



universidad
de león



FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE LEÓN

CURSO 2019/2020

La reincidencia en el Código Penal español: regulación, fundamento y validez constitucional

**The recidivism in the Spanish Criminal Code:
regulation, foundation and
constitutional validity**

MÁSTER EN ABOGACÍA

AUTOR: D. FRANCO LUCIANO MAGRI ALBA

TUTORA: DÑA. MARÍA ANUNCIACIÓN TRAPERO
BARREALES

ÍNDICE

ÍNDICE DE ABREVIATURAS	5
RESUMEN	7
PALABRAS CLAVES	7
ABSTRACT	8
KEYWORDS	8
OBJETO DEL TRABAJO	9
METODOLOGÍA	10

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN	12
---------------------------	----

CAPÍTULO II

REINCIDENCIA Y PLURALIDAD DELICTIVA	14
<i>1. La reincidencia</i>	14
<i>1.1. Concepto</i>	14
<i>1.2. Caracteres</i>	17
<i>1.3. Requisitos</i>	18
<i>1.4. Efectos</i>	25
<i>2. Figuras afines</i>	29
<i>2.1. La reincidencia cualificada o “multirreincidencia”</i>	29
<i>2.2. La habitualidad delictiva</i>	32

2.3. <i>El delito continuado</i>	35
--	----

CAPÍTULO III

EL FUNDAMENTO DE LA REINCIDENCIA COMO AGRAVANTE DE LA PENA	37
---	----

1. <i>Consideraciones previas</i>	37
2. <i>Mayor culpabilidad</i>	38
3. <i>Mayor peligrosidad</i>	39
4. <i>Insuficiencia de la pena impuesta</i>	41
5. <i>Mayor alarma social</i>	43
6. <i>Mayor gravedad de lo injusto</i>	44
7. <i>Repetición de infracciones</i>	45
8. <i>Mayor perversidad o hábito a delinquir</i>	46
9. <i>Necesidad preventiva de la pena</i>	48
10. <i>Teoría que niega su eficacia agravatoria</i>	49

CAPÍTULO IV

LA VALIDEZ CONSTITUCIONAL DE LA AGRAVANTE POR REINCIDENCIA	50
---	----

1. <i>Consideraciones previas</i>	50
2. <i>El principio de culpabilidad</i>	51
3. <i>El principio de proporcionalidad</i>	52
4. <i>El principio de seguridad jurídica</i>	53
5. <i>El principio de igualdad</i>	54

<i>6. La prohibición de una pena inhumana y degradante.....</i>	<i>55</i>
<i>7. La tutela judicial efectiva.....</i>	<i>56</i>
<i>8. El principio a la presunción de inocencia.....</i>	<i>57</i>
<i>9. El principio non bis in ídem.....</i>	<i>58</i>
<i>10. La constitucionalidad de la agravante de reincidencia. Una cuestión no resuelta.....</i>	<i>59</i>
CONCLUSIONES.....	61
BIBLIOGRAFÍA.....	65
ANEXO JURISPRUDENCIAL.....	70
<i>Sentencias del Tribunal Constitucional.....</i>	<i>70</i>
<i>Sentencias del Tribunal Supremo.....</i>	<i>70</i>
<i>Sentencias de Audiencias Provinciales.....</i>	<i>73</i>

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (citado por año)
AJA	Actualidad Jurídica Aranzadi (citado por número y año)
art./arts.	artículo/artículos
ATS	Auto del Tribunal Supremo
CDP	Cuadernos de Derecho Público (citado por número y año)
CE	Constitución Española
col.	Colaborador
coord.	Coordinador
CP	Código Penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal (citado por número y año)
CPM	Código Penal Militar
dir.	Director
DP	Derecho Penal
EPC	Estudios Penales y Criminológicos (citado por número y año)
FGE	Fiscalía General del Estado
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
N.º/Ns.º	Número/Números
OJ	Ordenamiento Jurídico
PG	Parte general

RAE	Real Academia Española
RD	Real Decreto
RFDUC	Revista de la Facultad de derecho de la Universidad Complutense (citada por número y año)
RIEP	Revista Ius et Praxis (citada por número y año)
Roj	Repositorio oficial de jurisprudencia
RP	Revista Penal (citada por número y año)
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
ss.	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS/SSTS	Sentencia/s del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
V.	Véase

RESUMEN

La reincidencia ha sido (y es), probablemente una de las figuras que más ha generado controversia en nuestros Tribunales y en la doctrina. Desde su aparición ha sido objeto de todo tipo de opiniones, algunas a favor de que se castigue con una pena superior al sujeto que recae en un delito; otras en pos de que sea eliminada del catálogo de agravantes, por su falta de adecuación a los principios y mandatos de nuestra CE. En este trabajo se hará un análisis de su regulación en nuestro CP, es decir, se llevará a cabo un estudio respecto de cuáles son sus requisitos, caracteres, efectos y, también, un breve examen comparativo con otras figuras similares. Pero sin duda el fundamento es el aspecto que más controversia ha generado; se examinarán las tesis más difundidas, también utilizadas por el TS en la justificación de la agravación de la pena a imponer al sujeto que es reincidente. Por último, porque su fundamento resulta muy cuestionado, se entrará a analizar los argumentos que ha dado el TC para defender la constitucionalidad de esta circunstancia agravante.

PALABRAS CLAVES

Reincidencia, multirreincidencia, pluralidad delictiva, principio de culpabilidad, *non bis in ídem*, mayor peligrosidad, mayor culpabilidad, mayor injusto, validez constitucional.

ABSTRACT

Recidivism has been (and is), probably one of the most controversial figures in our Courts and Doctrine. Since its appearance it has been the subject to all kinds of opinions, some in favor of being punished with a greater penalty to the subject who falls for the same crime; others in pursuit of being eliminated from the aggravating catalog, due to its lack of adaptation to the principles and mandates of our CE. In this work an analysis of its regulation will be made in our CP, that is to say, a study that will be carried out regarding its requirements, characters, effects and, also, a brief comparative examination with other similar figures. But surely the fundament is the aspect that has generated the most controversy; the most widely held thesis, also used by the TS in justifying the aggravation of the penalty to impose on the subject who is a repeat offender, will be examined. Finally, because its fundament is highly questioned, will go into consideration the arguments made by the TC to defend the constitutionality of this aggravating circumstance.

KEYWORDS

Recidivism, multi-recidivism, criminal plurality, guilt principle, *non bis in idem*, most Endangerment, most guilt, most unfair, constitutional validity.

OBJETO DEL TRABAJO

El objetivo general del presente trabajo consiste en el estudio de la agravante por reincidencia regulada en el art. 22.8 CP. Dicho estudio estará orientado a comprender el funcionamiento, naturaleza y razón de ser, para que, de conformidad con ello, se puedan identificar las causas por las cuales resulta tan polémica esta figura. Por tanto, para alcanzar este objetivo se llevará a cabo lo siguiente:

- Analizar el precepto que recoge esta agravante, a fin de tomarlo como base para elaborar su concepto jurídico y, a partir de este, poder realizar una enumeración de los requisitos que el legislador ha previsto para la aplicación de la misma.

- Estudiar los efectos y consecuencias que genera la apreciación de la misma.

- Exponer las diferencias existentes con el resto de circunstancias agravantes del art. 22 CP.

- Comparar la reincidencia con figuras afines como la habitualidad, el delito continuado y la multirreincidencia, con el objetivo hallar similitudes y diferencias.

- Explicar las diferentes teorías elaboradas por la doctrina en relación al fundamento de esta agravante.

- Analizar los argumentos esgrimidos por el TC para declarar la reincidencia compatible con la CE.

- Valorar de qué manera los argumentos utilizados por el TC para declarar constitucional la agravante de reincidencia pueden ser utilizados para defender la inconstitucionalidad de la agravante de multirreincidencia.

METODOLOGÍA

La metodología llevada a cabo para desarrollar este trabajo, de manera esquemática, ha sido la siguiente:

I.- La elección de la rama del derecho en la que se iba a basar el trabajo, el Tutor y el tema.

Tras matricularme en la presente asignatura, elegí realizar mi trabajo sobre algún tema del área de DP, pues esta es la rama del Derecho que más me apasiona y, en consecuencia, seguro que el tema a desarrollar me resultaría ameno e interesante.

Siguiendo el procedimiento establecido para la asignación de tutor-tema, finalmente ha sido asignada como tutora la Profesora María Trapero. El tema elegido ha sido finalmente, tras descartar otros alternativos, el estudio de la circunstancia agravante de reincidencia en el CP. Por razones de extensión, el trabajo finalmente se ha limitado al análisis sobre la regulación, fundamento y la validez constitucional.

II.- Búsqueda de información y desarrollo del trabajo.

Una vez elegido el tema objeto del presente trabajo, el siguiente paso ha sido aplicar el método de investigación propiamente jurídico-penal al tema seleccionado. Esto significa que en la interpretación de las normas penales ha de tomarse en especial consideración la interpretación literal, pues cualquier exégesis que suponga una agravación o incremento de la responsabilidad penal más allá del estricto tenor literal de la ley resulta inadmisibles, so pena de vulnerar el principio de legalidad. Dado el objeto del trabajo, sobre todo el fundamento y validez constitucional de la agravante de reincidencia, en la argumentación se han utilizado las categorías dogmáticas centrales de la teoría del delito, la antijuridicidad y la culpabilidad, además de los principales principios limitadores de la potestad punitiva del Estado, de reconocimiento constitucional todos ellos.

El paso siguiente a la elección del método fue la recopilación de información. La fuente de información principal de la que se ha servido este trabajo fue obtenida de manuales de la parte general del Derecho Penal, monografías, capítulos de libro, artículos de revista, artículos de portales digitales y tesis doctorales. El acceso a estos

recursos fue a través de las bibliotecas de la Facultad de Derecho, la biblioteca del área de Derecho Penal y también del portal Dialnet, el cual permite el acceso a numerosos artículos de revistas y trabajos científicos.

En cuanto a las resoluciones judiciales analizadas en este trabajo, han sido obtenidas de la base de datos digital del CENDOJ y Aranzadi Instituciones, si bien su cita se ha realizado a través del número de recurso y la fecha de la resolución en la mayoría de las ocasiones, pues este dato facilita claramente su localización.

Tras la recopilación de información sobre la materia, se procedió a la lectura y comprensión de ella para poder obtener una visión general del tema. Una vez conseguido esto, se realizó el índice del trabajo centrándolo en tres cuestiones: examinar la regulación de la reincidencia, exponer el fundamento que le otorga la doctrina y la jurisprudencia a esta figura y analizar la constitucionalidad de la misma, tomando como base lo dicho por el TC.

Durante todo el desarrollo del trabajo, ha sido la tutora quién, de forma minuciosa, se ha encargado de realizar todas aquellas correcciones que estimaba conveniente, tanto de fondo como de forma, orientando en todo momento cuales debían ser los criterios de redacción, citas y notas a pie de página.

CAPÍTULO I INTRODUCCIÓN

El CP recoge en su art. 22 un catálogo de ocho circunstancias que pueden servir para agravar la responsabilidad criminal, todas ellas presentan un carácter accidental y, si bien no afectan a la esencia del delito, ayudan a determinar su gravedad y el *quantum* de la pena que corresponda por la comisión del mismo¹.

Dentro del mencionado catálogo encontramos, en el apartado octavo, la circunstancia agravante más polémica de todas, *la reincidencia*, pues incluso ya con anterioridad a la aprobación de la CE era cuestionada acerca de cuál era su fundamento; con posterioridad a la publicación de la ley fundamental surgieron voces en dirección a la posible inconstitucionalidad de esta circunstancia agravante por ser contraria a algunos de sus principios y mandatos, tales como los de culpabilidad, proporcionalidad o la prohibición al *bis in idem*².

Dicho esto, para el estudio de la regulación de esta figura hay que tomar como punto de partida que no estamos ante una simple multiplicidad de delitos cometidos por un mismo individuo, pues el CP regula también otras instituciones relacionadas con la pluralidad delictiva, es por ello que, para poder apreciar esta circunstancia deben darse una serie de requisitos, entre los cuales están: la exigencia de que exista una condena ejecutoria previa a la comisión del nuevo delito, que sea por uno comprendido en el mismo Título del CP y que ambos posean la misma naturaleza.

Una particularidad de la reincidencia es que, a diferencia del resto de circunstancias agravantes del art. 22, sus efectos no solo se limitan a aumentar el *quantum* de la pena, sino que, además, va a limitar al reincidente la obtención de determinados beneficios penitenciarios, pues supone un obstáculo para obtener la suspensión de la ejecución de la pena, determina la revocación de la libertad condicional, excluye la posibilidad de obtener un indulto y es tomada en cuenta por el Juez a la hora de dictar la prisión preventiva.

¹ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, en: MORENO-TORRES HERRERA (dir.), *PG*, 4ª, 2019, 225.

² ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *PG*, 8ª, 2019, 523.

A la vista de la trascendencia que alcanza esta circunstancia modificativa de la responsabilidad penal, resulta muy necesario analizar la regulación de esta agravante, partiendo desde el concepto, caracteres y efectos hasta una breve comparación con otros supuestos en los que puede advertirse un punto de conexión con esta circunstancia, esto es, el hecho de que el sujeto vuelve a repetir un comportamiento delictivo. En concreto, son las figuras que reciben el nombre específico de multirreincidencia, habitualidad y el delito continuado.

Sigue estando abierta la discusión sobre el fundamento de la circunstancia agravante³. Así, desde que se reguló por primera vez esta circunstancia en nuestro ordenamiento, concretamente en el CP de 1822, han surgido numerosas teorías en relación a cuál es el fundamento de esta agravante, es decir, cuál es la justificación de aumentar la pena a un sujeto que recae en el delito. En esta explicación existen, prácticamente, tantas teorías en relación con su fundamento como autores que han tratado el tema. Pese a ello, a día de hoy, todavía no existe una respuesta doctrinal unánime ni, al menos, satisfactoria al respecto⁴. En el tercer capítulo de este trabajo se expondrán y analizar las principales teorías sostenidas sobre el fundamento de la circunstancia agravante de reincidencia, tanto desde el punto de vista teórico como jurisprudencial.

Como ya se ha indicado anteriormente, tras la entrada en vigor de nuestra CE, no fueron pocos los autores que cuestionaron la compatibilidad de la reincidencia a lo consagrado por la Ley Fundamental⁵. Estas dudas sobre la constitucionalidad o no de la reincidencia se ha trasladado al ámbito judicial. Así, tras más de una década desde la entrada en vigor de la CE, un Juzgado de instrucción elevó una cuestión de inconstitucionalidad al TC, al estimar que tal circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal vulneraba varios principios y derechos consagrados en la CE.

³ Además del debate existente sobre el fundamento de la reincidencia, esta es objeto de controversia en cuanto a su escasa eficacia. En este sentido siguen teniendo actualidad las palabras de MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La reincidencia*, 1999, 2, quien ya en su tesis doctoral sostenía que “el actual tratamiento del reincidente constituye un absoluto fracaso”.

⁴ Siguen siendo actuales las valoraciones que, en su momento, hiciera MARTÍNEZ DE ZAMORA, *La reincidencia*, 1971, 15.

⁵ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La reincidencia*, 1999, 178. Esta autora considera que “habiendo sido el delincuente sancionado adecuadamente por el anterior delito no se debería tener en cuenta de nuevo para aumentar la pena correspondiente a un delito posterior”, pues con ello se estaría vulnerando la prohibición constitucional al *bis in idem*, dado que el primer hecho resultaría doblemente castigado.

En la STC 150/1991, de 4 de julio el TC declaró la plena adecuación a la CE de la agravante de reincidencia. En el último capítulo del presente trabajo se hará un estudio de cada uno de los motivos alegados en la cuestión de inconstitucionalidad y la respuesta brindada por el TC en dicha resolución, negando la inconstitucionalidad de la reincidencia.

CAPÍTULO II

REINCIDENCIA Y PLURALIDAD DELICTIVA

1. La reincidencia

1.1. Concepto

Atendiendo a su dimensión literal, reincidencia significa ‘recaer’, ‘repetir’ o ‘reiterar’, o, en la definición de la RAE, como la “reiteración de una misma culpa o defecto”⁶. Teniendo presente este significado, a los efectos que aquí interesan, se podría definir como una “reiteración, repetición o reiteración de un determinado hecho delictivo”.

Sin embargo, esta definición tendría escasa relevancia en el ámbito jurídico-penal, puesto que, como ha precisado SANZ MORÁN⁷, el concepto de reincidencia “es de carácter puramente normativo o jurídico”. Por tanto, para dar con su significado jurídico hay que acudir al CP, el cual la contempla como una circunstancia agravante y la define en el art. 22.8^a de la siguiente manera:

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

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

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

⁶ RAE, *Diccionario*, 2019.

⁷ SANZ MORÁN, en: MALDONADO FUENTES (coord.), *Reincidencia y concurso*, 2016, 29.

Como podemos observar, el legislador ha optado por una definición restrictiva en relación a qué debe entenderse por reincidencia, ya que, conforme a ella, no solo es necesario que en el momento de delinquir exista una condena previa⁸, sino que, además, la nueva conducta delictiva deberá estar recogida en el mismo título del Código y tiene que ser de la misma naturaleza que el anterior delito. En cuanto a esto último, en la STS 807/2000, de 11 de mayo, el TS ha manifestado que, para que dos conductas delictivas sean de una *misma naturaleza* debe concurrir, al menos, “una doble identidad: la del bien jurídico protegido y la del modo concreto en que se haya producido el ataque a ese bien jurídico, pero ello en cuanto sea revelación de una determinada inclinación delictiva”.

El precepto antes transcrito deja claro que, a efectos de apreciar esta circunstancia agravante, el juzgador no podrá tener en cuenta los *antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, ni los que correspondan a delitos leves*, por tanto, se está limitando aún más el concepto de reincidencia al no tener en cuenta, a efectos de poder aplicarla, por un lado, aquellas condenas por delitos leves (antiguas faltas); y, por otro lado, cuando se trate de delitos de mayor gravedad, cuando haya transcurrido el plazo previsto en el art. 136 CP para la cancelación de antecedentes penales.

Otra cuestión a tener en cuenta es que el legislador ha optado por un sistema de reincidencia impropia. Se está aludiendo a la diferenciación realizada por el autor italiano CARRARA⁹ y su teoría de la “insuficiencia relativa de la pena”; este autor establece una distinción entre la *reincidencia propia o vera e impropia o ficta*. Conforme a la primera, para aplicar la reincidencia se exige que el reo, al cometer el segundo delito, hubiera cumplido total o parcialmente sus anteriores penas impuestas; desde la segunda modalidad, basta con que conste en el historial delictivo del sujeto una condena firme al momento de la comisión del segundo delito. Si ahora contrastamos esta distinción con la definición anterior, queda claro que, a efectos de apreciar la

⁸ A efectos de poder apreciar la agravante de reincidencia, en la STS 169/2018, de 11 de abril, se aclara que es necesario que la condena por el delito anterior haya alcanzado firmeza en un momento anterior a la comisión del delito actual, por ello se exige que, “para apreciar la reincidencia se requiere que consten en el *factum* la fecha de la firmeza de la sentencia condenatoria”, pues si esta es posterior no será de aplicación la agravante de reincidencia.

⁹ V., para más detalles sobre la tesis del autor italiano citado en el texto, MARTÍNEZ DE ZAMORA, *La reincidencia*, 1971, 78.

reincidencia, no será necesario que el autor del nuevo delito haya cumplido sus anteriores condenas.

Una novedad de la reforma del CP operada en 2015 es que, a estos efectos, se tendrán en cuenta aquellas condenas firmes que hayan sido impuestas por Jueces y Tribunales de otros Estados miembros de la UE, siempre que el antecedente penal no haya sido cancelado o pudiera serlo con arreglo a nuestra legislación; por tanto, se equiparan las condenas impuestas por Tribunales de otros Estados de la UE a las recaídas en los españoles¹⁰.

Al margen de lo dispuesto en el art. 22.8ª CP en relación con la agravante de reincidencia “a nivel europeo”, para determinadas figuras delictivas se ha previsto de manera específica la agravante de reincidencia internacional, esto es, para su apreciación se van a tener en cuenta las condenas firmes dictadas por un Juzgado o Tribunal de un país extranjero, eso sí, siempre y cuando los antecedentes penales no estén cancelados o sean cancelables. Esta previsión específica sobre la reincidencia internacional aparece en los siguientes delitos: trata de seres humanos (art. 177 bis CP), delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores (art. 190 CP), determinados delitos contra la salud pública (-los tipificados desde el art. 361 hasta el art. 372-, art. 375 CP), delitos de falsificación de moneda y efectos timbrados (art. 388 CP) y delitos de terrorismo (art. 580 CP).

Por lo expuesto, la reincidencia resulta una circunstancia que agrava la responsabilidad penal de un sujeto atendiendo a sus antecedentes penales previos; desde el momento en que en su definición se restringe a la exigencia de que tales antecedentes penales sean por delitos de la misma naturaleza (y, además, que compartan ubicación sistemática), parece que se quiere atender o valorar una especie de profesionalidad o especialización en la comisión de hechos delictivos. Más adelante, cuando se explique el fundamento de esta circunstancia agravante se volverá sobre esta idea.

¹⁰ A efectos de poder aplicar la reincidencia en virtud de una condena impuesta en un Tribunal de la UE será necesario que se cumplan los requisitos previstos en la Ley 23/2014, de 20 noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE.

1.2. Caracteres

Tras la definición de esta figura, vamos a realizar un breve análisis de sus principales características que, atendiendo a su regulación, serían las siguientes:

a) Generalidad: este carácter, de forma opuesta al de ‘relatividad’ (se aplica solo a determinados delitos)¹¹, consiste en que esta agravante se aplica a todos los tipos penales. Cabe mencionar que la reforma de 2015 ha introducido un cambio importante, introduciendo una limitación a esta característica. Como es sabido, antes de la reforma de 2015 se distinguía entre delitos (regulados en el Libro II del CP) y faltas (mencionadas en el Libro III del CP); en la definición de la reincidencia solo se exigía que el sujeto hubiera sido condenado con anterioridad por un delito de la misma naturaleza y ubicado en el mismo Título. Esto generó la discusión sobre el significado que había que otorgar a la palabra delito, esto es, si las condenas anteriores por la comisión de una falta también generaban antecedentes penales, pudiéndose aplicar la agravante de reincidencia, eso sí, si el sujeto reiteraba la comisión de faltas de la misma naturaleza, pues no podía dar lugar a la agravante si era condenado por una falta y luego cometía un delito de la misma naturaleza, pues el segundo requisito exigido en la definición legal, el de la ubicación sistemática, no se cumplía¹². En la reforma de 2015 se ha derogado el Libro III del CP, se han eliminado las faltas y, en su lugar se han introducido los delitos leves, pero en la definición legal de la reincidencia se ha previsto expresamente que las condenas anteriores por delitos leves no computan a efectos de la aplicación de esta agravante. Esta característica de generalidad también se puede predicar en su comparación con el resto de las circunstancias agravantes del art. 22, pues la única que verdaderamente cumple con ella es la agravante de reincidencia¹³.

b) Obligatoriedad: en la actualidad esta circunstancia agravante es de aplicación obligatoria; una vez que se comprueba que concurren los requisitos que sirven para su concreción, el Juez obligatoriamente ha de apreciar la agravante, con las consecuencias que se derivan a efectos de determinación de la pena (como se ha dicho, actúa como circunstancia agravante). Solo en el CP de 1928 la reincidencia (art. 68.3)

¹¹ MARTÍNEZ DE ZAMORA, *La reincidencia*, 1971, 71.

¹² AGUDO FERNÁNDEZ, *Principio de culpabilidad*, 2005, 385.

¹³ BACIGALUPO ZAPATER, *RFDUC monográfico 3* (1980), 66.

era de aplicación facultativa, algo que estaba previsto también para la circunstancia agravante de reiteración¹⁴.

c) **Objetividad:** este carácter hace referencia a que, para apreciar la reincidencia, basta con que se dé la concurrencia de una serie de requisitos objetivos, es decir, que exista una sentencia firme y la comisión de un nuevo delito que esté recogido en un mismo título y sea de la misma naturaleza que el delito anterior. No se atienden a elementos o circunstancias de tipo subjetivo referidas a la personalidad del sujeto que reincide. Por ello podríamos decir que la reincidencia se asienta sobre una base estrictamente objetiva, algo que, no solo facilita el trabajo del Juez a la hora de aplicarla, sino que ayuda a satisfacer la exigencia de seguridad jurídica¹⁵.

d) **Prescriptibilidad:** el último párrafo del art. 22.8 CP establece que, a efectos de apreciar o no la agravante de reincidencia, no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo. Esto significa que, por el transcurso de un determinado plazo, la condena anterior deja de tener valor a efectos de apreciar la reincidencia. Además, se ha establecido su cancelación de oficio, no solo a instancia de parte. Por tanto, habrá que estar a lo establecido en los arts. 136 y 137 CP para determinar cuando la condena precedente pierde los efectos de agravación de la responsabilidad penal.

e) **Gravosidad:** el resultado de aplicar la reincidencia será siempre gravoso para el sujeto afectado por ella¹⁶, ya que sus efectos no solo provocan el aumento de la pena por la comisión de un nuevo delito, sino que, además, el sujeto podrá verse limitado en la obtención de determinados beneficios procesales y penales, el más importante, el de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad de corta duración.

1.3. Requisitos

Estos se deducen de la propia definición establecida en el art. 22.8^a CP. De manera esquemática son los siguientes:

¹⁴ V., para más detalles, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La reincidencia*, 1999, 25 y ss.

¹⁵ MARTÍNEZ DE ZAMORA, *La reincidencia*, 1971, 72.

¹⁶ MARTÍNEZ DE ZAMORA, *La reincidencia*, 1971, 75.

a) El primero de los requisitos se deduce del verbo ‘delinquir’. La interpretación de este término tenía mayor relevancia antes de la reforma de 2015, pues antes de esta reforma, cuando las infracciones penales se diferenciaban en delitos y faltas, se planteó una interpretación restrictiva de aquel, en el sentido de que el sujeto tenía que haber cometido con anterioridad un hecho constitutivo de delito y haber sido juzgado y condenado en firme por ello, pero no abarcaba el hecho constitutivo de falta. Este requisito carece de relevancia ya que, como ya se ha comentado, tras la reforma del CP operada en 2015 las faltas han sido eliminadas del mismo, y, por otro lado, en la propia definición de la agravante de reincidencia se advierte que no se van a tener en cuenta las condenas por delitos leves.

b) El segundo requisito es de carácter procesal, se exige la condena ejecutoria por la comisión de un delito. La palabra ‘ejecutoriamente’ hace referencia a la necesidad de que la sentencia condenatoria haya adquirido firmeza¹⁷, es decir, que contra dicha sentencia no cabe interponer ningún recurso, salvo los de revisión y rehabilitación¹⁸.

c) El tercer requisito es de carácter temporal, la condena firme y ejecutoria ha de ser anterior a la fecha o momento de comisión del delito al que puede ser aplicable la agravante de reincidencia¹⁹. Por tanto, bajo ninguna circunstancia se podrá apreciar la agravante de reincidencia si la condena es por un hecho cometido con posterioridad, o es una condena por un hecho cometido con anterioridad, pero no ha alcanzado su firmeza en el momento de la comisión de un nuevo delito²⁰.

d) Los cuarto y quinto requisitos son de carácter material: el primero de ellos, que el delito por el que ha sido condenado esté comprendido en el mismo Título.

En el CP anterior el concepto de reincidencia era más restringido, pues se exigía que los

¹⁷ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La reincidencia*, 1999, 218.

¹⁸ El art. 141, párrafo quinto LECrim establece que son “*Sentencias firmes, cuando no quepa contra ellas recurso alguno ordinario ni extraordinario, salvo los de revisión y rehabilitación*”. En este sentido MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS sostiene que, pese a su designación como recursos, no suponen una tercera instancia, sino que se trata de un nuevo proceso que puede suponer la rescisión de la sentencia impugnada. Cabe tener en cuenta que, de conformidad con el art. 954.1 LECrim, tanto el de revisión como el de rehabilitación solo se interponen contra sentencias firmes, por ello, si se interpone alguno de estos “contra una sentencia se podrá apreciar la agravante de reincidencia en otra, porque aquella sentencia es firme”. V., para más detalles, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La reincidencia*, 1999, 221 y ss.

¹⁹ MIR PUIG, *PG*, 10ª, 2016, 659.

²⁰ SOTO RODRÍGUEZ, *La reincidencia*, 2018, 6.

delitos, el ya cometido y que generaba la agravante de reincidencia y el nuevo al que se va a poder apreciar esta circunstancia debían estar recogidos en el mismo Capítulo. En el vigente CP se amplía inicialmente el campo de aplicación de la agravante de reincidencia, pues basta con que los delitos estén ubicados en el mismo Título. El segundo de ellos, que viene a restringir la aplicación de la agravante, es necesario que los dos delitos sean de la misma naturaleza²¹. Se han de cumplir los dos requisitos de manera cumulativa, por tanto, no será suficiente con que compartan la misma ubicación sistemática, los delitos han de ser de la misma naturaleza, y este elemento no se deduce sin más de que haya identidad en la protección del mismo bien jurídico frente a conductas que los lesionan y/o ponen en peligro²². Conforme a este criterio, a modo de ejemplo, no cabría apreciar la reincidencia a quien sea condenado por un delito de homicidio del art. 138 (Título I) y recaiga en la comisión del delito de homicidio del Rey previsto en el art. 485.1 (Título XXVI), por ser delitos comprendidos en títulos diferentes. Y tampoco es posible apreciar la agravante de reincidencia, como se comentará más adelante, en el supuesto del sujeto que ha cometido un delito de hurto y luego comete un delito de robo con violencia o intimidación en las personas: son delitos que sí están en el mismo Título, pero no son delitos de la misma naturaleza, aunque ambos protegen el mismo bien jurídico, el patrimonio.

Dicho esto, también queda descartada la posibilidad de aplicar la reincidencia cuando el sujeto ha cometido un delito recogido en una ley especial y las condenas dictadas por tribunales extranjeros²³ con excepción de los casos previstos expresamente en el CP, de manera general para sentencias de Tribunales de un Estado miembro de la UE (art. 22.8ª) o de manera específica para sentencias dictadas por un Tribunal extranjero por la comisión de determinados delitos (delitos relativos a la trata de seres humanos del 177 bis; delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores, art. 190; delitos relativos al consumo y tráfico de drogas tóxicas, estupeficientes y sustancias psicotrópicas y otros delitos contra la salud pública, art. 375; delitos de falsificación de moneda y efectos timbrados, art. 388; delitos de terrorismo, art. 580).

²¹ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La reincidencia*, 1999, 225.

²² MONGE FERNÁNDEZ, *CPC 95* (2008), 106.

²³ MIR PUIG, *PG*, 10ª, 2016, 632.

Cabe mencionar que los Tribunales militares, a efectos de aplicar la agravante de reincidencia, deberán estar a lo dispuesto en el CPM de 2015 que regula esta agravante en el art. 10.2²⁴.

Pueden surgir problemas cuando la condena anterior ha sido impuesta con arreglo al CP antes de ser reformado en 2015. Para su solución en la STS 981/2019, de 26 de marzo, se afirma que hay que seguir acudiendo a la Disposición Transitoria Séptima del CP, en la que se establece que "se entenderán comprendidos en el mismo Título de este Código, aquellos delitos previstos en el Cuerpo legal que se deroga y que tengan análoga denominación y ataquen del mismo modo a idéntico bien jurídico"²⁵.

Sin duda, el requisito relativo a que sean delitos de la misma naturaleza es el que más problemas de delimitación va a provocar. En palabras de MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS²⁶, habrá que «determinar lo que constituye su especie, género y clase», por tanto, será el Juez el encargado de analizar si existe una relación de homogeneidad entre delitos de un mismo Título. Sin embargo, la falta de precisión de este requisito podría dar lugar a problemas interpretativos²⁷, a pesar de que, como ya se ha advertido, en la STS 807/2000, de 11 de mayo, la antes mencionada Disposición Transitoria 7ª CP «nos da pistas al respecto cuando nos dice que ataquen del mismo modo a idéntico bien jurídico» y establece que «Existirá, pues, una "misma naturaleza" cuando, al menos, concurra una doble identidad: la del bien jurídico protegido y la del modo concreto en que se haya producido el ataque a ese bien jurídico, pero ello en cuanto sea revelación de una determinada inclinación delictiva».

Conforme a este criterio, el TS ha declarado que, pese a estar previstos bajo el mismo Título del CP, no existe misma naturaleza en los delitos de estafa y de apropiación indebida, ya que no concurre en ellos esa doble identidad, pues si bien en

²⁴ El art. 10.2 CPM dispone lo siguiente: "A los efectos de este Código, se entiende que hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por delito comprendido en el mismo Título de este Código o en alguno de los previstos en el apartado 2 del artículo 9 de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza. No se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo".

²⁵ Este problema se planteó de manera más intensa en el año 1995 con la aprobación del vigente CP. En aquel momento se aprobó la Circular FGE 2/1996, de 22 de mayo, sobre el régimen transitorio del nuevo Código Penal: incidencia en el enjuiciamiento de hechos anteriores. En esta Circulación se ha puesto de relieve de qué manera ha de interpretarse el requisito sobre la misma naturaleza: tiene que haber identidad en el bien jurídico y en la forma de ataque o agresión al mismo.

²⁶ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La reincidencia*, 1999, 230.

²⁷ Así lo afirmaba ya en un primer momento, entre otros, LUZÓN CUESTA, *PG*, 2ª, 1997, 171.

ambos delitos se ataca el mismo bien jurídico protegido, es diferente el modo en el que se produce ese ataque²⁸. Por ese mismo motivo, tampoco poseen la misma naturaleza los delitos de hurto y robo; de manera más específica, entre el hurto y el robo en su modalidad de violencia e intimidación, justifica aún más la diferencia en su naturaleza, añadiendo otro motivo de carácter subjetivo, pues las personas que generalmente cometen estos delitos son completamente diferentes, atendiendo a su peligrosidad²⁹.

En relación a las dos modalidades del delito de robo (con fuerza en las cosas y con violencia o intimidación en las personas), en un primer momento el TS llegó a la conclusión de que ambas tenían distinta naturaleza; pero, a pesar de que en la modalidad de robo con violencia o intimidación en las personas se encuentran en riesgo otros bienes jurídicos protegidos como la libertad, seguridad e integridad corporal de las personas, algo que no pasa cuando hablamos de robo con fuerza en las cosa³⁰, el TS ha modificado esta postura, aceptando que ambas modalidades tienen la misma naturaleza³¹.

Un aspecto que genera controversia en pos de aplicar la reincidencia, porque tiene conexión con el requisito de la misma naturaleza, es si cabe apreciar esta circunstancia cuando el sujeto comete varios delitos, uno en grado de consumación y el otro en grado de tentativa, o interviene de diferente manera en los delitos, en uno como autor, en otro como partícipe³².

²⁸ En este sentido la STS 5/2003, de 14 de enero: “El delito de apropiación indebida no requiere del engaño como elemento relevante e impulsor de la conducta delictiva como no está presente en la estafa el componente de deslealtad propio de la apropiación indebida y ello supone, sin duda, una diferencia esencial entre ambas figuras delictivas en el modo concreto con que se produce el ataque al bien jurídico protegido, no participando, por consiguiente, a estos efectos de la agravante de reincidencia, de una misma naturaleza”.

²⁹ V., por ejemplo, la STS 155/2019, de 26 de marzo: “En efecto, las diferencias no pasan de la nota común de un apoderamiento del patrimonio ajeno. 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...”.

³⁰ STS 1222/1999, de 23 de julio, “A veces bastará sólo con conocer el delito cometido para llegar a precisar que hubo un mismo modo de comisión; pero esto no puede ser suficiente en otros casos, por ejemplo en los delitos de robo, porque la diversidad de formas en que estos hechos punibles pueden realizarse impide el que por la sola constancia de la clase de delito cometido” ... “pueda conocerse el modo concreto de su comisión con la precisión necesaria para afirmar esa identidad de naturaleza que se exige para esta agravante, identidad que, como ya se ha dicho, ha de revelar la inclinación de la persona a cometer una misma clase de delitos.”

³¹ Este cambio de doctrina se ha plasmado en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda de fecha 6 de octubre de 2000: “Se acuerda que podrá apreciarse la circunstancia agravante de reincidencia entre delitos de robo con violencia o intimidación y delitos con robo con fuerza en las cosas, por considerarse ambos de la misma naturaleza delictiva, siempre que concurren los demás elementos necesarios para su apreciación”.

³² MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La reincidencia*, 1999, 244.

Ante este problema la doctrina plantea diferentes soluciones. Por una parte, descarta la aplicación de la agravante de reincidencia, entre otros, MIR PUIG³³, con el argumento de que no se cumple el requisito formal exigido legalmente, esto es, que se encuentren en el mismo Título, pues el delito consumado y la autoría están en el Libro II, el delito en grado de tentativa, o la participación están en el Libro I. En este sentido, este autor descarta la aplicación de esta circunstancia agravante “cuando todas las infracciones en juego constituyan todas aquellas modalidades accesorias, ya que la necesidad de concordar para cada caso dos Títulos, a saber, el correspondiente a la Parte General y el de la Parte Especial de que se trate, hace imposible en tales supuestos la realización del elemento relacional de delitos comprendidos en el mismo Título”³⁴.

Defiende otra postura GOYENA HUERTA³⁵, quien considera que el Título al que se refiere el art. 22.8 no es el Título que se refiere a la aplicación de la pena, sino al que tipifica la conducta punible. Por tanto, en opinión de este autor, sí sería posible la apreciación de la reincidencia en relación a delitos cometidos bajo un distinto título de imputación, o bajo diferentes grados de ejecución³⁶.

Una opinión intermedia es la defendida por MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS³⁷, quien estima que para apreciar la reincidencia hay que estar “a la ubicación sistemática del delito, con independencia de cual fuera el grado de perfección delictiva o el grado de participación”; sin embargo, afirma que cuando el anterior y el nuevo delito fueran realizados en diferentes grados de ejecución, o en distintas formas de participación, no será posible apreciar la reincidencia porque, en estos casos, no concurre el requisito formal de que ambos delitos *sean de la misma naturaleza*, dado que, no existiría una identidad en cuanto a la gravedad de estos (grave y menos grave), algo que para esta autora constituye un elemento que configura el requisito de delitos de la misma naturaleza.

e) El último requisito va referido al plazo temporal para la caducidad e inaplicación de la agravante de reincidencia: que los antecedentes penales no hayan sido

³³ MIR PUIG, *La reincidencia*, 1974, 370. V. también MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La reincidencia*, 1999, 245.

³⁴ MIR PUIG, *La reincidencia*, 1974, 371.

³⁵ GOYENA HUERTA, en: MUÑOZ CUESTA (coord.), *Las circunstancias*, 1997, 173.

³⁶ Sobre otros autores que defienden esta misma tesis, v. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La reincidencia*, 1999, 245.

³⁷ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La reincidencia*, 1999, 246.

cancelados o hubieran debido serlo. Según este requisito no se podrá apreciar la circunstancia agravante de reincidencia, a pesar de que el anterior y nuevo delito estén comprendidos en el mismo título y sean de la misma naturaleza, si los antecedentes penales están o debieran estar cancelados. Con esta limitación se quiere poner de manifiesto el objetivo rehabilitador, eliminando así todos los efectos de la pena³⁸. Pese a todo, esta limitación en cuanto a la duración temporal de la posible apreciación de la agravante ha sido objeto de críticas, pues, una vez cumplida la pena, la subsistencia de los antecedentes penales con el consiguiente posible efecto en cuanto a la apreciación de la agravante de reincidencia puede suponer un obstáculo para la integración del sujeto en la sociedad³⁹. Así, se ha llegado a afirmar por BOLDOVA PASAMAR⁴⁰ que se produce un efecto «estigmatizador y desocializador».

El art. 252 LECrim impone la obligación a los Tribunales de enviar las sentencias condenatorias, para su inscripción, al Registro Central de Procesados y Penados. Conforme a ello, dicha inscripción va a ser el punto de partida para poder apreciar la reincidencia. Los requisitos que se establecen para la cancelación de los antecedentes penales, como ya se ha comentado, vienen recogidos en el art. 136 CP, mientras que los arts. 18 ss. RD 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia, establecen el procedimiento que se ha de seguir para ello. La cancelación de la inscripción podrá practicarse de oficio, a instancia del interesado o por comunicación del órgano judicial. Cuando sea el interesado quien insta la cancelación, este deberá dirigir su solicitud al Registro Central de Procesados y Penados, cumpliendo los requisitos que establece el art. 18 RD 95/2009 y mediante el modelo de solicitud que proporciona el Ministerio de Justicia.

Además de este Registro Central, recientemente se ha creado un Registro Central de delincuentes sexuales: es la consecuencia de la reforma operada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, y el RD 1110/2015, de 11 de diciembre, por el que se regula el Registro Central de delincuentes sexuales.

³⁸ Así lo interpreta, entre otros, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La reincidencia*, 1999, 238.

³⁹ LARRAURI, *Eunomia* 8 (2015), 158.

⁴⁰ BOLDOVA PASAMAR, en: GRACÍA MARTÍN (coord.), *Consecuencias jurídicas del delito*, 2016, 170.

A los requisitos hasta ahora mencionados el TS añade uno más, complementario a ellos y no recogido en la redacción del art. 22.8 CP, y es que los datos necesarios para verificar estos requisitos deben constar en la sentencia que aprecia la reincidencia⁴¹. De manera reiterada el TS insiste en exigir, para ser apreciada la reincidencia, la constancia en el *factum* de una serie de datos; para su ilustración basta citar la STS 507/2019, de 25 de octubre, en la que se sostiene que "es imprescindible que consten en el '*factum*' de la sentencia los siguientes datos: fecha de la firmeza de las sentencias condenatorias, el delito por el que se dictó la condena, la pena o penas impuestas, y la fecha en la que el penado las dejó efectivamente extinguidas. Este último extremo sólo será innecesario en aquellos casos en los que el plazo de cancelación no haya podido transcurrir entre la fecha de la sentencia condenatoria y la fecha de ejecución del hecho que es objeto del enjuiciamiento actual". En relación con la última de las aclaraciones, se está haciendo una interpretación *contra reo*, que solo será válida cuando se respeten de forma estricta los derechos fundamentales del art. 24 CE, de lo contrario se impondrá un cómputo de plazos favorable al reo, ya que "pues bien pudo extinguirse la condena impuesta por circunstancias tales como abono de prisión preventiva, redención, indulto o expediente de refundición"⁴². Dicho esto, es doctrina del TS que cualquier duda con respecto a la reincidencia debe conducir a su no apreciación⁴³.

1.4. Efectos

En cuanto a sus efectos, al igual que el resto de circunstancias agravantes recogidas en el art. 22 CP, la reincidencia agrava la responsabilidad penal, en la forma como se establece en el art. 66 CP.

Pero sus efectos van más allá de la mera agravación de la pena; a diferencia de las demás agravantes, sus efectos son más amplios: impide la suspensión condicional de la

⁴¹ V., por ejemplo, la STS 884/2003, de 13 de junio: "Los requisitos para apreciar la agravante de reincidencia, son los siguientes: 1. Que en el momento de cometer el delito por el que es juzgado, el delincuente hubiera sido ejecutoriamente condenado; 2. Que lo hubiera sido por delito comprendido en el mismo título que aquél por el que se le juzga; 3. Que ambos delitos tengan, además, la misma naturaleza; 4. Que los antecedentes penales no hayan sido cancelados, o que debieran serlo, en las condiciones expresadas en el artículo 136 del Código Penal; 5. Además, la jurisprudencia de esta Sala ha exigido que los datos necesarios para comprobar estos requisitos consten en la sentencia en la que se aprecia la reincidencia".

⁴² Recogidas, entre otras, en las SSTS 875/2007, de 7 de noviembre; 132/2008, de 12 de febrero; 647/2008, de 23 de febrero; 1175/2009, de 16 de noviembre; 1061/2010, de 10 de noviembre; y 207/2012, de 12 de marzo.

⁴³ En este sentido las SSTS 420/2013, de 23 de mayo y 117/2017, de 23 de febrero.

condena, hoy suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad (aunque no es un efecto automático, a la vista de la regulación actual de los arts. 80 ss. CP tras su reforma en 2015), determina la revocación de la libertad condicional, excluye la posibilidad de indulto; y es una de las circunstancias a tomar en cuenta para dictar prisión preventiva⁴⁴.

Dicho esto, podríamos clasificar sus efectos en dos grupos: el primero, el efecto general de agravación de la pena; el segundo, los efectos que produce en relación con determinados beneficios penales y penitenciarios.

En relación al primer grupo, dentro de la fase de individualización de la pena, la reincidencia producirá efectos similares al llevado a cabo por el resto de agravantes; para ello, el legislador ha establecido una serie de *reglas de determinación de la pena* en el art. 66 CP: si el Juez aprecia la reincidencia y ninguna otra circunstancia modificativa de la responsabilidad penal, aplicará la pena en su mitad superior de la que fije la ley para el delito; si, además de la reincidencia, apreciara otras dos o más circunstancias agravantes y ninguna atenuante, podrá aplicar la pena superior en grado a la establecida, en su mitad inferior; podrá aplicar la pena superior en grado 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 (es la agravante de multirreincidencia, que se mencionará más adelante); y por último, cuando concurren atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena, añadiendo que, si se mantiene un fundamento cualificado de agravación, aplicará la pena en su mitad superior.

En cuanto al segundo grupo de los efectos, los relativos a la limitación de determinados beneficios penales o penitenciarios, la reincidencia es la única agravante de las recogidas en el art. 22 CP que produce estos efectos, a saber:

a) Imposibilidad obtener un indulto: el indulto, en virtud de lo dispuesto en el art. 130.1.4º CP, es una causa de extinción de la responsabilidad criminal, en palabras de GARCÍA SAN MARTÍN es «aquella manifestación de la prerrogativa de gracia por la

⁴⁴ Hace esta enumeración sobre los efectos de la agravante de reincidencia, SOTO RODRÍGUEZ, *La reincidencia*, 2018, 7.

que se extingue la responsabilidad criminal, mediante la remisión total o parcial de la pena a que hubiese sido condenado y aun no hubiese cumplido el penado o mediante su conmutación por otra de menor gravedad, atendidas razones de justicia, equidad o utilidad pública»⁴⁵. Dicha figura está regulada en la Ley de 18 de junio de 1870 estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto; en el art. 2.3º exceptúa la posibilidad de la obtención del mismo a sujetos reincidentes, salvo que, a juicio del Tribunal sentenciador, “hubiera razones suficientes de justicia, equidad o conveniencia pública”⁴⁶.

b) Limitación para acceder a la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad: el art. 80 CP recoge la posibilidad de dejar en suspenso la ejecución de una pena privativa de libertad cuando el condenado cumpla con una serie de requisitos. Entre ellos, el primer apartado del art. 80.2 establece como primer requisito que el “condenado haya delinquido por primera vez”, excepto en los casos en que los antecedentes penales lo sean por delitos leves, imprudentes, que estén cancelados o que debieran serlo con arreglo al art. 136 CP y aquellos que no tengan la relevancia suficiente para prever la comisión de nuevos delitos. Si bien es cierto que el concepto de delincuente primario no es tal, pues se incluye en la definición a personas que tienen antecedentes penales en vigor, también es cierto que la definición no coincide con la de reincidencia, o dicho de otra manera, la concurrencia de la agravante de reincidencia puede ser un serio obstáculo para que el Juez considere que se cumple esta primera condición referida al delincuente primario. Que no son conceptos sinónimos se reconoce claramente en la SAP de Madrid 935/2018, de 25 de junio, cuando se afirma que “si bien es cierto que participan de una nota común -la realización anterior de uno o varios delitos que condicionan la concesión del beneficio o la apreciación de la agravación- no es menos cierto que mientras el art. 22.8 C.P, establece que la realización de cualquier delito no comporta la concurrencia de reincidencia - sólo los comprendidos en el mismo Título de imputación y que participen de la misma naturaleza- en cambio el concepto de

⁴⁵ GARCÍA SAN MARTÍN, *Indulto*, 2015, 21 y ss.

⁴⁶ Art. 2.3º de la Ley de 18 de junio de 1870, estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto, dispone “Los reincidentes en el mismo o en otro cualquiera delito por el cual hubiesen sido condenados por sentencia firme. Se exceptúa, sin embargo, el caso en que, a juicio del Tribunal sentenciador hubiera razones suficientes de justicia, equidad o conveniencia pública para otorgarle la gracia”. Ha de advertirse que en esta Ley se está utilizando un concepto de reincidencia que no coincide con la formulada en el art. 22.8 CP, pues se refiere al reincidente en el mismo o en cualquier otro delito.

delincuente primario viene determinado por la realización indistinta de cualquier delito siempre que éste sea doloso”. Es evidente que ser reincidente supone un obstáculo a la obtención de la suspensión de la pena, pues el sujeto con su reincidencia demuestra con más fuerza su rebeldía al cumplimiento de la norma y, además, porque comete delitos de la misma naturaleza, puede resultar un indicativo de una mayor peligrosidad. Dicho esto, cabe recordar que la suspensión o no de la ejecución de la pena privativa de libertad es una decisión facultativa del Juez o Tribunal y, a la vista de la definición de delincuente primario, y la previsión contenida en el art. 94 sobre el límite claramente a la suspensión, cuando el sujeto es reo habitual, en la actualidad la reincidencia no es un impedimento absoluto a la concesión de la suspensión, aunque sí la dificulta⁴⁷:

c) Interrupción del plazo de prescripción de la pena. La prescripción, en sus modalidades del delito y de la pena, es una causa de extinción de la responsabilidad criminal regulada en los arts. 130 y ss CP. La segunda es en la que puede tener relación con la agravante de reincidencia, ya que, conforme a lo establecido en el art. 134 CP, una vez concedida la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, durante el periodo de prueba se suspende el plazo para la prescripción de la pena, lo que influye indirectamente también, retrasándolo (al menos inicialmente), el plazo para la cancelación de los antecedentes penales y, por tanto, para la anulación de la reincidencia⁴⁸.

d) Toma en consideración para la prisión provisional: Cuando un detenido es puesto a disposición judicial, el Juez deberá decidir sobre la necesidad de decretar o no la prisión provisional. Para tomar esa decisión se deberá estar a los requisitos previstos para ello en el art. 503 LECrim; uno de los factores a tener en cuenta es el de los antecedentes penales del sujeto. Por tanto, si un sujeto ha sido detenido por un delito de robo con violencia y le constan antecedentes penales por el mismo delito, el Juez acordará la prisión provisional⁴⁹ ya que, de lo contrario, implicaría un riesgo evidente de reiteración delictiva⁵⁰.

⁴⁷ V., por ejemplo, la SAP Ávila 99/2019, de 5 de noviembre.

⁴⁸ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La reincidencia*, 1999, 317.

⁴⁹ SOTO RODRÍGUEZ, *La reincidencia*, 2018, 7.

⁵⁰ En este mismo sentido se ha pronunciado la SAP Cádiz 181/2019, de 29 de mayo; y la SAP Granada 507/2019, de 8 de agosto.

2. Figuras afines

2.1. La reincidencia cualificada o “multirreincidencia”

La LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, incorpora nuevamente a nuestro ordenamiento jurídico la agravante de multirreincidencia. Esta figura había sido suprimida del CP anterior por la LO 8/1983, de 25 de junio, justificando ello en diversas razones: por ser contraria al principio *non bis in idem*; por haber resultado ineficaz como solución a la profesionalidad delictiva y, finalmente, porque daba lugar a imponer una pena que superaba los límites de castigo respecto de una figura delictiva concreta⁵¹. Sin embargo, la LO 11/2003 la incorpora nuevamente al CP; en la Exposición de Motivos se recurre al argumento de que es la solución para actuar frente a una realidad social en la que no existía, prácticamente, una respuesta penal para aquellos sujetos que cometen pequeños delitos en un gran número de ocasiones, debido a la escasa cuantía individualizada de dichos delitos.

Etimológicamente la palabra ‘multi’ proviene del latín y significa ‘numeroso’, por tanto, podríamos definirla como una circunstancia agravante que se podrá aplicar como consecuencia de “numerosas reincidencias”, es decir, que estamos ante una nueva circunstancia agravante de reincidencia cualificada por el número de delitos cometidos. Dicho esto, y en palabras de PUENTE SEGURA⁵², el legislador «lejos de retirar del catálogo de agravantes la circunstancia de reincidencia, ha dado en crear una redundante hermana mayor».

En relación a su nueva regulación, ha sido objeto de algunas críticas, como la formulada por GUIASOLA LERMA⁵³, quien sostiene que esta regulación denota “un

⁵¹ Estos son los argumentos esgrimidos para su supresión en la Exposición de Motivos de la LO 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del CP: “se suprimen los efectos agravatorios de la multirreincidencia, establecidos hasta ahora en el artículo 61, 6., del Código Penal. Distintas son las razones que aconsejan esta importante reforma, pero se pueden condensar en las siguientes: La 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 sola ocasión, se ha mostrado además como poco eficaz solución en el tratamiento de la profesionalidad o habitualidad delictiva; a ello se une la intolerabilidad de mantener una regla que permite llevar 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”.

⁵² PUENTE SEGURA, *La multirreincidencia*, accesible en https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=403309.

⁵³ GUIASOLA LERMA, *Reincidencia*, 2008. 93.

injustificado rigor punitivo, permitiendo de nuevo la posibilidad –cerrada desde 1983– del desbordamiento penal, lo que conduce a una pena desproporcionada respecto de la gravedad del hecho”. En la misma línea crítica a su recuperación en la reforma de 2003, ROIG TORRES⁵⁴ considera que “nos genera suspicacias que una medida que se mostró infructuosa, en la actualidad sea capaz de conseguir el fin preventivo que se pretende, cuando además su introducción no parecía estar respaldada por ningún estudio empírico que denotara un cambio en las circunstancias”.

La multirreincidencia no aparece en el art. 22 CP, dedicado a la descripción de las circunstancias agravantes genéricas, sino que se regula como una circunstancia genérica que agrava la pena en el apartado quinto del art. 66.1 CP⁵⁵. De la lectura de este precepto podemos destacar que, al igual que la reincidencia del art. 22.8 CP, las condenas necesarias para poder apreciarla deben ser ejecutorias, deben haber recaído por delitos previstos en el mismo Título y que estos posean la misma naturaleza.

Sin embargo, se perciben importantes diferencias entre las dos circunstancias agravantes. La primera, el efecto penológico, pues la regla de determinación de la pena prevista para la multirreincidencia es de aplicación facultativa por parte del Juez, quien deberá tener en cuenta para ello tanto “las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido”; si decide no utilizar esta regla facultativa, entonces apreciará la regla sobre la concurrencia de una circunstancia agravante, esto es, la multirreincidencia se convierte a efectos de pena en la agravante de reincidencia.

Otra diferencia la encontramos respecto de sus efectos, pues la multirreincidencia puede suponer la imposición de una pena superior en grado, mientras que la reincidencia supone la imposición de la pena prevista por la ley en su mitad superior. Probablemente este sea el extremo más controvertido de aquella circunstancia agravante, dado que la constitucionalidad de la reincidencia pende de que la condena no supere los límites establecidos de la pena genérica para el delito en concreto, es por ello

⁵⁴ ROIG TORRES, en: ORTS BERENGUER (coord.), *DP de la peligrosidad*, 2015, 347.

⁵⁵ El art. 66.1.5ª CP dispone lo siguiente: “Cuando concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido. A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo”.

que cabe esperar que se plantee la posible inconstitucionalidad de la multirreincidencia⁵⁶.

Por otra parte, hay que destacar que, dada su ubicación sistemática dentro de las reglas de determinación de la pena y fuera del catálogo de circunstancias agravantes del art. 22 CP⁵⁷, esto genera “dudas acerca de su verdadera naturaleza jurídica, es decir, si es una circunstancia agravante como la reincidencia o tiene una naturaleza distinta”⁵⁸. Dicho esto, esta ubicación podría deberse simplemente a un error del legislador, ya que perfectamente podría haberse previsto como un complemento al apartado octavo del art. 22 CP⁵⁹. Sin embargo, en opinión de AGUDO FERNÁNDEZ⁶⁰, esto podría no ser producto de una equivocación, y, con esta ubicación, el legislador estaría en favor de aquellas corrientes que sostienen que el fundamento de esta agravante “no se debe buscar en una mayor gravedad del injusto realizado culpablemente, sino más bien en una tendencia de la personalidad del autor que le hace así acreedor de más pena por razones exclusivamente vinculadas con necesidades de tipo preventivo-especial”.

Pero la multirreincidencia no solo se regula, con carácter general, en el art. 66.1.5^a CP; en la última reforma de 2015 se ha optado por regular de manera específica, con un tratamiento penológico diferente, la multirreincidencia en varios delitos en particular, común a todos ellos es que son delitos contra el patrimonio: en el art. 235.1.7^a CP⁶¹ respecto del delito de hurto, en el art. 240.2, respecto del delito de robo con fuerza en las cosas, en el art. 250.1.8^a CP en relación con el delito de estafa, y, finalmente, en los arts. 252.1 y 253.1 CP en relación con los delitos de administración desleal y apropiación indebida respectivamente.

Estos tipos específicos presentan importantes diferencias respecto de la genérica agravante de multirreincidencia. Esta última presenta un grado de discrecionalidad en su aplicación muy importante, en cuanto a que su aplicación es facultativa por parte del

⁵⁶ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 10^a, 2019, 470.

⁵⁷ ALCOCER POVIS, *La reincidencia*, 2016, 189.

⁵⁸ AGUADO LÓPEZ, *Multirreincidencia*, 2008, 33.

⁵⁹ Plantea esta hipótesis AGUDO FERNÁNDEZ, *Principio de culpabilidad*, 2005, 592.

⁶⁰ AGUDO FERNÁNDEZ, *Principio de culpabilidad*, 2005, 593.

⁶¹ Art. 235.1.7^a: “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. No se tendrán en cuenta antecedentes cancelados o que debieran serlo”.

⁶² Art. 250.1.8^a: “Al delinquir el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en este Capítulo. No se tendrán en cuenta antecedentes cancelados o que debieran serlo”.

juzgador; sin embargo, para los tipos específicos se recoge la expresión *será castigado*, por ello, cuando concurren los requisitos para su apreciación el Juez debe aplicarla, con los efectos penológicos que de ello se deriva.

Pero el punto más controvertido en la regulación específica de la multirreincidencia en estos delitos contra el patrimonio es que, a la vista de su redacción literal, para su apreciación no se ha excluido la posibilidad de computar las anteriores condenas por la comisión de delitos leves. No obstante, pese a la literalidad de los preceptos antes mencionados, el TS ha optado por una interpretación sistemática en el mismo sentido con lo dispuesto con carácter general en el art. 22.8ª para la agravante de reincidencia, pues la multirreincidencia no deja de ser una especie de esta. Así, en la STS 481/2017, de 28 de junio, con buen criterio, ha rechazado la posibilidad de que los delitos leves puedan ser tenidos en cuenta a efectos de aplicar esta circunstancia.

2.2. *La habitualidad delictiva*

La habitualidad delictiva y la reincidencia tienen en común la realización de varios hechos delictivos cometidos por un mismo sujeto. Sin embargo, la diferencia estriba en que la reincidencia es un concepto estrictamente jurídico, requiere la concurrencia de una serie de requisitos y tiene como principal, pero no único, efecto el de la agravación de la pena; en cambio, la habitualidad delictiva es un concepto criminológico. Así se ha reconocido en la STS 856/2014, de 26 de diciembre, al indicar que “la habitualidad debe entenderse como concepto criminológico-social, no como concepto jurídico-formal por lo que será una conducta habitual la del que actúa repetidamente en la misma dirección con o sin condenas previas, ya que éstas actuarían como prueba de la habitualidad, que también podría demostrarse por otras más”.

Por tanto, para apreciar la reincidencia es necesario que exista una condena ejecutoria previa y que los antecedentes penales no estén cancelados, algo que para la habitualidad no lo es⁶³. En la habitualidad el Juez deberá apreciar en el sujeto una propensión, tendencia o inclinación para cometer delitos, es decir, que la actividad delictiva se ha convertido en un hábito para aquel⁶⁴.

⁶³ SÁNCHEZ GARRIDO, *Delincuencia habitual*, 2015, 80-81.

⁶⁴ SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, *EPC XXXIII* (2013), 99.

El CP recoge distintos tipos de habitualidad delictiva. Una de ellas es la *habitualidad en el actuar del sujeto*⁶⁵ que, a diferencia de la reincidencia, no requiere la existencia de condenas previas y, en cuanto a sus efectos, no produce una agravación de la pena, sino que esa habitualidad funciona como fundamento del hecho delictivo mismo⁶⁶. En cuanto a su regulación, a título ejemplificativo, se encuentra prevista en el art. 173.2 CP que establece “El que *habitualmente* ejerza violencia física o psíquica...” y en el apartado siguiente se recogen una serie de pautas que debe seguir el Juzgador para apreciarla “...se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores”. El precepto omite establecer el número de actos de violencia que han de ser realizados para que pueda apreciarse la habitualidad, y también silencia el *lapsus* temporal a efectos de interpretar que existe o no proximidad⁶⁷.

Esta habitualidad en el actuar también la encontramos en los arts. 284 y 285 CP, en relación a los delitos relativos al mercado y a los consumidores, si bien presentan un escaso protagonismo en los tribunales y, por otro lado, se ha planteado como una circunstancia cualificante de los tipos básicos previstos en los primeros apartados de los dos preceptos mencionados, no son por tanto el elemento que fundamenta la modalidad delictiva. En concreto, su planteamiento como circunstancia cualificante significa que su concurrencia va a tener un efecto agravatorio de la pena, esto es, se impondrá la pena prevista para cada figura delictiva en su mitad superior, lo que significa que tiene el mismo efecto agravatorio que la agravante genérica de la reincidencia.

⁶⁵ Utiliza esta expresión SÁNCHEZ GARRIDO, *Delincuencia habitual*, 2015, 87.

⁶⁶ AGUDO FERNÁNDEZ, *Principio de culpabilidad*, 2005, 453

⁶⁷ Sobre la interpretación de la habitualidad como fundamento del hecho delictivo puede citarse, entre otras, la STS 181/2006, de 22 de febrero: “la habitualidad no se concreta en un determinado número de agresiones, sino en una situación de dominio provocada por la reiteración de una conducta que estatuye una situación de hecho en el que la violencia es empleada como método de establecimiento de las relaciones familiares (...)”. V., también, entre otras, las SSTS 613/2006, de 1 de junio y 607/2008, de 3 de octubre. Con estas explicaciones lo que se quiere señalar es que existe habitualidad si, con la reiteración de actos, el agresor ha creado un clima de sometimiento y humillación provocando terror en las víctimas. En relación con la proximidad temporal de la cantidad de actos de violencia, la jurisprudencia exige que exista una continuidad o permanencia del trato violento v., entre otras, la SAP Barcelona 620/2019, de 23 de julio; y el ATS 750/2017, de 4 de mayo.

Otro tipo de habitualidad delictiva se encuentra en el art. 94 CP⁶⁸ bajo el concepto de ‘reo habitual’. Aquí se está, no ante la forma de actuar del sujeto, reiterando o repitiendo la misma conducta, sino que se está ante un tipo de autor. Esta figura presenta varias diferencias en relación con la reincidencia: primera, no se trata de una definición general, pues solo surte sus efectos en la aplicación del régimen de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, en concreto, para impedir su apreciación, salvo en la modalidad de suspensión prevista para personas que delinquen a causa de su adicción a determinadas sustancias y en la suspensión concedida a personas que padecen una enfermedad muy grave (art. 80.4 y 5 CP). Segunda, no es necesaria la existencia de una condena previa, ya que los delitos que se tomen en consideración pueden estar recogidos en una misma sentencia; tercero, la estimación de reo habitual no supone una agravación de la pena, sino que tiene como efecto la limitación para la obtención del beneficio penal antes mencionado; y cuarto, solo se tomarán en consideración los delitos comprendidos en el mismo capítulo, a diferencia de la reincidencia en la que son tomados en cuenta los comprendidos en el mismo Título y que sean de la misma naturaleza⁶⁹.

La operatividad de este precepto sobre el reo habitual es relativamente alta, sobre todo para condenados por delitos contra la seguridad vial, los más frecuentes en la práctica de los Tribunales. En particular, es muy frecuente la comisión de los delitos de conducción superando una determinada tasa de alcohol y sin permiso de conducir; en estas dos infracciones penales se establecen como penas alternativas las de prisión, multa o trabajos en beneficio de la comunidad. Es práctica habitual de los Tribunales elegir las penas alternativas de multa o de trabajos en la primera o segunda condena por la comisión de una de estas infracciones penales, optando por la imposición de la pena de prisión cuando el sujeto ya es reo habitual. En este momento, pese a ser la primera vez que es condenado a pena de prisión, el hecho de que se trate de un reo habitual impide la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, inclusive la

⁶⁸ Artículo 94 CP: “A los efectos previstos en la sección 2.ª de este capítulo, se consideran reos habituales los que hubieren 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./ Para realizar este cómputo se considerarán, por una parte, el momento de posible suspensión o sustitución de la pena conforme al artículo 88 y, por otra parte, la fecha de comisión de aquellos delitos que fundamenten la apreciación de la habitualidad”.

⁶⁹ AGUDO FERNÁNDEZ, *Principio de culpabilidad*, 2005, 450.

modalidad excepcional prevista en el art. 80.3 CP. Sirva de ejemplo para ilustrar este proceder judicial la SAP Pontevedra 800/2019, de 31 de octubre, en la que se desestima el recurso interpuesto por el sujeto condenado por un delito contra la seguridad vial y que pretendía la suspensión de su pena por la vía del art. 80.3 CP, alegando que, pese a no ser delincuente primario, era la primera vez que se le imponía una pena de prisión; el Tribunal ha considerado irrelevante este extremo ya que “el penado tiene la condición de reo habitual en delitos contra la seguridad vial (art. 94 del CP), pues en los cinco años anteriores a la fecha de la resolución recurrida, 23 de mayo de 2019, consta condenado en cuatro ocasiones por seis delitos contra la seguridad vial”, y que, por tanto, al ostentar dicha condición “la denegación de la suspensión por esta vía debe ser automática”, ya que la cualidad de *reo habitual* hace necesaria la ejecución de la pena para evitar la comisión de nuevos delitos.

2.3. *El delito continuado*

Dentro del catálogo de figuras relacionadas con la pluralidad delictiva que pueden tener alguna semejanza con la reincidencia se encuentra el *delito continuado*, una modalidad de concurso de delitos de creación jurisprudencial y acogida por primera vez ya en el CP anterior tras la reforma aprobada por la LO 8/1983⁷⁰, y cuya definición se recoge actualmente en el art. 74.1 CP⁷¹.

Al igual que la reincidencia, en el delito continuado es necesario que un mismo sujeto cometa varias veces el mismo hecho delictivo, o que realice delitos que sean de la misma naturaleza. Este es el punto en común que comparten ambas figuras, pero difieren en el resto, de entrada, en el delito continuado no es necesario contar con una condena ejecutoria previa, es más, la condena previa impide que ese hecho pueda ser tenido en cuenta para la apreciación de las reglas del delito continuado, pero este es el requisito esencial para poder apreciar la reincidencia⁷².

⁷⁰ MIR PUIG, *PG*, 10ª, 2016, 670.

⁷¹ Art. 74.1 CP: “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado”.

⁷² AGUDO FERNÁNDEZ, *Principio de culpabilidad*, 2005, 445.

En cuanto a sus efectos, de modo similar a la reincidencia, en el delito continuado se impone una pena más gravosa como consecuencia de haber cometido, en un plazo temporal más o menos amplio, más de una infracción de la misma naturaleza y en un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión. Para los delitos contra el patrimonio se ha previsto otro sistema de sanción del delito continuado; según dispone el art. 74.2 CP, se tendrá en cuenta el perjuicio causado y el Juez podrá imponer una pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si se ha perjudicado a una generalidad de sujetos y si el hecho reviste una notoria gravedad (en este último párrafo se está ante una modalidad diferente, el delito masa).

De la lectura del precepto fácilmente podemos extraer los tres requisitos esenciales del delito continuado: la existencia de un plan preconcebido o el aprovechamiento de una idéntica ocasión por parte del sujeto; una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos; la infracción del mismo precepto penal o de preceptos de igual o semejante naturaleza⁷³.

En la STS 367/2006, de 22 de marzo, se ofrece una definición del delito continuado: “una figura del concurso de infracciones punibles que agrupa en un solo delito una serie de acciones homogéneas ejecutadas en distintos momentos temporales pero obedeciendo a una unidad de resolución delictiva” y, a continuación se establecen una serie de requisitos que se deben dar para poder apreciar el delito continuado, “siendo sus requisitos los siguientes: a) pluralidad de hechos diferenciados y no sometidos a enjuiciamiento separado por los Tribunales; b) concurrencia de un dolo unitario que transparenta una unidad de resolución y propósito que vertebrada y da unión a la pluralidad de acciones comisivas, de suerte que éstas pierden su sustancialidad para aparecer como una ejecución parcial y fragmentada en una sola y única programación de los mismos; c) realización de las diversas acciones en unas coordinadas espacio-temporales próximas, indicador de su falta de autonomía; d) concurrencia del elemento normativo de identidad o semejanza del precepto penal infringido, esto es, que todos ellos se dirijan a tutelar el mismo bien jurídico y tengan como sustrato una identidad de normas; e) unidad de sujeto activo; f) homogeneidad en el «modus operandi» por la idéntica o parecida utilización de métodos, instrumentos o técnicas de actuación

⁷³ V., para más detalles, MIR PUIG, *PG*, 10ª, 2016, 672.

afines”⁷⁴. Por tanto, nos encontramos ante seis requisitos de carácter objetivo y solo uno con la consideración de elemento subjetivo, este último es el requisito mencionado en el apartado b), de suma importancia, ya que opera como nexo con el resto de requisitos, es así que este mismo Tribunal ha declarado que “Es este dolo unitario el que da unión a la pluralidad de acciones comisivas y permite que pierdan su sustancialidad, posibilitando con ello que cada comportamiento aparezca como la ejecución parcial de un designio final único”⁷⁵.

Cabe destacar que el legislador en el art. 74.3 CP ha establecido una excepción a la hora de aplicar o no la continuidad delictiva. Como regla general no se puede apreciar la continuidad delictiva cuando las infracciones penales cometidas afectan a bienes jurídicos eminentemente personales, pero se admiten dos excepciones, en delitos contra el honor y la libertad e indemnidad sexual; en estos casos, cuando afecten al mismo sujeto pasivo, será el Juez quien deberá atender a la naturaleza del hecho y al precepto infringido para decidir si aplica o no la construcción del delito continuado.

CAPÍTULO III

EL FUNDAMENTO DE LA REINCIDENCIA COMO AGRAVANTE DE LA PENA

1. Consideraciones previas

Desde la aparición en nuestro DP de la reincidencia como circunstancia agravante, se han formulado por parte de la doctrina numerosas teorías sobre cuál es el fundamento de esta circunstancia agravante, y, también, respecto de su adecuación o no a los principios y garantías que rigen nuestro ordenamiento en el ámbito penal.

De manera similar, en relación a los fundamentos que ofrece la doctrina respecto de la agravante por reincidencia, el máximo órgano jerárquico de nuestro sistema judicial tampoco ha sido claro en cuanto a justificar el aumento de la pena por reincidencia, pues no han sido pocas las ocasiones en que sus argumentos no han coincidido. Pues en sus resoluciones, a lo largo de los años, se ha intentado justificar la

⁷⁴ En el mismo sentido la STS 523/2004, de 24 de abril.

⁷⁵ STS 462/2019, de 14 de octubre de 2019. Y, en ese mismo sentido las SSTS 657/2012, de 19 de julio y 890/2013, 4 de diciembre.

reincidencia recurriendo a diferentes teorías y argumentos planteados doctrinalmente, pero sin lograr un criterio unitario al respecto.

Dicho esto, dada la gran cantidad de tesis formuladas al respecto, sería imposible exponer en este trabajo todas las existentes, es por ello que se hará una breve explicación de las que han tenido mayor impacto.

2. Mayor culpabilidad

La culpabilidad se define normativamente, siguiendo a MIR PUIG⁷⁶, como “un juicio de reproche por la realización del hecho antijurídico cuando era *exigible* obrar conforme al Derecho”.

Partiendo de esta definición, un sector de la doctrina ha defendido el fundamento de la reincidencia desde el incremento o mayor culpabilidad del sujeto que repite el mismo hecho delictivo, desde la consideración de que se está ante un sujeto que muestra una actitud insistente en contravenir el ordenamiento jurídico⁷⁷.

Desde este planteamiento, se argumenta que en el reincidente el juicio de reproche por su hecho delictivo es mayor en comparación con la pena que le fue impuesta por la comisión por el primer delito porque, a pesar de que con la primera sentencia se le ha declarado responsable penal por haber delinquido, y con la pena se le ha advertido de su mal proceder, por tanto, se le ha comunicado que le era exigible el comportamiento conforme a la norma penal, pese a ello ha vuelto a cometer el mismo hecho delictivo, de ahí que su culpabilidad sea mayor⁷⁸.

Recurriendo a este fundamento, CERZO MIR⁷⁹ sostiene que el aumento de pena del reincidente está absolutamente justificado, pues existe una mayor gravedad en la culpabilidad por el hecho, es decir, que la culpabilidad es mayor en el actual delito por cuanto el sujeto ya había sido condenado anteriormente por ese delito. Así, este autor afirma que “La sentencia anterior implicaba no sólo un juicio desvalorativo ético-social sobre la conducta realizada, sino también una advertencia, que desoyó el delincuente”, y

⁷⁶ MIR PUIG, *PG*, 10ª, 2016, 547.

⁷⁷ Sobre este fundamento, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La reincidencia*, 1999, 176. Esta tesis ha sido defendida por RANIERI, citado por la autora acabada de mencionar.

⁷⁸ ALCOCER POVIS, *La reincidencia*, 2016, 41.

⁷⁹ CERZO MIR, *ADPCP* 1996, 39.

además, el sujeto habrá recibido “en principio, si había cumplido la pena, un tratamiento tendente a conseguir su reinserción social”.

Descartan esta explicación sobre la agravación de la pena del reincidente MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, quienes afirman que difícilmente el fundamento de la reincidencia se encuentra en una mayor culpabilidad por el hecho actual, pues sostienen que su “fundamento se encuentra más propiamente, bien en lo recalcitrante de la actitud del sujeto que insiste en la desobediencia a las normas penales, bien en su mayor peligrosidad”⁸⁰.

En ocasiones esta ha sido la tesis utilizada por el TS para fundamentar la reincidencia, pues entiende que, con el nuevo delito, el reincidente presenta “un plus de culpabilidad inferible del modo como el hecho fue realizado”⁸¹. De conformidad con esto, el reincidente va a ser merecedor de una condena superior a la de aquel que comete el mismo delito por primera vez en cuanto a que “La individualización de la pena debe ser proporcional a la culpabilidad manifestada en la conducta de quien, habiendo sido sancionado con anterioridad por un hecho semejante, reincide en él añadiendo así un plus de antijuridicidad y reprochabilidad”. Y, por otro lado, no estima que en estos casos se incurra en un trato discriminatorio, pues entre el delincuente primario y el reincidente se dan culpabilidades diferentes⁸².

3. Mayor peligrosidad

Cuando hablamos de peligrosidad nos estamos refiriendo a la mayor o menor expectativa que existe sobre la posibilidad de que el sujeto cometa o vuelva a cometer hechos delictivos (distinguiendo así la peligrosidad criminal predelictiva y postdelictiva)⁸³.

Porque la agravante de reincidencia tiene aplicación cuando el sujeto vuelve a cometer un hecho delictivo de la misma naturaleza, para un sector de la doctrina⁸⁴ el

⁸⁰ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 10ª, 2019, 469.

⁸¹ Este es el fundamento defendido en la STS N.º de recurso 3312/1991, de 9 de julio de 1993.

⁸² Sobre este mismo fundamento, v. también la STS 239/1996, de 13 de marzo.

⁸³ CÁMARA ARROYO, *El concepto de peligrosidad criminal y para qué se utiliza*, 2016, accesible en <https://www.unir.net/derecho/revista/noticias/que-significa-el-concepto-de-peligrosidad-criminal-y-para-que-se-utiliza/549201507637/>.

⁸⁴ BACIGALUPO ZAPATER sostiene que la explicación de la reincidencia reside en la mayor peligrosidad de su autor, pues la repetición de un comportamiento delictivo, es “indicativa de la tendencia

fundamento de la agravación de la pena reside en la mayor peligrosidad criminal del sujeto. Por este motivo, se admite que el Estado debe actuar con un mayor rigor frente a aquellos sujetos que, por su historial delictivo, denotan una mayor peligrosidad.

El sujeto reincidente presenta una mayor peligrosidad que la existente en un delincuente primario, pues la comisión de un segundo delito por aquel supone una prueba que pone de manifiesto su peligrosidad, es decir, la probabilidad de que vuelva a cometer un delito y, por tanto, esta circunstancia lo hace merecedor de una pena superior.

Sin embargo, esta tesis no ha sido ajena a las críticas, principalmente porque hay que tener en cuenta que de modo alguno puede sostenerse una presunción *iuris et de iure* de que un reincidente es automáticamente peligroso⁸⁵, además, este argumento sería opuesto a nuestro DP de la culpabilidad, en el cual la pena se basa en la culpabilidad del sujeto y no en su peligrosidad. Por otro lado, si se defiende que la agravación por reincidencia debe fundamentarse en la peligrosidad del sujeto, y no en su culpabilidad, las medidas de seguridad deberían ser el mecanismo a utilizar por el Estado para castigar tales comportamientos⁸⁶.

La mayor peligrosidad del reincidente sirvió, en más de una ocasión, para que el TS justificara el aumento de la pena al sujeto que recaía en la comisión de un delito. Argumentaba que la agravante de reincidencia no era contraria a los principios consagrados en la CE, pues reunía todos los requisitos del principio de legalidad y no vulneraba de ninguna manera el principio *non bis in ídem*, dado que “se trata, no de sancionar un mismo hecho dos veces, sino simplemente de tener en cuenta un mayor índice (o plus) de peligrosidad a la hora de medir la pena a imponer”⁸⁷.

Sin embargo, esta justificación es rechazada por el TC, pues este órgano dispone que el aumento de la pena del reincidente ni se puede fundamentar en el fracaso del “tratamiento penitenciario del anterior o anteriores delitos” ni pretender con ello combatir “el estado peligroso”. Por tanto, se opone a que el fundamento de la

del autor y, por lo tanto, de otros posibles ataques a bienes jurídicos, o sea, de su peligrosidad”. BACIGALUPO ZAPATER, *Justicia Penal*, 2002, 118.

⁸⁵ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La reincidencia*, 1999, 175.

⁸⁶ MONGE FERNÁNDEZ, *La reincidencia*, 2009, 109.

⁸⁷ STS N.º 519 de 17 de febrero de 1992. (Roj: STS 15016/1992).

reincidencia resida en la mayor peligrosidad del sujeto, y tal rechazo se advierte cuando se pronuncia acerca de la constitucionalidad de la misma en relación a su adecuación con el principio de interdicción de la arbitrariedad. Así, se afirma que “la tesis de que la agravación de la pena por reincidencia viola el principio de interdicción de la arbitrariedad, por cuanto que con ello se combate un estado peligroso, tiene como presupuesto previo la toma de postura doctrinal del Juez acerca de que la agravante (...). se basa en la peligrosidad del reincidente, y, en consecuencia, se incide también en este concreto punto en el error de utilizar, como parámetro de constitucionalidad, una determinada concepción dogmática de la agravante cuestionada”⁸⁸.

En la actualidad, el TS parece que ha retomado el argumento de justificar la reincidencia en la mayor peligrosidad del sujeto, que se manifiesta en su tendencia delictiva. Así, en la STS 155/2019, de 26 de marzo, se argumenta que “el fundamento de la reincidencia es la mayor peligrosidad que se acredita en el sujeto por su inclinación a cometer la misma clase de delito, por lo que el *plus* de punición se justifica por una razón de prevención especial orientada a la reforma de aquella inclinación”.

4. Insuficiencia de la pena impuesta

Desde esta tesis se sostiene que la razón de penar más gravemente al reincidente reside en que el castigo que se le impuso por la comisión del anterior delito no ha sido suficiente para impedir que el sujeto vuelva a delinquir, es decir, no ha tenido suficiente efecto intimidatorio y, por supuesto, tampoco ha logrado el efecto resocializador. Porque desde esta tesis se llega a señalar que “una eficacia teórica sobre la corrección del delincuente, que al demostrarse prácticamente nula por la nueva infracción, determina *ipso facto* la necesidad de una nueva dosis punitiva mayor”⁸⁹.

Esta tesis ha sido defendida por CARRARA⁹⁰, con el argumento de que la pena ordinaria prevista por la ley para el delincuente primario resulta insuficiente, negando además que con su apreciación se esté vulnerando el principio de *non bis in ídem*, pues con ella no se está volviendo a valorar un delito anterior ya *saldado*.

⁸⁸ STC 150/1991, de 4 de julio.

⁸⁹ Sobre este fundamento v. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios CP*, 2ª, 1966, 238.

⁹⁰ CARRARA, citado por MIR PUIG, *La reincidencia*, 1974, 432.

Conforme a este fundamento, el autor italiano considera que la ley presume dos cosas: 1) la pena ordinaria contiene el suficiente grado de intimidación para evitar que los sujetos delincan; 2) que, en el hipotético caso de que algún ciudadano cometa algún delito, “la experiencia de la pena ordinaria será suficiente para evitar la recaída”. Pues bien, en caso de que el sujeto recaiga en el delito, esta doble presunción deja de surtir efectos en él y, por tanto, queda justificada la imposición de una pena más grave, pues con el reincidente la pena anterior no ha sido lo suficientemente eficaz para su rehabilitación, es decir, que su reincidencia ha evidenciado la *ineficacia relativa* de la pena impuesta por el primer delito⁹¹.

Sin embargo, partiendo de la base de que la culpabilidad no puede verse superada por la pena, no resulta conveniente la imposición de una pena más grave por el hecho de ser reincidente, tampoco recurriendo a una justificación principalmente *preventiva*, por tanto, parece que esta teoría no se sostiene⁹².

Por otro lado, cabe mencionar que, conforme a lo dispuesto en el art. 22.8ª CP, no es un requisito necesario para apreciar la reincidencia que el sujeto haya cumplido efectivamente la pena impuesta. Por ello, esta tesis no se adapta a la regulación vigente de esta figura⁹³.

En ocasiones el TS también ha fundamentado algunas de sus resoluciones en esta teoría, pues en ellas ha estimado que la anterior condena del sujeto ha resultado ineficaz para su rehabilitación y, por ello, es necesario agravar su pena por la comisión del delito actual. Así, en la STS 9722/1994, de 22 de junio, se argumenta que “La agravación es una 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 o del efecto intimidativo de la condena”.

En la misma línea, en la STS de 12 de julio de 1993⁹⁴ se añade que “La finalidad reeducativa de la pena (art. 25 de la Constitución) lo justifica también puesto que la

⁹¹ CARRARA, citado por MIR PUIG, *La reincidencia*, 1974, 433.

⁹² MONGE FERNÁNDEZ, *La reincidencia*, 2009, 103.

⁹³ AGUDO FERNÁNDEZ, *Principio de culpabilidad*, 2005, 494.

⁹⁴ STS N.º 2.592, de 12 de julio de 1993. (Roj: STS 13833/1993).

pena del delito anterior fue ineficaz a tal efecto (...) y ello aconseja el refuerzo sancionador de la nueva infracción penal por ésta en sí, no como segunda pena del delito precedente”.

Más recientemente, la STS 2133/2002, de 16 de diciembre, ha justificado la reincidencia en esta teoría, al argumentarse que “la respuesta punitiva anterior que dispensó el ordenamiento jurídico no cumplió con la finalidad de la pena, y el delito fue nuevamente cometido, razón por la cual el legislador prevé en tal caso una circunstancia modificativa que supone un agravamiento de la penalidad que resulte aplicable”.

5. Mayor alarma social

Parte de la doctrina considera que el fundamento de la reincidencia reside en la alarma social o la protección de la sociedad, es decir, que la reincidencia funciona como un instrumento para difundir tranquilidad en la población y evitar la comisión de nuevos delitos⁹⁵. Por tanto, el Estado va a sancionar con un mayor castigo a todas aquellas conductas reincidentes, pues entiende que el posterior delito del reincidente denota una mayor gravedad, ya que los ciudadanos sienten un mayor temor frente a la posibilidad de la comisión de nuevos delitos.

Esta tesis, de carácter eminentemente político-criminal, trae causa del fundamento que ha otorgado a la reincidencia ZANAEDELLI, quien ha afirmado que el fundamento reside en la mayor *alarma social* que provoca el reincidente, pues “El mal del delito no es sólo físico, sino también social y político y, por tanto, la circunstancia subjetiva de la mayor perversidad del agente se convierte en circunstancia objetiva del delito, acrecentando el temor de los buenos y ofreciendo el pernicioso ejemplo del obstinado desprecio por la Ley”⁹⁶.

No resulta muy acertado el recurso a esta explicación sobre el fundamento sobre la agravante de reincidencia, pues no parece que pueda sostenerse la idea de que la alarma social sea el fundamento, sino un efecto de esta última. Por otro lado, la gravedad del segundo delito cometido por el reincidente puede ser menor o mayor, y

⁹⁵ Sobre este fundamento, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La reincidencia*, 1999, 185.

⁹⁶ V., para más detalles, ZANAEDELLI, citado por MIR PUIG, *La reincidencia*, 1974, 441, y por AGUDO FERNÁNDEZ, *Principio de culpabilidad*, 2005, 499.

por consiguiente, el grado de alarma social originado será diferente, e incluso, puede ni siquiera producir este efecto, si la gravedad del segundo delito es mínima⁹⁷.

6. Mayor gravedad de lo injusto

El más reconocido defensor de esta tesis ha sido MIR PUIG⁹⁸ en la década de los setenta del siglo pasado.

Lo injusto puede definirse como la exteriorización de una conducta antijurídica, es decir, aquel comportamiento contrario a la norma penal. Sin embargo, para no quedarse con una definición de injusto meramente formal, esta definición ha de completarse atendiendo al contenido material, esto es, cuando el sujeto realiza un hecho injusto su conducta supone la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, el que está siendo protegido por la norma vulnerada⁹⁹.

Para los defensores de este fundamento, como consecuencia de la comisión de un nuevo delito el reincidente está contraviniendo dos normas, una, la que tipifica la conducta delictiva, y otra, la que exige la obligación de no cometer nuevos delitos¹⁰⁰. Por ello, el reincidente muestra un mayor grado de “desprecio y rebeldía frente a los valores jurídicos que tuvo ocasión de conocer”, es decir, que este sujeto merece un mayor castigo, pues su anterior condena debería haberle servido como motivación suficiente para no cometer nuevos delitos¹⁰¹.

El reincidente actúa con pleno conocimiento de que su conducta es antijurídica, pues su condena anterior tiene este efecto claramente en su conciencia y, en consecuencia, debe considerarse como causa suficiente para elevar su pena¹⁰².

Este fundamento no es compartido por MONGE FERNÁNDEZ¹⁰³, quien afirma que no es posible justificar la agravante de reincidencia en una mayor gravedad de lo injusto, pues “no se aprecia en el nuevo delito un aumento en el desvalor de la acción, ni

⁹⁷ MIR PUIG, *La reincidencia*, 1974, 441.

⁹⁸ MIR PUIG, *La reincidencia*, 1974, 523 y ss.

⁹⁹ ALCOCER POVIS, *La reincidencia*, 2016, 21.

¹⁰⁰ Además del autor antes mencionado defiende este fundamento ALCOCER POVIS, *La reincidencia*, 2016, 22.

¹⁰¹ Sobre este fundamento MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La reincidencia*, 1999, 180 s.

¹⁰² MIR PUIG, *La reincidencia*, 1974, 532.

¹⁰³ MONGE FERNÁNDEZ, *La reincidencia*, 2009, 122.

tampoco en el desvalor del resultado, tratando de justificarlo, simplemente en la existencia de una condena previa”.

Además, cabe destacar que, en nuestra actual regulación de la reincidencia, no es necesario el cumplimiento total o parcial de la condena anterior para poder apreciarla. Por ello, difícilmente se puede reprochar una actitud de desprecio y rebeldía frente a la advertencia de la condena a aquellos reincidentes que, porque fueron condenados a penas de multa, o porque se han beneficiado de la suspensión de su pena, no han sufrido las “consecuencias de la condena”, pese a haber experimentado el proceso judicial¹⁰⁴.

También se ha señalado que el argumento referido a que el reincidente muestra con su conducta el desprecio y desobediencia a la norma infringida supone justificar el aumento de la pena atendiendo a una actitud interna del sujeto¹⁰⁵. Hasta el punto que se ha llegado a afirmar que, con este fundamento, se está prescindiendo del garantista DP del hecho y, en su lugar, se sustituye por el DP de la actitud interna¹⁰⁶.

Este argumento también ha sido utilizado por el TS para justificar el aumento de la pena al reincidente. Así, en la STS 5311/1992, de 1 de julio, se ha afirmado que el legislador ha creado esta figura con el fin de poder “valorar el contenido del injusto y su consiguiente castigo” cuando el sujeto ha recaído en el delito. Y en la STS de 9 de marzo de 1992 se justifica el incremento de la pena en el sujeto reincidente porque resulta razonable en cuanto “la lesión de un bien jurídico es más grave cuando es repetida”.

7. Repetición de infracciones

Un sector doctrinal sostiene que el fundamento de la agravación de la pena por reincidencia se basa en la mayor gravedad del nuevo delito, pues este supone una mayor culpabilidad por el hecho, pero no se está ante una mayor culpabilidad del sujeto¹⁰⁷.

Partiendo de esta premisa, se ha tratado de explicar la reincidencia con diferentes argumentos. Por un lado, se ha aludido a la modificación psicológica que sufre el reincidente como consecuencia de la comisión de su anterior delito, pues tal

¹⁰⁴ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La reincidencia*, 1999, 181.

¹⁰⁵ V., más ampliamente, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La reincidencia*, 1999, 182.

¹⁰⁶ ALONSO ÁLAMO, *Las circunstancias del delito*, 1981, 673.

¹⁰⁷ Sobre este fundamento, MIR PUIG, *La reincidencia*, 1974, 463.

modificación contribuye de forma directa a perpetrar la posterior infracción; el anterior delito genera una especie de indicio de *principio de hábito delictivo* que proporciona al reo una “mayor facilidad” para cometer posteriores infracciones penales¹⁰⁸.

Desde otro argumento se recurre al carácter imperativo de la ley penal, es decir, la obligación que tienen los ciudadanos en no contravenir lo dispuesto en ella, y, por tanto, las penas deben estar orientadas al cumplimiento de la ley o, dicho de otra forma, dirigidas a castigar la “desobediencia de la acción humana”. El hecho delictivo será más grave y, por tanto, merecedor de una pena superior, cuando en la infracción penal concurre la cualidad de reincidente en su autor, pues presentará una mayor gravedad y culpabilidad que aquel acto que no esté influido por este elemento subjetivo, es decir, que su autor se trate de un delincuente primario¹⁰⁹.

8. Mayor perversidad o hábito a delinquir

Una parte de la doctrina ha justificado esta agravante en una mayor perversidad del delincuente o en su hábito a delinquir.

La perversidad en estos casos es entendida como aquella personalidad que posee un sujeto con una determinada inclinación criminal. Por tanto, parte de la doctrina ha sostenido que el reincidente es merecedor de un mayor castigo como consecuencia de su carácter o personalidad perversa. Sin embargo, en la actualidad, la tendencia a delinquir se exterioriza en el historial delictivo del sujeto y no en su personalidad *perversa*, por ello, esta corriente ha visto conveniente remplazar el término de *perversidad* por uno más apropiado como el de *habitualidad*¹¹⁰.

Así, en un primer momento se ha justificado la reincidencia en la perversidad del sujeto, deducida de la persistencia que mostraba el reo en contravenir las normas penales, aun cuando el sujeto ya había sido castigado por un delito anterior. A este argumento ha recurrido LARDIZÁBAL Y URIBE¹¹¹, quien sostenía que reincidir en un delito “supone el ánimo más pervertido y obstinado en el mal, y puede llegar a tanto,

¹⁰⁸ El argumento es planteado por ALLEGRA, y es admitido en sus líneas generales por DELL’ANDRO, citados en MIR PUIG, *La reincidencia*, 1974, 463, 468 s.

¹⁰⁹ El argumento es defendido por PETROCCELI, citado por MIR PUIG, *La reincidencia*, 1974, 465.

¹¹⁰ Sobre este fundamento, y como ha cambiado su formulación, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La reincidencia*, 1999, 183.

¹¹¹ LARDIZÁBAL Y URIBE, *Discurso sobre las penas*, 2003, 38.

que sea incorregible el delincuente, en cuyo caso la pública utilidad pide que se agrave la pena; pero guardando siempre la debida proporción y analogía con la naturaleza del delito”.

Posteriormente, PACHECO¹¹² ha comenzado a conectar el concepto de perversidad con el de habitualidad, al afirmar que el castigo superior por reincidencia se justifica en “Fúndase en la mayor perversidad que esa reincidencia arguye en el reo; fúndase en el hábito que éste va adquiriendo de caer en determinado delito”. Finalmente, es JIMÉNEZ DE ASÚA¹¹³ quien vincula ambos conceptos, pues este sostiene que *la reincidencia* es un concepto en desuso y que para referirse a la inclinación criminal es más apropiado el término *delincuencia habitual*.

Un sector de la doctrina combina esta tesis con la de la *insuficiencia de la pena impuesta*. Así, conforme a esta tesis mixta, si un sujeto ya ha sido condenado por la comisión de un delito, con la consiguiente experiencia de haber sufrido un castigo por ello y, pese a esto, no se reforma y vuelve a recaer en una infracción penal similar, está manifestando una mayor perversidad y, por tanto, ha adquirido un hábito criminal respecto de ese tipo de delitos¹¹⁴.

Esta teoría ha sido en ocasiones alegada por el TS para justificar una pena más grave para el sujeto que recae en un delito. Así, en la STS de 20 de enero de 1970 se afirmaba que “la base teleológica justificante de esta específica agravante, que no es otra, que sancionar con mayor rigor a quien repite el mismo o semejante tipo de infracciones penales, demostrando una marcada tendencia delictuosa”, entendiéndose que no sería ilógico sancionar de forma más grave a “quien demuestra esta persistente inclinación a cometer determinadas infracciones delictivas”¹¹⁵. A la misma tesis se ha recurrido en la STS de 28 de mayo de 1994, donde se ha planteado la posible incompatibilidad con el principio de igualdad consagrado en el art. 14 CE; en esta ocasión se ha afirmado que “su existencia obedece a criterios objetivos acogidos por el

¹¹² PACHECO, *El CP*, 5ª, 1981, 253.

¹¹³ Para este autor la habitualidad desplazará al vetusto concepto de reincidencia, pues “ya no interesa tanto la repetición de un delito, y vale más el indicio de peligrosidad, la tendencia arraigada al crimen, que acaso un primer acto delictivo es capaz de revelar” JIMÉNEZ DE ASÚA, *Principios de DP*, 1985, 538.

¹¹⁴ V. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La reincidencia*, 1999, 186.

¹¹⁵ STS de 20 de enero de 1970 (Roj: STS 1911/1970).

legislador con el fin de dar un trato punitivo distinto, apreciando así supuestos también distintos, a delincuentes contumaces y reincidentes, a diferencia de los ocasionales y primarios, sin que ello suponga un trato discriminatorio para los que reinciden en la comisión de delitos”¹¹⁶.

Más recientemente, en esta misma línea se ha defendido que la reincidencia no supone imponer penas más elevadas por haber cometido antes uno o varios delitos, sino “que hay que sancionar con pena más grave a quien, por la repetición de hechos delictivos de la misma clase, revele una inclinación a cometerlos”, añadiendo que “el plus de punición se justifica por una razón de prevención especial orientada a la reforma de aquella inclinación, por más que, desde otra perspectiva más criminológica, la reincidencia acredite el fracaso de la respuesta carcelaria”¹¹⁷.

9. Necesidad preventiva de la pena

Para SALINERO ALONSO¹¹⁸, la particularidad de la reincidencia, respecto del resto de circunstancias agravantes recogidas en el CP español, es que su fundamento no reside en la “graduación del injusto ni de la culpabilidad”, sino que su regulación obedece a razones de política criminal, orientadas a la mayor necesidad de prevención especial como consecuencia de la tendencia delictiva del reo evidenciada por la recaída de este en un determinado delito.

En este mismo sentido, algunos autores sostienen que es totalmente razonable una explicación político-criminal al fundamento de la reincidencia, pues se trata de una agravante que tiene un gran valor simbólico social¹¹⁹.

¹¹⁶ STS de 28 de mayo de 1994 (STS 19382/1994). Este mismo argumento fue recientemente adoptado por la SAP de Santander 136/2016, de 16 de junio, en la que se resolvió que “Tampoco la apreciación de la agravante de reincidencia en el delito de conducción bajo los efectos del alcohol vulnera el principio non bis in ídem, ni atenta contra los principios de proporcionalidad de las penas y de igualdad, pues su extensión obedece a criterios objetivos acogidos por el legislador con la finalidad de dar un trato punitivo distinto a delincuentes contumaces y reincidentes a diferencia de los ocasionales y primarios”.

¹¹⁷ STS 1020/2006, de 5 de octubre de 2006.

¹¹⁸ SALINERO ALONSO, *Teoría general de las circunstancias*, 2000, 78 y ss.

¹¹⁹ En este sentido QUINTERO OLIVARES sostiene que “ningún país está en condiciones sociales de aceptar la irrelevancia de la reincidencia, aún a conciencia de que el recurso agravado a la cárcel no va a ser de especial utilidad para reducir la criminalidad. El valor simbólico social de la agravación de la pena pasa pues por encima de cualquier otra consideración”. QUINTERO OLIVARES, *PG*, 2005, 728 y 729.

Sin embargo, ASÚA BATARRITA¹²⁰ considera que, pese a que la regulación de la reincidencia en el CP sugiera esa política criminal de prevención especial, no puede admitirse que se utilice el incremento de la pena para atender a tales finalidades, pues estas “sólo pueden desplegar su juego dentro de los límites marcados por la gravedad de la culpabilidad o responsabilidad penal del sujeto en función del hecho cometido”.

10. Teoría que niega su eficacia agravatoria

Tras analizar las teorías más difundidas sobre el fundamento de la agravante de reincidencia, es preciso mencionar al sector doctrinal que niega que exista un fundamento para esta figura. Esta corriente sostiene, además, que los múltiples intentos, doctrinales y jurisprudenciales, por intentar justificar esta agravante ponen de manifiesto “la imposibilidad de encontrar la auténtica base de la existencia de la agravante por reincidencia”¹²¹.

En este sentido, ya GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA ha sostenido que, tanto el legislador como la doctrina y la jurisprudencia, no han podido dar con la solución al fundamento de la reincidencia, pues si una pena más grave al reincidente se justifica en la comisión de un delito anterior, “en cuyo caso se le exige pague lo que ya tiene solventado”, es decir, que se le impone un nuevo castigo por aquello que ya se le da por saldado con la sociedad; y si la necesidad de imponer una pena más grave surge por la existencia del delito actual, “en cuyo caso la justicia, los principios y la razón protestarán siempre, influya en la penalidad una entidad que no es un elemento concomitante, esencial ó accidental del delito actual”. Conforme a tales premisas, esta figura difícilmente encuentra sitio en nuestro sistema penal, pues, como el mencionado autor manifiesta, “Así dos principios cardinales, la regla non vis in ídem, y el canon fundamental de derecho penal, de que la pena solo recae sobre acciones ú omisiones voluntarias, oponen insuperable barrera á hacer de la reincidencia una teoría científica”¹²².

Entre los autores que niegan la eficacia agravatoria, BUSTOS RAMÍREZ¹²³ manifiesta que se estaría orientando las penas necesariamente a un DP de autor, además

¹²⁰ ASÚA BATARRITA, *La reincidencia*, 1982, 457 y ss.

¹²¹ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La reincidencia*, 1999, 186.

¹²² GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El CP*, 1870, 438.

¹²³ BUSTOS RAMÍREZ, *PG*, 4ª, 1994, 55.

se castigaría de forma diferente dos hechos delictivos idénticos cometidos por dos personas cuando concurra en una de ellas la cualidad de reincidente y no en la otra; si se justifica la reincidencia en el desprecio a los bienes jurídicos protegidos por la norma penal, esto no implica ni una mayor responsabilidad del reo ni un mayor injusto, por tanto, se estaría aumentando la pena por lo que el sujeto es y no por lo que ha hecho¹²⁴.

CAPÍTULO IV

LA VALIDEZ CONSTITUCIONAL DE LA AGRAVANTE POR REINCIDENCIA

1 Consideraciones previas

La agravante por reincidencia también ha sido cuestionada desde una perspectiva constitucional, es decir, si esta figura se ajusta o no a los mandatos y principios de nuestra Carta Magna. Incluso ya había sido cuestionada con anterioridad a la entrada en vigor de la CE, pues antes de esta fecha ya ha sido considerada como una “*circunstancia político-criminalmente inadecuada y por los otros efectos penales que provocaba su apreciación*”, esto último referido a la restricción para acceder a determinados beneficios penitenciarios y penales¹²⁵. Incluso, para algunos autores habría sido más sensato reconocer la transgresión a los principios fundamentales consagrados en nuestro OJ que intentar dar justificaciones artificiosas a toda costa de la elevación de la pena por reincidencia desde la base del DP de la culpabilidad¹²⁶.

Las dudas sobre la constitucionalidad de la agravante de reincidencia han sido analizadas y resueltas en la STC 15/1991, de 4 de julio, en la que expresó la plena conformidad de la agravante por reincidencia a la CE¹²⁷.

Este pronunciamiento por parte del TC fue provocado por un Juzgado de Instrucción de Daroca (Zaragoza), como consecuencia de las cuestiones de

¹²⁴ V., en el mismo sentido, GARCÍA ARÁN, *Criterios de determinación de la pena*, 1982, 168.

¹²⁵ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La reincidencia*, 1999, 99.

¹²⁶ RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios CP*, 1972, 741.

¹²⁷ Considera resuelto el problema de la constitucionalidad de la agravante de reincidencia con la sentencia mencionada, CARUSO FONTÁN, *RP 33* (2014), 6.

inconstitucionalidad Ns.º 1407/1989, 2187/1989, 187/1990, y 188/1990¹²⁸, en las cuales argumentaba la incompatibilidad de la reincidencia (recogida en aquel entonces en el art. 10.15 CP 1944/1973) con varios principios y derechos consagrados en el texto constitucional, entre ellos: los principios *non bis in ídem*, proporcionalidad, seguridad jurídica y culpabilidad; y los derechos a la igualdad ante la ley, a la presunción de inocencia, a la integridad física y moral y a la tutela judicial efectiva.

Sin embargo, si bien esta resolución sobre la validez constitucional de la reincidencia puso fin a la controversia en los tribunales, no logró el mismo cometido en la doctrina, pues la mencionada sentencia del TC ha sido objeto de duras críticas por parte de ésta y, por tanto, se mantiene viva la polémica que genera esta figura. Y, sobre todo, porque si finalmente la agravante de reincidencia salva su constitucionalidad, quizás no suceda lo mismo con la de multirreincidencia, mencionada, como ya se ha comentado en el lugar correspondiente, en el art. 66.1.5ª CP.

A continuación se van a exponer los principales argumentos que han sido alegados para poner en entredicho la constitucionalidad de la agravante de reincidencia.

2. El principio de culpabilidad

En un Estado de Derecho, el principio de culpabilidad consiste en una garantía individual, la cual se erige como límite al *ius puniendi* del Estado. Conforme a este principio, las penas deberán estar orientadas a castigar una conducta antijurídica, es decir que, un individuo que comete una infracción penal será sancionado por lo que hizo y no por lo que es¹²⁹, aunque posteriormente las características personales del autor puedan ser tomadas en cuenta en la fase de individualización judicial de la pena¹³⁰.

Dicho esto, el primero de los argumentos formulados para poner en entredicho la constitucionalidad de la agravante de reincidencia ha sido su posible incompatibilidad con el principio de culpabilidad. Atendiendo a este principio, “no puede el Estado imponer a sus ciudadanos penas en virtud de normas que aquéllos no pueden aprehender motivando su conducta con arreglo a las mismas”, pues la regulación de la reincidencia

¹²⁸ Dichas cuestiones de inconstitucionalidad fueron promovidas por el mencionado Juzgado mediante Autos de Procedimiento Oral Ns.º 4/1989, 34/1989 y 22/1989.

¹²⁹ ALCOCER POVIS, *La reincidencia*, 2016, 122.

¹³⁰ ZUGALDÍA ESPINAR, en: MORENO-TORRES HERRERA (dir.), *PG*, 4ª, 2019, 29.

“prescinde de la exigencia elemental del conocimiento del injusto por el sujeto pasivo”, por consiguiente, esta figura vulnera este principio y, como consecuencia de ello, contraviene el art. 1.1 CE que consagra a nuestro país como un Estado de Derecho.

Sin embargo, para defender la conformidad de la reincidencia con el art. 1.1 CE, que consagra de modo implícito el principio de culpabilidad, el TC ha afirmado que no es correcto partir de la premisa de que la CE, respecto a este principio, ha optado por una doctrina de “normalidad de la motivación”, pues ello, en opinión del tribunal, carece de total fundamento, ya que “el parámetro a utilizar para resolver sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma cuestionada es la propia Constitución, y no determinadas categorías dogmáticas jurídico-penales, sobre las que no corresponde pronunciarse a este Tribunal”¹³¹. Como consecuencia de esto, no cabe apreciar la inconstitucionalidad denunciada. Por otro lado, “tampoco este entendimiento del principio de culpabilidad permite sostener, (...) que la compleja regulación de la reincidencia no permite a los ciudadanos aprehenderla normalmente ni prever, por tanto, las consecuencias de sus actos”.

3. El principio de proporcionalidad

De modo similar al principio de culpabilidad, el de proporcionalidad también opera como límite al *ius puniendi* del Estado, pues supone que debe existir un adecuado equilibrio entre la gravedad de la pena impuesta, la gravedad del hecho cometido y la culpabilidad de su autor¹³². En este sentido, ZUGALDÍA ESPINAR ha sostenido que la reincidencia vulnera este principio, partiendo de la premisa de que este último está implícito en el art. 15 CE, que consagra la prohibición constitucional de la imposición de penas inhumanas y degradantes y, por tanto, una pena en la que no existe una proporción entre la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor es una pena inhumana y degradante¹³³.

En el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad se alegó la vulneración de este principio, con el argumento de que, en la reincidencia, la proporcionalidad se quiebra entre la pena y la culpabilidad, “al atribuir efecto agravante de la pena a un

¹³¹ STC 150/1991, de 4 de julio.

¹³² Sobre este principio, FUENTES CUBILLOS, *RIEP* 2 (2008), 19.

¹³³ ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos DP*, 2010, 105.

cúmulo de circunstancias fácticas y jurídicas que, por su configuración en nuestro Derecho, no suponen, ni tampoco presumen, una mayor culpabilidad del justiciable”.

Ante ello, el TC ha respondido que es competencia del legislador llevar a cabo el juicio de proporcionalidad de la pena, en función de la política criminal que desee adoptar y, conforme a ello, va a determinar en la ley los límites punitivos de cada tipo delictivo. Por consiguiente, de ninguna manera se va a vulnerar este principio en la medida en que la reincidencia sea tomada en cuenta por el juzgador dentro de los límites fijados por el legislador en el “tipo penal concreto y su respectiva sanción”. Esta es precisamente la situación que no se va a respetar en la agravante de multirreincidencia, al permitir al Juez imponer la pena superior en grado a la prevista por el legislador para una concreta figura delictiva, elevación de la pena que se basa en la reiteración de condenas por la comisión de la misma infracción penal.

4. El principio de seguridad jurídica

El principio de seguridad jurídica es uno de los pilares fundamentales de un Estado de Derecho, pues consiste en el conocimiento por parte de los ciudadanos de todas aquellas consecuencias que puedan derivar de sus relaciones con los poderes públicos, es decir, la seguridad jurídica reside en la confianza depositada por los ciudadanos en la legalidad vigente. En sentido amplio, el TC lo ha definido “como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho”¹³⁴.

Se ha puesto en duda la agravante de reincidencia y su compatibilidad con este principio, pues el sujeto no está en condiciones de conocer las consecuencias de sus actos por causa imputable directamente al legislador, porque “no tiene cumplido conocimiento del significado del delito o delitos por los que fue condenado, o de la pena o penas que se le impusieron con anterioridad, no está en condiciones de saber haber incurrido en supuesto de agravación de la responsabilidad criminal”¹³⁵.

Sin embargo, el TC ha llegado a la conclusión de que no se vulnera este principio, por tanto no cabe el reproche de inseguridad jurídica, porque, de todos los tipos de

¹³⁴ STC 36/1991, de 14 de febrero.

¹³⁵ El argumento ha sido extraído de la STC 150/1991, de 4 de julio.

agravantes contempladas en el CP, la reincidencia es una de las descritas con mayor precisión, pues los requisitos de los supuestos contemplados de la misma (genérica y específica) están perfectamente determinados y, por ello, no ofrece entonces mayor dificultad determinar qué pena señala el CP, pues los requisitos de esta agravante están “descritos con la necesaria claridad y precisión, de tal modo que no suscitan ninguna incertidumbre razonable sobre los supuestos en los que la reincidencia juega como circunstancia agravante de la responsabilidad criminal”¹³⁶.

5. El principio de igualdad

El art. 14 CE consagra el principio de igualdad formal, en virtud del cual, por un lado, se exige un trato igualitario, es decir, dos personas que se encuentran en una misma situación no pueden ser tratadas de forma jurídicamente diferente; y, por otro lado, la prohibición de discriminación por determinadas causas incompatibles con la dignidad humana (art. 10 CE)¹³⁷. No obstante, el TC tiene declarado “no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan solo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello”¹³⁸.

En la mencionada cuestión de inconstitucionalidad, también se ha puesto en duda que la agravante por reincidencia fuese compatible a lo establecido en el art. 14 CE. Se ha cuestionado su constitucionalidad desde una doble perspectiva: En primer lugar, porque se da un trato diferente a dos personas iguales ante la ley cuando “por aplicación de la regla 2.^a del art. 61 del Código Penal, al delincuente reincidente se le aplica, no concurriendo circunstancias atenuantes ni otras agravantes, mayor pena que faltando la circunstancia referida”, a pesar de que la recaída en el hecho delictivo no justifica tal trato discriminatorio; En segundo lugar, como consecuencia de la falta de necesidad de cumplimiento efectivo de la pena por el delito anterior para apreciar la reincidencia, se está dando un trato igualitario a situaciones manifiestamente diferentes, pues puede darse el caso de que se aplique esta misma consecuencia a dos sujetos en una situación claramente distinta, en la que uno cumplió efectivamente su pena impuesta

¹³⁶ STC 150/1991, de 4 de julio.

¹³⁷ RIDAURA MARTÍNEZ, *El principio*, 2017, 1.

¹³⁸ En este sentido, entre otras, la STC 71/2016, de 14 de abril.

anteriormente y, el otro, por algún u otro motivo se sustrajo del cumplimiento de la misma, por tanto, se está contraviniendo “la exigencia constitucional de tratar desigualmente a los desiguales”¹³⁹.

Para responder a lo primero, el TC ha expresado que la opción de aumentar la pena al reincidente no se trata de una decisión arbitraria del legislador, ya que resultaría razonable sostener que la lesión de un bien jurídico es más grave cuando el sujeto ya había sido condenado por ello, como también sería razonable sostener lo contrario, así en ambos casos se estaría ante juicios de valor no arbitrarios, absolutamente compatibles con la CE. Y, en respuesta al segundo argumento, ha alegado que, conforme a su doctrina (por ejemplo, la STC 86/1985, de 10 de julio), no cabe fundamentar un reproche de discriminación por indiferenciación, por consiguiente, no es suficiente este fundamento como factor razonable de diferenciación de trato, pues la base de la reincidencia reside en la existencia de una condena ejecutoria, no el efectivo cumplimiento de la misma, algo que será irrelevante a los efectos de un mayor o menor castigo por la conducta realizada¹⁴⁰.

6. La prohibición de una pena inhumana y degradante

El art. 15 CE proclama los derechos a la vida y a la integridad física; derivado de ellos, recoge la prohibición de que puedan imponerse penas inhumanas y degradantes. El TC ha rechazado que una pena privativa de libertad, independientemente de su mayor o menor extensión, sea considerada como inhumana o degradante por sí misma, sino que esto dependerá de la ejecución y de las modalidades que esta revista, es decir, que acarreen sufrimientos de una determinada intensidad o suponga una distinta y mayor humillación que la que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena¹⁴¹.

En la cuestión de inconstitucionalidad se ha alegado la posible vulneración de estos derechos, pues, al no estar la pena justificada por fines legítimos, la misma

¹³⁹ En opinión del Juzgado de Daroca, al ser la aplicación de esta agravante independiente a si la sentencia firme anterior fue o no cumplida por el reo, ocasiona que, “el sujeto reincidente que cumplió su pena, extinguiendo su responsabilidad criminal conforme al art. 112.2 del Código Penal, se equipara en el art. 10.15, al que de un modo u otro se sustrajo al cumplimiento de la pena jurisdiccionalmente impuesta”, por tanto, trata de igual manera dos supuestos manifiestamente diferentes. Dichos argumentos han sido extraídos de la STC 150/1991, de 4 de julio.

¹⁴⁰ STC 150/1991, de 4 de julio.

¹⁴¹ V., entre otras, la STC 65/1986, de 22 de mayo.

deviene degradante en cuanto a que produce un padecimiento inútil al sujeto y, también, a la sociedad “dada la presumible imposibilidad de obtener fines de prevención general o especial que no se hayan logrado con la pena anterior”¹⁴².

Ante ese argumento, el TC ha manifestado que identificar una pena degradante con una pena excesiva es una tesis absolutamente errónea, pues agravar la pena por reincidencia de ninguna manera lleva a la conclusión de que esta sea una pena degradante, en cuanto no supone una humillación o sensación de envilecimiento superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena. Conforme a esto, queda claro que no constituye una pena degradante o un trato inhumano la previsión del legislador de una pena superior cuando concurra esta agravante, pues a este le corresponde el juicio de proporcionalidad de la pena¹⁴³.

7. La tutela judicial efectiva

El derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE tiene una doble vertiente, pues consiste por una parte en el derecho que tienen los ciudadanos a acceder a los Jueces y Tribunales para la defensa de sus derechos e intereses legítimos; y, por otra parte, a obtener de estos últimos una resolución motivada que se dicte a través de un proceso con todas las garantías¹⁴⁴.

Este derecho también era presuntamente vulnerado por la apreciación de la agravante por reincidencia. En cuanto a que, por un lado, al sujeto que había extinguido su responsabilidad criminal por el hecho precedente se le impedía ser reintegrado en el ejercicio de sus derechos como ciudadano; y, por otro lado, en relación con los principios de seguridad jurídica y cosa juzgada, los cuales impiden que cualquier pronunciamiento tome como base hechos castigados anteriormente, en virtud de una sentencia firme con fuerza de cosa juzgada¹⁴⁵.

¹⁴² Sobre el argumento de que la reincidencia puede suponer la vulneración de la prohibición de las penas inhumanas o degradantes, v. STC 150/1991, de 4 de julio.

¹⁴³ STC 150/1991, de 4 de julio.

¹⁴⁴ DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *CDP 10* (2000), 23: “Por decirlo gráficamente, no es sólo el derecho a traspasar el umbral de la puerta del Tribunal, sino el derecho a que, una vez dentro, éste cumpla la función para la que está instituido. En síntesis, el derecho a la tutela judicial efectiva consiste en obtener del órgano judicial al que el justiciable se dirige una resolución sobre el fondo de la pretensión formulada, ya sea favorable o desfavorable, o una resolución de inadmisión de la misma”.

¹⁴⁵ Sobre estos argumentos v. STC (Pleno) 150/1991, de 4 de julio.

Sin embargo, tal vulneración fue nuevamente rechazada por el TC. De forma tajante ha expresado que tales argumentos carecen de fundamento, pues agravar la pena de un delito teniendo en cuenta una condena anteriormente impuesta a su auto, de modo alguno afecta “a la fuerza de cosa juzgada material de la primera Sentencia”, y que, por tanto, el Juzgado está confundiendo la presunta violación de la intangibilidad de la cosa juzgada con la infracción del *non bis in ídem*¹⁴⁶.

8. El principio a la presunción de inocencia

Este principio consagrado en el art. 24 CE, en sentido amplio, supone la prohibición a que un sujeto sea tratado como culpable sin que haya sido declarado como tal en virtud de una sentencia y, también, que dicha sentencia haya ido presidida de una actividad probatoria a cargo de la parte acusadora¹⁴⁷.

En la cuestión de constitucionalidad se ha alegado la posible vulneración de este principio, ya que la apreciación objetiva y automática de la agravante de reincidencia supone una presunción *iuris et de iure* de la peligrosidad del reo que, por tanto, resulta contraria a la presunción de inocencia. Y, en el caso de que fuese lícito considerar su anterior condena como indicio de su peligrosidad criminal, se debería dar al reo la posibilidad de utilizar, a efectos de ejercer su defensa, medios de prueba conducentes a justificar que su última condena fue de manera ocasional y sin conexión alguna con sus "sentimientos hacia el orden jurídico (...), ni con ningún aspecto de su personalidad", a cuyo libre desarrollo tiene derecho (art. 10.1 CE)¹⁴⁸.

El TC ha expresado, que tal presunción no existe y una prueba de ello es la propia pluralidad de posibles presunciones *iuris et de iure* (de perversidad, de mayor antijuridicidad, etc). Además, ha añadido que, incluso admitiendo que la presunción de inocencia también afecte a las circunstancias agravantes, “lo que el Juez propugna no es tanto la prueba de los Presupuestos previstos en el art. 10.15 del C.P. para poder apreciar la agravante, sino la acreditación, en cada caso concreto, de los supuestos fundamentos o razones tenidas en cuenta por el legislador al establecer la reincidencia como circunstancia agravante”, pues ello significaría transformar una relación de

¹⁴⁶ STC 150/1991, de 4 de julio.

¹⁴⁷ Sobre este principio, v., entre otros muchos, DÍAZ FRAILE, *Presunción de inocencia*, 2017, 130.

¹⁴⁸ Sobre estos argumentos, v. STC 150/1991, de 4 de julio.

fundamentación en un presupuesto o requisito que no se recoge en la regulación de esta agravante¹⁴⁹.

9. *El principio non bis in ídem*

Conforme a este principio nadie puede ser juzgado ni penado por un delito del que ya ha sido definitivamente condenado o absuelto¹⁵⁰. Si bien éste no aparece consagrado de forma expresa en la CE, debe entenderse integrado en los principios de legalidad y de tipicidad recogidos en el art. 25 CE¹⁵¹.

Dicho esto, se ha cuestionado la constitucionalidad de la reincidencia en cuanto a que supone una segunda sanción por un hecho que ya fue castigado y, por tanto, vulnera la prohibición al *bis in ídem*; por otra parte, también se ha argumentado que la reincidencia es contraria a los principios de legalidad y tipicidad (art.25 CE), pues, con la aplicación de esta agravante, se está tomando en cuenta para determinar la pena un momento anterior al de la comisión de la infracción penal, algo que es contrario a lo que suponen estos principios¹⁵².

En respuesta a ello, el TC ha expresado que la reincidencia no conculca el principio *non bis in ídem*, ya que esta solo es tomada en consideración para determinar el grado de aplicación de la pena, siempre que se haga dentro de los límites de extensión previstos por el legislador para el delito del que se trate. Por otro lado, imponer una pena en una extensión diferente a un supuesto de reincidencia que para los supuestos de no reincidencia es una opción “legítima y no arbitraria para el legislador”. A mayor abundamiento, señala este tribunal que la toma en consideración de un delito anterior no significa que este hecho vuelva a castigarse, sino que es tenido en cuenta, bien para “valorar el contenido del injusto y su consiguiente castigo, bien para determinar la extensión de la pena a imponer”¹⁵³.

¹⁴⁹ STC (Pleno) 150/1991, de 4 de julio.

¹⁵⁰ Sobre este principio, v., entre otros muchos, JAÉN VALLEJO, *AJA* 584 (2003), 1.

¹⁵¹ V., entre otras, STC 2/1981, de 30 de enero.

¹⁵² Sobre estos argumentos, v. STC 150/1991, de 4 de julio.

¹⁵³ STC 150/1991, de 4 de julio.

10. *La constitucionalidad de la agravante de reincidencia. Una cuestión no resuelta*

La declaración de constitucionalidad de la agravante de reincidencia llevada a cabo por el TC no ha cerrado, sin embargo, la discusión en el plano teórico. No obstante, antes de empezar a mencionar algunas de las observaciones y críticas elevadas al planteamiento del Alto Tribunal, es importante destacar el papel que ha tenido el TS en esta materia, pues ya desde la STS de 6 de abril de 1990 se ha pronunciado acerca de la manera en la que debe apreciarse la reincidencia para no ser contraria a la CE¹⁵⁴.

Una de las primeras críticas llega desde la consideración de que el TC solo se ha limitado a declarar exclusivamente la constitucionalidad de la agravante, omitiendo de esta manera como se debía aplicar la misma sin contrariar lo dispuesto en la CE. En esta línea, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS sostiene que el TC tendría que haber profundizado en cuanto a exponer cuál debería ser el modo de aplicar la reincidencia pero, sin embargo, esta falta es suplida con lo dispuesto por el TS en la sentencia mencionada *ut supra*¹⁵⁵. A diferencia de esta autora, MIR PUIG¹⁵⁶, no opina que haya que acudir a la línea jurisprudencial marcada por el TS en relación con el modo de aplicar la reincidencia, pues si bien el TS en la mencionada sentencia admite la constitucionalidad de la reincidencia bajo determinados requisitos (que la pena no sea aumentada por encima de la gravedad de la reprochabilidad por el hecho) y, por tanto, descartando la aplicación automática de la reincidencia, la STC 150/1991 declaró la plena compatibilidad de la regulación vigente de esta agravante (que recoge una aplicación obligatoria de la misma) con la CE y, como consecuencia de ello, considera que es necesario olvidar aquella interpretación del TS.

Por otra parte, en relación a la conformidad de la reincidencia con el principio *non bis in idem*, BACIGALUPO ZAPATER considera que la mencionada sentencia carece

¹⁵⁴ En esta sentencia, el TS sostiene que la reincidencia no puede aplicarse de forma automática, sino que solo se podrá agravar la pena hasta un límite que no supere la culpabilidad por el hecho, es decir, que “Cuando la gravedad de la reprochabilidad por el hecho (establecida sin tomar en cuenta la conducta anterior del autor ni pronósticos de conducta desfavorables para el futuro) no alcance para justificar la aplicación del grado medio o máximo, el Tribunal no deberá agravar la pena, fundándose en la reincidencia, por encima de la que resulte de la gravedad de dicha reprochabilidad”.

¹⁵⁵ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La reincidencia*, 1999, 116. En opinión de esta autora “ambas sentencias deben ponerse en relación para resolver el problema de la constitucionalidad de la reincidencia”.

¹⁵⁶ MIR PUIG, *PG*, 10ª, 2016, 658.

de coherencia. Así pues, al defender que la reincidencia no vulnera este principio se utiliza como argumento que no se vuelve a castigar el hecho anterior, sino única y exclusivamente el hecho posterior; pero para este autor queda claro que, o en el hecho posterior se está castigando un culpabilidad anterior ya extinguida, o se castiga la mayor peligrosidad del sujeto, algo que ha rechazado rotundamente el TC cuando ha querido mantener la constitucionalidad de la agravante¹⁵⁷.

Y, sobre todo, a la vista de los argumentos utilizados por el TC para defender la constitucionalidad de la agravante de reincidencia, se pueden elevar serias dudas sobre la constitucionalidad de la agravante de multirreincidencia, desde el momento en que el sujeto puede ser condenado a una pena superior en grado a la prevista por ley para la infracción penal que ha cometido de manera reiterada. De momento no se han presentado cuestiones de inconstitucionalidad que hayan exigido una respuesta y una nueva valoración del TC sobre esta circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal camuflada entre las reglas generales de la determinación de la pena.

¹⁵⁷ BACIGALUPO ZAPATER, *Justicia Penal*, 2002, 118 y 119.

CONCLUSIONES

Una vez finalizado el presente trabajo es importante exponer cuales han sido las conclusiones a las que se ha llegado con respecto a las tres cuestiones más destacadas del mismo, esto es: la actual regulación de la reincidencia, el fundamento de esta y la respuesta del TC a la discutida constitucionalidad de la misma.

I.-En cuanto a su actual regulación de esta figura en nuestro CP: tras el estudio realizado, en primer lugar, hemos llegado a la conclusión de que el legislador de 1995 decidió ampliar el concepto de la reincidencia al optar por la necesidad de que los delitos cometidos estén comprendidos en un mismo Título, que, sin duda, se trata de una unidad superior a un Capítulo. Sin embargo, como los Títulos pueden albergar delitos que atenten a bienes jurídicos protegidos diferentes, o, en todo caso, las formas de ataque resultan claramente diferenciadas, el legislador con buen criterio ha restringido la apreciación de la reincidencia a aquellos que sean de la misma naturaleza. Con esto, en cierta medida, ha eliminado el automatismo o absoluto formalismo de la reincidencia y ha otorgado al Juez un mayor margen de maniobra a la hora de resolver en el caso concreto cuándo los delitos confrontados han de generar o no la aplicación de esta circunstancia agravante de la responsabilidad penal.

En la respuesta a la cuestión de qué debe entenderse por una misma naturaleza, el TS exige que, entre ambos delitos, se tiene que dar una doble identidad, a saber, la del bien jurídico protegido y la del modo concreto en que se haya producido el ataque a ese bien jurídico; no obstante, creemos que también habría sido conveniente, a efectos de restringir algo más su aplicación, una tercera identidad como lo puede ser “la gravedad de la pena”. Con este último requisito, se exigiría que la infracción penal a la que se va a apreciar la agravante lo sea por un delito sancionado con una pena de gravedad igual a la del anterior delito cometido. Así, por ejemplo, no cabría aplicar la reincidencia por la comisión de un delito sancionado con una pena grave cuando el anterior delito fue sancionado con una pena menos grave.

En segundo lugar, cabe preguntarse si esta figura merece una regulación separada del resto de agravantes, pues sin duda su naturaleza no es la misma que la del resto de agravantes del art. 22 CP y, probablemente, sería más conveniente una regulación de

manera conjunta con otras figuras afines como la multirreincidencia (tampoco creemos que su actual ubicación sistemática sea la más conveniente y que sus efectos agravatorios sean lo más convenientes) , la habitualidad y el delito continuado. Y esto no solo porque sus efectos son mucho más amplios, ya que, como se ha explicado en el trabajo, también sirve como límite para la obtención de determinados beneficios penales y penitenciarios, sino porque sus efectos agravatorios no pueden superar la gravedad de la culpabilidad por el hecho. Por tanto, resulta muy cuestionable que se imponga una pena superior en grado a un reincidente cuando, de no haberlo sido, le habría correspondido solo la pena en su mitad superior.

Además, no menos importante, de su regulación literal se desprende que la reincidencia es de aplicación obligatoria por el Juez cuando se den sus requisitos formales. Esto choca con lo acabado de señalar, pues si los efectos agravatorios superan la gravedad del hecho, el Juez no debería aplicar esta agravante, porque de hacerlo estaría vulnerando el principio constitucional de culpabilidad por el hecho.

II.- Una vez analizadas las teorías relativas al fundamento de la reincidencia, ha quedado de manifiesto que muchas de las explicaciones llevan a la conclusión de que el mejor acomodo de la agravante se corresponde con el DP de autor y no con el DP del acto o del hecho. Es preciso buscar un fundamento que se apoye en la mayor gravedad del injusto, ya que sí se considera necesario mantener esta circunstancia agravante en el OJ, pues es una realidad que hay sujetos que, a pesar de haber sido juzgados y condenados en firme, vuelven a repetir el comportamiento delictivo. Además, si la pena privativa de libertad ha de ir orientada a la reinserción y rehabilitación social del sujeto, tal como proclama la CE, no se puede obviar que, en determinadas personas, la pena ordinaria prevista para un determinado delito podría resultar insuficiente para ello. Por otro lado, el que dos personas cometan un mismo ilícito no significa que, por un lado, el castigo haya de ser exactamente el mismo, pues en la determinación de la pena han de atenderse a las circunstancias personales de cada uno de ellos, y, por otro lado, no se ha de descartar que el mismo castigo produzca efectos diferentes en ambas.

Si se acaba aceptando que el fundamento de la reincidencia se basa en la peligrosidad del sujeto, en este caso quizá sería una mejor solución el recurso a las

medidas de seguridad o tratamientos terapéuticos, para tratar su tendencia a cometer determinados delitos, y no con una mayor pena privativa de libertad.

III.- Por último, respecto a la constitucionalidad de esta figura. En primer lugar, creo que ha sido desacertada la estrategia utilizada para plantear la cuestión de constitucionalidad de esta agravante, pues para argumentar la incompatibilidad de la reincidencia con determinados principios y derechos consagrados en la CE se ha tomado como base construcciones doctrinales de los mismos, cuando probablemente habría sido más conveniente fundamentar dicha cuestión en la interpretación que de los mismos ha hecho el propio TC. Pues de esta manera se ha facilitado en gran medida la respuesta de este, ya que para declarar la compatibilidad de la reincidencia con determinados principios y derechos de la CE se ha limitado a señalar que no cabe fundamentar la inconstitucionalidad de un precepto en doctrinas o construcciones dogmáticas presuntamente consagradas en la CE, sino que debe serlo por principios y mandatos contenidos explícita o implícitamente en el Texto Fundamental.

En segundo lugar, la respuesta sobre la constitucionalidad de la agravante no es concluyente, al menos si se hace una valoración desde el principio *non bis in idem*. El argumento utilizado por el TC es que no se vuelve a castigar el hecho anterior, sino que solo es tenido en cuenta para determinar la extensión de la pena por el actual delito y, por tanto, la cosa juzgada de la anterior condena permanece inalterada. Esta solución a nuestro parecer es insuficiente, ya que el hecho de que la condena anterior solo “se tenga en cuenta” y que la cosa juzgada se vea inalterada, en modo alguno es suficiente para descartar que se esté vulnerando este principio, pues el aumento de la pena trae causa únicamente en una sanción ya saldada y, por tanto, entendemos que ello supone castigar nuevamente ese hecho anterior, vulnerando así el mencionado principio, independientemente de que la cosa juzgada de la anterior condena permanezca intacta.

El TC ha defendido la constitucionalidad de la agravante de reincidencia teniendo en cuenta el efecto limitado de la agravación de la responsabilidad penal, pues la pena va a determinarse dentro de los límites mínimo y máximo fijados por la ley para la figura delictiva. Esto es así cuando se aprecia la agravante de reincidencia, sola o acompañada por otra circunstancia agravante. Pero en el caso de que se aprecien más de

dos circunstancias agravantes, una de ellas la de reincidencia, estos marcos penales se pueden superar, pues se puede llegar a imponer la pena superior en grado en su mitad inferior a la prevista por la ley. Y, sobre todo, se puede superar cuando la agravante que aprecia el Juez es la de multirreincidencia.

Finalmente, se echa en falta que el TC se pronuncie también acerca del modo en que debe aplicarse esta agravante para ser conforme a la CE, ya que solo se limita a declarar su conformidad con la CE. No obstante, esta falta es suplida por la STS de 6 de abril de 1990, pues es esta la que marca el camino en relación a su aplicación para ser conforme a la CE. En consecuencia, ambas resoluciones son absolutamente compatibles y necesarias para disipar cualquier duda acerca de la constitucionalidad de esta agravante.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO LÓPEZ, Sara. *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito. Problemas constitucionales y alternativas político criminales*, Madrid, Iustel, 2008.
- AGUDO FERNÁNDEZ, Enrique. *Principio de culpabilidad y reincidencia en el Derecho español*, tesis doctoral, Universidad de Granada, Granada, 2005.
- ALCOCER POVIS, Eduardo Giancarlo. *La reincidencia como agravante de la pena: Consideraciones dogmáticas y de política criminal*, tesis doctoral, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2016.
- ALONSO ÁLAMO, Mercedes. *El sistema de las circunstancias del delito: estudio general*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1981.
- ASÚA BATARRITA, Adela. *La reincidencia: su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los Códigos Penales españoles del siglo XIX*, Bilbao, Publicaciones de la Universidad de Deusto, 1982.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique:
 - *La individualización de la pena en la reforma penal*, en: RFDUC monográfico 3 (1980), 55-74.
 - *Justicia Penal y Derechos Fundamentales*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2002.
- BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. *Extinción de la responsabilidad penal*, en: GRACIA MARTÍN, Luis (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 5ª, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho penal: Parte General*. 4ª aumentada, corregida y puesta al día por HORMAZÁBAL MALARÉE, Barcelona, PPU, 1994.

- CÁMARA ARROYO, Sergio. *El concepto de peligrosidad criminal y para qué se utiliza*. [en línea], [30/01/2020] [<https://www.unir.net/derecho/revista/noticias/que-significa-el-concepto-de-peligrosidad-criminal-y-para-que-se-utiliza/549201507637/>], 2016.
- CARUSO FONTÁN, Viviana. *La agravante de reincidencia en el Código penal español. Consideraciones de política criminal*, en: RP 33 (2014), 3-31.
- CEREZO MIR, José. *El delito como acción culpable*, en: ADPCP 1996, 9-42.
- DÍAZ FRAILE, Francisco. *La presunción de inocencia y la indemnización por prisión preventiva: crítica del derecho español vigente*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. *Reflexiones sobre algunas facetas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva*, en: CDP 10 (2000), 13-38.
- FUENTES CUBILLOS, Hernán. *El principio de proporcionalidad en derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena*, en: RIEP 2 (2014), 15-42.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Los criterios de determinación de la pena en derecho español*, Barcelona, Universitat de Barcelona, 1982.
- GARCÍA SAN MARTÍN, Jerónimo. *El indulto tratamiento y control jurisdiccional: con formularios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- GOYENA HUERTA, Jaime. *La agravante de reincidencia*, en: MUÑOZ CUESTA, Javier (coord.), *Las circunstancias agravantes en el Código Penal de 1995*, Pamplona, Aranzadi, 1997.
- GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro. *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*. Tomo I, Burgos, Imprenta de d. Timoteo Arnaiz, 1870.
- GUIASOLA LERMA, Cristina. *Reincidencia y delincuencia habitual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

- JAÉN VALLEJO, Manuel. *Principio constitucional "non bis in ídem" (A propósito de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 2/2003)*, en: AJA 584 (2003), 1-5.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de Derecho Penal: La Ley y el Delito*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1958.
- LARDIZÁBAL Y URIBE, Manuel. *Discurso sobre las penas*. 2003. [en línea] [03/02/2020]. [<https://www.biblioteca.org.ar/libros/70806.pdf>].
- LARRAURI, Elena. *Antecedentes penales*, en: Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad 8 (2015), 153-159.
- LUZÓN CUESTA, José María. *Compendio de derecho penal: parte general*. 9ª, 2ª conforme al Código penal de 1995, Madrid, Dykinson, 1997.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B:
 - *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, Granada, Estudios Jurídicos, 1999.
 - En: MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa (dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. 4ª, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- MARTÍNEZ DE ZAMORA, Antonio. *La reincidencia*, Murcia, Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1971.
- MIR PUIG, Santiago:
 - *La reincidencia en el código penal: análisis de los arts. 10 14; 10 15; 61. 6 y 516. 3*, Barcelona, Bosch, 1974.
 - *Derecho Penal. Parte General*. 10ª, Barcelona, Reppertor, 2016.
- MONGE FERNÁNDEZ, Antonia:
 - *Aproximaciones dogmáticas a la circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena*, en: CPC 95 (2008), 99-130.

– *La circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena*, Barcelona, Bosch, 2009.

- MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*, 10ª revisada y puesta al día con la colaboración Pastora García Álvarez, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- ORTS BERENGUER, Enrique/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *Compendio de Derecho Penal: Parte General*, 8ª, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- PACHECO, Joaquín Francisco. *El Código Penal, concordado y comentado*, 5ª, corregida y aumentada. Tomo I, Madrid, Imprenta y fundición de Manuel Tello, 1981.
- PUENTE SEGURA, Leopoldo. *La multirreincidencia*, [en línea], [24/02/2020], [https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=403309]
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Comentarios al Código Penal*. 2ª, renovada por el autor y puesta al día en textos jurisprudenciales y bibliográficos por Enrique GIMBERNAT ORDEIG, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1966.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General del Derecho Penal*, con la colaboración de MORALES PRATS, Fermín, 1ª, Cizur Menor (Navarra): Thomson Aranzadi, 2005.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed. [versión 23.3 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [25 de noviembre de 2019].
- RIDAURA MARTÍNEZ, María Josefa. *El principio y derecho fundamental a la igualdad y la prohibición de discriminación* [en línea], [12/02/2020] [[https://editorial.tirant.com/es/actualizaciones/Tema%2005_Todo\(16-02-2017\).pdf](https://editorial.tirant.com/es/actualizaciones/Tema%2005_Todo(16-02-2017).pdf)], 2017.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. En: CÓRDOBA RODA, Juan/RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Comentarios al Código Penal. Tomo I (artículos 1-22)*, Barcelona-Caracas-México, Ariel, 1972.

- ROIG TORRES, Margarita. *La reforma del Código penal en materia de reiteración delictiva*, en: ORTS BERENGUER, Enrique (dir.), **Derecho penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia**, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, 324-399.
- SALINERO ALONSO, Carmen. *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código penal*, Granada, Comares, 2000.
- SÁNCHEZ GARRIDO, Francisco José. *Delincuencia habitual, psicopatía y responsabilidad penal. Algunos problemas del concepto tradicional de imputabilidad*, tesis doctoral, UNED, Madrid, 2015.
- SANZ MORÁN, Ángel José. *La reiteración delictiva: modelos de respuestas*, en: MALDONADO FUENTES, Francisco (coord.), **Reincidencia y concurso de delitos: reiteración delictiva**, Montevideo – Buenos Aires, B de F, 2016, 1-49.
- 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.
- SOTO RODRÍGUEZ, María Lourdes. *La reincidencia en el sistema penal español*. 2018. [en línea] [03/01/2020]. [<https://fcp.es/wp-content/uploads/2018/08/Soto-Rodr%C3%ADguez.-Comunicaci%C3%B3n.pdf>].
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel:
 - **Fundamentos de Derecho Penal Parte General**, 4ª, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
 - En: MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa (dir), *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 4ª, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

ANEXO JURISPRUDENCIAL

Sentencias del Tribunal Constitucional

- STC (Pleno) 71/2016, de 14 de abril. (BOE núm. 122, de 20 de mayo de 2016).
- STC (Pleno) 150/1991, de 4 de julio, (BOE núm. 180, de 29 de julio de 1991).
- STC (Pleno) 36/1991, de 14 de febrero. (BOE núm. 66, de 18 de marzo de 1991)
- STC (Sala Segunda) 65/1986, de 22 de mayo. (BOE núm. 144, de 17 de junio de 1986).
- STC (Sala Segunda) 86/1985, de 10 de julio. (BOE núm. 194, de 14 de agosto de 1985).
- STC (Sala Primera) 2/1981, de 30 de enero. (BOE núm. 47, de 24 de febrero de 1981).

Sentencias del Tribunal Supremo

- STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) 507/2019, de 25 de octubre. (Roj: STS 3391/2019).
- STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) 462/2019, de 14 de octubre de 2019. (Roj: STS 3123/2019).
- STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) 155/2019, de 26 de marzo. (Roj: STS 981/2019).
- STS (Sala de lo penal. Sección 1ª) 169/2018, de 11 de abril. (Roj: STS 1323/2018).
- STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) 481/2017, de 28 de junio. (Roj: STS 2497/2017).
- ATS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) 750/2017, de 4 de mayo. (Roj: ATS 4896/2017).
- STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) 117/2017, de 23 de febrero. (Roj: STS 693/2017).

- STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) 856/2014, de 26 de diciembre. (Roj: STS 5442/2014).
- STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) 890/2013, 4 de diciembre. (Roj: STS 5817/2013).
- STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) 420/2013, de 23 de mayo. (Roj: STS 2608/2013).
- STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) 657/2012, de 19 de julio. (Roj: STS 5575/2012).
- STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) 207/2012, de 12 de marzo. (Roj: STS 2156/2012).
- STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) 1061/2010, de 10 de noviembre. (Roj: STS 6648/2010).
- STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) 1175/2009, de 16 de noviembre. (Roj: STS 7172/2009).
- STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) 607/2008, de 3 de octubre. (Roj: STS 5386/2008).
- STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) 647/2008, de 23 de septiembre. (Roj: STS 5561/2008).
- STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) 132/2008, de 12 de febrero. (Roj: STS 1193/2008).
- STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) 875/2007, de 7 de noviembre. (Roj: STS 7215/2007).
- STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) 1020/2006, de 5 de octubre de 2006. (Roj: STS 6579/2006).
- STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) 613/2006, de 1 de junio. (Roj: STS 3989/2006).
- STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) 367/2006, de 22 de marzo. (Roj: STS 1740/2006).

- STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) 181/2006, de 22 de febrero. (Roj: STS 1545/2006).
- STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) 523/2004, de 24 de abril. (Roj: STS 2693/2004).
- STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) 884/2003, de 13 de junio. (Roj: STS 4111/2003).
- STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) 5/2003, de 14 de enero. (Roj: STS 52/2003).
- STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) 2133/2002, de 16 de diciembre. (Roj: STS 8478/2002)
- Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda de fecha 6 de octubre de 2000.
- STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) 807/2000, de 11 de mayo. (Roj: STS 3865/2000).
- STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) 1222/1999, de 23 de julio. (Roj: STS 5387/1999).
- STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) 239/1996, de 13 de marzo. (Roj: STS 1675/1996).
- STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) N.º 1.897, de 22 de junio de 1994. (Roj: STS 9722/1994).
- STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) N.º 1.599, de 28 de mayo de 1994. (STS 19382/1994).
- STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) N.º 2.592, de 12 de julio de 1993. (Roj: STS 13833/1993).
- STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) N.º de recurso 3312/1991, de 9 de julio de 1993. (Roj: STS 5086/1993)
- STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) N.º de recurso 5311/1992, de 1 de julio de 1992. (Roj: STS 5311/1992).

- STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) N.º 1.263, de 6 de abril de 1990. (Roj: STS 10325/1990).
- STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) N.º de recurso 5482/1989, de 9 de marzo de 1992. (Roj: STS 1965/1992).
- STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) N.º 519, de 17 de febrero de 1992. (Roj: STS 15016/1992).
- STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) N.º de recurso 978/1989, de 15 de octubre de 1990. (STS 7271/1990).
- STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) N.º 33, de 20 de enero de 1970. (Roj: STS 1911/1970).

Sentencias de Audiencias Provinciales

- SAP de Ávila (Sección 1º) 99/2019, de 5 de noviembre. (Roj: SAP AV 607/2019).
- SAP de Pontevedra (Sección 2º) 800/2019, de 31 de octubre. (Roj: AAP PO 1678/2019).
- SAP de Granada (Sección 2º) 507/2019, de 8 de agosto. (Roj: AAP GR 660/2019).
- SAP Barcelona (Sección 22º) 620/2019, de 23 de Julio. (Roj: SAP B 10304/2019).
- SAP de Cádiz (Sección 3º) 181/2019, de 29 de mayo. (Roj: SAP CA 1344/2019).
- SAP Madrid (Sección 26º) 181/2019, de 20 de marzo. (Roj: SAP M 3244/2019).
- SAP de Santander (Sección 1º) 136/2016, de 16 de junio, (Roj: SAP S 818/2010).