ser mayor la capacidad de autodeterminación del sujeto o no darse, en alguna ocasión,

⁴⁰ Este es uno de los fundamentos o explicaciones sobre la culpabilidad actualmente defendidos, como se va a comprobar en la nota siguiente. Es cierto que sobre el fundamento de la culpabilidad no existe unanimidad doctrinal, hasta el punto de que un sector doctrinal rechaza que la culpabilidad sea un elemento de la teoría jurídica del delito. No es objeto de estudio en este trabajo el concepto y fundamento de la culpabilidad, por eso se ha tomado como referencia la tesis expuesta en el texto.

⁴¹ En este sentido, véase URRUELA MORA, en: ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/BOLDOVA PASAMAR (coords.), *Derecho penal: parte general*, 2ª, 2016, 268 y 269.

⁴² Véase, CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte General*, tomo III. 2001, 168.

⁴³ Véase, CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte General*, tomo III. 2001, 170.

una actitud de rebeldía frente a las exigencias de nuestro ordenamiento. Además, CEREZO MIR manifiesta que, desde sus planteamientos, la culpabilidad es culpabilidad por el hecho, pero a la hora de comprobar si éste le es reprochable tienen un valor decisivo una serie de circunstancias personales relativas a su vida anterior, sus antecedentes penales, su personalidad.

En definitiva, mantiene que “en el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho la reincidencia solo puede hallar su fundamento en una mayor gravedad de la culpabilidad”.

Al contrario, desde otras posiciones doctrinales se mantiene que la agravación de la pena en el segundo o ulterior delito trae únicamente su causa de la realización del primero que, de esta forma, resultaría doblemente sancionado, lo que supondría pues una patente vulneración del principio *non bis in idem*⁴⁴. Y es por ello por lo que tras la aprobación de la CE, se alzaron un gran número de voces que apuntaban a la inconstitucionalidad de la agravante de reincidencia, por entenderla contraria a, entre otros, este⁴⁵. En este sentido, cabe destacar la LO 8/1983 de Reforma Urgente y Parcial del CP-73, ya que fue la primera de las grandes reformas que perseguían su adaptación a la Constitución, suprimiendo efectos de la agravación de la pena en la multirreincidencia; de este modo en su Exposición de Motivos se afirma que, en términos generales, la reforma obedece exasperación del castigo del delito futuro, de por sí contraria al principio “non bis in idem”, puesto que conduce a que un solo hecho genere consecuencias punitivas en más de una ocasión.

Tampoco se comparte dicha fundamentación entre algunos autores, como por ejemplo GUIASOLA LERMA⁴⁶, al partir esta de una concepción de la culpabilidad puramente normativa que expresa el reproche que el Derecho atribuye a una persona por haber infringido la norma jurídica. Esto es, solo debe aceptarse una culpabilidad por el hecho aislado, reprochándose al individuo exclusivamente la comisión de un hecho delictivo, rechazando la tesis de aquellos que justifican la agravación de la pena en una mayor

⁴⁴ En este sentido, indica MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, en: *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, 1999, 178-179, que no es adecuado este fundamento, ya que hay que tener presente que toda culpabilidad proviene de un acto aislado, y no en el estado total del autor (o que es lo mismo, en el carácter del delincuente), como sucedería si justificamos la agravación de la pena en una mayor culpabilidad.

⁴⁵ En este sentido, GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA, en: COBO DEL ROSAL (dir.)/BAJO FERNÁNDEZ (coord.), *Comentarios a la Legislación penal, Tomo V, Vol. 1º. La reforma del Código Penal de 1983*, 1985, 295-298.

⁴⁶ En este sentido, GUIASOLA LERMA, *Reincidencia y delincuencia habitual*, 2008, 62-65.

culpabilidad, toda vez que dicha agravación no atendería a una culpabilidad por el hecho, por el acto aislado, sino el carácter del delincuente, esto es, en una culpabilidad por la conducción de vida, en que se sancionaría una forma de ser, concretamente la de “ser reincidente”. En palabras de esta autora: “Es innegable que en el reincidente se aprecia una actitud de rebeldía y desprecio hacia el ordenamiento, pero dicha actitud es insuficiente para agravar la pena. El incremento del castigo, al margen de razones de injusto y de culpabilidad, supone un soslayamiento del principio de culpabilidad”.

Cabe destacar, en cuanto las dudas surgidas sobre la posible inconstitucionalidad de la regulación de la agravante de reincidencia, a la STC 150/1991, de 4 de julio, que ya ha sido mencionada con anterioridad. En esta resolución el TC rebate todos los argumentos que se han alegado por la doctrina, declarando constitucional la regulación prevista en el CP⁴⁷.

En concreto, se rechaza que suponga una vulneración de los principios de proporcionalidad de las penas, igualdad, *non bis in idem* y culpabilidad penal. Para defender su postura, el TC considera que, con la apreciación de la agravante de reincidencia, ya se entienda que afecta al núcleo del delito o solo a la modificación de la pena, no se vuelve a castigar el hecho anterior o los hechos anteriores, por lo demás ya ejecutoriamente juzgados y con efectos de cosa juzgada, sino única y exclusivamente se está castigando el hecho posterior. Desde esta perspectiva, el TC añade que 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 a los supuestos de no reincidencia⁴⁸.

También el Tribunal Supremo, en defensa de este fundamento, se pronunció acerca de la constitucionalidad de la citada agravante en sentencia de 6 de abril de 1990, en la que el TS consideró que podía salvarse la constitucionalidad de la agravante sin vulnerar el

⁴⁷ En este sentido, puede resultar interesante destacar una controversia parecida a la que suscitó en nuestro país la agravante de reincidencia tuvo lugar en Alemania, donde el TC alemán en sentencia de 16 enero de 1979 afirmó la constitucionalidad del párrafo 48, subrayando que lo importante era que no se presumiera la mayor culpabilidad del autor y, por consiguiente, se verifique en cada caso si se le puede reprochar al autor que no haya tomado como advertencia las condenas anteriores. Sin embargo, la problemática acerca de su conciliación con el principio de culpabilidad condujo finalmente a la derogación del citado párrafo por Ley 13 de abril de 1986, que regulaba con carácter general la reincidencia.

⁴⁸ En concreto, el argumento recogido en la STC 150/1991, de 4 de julio, es el siguiente: “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 posteriores delitos, según los casos, bien (según la perspectiva que se adopte) para valorar el contenido injusto y su consiguiente castigo, bien para fijar y determinar la extensión de la pena a imponer. La agravante de la reincidencia, por tanto, queda fuera del círculo propio del principio *non bis in idem*”.

principio de culpabilidad por el hecho, si se excluía su aplicación automática, aplicándose tan sólo a aquellos sujetos formalmente reincidentes cuya culpabilidad admitiera la agravación de la pena que la misma supone (siendo muy discutido en sede doctrinal, al ser criticado y también, defendido por muchos).

Por último, me parece preciso añadir en cuanto a este fundamento, como señala ROXIN, la “capacidad de resistir a la tentación de cometer nuevos hechos punibles no crece con el número de condenas anteriores, sino que disminuye”⁴⁹. Por ello la actitud del reincidente va acompañada de una menor capacidad de resistencia frente al delito (en algunos tipos delictivos más que otros). Por lo tanto, el reincidente, en todo caso, actúa con menor culpabilidad porque, precisamente, le es más difícil obedecer la norma⁵⁰.

d) Insuficiencia de las penas impuestas

Otra parte de la doctrina y también el propio TS, justifican la agravación de la pena por la agravante que nos ocupa recurriendo al argumento de la insuficiencia de las penas impuestas por la comisión del delito juzgado con anterioridad⁵¹; la agravación es consecuencia de la ineffectividad de la pena impuesta en una anterior sentencia, pues no ha conseguido plenamente sus efectos rehabilitadores y resocializadores.

Como he señalado, el fundamento basado en la insuficiencia de las penas impuestas ha sido defendido por el TS en algunas de sus resoluciones. Así, por ejemplo, en STS de 22 de junio de 1994 se sostiene que :”la agravación es consecuencia de la ineffectividad de la pena impuesta en una anterior sentencia que no ha conseguido plenamente sus efectos rehabilitadores y resocializadores, lo que en cierto modo supone un fracaso del sistema penitenciario del efecto intimidatorio de la pena”⁵².

Sin embargo, a este respecto, coincido con aquellos autores que rechazan que el fundamento de la reincidencia se base en la insuficiencia de la pena impuesta al anterior delito⁵³, toda vez que si la pena originaria no ha surtido el efecto preventivo esperado, parece un contrasentido seguir insistiendo con la misma pena, pero con una duración

⁴⁹ Véase, ROXIN, *CPC 30* (1986), 676.

⁵⁰ En este sentido, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, 1999, 178.

⁵¹ En este sentido, justifica CARRARA, *Programma del Corso di Diritto Criminale, Parte General*, 1877, 245-246, a través de la teoría de la insuficiencia relativa de la pena ordinaria, como fundamento de la agravante de la reincidencia.

⁵² En este mismo sentido, se manifiestan las SSTS 1894/1994, de 22 de junio y 714/1998, de 15 de julio.

⁵³ Véase, entre otros, GUIASOLA LERMA, *Reincidencia y delincuencia habitual*, 2008, 62 y ss.

mayor, para que se logre el efecto resocializador, lo lógico será cambiar de pena, buscar una pena alternativa que sí logre el efecto preventivo-especial⁵⁴.

En el mismo sentido, este fundamento también es criticado por QUINTERO OLIVARES⁵⁵, alegando que aumentar la pena al reincidente, porque la primera resulta insuficiente para evitar el nuevo delito, solo evidencia con mayor claridad la inidoneidad de la pena para alcanzar la reinserción, y con ello se demuestra simplemente la dificultad de la llamada reinserción (uno de los fines principales de la pena de prisión, art. 25.2 CE) y la incapacidad de la pena para conseguirla.

A mi juicio, la agravación de la pena al reincidente no se debe a la ineficacia de la anterior condena, ya que como dije anteriormente, no tiene ningún sentido seguir insistiendo en una pena que ha evidenciado su fracaso.

e) Una causa de agravación del injusto del hecho

Otro de los argumentos alegados por parte de la doctrina y por el propio TS en algunas de sus sentencias para justificar el aumento de la pena en el reincidente⁵⁶, es la agravación del injusto del hecho.

A este respecto, MIR PUIG ha afirmado que el “*injusto del hecho*” del reincidente es más grave solo porque al contenido de específico injusto de que se trate se añade el rebelde desprecio de los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro, expresado a través del desprecio, por obra del nuevo hecho, del significado de la condena anterior”⁵⁷. Así el sujeto no solo comprende los valores jurídicos en su formulación abstracta e impersonal por parte de la ley, sino sobre sí mismo (al haber sido castigado con anterioridad), “en carne propia”. Pero ni siquiera este conocimiento ha servido para motivar al sujeto de forma suficiente para no cometer la nueva infracción y, por lo tanto, es esa actitud de desprecio y rebeldía las que deben ser consideradas como causas de elevación de la gravedad del hecho⁵⁸.

⁵⁴ En este sentido, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, 1999, 179.

⁵⁵ Véase QUINTERO OLIVARES, *Parte General del Derecho Penal*, 5ª, 2015, 389.

⁵⁶ En este sentido, véase STS 218/1992, de 9 de marzo.

⁵⁷ MIR PUIG, *La reincidencia en el código penal: análisis de los arts. 10 14; 10 15; 61. 6 y 516. 3*, 1974, 533. También mantiene dicha explicación, en: *Derecho Penal, Parte General*, 10ª, 2016, 657.

⁵⁸ MIR PUIG, *La reincidencia en el código penal: análisis de los arts. 10 14; 10 15; 61. 6 y 516. 3*, 1974, 532 y 533.

Este argumento que trata de explicar el fundamento de la agravante de reincidencia conectado con el incremento del injusto del hecho es el que mejor se acomoda con el planteamiento de un DP del hecho, que está sometido a límites y garantías derivados de la CE, pero, como el propio MIR PUIG⁵⁹ reconoce de manera expresa, este fundamento resulta insuficiente para agravar la pena del reincidente, porque una mera actitud interna del sujeto no puede afectar ni al grado ni a la forma de lesión producida. Es decir, salva el fundamento desde el DP del hecho, porque hay un injusto mayor, ya no se vulneran los principios de *non bis in idem*, culpabilidad, responsabilidad por el hecho, etc., pero pese a todo no justifica el incremento de pena.

Al contrario, este fundamento es descartado de manera rotunda por un sector de la doctrina⁶⁰, que argumenta que la gravedad del hecho cometido no puede variar por la existencia de condenas anteriores, esto es, el hecho no es más grave porque el autor tenga antecedentes penales, ya que estos no incorporan nada a la acción concretamente realizada⁶¹. Expresándolo con la argumentación de GARCÍA ARÁN⁶², teorizar que las condenas anteriores aumentan el nuevo injusto supondría concebirlo como un injusto personal.

Un sector doctrinal ha rechazado este fundamento basado en el mayor injusto del hecho desde la tesis de que las agravantes y atenuantes no tienen un fundamento basado o conectado con la teoría jurídica del delito, sino que su fundamento se basa en la mayor o menor necesidad de la pena, porque su estudio corresponde a la teoría de la pena.

A mi juicio, al igual que MIR PUIG, comparto con la estimación de que la reincidencia, en términos generales, denota en el sujeto una actitud de mayor desprecio y rebeldía frente a los valores jurídicos que tuvo ocasión de conocer, y en este sentido, no podría afirmar si dicho fundamento resulta, bajo mi punto de vista, suficiente para poder justificar la agravante de reincidencia.

f) *Mayor alarma social*

⁵⁹ En el mismo sentido MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, 10ª, 2016, 657.

⁶⁰ En este sentido, veáse MONGE FERNÁNDEZ, *La circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena*, 2009, 126 y 127.

⁶¹ Al contrario, GUI SOLA LERMA, *Reincidencia y delincuencia habitual*, 2008, 63-64, afirma que la agravación de la pena por el desprecio hacia los bienes jurídicos conduciría a un derecho penal de la actitud interior. Además, pese a que sí comparto que denota en el sujeto una actitud de mayor desprecio y rebeldía frente a los valores jurídicos que tuvo ocasión de conocer, concluye que “mas dicho fundamento resulta en mi opinión insuficiente desde el punto de vista de *lege ferenda* para justificar el mantenimiento de dicha institución”.

⁶² GARCÍA ARÁN, *La multirreincidencia en la reforma penal de 2003*, Ponencia en el congreso AIDP, Atoxa, 2007.

Otro sector doctrinal defiende que el fundamento de la reincidencia también se con la alarma social⁶³. Se entiende necesaria una pena agravada que pueda cumplir con los fines de intimidación que exige la utilidad pública, ya que la sociedad teme la comisión de nuevos delitos.

La pena cumpliría fines de intimidación exigidos por la utilidad pública, ya que la sociedad teme la comisión de nuevos delitos. De este modo, sancionando con más pena las conductas reiteradas, se consigue en cierta manera “tranquilizar” a la sociedad.

En definitiva, el aumento de la pena por reincidir se apoya en las exigencias de prevención general⁶⁴.

Hay que destacar que normalmente este argumento se incorpora a otros fundamentos diferentes, en el sentido, de que este argumento, realmente, es utilizado por la doctrina como otro indicio más a tener en cuenta a la hora de determinar la pena y la aplicación de la agravante de reincidencia⁶⁵.

g) *Combinación de varias causas*

Además, también cabe tener en cuenta la posible combinación de varias causas como fundamento de dicha agravante de reincidencia. Para un sector de la doctrina, el fundamento es doble o el fundamento no es único, por ejemplo, basado en una mayor culpabilidad y una mayor gravedad del injusto cometido. A esta conclusión se llega a la vista de los diferentes argumentos esgrimidos para explicar la agravación de la pena en caso de reincidencia.

En este sentido, de la misma manera que la alarma social es un argumento más a tener en cuenta para justificar la agravación de la pena en el reincidente, algunos autores y el propio Tribunal Supremo, en determinadas sentencias, utilizan diferentes fundamentos de manera conjunta⁶⁶.

⁶³ GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, *Elementos de Derecho Civil y Penal de España*, 12ª, 1877, 59.

⁶⁴ Como señala MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, 1999, 185 y 186.

⁶⁵ En este sentido, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, 1999, 187.

⁶⁶ En este sentido, véase la STS 839/1990 de 26 de diciembre, donde el TS señala que la agravante de reincidencia responde “al clamor popular contra la delincuencia contumaz” porque se “trata de dos comportamientos distintos, el del que delinque por primera vez y el del que, pese a la experiencia de imposición de una condena con *strepitus iudicii*, que actúa de altavoz de la reprochabilidad social, insiste en ese camino prohibido y sancionable”.

Así, por ejemplo, se alude a la insuficiencia de la eficacia preventiva de la pena originariamente impuesta y cumplida junto con la mayor perversidad en el delincuente, pues como señala MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS: “es razonable que ante el fracaso de un castigo por insuficiente se imponga otro más duro; por otra parte con la recaída revela mayor perversidad, que es bastante motivo para agravar la pena”⁶⁷.

Sin embargo, para otro sector de la doctrina se trata de un fundamento que no puede ser aceptado, pues los argumentos aisladamente considerados no sirven para justificar el incremento de pena, y la situación no cambia porque se utilicen de manera conjunta, pues por el mero hecho de que se unan los mismos no se puede convertir en correcto y legítimo el argumento que no lo es aisladamente considerado⁶⁸.

h) Sin fundamento

Por último, un sector de la doctrina rechaza las anteriores propuestas, pues no justifican en absoluto la razón para que se incremente la pena al reincidente, llegando a la conclusión que no se puede encontrar un fundamento que legitime la existencia de la circunstancia agravante de reincidencia. Es más, el mero hecho de que existan tantas tesis que tratan de explicar este aspecto, con diferentes argumentos en ocasiones, es ya una prueba de que resulta imposible encontrarlo.

En este sentido merece ser destacada GUIASOLA LERMA⁶⁹, quien afirma que: “podemos concluir (...) que, en términos genéricos, ninguno de los fundamentos expuestos puede legitimar suficientemente el incremento del castigo a través de la pena de la circunstancia de reincidencia, si no queremos asistir a un soslayamiento del principio de proporcionalidad”.

A la vista de todo lo expuesto no es fácil encontrar un fundamento que se ajuste a los principios de un DP del hecho, sometido a estrictos principios garantísticos, la mayoría derivados o reconocidos en la propia CE. Con mayor motivo estos problemas son extensibles a la agravante de multirreincidencia, aquí las dudas son mayores porque el

⁶⁷ En este sentido, véase MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, 1999, 185 y 186.

⁶⁸ En este sentido, se manifiesta, entre otros, GUIASOLA LERMA, *Reincidencia y delincuencia habitual*, 2008, 72.

⁶⁹ GUIASOLA LERMA, *Reincidencia y delincuencia habitual*, 2008, 73.

Juez o Tribunal puede optar por la imposición de una pena superior en grado a la prevista por el legislador para la figura delictiva de que se trate.

En efecto, la multitud de propuestas para justificar la agravación de la pena en el reincidente ponen de manifiesto la dificultad que existe para descubrir la razón de ser de su inclusión en el texto penal. Como el TC ha confirmado su constitucionalidad, la doctrina ha hecho especiales esfuerzos para encontrar su justificación, lo que no resulta sencillo pues se encuentran serias dificultades para conectar el fundamento con la mayor gravedad del injusto, la única tesis que sería la que se ajustaría al modelo de DP del hecho. Con la previsión de esta agravante parece que el legislador está mostrando un temor a que el sujeto desarrolle un hábito delictivo. En este sentido, pese a que se podría llegar a entender que el fundamento de la agravación de la pena es la “posible especialización en delitos de la misma naturaleza”, considero que este argumento es insuficiente para explicar el fundamento de la reincidencia, pues no tiene conexión clara con la mayor gravedad del injusto cometido.

Por lo que entiendo que la agravación de la pena solo se puede fundamentar en un mayor contenido de injusto, a diferencia de lo que mantiene un sector de la doctrina⁷⁰, que también acepta la agravación de la pena en una mayor culpabilidad del autor. A mi juicio, la culpabilidad no puede justificar la agravación de la pena porque partimos de que en la culpabilidad no se contiene la parte subjetiva del hecho, ni tampoco la actitud interna del sujeto, sino tan solo, los elementos que condicionan la atribución del injusto a su autor porque ha sido motivado por la norma.

Por todo ello, respecto a este análisis sobre el fundamento de la agravante de reincidencia, podemos decir que si la agravación de la pena no se justifica en una mayor gravedad del hecho, a mi juicio, no existe suficiente legitimación para que la agravante de reincidencia provoque este efecto.

3. Análisis de la agravante de reincidencia: art. 22.8ª CP

Como se ha indicado anteriormente, el art. 22.8ª CP ofrece una interpretación auténtica de la agravante de reincidencia: cuando el sujeto haya sido condenado ejecutoriamente

⁷⁰ En este sentido destaca, entre muchos, CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte General*, tomo III. 2001, 168.

por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza⁷¹.

La definición se completa con dos aclaraciones más: la primera, a efectos de apreciar o no la agravante de reincidencia, no se computan los antecedentes penales cancelados o cancelables, ni los antecedentes penales derivados de la comisión de un delito leve. La segunda, las condenas firmes de Jueces o Tribunales impuestas en un Estado de la UE se tendrán en cuenta a efectos de apreciar la agravante de reincidencia, a no ser que, como se ha indicado antes, el antecedente penal esté cancelado o pudiera estarlo con arreglo al Derecho español⁷².

Como se ha comentado en el apartado sobre la evolución legislativa, esta segunda aclaración o precisión procede de la reforma operada por la LO 1/2015. Aunque no se establece de manera expresa, se tendrá que atender no solo a que exista una condena firme impuesta por un Juez o Tribunal de un país de la UE, además habrá de ser por la comisión de un delito de la misma naturaleza al que ha vuelto a cometer⁷³.

Como ha señalado MIR PUIG⁷⁴, este concepto legal de reincidencia está formado por tres elementos: uno de pasado, uno de presente y un elemento relacional entre ambos.

- Elemento de pasado: Es necesario que, al delinquir, el sujeto haya sido *ejecutoriamente condenado con anterioridad por otro delito*.

Es ejecutoria la sentencia firme, es decir, aquella contra la que no cabe recurso alguno (art. 141.5 LECrim)⁷⁵.

En principio, no generan la agravante de reincidencia las condenas impuestas por los Tribunales extranjeros. A no ser que se haya establecido otra cosa en el CP. Ya en el propio art. 22.8ª CP, como se acaba de indicar, se ha previsto que sí generan antecedentes penales las sentencias firmes impuestas por un Juez o Tribunal de un Estado de la UE. A esto hay que añadir que en el Libro II CP se encuentran varias disposiciones sobre la reincidencia internacional, aplicable en relación con determinados delitos. Es el caso, por ejemplo, una vez más, en el ámbito de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, art. 190 CP, en el que se dispone que la condena de un Juez o Tribunal extranjero impuesta

⁷¹ Véase MARTÍNEZ GONZÁLEZ, en: GÓMEZ RIVERO (dir.), *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte General*, 4ª, 2019, 451-452.

⁷² SUÁREZ-MIRA RODRIGUEZ, JUDEL PRIETO, Y PIÑOL RODRIGUEZ, *Manual de Derecho Penal. Tomo I. Parte general*, 2017, 302.

⁷³ En este sentido, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 9ª, 2015, 524.

⁷⁴ MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, 10ª, 2016, 657. También en el mismo sentido, véase *La reincidencia en el código penal: análisis de los arts. 10 14; 10 15; 61. 6 y 516. 3*, 1974, 356 y 357.

⁷⁵ Así lo afirma, entre otros muchos, MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, 10ª, 2016, 663.

por delitos comprendidos en el Capítulo relativo a delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores será equiparada a las sentencias de los Jueces o Tribunales españoles a efectos de la aplicación de la agravante de reincidencia. Otro tanto ocurre en el art. 375 CP, en el capítulo dedicado a los delitos contra la salud pública, donde la agravante de reincidencia internacional opera para los delitos tipificados en los arts. 361 a 372 CP; en el art. 388 CP, para la reincidencia internacional en relación con los delitos de falsificación de moneda y efectos timbrados o, finalmente, nuevamente en el ámbito de los delitos de terrorismo, en el art. 580 CP⁷⁶.

A efectos de la aplicación de la agravante de reincidencia, no van a ser tomadas en consideración las condenas firmes impuestas por Tribunales militares por la comisión de delitos tipificados en el CP militar; en este caso además como argumento para su descarte es que los delitos no están tipificados en el mismo Título de este Código, esto es, del CP, sino que se encuentran en otro cuerpo punitivo, el CP militar, aun cuando el delito esté ubicado sistemáticamente en este texto en el mismo Título y Capítulo que aparece en el CP y sean, por tanto, de la misma naturaleza. Por ejemplo, una condena firme impuesta por el Tribunal militar por acoso sexual no va a ser tomada en cuenta a efectos de reincidencia si con posterioridad el mismo sujeto comete un delito de acoso sexual en el “ámbito civil”⁷⁷.

- Elemento de presente: La reincidencia se aprecia “*al delinquir*” el culpable. El verbo “delinquir” no incluye aquí la comisión de delitos leves. Por si hubiera alguna duda, tras la reforma realizada por la LO 1/2015 se reconoce de manera expresa que los antecedentes penales surgidos por la comisión de un delito leve no se tendrán en cuenta a efectos de apreciar la agravante de reincidencia.

Se tiene que precisar el momento temporal al que va referido el verbo delinquir. Es decir, si se ha de entender que se está haciendo referencia al momento en el que el sujeto comete el hecho constitutivo de delito o, por el contrario, se refiere al momento en que el Juez o Tribunal ha constatado que el sujeto ha delinquido, lo que sucede cuando dicta sentencia condenatoria o, incluso, cuando esta sentencia además deviene firme.

⁷⁶ En este sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, *AFD* 2005, 13 ss.

⁷⁷ Véase MUÑOZ CUESTA (coord.)/ARROYO DE LAS HERAS/GOYENA HUERTA, *Las circunstancias agravantes en el Código Penal de 1995, 1997*, 168 y 169.

Sobre este particular se ha entendido que ha de aplicarse la teoría de la actividad, esto es, ha de estarse a la fecha en que se comete el hecho delictivo⁷⁸. Es en ese momento temporal cuando habrá que comprobarse si había recaído ya la sentencia condenatoria firme generadora de la agravante de reincidencia.

Partiendo de esta forma de delimitación del momento temporal, sin embargo, su aplicación no va a resultar sencilla en un grupo de supuestos, por las propias características de los delitos en cuestión. Se trata de tipos penales o construcciones concursales basadas en la repetición de conductas, como sucede, por ejemplo, con los delitos permanentes, los delitos de estado o el delito continuado.

La condena ejecutoria recae durante la ejecución de un delito permanente o un delito de estado. En el delito permanente, con la realización de la conducta típica se produce la consumación del delito, porque se lesiona o se pone en peligro el bien jurídico, pero esta situación antijurídica que afecta al objeto de protección se prolonga en el tiempo, quedando en manos del sujeto activo la decisión de mantener o cesar dicha situación⁷⁹. El ejemplo típico es el delito de detenciones ilegales, donde la situación de privación de libertad puede prolongarse en el tiempo durante días, meses o años. En el delito de estado sucede algo similar, se produce la situación de afectación al bien jurídico prolongadamente, pero aquí el cese de tal situación antijurídica no depende de la voluntad del sujeto activo. Como ejemplos de delitos de estado se pueden citar los delitos de matrimonios ilegales, o los delitos de amenazas⁸⁰.

En estos casos, porque la situación antijurídica se prolonga en el tiempo, puede suceder que la sentencia ejecutoria firme recaiga una vez realizada la acción delictiva, pero antes de que este cese (ya se ha realizado la acción de detener o retener, pero aún no se ha puesto en libertad al sujeto detenido).

Como en el delito permanente cada uno de los momentos temporales supone mantener la situación antijurídica creada con el acto originario, posee por esta razón la misma significación jurídico-penal que el conjunto, aunque solo una parte de tales actos parciales

⁷⁸ Es la tesis que defiende, entre otros, MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, 10ª, 2016, 655. También del mismo modo, en: *La reincidencia en el código penal: análisis de los arts. 10 14; 10 15; 61. 6 y 516. 3*, 1974, 357-359.

⁷⁹ Sobre los delitos permanentes y de estado, véase las explicaciones de LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, 3ª, 2016, 163. También por MUÑOZ CUESTA (coord.)/ARROYO DE LAS HERAS/GOYENA HUERTA, *Las circunstancias agravantes en el Código Penal de 1995*, 1997, 172.

⁸⁰ Sobre los delitos permanentes y de estado, véase las explicaciones de LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, 3ª, 2016, 163. También por MUÑOZ CUESTA (coord.)/ARROYO DE LAS HERAS/GOYENA HUERTA. *Las circunstancias agravantes en el Código Penal de 1995*, 1997, 172.

sea posterior a la condena ejecutoria del delito anterior sí puede apreciarse la agravante de reincidencia⁸¹. Y lo mismo cabe aplicar en los delitos de estado.

La sentencia ejecutoria recae durante la ejecución de un delito continuado. La definición del delito continuado aparece en el art. 74.1 CP; para los efectos que interesan aquí, se trata de la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infringen el mismo precepto penal o uno semejante. Puede suceder que la condena ejecutoria recaiga una vez realizada una o varias acciones, pero antes de que se lleven a cabo las restantes.

Desde luego, las conductas realizadas con anterioridad a que recaiga la sentencia ejecutoria firme no pueden ser tenidas en cuenta, pues no se cumple con el requisito de la temporalidad; solo si los hechos sucedidos tras haber recaído sentencia firme son suficientes para la construcción del delito continuado se podrá apreciar a este la agravante de reincidencia, en caso contrario queda eliminada la construcción de la modalidad concursal del delito continuado⁸². Eso sí, como las acciones son constitutivas de delito, a el sujeto será juzgado y condenado por estos hechos, pudiéndose aplicar la agravante de reincidencia si se cumplen todos sus requisitos.

Como se ha indicado, para que se pueda apreciar la agravante de reincidencia no es suficiente con que con anterioridad el sujeto haya sido condenado ejecutoriamente por el mismo delito. Además, es necesario que el antecedente penal no esté cancelado⁸³. Sobre la cancelación de antecedentes penales, el momento temporal a partir del que se computa e tiempo para la cancelación y los plazos que han de cumplirse en cada caso ha de estarse a lo dispuesto en los arts. 136 y 137 CP.

- Elemento relacional. Los delitos anteriormente condenados y el cometido con posterioridad deben hallarse en una determinada relación: han de estar comprendidos “*en el mismo título de este Código*” y ser “*de la misma naturaleza*”.

El vigente CP ha dejado de considerar constitutiva de reincidencia la comisión de un delito tras haber sido condenado el sujeto por otro de naturaleza distinta. Ahora solo da lugar a la agravante la llamada “reincidencia específica”, pero no la reincidencia “genérica” denominada en el CP anterior reiteración, que antes se conformaba con que el

⁸¹ MIR PUIG, *La reincidencia en el código penal: análisis de los arts. 10 14; 10 15; 61. 6 y 516. 3*, 1974, 359 y 360. *Derecho Penal, Parte General*, 10ª, 2016, 660-663.

⁸² Véase MIR PUIG, *La reincidencia en el código penal: análisis de los arts. 10 14; 10 15; 61. 6 y 516. 3*, 1974, 194 s., 360; y *Derecho Penal, Parte general*, 10ª, 2016, 659.

⁸³ En este sentido, MUÑOZ CUESTA (coord.)/ARROYO DE LAS HERAS/GOYENA HUERTA. *Las circunstancias agravantes en el Código Penal de 1995, 1997*, 172 y 173.

culpable hubiese sido condenado por delito a que la ley señalara penal igual o mayor o por dos o más delitos que la Ley señalara pena menor⁸⁴.

La relación exigida actualmente para la reincidencia pretende ser cualitativa y asegurar una cierta semejanza entre los hechos que entran en juego⁸⁵. En el CP anterior este elemento relacional se establecía exigiendo que los delitos estuvieran en el mismo capítulo; el vigente CP exige algo menos pues basta con que estén ubicados en el mismo título, pero a cambio se requiere que, además, sean delitos de la misma naturaleza.

La exigencia de que los delitos estén comprendidos en el mismo título tiene distintas consecuencias que han sido destacadas por la doctrina, como se va a comentar a continuación.

Al no poderse entender comprendidas en un *solo* título del Código, la tentativa y las formas de participación no pueden dar lugar a la reincidencia, ni en concurrencia con un delito consumado del autor ni entre sí, ni como antecedentes ni como delitos actuales, pues, como regla general, la tentativa está regulada en un título y las formas de participación en otro título diferente, pero ambas, la tentativa y las formas de participación se regulan en el Libro I, mientras que los delitos en particular en el Libro II del CP. Esta conclusión no resulta admisible en todos los casos, pero es una consecuencia inevitable si se atiende al carácter formalista del requisito de comprensión en un mismo título⁸⁶. Solo cuando de manera excepcional, en la descripción de determinados delitos, se establece que también se castigará al partícipe o la tentativa de delito se podrá apreciar la agravante de reincidencia. Es lo que pasa, por ejemplo, en los delitos contra la Corona (art. 485 CP), en los que se ha tipificado de manera específica el delito de homicidio del Jefe de Estado y la tentativa de este delito.

Las modificaciones legislativas que afecten a la concurrencia de alguno de los elementos de la reincidencia, en particular, los cambios legislativos que supongan la derogación de determinados delitos o, lo que puede ser más frecuente, los cambios en su ubicación sistemática, van a anular la aplicación de la agravante de reincidencia. Esta consecuencia se ha de extraer teniendo en cuenta que, además, la anulación de la circunstancia es un efecto favorable para el sujeto, por lo que podrá ser aplicado el principio de retroactividad

⁸⁴ En este sentido, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 9ª, 2015, 525.

⁸⁵ En este sentido, véase MIR PUIG, *La reincidencia en el código penal: análisis de los arts. 10 14; 10 15; 61. 6 y 516. 3*, 1974, 194 s., 362 y ss; *Derecho Penal, Parte general*, 10ª, 2016, 661.

⁸⁶ MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª, 2016, 661 ss.

de la ley penal más favorable para no apreciar la agravante en virtud de lo dispuesto en el art. 2 CP.

Como se ha dicho, no basta con que el delito anterior y el nuevo estén ubicados en el mismo título, además han de ser de la misma naturaleza. Este último elemento supone restringir el ámbito de aplicación de la agravante, aunque no siempre queda suficientemente claro cuál es el sentido o de qué manera se ha de entender si los delitos comparten o no la misma naturaleza.⁸⁷

Como ya se ha comentado anteriormente, las condenas de Tribunales militares por delitos militares o delitos tipificados en el CP militar, aun cuando sean de la misma naturaleza, no van a poder ser tomadas en consideración a efectos de reincidencia. La razón es simple, uno y otro delito no están “en el mismo título de este Código”⁸⁸. Por la misma razón, tampoco se podrá apreciar dicha agravante en base a delitos cometidos anteriormente que fueran previstos en leyes penales especiales⁸⁹.

Dado que se pide que se cumplan las dos circunstancias, esto es, que los delitos estén ubicados en el mismo título y sean de la misma naturaleza, pueden darse soluciones cuanto menos curiosas. Por ejemplo, queda descartada la posibilidad de que se aprecie la agravante de reincidencia en los casos en los que el sujeto comete una y otra vez el delito de acoso, pero en cada ocasión comete una modalidad diferenciada. Porque el acoso sexual está ubicado en el título dedicado a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, el acoso laboral en el título dedicado a los delitos de torturas y otros delitos contra la integridad moral, y el delito de acoso en el título dedicado a los delitos contra la libertad.

Lo mismo sucede, y esto es aún más llamativo, en el caso de “reincidencia” en delitos de violencia de género y violencia doméstica, porque, por citar los más representativos, el delito de maltrato ocasional se ubica en el título dedicado a los delitos de lesiones, el de amenazas y coacciones en el título dedicado a delitos contra la libertad, y el delito de maltrato habitual en el título dedicado a los delitos de torturas y otros delitos contra la integridad moral.

⁸⁷ En este sentido, MUÑOZ CUESTA coord.)/ARROYO DE LAS HERAS/GOYENA HUERTA. *Las circunstancias agravantes en el Código Penal de 1995, 1997*, 172 y 173.

⁸⁸ En este sentido, véase MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, en: *Derecho Penal. Parte General*, 9ª, 2015, 526.

⁸⁹ Véase MUÑOZ CUESTA (coord.)/ARROYO DE LAS HERAS/GOYENA HUERTA. *Las circunstancias agravantes en el Código Penal de 1995, 1997*, 174.

IV. LA AGRAVANTE DE MULTIRREINCIDENCIA

1. Concepto y regulación en el Código Penal

Curiosamente, la agravante de multirreincidencia no aparece definida ni prevista en el título dedicado a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, concretamente no aparece citada en el art. 22 CP, dedicado a la enumeración y, en su caso, definición legal de las circunstancias agravantes genéricas.

Esta circunstancia aparece “camuflada” en el art. 66 CP, precepto dedicado a las reglas generales de aplicación de las penas para el caso de que se aprecie por el Juez o Tribunal la concurrencia o no de circunstancias atenuantes y agravantes.

En concreto, la multirreincidencia, aunque legalmente no recibe este nombre, aparece descrita en la regla 5ª del art. 66.1 CP (solo para delitos dolosos, por tanto): 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, los Jueces o Tribunales 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 cometido⁹⁰.

En este precepto se regula la que se conoce también como reincidencia cualificada, que supone la recuperación de la agravación de la pena por multirreincidencia del CP anterior, y, como se ha descrito, permite a los Tribunales traspasar el marco máximo de la pena asignada al delito e imponer la pena superior en grado. Hay que tener en cuenta que en el Derecho español la apreciación de una agravante (por ejemplo, la reincidencia simple) obliga a imponer la pena en su mitad superior, por lo que la aplicación de la de multirreincidencia supone un incremento punitivo considerable. También en este efecto o consecuencia se recupera la vieja circunstancia regulada en el antiguo CP 1944/1973, por lo que vuelve a tener sentido la crítica ya planteada frente a la antigua regulación, esto es, con esta previsión se rompe el principio *de respeto al marco penal* en cuanto expresión de la valoración del hecho por el legislador⁹¹.

⁹⁰ En este sentido, véase MIR PUIG, *La reincidencia en el código penal: análisis de los arts. 10 14; 10 15; 61. 6 y 516. 3*, 1974, 194 s., 409 y 410; *Derecho Penal, Parte general*, 10ª, 2016, 661.

⁹¹ Véase, para más detalles, AGUADO LÓPEZ. *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito: problemas constitucionales y alternativas político-criminales*, 2008, 17-19. En este mismo sentido, SANZ-

Esta circunstancia no es sino una especial agravación fundada en los mismos presupuestos que los propios de la reincidencia, sujeta por tanto en su apreciación a los mismos requisitos que ella, con la única peculiaridad de que en este caso es preciso que la condena no lo sea por un solo delito sino por tres delitos de la misma naturaleza comprendidos en el mismo título del CP⁹².

Como singularidad, pero que no sirve para encontrar un fundamento que legitime su previsión en el CP, la multirreincidencia implica un *plus* del reproche punitivo, de especial intensidad, basado en una trayectoria delictiva consolidada por al menos tres delitos juzgados y condenados con sentencia firme que, en todo caso, deben haberse traducido en un antecedente penal que, conforme a las reglas del artículo 136 CP, ni haya sido cancelado ni deba serlo.

No debe obviarse, conforme recuerda la reciente STS 161/2017, de 14 de marzo⁹³, que en todo caso la agravante de reincidencia, y si cabe ahora con más razón la de multirreincidencia, deben respetar siempre el principio de culpabilidad como principio estructural básico del DP, de manera que no sería constitucionalmente legítimo un DP de autor que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de este en la comisión de los hechos⁹⁴; así mismo debe ser respetado el principio de proporcionalidad a la hora de fijar la individualización judicial de la pena, dentro de los marcos penales abstractos previstos por la ley y una vez se hayan aplicado también las reglas generales de determinación de la pena legalmente establecidas.

Esta agravación extraordinaria no requiere una triple ni una doble reincidencia en sentido estricto, es decir, no requiere que en una o dos de las condenas anteriores se hubiera apreciado ya la agravante de reincidencia por otro u otros delitos anteriores⁹⁵.

2. La multirreincidencia en los delitos contra el patrimonio

DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, *EPC XXXIII* (2013), 128 y 129. En este sentido también, QUINTERO OLIVARES, *Parte General del Derecho Penal*, 5ª, 2015, 346.

⁹² Véase ORTEGA CALDERÓN, en: <https://elderecho.com/la-multirreincidencia-en-los-delitos-patrimoniales-tras-la-reforma-de-la-lo-115-de-30-de-marzo>.

⁹³ En este sentido, anteriormente la STC 150/1991, de 4 de julio, como ya vimos anteriormente en el fundamento de la agravante de reincidencia.

⁹⁴ En el mismo sentido, en relación con el DP de autor, véase, entre otras, SSTC 65/1986, de 22 de mayo, 14/1988 de 4 de febrero.

⁹⁵ Véase, más detalladamente, MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, 10ª, 2016, 660. También en: *La reincidencia en el código penal: análisis de los arts. 10 14; 10 15; 61. 6 y 516. 3*, 1974, 194 y 195.

En el art. 66.1.5ª CP se regula la reincidencia cualificada, o multirreincidencia, que resulta aplicable con carácter general, sea cual sea la tipología delictiva que cometa el sujeto, siempre y cuando, eso sí, los delitos cometidos sean de la misma naturaleza, indicadores por este motivo de una cierta “profesionalización”.

Pero en la regulación de determinados delitos contra el patrimonio el legislador ha optado por la introducción de una circunstancia cualificante específica sobre la multirreincidencia. Esto se ha producido en la reforma de 2015, pues antes de esta reforma no existía una previsión de este tipo, por tanto venía en aplicación la regulación genérica del art. 66.1.5ª CP. Lo que sí existía, como ya se ha explicado en el apartado relativo a la evolución legislativa, era la conversión en delito de hurto y delito de hurto de uso de vehículo a motor la reiteración en la comisión de varias faltas en el plazo de un año.

Cuatro son los delitos contra el patrimonio en los que se ha establecido esta previsión específica sobre la reincidencia cualificada: hurto, robo con fuerza en las cosas, estafa, administración desleal y apropiación indebida.

En este sentido, me parece preciso o al menos interesante, destacar algunos datos en los que se refiere a los factores y variables que influyen en el fenómeno de la reincidencia y, por lo tanto, también a la multirreincidencia:

Según los datos proporcionados por el Instituto Nacional de Estadística español, el porcentaje de reincidentes de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico ascendía al 34.77% en el año 2012. Estas estadísticas reflejan la notable tasa de reincidencia que existe en nuestro país respecto de determinados delitos lo cual puede deberse a determinados factores:

En primer lugar, destacamos el estado en el que se encuentran las políticas de seguridad, según exista mayor o menor presión política y/o mediática sobre determinados colectivos o zonas geográficas, así como el mayor control vinculado a delitos determinados, etc. En segundo lugar, la efectividad del control policial y de las fuerzas de seguridad, en general, y de las prioridades que se establecen en él, así como el resultado de aplicar una determinada legislación que sea más o menos estricta o perjudicial a la hora de imponer las penas en determinados delitos. Por otra parte, las posibilidades que tiene cada sujeto o cada muestra de sujetos, por edad, problemáticas asociadas o motivaciones, de modificar una trayectoria delictiva ya iniciada lo cual está íntimamente relacionado con las políticas sociales y las posibilidades de reinserción que ofrece la sociedad a partir del trabajo, vivienda, tratamiento de patologías mentales, abordaje de problemas de toxicomanía, integración de inmigrantes, etc. Entre estas políticas sociales habría que

incluir la política penitenciaria y su enfoque dirigido, más o menos efectivamente, a la reinserción o a la evitación de la reincidencia.

La circunstancia de reincidencia es personal e incommunicable a los coautores o partícipes en quienes no concurran (artº 65, 1 CP), pero no por ello deja de ser preciso, para que pueda ser apreciada, que el sujeto conozca sus requisitos o presupuestos objetivos⁹⁶.

El objetivo de esta previsión parece claro: el legislador quiere evitar que sea el Juez o Tribunal el que tenga que decidir si procede o no apreciar la agravación de la pena resultante de aplicar la regla del art. 66.1.5ª CP, pues recuérdese que es de aplicación facultativa⁹⁷. En su lugar, el legislador ha decidido que en caso de multirreincidencia en estos delitos contra el patrimonio la agravación de la pena es obligatoria. Además, el efecto agravatorio supera claramente el que se produciría de haber dejado la decisión al Juez o Tribunal a través del art. 66.1.5ª CP. Porque en el delito de hurto se pasa de la pena de prisión de 6 a 18 meses (art. 234.1 CP) a una pena de prisión de 1 a 3 años (art. 235.17º CP), en el robo con fuerza en las cosas se pasa de la pena de prisión de 1 a 3 años (art. 240.1 CP) a la pena de prisión de 2 a 5 años (art. 240.2 CP), en la estafa, administración desleal y apropiación indebida se pasa de la pena de prisión de 6 meses a 3 años (arts. 249, 252, 253 CP) a la pena de prisión de 1 a 6 años y multa de 6 a 12 meses (arts. 250.1.8º, 252, 253 CP).

Hay otro efecto derivado de esta previsión específica que no puede pasarse por alto. Como se sabe, en el art. 66.1 CP se establecen las reglas generales de determinación de la pena aplicables en caso de que concurran agravantes y atenuantes. Pues bien, se ha establecido una regla especial para el caso de que el Juez o Tribunal aprecie conjuntamente agravantes y atenuantes; en este caso, como dispone la regla 7ª, se ha de proceder a su compensación racional. Pero esta regla resulta aplicable a las circunstancias genéricas, por tanto puede afectar a las agravantes de reincidencia y de multirreincidencia⁹⁸. La regla citada no se aplica a las circunstancias típicas cualificadas, y esta es la naturaleza jurídica de la reincidencia cualificada en los hurtos, robos, estafas, apropiación indebida y administración desleal. Por tanto, en caso de que en el hecho concurra una o varias

⁹⁶ En este sentido MIR PUIG, *La reincidencia en el Código Penal*, 1974. También en: *Derecho Penal, Parte General*, 10ª, 2016, 405.

⁹⁷ Véase MUÑOZ CUESTA (coord.)/ARROYO DE LAS HERAS/GOYENA HUERTA. *Las circunstancias agravantes en el Código Penal de 1995*, 1997, 172.

⁹⁸ Sobre las diferencias entre reincidencia y multirreincidencia, MIR PUIG, *La reincidencia en el Código Penal*, 1974. También, en: *Derecho Penal, Parte General*, 10ª, 2016, 405.

atenuantes, el Juez o Tribunal no podrá utilizar estas para compensar la circunstancia de reincidencia cualificada⁹⁹.

La redacción de la reincidencia cualificada en los delitos contra el patrimonio no es exactamente coincidente, ni con el art. 66.1.5ª CP, ni en los preceptos específicos que regulan esta circunstancia en las diferentes modalidades delictivas.

De un primer acercamiento fácilmente podemos apreciar que la técnica legislativa ciertamente es mejorable. En el hurto y el robo se exige que el sujeto sea condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en el Título, esto es, en el Título de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, eso sí, siempre que sean de la misma naturaleza. Mientras que, en la estafa, la administración desleal y la apropiación indebida, se exige que el sujeto haya sido condenado ejecutoriamente por al menos tres delitos comprendidos en el mismo capítulo. Y resulta que las tres modalidades delictivas están ubicadas en el mismo capítulo, relativo a las defraudaciones, dividido en varias secciones: en la primera las estafas, en la segunda la administración desleal, en la segunda bis la apropiación indebida, en la tercera las defraudaciones del fluido eléctrico y análogas. En este segundo grupo se prescinde del requisito de que las infracciones sean de la misma naturaleza, quizás porque el propio legislador da por hecho de que todas las infracciones penales ubicadas en el capítulo lo son, por eso su ubicación sistemática, aunque estén separadas en secciones diferentes¹⁰⁰. En todo caso, con esta decisión legislativa se supera la eventual discusión sobre si las modalidades delictivas englobadas en el capítulo dedicado a las defraudaciones participan o no de la misma naturaleza; para el legislador sí comparten la misma naturaleza, lo que había sido rechazado desde el punto de vista jurisprudencial entre la estafa y la apropiación indebida, utilizando como argumentos la notable heterogeneidad de los comportamientos típicos y la forma de afectación al bien jurídico protegido¹⁰¹.

En el hurto y el robo con fuerza en las cosas sí se mantiene la definición de la agravante genérica de reincidencia cualificada, exigiendo que los delitos estén comprendidos en el mismo título y sean de la misma naturaleza. Esto da lugar a que siga siendo objeto de discusión si son o no delitos de la misma naturaleza el hurto y el robo, o el robo con fuerza en las cosas y el robo con violencia o intimidación en las personas, o los delitos de

⁹⁹En este sentido, SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, *EPC XXXIII* (2013), 112.

¹⁰⁰ En este sentido, véase SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, *EPC XXXIII* (2013), 118.

¹⁰¹ En este sentido, ORTEGA CALDERÓN, en: <https://elderecho.com/la-multirreincidencia-en-los-delitos-patrimoniales-tras-la-reforma-de-la-lo-115-de-30-de-marzo>.

apropiación (hurto y robo) y los delitos de defraudación (estafas y similares), o los delitos de apropiación (hurto y robo) y otros delitos contra el patrimonio como usurpación de inmuebles, daños, atentados contra la propiedad intelectual o industrial, etc.

Nuestra jurisprudencia, nos enseña que es clara la diferencia estructural y tipológica entre los delitos de hurto y robo¹⁰², pudiéndose afirmar, que dentro de los delitos contra el patrimonio, son de naturaleza distinta pues no están definidos en el mismo artículo, ni contenidos en el mismo Capítulo del Código, ni en ellos se descubre el mismo despliegue de energía criminal en el culpable, para alcanzar los objetivos propuestos. Existe, también distinta modalidad comisiva. Las diferencias no pasan de la nota común de un apoderamiento del patrimonio ajeno, pero las formas de ejecución, la peligrosidad de sus autores, así como las personas que habitualmente pueden cometerlos, son absolutamente distintos. En consecuencia, no son de la misma naturaleza, los delitos de robo con violencia o intimidación que contiene la hoja histórica del recurrente, que los delitos por hurto a los efectos de la apreciación de la circunstancia agravante específica de multirreincidencia.

a) La multirreincidencia y los delitos leves contra el patrimonio

Como es sabido, la reforma de 2015 ha eliminado el Libro III del CP relativo a las faltas. En su lugar se ha introducido la figura del delito leve para la tipificación de infracciones penales leves.

En los delitos contra el patrimonio de hurto, estafa, apropiación indebida y administración desleal se han tipificado delitos leves, para cuando el objeto sustraído o la cuantía defraudada no supere la cifra de 400 euros. En el delito de robo, por el contrario, no hay delitos leves, pues su tipificación se basa en los medios utilizados para el apoderamiento de la cosa mueble, no siendo relevante, por tanto, el valor económico de la cosa para la tipificación penal (al menos no para la modalidad del tipo básico de robo con fuerza en las cosas, art. 240.1 CP).

La existencia de delitos leves de hurto, estafa, apropiación indebida y administración desleal genera la duda de si la condena previa por delitos leves puede ser tenida en cuenta o no a efectos de aplicación de la agravante de multirreincidencia. En la solución a esta cuestión controvertida se pueden plantear dos hipótesis.

¹⁰² En este sentido, véase la reciente STS 155/2019, de 26 de marzo.

La primera, en contra del cómputo de las condenas por delitos leves para la construcción de la circunstancia agravante. Conforme al art. 22.8º *in fine* CP, las penas impuestas por delitos leves no se computarán a los efectos de la circunstancia agravante de reincidencia. Aunque no se señale expresamente, parece claro que esta matización debe tenerse en cuenta en los supuestos de multirreincidencia en el ámbito patrimonial, pues tal y como se define en el ordinal quinto del artículo 66.1 CP, esta no es sino una reincidencia cualificada, que reclama por tanto el concurso de los presupuestos propios de la reincidencia. Si esta solo procede cuando se trata de condenas impuestas por la comisión de delitos, graves o menos graves, otro tanto debe decirse respecto de la multirreincidencia específica en los delitos patrimoniales¹⁰³. Se trata, como se puede deducir fácilmente, de la aplicación de la interpretación sistemática en el mismo sentido. Esta ha sido la tesis que se ha defendido en la STS 392/2017, de 31 de mayo.

La segunda, llegando a otra solución claramente diferente. El argumento es que no se trata de una agravante específica de multirreincidencia prevista en los delitos patrimoniales de hurto, estafa, administración desleal y apropiación indebida, sino que es un elemento del tipo, o más propiamente, una circunstancia cualificante que sirve para construir el tipo cualificado, en su definición se hace referencia a delitos de la misma naturaleza o comprendidos en el mismo capítulo, luego abstracción hecha de si son delitos leves, menos graves o graves¹⁰⁴.

En el hurto se puede encontrar un argumento más para llegar a esta conclusión. En el art. 234.2 CP se dispone que “Se impondrá una pena de multa de uno a tres meses si la cuantía de lo sustraído no excediese de 400 euros, salvo si concurriese alguna de las circunstancias del artículo 235”. Haciendo una explicación desde la circunstancia que nos ocupa, con la cláusula del final parece que el legislador de 2015 ha querido establecer que la repetición de conductas de hurto, sea cual sea la calificación de las mismas atendiendo a su cuantía, da lugar a la aplicación del tipo cualificado de hurto. De esta manera se mantiene la regulación de las reformas de 2003 y 2010 sobre la conversión en delito de la repetición de varias faltas (ahora serían delitos leves) de hurto en el plazo de un año, con diferencias claro, pues ahora se prescinde del plazo temporal, pero en su lugar se

¹⁰³ En este sentido, sobre posibles efectos de la referencia a la reiteración en la condena por delitos comprendidos en el mismo título (y no a delitos comprendidos en el mismo capítulo), entre otros, NAVARRO BLASCO, en: QUINTERO OLVARES (dir.), *Comentario a la reforma de 2015*, 2015, 477. SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, *EPC XXXIII* (2013), 112.

¹⁰⁴ En este sentido, véase ORTEGA CALDERÓN, en: <https://elderecho.com/la-multirreincidencia-en-los-delitos-patrimoniales-tras-la-reforma-de-la-lo-115-de-30-de-marzo>.

exige que cada conducta constitutiva de infracción penal ha tenido que dar lugar a una condena ejecutoria firme, pues solo así se construye la agravante de reincidencia o de multirreincidencia. Y con otra diferencia sustancial, la elevación de la pena que se produce en la reforma de 2015 es también importante, pues antes la repetición de faltas de hurto en el plazo de un año servía para aplicar el tipo básico de hurto, ahora la condena ejecutoria por la repetición de delitos leves de hurto da lugar a la aplicación del tipo cualificado de hurto.

Desde este segundo argumento, por tanto, el elemento de singular cualificación puede estar integrado perfectamente por tres delitos leves, siempre que sean de la misma naturaleza y, lo que es más importante, provocar que un cuarto delito que, por razón de la cuantía de lo sustraído o defraudado, sería delito leve, ahora, si fuera de la misma naturaleza en el caso del hurto o estuviera tipificado en el mismo capítulo en el caso de las diferentes modalidades de defraudación, da lugar a aplicar sin embargo la modalidad de delito menos grave (en el hurto) o grave (en estafa, apropiación indebida y administración desleal) como consecuencia de la apreciación de esta circunstancia cualificante, con lo que ello supone en el incremento penológico, pues se pasa de penas leves de multa a penas de prisión, algunas de gravedad cualitativa además, como como sucede en las defraudaciones (la pena de prisión puede llegar a ser de 6 años). De mantenerse esta tesis, y esta parece que ha sido la intención del legislador, se abre por tanto la puerta, ahora ya sí decididamente, a un importante reproche punitivo contra el pequeño delincuente por razón de la cuantía pero en todo caso habitual que convierte al ilícito contra el patrimonio en uno de sus medios fundamentales de vida, en su profesión en la práctica¹⁰⁵.

Supuestos como los de los carteristas, sujetos que se apoderan de efectos en establecimientos abiertos al público como supermercados o en grandes almacenes, pequeños defraudadores que normalmente se sirven de medios como internet para cometer sus ilícitos penales, siempre en cuantía inferior a los cuatrocientos euros, a través de la aplicación de esta circunstancia cualificante se va a utilizar como como instrumento de represión. Además, al apreciarse la circunstancia de multirreincidencia, si el Juez o Tribunal acuerda una pena de prisión hasta dos años, esta se ejecutará casi con seguridad, pues en materia de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad hasta

¹⁰⁵ Advierte de esta consecuencia, TRAPERO BARREALES, en: LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (dirs.), *Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. Liber Amicorum en homenaje al profesor Dr. Jürgen Wolter por su 75.º Aniversario*, 2018, 283-353.

dos años se establece expresamente como límite que el sujeto no sea reo habitual, un concepto diferente al de reo multirreincidente, pero es previsible que los Tribunales no apliquen la forma suspensiva porque esta circunstancia revela alto grado de peligrosidad criminal, solo controlable o anulable (temporalmente, claro) a través del cumplimiento de la pena. De esta manera se logra el verdadero objetivo perseguido por el legislador, ya en la reforma de 2003, “barrer de las calles” a los delincuentes de pequeña entidad, como son los delitos leves contra el patrimonio, recurriendo para ello al medio represivo más contundente, la pena de prisión. Esta es, sin duda, una manifestación más que clara del DP de la seguridad y el populismo punitivo¹⁰⁶.

A todo lo acabado de comentar hay que añadir una consecuencia más, derivada de la elevación penológica por la conversión del cuarto delito leve en un delito grave o menos grave a través de la apreciación de la multirreincidencia. Porque ahora se van a poder aplicar las medidas cautelares del art. 544 bis LECrim, no solo la de prohibición de aproximación, sino en particular la prisión provisional, conforme a los requisitos del artículo 503 LECrim, pues es evidente que una constatada reiteración delictiva unida a un reproche penológico potencialmente intenso, que ahora podrá alcanzar hasta los tres años de prisión y los seis años de prisión para los hurtos y defraudaciones respectivamente, permitirá una mayor facilidad y, si se me permite, comodidad, a la hora de fundamentar esta decisión. Unas medidas que están excluidas si la infracción presuntamente cometida tiene la calificación, *a priori*, de leve¹⁰⁷.

b) En el delito de hurto

El art. 235.1.7º CP dispone como agravación “cuando al delinquir el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en este Título, siempre que sean de la misma naturaleza”. Para completar la previsión de la circunstancia, se añade que no se tendrán en cuenta los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.

La reproducción de la agravante genérica es prácticamente literal. Cabe destacar, en todo caso que, como ya se ha comentado anteriormente, conforme al último inciso del apartado

¹⁰⁶ En este sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, *AFD* 2005, 23 y 24.

¹⁰⁷ En este sentido, ORTEGA CALDERÓN, *en: <https://elderecho.com/la-multirreincidencia-en-los-delitos-patrimoniales-tras-la-reforma-de-la-lo-115-de-30-de-marzo>*.

segundo del art. 234 CP, la exasperación de la pena es aplicable con independencia de la cuantía de lo sustraído.

De este modo, en los supuestos de delito menos grave de hurto, siendo la pena del mismo conforme al artículo 234.1 CP de seis meses de prisión a un año y seis meses de prisión, de no existir esta previsión específica habría que aplicar la regulación genérica de los arts. 22.8 y 66.1.3 o 5 CP. Esto es, la aplicación de la agravante genérica del art. 66.1.5^a CP significaría la posibilidad de que el Juez o Tribunal acordara una pena de prisión de un año, seis meses y un días hasta la pena de dos años y tres meses de prisión; si el Juez o Tribunal descartara su aplicación, porque, recuérdese, es una regla facultativa, entonces tendría que aplicar la regla del art. 66.1.3 CP, pues el sujeto es reincidente (eso sí, si la cuantía del objeto sustraído supera los 400 euros, porque en los delitos leves las reglas de determinación de la pena del art. 66.1 no operan), lo que significaría imponer una pena de prisión de un año a un año y seis meses¹⁰⁸. Como se ha establecido una regla especial para la multirreincidencia en el delito de hurto, que puede implicar tener en cuenta también las condenas previas por delitos leves, como se explicó en el punto anterior, esto significa que la pena que ha de imponerse al sujeto oscila entre prisión de uno a tres años. Como se puede observar, las consecuencias penales que se derivan de la aplicación de esta circunstancia son claramente gravosas, y se hace a través de una circunstancia de dudosa legitimidad, tal como se ha visto en el apartado dedicado al fundamento.

c) En el delito de robo con fuerza en las cosas

La circunstancia cualificante de reincidencia cualificada aparece en los arts. 240.2 *in fine* y 241.4 CP, donde se remite a todas las circunstancias descritas en el art. 235 CP.

En el tipo básico de robo con fuerza en las cosas (art. 240 CP), de no existir la circunstancia específica habría que recurrir a la regulación general de los arts. 22 y 66 CP. Esto significaría que si se apreciara la regla del art. 66.1.5, la pena sería de tres años y un día a cuatro años y seis meses, y si se apreciara la regla del art. 66.1.3, la pena sería de dos a tres años. Al introducirse una regla específica para la multirreincidencia, la pena del sujeto que comete robo concurriendo esta circunstancia pasa a ser prisión de dos a cinco años.

¹⁰⁸En este sentido, CANO CUENCA, en: GONZÁLEZ CUSSAC (dir.)/GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coords.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2^a, 2015, 697.

En el tipo cualificado de robo en casa habitada, la pena del art. 242.1 CP es prisión de dos a cinco años. Si se aplicara el régimen general la solución penológica sería como sigue: aplicando el art. 66.1.5 la pena sería de cinco años y un día a siete años y seis meses, y si se aplicara la regla del art. 66.1.3, la pena sería de tres años y seis meses a cinco años. Al introducirse la regla específica para la multirreincidencia en el art. 241.4 CP, la pena a imponer será de dos a seis años¹⁰⁹.

Como se puede deducir fácilmente, en este caso la regla específica prevista en el art. 241.4 CP significa un trato penológico más favorable para el sujeto, lo que seguramente no ha sido la intención del legislador de la reforma de 2015.

La circunstancia cualificante de multirreincidencia se ha previsto para las diferentes modalidades del delito de robo con fuerza en las cosas. Pero no se ha establecido una regulación similar en el delito de robo con violencia o intimidación en las personas del art. 242 CP. Una vez que el legislador ha optado por una previsión específica de la reincidencia cualificada en los delitos contra el patrimonio, se puede cuestionar esta omisión, pues también aquí puede resultar aplicable aquella circunstancia¹¹⁰.

Quizás aquí se puede advertir un olvido del legislador de 2015, a no ser que la multirreincidencia no tenga especial presencia en los delitos de robo violentos, circunstancia que se desconoce por falta de información estadística sobre la reincidencia. Y si ha sido un olvido, este puede deberse a la forma como se establecen las circunstancias cualificantes en los delitos de robo: solo en el robo con fuerza en las cosas se ha previsto la aplicación de las circunstancias cualificantes descritas en el delito de hurto del art. 235 CP, por tanto, cualquier cambio legislativo que afecte a este segundo precepto tiene consecuencias inmediatas también en el robo con fuerza en las cosas, aunque esa no fuera la intención de la reforma.

No obstante, el hecho de que no haya previsión específica sobre la reincidencia y la multirreincidencia en el robo con violencia o intimidación no significa que esta no pueda ser tenida en cuenta. Al contrario, se atenderá al régimen general de la reincidencia y de la multirreincidencia de los arts. 22.8 y 66.1.3 y 5 CP; en este caso, si se aplica el régimen facultativo del art. 66.1.5 CP, el efecto agravatorio de la pena sí se consigue, pues

¹⁰⁹ En este sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, *AFD* 2005, 23 y 24.

¹¹⁰ Sobre la interpretación de esta respuesta punitiva, críticamente, entre otros, CANO CUENCA, en: GONZÁLEZ CUSSAC (dir.)/GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coords.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2ª, 2015, 698. En este sentido también se manifiesta, ORTEGA CALDERÓN, en: <https://elderecho.com/la-multirreincidencia-en-los-delitos-patrimoniales-tras-la-reforma-de-la-lo-115-de-30-de-marzo>.

subiendo la pena en grado se pasa a una pena de prisión de cinco años y un día a siete años y seis meses.

Habiéndose admitido la identidad de naturaleza entre los delitos de robo con fuerza, en cualquiera de sus modalidades, y los delitos de robo con violencia o intimidación, el diferente tratamiento dado por el legislador a tales infracciones penales a los efectos que ahora nos ocupan se traduce en las siguientes consecuencias:

Si el sujeto comete un cuarto delito constitutivo de un delito de robo con fuerza en las cosas, sin que concurra violencia o intimidación, ya sea el tipo penal previsto en el art. 240 ya el tipo previsto en el art. 241 CP, el bloque de delitos determinantes de la multirreincidencia integrado por diferentes robos provocará la apreciación de la agravante específica, y por tanto un reproche penal que podrá alcanzar hasta los cinco o los seis años respectivamente; más si ese mismo sujeto comete un cuarto delito constitutivo de un delito de robo con violencia o intimidación, o robo violento en casa habitada o en establecimiento abierto al público del art. 242 CP, el mismo bloque delictivo del caso anterior provocaría ahora una pena que podría alcanzar hasta los siete años y seis meses de prisión, pero en este caso si así lo decide el Juez o Tribunal sentenciador, pues la circunstancia de multirreincidencia es de apreciación facultativa, como se ha explicado. Pero, sobre todo, si ahora nos fijamos en los límites mínimos, en el primer caso tendría una pena de dos años de prisión, sea un robo con fuerza en las cosas o un robo con fuerza en las cosas en casa habitada, mientras que, en el segundo caso, el robo violento, la pena mínima sería de cinco años de prisión. Resulta por tanto que un mismo bloque delictivo integrante de una misma circunstancia agravante va a provocar diferentes efectos penológicos en función del delito sobrevenido sobre el que se proyecte¹¹¹.

d) En los delitos de estafa, administración desleal y apropiación indebida

La circunstancia cualificante se describe en el art. 250.1.8º CP, que dispone que al delinquir el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en este Capítulo. No se tendrán en cuenta los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.

En los delitos de estafa, y por remisión también en los delitos de administración desleal y apropiación indebida, la aplicación de esta circunstancia cualificante específica supone

¹¹¹ En este sentido también se manifiesta, ORTEGA CALDERÓN, en: <https://elderecho.com/la-multirreincidencia-en-los-delitos-patrimoniales-tras-la-reforma-de-la-lo-115-de-30-de-marzo>.

que se va a pasar de la pena de prisión de seis meses a tres años a la pena agravada de uno a seis años y multa de seis a doce meses (art. 250.1 CP). Si no existiera esta regulación habría que aplicar el régimen general de los arts. 22 y 66.1.3 y 5 CP, lo que daría lugar a las siguientes consecuencias penales: el Juez o Tribunal podría imponer facultativamente la pena de tres años y un día a cuatro años y seis meses; si no decide subir la pena en grado, entonces impondrá la pena de prisión de un año y nueve meses a tres años.

V. LA HABITUALIDAD CRIMINAL

1. Consideraciones generales

En el CP encontramos una referencia al delincuente habitual en el art. 94 CP. Por tanto, será necesario establecer su diferenciación, si es que la hay, con los conceptos de reincidencia y multirreincidencia.

Antes es preciso advertir que el término habitual, o habitualidad, es utilizado en el texto punitivo para aludir a dos supuestos diferenciados.

En primer lugar, para la descripción del denominado delito habitual. En segundo lugar, para establecer el concepto de delincuente habitual.

Aunque no va a ser objeto de estudio en este trabajo, sí resulta conveniente explicar, brevemente, en qué consiste el delito habitual o de hábito.

En esta modalidad delictiva, para que exista tipo penal, es preciso que el sujeto lleve a cabo una repetición de la conducta descrita a lo largo de un lapso de tiempo; con la realización una única vez no se comete el delito, tiene que realizarse varias veces, hasta alcanzar el grado de habitualidad¹¹².

Como ejemplos de delitos habituales en el CP pueden ser citados el delito de maltrato habitual en el ámbito doméstico o de género, art. 173.2 CP, o el antiguo delito de receptación del art. 299, derogado en la reforma de 2015.

Como se ha dicho, en el art. 94 CP aparece la mención al delincuente habitual.

Se hace preciso establecer si hay o no alguna diferencia entre los términos reincidencia y habitualidad. Sobre este particular hay que señalar de entrada que el concepto de

¹¹² Para más detalles sobre el delito habitual, véase, entre otros, LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, 3ª, 2016, 161. GUIASOLA LERMA, *Reincidencia y delincuencia habitual*, 2008, 109, diferencia entre delitos habituales propios e impropios: en los primeros las conductas aisladamente consideradas no constituyen un delito, los segundos cuando cada una de las conductas, aisladamente consideradas, sí constituye delito, sin que la realización de varias de ellas implique más que un solo delito.

reincidencia es técnico-jurídico, más concretamente es jurídico-penal, como se deduce de lo dispuesto en el art. 22.8ª CP. Por el contrario, el concepto de habitualidad es de naturaleza criminológica; con este término se quiere hacer referencia a las personas que, por la reiteración en la comisión de hechos delictivos, han llegado a crear el hábito de delinquir¹¹³. Si se utiliza la perspectiva criminológica para explicar el concepto de habitualidad, lo importante es que el sujeto haya adquirido o desarrollado el hábito de delinquir, pero no es necesario que sean delitos de la misma naturaleza. Por el contrario, como se ha explicado en los apartados anteriores, la reincidencia solo se puede apreciar si el sujeto, condenado ejecutoriamente con anterioridad, comete un nuevo delito de la misma naturaleza y comprendido en el mismo título.

Para ver claramente que se trata de conceptos diferentes, cabe destacar a la autora GUIASOLA LERMA, la cual alude a las figuras de la realidad criminológica que se han recogido en otros sistemas penales de nuestro entorno, que constituyen asimismo manifestación de los diversos supuestos de persistencia en el delito. Así, por ejemplo, en el CP italiano contempla en su art. 105 la *profesionalidad delictiva*, cuya nota específica que la diferencia de la habitualidad delictiva es la comprobación de que el sujeto vive habitualmente del delito, es decir, es su *sistema de vida*. De hecho, la reiteración delictiva debe suponer para el sujeto una fuente estable de ganancias. Otro supuesto basado en la realidad criminológica, y recogido expresamente tanto en el CP italiano como en el alemán es la discutida “tendencia a delinquir”¹¹⁴.

Dicho esto, como el concepto criminológico se refiere a la existencia de un “hábito de delinquir”, su apreciación en el caso concreto puede generar cierta inseguridad jurídica, pues quedaría a la labor del intérprete a partir de qué momento se puede afirmar que el sujeto ya es un delincuente habitual. Por este motivo, en el CP se ofrece una definición que objetiviza la definición, eliminando el riesgo de posible vulneración del principio de seguridad jurídica, pero puede que sea a costa de no atender estrictamente a su significado desde el punto de vista criminológico. En todo caso, una vez que se introduce el concepto en el CP se pasa a un concepto de tipo criminológico y jurídico.

2. Concepto

¹¹³ Véase, entre otros, CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general. Tomo III*, 2001, 173.

¹¹⁴ GUIASOLA LERMA, *Reincidencia y delincuencia habitual*, 2008, 96.

Como se ha indicado anteriormente, el art. 94 CP ofrece una definición de reo habitual: “(...) se consideran reos habituales los que hubieran cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello”.

Lo primero que ha de destacarse es que la habitualidad no aparece recogida como una circunstancia agravante en el art. 22 CP. Tampoco tiene efectos agravatorios en el sentido de que se haya podido tener en cuenta en las reglas generales de determinación de la pena del art. 66 CP, a no ser que la habitualidad sea valorada dentro del término circunstancias personales que es utilizado en la regla 6ª de este precepto a efectos de la individualización judicial de la pena.

Su ámbito de aplicación es más reducido, ya que el art. 94 está ubicado en el Capítulo dedicado a las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad; tiene efectos, por tanto, a la hora de que el Juez o Tribunal decida si se ejecuta o se suspende la pena privativa de libertad impuesta por la comisión de un delito. En concreto, a la vista de la regulación contenida en los arts. 80 ss. CP, si el sujeto es reo habitual, el Juez o Tribunal no acordará la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad de hasta dos años, como pena única o cuando se trate de varias penas de prisión pero, individualmente consideradas, no superan aquel límite (art. 80.2 y 3 CP). Pese a que el sujeto es reo habitual, sí se podrá acordar la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad hasta cinco años si el sujeto comete los delitos a causa de su adicción a determinadas sustancias, pero ya está deshabitado o en tratamiento (art. 80.5 CP)¹¹⁵.

Acerca del uso de la suspensión por parte de los jueces, teniendo como referencia los datos ofrecidos por GUIASOLA LERMA¹¹⁶, eso sí, referidos a 2008, merecen especial mención 3 datos (teniendo en cuenta, por supuesto, que la regulación sobre la suspensión ha cambiado de manera considerable en la reforma de 2015, por tanto, estos resultados previsiblemente cambiarán de manera sustancial, a la espera de que los estudios empíricos lo constaten).

Primero, que la imagen tradicional por la que, si se dan todos los requisitos objetivos, los jueces “automáticamente” conceden la suspensión solo es cierta si se trata de personas

¹¹⁵ Sobre la interpretación de las distintas modalidades de suspensión del art. 80, y la incidencia del art. 94 en la aplicación de las formas sustitutivas, véase, entre otros muchos, TRAPERO BARREALES, en: LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (dirs.), *El nuevo modelo de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad. Liber Amicorum en homenaje al profesor Dr. Jürgen Wolter por su 75.º Aniversario* 2018, 461-644.

¹¹⁶ GUIASOLA LERMA, *Reincidencia y delincuencia habitual*, 2008, 98.

con un “historial limpio”. En el caso de que el delincuente tenga antecedentes, aun cuando estos no impidan la suspensión, en aproximadamente la mitad de los casos la decisión será de prisión. De la suspensión quedan excluidos los sujetos que sean reos habituales, a no ser que se aprecie la suspensión porque el sujeto ha delinquido a causa de la adicción a determinadas sustancias y está deshabitado o en proceso de deshabitación.

En segundo lugar, la decisión judicial acerca de conceder o denegar la prisión se realiza, en la mayoría de casos, sin un informe criminológico relativo al pronóstico de peligrosidad criminal de la persona.

Por último, hasta ahora, los jueces vienen desatendiendo la posibilidad legal de que la suspensión vaya condicionada, además de la obligación de no delinquir, al cumplimiento de unas obligaciones de conducta, por ejemplo, participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares (art. 83 CP); esta regla de conducta puede resultar muy útil para lograr la rehabilitación o resocialización del sujeto (fines consagrados en la constitución para la imposición de la pena, art. 25.2CE), un objetivo que puede ser alcanzado además de manera más efectiva fuera del centro penitenciario¹¹⁷.

No obstante, me parece necesario señalar respecto que, aunque la pena haya sido ineficaz desde el punto de vista de la resocialización, se justifica su imposición (otra cosa es si más severa o no) porque la pena cumple otros fines, aunque no estén reconocidos expresamente en el art. 25.2 CP. Así lo ha afirmado el propio TC, que en reiterada jurisprudencia ya antigua, nos recuerda que el fin de prevención especial de la pena en su dimensión resocializadora no es el único fin de las penas privativas de libertad, sino que las mismas pueden cumplir otros fines, ya sean de prevención general o de retribución y, en consecuencia, no es contraria al art. 25.2 CE la imposición de penas que, aunque no estén orientadas a la reeducación y reinserción social, o más propiamente, aunque no cumplan esta finalidad, sí pueden responder a las otras finalidades de la pena¹¹⁸.

¹¹⁷ En este sentido, señala GUIASOLA LERMA, en: *Reincidencia y delincuencia habitual*, 2008, 98 y 99.

¹¹⁸ En este sentido la STC 28/1988, 23 de febrero (condenado a una pena de privación de libertad por un delito cometido a causa de su drogadicción. Se solicitaba de la autoridad judicial que declarase la suspensión de la aplicación de la condena impuesta fundamentando su petición de amparo en el art. 25 CE). El TC afirma lo siguiente: pese a que el art. 25.2 CE se halla inserto en la sección primera del Capítulo 2º del Título I que es donde se encuentra el catálogo de los derechos fundamentales y las libertades públicas, la reeducación y reinserción social no puede ser considerado un derecho fundamental del penado susceptible de ser protegido por vía de amparo, sino un principio constitucional orientador de la política penal y penitenciaria del Estado. En la misma línea la STC 381/1993 de 20 de diciembre, en la que se argumenta que ni la reinserción ni la rehabilitación social del delincuente pueden considerarse en cada caso concreto una condición de legitimidad de la pena. También, en el mismo sentido, la STS 1919/2001, de 26 de octubre, en la que se alude expresamente que la pena de prisión ha de cumplir fines de prevención general.

Continuando con el análisis del concepto de “reo habitual” del art. 94 CP, podemos apreciar que exige, en primer lugar, un número mínimo de condenas, dato que proporciona seguridad jurídica para calificar esta categoría de delincuente. Concretamente el número mínimo de condenas es tres, que coincide en esto con el requisito para la construcción del concepto de multirreincidencia. También coincide en esto con el criterio utilizado generalmente para la construcción del delito habitual. Si para apreciar la agravante de reincidencia se exige la comisión de dos hechos, resulta lógico y razonable exigir, al menos, tres delitos, para apreciar la habitualidad.

No basta con que el sujeto cometa como mínimo tres delitos, además ha de haber sido condenado por ello, pero no se especifica si tiene que haber recaído sentencia firme, o tienen que ser condenas ejecutorias, circunstancia que sí se exige de manera expresa para la agravante de reincidencia y su variante de multirreincidencia¹¹⁹.

Esta expresión, “haber sido condenado por ello” abre el debate sobre si las condenas han de ser firmes o no. La no exigencia de sentencias firmes, a mi juicio, además de provocar una gran inseguridad jurídica, atentaría contra el principio de presunción de inocencia¹²⁰. Habrá que recurrir a una interpretación sistemática en el mismo sentido para llegar a la conclusión de que también en la habitualidad es necesario que el sujeto sea condenado ejecutoriamente como mínimo en tres ocasiones por la comisión de un hecho delictivo. Esta postura se puede mantener partiendo de la idea que antes se ha recogido de CEREZO MIR de que el delincuente habitual puede ser reincidente¹²¹.

Para que se aprecie el concepto de habitualidad es necesario que esta repetición en la comisión de delitos que acaban en sentencia condenatoria firme se produzca en un plazo de tiempo. Esta es una diferencia importante con la reincidencia y la multirreincidencia, pues en la aplicación de estos conceptos el único límite temporal lo marca el plazo de cancelación de los antecedentes penales, que puede ser muy superior al límite de cinco años, dependiendo del tipo de delito que vaya a generar la circunstancia agravante.

Es objeto de debate si este plazo temporal de cinco años es o no corto, teniendo en cuenta la lentitud que sigue existiendo actualmente en nuestra Administración de Justicia. Se ha propuesto respecto a esta cuestión ampliar dicho plazo¹²² o bien permitir mayor margen de libertad al Juez, estableciendo ciertas pautas o parámetros orientativos, de manera que

¹¹⁹ En la reincidencia se exige que “el culpable haya sido *condenado ejecutoriamente*” (art. 22.8 CP).

¹²⁰ Como lo señala GUIASOLA LERMA, *Reincidencia y delincuencia habitual*, 2008, 99 ss.

¹²¹ CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general. Tomo III*, 2001, 173.

¹²² En este sentido, CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte General. Tomo III*, 2001, 174.

la calificación no se establezca de manera tan objetiva y tasada, atendiendo al número de condenas y al transcurso de un tiempo determinado¹²³.

Surge la duda de con que elemento de la definición ha de fijarse este plazo temporal, si con la comisión de los hechos constitutivos de delito o con la fecha de la sentencia condenatoria firme. La tesis más respetuosa con el principio de presunción de inocencia tendría que concluir que aquel plazo de cinco años ha de ir referido a las fechas de las sentencias condenatorias firmes, pues solo en este momento se ha demostrado que el sujeto ha cometido el delito. Pero, atendiendo al tenor literal del art. 94 CP, no hay un apoyo claro a esta interpretación, pues un sector de la doctrina ha defendido que cabe interpretar que el plazo no superior a los 5 años se refiere a la comisión de los tres o más delitos, a los hechos delictivos propiamente cometidos, exigiéndose posteriormente la condena por dichos delitos, sin subordinación o sometimiento a plazo alguno para dichas condenas¹²⁴.

Finalmente, el art. 94 CP exige que los delitos cometidos estén previstos en el mismo Capítulo del CP, exigencia que hace más estrecho el concepto de delincuente habitual, de lo que se puede deducir que el legislador concibe esta institución para el delincuente especializado en la comisión de hechos delictivos semejantes. Dicha propensión al delito permite predecir que, con alto grado de probabilidad, el sujeto volverá a delinquir en el futuro. Precisamente porque el sujeto que pasa a ser calificado como delincuente (o reo) habitual, por su repetición en el comportamiento delictivo se puede llegar a la presunción de que es un sujeto peligroso criminalmente, es decir, que probablemente seguirá delinquir, es por eso que para este tipo de casos un sector de la doctrina ha defendido que la respuesta penal más adecuada es la del recurso a las medidas de seguridad, incluyendo a la medida de seguridad más restrictiva de derechos, la custodia de seguridad (o una denominación similar, en todo caso una medida privativa de libertad) al menos cuando los delitos que cometen estos sujetos son de cierta gravedad¹²⁵.

Comparto las críticas dirigidas a la falta de respuesta penal específica frente al problema del delincuente habitual peligroso¹²⁶, en particular la ausencia de previsión de medidas de seguridad o corrección. La respuesta a través de la pena, agravando su duración si se

¹²³ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, 1999, 342.

¹²⁴ Defiende esta tesis, entre otros, GUIASOLA LERMA, *Reincidencia y delincuencia habitual*, 2008, 99.

¹²⁵ En este sentido, cabe destacar, entre otros muchos, a HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y a la Política Criminal*, 2012, 195-198.

¹²⁶ Las críticas están expuestas resumidamente en GUIASOLA LERMA, *Reincidencia y delincuencia habitual*, 2008, 100 y ss.

aprecia las circunstancias de reincidencia o multirreincidencia no parece que sea la más efectivas, pues si la pena inicial fracasó en su orientación resocializadora, o al menos en su fin intimidatorio, cuando el sujeto se ha convertido en reo habitual no parece que por esta mera circunstancia la pena que fue ineficaz se torne en eficaz.

VI. OTRAS RESPUESTAS PENALES FRENTE A LA REINCIDENCIA (O REITERACIÓN, O EL RIESGO DE REINCIDENCIA) EN EL CÓDIGO PENAL. LA MEDIDA DE LIBERTAD VIGILADA

Lo explicado hasta ahora no son las únicas respuestas penales que prevé el CP frente al sujeto reincidente o, inclusive, el sujeto que tiene una conducta reiterativa en la comisión de delitos.

También en los preceptos penales que están relacionados con el cumplimiento de la pena de prisión tienen en cuenta estos factores, aunque no se establezca de manera expresa, generando el efecto de conseguir un mayor endurecimiento de la fase de ejecución de la pena privativa de libertad, lo que sea de paso puede chocar con el fin de prevención especial fijado en el art. 25.2 CE.

De manera esquemática, se puede citar, en primer lugar, la regulación contenida en el art. 36 CP sobre el llamado periodo de seguridad, es decir, el tiempo mínimo de cumplimiento que se establece por la ley antes de que el sujeto pueda ser clasificado en tercer grado penitenciario.

Pues bien, cuando el sujeto sea condenado a pena de prisión superior a cinco años, se puede establecer este periodo de seguridad. Pero si es condenado por la comisión de determinados delitos el periodo de seguridad es obligatorio, que son terrorismo, delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal, delitos de prostitución, de explotación sexual y corrupción de menores y delitos de agresiones y abusos sexuales a menores¹²⁷.

De manera expresa y directa, para la fijación del periodo de seguridad no se tiene en cuenta si el sujeto es reincidente, multirreincidente o habitual. Pero de manera indirecta

¹²⁷ En este sentido, sobre la interpretación del art. 36 CP en cuanto al periodo de seguridad, entre otros, BAUCCELLS LLADÓS, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARAN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte general*, 2011, 434 y 435; CARDENAL MONTRAVETA, en: CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.)/SEBASTIÁN VERA SÁNCHEZ (coord.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, 2015, 202; DE MARCOS MADRUGA, en: GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal. Parte general*, Tomo I, 2015, 508-509; MIR PUIG, *Derecho Penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*, 2018, 161.

sí se puede tener en cuenta. Porque en la determinación de la pena el Juez o Tribunal ha de tener en cuenta si concurre la circunstancia agravante de reincidencia, o la de multirreincidencia, o la reincidencia cualificada específica en los delitos patrimoniales, con los efectos agravatorios que corresponden a cada una de ellas. De esta manera, tras la aplicación de las reglas generales de determinación de la pena, en la fase de individualización judicial de la pena es más fácil que el Juez o Tribunal lleguen a imponer una pena que sea superior a cinco años, entrando en juego así el régimen facultativo sobre el periodo de seguridad, o el régimen obligatorio si la condena es por uno de los delitos enumerados antes.

En segundo lugar, las agravantes de reincidencia y sus variantes tienen reflejo, aunque no se establezca expresamente, en la regulación sobre suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión y la libertad condicional, art. 90 ss. CP¹²⁸. En la decisión sobre si se acuerda o no la libertad condicional, entre otros elementos a valorar, una vez cumplidos los requisitos exigidos legalmente, el Juez de Vigilancia Penitenciaria tiene que valorar los antecedentes del sujeto. Ciertamente no se especifica a qué tipo de antecedentes se refiere este precepto, pero claramente se puede deducir que, como mínimo, se refiere a la existencia de antecedentes penales. De esta manera se va a ver afectado el sujeto que es reincidente, también se abarca al que ha reiterado conductas delictivas de diferente naturaleza y que, por esta razón, no sirven para la construcción de la agravante de reincidencia¹²⁹.

Otra de las respuestas que recoge el CP frente a los delincuentes reincidentes, o que aún no han llegado a este nivel, pero existe o se presume que son peligrosos criminalmente, es la libertad vigilada, medida de seguridad no privativa de libertad regulada en el art. 106 CP.

A mi juicio, es la mejor solución para los sujetos que muestran un alto grado de probabilidades de volver a recaer en la realización de un mismo tipo delictivo, lo que no significa necesariamente que se esté de acuerdo con la regulación vigente¹³⁰. Desde luego,

¹²⁸ En este sentido, en cuanto a la interpretación de los arts. 90 y ss, relativos a libertad condicional, CARDENAL MONTRAVETA, en: CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.)/VERA SÁNCHEZ (coord.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, 2015, 199.

¹²⁹ En este sentido, entre otros, TRAPERO BARREALES, en: *El nuevo modelo de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad*, 2017, 88 y ss.

¹³⁰ Según el art. 6 CP, las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad del sujeto al que se le imponen y que se exterioriza en la comisión de un hecho previsto como delito. Se establece que las medidas de seguridad no pueden ser ni más gravosas ni de más duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite necesario para prevenir la peligrosidad del autor. Con este segundo párrafo se trata de establecer límites a la duración de las medidas de seguridad, al tiempo que se establece el principio de proporcionalidad. Además, según el 95.1 CP, para que el Juez imponga una medida de

no se puede estar de acuerdo con que se establezca de manera obligatoria por la comisión de determinados delitos, pues esto no es ni más ni menos que una presunción *iuris et de iure* de que el sujeto es peligroso criminalmente.

Como ya se ha comentado en la introducción, la previsión acerca de la aplicación de medidas de seguridad, concretamente la libertad vigilada en el Derecho español, a los sujetos responsables y peligrosos criminalmente se inicia en la reforma de 2010, y se ha aumentado en la reforma de 2015. Es esta la manifestación más destacada del denominado DP de la peligrosidad¹³¹.

La libertad vigilada es una medida de seguridad que, en estos casos, resulta aplicable de manera cumulativa junto a la pena y, a la vista de la regulación positiva, de cumplimiento (en su caso) posterior a esta, y no de manera simultánea como puede suceder con otras medidas de seguridad no privativas de libertad (reguladas en los arts. 105 y ss. CP), si este cumplimiento resulta compatible con la pena.

En la regulación de la libertad vigilada podemos ver algunas diferencias, según sean aplicadas al condenado por delitos sexuales, terrorismo, por un lado, y aquí también con ligeras diferencias, o al condenado por otros delitos que pueden dar lugar a la aplicación de la medida de seguridad, a saber, homicidio y asesinato, lesiones en el ámbito doméstico o de género y maltrato habitual en el ámbito doméstico o de género.

Cabe destacar que en el primer grupo de casos, delitos sexuales y terrorismo, la imposición de la medida de seguridad de libertad vigilada es obligatoria, concurriendo una presunción legal de peligrosidad criminal (coincide con el grupo de delincuentes con el que se inició el sistema cumulativo de la pena y medida de seguridad), salvo para el caso de delincuente primario que cometa un delito menos grave, o al que se le impone una pena de prisión menos grave, en estos casos se prescinde de la presunción de

seguridad, es necesario que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito y debe existir posibilidad de que el sujeto pueda llevar a cabo actividades delictivas, es una de las bases de la imposición de las medidas de seguridad. El delincuente puede llevar a cabo actividades delictivas en el futuro, debido a su comportamiento peligroso, por lo que es necesario tomar alguna medida que lo evite. Hasta ahora la reforma de 2010 las medidas de seguridad estaban planteadas solo para los sujetos inimputables o semiimputables peligrosos criminales, mientras que los sujetos culpables y peligrosos criminalmente recibían como única respuesta la pena, incrementada o no dependiendo de si concurría o no la agravante de reincidencia. Como ha señalado Como señala TRAPERO BARREALES, en: LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (dirs.), *Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. Liber Amicorum en homenaje al profesor Dr. Jürgen Wolter por su 75.º Aniversario*, 2018, 293, sigue siendo objeto de viva discusión doctrinal si está justificada o no la introducción de medidas de seguridad, sean o no privativas de libertad, frente a los delincuentes imputables peligrosos.

¹³¹ En este sentido, ACALE SÁNCHEZ, *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, 2010, 222, llega a sentenciar que la reforma de 2010 ha dado lugar al nacimiento del “Código penal preventivo de peligrosidad social -no criminal-, hijo de una democracia punitivista”.

peligrosidad criminal. En el otro grupo de supuestos la imposición de la medida vendrá condicionada a la comprobación del pronóstico de peligrosidad criminal.

1. La libertad vigilada en los delitos sexuales

En el art. 192.1 CP se regula la libertad vigilada a imponer a delincuentes sexuales, *a priori* de aplicación general con independencia del delito contra la libertad o indemnidad sexual que se cometa, pero cabe señalar que quedarán excluidos los delincuentes sexuales que cometan delitos sexuales en los que el Juez o Tribunal condene con otra pena que no sea prisión. Esta posibilidad es muy limitada, pues solo algunos delitos sexuales están castigados con pena alternativa a la de prisión; en concreto, los abusos sexuales del art. 181.1, 2 y 3, el delito que ha sido denominado de acoso cibernético del art. 183 ter.1, el delito de acoso sexual del art. 184, los delitos de exhibicionismo y provocación sexual de los arts. 185 y 186, y algunos supuestos relacionados con la pornografía infantil, los descritos en los apartados 5 y 6 del art. 189 CP (en todos ellos la pena de multa es alternativa a la de prisión, por tanto queda a la decisión del Juez si acuerda prisión o no, solo en el primer caso podrá o vendrá en aplicación la libertad vigilada a mayores)¹³².

En dicho precepto se hace una doble distinción dependiendo de si el sujeto es o no delincuente primario y si comete o no un delito menos grave.

La medida de seguridad es facultativa solo en un supuesto y dependerá de la constatación de la peligrosidad criminal del sujeto en particular, cuando se trate de un delincuente primario que comete un único delito menos grave¹³³. Para el resto de casos la medida será de obligatoria imposición, esto es, cuando el sujeto no sea delincuente primario, cometa un delito grave o menos grave, o cuando el sujeto es delincuente primario pero comete

¹³² En este sentido, sobre la libertad vigilada acumulable, en interpretación del art. 192.1 CP, entre otros, MIR PUIG, en: *Derecho Penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*, 2018, 251.

¹³³ Literalmente el art. 192.1 CP establece lo siguiente: “En este último caso, cuando se trate de un solo delito cometido por un delincuente primario, el tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor”. En este sentido, TRAPERO BARREALES, en: LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (dirs.), *Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana Liber Amicorum en homenaje al profesor Dr. Jürgen Wolter por su 75.º Aniversario*, 2018, señala que, atendido al tenor literal de dicho precepto, parece que se quiere aludir a que el delincuente primario también se considera peligroso criminalmente, pero no se impondrá la medida de seguridad si su peligrosidad criminal es menor. En realidad, lo que se quiere decir es que en caso de delincuentes primarios, la imposición de la medida va a depender del pronóstico de peligrosidad criminal: si el pronóstico es positivo, se impondrá, si resulta negativo, o es muy bajo, no se impondrá o, en el segundo caso, quedará a la valoración judicial.

un delito grave, o, finalmente, cuando el sujeto comete más de un delito, sea o no delincuente primario, sea cual sea la naturaleza del delito cometido.

El punto central de esta regulación gira sobre dos ejes, la clase de delito contra la libertad e indemnidad sexual cometido y, además, si el sujeto es o no delincuente primario.

Puede surgir la duda de cómo interpretar este término, si delincuente primario ha de entenderse en el sentido de que es la primera vez que comete un delito contra la libertad e indemnidad sexual o si ha de entenderse en un sentido más amplio, esto es, solo es delincuente primario si es la primera vez que delinque, no ha cometido ningún delito con anterioridad (aquí estaría reflejado el concepto de reiteración delictiva si se entiende que delincuente primario ha de interpretarse en el segundo sentido). La tesis interpretativa que ha de acogerse es la primera, porque la libertad vigilada está regulada en el Título dedicado a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, en el Capítulo dedicado a disposiciones comunes, y porque el art. 192.1 CP se está refiriendo a las consecuencias jurídicas que se van a imponer a los condenados por la comisión de un delito comprendido en este Título.

También genera la duda de si se anula la consideración de delincuente primario el supuesto en el que el sujeto tiene antecedentes penales, pero estos están cancelados o son cancelables, por haber transcurrido el plazo de cancelación. En el art. 192 no se hace referencia a esta cuestión, cosa que sí ocurre en los preceptos en los que se regula la agravante de reincidencia (arts. 22, 66.1.5, 235.1.7, 250.1.8 CP). Pese a este silencio del legislador de 2010 (no revisado en 2015) en la redacción del art. 192.1 CP, habrá que estar a lo dispuesto con carácter general para la reincidencia en el art. 22 CP, y, sobre todo, en el art. 80.2 CP, pues también en este precepto se utiliza el término delincuente primario para la regulación de la suspensión, y aquí sí se advierte que no computan los delitos que hayan generado antecedentes penales cancelados o cancelables.

Se establece a continuación una regla de cálculo de la duración de la medida de libertad vigilada: la medida de seguridad durará entre cinco a diez años si alguno de los delitos cometidos es grave y durará de uno a cinco años si se tratase de un delito menos grave. Como ya se ha dicho, la medida se ejecutará, en su caso, una vez cumplida en su totalidad la pena de prisión acordada por el Juez o Tribunal. Pero en la sentencia condenatoria este ha de fijar ya su imposición y su duración temporal.

La previsión del art. 192.1 CP se completa con lo dispuesto con carácter general para la medida de seguridad de la libertad vigilada acumulable a la pena privativa de libertad, en

particular, en los arts. 98 y 106.2 CP, y con el régimen general de cumplimiento de las medidas de seguridad, arts. 97 a 100, y 105 a 106 CP¹³⁴.

2. *La libertad vigilada en los delitos de terrorismo*

La medida de libertad vigilada aplicable a los delincuentes terroristas y a los delincuentes que pertenezcan a organizaciones y grupos terroristas se regula en el art. 579 bis.2 CP (pues la medida se aplica a los condenados por delitos comprendidos en el Capítulo), eso sí, también aquí es preciso que el sujeto sea condenado, en este caso a pena privativa de libertad, no solo a pena de prisión por tanto; la referencia a pena de privativa de libertad puede deberse a que se ha de prever la posible aplicación de la pena de prisión permanente revisable.

En este precepto también se realiza una doble distinción, aquí no se hace depender de la clase de delito cometido, si es grave o menos grave, sino de la pena privativa de libertad acordada, si es grave o menos grave. En segundo lugar, también se atiende a las características del sujeto, pero aquí también se introduce un segundo cambio, pues no se alude a si se trata o no de un delincuente primario, sino a si es un sujeto que ha delinuido o no por primera vez¹³⁵.

Para el caso de que el autor delinca por primera vez, y el Juez o Tribunal le impone una pena privativa de libertad menos grave, la medida de seguridad es de imposición facultativa, dependiendo de si se comprueba o no la peligrosidad criminal de aquel. Para el resto de los casos la medida resulta de obligatoria imposición: el sujeto delinque por primera vez, pero el Juez o Tribunal le impone una pena privativa de libertad grave, o delinque por primera vez, pero comete más de un delito (independientemente de que sea grave o menos grave), o, finalmente, el sujeto no delinque por primera vez.

En cuanto a la regla de cálculo de la duración de la medida de libertad vigilada, aquí también se establece una doble regla de cálculo, pero atendiendo a la pena impuesta, si bien es cierto que el tenor literal de dicho precepto no es del todo claro: “si se condena a

¹³⁴ En este sentido, sobre la libertad vigilada acumulable, en interpretación del art. 192.1 CP, entre otros, MIR PUIG, en: *Derecho Penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*, 2018, 252 y 253.

¹³⁵ En la redacción del antiguo art. 579 opera con la reforma de 2010 sí se había utilizado la expresión “delincuente primario” en el régimen potestativo de la medida de libertad vigilada (utilizándose el mismo término en la regulación de la medida de seguridad en delitos sexuales y delitos terroristas). Como se sabe, el actual art. 579 bis CP es el producto de la reforma operada por la LO 2/2015, y es en este momento cuando se cambia el tenor literal del apartado que se refiere a la imposición de la medida de la libertad vigilada.

pena grave privativa de libertad se impondrá la medida de cinco a diez años, y de uno a cinco años si la pena fuera menos grave”.

La previsión del art. 579 bis.2 CP se completa con lo dispuesto con carácter general para la medida de seguridad de la libertad vigilada acumulable a la pena privativa de libertad, en particular, en los arts. 98 y 106.2 CP, y con el régimen general de cumplimiento de las medidas de seguridad, arts. 97-100, y 105-106 CP¹³⁶.

3. La libertad vigilada en delitos de homicidio y asesinato, lesiones y maltrato habitual.

Aquí la regulación es más sencilla, ya que se limita a prever su posible aplicación, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 106.2 CP, donde la medida solo se puede aplicar en aquellos casos en los que se disponga expresamente.

Así, en el art. 140 bis CP se recoge la posibilidad de que se aplique la libertad vigilada a los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en el mismo Título dedicado al homicidio y sus formas¹³⁷.

La referencia a los delitos comprendidos en el Título genera dudas que afectan a la extensión aplicativa de la libertad vigilada: por la ubicación sistemática del art. 140 bis CP, detrás de homicidio y asesinato (y antes de los actos preparatorios de estos delitos) cabría deducir que resulta aplicable solo a los condenados por uno o varios de estos delitos. Pero si se recurre a la interpretación desde los delitos comprendidos en el Título, en ese caso se estaría incluyendo también actos preparatorios de homicidio, asesinato y, lo más problemático, homicidio imprudente, inducción y auxilio al suicidio, homicidio consentido y eutanasia¹³⁸.

Cabe destacar que se está previendo la libertad vigilada como medida de seguridad para el condenado a pena de prisión permanente revisable, una previsión que no resulta sencillo de coordinar: porque si el sujeto es condenado a pena de prisión permanente

¹³⁶ En este sentido, véase FEIJOO SANCHEZ, en: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (dir.). *Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por la LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, 2011, 230-232.

¹³⁷ Defiende la supresión del art. 140 bis CP, PEÑARANDA RAMOS, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/DOPICO GÓMEZ-ALLER (coord.), *Estudio crítico del Anteproyecto de reforma penal*, 2013, 490. Dicho autor ve en la previsión de medidas de seguridad postcondena una manifestación del que denomina DP del aseguramiento (diferenciado del DP de la seguridad).

¹³⁸ Así lo advierte, entre otros, TRAPERO BARREALES, en: LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (dirs.), *Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana, Liber Amicorum en homenaje al profesor Dr. Jürgen Wolter por su 75.º Aniversario*, 2018, 335.

revisable, su revisión está condicionada a que se anule o se reduzca considerablemente su peligrosidad criminal, lo que significará entonces que ya no es necesaria la ejecución de la libertad vigilada si esta fuera acordada en sentencia. Pero si el resultado de la revisión es negativo, esto es, el sujeto presenta pronóstico de peligrosidad criminal, esto significará que no será puesto en libertad, tendrá que seguir cumpliendo la pena de prisión permanente revisable, por tanto, seguirá sin poder ejecutarse la medida de libertad vigilada. Y si el resultado de la revisión es favorable, el sujeto condenado a prisión permanente podrá salir del centro penitenciario, pero estará sometido al régimen de libertad condicional (art. 92 CP), luego tampoco se ejecutará la medida de seguridad. Se podría pensar que la libertad vigilada se ejecutaría en estos casos, cuando se procede a la revisión de la pena de prisión permanente y se aplica el régimen de libertad condicional, para cuando finalice el plazo de esta. Pero si ha superado el régimen de libertad condicional de manera positiva, esto es, no ha delinquido, ha cumplido todas las obligaciones acordadas por el Juez o Tribunal, eso significará que su peligrosidad criminal se habrá anulado o eliminado, luego no tendría que ejecutarse la libertad vigilada. A no ser que, a través de la libertad vigilada, supuestamente una medida dirigida a evitar que el sujeto vuelva a delinquir, en realidad tiene otra finalidad diferente, la de control y aseguramiento del sujeto, conectando la medida por tanto con otros fines como los de prevención general y retribución.

En el art. 156 ter CP se prevé la posibilidad de que se imponga la libertad vigilada a los condenados por la comisión de uno o más delitos del Título dedicado a los delitos de lesiones, para aquellos casos en los que la víctima sea una de las personas que forman el elenco de sujetos pasivos de la violencia de género y la violencia doméstica.

Nuevamente, la referencia a la comisión de uno o más delitos del Título genera la duda interpretativa sobre el alcance extensivo de la aplicabilidad de la medida de libertad vigilada, en este caso además teniendo en cuenta la ubicación sistemática del art. 156 ter CP, cerrando la enumeración de preceptos que conforman este Título. Pero en el Título se regulan delitos dolosos e imprudentes de lesiones, delitos graves, menos graves y leves, por tanto, a priori parece que se quiere aplicar la medida en todos estos casos, eso sí, siempre y cuando el sujeto presente el pronóstico de peligrosidad criminal.

En este caso, por la vía de la regulación general de la libertad vigilada del art. 106.2 CP, se puede por un límite: queda descartada la aplicación de la libertad vigilada si el delito no está castigado con la pena de prisión.

Finalmente, el art. 173.2 tercer párrafo CP recoge la posibilidad de que se imponga libertad vigilada a los condenados por el delito de maltrato habitual.

El régimen general de cumplimiento de la medida de seguridad, en este segundo grupo de casos está previsto con carácter general en los arts. 97-100, y 105-106 CP.

VII. CONCLUSIONES

Tras el estudio realizado acerca de las distintas respuestas del CP, penales y criminales, frente a los sujetos que tienen un comportamiento delictivo reiterado, o sobre los que existe el pronóstico de peligrosidad criminal, paso a comentar las principales conclusiones a las que se ha llegado en este trabajo.

La primera conclusión ha de estar referida al fundamento de la agravante de reincidencia, tratando de sea respetuoso con el DP del hecho, comparto la tesis doctrinal que explica el incremento de pena en la mayor gravedad del injusto realizado. Desde esta perspectiva, el incremento de la pena se justifica, en principio, en la necesidad de que el Estado responda de modo proporcional ante un injusto más grave. El injusto del sujeto reincidente es más grave porque vulnera no solo el bien jurídico tutelado, sino también cuestiona al ordenamiento jurídico en su conjunto. De todas formas, se trata de un fundamento bastante débil, pero obligado, desde el momento en que el TC ha descartado que la agravante de reincidencia sea contraria a la CE.

Este fundamento es el único que resulta compatible con el DP del hecho, por tanto, las otras explicaciones han de ser claramente descartadas, porque vulneran principios básicos como, entre otros, los de responsabilidad por el hecho, culpabilidad y, en consecuencia, proporcionalidad. Desde estas otras explicaciones estaríamos ante manifestaciones inadmisibles del DP de autor.

Analizada a la reincidencia desde este fundamento, la reincidencia como agravante de la pena no afecta ningún principio o derecho constitucional. En particular, la agravante no vulnera el principio de *non bis in idem*, ya que el hecho anterior no se vuelve a evaluar, solo se toma en cuenta el dato administrativo que acredita el “pasado criminal” en el momento de la determinación judicial de la pena. Dicho de otra forma, el hecho anterior no vuelve a ser sometido a juicio ni es doblemente sancionado. Tampoco se vulnera el principio de culpabilidad, pues la mayor sanción (no la determinación de la responsabilidad penal) se basa en la gravedad del hecho (el reincidente comete un injusto más grave, en comparación al hecho cometido por el delincuente primario), no en la “personalidad” del sujeto.

En segundo lugar, considero que para agravar la pena al reincidente, el legislador debe optar por una alternativa de agravación menos aflictiva. Esta alternativa me lleva a

proponer que el aumento de la sanción al reincidente debe tener como límite el máximo de la pena abstracta. Asimismo, considero razonable que esta agravante sea impuesta de forma facultativa por el juez penal, previa dilucidación en el marco de un proceso penal respetuoso de los principios que inspiran un Estado social y democrático de Derecho.

Esta conclusión enlaza con la tercera consideración o conclusión, que afecta directamente a la multirreincidencia. En mi opinión, la regulación originaria del CP de 1995 era la más correcta y respetuosa con los principios que fundamentan el DP del hecho. Por esta razón, es un desacierto del legislador la previsión de la agravante de multirreincidencia, ya que permite que el Juez o Tribunal imponga la pena superior en grado.

En cuarto lugar, no tiene justificación ni razón de ser la regulación específica de la multirreincidencia en la comisión de determinados delitos contra el patrimonio. A esta conclusión se puede llegar teniendo en cuenta dos consideraciones diferentes. La primera, porque la previsión de la multirreincidencia, como agravante o como circunstancia cualificante, a duras penas logra sortear su legitimación, tal como se ha explicado en la primera conclusión. En segundo lugar, porque una vez que se ha optado por la reintroducción de la agravante de multirreincidencia, en el art. 66.1.5ª CP, no es ya necesaria la regulación específica en determinados delitos.

En quinto lugar, esta previsión específica de la multirreincidencia para la comisión de determinados delitos contra el patrimonio genera graves problemas interpretativos, la intención real del legislador ha sido reconvertir en delito menos grave o grave la repetición de hechos delictivos calificables de delitos leves. Pero esta interpretación se ha de descartar, pues choca con la previsión contenida en el art. 22.8ª relativa a que los antecedentes penales por la comisión de delitos leves no pueden ser tenidos en cuenta a efectos de reincidencia. Por otra parte, si el objetivo de esta previsión como circunstancia cualificante es asegurar el incremento en la pena, ello no se ha conseguido de manera satisfactoria, pues la pena que resulta de aplicar los tipos cualificados en los delitos de robo, estafa, apropiación indebida y administración desleal no siempre son superiores a las penas que podrían imponer Jueces o Tribunales a través de la agravante genérica de multirreincidencia.

En sexto lugar, el concepto de habitualidad delictiva no difiere de manera sustancial de los conceptos de reincidencia o multirreincidencia, pero tiene claros puntos de conexión o relación con ellos. A diferencia de los otros conceptos, no afecta a la imposición de

consecuencias penales más graves, pero sí tiene un efecto indirecto claro, pues es un elemento central para que el Juez o Tribunal valore la concesión o no de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad.

En séptimo lugar, a las consecuencias penológicas que se derivan de los conceptos de reincidencia, multirreincidencia, habitualidad, antes mencionadas, desde la reforma de 2010 se añade una consecuencia, de naturaleza criminal, que ha supuesto la ruptura del sistema dualista del CP, la medida de seguridad de la libertad vigilada para determinados delincuentes que han reincidido, o que existe el riesgo de reincidencia o reiteración delictiva.

El objetivo perseguido por esta previsión es dar una respuesta adecuada frente a determinados sujetos peligrosos criminalmente. Estando en el fondo de acuerdo con que es necesario un tratamiento especial de los sujetos que son peligrosos criminalmente, de criminalidad grave, la forma como se ha plasmado legalmente es totalmente desacertada. La valoración negativa es aún mayor cuando se establecen presunciones de peligrosidad criminal, deducidas de la tipología delincencial, como sucede en la regulación de los delitos contra la libertad sexual y en los delitos de terrorismo.

La forma como ha sido regulada la medida de seguridad aplicable a sujetos imputables peligrosos, a veces con presunción de peligrosidad criminal, no está dirigida a un fin de prevención especial, para eliminar dicha peligrosidad criminal, sino que tiene un claro fin asegurativo y de inocuización del delincuente el mayor tiempo posible.

Como conclusión final he de referirme a la falta de criterio que explique las distintas respuestas, penales y criminales, que están previstas en el CP para los sujetos que reinciden o reiteran el comportamiento delictivo. La crítica es aún más enérgica si se tiene en cuenta que, además, las diferentes respuestas se pueden acumular. Es decir, en determinados supuestos, al reincidente, o multirreincidente, se le puede imponer una pena más grave, la derivada de la apreciación de esta circunstancia, y también una medida de seguridad, la libertad vigilada. Formalmente se puede evitar la vulneración del principio *non bis in idem*, pues pena y medida de seguridad se fundamentan y tienen fines distintos, otra cosa es que desde el punto de vista material se salve este escollo.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, María. *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010.

AGUADO LÓPEZ, Sara. *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito: problemas constitucionales y alternativas político-criminales*, Iustel, Madrid, 2008.

AGUDO FERNÁNDEZ, Enrique. *Penas, medidas y otras consecuencias jurídicas del delito*, Dykinson, Madrid, 2017.

ANTÓN-MELLÓN, Juan/ÁLVAREZ, Gemma/ROTHSTEIN, Pedro A. *Populismo punitivo en España (1995-2015), presión mediática y reforma legislativa*, en: RECP 43 (2017), 13-36.

ASUA BATARRITA, Adela. *La Reincidencia, su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los Códigos penales del siglo XIX*, Bilbao, 1982.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Principios de derecho penal. Parte general*, 4ª, Iure, Buenos Aires, 1997.

BAUCCELLS LLADÓS, Joan. *Penas principales y accesorias*, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARAN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte general*, Marcial Pons, Madrid, 2011, 432-443.

BECCARIA, Cesare. *Tratados de los delitos y las penas*, Universidad Carlos III, Madrid, 2015.

CANO CUENCA, Germán. *El delito de hurto (art. 234 y ss. CP)*, en: GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (dir.)/GÓRRIZ ROYO/METALLIÍN EVANGELIO (coords.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 694-712.

CARDENAL MONTRAVETA, Sergi. *De las penas privativas de libertad (Art. 36 CP)*, en: CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.)/VERA SÁNCHEZ (coord.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 197-206.

CARRARA, Francesco. *Programma del Corso di Diritto Criminale, Parte General*, Lucca (Giusti), 1877.

CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho penal español. Parte General. Tomo III*, Tecnos, Madrid, 2001.

DE MARCOS MADRUGA, Florencio. *De las penas privativas de libertad (Art. 36 CP)*, en: GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal. Parte general*, Tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, 507-521.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*, en: AFD 200, 13-52.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *La libertad vigilada en el Derecho penal de adultos*, en: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (dir.). *Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por la LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, 213-239.

FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel. *Derecho Penitenciario*, CEF (Centro de Estudios Financieros), Madrid, 2016.

GARCÍA ARÁN, Mercedes, *La multirreincidencia en la reforma penal de 2003*, Ponencia en el congreso AIDP, Atoxa, 2007.

GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN J.M. *Elementos de Derecho Civil y Penal de España*, 12ª corregida y aumentada por Juan Manuel Montalbán, Librería de Sánchez, Tomo III, Madrid, 1877.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, Antonio. *La Reincidencia (Art. 10,15ª, del Código Penal)*, en: COBO DEL ROSAL (dir.)/BAJO FERNÁNDEZ (coord.), *Comentarios a la Legislación penal, Tomo V, Vol. 1º. La reforma del Código Penal de 1983*, Edersa, Madrid, 1985, 281-304.

GUISASOLA LERMA, Cristina. *Reincidencia y Delincuencia Habitual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

HASSEMER, Winfried/MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y a la Política Criminal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

LANDECHO VELASCO, Carlos M^a/MOLINA BLAZQUEZ, María C. *Derecho Penal Español, Parte General*, 7^a, Tecnos, Madrid, 2016.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, 3^a, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli. *Circunstancias modificativas en: GONZÁLEZ CUSSAC/ALVÁREZ GARCÍA (dirs.), Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, 47-55.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B. *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, Comares, Granada 1999.

MARTÍNEZ GONZÁLEZ, María, en: GÓMEZ RIVERO (dir.), *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte General*, 4^a, Tecnos, Madrid, 2019.

MIR PUIG, Carlos. *Derecho Penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*, Atelier, Barcelona, 2018.

MIR PUIG, Santiago.

- *La reincidencia en el código penal, análisis de los arts. 10 14; 10 15; 61. 6 y 516. 3*, Bosch, Barcelona 1974.

- *Derecho Penal, Parte General*, 10^a, Reppertor, Barcelona 2016.

MONGE FERNÁNDEZ, Antonia. *La circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena*, Bosch Penal, Barcelona, 2009.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal*, 2^a, Dykinson, 2010.

MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*, 9^a, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

MUÑOZ CUESTA, Javier (coord.)/ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso/GOYENA HUERTA, Jaime. *Las circunstancias agravantes en el Código Penal de 1995*, Aranzadi, Pamplona, 1997, 167-202.

NAVARRO BLASCO, Eduardo. Reforma de los delitos de hurto, robo y otros delitos patrimoniales, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), Comentario a la reforma de 2015, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, 462-496.

ORTEGA CALDERÓN, Juan L. *La multirreincidencia en los delitos patrimoniales tras la reforma de la LO 1/15 de 30 de marzo, 2017* (Artículo publicado en el siguiente enlace: <https://elderecho.com/la-multirreincidencia-en-los-delitos-patrimoniales-tras-la-reforma-de-la-lo-115-de-30-de-marzo>).

ORTS BERENGUER, Enrique. *Atenuantes de análoga significación*, Colección de estudios del Departamento de Derecho penal y del Instituto de Criminología de la Universidad de Valencia, 1978.

PEÑARANDA RAMOS, José L., Comentario en: ÁLVAREZ GARCÍA, F.Javier, *Estudio crítico del Anteproyecto reforma penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, 490-509.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos. *La reincidencia en el delito*, Olejnik, Santiago de Chile, 2019, 24-41.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General del Derecho Penal, 5ª*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

ROXIN, Claus. *¿Qué queda de la culpabilidad en derecho penal?*, en: CPC 30 (1986), 671-692.

SANZ MORAN, Ángel José. *La reincidencia y la habitualidad*, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/ÁLVAREZ GARCÍA/MANJÓN-CABEZA OLMEDA/VENTURA PÜSCHEL (coords.). *La adecuación del Derecho Penal español al ordenamiento de la Unión Europea: la política criminal europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, 61-78

SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, Marina. *Reincidencia, habitualidad y profesionalidad en las últimas reformas penales. Especial referencia a la delincuencia patrimonial*, en: EPC XXXIII (2013), 97-148.

SUÁREZ-MIRA RODRIGUEZ, Carlos, JUDEL PRIETO, Angel Y PIÑOL RODRIGUEZ, Jose R., *Manual de Derecho Penal. Tomo I. Parte general, 7ª ed.*, Thomson, Navarra, 2017.

TRAPERO BARREALES, María A.

- *El nuevo modelo de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad*, Dykinson, Madrid, 2017.

- *9 + 1 Respuestas frente al delincuente imputable peligroso... y en el punto de mira siempre dos tipologías: el delincuente sexual y el terrorista*, en: LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (dirs.), *Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. Liber Amicorum en homenaje al profesor Dr. Jürgen Wolter por su 75.º Aniversario*, Reus, Madrid, 2018, 283-353.

URRUELA MORA, Asier. En: ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/BOLDOVA PASAMAR (coords.), *Derecho penal. parte general*, 2ª, Comares, Granada, 2016.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina /TORRES ROSELL, Núria /y LUQUE REINA, Eulàlia. *Penas Alternativas a la Prisión y Reincidencia: un Estudio Empírico*, 16º ed., Aranzadi, Navarra, 2006.