

## **REINCIDENCIA, HABITUALIDAD Y PROFESIONALIDAD EN LAS ÚLTIMAS REFORMAS PENALES. ESPECIAL REFERENCIA A LA DELINCUENCIA PATRIMONIAL**

**Marina Sanz-Díez de Ulzurrun Lluch**  
Profesora Titular interina de Derecho Penal  
Universidad Rey Juan Carlos

**Resumen:** Se analiza el tratamiento de la reincidencia, la multirreincidencia, la habitualidad y la profesionalidad delictiva, en las reformas operadas por las Leyes Orgánicas 7/2003 y 11/2003 y en el Proyecto de reforma de Código Penal que está en curso, con especial referencia a la delincuencia patrimonial. A lo largo del trabajo se ponen de manifiesto los problemas de legitimidad e, incluso, la constitucionalidad de las circunstancias de reincidencia y multirreincidencia, así como los problemas teóricos y prácticos que plantea la conversión en delitos de las faltas contra el patrimonio. También se pone de relieve que tales soluciones —incremento de la penalidad— resultan inadecuadas y poco operativas para el tratamiento de la reiteración delictiva, resultando más adecuado el recurso a las medidas de seguridad. Respecto al Proyecto de reforma del Código Penal, se concluye que podría suponer una oportunidad para

---

Recibido: julio 2013. Aceptado: septiembre 2013

vencer la inercia de nuestros Códigos Penales, derogando las circunstancias de reincidencia y la multirreincidencia, para abordar el problema a través de la medida de libertad vigilada. Sin embargo, no parece ser éste el camino que, en este momento, sigue la proyectada reforma.

**Palabras clave:** Reincidencia, habitualidad, conversión de faltas en delito, peligrosidad criminal, libertad vigilada.

**Abstract:** The main subject is the Spanish regulation for the sanction imposed to those who commit two or more crimes, concentrating on the changes made by the last legislative acts (LO 7/2003 and LO 11/2003) and the future modification of our Criminal Code, making specific reference to the effect of this changes on the sanctions for crimes against property. The constitutional validity of this regulation is questioned, as well as its positive effect in crime statistics.

Regarding the current project of a new Criminal Code, the coherence of the changes in sanctions for two or more crimes with the rest of the modification is questioned, maintaining that the current project gives the politicians an opportunity to change the regulation now in force for a fairer one for the convict.

**Keywords:** Recidivism, habitual basis, conversion of minor offences into crimes, criminal danger, probation.

## I. Planteamiento

El tema de este trabajo es el tratamiento jurídico de la reincidencia, la habitualidad y la profesionalidad delictiva en las últimas reformas penales y en el Proyecto de reforma que, actualmente, se encuentra en tramitación<sup>1</sup>. El análisis de estas instituciones se va a restringir al ámbito de la delincuencia patrimonial común, primero, porque es la forma de delincuencia más frecuente y la que arroja unos mayores índices de reincidencia.

---

1 Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, aprobado por el Consejo de Ministros el día 20 de septiembre de 2013, (BOCG, n.º 66,1, de 4 de octubre). Tras los informes del Consejo General del Poder Judicial, del Consejo Fiscal y del Consejo de Estado, el texto finalmente aprobado en Consejo de Ministros modifica sustancialmente la regulación de la reincidencia y la multirreincidencia respecto a los textos del Anteproyecto.

Segundo, porque incide de forma especialmente importante en los sentimientos de seguridad ciudadana, condicionando una política criminal que, en atención a la “alarma social” generada, ha optado por un progresivo endurecimiento de la respuesta punitiva frente a esta forma de delincuencia, sobre todo cuando se realiza de forma reiterada. Y, por último, por entender que la reincidencia en delitos patrimoniales tiene una etiología propia y distinta de la que condiciona la reincidencia en otras formas de delincuencia más grave, como pueden ser los delitos contra la libertad sexual, lo que puede aconsejar un tratamiento diferenciado de la reiteración delictiva entre estas distintas formas de delincuencia.

Reincidencia, habitualidad y profesionalidad delictiva son conceptos distintos que tienen en común el dato de la repetición o reiteración en el delito y también la idea de peligrosidad criminal. Pero, mientras la reincidencia es un concepto jurídico que exige una serie de requisitos establecidos en la ley; la habitualidad y la profesionalidad son, en principio, conceptos criminológicos<sup>2</sup>. La habitualidad implica una tendencia o inclinación a delinquir, adquirida por la reiteración en la comisión de delitos —en esto consiste un hábito: tendencia estable del carácter, adquirida a través de la práctica y el ejercicio que inclina a la realización de un tipo de acciones—; y, la profesionalidad se predica del sujeto que vive en todo o en parte de la comisión de delitos. Dentro de esta familia de conceptos, se encuentra también el delito habitual que no descansa en la idea de peligrosidad, sino en la lesividad que adquieren ciertas conductas, por el hecho de realizarse de forma repetida.

La respuesta jurídica que ofrece nuestro ordenamiento para la reiteración delictiva en materia de delincuencia patrimonial es doble. a) Cuando la conducta constituye delito, la respuesta es

---

2 Sobre la diferencia entre el concepto legal de reincidencia y la realidad criminológica de la reiteración en el delito, véase, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Aspectos críticos de la elevación de la pena en casos de multirreincidencia”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1972, pp. 293 y ss.

la aplicación de la circunstancia agravante de reincidencia, con su variante de reincidencia cualificada o multirreincidencia. Se trata de circunstancias que son de aplicación general a todos los delitos. b) Cuando la conducta constituye falta, la reincidencia no es de aplicación y el recurso del legislador es acudir *ad hoc* a la figura del delito habitual impropio, convirtiendo en delito la reiteración de faltas realizadas en un determinado lapso temporal. Esta solución tampoco es exclusiva de la delincuencia patrimonial, pero es en ella donde encuentra su principal ámbito de aplicación.

## II. Evolución legislativa

En esta materia se observa una clara inflexión legislativa a partir de la década de los años noventa. Desde la promulgación de la Constitución y durante toda la década de los años ochenta, el legislador aborda el fenómeno de la repetición del delito desde una política criminal garantista y orientada por el paradigma de la reinscripción. En este sentido, en la elaboración de los Proyectos de nuevo Código Penal se cuestiona el mantenimiento de la reincidencia, hasta el punto de que ésta circunstancia desaparece en la Propuesta de Anteproyecto de 1983. Por su parte, la LO 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código Penal, aunque mantiene la circunstancia, restringe drásticamente su ámbito de aplicación: prescinde de la denominada reincidencia genérica —aquella que se produce entre delitos de distinta naturaleza—; elimina la multirreincidencia, argumentando, en su Exposición de Motivos, que *tal circunstancia resulta contraria al principio ne bis in idem, al principio de legalidad penal; y que, además, se ha mostrado ineficaz como solución en el tratamiento de la reiteración delictiva*<sup>3</sup>; y, por último, deroga los delitos habituales

---

3 En la Exposición de Motivos de la LO 8/1983, se justifica la supresión de la multirreincidencia en los siguientes términos: “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

de hurto y estafa contenidos en los antiguos artículos 515.4 y 528.4 del Código Penal de 1973, con el mismo argumento sobre su ineficacia para combatir el problema de la reiteración delictiva.

Esta situación se mantiene tras la promulgación del Código Penal de 1995, hasta la reforma operada por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, que supone un giro radical en el tratamiento de este problema. Se reintroduce la reincidencia cualificada en el artículo 66.1.5, con la posibilidad de elevación en grado de la pena; y se reincorpora la figura del delito habitual, en el hurto, en el hurto de uso de vehículos a motor y en las lesiones. Y, la decisión se justifica por *la necesidad de fortalecer la seguridad ciudadana, adoptando nuevas medidas adecuadas frente a la delincuencia que reiteradamente repite sus acciones*.

Finalmente, la LO 5/2010, de 22 de junio, continúa en la misma línea: mantiene la circunstancia de multirreincidencia, pese a las críticas doctrinales y los problemas que plantea su aplicación; y, rebaja a tres el número de faltas que son necesarias para el delito habitual en el hurto.

Esta regulación perdura en el Derecho vigente y viene a reproducir el escenario de hace veinte años. El legislador, con la declarada finalidad de fortalecer la seguridad ciudadana, reincorpora “nuevas medidas” que unos años antes se habían eliminado del Código Penal no sólo por su dudosa legitimidad, sino también por su escasa eficacia para garantizar un descenso en la tasa de criminalidad y evitar la reiteración delictiva<sup>4</sup>.

---

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”.

- 4 Con razón, REBOLLO VARGAS, R. “Reflexiones y propuestas sobre el tratamiento penal y procesal de la pequeña delincuencia patrimonial”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI (2011), p. 565, afirma lo siguiente: “Creo que no es difícil convenir que el retorno a las viejas soluciones para resolver antiguos problemas, sobre los que ya se decía en la Exposición

### III. Reincidencia, multirreincidencia y conversión de faltas en delitos

#### 1. Reincidencia y multirreincidencia

Frente a la reiteración de conductas que son constitutivas de delito, el legislador responde con la agravación de la pena a través de dos circunstancias: la reincidencia, prevista en el artículo 22.8 del Código Penal; y la multirreincidencia o reincidencia cualificada, cuyo efecto agravatorio se establece en el artículo 66.1, regla 5ª, del citado cuerpo legal.

##### 1.1. Concepto y efectos

La reincidencia se diferencia de la reiteración delictiva, se trata de un concepto jurídico regulado en el artículo 22.8 como circunstancia agravante, cuya apreciación exige la concurrencia de unos requisitos establecidos en la ley:

- a) La existencia de una condena anterior, impuesta por sentencia firme. No es necesario, sin embargo, el previo cumplimiento de esta condena. El Código Penal recoge así la denominada “reincidencia impropia” que sólo exige la existencia de una sentencia firme, frente al criterio de la “reincidencia propia” que supone el cumplimiento de la pena.
- b) Que las dos infracciones —la que da lugar a la agravación y a la que se aplica la circunstancia— sean constitutivas de delito. Las condenas por faltas no dan

---

de Motivos de la LO 8/1983, de 25 de junio, que, era una vía *poco eficaz*, supone una contribución desafortunada para tratar la pequeña delincuencia patrimonial masiva; sin que, por otro lado, deje de preguntarme cómo se han disipado las dudas que tenía el legislador de 1983 sobre la constitucionalidad de las previsiones que derogaba expresamente, al entender que pugnaban con el principio de legalidad en un Estado de Derecho, además de afirmar que suponían una exasperación punitiva *de por sí contraria al principio non bis in idem, puesto que conduce a que un solo hecho genere consecuencias punitivas en más de una ocasión*”.

lugar a reincidencia, ni tampoco es posible aplicar la agravante a las faltas.

- c) Que los dos delitos estén comprendidos en el mismo Título del Código Penal y sean de la misma naturaleza. Se recoge la “reincidencia específica” que es aquella que se produce entre delitos de la misma especie, prescindiendo de la “reincidencia genérica” que se aprecia entre delitos de distinta naturaleza.
- d) Y, por último, que los antecedentes penales no estén formalmente cancelados o debieran estarlo, por concurrir las condiciones y requisitos para su cancelación, establecidos en el artículo 136 del Código Penal.

Como variante de la reincidencia, el artículo 66.1.5ª recoge la reincidencia cualificada que exige previa condena, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo Título del Código, siempre que estos sean de la misma naturaleza.

Ambas circunstancias tienen como efecto la agravación de la pena. En el caso de la reincidencia —si no concurren otras circunstancias atenuantes o agravantes—, el efecto es la imposición de la pena en su mitad superior, conforme a las reglas generales de determinación de la pena. En el caso de la multirreincidencia, el efecto agravatorio es mayor: facultativamente, el juez puede imponer la pena superior en grado.

Por otro lado, los efectos de la reincidencia son mucho más amplios que los de cualquier otra circunstancia agravante: impide la suspensión condicional de la condena, 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 preventiva.

En definitiva, frente a la reincidencia el ordenamiento responde con el incremento de la pena y con la exclusión de mecanismos orientados hacia la reinserción social del condenado.

## 1.2. Legitimidad de la reincidencia y la multirreincidencia

El principal problema que suscitan la reincidencia y la multirreincidencia es determinar el fundamento que justifica la agravación, cuestionándose su legitimidad, e, incluso, su compatibilidad con exigencias constitucionales.

### *A) La cuestión sobre el fundamento que legitima la reincidencia. Discusión doctrinal*

La pregunta que plantean estas circunstancias es por qué un hecho anterior —la existencia de una o varias condenas previas— determina un plus de gravedad respecto a un hecho que se produce con posterioridad y permite justificar el incremento de la pena de este último. El resto de las circunstancias agravantes contemplan situaciones que concurren en el delito al que se aplican. La reincidencia y la multirreincidencia toman en cuenta hechos anteriores que, además, ya han recibido la correspondiente sanción penal.

Sobre esta cuestión existen importantes divergencias doctrinales que oscilan entre la postura de quienes entienden que las referidas circunstancias incrementan la gravedad del hecho al que se aplican, y la posición doctrinal que recurre a su fundamentación desde los fines de la pena, argumentando desde las necesidades de prevención general y especial que plantean estos casos.

Es imposible reproducir siquiera de forma resumida la discusión planteada en la doctrina española en torno a este tema<sup>5</sup>; pero, en apretada síntesis las principales opciones doctrinales se pueden resumir del modo siguiente:

---

5 Para un detallado estudio de la discusión sobre el fundamento de la reincidencia en la doctrina penal extranjera, puede verse, MIR PUIG, S., *La reincidencia en el Código Penal*, Barcelona, 1974, pp. 427-521; y MONGE FERNÁNDEZ, A., “Aproximaciones dogmáticas a la circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 95, 2008, pp. 100-122. Sobre el estado de la cuestión en la doctrina española, véase AGUADO LÓPEZ, S., *La multirreincidencia*

a) Cierta sector de doctrina, afirma que la reincidencia supone una mayor gravedad del hecho, porque revela una mayor culpabilidad<sup>6</sup>: el reincidente actúa con un conocimiento seguro de la antijuridicidad de su comportamiento e, incluso, de la punibilidad. Además, actúa pese a la advertencia que supone la condena anterior y pese al tratamiento resocializador recibido, lo que, normalmente, supone una mayor capacidad para autodeterminarse.

También se ha señalado que la reincidencia supone una mayor culpabilidad por la especial disposición de ánimo que muestra el autor, cuyo comportamiento expresa un especial desprecio hacia los bienes jurídicos<sup>7</sup>, al cometer un nuevo delito pese a la advertencia que supone la primera condena<sup>8</sup>.

No obstante, esta posición que fundamenta la reincidencia en la mayor culpabilidad del autor no está exenta de problemas. Frente a ella, se argumenta que agravar la pena en virtud de la reincidencia supone infringir el principio de responsabilidad por el hecho o “acto aislado”, fundamentando el juicio de culpabilidad en el “estado del autor” o, lo que es lo mismo, en su carácter<sup>9</sup>.

---

*y la conversión de faltas en delito: problemas constitucionales y alternativas político criminales*, Madrid, 2008. Y sobre la regulación de la circunstancia en los Códigos Penales españoles, ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia. Su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los Códigos penales españoles del siglo XIX*, Bilbao, 1982.

- 6 CERZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. Parte General, III, Teoría jurídica del delito*, Madrid, 2001, pp. 168-169. El citado autor también señala la actitud de especial rebeldía que muestra el reincidente respecto a las exigencias del ordenamiento jurídico. No obstante, matiza su postura respecto a la reincidencia genérica —aquella en la que el primer delito y el que se comete con posterioridad son de distinta naturaleza—, en la que los argumentos señalados tienen menor peso, considerando correcta la supresión de esta forma de reincidencia en el Código Penal de 1995.
- 7 ALONSO ÁLAMO, M., *El sistema de circunstancias del delito*, Valladolid, 1982, pp. 746-747.
- 8 También considera que el fundamento de la reincidencia es la mayor culpabilidad del autor, en atención a sus condiciones personales, SERRANO GÓMEZ, A., “La reincidencia en el Código Penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1976, p. 75.
- 9 MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., *La reincidencia. Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, Granada, 1999, p. 178. CERZO

Y también se ha afirmado que frente a la presunción de que el reincidente tiene mayor capacidad para autodeterminarse, resulta más plausible la presunción contraria<sup>10</sup>. Si la reincidencia indica cierta “tendencia a delinquir”. Si, además, se tiene en cuenta el efecto criminógeno que puede surtir la pena. Y, si, por último, se tiene en cuenta que, en ciertos casos, la reincidencia puede indicar una menor sensibilidad para captar la advertencia que supone la condena, lo que habría que concluir es que el reincidente tiene una menor capacidad de inhibición frente al delito —le resulta más difícil la obediencia a la norma— y, por ello, actúa con una menor culpabilidad<sup>11</sup>. En este sentido, Quintero Olivares señala que la reincidencia demuestra, ante todo, el fracaso de las funciones asignadas al Derecho Penal —prevención especial y resocialización— e indica que, posiblemente, las condiciones de marginación y desocialización del autor se han incrementado<sup>12</sup>.

Esta última objeción ha sido recogida por los propios defensores de la idea de una mayor culpabilidad en el reincidente, quienes matizan su posición, reconociendo que, en ciertos casos de reincidencia, puede existir una menor capacidad del sujeto para autodeterminarse, bien por su personalidad, o por no haber recibido un tratamiento resocializador adecuado<sup>13</sup>. Y también se reconoce que el reincidente no tiene por qué mostrar siempre una especial rebeldía hacia el Derecho<sup>14</sup>. Por ello, la postura que fundamenta la reincidencia en la mayor culpabilidad termina concluyendo que, de *lege ferenda*, resultaría preferible atribuir a esta circunstancia un carácter meramente facultativo; y, de *lege lata*, realizar una interpretación teleológica y restrictiva de esta

---

MIR, J., *Curso...*, ob.cit., p. 169, responde a la citada objeción, señalando que a la hora de realizar el juicio de reproche por el hecho realizado pueden valorarse circunstancias personales del sujeto, entre las que se citan los antecedentes penales o la personalidad del culpable.

10 MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, ob.cit., p.540.

11 *Ibidem*, pp. 540-544 y QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, 3ª ed., Pamplona, 2009, p. 751, entre otros.

12 *Ibidem*, p. 751.

13 CERESO MIR, J., *Curso...*, ob.cit., p. 169.

14 *Ibidem*, p. 169.

circunstancia en el sentido de apreciarla únicamente cuando, de acuerdo con su fundamento, pusiera de manifiesto una mayor culpabilidad del autor<sup>15</sup>. Propuesta que, a mi juicio, no se compadece con el carácter de circunstancia de apreciación obligatoria que parece deducirse de su actual regulación legal.

b) Otro sector de doctrina, representado por Mir Puig<sup>16</sup>, considera que la reincidencia incrementa la antijuridicidad del hecho al que se aplica: la repetición del delito indica un mayor desprecio hacia los bienes jurídicos y una mayor rebeldía del sujeto que, pese a la advertencia de la condena anterior, insiste en la infracción de las normas<sup>17</sup>. No obstante, el citado autor sostiene que, si bien éste es el fundamento que subyace a la regulación de la reincidencia en el Derecho positivo español, ello no justifica ni legitima la existencia de la agravante<sup>18</sup>. Según Mir Puig, la actitud de desprecio hacia los bienes jurídicos o la rebeldía frente a la norma no afectan al grado o la forma de lesión al bien jurídico y, por ello, no pueden justificar un incremento de pena en el contexto de un Derecho Penal respetuoso con el fuero interno y orientado a la protección de los bienes jurídicos, conforme a las exigencias constitucionales<sup>19</sup>. Lo que conduce a la conclusión de que la agravación en virtud de la reincidencia

---

15 *Ibidem*, p. 169.

16 MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, ob.cit., pp. 523 y ss.; el mismo, “Sobre la constitucionalidad de la reincidencia en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1993, fasc. 3, p. 1145; el mismo, *Derecho Penal. Parte General*, 9º ed., Barcelona, 2009, p. 641.

17 MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, ob.cit., pp. 477 y ss.; el mismo, “Sobre la constitucionalidad...”, ob. cit., p. 1145; el mismo, *Derecho Penal...*, ob.cit., p. 641.

18 MIR PUIG, S., “Sobre la constitucionalidad...”, ob.cit., p. 1145.

19 *Ibidem*, p. 1145. En el mismo sentido, ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Sobre la constitucionalidad de la agravante de reincidencia”, en *Poder Judicial* 2º época/nº 13, 1989, p. 87, sostiene que el desprecio y rebeldía no puede fundamentar “la intervención del Derecho Penal que no debe ser moralizador ni utilizado para imponer una determinada ideología y que, por consiguiente, no puede perseguir la fidelidad ni la sumisión interna de los destinatarios de las normas”.

“no es constitucionalmente conveniente”<sup>20</sup> y que tal circunstancia debería suprimirse; o, al menos, hacerse facultativa, abordando el problema de la reiteración delictiva no desde medidas de carácter punitivo, sino, en todo caso, a través de las medidas de seguridad<sup>21</sup>.

c) También se ha intentado fundamentar la reincidencia en la insuficiencia de la pena impuesta. Desde esta perspectiva, se entiende que si la experiencia de la pena no ha servido para evitar la comisión de un nuevo delito, razones de prevención especial aconsejan incrementar la dosis de pena para que ésta resulte eficaz. Es la teoría de la insuficiencia relativa de la pena de Carrara que, a juicio de Mir Puig, tiene su último fundamento en la idea de que el reincidente, por sus cualidades personales, tiene una especial insensibilidad hacia la pena ordinaria, lo que determina la necesidad de una pena agravada<sup>22</sup>.

Frente a esta posición cabe mantener que si la pena ha resultado ineficaz no resulta razonable insistir en el mismo tipo de respuesta, pero incrementada<sup>23</sup>. En esta línea, Zugaldía Espinar<sup>24</sup> ha señalado que la pena pierde su justificación cuando se demuestra inútil para el fin que se le asigna: incrementar la pena del reincidente ante el fracaso de la pena anterior puede infringir, a juicio del citado autor, la prohibición de penas inhumanas o degradantes contenida en el artículo 15 de la CE.

---

20 MIR PUIG, S., *Derecho Penal*..., ob.cit., p. 641.

21 *Ibidem*, p. 1151.

22 MIR PUIG, S., *La reincidencia*..., ob.cit., p. 433.

23 RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Aspectos críticos...”, ob.cit., p. 304, quien señala, en relación con la multirreincidencia, lo siguiente: “Ante el fracaso de la función de prevención especial de pena que la plurirreincidencia revela, parece muy poco acertado que el ordenamiento jurídico reacciones, a su vez, «reincidiendo» en la pretensión de lograr finalidades de aseguramiento y prevención a través del mismo medio que fracasó ya con anterioridad”; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte General*, 5<sup>o</sup> ed., Valencia, 1999, p. 901; AGUADO LÓPEZ, S., *La multirreincidencia*..., ob.cit., p. 44; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Sobre la constitucionalidad...”, ob.cit., p. 87.

24 *Ibidem*, p. 87.

A mi juicio, la reincidencia indica un evidente fracaso del objetivo resocializador de la pena. Por ello, no es coherente, desde la perspectiva de la finalidad de reinserción y resocialización de las penas asignada en el artículo 25.2 de la CE, recurrir a la respuesta punitiva, pero incrementada. O, al menos no resulta coherente hacerlo en los mismos términos en los que se ejecutó la primera pena, sin establecer al mismo tiempo previsiones que garanticen que esta segunda condena sí va a cumplir su finalidad resocializadora. Si se incrementa la responsabilidad del culpable, también habría que asumir cierta responsabilidad social por el fracaso de la condena anterior e incrementar el esfuerzo resocializador con nuevas medidas tendentes a garantizar que esa segunda pena incrementada va a conseguir la reinserción social del condenado.

Por último, cabe señalar que no es éste el fundamento de la reincidencia que cabe deducir de su regulación en el Derecho positivo español. El Código Penal no exige el cumplimiento de la condena para la aplicación de la circunstancia; ni, por ello, permite justificar la agravación en el fracaso de la pena impuesta, que puede no haberse cumplido.

d) La gran mayoría de los autores consideran que el fundamento de la reincidencia radica en la mayor peligrosidad del reo. La reiteración del delito indica una inclinación o tendencia a delinquir y, en consecuencia, una mayor probabilidad en la comisión de futuros delitos<sup>25</sup>. La circunstancia ya no se justifica por la mayor gravedad del hecho, en razón de un mayor injusto o una mayor culpabilidad, sino en consideraciones de prevención especial derivadas de la peligrosidad del autor.

Como variante de esta posición, se puede señalar la de aquellos autores que consideran que la reincidencia supone “la

25 FERRER SAMA, A., *Comentarios al Código Penal*, I, Murcia, 1946, pp. 411 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Aspectos críticos...”, ob.cit., p. 302; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*..., ob.cit., p. 899 y ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Sobre la constitucionalidad...”, ob.cit., p. 86; JAÉN VALLEJO, M., “Reincidencia y Derecho Penal de la culpabilidad”, en *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*”, Madrid, 1993, p. 721 y ss.

antesala de la habitualidad”, en el sentido de que muestra que el sujeto se ha iniciado en el hábito de delinquir<sup>26</sup>. Y también la postura que conecta la especial peligrosidad del reincidente, derivada de su tendencia a delinquir, con “la alarma social” que se produce al comprobar que la inclinación al delito es más fuerte que el efecto intimidatorio de la pena<sup>27</sup>.

No obstante, los partidarios de esta interpretación se muestran sumamente críticos con el mantenimiento de la circunstancia desde estos presupuestos. Como señala Rodríguez Mourullo<sup>28</sup>, la circunstancia implica una *presunción* sobre la existencia de un tipo de personalidad criminal derivada de la existencia de condenas anteriores. Presunción de peligrosidad criminal que no tiene por qué cumplirse en el caso concreto y que, además, se establece con carácter *iusuris et de iure*, puesto que se trata de una circunstancia de aplicación obligatoria, lo que impide al órgano jurisdiccional valorar si en el caso concreto existe efectivamente un pronóstico de peligrosidad criminal hacia el futuro<sup>29</sup>.

Por otro lado, se afirma que la peligrosidad criminal no puede ofrecer un fundamento jurídico adecuado para la agravación de la pena. La pena, simple o agravada, sólo puede tener su fundamento en la gravedad del hecho y debe ser proporcional a esa gravedad<sup>30</sup>. Frente a la peligrosidad del autor, la respuesta adecuada no es la pena, sino las medidas de seguridad. Por ello, desde esta línea doctrinal lo que se propone es prescindir de la agravante de reincidencia y recurrir a ese tipo de consecuencias jurídicas<sup>31</sup>.

---

26 MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., *La reincidencia...*, ob.cit., pp. 192-196.

27 ASUA BATARRITA, A., *La reincidencia...*, ob.cit., p. 457.

28 RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Aspectos críticos...”, ob.cit., p. 296.

29 AGUADO LÓPEZ, S., *La multirreincidencia...*, ob.cit., p. 49.

30 Como señala, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Aspectos críticos...”, ob.cit., p. 303, una pena fundada en la peligrosidad es “una pena injustificada”.

31 RODRÍGUEZ MOURULLO, G., en CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1972; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Sobre la constitucionalidad...”, ob.cit., p. 88, entre otros autores.

e) Por último, se ha señalado que la agravante de reincidencia puede encontrar su explicación, ya que no su fundamento legítimo, en razones de política criminal. Quintero Olivares alude a “la alarma social” que provoca la reiteración en el delito, señalando que ninguna sociedad está en condiciones de aceptar la irrelevancia de la circunstancia, “aun a conciencia de que el recurso agravado a la cárcel no va a ser de especial utilidad para reducir la criminalidad”<sup>32</sup>. Todo ello, para terminar concluyendo que “el valor simbólico-social de la agravación de la pena por reincidencia pasa, pues, por encima de cualquier otra consideración”<sup>33</sup>.

Ninguna de las razones aducidas termina de resultar convincente para justificar el incremento de pena que supone la reincidencia. Frente a la idea de mayor culpabilidad, se argumenta que el reincidente puede tener una menor capacidad para autodeterminarse conforme a la norma y que la condena anterior puede haber actuado como factor de desocialización, incrementando las variables es que condicionaron la comisión de la primera infracción<sup>34</sup>. Respecto a la idea de mayor desprecio y mayor rebeldía, sus propios partidarios sostienen que un rasgo de carácter o la personalidad del delincuente no pueden justificar un incremento de pena sin incurrir en un Derecho Penal de autor, aconsejando el recurso a las medidas de seguridad. Y, respecto a la idea de peligrosidad como base de la circunstancia, sus defensores consideran que, si esto es así, el incremento de pena es una respuesta jurídica inadecuada. Frente a la peligrosidad criminal la consecuencia jurídica idónea es la aplicación de medidas de seguridad.

Ante la ausencia de un criterio plenamente convincente que legitime la existencia de la agravante, un importante y nutrido sector de doctrina solicita de *lege ferenda* su derogación<sup>35</sup>.

32 QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General...*, ob.cit., p. 751.

33 *Ibidem*, p. 751.

34 *Ibidem*, p. 751.

35 Entre otros: RODRÍGUEZ MOURULLO, G., en CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios...*, ob.cit., p. 744; MIR PUIG, S., *La reincidencia...*, ob.cit., p. 546; el mismo, *Derecho Penal...*, ob.cit., p. 641; QUINTERO OLIVARES/MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*, Madrid, 1983, p. 90;

### *B) La posición de la jurisprudencia*

La falta de consenso en la doctrina sobre el fundamento de la reincidencia encuentra su reflejo en la jurisprudencia. Ciertas resoluciones fundamentan la agravación en la necesidad de incrementar la respuesta social ante el delito frente a quien incumple de forma reiterada la norma, por razones de prevención general negativa, en cuanto se aumenta la intimidación con una mayor extensión de la pena, y también por razones de prevención general positiva, derivadas de la necesidad de una mayor afirmación de la vigencia y valor del Derecho —STS 535/2008, de 18 de septiembre, Rec 1126/07—. En alguna resolución, se ha manifestado que la reincidencia, desde un punto de vista criminológico, supone un fracaso de la respuesta carcelaria —STS 1250/2003, de 30 de septiembre, Rec 1305/02—. Pero, la línea jurisprudencial mayoritaria fundamenta la agravación en la necesidad de una mayor represión, por razones de prevención especial, frente a la mayor peligrosidad del sujeto que, por repetición de los mismos hechos delictivos, revela una inclinación a cometer la misma clase de delitos —SSTS de 23 de abril de 1993, Rec 5522; 18 de febrero de 1994, Rec 2144; 5/2003, de 14 de enero, Rec 3072/01; 1250/2003, de 30 de septiembre, Rec 1305/02—; manifestando, alguna resolución, que la reincidencia es un medio inidóneo para resolver los problemas que plantea la peligrosidad del autor —STS 917/2000, de 30 de mayo, Rec 1012/1999—.

En este sentido, la jurisprudencia mayoritaria interpreta el requisito legal de “identidad de naturaleza”, desde lo que con-

---

QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General...*, ob.cit., p. 751; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal...*, ob.cit., p. 815; GARCÍA ARÁN, M., *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, Barcelona, 1982, p. 164; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1986, p. 376; GARZÓN REAL/MANJÓN-CABEZA OLMEDA, “Reincidencia y Constitución”, en *Actualidad Penal*, nº 1, 1991, p. 1; SERRANO MAÍLLO, A., *Compensación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal e individualización de la pena*, Madrid, 1995, p. 80; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Sobre la constitucionalidad...”, ob.cit., p. 89. En el Código Penal alemán quedó suprimida esta circunstancia por Ley de 13 de abril de 1986.

sidera el fundamento de la agravante, es decir, las necesidades de prevención especial del autor que revela una inclinación a cometer la misma clase de delito. Y, en consecuencia, considera que el elemento fundamental a tener en cuenta para determinar la identidad de naturaleza entre los dos delitos es “la tendencia criminal expresada por el autor del delito, respecto de determinados bienes jurídicos”. Por ello, la “identidad de naturaleza”, que exige el legislador para la aplicación de la reincidencia, significa, a juicio de la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, “identidad de bien jurídico protegido en los dos delitos” y, además, “identidad en la forma de ataque al mismo, en cuanto ello revela una misma tendencia criminológica”<sup>36</sup>. Por otro lado, esta interpretación es la que parece desprenderse del propio texto legal, concretamente de la Disposición transitoria 7º del Código Penal.

*C) La cuestión sobre la constitucionalidad de la circunstancia de reincidencia*

Además de la polémica sobre el fundamento de la reincidencia, se ha cuestionado su constitucionalidad. Desde la doctrina, se señala que la circunstancia infringe no pocas exigencias constitucionales, como son:

- a) El principio de culpabilidad por el hecho derivado del principio de legalidad penal, al hacer depender la gravedad de la pena de la personalidad o forma de ser del autor, en el sentido de una culpabilidad por la conducción de la vida, incompatible con el principio de legalidad (artículo 25.1 CE) y con el valor de la dignidad humana (artículo 10.1 CE)<sup>37</sup>.

36 SSTS 1078/1998, de 17 de octubre Rec 3449/1997; 1222/1999, de 23 de julio, Rec 253/1999; 853/2000, de 12 de mayo, Rec 2684/1998; 5/2003, de 14 de enero, Rec 3072/2001; 1250/2003, de 30 de septiembre Rec 1305/02; 971/201, de 12 de noviembre, Rec 789/2010.

37 ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Sobre la constitucionalidad...”, ob.cit., p. 87. En similar sentido, BORJA JIMÉNEZ, E., “Dos interpretaciones jurisprudenciales sobre la vigencia actual de la agravante de reincidencia”, en *Revista General de Derecho*, año XLVII, nº 58, 1991, p. 1137, sostiene

- b) El principio de proporcionalidad de las penas, pues una pena no proporcionada a la culpabilidad es desproporcionada e innecesaria y, por ello, puede ser calificada de pena degradante e inhumana, con vulneración de lo dispuesto en el artículo 15 CE<sup>38</sup>.
- c) El principio *ne bis in idem*, reconocido en el artículo 25 CE, pues la existencia de delitos anteriores, que ya han sido sancionados, no puede incrementar la gravedad de un hecho posterior, valorándose, en consecuencia, doblemente el hecho que da lugar a la agravación<sup>39</sup>.
- d) El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, derivado el artículo 16.1 CE, que impone un Derecho Penal limitado a la protección de bienes jurídicos, prescindiendo de las actitudes internas de especial rebeldía del autor frente al ordenamiento o de especial desprecio a los bienes jurídicos como fundamento de la pena o de su gravedad<sup>40</sup>.
- e) Y, por último, se entiende que la aplicación automática de la circunstancia de reincidencia comporta una presunción *iuris et de iure* de la peligrosidad del autor, que no tiene por qué cumplirse en el caso concreto, in-

---

que si la circunstancia se fundamenta en la peligrosidad del autor, entonces resulta incompatible con el principio de culpabilidad por el hecho aislado, que parece deducirse del principio de legalidad del artículo 25.1 y del artículo 10.1.

- 38 ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Sobre la constitucionalidad...”, ob.cit., p. 86.
- 39 QUINTERO OLIVARES/MUÑOZ CONDE, *La reforma penal...*, ob.cit., p. 92; GARZÓN REAL/MANJÓN-CABEZA OLMEDA, “Reincidencia y...”, ob.cit., p. 6; AGUADO LÓPEZ, S., *La multirreincidencia...*, ob.cit., pp. 69 y ss.; BORJA JIMÉNEZ, E., “Dos interpretaciones...”, ob.cit., p. 1137, sostiene que la reincidencia vulnera el principio *ne bis in idem*, porque valora un mismo hecho en dos ocasiones distintas, salvo que se entienda que lo que se valora en la reincidencia no es el hecho pasado cometido, sino la personalidad del autor –incoregibilidad que origina una mayor peligrosidad-, pero, entonces el principio que se estaría vulnerando es el principio de culpabilidad por el hecho que también tiene rango constitucional.
- 40 ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Sobre la constitucionalidad...”, ob.cit., p. 87.

compatible con el principio de presunción de inocencia consagrado en el artículo 24.2 CE<sup>41</sup>.

- f) Respecto a la multirreincidencia se ha señalado que, además, infringe el principio de legalidad de las penas, en la medida en que su apreciación permite rebasar el marco legal establecido en la correspondiente figura delictiva<sup>42</sup>.

El Tribunal Supremo abordó esta cuestión en la conocida sentencia de 6 de abril de 1990, Rec 3173/1987. El Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación frente a la sentencia de instancia, con el objeto de que, dadas las dudas planteadas sobre la constitucionalidad de la circunstancia de reincidencia, el Tribunal Supremo manifestase su opinión al respecto justificando, en su caso, la decisión de no plantear una cuestión de inconstitucionalidad sobre el antiguo artículo 10.15 CP 1973 que regulaba esta circunstancia.

En la resolución del recurso, el TS recuerda el “principio de conservación de la ley” que obliga, antes de declarar la inconstitucionalidad de un precepto, a buscar una interpretación de la norma cuestionada que resulte conforme con las exigencias constitucionales.

Para esta valoración se parte del artículo 10.1 de la Constitución, en el que se proclaman la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político y la paz social que “imponen un *Derecho Penal respetuoso del principio de la culpabilidad por el hecho* concretamente cometido. Dicho principio, a su vez, *determina que la pena imponible no debe superar la medida determinada por la gravedad de tal culpabilidad por el hecho*. Este punto de partida excluye,

---

41 *Ibidem*, p. 89; BORJA JIMÉNEZ, E., “Dos interpretaciones...”, *ob.cit.*, p. 1137.

42 QUINTERO OLIVARES/MUÑOZ CONDE, *La reforma penal...*, *ob.cit.*, p. 92; GARZÓN REAL/MANJÓN-CABEZA OLMEDA, “Reincidencia y...”, *ob.cit.*, p. 6; AGUADO LÓPEZ, S., *La multirreincidencia...*, *ob.cit.*, p. 65.

en consecuencia, que la pena aplicable sea establecida tomando en cuenta la culpabilidad de hechos anteriores ya sancionados o la personalidad del autor exteriorizada por hechos punibles cometidos en el pasado y que ya han sido motivo de sanción<sup>743</sup>.

Desde este planteamiento, el TS opta por reformular el régimen legal de la circunstancia para ajustarla a los límites del principio de culpabilidad por el hecho, entendiendo que no es una circunstancia de aplicación obligatoria, sino facultativa, cuya su apreciación sólo procede cuando no tenga como efecto superar la gravedad de la culpabilidad por el hecho<sup>44</sup>. Como señaló Mir Puig<sup>45</sup>, ello implica que el grado de la pena debe determinarse en atención al resto de factores y circunstancias concurrentes en el hecho, sin que pueda elevarse en razón de la reincidencia. Todo ello, con las consecuencias de la inaplicación del antiguo artículo 61.2 del CP 1973, en virtud de la reincidencia<sup>46</sup>, y de impedir la

---

43 STS de 6 de abril de 1990, Rec 3173/1987.

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

45 MIR PUIG, S., “Sobre la constitucionalidad...”, ob.cit., pp. 1140 y ss., señala que la solución propuesta contradice la regulación establecida en el CP (1973) que prevé la agravación de la pena —imposición en su grado medio o mínimo—, cuando concurra una circunstancia agravante —“la reincidencia lo es”—; y la compensación en caso de concurrencia de circunstancias de distinto signo.

46 El antiguo artículo 61.2 del CP 1973 establecía la imposición de la pena en grado medio o máximo en el caso de concurrencia de una circunstancia agravante. Siguiendo la propuesta del TS, cuando fuera la reincidencia la única circunstancia agravante no se podría aplicar esta regla y habría que imponer el grado mínimo de la pena.

ponderación de la circunstancia, a los efectos de la regla 61.3 del citado cuerpo legal, para aplicar el grado medio de la pena cuando aquella concorra con circunstancias atenuantes.

El criterio expresado en esta resolución fue objeto de crítica doctrinal<sup>47</sup>. Y, si bien, creó una línea jurisprudencial en este sentido, pocos meses después de la publicación de esta sentencia, el Tribunal Supremo, en sentencia 3470/1990, de 29 de octubre, manifestó la opinión contraria, considerando que la aplicación obligatoria de la reincidencia no plantea duda alguna de constitucionalidad, criterio que también fue seguido por otra importante línea de jurisprudencia.

Finalmente, el Tribunal Constitucional afronta el problema en la sentencia 150/1991, de 4 de julio, que declaró la constitucionalidad de la circunstancia y rechazó todos los motivos de inconstitucionalidad alegados. Se entiende que no vulnera los principios de culpabilidad (art.9.3, 25.1 y 10.1 CE); proporcionalidad; seguridad jurídica (art. 9.3 CE); igualdad (art. 14 CE); *ne bis in idem* (25.1 CE); tutela judicial efectiva y presunción de inocencia (arts. 24.1 y 24.2 CE); la prohibición de penas o tratos degradantes (art. 15 CE); ni el principio de tipicidad y legalidad penal (art. 25.1 *in fine*).

---

47 JAREÑO LEAL, A., “Reincidencia, arbitrio judicial y principio de legalidad”, en *Poder Judicial*, segunda época, nº 22, 1991, pp. 249 y ss., señaló que el Tribunal cae en la incongruencia de afirmar, primero, que el principio de culpabilidad excluye la determinación de la pena en atención a hechos anteriores ya sancionados o en atención a la personalidad del autor, exteriorizada en la comisión de hechos pretéritos; para, luego, razonar en sentido diametralmente opuesto. En segundo lugar, se señala que el fundamento de esta resolución está en una determinada concepción de la culpabilidad que considera la prevención especial (personalidad del delincuente) como criterio base para la determinación final de la pena, posición que, a juicio de la autora, es de carácter ético o moralizante. A lo que se añade, y esta es la objeción principal, que la propuesta de redefinición de la circunstancia “amplía la discrecionalidad judicial traspasando los límites del principio de legalidad, pues el Juez podrá decidir la inaplicación de una norma preceptiva —el artículo 61.2— en los casos de concurrencia de una agravante” (Ibidem, p. 253).

Los límites de este trabajo no permiten abordar con la extensión que merecen los argumentos esgrimidos por el Tribunal Constitucional para fundamentar el fallo y declarar la constitucionalidad de la circunstancia<sup>48</sup>. Ni tampoco permiten exponer y analizar las diversas críticas doctrinales de las que ha sido objeto esta sentencia, porque lo que sí es cierto es que la decisión del Alto Tribunal no ha tenido el efecto de acallar la polémica doctrinal sobre la constitucionalidad de la reincidencia y gran parte de la doctrina difiere de la decisión adoptada. Sí me gustaría destacar, sin embargo, algunos aspectos de la sentencia, concretamente los relativos a los principios *ne bis in idem*, legalidad y tipicidad; el principio de presunción de inocencia; y la función resocializadora de la pena.

Respecto al principio de presunción de inocencia, el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad señalaba que la aplicación objetiva y automática de la agravante de reincidencia entrañaba una presunción *iuris et de iure*, bien de perversidad, bien desprecio hacia el bien jurídico, o bien de culpabilidad, contraria a las exigencias establecidas en el artículo 24.2 CE. A lo que el Alto Tribunal responde afirmando que el principio de presunción de inocencia exige la acreditación de los presupuestos y requisitos establecidos en la ley para la aplicación de la circunstancia, pero no exige la prueba del fundamento o razón tenida en cuenta por el legislador para recoger la reincidencia entre las circunstancias agravantes. A mi juicio, con esta argumentación se rodea el problema de fondo que es, precisamente, si la regulación de la circunstancia garantiza, siempre y en todo caso, la presencia del elemento que justifica su existencia como circunstancia agravante. Si esto no es así, y según se ha expuesto parece que no lo es, la mera prueba formal de los requisitos legales para la aplicación de la circunstancia no puede servir para acreditar

---

48 Véase el comentario de MIR PUIG, S., “Sobre la constitucionalidad...”, ob.cit., pp. 1139 y ss.; y las consideraciones de AGUADO LÓPEZ, S., *La multirreincidencia...*, ob.cit., pp. 55 y ss.

el elemento que determina el incremento de pena, desvirtuando la presunción de inocencia reconocida en el artículo 24.2 CE.

En relación con el principio *ne bis in idem*, cuya infracción también se alega en el Auto, el Tribunal Constitucional señala que la apreciación de la reincidencia no vulnera tal principio, porque no implica volver a sancionar el hecho anterior, sino que tiene el efecto de fijar, *dentro de los límites establecidos por el legislador*, el grado y la extensión de la pena. La misma argumentación se utiliza para rechazar la vulneración del principio de proporcionalidad, legalidad y tipicidad, dado que la circunstancia debe ser valorada por el órgano jurisdiccional dentro de los límites fijados para cada tipo penal concreto y su respectiva sanción.

En este punto, es posible argumentar qué, efectivamente, la reincidencia no implica sancionar de nuevo el mismo hecho; pero también es cierto, que ese hecho ya sancionado es “tomado en cuenta” y valorado para graduar la sanción del hecho posterior e influye en la gravedad esta sanción. Por otro lado, y respecto a los principios de proporcionalidad, tipicidad y legalidad, la argumentación del Tribunal Constitucional puede resultar aceptable respecto a la circunstancia de reincidencia, pero pierde toda su fuerza cuando se proyecta sobre la circunstancia de multirreincidencia prevista, actualmente, en el artículo 66.1.5 del Código Penal<sup>49</sup>. En este caso, es posible superar el límite legal establecido por el legislador para la correspondiente figura delictiva y, por tanto, siguiendo la argumentación del Tribunal, sí quedarían comprometidos estos principios<sup>50</sup>.

Queda la cuestión relativa a la función de reinserción y resocialización que el artículo 25.2 atribuye a la pena. El Tribunal Constitucional señala que tal precepto no impide que el legislador

---

49 En el momento en que se dicta la sentencia comentada, la multirreincidencia había desaparecido del Código Penal, por ello, el Tribunal Constitucional no tuvo ocasión de pronunciarse sobre la constitucionalidad de esta circunstancia.

50 En este sentido, GARCÍA ARÁN, M., en CORDOBA RODA/GARCÍA ARÁN, *Comentarios...*, ob.cit., pp. 622 y ss., considera que sería posible plantear una cuestión de constitucionalidad respecto al artículo 61.1.5.

tome en cuenta otros principios distintos, como la prevención general, que también constituye una finalidad legítima de la pena. Sin embargo, como ha señalado Aguado López<sup>51</sup>, si se tienen en cuenta todos los efectos de la apreciación de la circunstancia, que no sólo implica el incremento de pena, sino la exclusión de las instituciones orientadas a la resocialización del condenado, y ello se pone en relación con el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución, habría que concluir que el legislador depara un trato discriminatorio al delincuente reincidente, dificultando su resocialización, sin justificación alguna. Frente a ello, a lo largo del texto se ha venido argumentando que el fenómeno de la reincidencia lo que exige es reforzar los mecanismos de resocialización.

### C) Conclusiones

Como conclusión a lo expuesto hay que señalar que no existe un fundamento que goce de suficiente consenso como para justificar de forma convincente la existencia de las circunstancias agravantes de reincidencia y multirreincidencia. También parecen evidentes las dificultades para acomodar la existencia de estas circunstancias con las exigencias constitucionales, pese al esfuerzo realizado por la STC 150/1991. Por todo ello, considero plenamente acertada la propuesta doctrinal que, de *lege ferenda*, solicita la supresión de estas circunstancias; o, cuando menos, la derogación de la multirreincidencia y la conversión de la reincidencia en una circunstancia de apreciación facultativa.

Ahora bien, no parece plausible, en el actual contexto social que vivimos, prescindir de toda reacción frente a la reiteración delictiva. Genera alarma social; exige reafirmar la confianza del ciudadano en la norma; y es un posible indicio de peligrosidad criminal. Lo cuestionable es que la respuesta adecuada sea el incremento de pena. Ninguno de los motivos expuestos puede justificar la agravación de la sanción desde los valores y principios que legitiman el ordenamiento penal. Esta afirmación cobra una

---

51 AGUADO LÓPEZ, S., *La multirreincidencia...*, ob.cit., pp. 104 y ss.

fuerza especial cuando se refiere a la aplicación de la circunstancia de reincidencia a la delincuencia patrimonial común, que encuentra su causa en el fracaso del proceso de socialización y posterior resocialización del autor. En estos casos, parece que lo más razonable es adoptar medidas especiales en fase de ejecución de la pena orientadas a reforzar la reinserción del penado y a constatar, bajo control, su capacidad para la vida en libertad<sup>52</sup>; o bien, acumular a la pena simple medidas de seguridad, tales como la libertad vigilada para ser cumplidas durante la última fase de condena, con posibilidad de prórroga posterior, limitada en el tiempo, en atención a la naturaleza de la medida.

## **2. La conversión de faltas en delito en los delitos patrimoniales**

Si la reincidencia es la respuesta frente a la reiteración de delitos, respecto a las faltas, el legislador acude al delito habitual impropio para incrementar la respuesta penal. Esto ocurre en el hurto (art. 234.2) y en el hurto de uso (art. 244.1). En estos preceptos, a partir de la reforma de 2003, se prevé la conversión en delito de faltas reiteradas<sup>53</sup>. La aplicación de estas figuras exige:

- a) La comisión de tres faltas en el supuesto del hurto. En la redacción originaria incorporada por la LO 11/2003, se preveía la comisión de cuatro faltas, que la LO 5/2010 reduce a tres, manteniendo la exigencia de cuatro faltas

---

52 En este sentido se manifiesta AGUADO LÓPEZ, S., *La multirreincidencia*, ob.cit., pp. 117 y ss.

53 La citada reforma establece la misma previsión respecto a las faltas de lesiones del artículo 617, a la que no nos referiremos por centrarse este trabajo en la reiteración delictiva en la delincuencia patrimonial. Por otro lado, la situación regulada en el artículo 244.1 en el que se exige la realización de cuatro hurtos o robos de uso de vehículo a motor o ciclomotor por *valor inferior a 400€*, en el plazo de un año, es prácticamente impensable, por lo que en lo sucesivo me centraré en la disposición contenida en el artículo 234.2. Según señala GALLEGO SOLER, J.I., en CORCOY BIDASOSOLO/MIR PUIG, *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Valencia, 2011, p. 521, el sentido político criminal de la reforma es permitir la prisión preventiva ante la reiteración de faltas por su conversión en delito.

para el supuesto de hurto de uso de vehículo a motor ajeno.

- b) Que las faltas hayan sido cometidas en el plazo de un año.
- c) Que el montante acumulado supere el límite de los 400 euros que exigen las correspondientes figuras delictivas.

En este precepto se recoge la figura del delito habitual impropio, es decir, tipos penales que prevén conductas que, por sí mismas, constituyen infracción penal, cuya penalidad se agrava en virtud de su repetición<sup>54</sup>. Como señala Alonso Álamo, la justificación de este tipo de figuras no puede hacerse depender de una especial tendencia o inclinación del autor al delito, ni de que éste responda a un determinado tipo criminológico<sup>55</sup>. Lo relevante es la repetición objetiva de los hechos que, por su reiteración, adquieren una especial lesividad. Este incremento de la lesividad del hecho sí está en condiciones de justificar y legitimar, a juicio de la citada autora, la agravación<sup>56</sup>. Esto ocurre, por ejemplo, en los casos

---

54 Como señala ALONSO ÁLAMO, M., “Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia”, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/ GURDIEL SIERRA/ CORTÉS BECHIARELLI, (Coords.), *Estudios Penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Madrid, 2003, pp. 57 y ss., la figura del delito habitual impropio es una variante del delito habitual. En este último, el tipo se construye por la repetición de hechos que, en sí mismos considerados, no son constitutivos de delito; pero acumulados sí constituyen delito —un delito habitual—. Es el caso del delito de acoso inmobiliario, por ejemplo. Frente a ello, en el delito habitual impropio se produce el efecto de elevar la pena de conductas que sí constituyen infracción penal por el hecho de su realización reiterada.

55 *Ibidem*, pp. 59 y ss. Según señala la citada autora, los delitos habituales propios e impropios deben ser interpretados desde la perspectiva del Derecho Penal del hecho, entendiendo que la reiteración implica un mayor injusto o una mayor culpabilidad. Una interpretación que llevara a afirmar que en estos tipos se sanciona un determinado tipo criminológico, la personalidad del autor o su especial peligrosidad, no resultaría conforme con los postulados básicos del actual Derecho Penal.

56 Según ALONSO ÁLAMO, M., “Delito de conducta reiterada...” *ob.cit.*, p. 67.

de violencia doméstica habitual, en los que la reiteración de la conducta no sólo afecta a la salud de las personas, sino que, por su carácter habitual y por constituir una forma de trato vejatorio a la familia, afecta también a su dignidad e integridad moral.

Desde este planteamiento, la conversión de faltas contra el patrimonio en delito, en virtud de su reiteración, plantea de inmediato un problema de legitimidad. Respecto a esta figura, no se alcanza a comprender por qué la realización reiterada de varias faltas incrementa la lesividad respecto al derecho de propiedad o involucra la lesión de un bien jurídico diferente. Y, por ello, tampoco se entiende qué es lo que justifica el incremento punitivo por encima de la pena que corresponde a cada una de las infracciones por separado, determinada conforme a las reglas generales de concurso. Por ello, cabe concluir que el legislador está valorando, aunque no lo señale expresamente, la inclinación del sujeto a cometer este tipo de infracciones, es decir, su peligrosidad que se presume a partir de la reiteración de los hechos. Con ello sí se entra aquí en un ilegítimo Derecho Penal de autor fundado en la culpabilidad por la conducción de la vida y se vulnera el principio de culpabilidad por el hecho aislado.

Por otro lado, esta figura plantea problemas técnicos que dificultan su aplicación en la práctica y hacen innecesaria e inoperante su existencia:

a) Resulta problemática su relación con el delito continuado. La reiteración de faltas puede tratarse a través de la figura del delito continuado que permite imponer la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado, sancionado como un único delito continuado la comisión de varias faltas, cuando el importe total de las mismas supere la cuantía propia del delito. En la doctrina pueden encontrarse distintas opciones para resolver las relaciones concursales entre ambas previsiones:

— Cierta doctrina señala que al coincidir los objetivos de ambas normas, se plantea entre ellas un concurso de leyes a resolver por el principio de especialidad a favor del artículo 234.2

del Código Penal, lo que supondría una derogación parcial de la figura del delito continuado<sup>57</sup>. O bien se inclinan por resolver el concurso de leyes aplicando el principio de absorción<sup>58</sup>.

— Otro sector doctrinal entiende que se trata de normas complementarias con distintos presupuestos. En el delito continuado no se exige un número concreto de infracciones y sí se exige, sin embargo, que la pluralidad de hechos responda a un plan preconcebido o se realice aprovechando idéntica ocasión, requisito que está ausente en el artículo 234.2 del Código Penal. Por tanto, cuando se cumplan los presupuestos del delito continuado éste será de aplicación preferente, apreciándose el tipo previsto en el artículo 234.2 cuando falten los requisitos para la continuidad delictiva<sup>59</sup>.

— Por último, la línea doctrinal, a mi juicio, más acertada considera que ni se produce derogación de la figura del delito continuado para las faltas de hurto, ni se trata de previsiones excluyentes<sup>60</sup>. En este sentido, se pronuncia la Circular FGE 2/2003, de 18 de diciembre, sobre la aplicación práctica del nuevo delito consistente en la reiteración de cuatro faltas homogéneas, al señalar que “no cabe apreciar que haya sido intención del legislador

---

57 GARCÍA ARÁN, M., en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN, *Comentarios...*, ob.cit., p. 643.

58 MESTRE DELGADO, E., en LAMARCA PÉREZ, C., *Derecho penal. Parte Especial*, Madrid, 2008, p. 253

59 JIMÉNEZ GARCÍA, M.J., *Seguridad ciudadana y Derecho penal*, Madrid, 2006, p. 127.

60 GUARDIOLA LAGO, M.J., en ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUS-SAC, *Comentarios a la Reforma penal de 2010*, Valencia, 2010, p. 264, quien señala que la previsión contenida en el artículo 234.2 del Código Penal y la figura del delito continuado, pese a las diferencias, presentan una parcial coincidencia. Ambas figuras exigen reiteración de infracciones y que el montante acumulado supere el límite del correspondiente delito, por lo que en algunos supuestos puede producirse concurrencia entre ambas normas, en cuyo caso, se producirá un concurso de normas a resolver por principio de especialidad, aplicando el artículo 234.2; también, GALLEGO SOLER, J.I., en CORCOY BIDASOSO/MIR PUIG, *Comentarios...*, ob.cit., p. 521.

suplantar con estas nuevas figuras delictivas, la posibilidad de apreciar un delito continuado de hurto o de hurto o robo de uso, en el que se pueden integrar conductas constitutivas de falta”. Por ello, cuando concurren los requisitos del delito continuado se producirá un concurso de leyes a resolver, según señala la Circular FGE 2/2003, por el principio de alternatividad<sup>61</sup>. En el caso de que se produzca la acumulación de faltas, pero no se cumplan los requisitos del delito continuado —dolo conjunto o dolo continuado—, será de aplicación el artículo 234.2. Por el contrario, habrá que aplicar el delito continuado cuando alguna de las infracciones no sea constitutiva de falta, sino que individualmente considerada supere el límite exigido por el delito<sup>62</sup>.

Restringida la aplicación del artículo 234.2 del Código Penal a los supuestos de realización puramente causal de tres faltas de hurto en el plazo de un año, hay que cuestionar la necesidad de su existencia<sup>63</sup>.

b) También resulta problemática la compatibilidad del citado precepto con las exigencias derivadas del principio *ne bis in idem*. Uno de los problemas interpretativos que plantea la previsión comentada es la posibilidad de tomar en cuenta, para su aplicación, faltas que hayan sido previamente juzgadas. Aunque el tenor literal del precepto nada indica al respecto, la Circular FGE 2/2003 entiende que existen suficientes argumentos para concluir

---

61 No obstante, se señala que la cuestión carece de relevancia práctica, puesto que, en cualquier caso la pena a imponer es la pena propia del delito de hurto.

62 GUARDIOLA LAGO, M.J., en ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUS-SAC, *Comentarios...*, ob.cit., p. 264.

63 En este sentido, LLOBET ANGLÍ, M., en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Coord.), *Memento Práctico. Penal. 2011*, Madrid, 2011, p. 952. La referida autora cita la SAP de Madrid de 31 de julio de 2009, en la que se ofrece una interpretación divergente, entendiéndose, frente a la posición dominante, que la existencia del artículo 234.2 pone de manifiesto que la figura del delito continuado no resulta aplicable a la reiteración de faltas, puesto que cuando el legislador quiere que una acumulación de faltas constituya delito lo tipifica como tal, creando un nuevo delito.

que la conducta prevista en el artículo 234.2 sólo puede integrarse por faltas que no hayan sido enjuiciadas<sup>64</sup>. Los argumentos que pueden apoyar esta conclusión son los siguientes: los problemas que la solución contraria plantearía respecto al principio *ne bis in idem*; las propias palabras de la Exposición de Motivos de la LO 11/2003, en la que se afirma, respecto a la conducta prevista en el artículo 234.2, que “se recogen medidas dirigidas a mejorar la aplicación de la respuesta penal a la habitualidad de la conducta cuando los hechos infractores del Código Penal, cometidos con anterioridad, no hubieran sido aún juzgados y condenados”; el argumento sistemático, fundado en la redacción del artículo 173.3 *in fine*, que sí se hace referencia a faltas que ya han sido juzgadas y permite, por ello, entender que cuando el legislador quiere incluir estos supuestos, lo hace expresamente; y, por último, la desaparición del texto definitivo de la ley de la previsión de la multirreincidencia respecto a las faltas, que sí estaba prevista en el Anteproyecto<sup>65</sup>.

c) Por otro lado, se exige que las faltas se cometan en el plazo de un año y resulta que las faltas prescriben a los seis

---

64 Según establece la Circular FGE 2/2003, basta con que se haya celebrado el juicio, aunque no haya recaído sentencia, para excluir la falta del cómputo total, dado que el juicio sólo puede concluir con una sentencia sobre el fondo del asunto. También se muestran partidarios de excluir las faltas que ya han sido juzgadas: REBOLLO VARGAS, R. “Reflexiones y propuestas...”, *ob.cit.*, p. 576; TORRES ROSSELL, N., “El delito de hurto (arts. 234, 235 y 236)”, en QUINTERO OLIVARES, G., *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Cizur Menor, 2010, p. 197; GALLEGO SOLER, J.L., en CORCOY BIDASOSOLO/MIR PUIG, *Comentarios...*, *ob.cit.*, p. 521; MESTRE DELGADO, E., en LAMARCA PÉREZ, C., *Derecho penal...*, *ob.cit.*, p. 253; LLOBET ANGLÍ, M., en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Coord.), *Memento...*, *ob.cit.*, p. 952, entre otros.

65 En el mismo sentido, REBOLLO VARGAS, R. “Reflexiones y propuestas...”, *ob.cit.*, p. 576; GARCÍA ARÁN, M., en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN, *Comentarios...*, *ob.cit.*, p. 643, quien señala que, puesto que no es preciso que las faltas hayan sido juzgadas no se trata de un supuesto específico de multirreincidencia en las faltas, sino de un supuesto de delito habitual, definido a partir de la repetición de faltas.

meses, lo que puede plantear la situación de que en el plazo de un año se realicen tres faltas, pero entre la primera y la última hayan transcurrido más de seis meses, con lo que la primera habría prescrito. La cuestión es si se pueden tomar en cuenta estas posibles faltas prescritas para construir la conducta del artículo 234.2. Como señala Guardiola Lago<sup>66</sup>, la solución depende de que se considere que la conducta castigada en el precepto se integra por una simple acumulación material de faltas, lo que conduciría a excluir las faltas prescritas; o, por el contrario, se estime que la reiteración dota a esta conducta de un injusto diferente derivado de la habitualidad, surgiendo el injusto en el momento en que se realiza la última falta, lo que llevaría a la respuesta contraria. A favor de esta última solución, se manifiesta cierta doctrina<sup>67</sup>, entendiéndose que de otro modo, no sólo se reduciría considerablemente el ámbito de aplicación del precepto, sino que ello supondría una auténtica *interpretatio abrogans*, ya que implicaría modificar el plazo previsto en el artículo 234.2, reduciéndolo a seis meses.

No obstante, la Circular FGE 2/2003 y otro sector de doctrina<sup>68</sup> mantienen la solución contraria y rechazan la posibilidad de tomar en cuenta las faltas prescritas para construir el supuesto de hecho previsto en el artículo 234.2. Se argumenta que la citada figura no posee un contenido de injusto diferente a la simple acumulación de faltas. El principio de seguridad jurídica

---

66 GUARDIOLA LAGO, M.J., en ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUS-SAC, *Comentarios...*, ob.cit., p. 262; JIMÉNEZ GARCÍA, M.J., *Seguridad ciudadana...*, ob.cit., p. 137; LLOBET ANGLÍ, M., en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Coord.), *Memento...*, ob.cit., p. 951, quien sostiene que la cláusula contenida en el artículo 132.1 que establece que en las infracciones que exijan habitualidad los términos para la prescripción se computarán desde el día en que cesó la conducta, resulta aplicable al tipo previsto en el artículo 234.2.

67 GUARDIOLA LAGO, M.J., en ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUS-SAC, *Comentarios...*, ob.cit., p. 262; JIMÉNEZ GARCÍA, M.J., *Seguridad ciudadana...*, ob.cit., pp. 138 y ss.

68 MESTRE DELGADO, E., en LAMARCA PÉREZ, C., *Derecho penal...*, ob.cit., p. 577; GALLEGO SOLER, J.I., en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG, *Comentarios...*, ob.cit., p. 521.

y la prescripción como institución que opera *ipso iure* y debe ser aplicada de oficio por el Juez, tal y como recuerda la Circular FGE 2/2003, pueden abonar esta postura.

d) Como cuestión de orden práctico que, sin embargo, hace completamente inoperante el precepto, hay que mencionar la regulación de los juicios de faltas. Como recuerda Rebollo Vargas<sup>69</sup>, tras la Reforma operada por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, se prevén dos tipos de procedimiento para juzgar las faltas. El primero previsto en el artículo 962.1 de la LECrim, para las faltas flagrantes de hurto entre otras infracciones, que prevé su enjuiciamiento inmediato. El segundo previsto en el artículo 964, para cualquier infracción constitutiva de falta, que establece un plazo de siete días, prorrogable por otros siete, para el enjuiciamiento, debiendo el juez dictar sentencia en el plazo de tres días. En definitiva, concluye el citado autor que siendo el plazo legal como máximo de diecisiete días, no se comprende bien, por mucho que se dilaten los juicios, cómo se prevé la posibilidad de construir un único delito con tres faltas que no hayan sido juzgadas en el plazo de un año<sup>70</sup>.

Por todo ello, cabe concluir que la disposición contenida en el artículo 234.2 no sólo es de dudosa legitimidad y eficacia, sino que además resulta inaplicable en la práctica, lo que de *lege ferenda* aconseja su derogación.

#### **IV. El Proyecto de reforma de Código Penal**

Expuesta la situación actual, conviene analizar el tratamiento jurídico que recibe la reiteración delictiva en el Proyecto

---

69 REBOLLO VARGAS, R. "Reflexiones y propuestas...", ob.cit., p. 578; y GARCÍA ARÁN, M., en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN, *Comentarios...*, ob.cit., p. 643, quien considera que la acción penal para perseguir el delito nace de la repetición de faltas y es distinta de las acciones correspondientes a las faltas por separado.

70 REBOLLO VARGAS, R. "Reflexiones y propuestas...", ob.cit., pp. 578 y ss.

Ley Orgánica de reforma del Código Penal en tramitación. El texto del Proyecto se sitúa en la línea de progresivo endurecimiento de la respuesta penal frente a la reiteración delictiva y profundiza en el camino abierto por la LO 5/2010 dirigido a enfocar la peligrosidad criminal a través de medidas de seguridad que pueden imponerse, no sólo en supuestos de inimputabilidad o imputabilidad disminuida, sino también a sujetos imputables, acumuladas a las penas.

### **1. El giro hacia las medidas de seguridad como respuesta a la peligrosidad criminal**

La LO 5/2010 enfocó el problema de la peligrosidad criminal de sujetos penalmente responsables mediante el recurso a las medidas de seguridad, incorporando una nueva y polémica medida —la libertad vigilada— acumulable a la pena y prevista, aunque no sólo, para contrarrestar la peligrosidad criminal que presentan sujetos que son imputables y, además, presentan un pronóstico de peligrosidad criminal futura.

Con la introducción de esta medida, la reforma de 2010 quebró el sistema tradicional de nuestro Derecho que, en líneas generales, preveía la pena como respuesta jurídica con la naturaleza de sanción, para sujetos que son imputables y capaces de determinarse por la norma; mientras que las medidas de seguridad se concebían como tratamientos orientados a dar una respuesta jurídica a la peligrosidad criminal de sujetos inimputables o semi inimputables que han cometido un delito, pero por su falta de capacidad para autodeterminarse por la norma, ni son merecedores de sanción, ni, respecto a ellos, la pena resulta útil.

En su actual regulación, la libertad vigilada consiste en la sumisión a control judicial, a través de la imposición de una serie de obligaciones previstas en el artículo 106.1<sup>71</sup>, durante un tiempo

---

71 El actual artículo 106.1 dispone: “La libertad vigilada consistirá en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las siguientes medidas:

determinado. Se impone en sentencia, aunque su contenido se concreta en el momento previo a su cumplimiento, y se cumple siempre después de la pena. Esta medida puede se imponer con carácter facultativo en los casos de sujetos que son inimputables o semi inimputables; pero, paradójicamente, se prevé con carácter preceptivo en el caso de sujetos imputables, siempre que la citada medida se haya previsto expresamente en el Código para un tipo de delito.

La libertad vigilada ha suscitado muchas objeciones. En el caso de sujetos penalmente responsables, se prevé, únicamente, en dos clases de delitos: delitos contra la libertad sexual y delitos de terrorismo. Se trata de delitos que no guardan ninguna relación entre sí. La delincuencia de naturaleza sexual en algunos casos tiene su origen en ciertas patologías que determinan una inclinación a la comisión de esta clase de delitos. Pero, esto no ocurre en los delitos de terrorismo que, además, tienen unos índices

- 
- a) La obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente.
  - b) La obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez o Tribunal establezca.
  - c) La de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el Juez o Tribunal señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo.
  - d) La prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del Juez o Tribunal.
  - e) La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.
  - f) La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.
  - g) La prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos.
  - h) La prohibición de residir en determinados lugares.
  - i) La prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza.
  - j) La obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares.
  - k) La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico”.

muy reducidos de reincidencia. Por ello, se ha señalado que la previsión legal entraña una presunción de peligrosidad respecto a estas dos formas de delincuencia, que, como mínimo, carece de un fundamento sólido<sup>72</sup>.

Por otro lado, respecto a sujetos imputables, la medida se impone de forma preceptiva, cuando está prevista en la ley para un tipo de delito y al margen de cualquier consideración sobre el pronóstico de peligrosidad futura del sujeto al que se impone<sup>73</sup>. Y, su duración no depende de un juicio de pronóstico sobre la peligrosidad criminal del sujeto, sino de la gravedad del delito cometido. Incluso, se puede imponer a delincuentes primarios<sup>74</sup>. Todo ello, resulta incoherente con el fundamento y naturaleza de las medidas de seguridad.

También se ha señalado que la existencia de esta medida puede entrar en colisión con algunos principios de la relación jurídica penitenciaria, previstos en la ley<sup>75</sup>: implica presumir de antemano que el tratamiento penitenciario va a fracasar con un determinado tipo de sujetos; la imposición de determinadas obligaciones previstas en la medida puede suponer un retroceso respecto al régimen de vida que el interno tenía durante el tercer grado o durante la libertad condicional; y, por último, se señala que la previsión contenida en el artículo 106.3 que permite al juez de dejar sin efecto la medida cuando, en el momento de iniciarse su cumplimiento, exista un pronóstico positivo de reinserción que la haga innecesaria o contraproducente, debería tener carácter preceptivo, ya que nada puede justificar el cumplimiento de una medida de seguridad cuando existe un pronóstico favorable de reinserción social.

---

72 SANZ MORÁN, Á., “La nueva medida de libertad vigilada: reflexión político-criminal”, en *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, nº 0, p. 212.

73 *Ibidem*, p. 212.

74 *Ibidem*, p. 212.

75 Para esto y para lo que sigue: NISTAL BURÓN, J. “La «libertad vigilada». La dificultad de su aplicación práctica”, en *Diario La Ley*, nº 7368, 24 de marzo de 2010, año XXXI.

Por último, aunque se trata de una cuestión conceptual, resulta paradójico afirmar que un sujeto es imputable, porque tiene plena capacidad para autodeterminarse; y, por otro lado, imponer una medida de seguridad en atención a una presunta peligrosidad criminal, derivada de una tendencia interna que le inclina a la comisión de delitos.

El Proyecto de reforma de Código Penal continúa este camino. El Anteproyecto<sup>76</sup> inicial se decantó claramente por un Derecho de medidas de seguridad como respuesta a la peligrosidad criminal que denotan la reincidencia y la multirreincidencia. Se mantenía la medida de libertad vigilada, con modificaciones, y se incorporaba una nueva medida: la custodia de seguridad, ambas aplicables, entre otros supuestos, a sujetos imputables peligrosos, acumuladas a la pena.

En la Exposición de Motivos del Anteproyecto se justificaba esta opción desde el distinto fundamento de las penas y las medidas de seguridad. La pena, se señalaba, tiene como fundamento el hecho cometido y debe ser proporcional a su gravedad; mientras que la medida de seguridad tiene como fundamento la peligrosidad futura del autor y debe ajustarse a ella en su intensidad y duración. En este sentido, la Exposición de Motivos del Anteproyecto afirma: “(...) la agravación de la pena por la peligrosidad futura del autor, no es compatible con el principio de culpabilidad, que exige una vinculación directa de la gravedad de la pena al hecho concreto por el que se impone, sino que exige una respuesta distinta que es la que ofrecen las medidas de seguridad”. Y, por ello, continúa: “(...) con la reforma, el autor de un hecho criminal será condenado con la pena establecida por la ley en función de la gravedad del hecho y de las circunstancias

---

76 El comentario que sigue se realiza sobre el texto del Anteproyecto de Ley Orgánica, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal, publicado en la página web del Ministerio de Justicia, en la siguiente dirección: [http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198252237/ALegislativa\\_P/1288774452773/Detalle.html](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198252237/ALegislativa_P/1288774452773/Detalle.html) (fecha de consulta: 15 de octubre de 2012).

del autor. Y, en los casos de peligrosidad y cuando concurren circunstancias que evidencien la tendencia al delito y permitan fundar un pronóstico de peligrosidad criminal, podrá imponerse, junto a la pena, una medida de seguridad: libertad vigilada o custodia de seguridad”. Señalando más adelante: “Como se puso anteriormente de manifiesto, la pena tiene como fundamento la culpabilidad por el hecho, mientras que la medida de seguridad se fundamenta en la peligrosidad del autor. Por esta razón, todos los delitos tienen o deberían tener como consecuencia una pena ajustada a la culpabilidad por el hecho, mientras que las medidas de seguridad solamente son necesarias cuando exista una peligrosidad relevante. Esta diferencia entre pena y medida de seguridad permite que ambas puedan ser impuestas conjuntamente sin que se produzca una infracción del principio *ne bis in idem*”.

Desde estos presupuestos, el texto inicial del Anteproyecto derogaba la circunstancia de multirreincidencia, decisión que se justificaba en razón de que el incremento de pena no es la respuesta idónea para la peligrosidad criminal que denota esta circunstancia; y establecía como respuesta para estos supuestos la imposición de las medidas de libertad vigilada o custodia de seguridad. De nuevo se afirma: “La introducción de esta medida de seguridad (custodia de seguridad) determina la derogación del actual nº 5 del artículo 66.1 (...) El nuevo sistema que ahora se introduce resulta más coherente con el principio de culpabilidad por el hecho y permite separar adecuadamente la consecuencia por el delito cometido (pena) de la respuesta frente a la peligrosidad criminal (medida de seguridad)”. Con estas palabras, se manifiesta claramente la idea que está en el corazón de la reforma: la razón de que el ordenamiento establezca una respuesta jurídica para la reincidencia no está en la mayor gravedad del hecho realizado por el reincidente, ni tampoco en la mayor culpabilidad del autor, sino en la peligrosidad criminal que parece indicar la reiteración delictiva. En coherencia con este fundamento, la respuesta jurídica adecuada no es el incremento de pena, sino el recurso a las medidas de seguridad, acumuladas a la pena impuesta. El planteamiento es plenamente coherente y la decisión de derogar

la regla 5ª del artículo 66.1 para los supuestos de multirreincidencia era plenamente acertada. No obstante, lo que no resultaba convincente, por las razones que luego se verán, era sustituir esta circunstancia por una medida tan cuestionable y polémica como es la custodia de seguridad.

Pero, el planteamiento expuesto no se llevaba a sus últimas consecuencias, puesto que el Anteproyecto mantenía la reincidencia dentro del catálogo de circunstancias agravantes, aunque modifica su régimen, al convertirla en una circunstancia de apreciación facultativa<sup>77</sup>. La agravación de la pena en virtud de la reincidencia se hacía depender de que el órgano jurisdiccional apreciase, en atención a las circunstancias del caso y del autor, un efectivo pronóstico de peligrosidad futura. Por el contrario, en el caso de escasa relevancia de los antecedentes y ausencia de un pronóstico de peligrosidad criminal, el órgano jurisdiccional podría no apreciar la agravante e imponer la pena en su mitad inferior e incluso en su límite mínimo. Con esta modificación la situación mejoraba sensiblemente respecto a la regulación actualmente vigente, en la que la circunstancia es de apreciación obligatoria, superando la objeción sobre la presunción de peligrosidad criminal que aquella implica.

Este régimen híbrido en el tratamiento de la reiteración delictiva—medidas de seguridad para la multirreincidencia; y pena y/o medidas de seguridad para la reincidencia—provocaba, sin embargo, dificultades de orden sistemático. El Anteproyecto no sólo mantenía la medida de libertad vigilada, sino que la ampliaba a un gran número de delitos, entre los que se encontraban todos los delitos patrimoniales; y, además de otras modificaciones a las que se hará referencia más adelante, vinculaba claramente la im-

---

77 En el artículo 66.1.4 se incorporaba una regla específica para la individualización de la pena en el caso de reincidencia, al afirmar: “Cuando concurra la agravante de reincidencia, aplicarán la pena establecida por la ley, para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuadas, en atención a las circunstancias personales del delincuente, sus antecedentes, y a la mayor o menor gravedad del hecho”.

posición de esta medida con la peligrosidad del autor, planteando la cuestión sobre la posibilidad de imponer la medida de libertad vigilada en aquellos supuestos en los que se hubiera aplicado la circunstancia agravante de reincidencia. A mi juicio, la respuesta a este problema sólo podía ser negativa: si la reincidencia encuentra su fundamento en la peligrosidad del autor, como parece desprenderse de toda la Exposición de Motivos del Anteproyecto; y la medida de libertad vigilada se prevé, precisamente, como medio idóneo, alternativo a la pena, para abordar el problema de la peligrosidad criminal, entonces la acumulación de ambas consecuencias supondría claramente la infracción del principio *ne bis in idem*. En este sentido, hay que recordar que la Exposición de Motivos afirmaba que la acumulación de penas y medidas de seguridad no infringe el principio *ne bis in idem*, porque unas y otras responden a distinto fundamento: gravedad del hecho y peligrosidad del autor. *A sensu contrario*, hay que entender que la agravación de la pena en virtud de la reincidencia, cuyo fundamento es la peligrosidad del autor, infringe el citado principio si, a ello, se añade la imposición de una medida de seguridad.

En este sentido y en relación con la reforma operada por la LO 5/2010, Sanz Morán<sup>78</sup> señalaba que las estrategias legales para abordar el fenómeno del delincuente habitual son: o bien, siguiendo un planteamiento monista, incrementar la respuesta penal; o bien, siguiendo un sistema dualista, acumular medidas de seguridad a la pena correspondiente al delito cometido. Por ello, resultaba criticable, a su juicio, que la incorporación de la medida de seguridad vigilada, como mecanismo dirigido a neutralizar la peligrosidad criminal de sujetos que son imputables, no se hubiera acompañado de una reforma en el modelo incorporado por las Leyes Orgánicas 7/2003 y 11/2003, de claro signo defensorista y orientado a incrementar la respuesta punitiva frente a la reiteración delictiva: “ La LO 5/2010, de 22 de junio mantiene inalterada la

---

78 SANZ MORÁN, Á., “La nueva medida de libertad vigilada...”, ob.cit., p. 204.

situación vigente en lo que se refiere a límites máximos de cumplimiento de penas de carácter «efectivo» cuando concurren los presupuestos del artículo 78 CP; no modificándose tampoco las previsiones relativas a la exasperación de la pena en los casos de multirreincidencia, ni removiéndose los obstáculos para el acceso al régimen abierto y a la libertad condicional<sup>779</sup>.

## **2. La reincidencia y la multirreincidencia en el Proyecto de reforma del Código Penal**

Tras los preceptivos informes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal se produce una relevante modificación del Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal. En el texto que se envía al Consejo de Estado, se prescinde de la medida de custodia de seguridad y se recuperan la multirreincidencia y la tradicional regulación de la reincidencia como circunstancia de apreciación obligatoria<sup>80</sup>. Esta regulación se mantiene en el Proyecto aprobado en Consejo de Ministros el día 20 de septiembre de 2013.

El informe del CGPJ resultó demoledor en lo que a la medida de custodia de seguridad se refiere. En él, además de hacerse eco de las críticas doctrinales y de las objeciones procedentes de distintos organismos internacionales, se recoge la doctrina del TEDH establecida en la sentencia de 17 de diciembre de 2009, en la que se realiza una fuerte crítica a la regulación alemana de la custodia de seguridad. Sentencia que ha llevado al propio Tribunal Constitucional alemán, según afirma el informe del CGPJ, a declarar “la inconstitucionalidad de parte de su legislación, cuya

---

79 Ibidem, p. 207.

80 El texto del Anteproyecto que se envía al Consejo de Estado, está publicado en la página web del Ministerio de Justicia, en la siguiente dirección: [http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198252237/ALegislativa\\_P/1288774452773/Detalle.html](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198252237/ALegislativa_P/1288774452773/Detalle.html) (fecha de consulta 1 de junio de 2013).

aplicación ordenó, no obstante, hasta que existiera una nueva legislación, a más tardar el 31 de mayo de 2013”<sup>81</sup>.

Sobre esta base, el Consejo General del Poder Judicial cuestiona la conveniencia de incorporar a nuestro Derecho una medida como la custodia de seguridad, “cuya constitucionalidad resulta más que comprometida, porque, aun cuando se llame medida, no deja de ser una consecuencia penal privativa de libertad, que incluso puede cumplirse en establecimientos de cumplimiento de penas. Ya advirtió la STC 21/1987 que *el principio ne bis in idem, enlazado con los principios de legalidad y tipicidad, impide la concurrencia de penas y medidas de seguridad sobre hechos típicos igualmente definidos, aunque se pretenda obviarlo diciendo que en un caso se sanciona la culpabilidad y en el otro la peligrosidad*”<sup>82</sup>. Desde esta idea, el informe desmenuza la regulación de la custodia de seguridad sometiéndola a una crítica devastadora<sup>83</sup>.

El informe del Consejo Fiscal de 20 de diciembre de 2012, aunque mucho más tibio, señala que “se opta por el mecanismo más oneroso y riguroso de reacción frente a los delincuentes peligrosos”<sup>84</sup>; o que “dada la afectación de un bien jurídico de tanta relevancia como la libertad, que implica esta medida, su carácter obligatorio puede suscitar dudas”<sup>85</sup>; añadiendo que “la enumeración de delitos que llevan aparejada la medida de custodia de seguridad resulta desafortunada”<sup>86</sup>; y que, en cualquier caso, la regulación debería ser modificada al efecto de garantizar los

---

81 *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal*, aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en su reunión del día 16 de enero de 2013, pp. 126-128.

82 *Ibidem*, p. 128.

83 *Ibidem*, pp. 128-135.

84 *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal*, de 20 de diciembre de 2012, p. 96.

85 *Ibidem*, p. 97.

86 *Ibidem*, pp. 96-97.

derechos fundamentales del penado, incorporando previsiones sobre equipos de apoyo durante el cumplimiento de la medida que aseguren la posibilidad de suspensión, y sobre instituciones de control de la evolución del tratamiento<sup>87</sup>.

A la vista de estos informes, se producen las modificaciones antes reseñadas. La primera —supresión de la custodia de seguridad, manteniendo la libertad vigilada— resulta, a mi juicio, plenamente acertada. Las segundas —reincorporación de la multirreincidencia y del carácter obligatorio de la circunstancia de reincidencia— suponen un lamentable retroceso y sitúan al Proyecto actual en una auténtica encrucijada.

El Proyecto de reforma, fiel a la filosofía que lo inspira, mantiene la medida de libertad vigilada, incorporando mejoras en su regulación con respecto a la situación actual. Los presupuestos de la imposición de la medida son: que tal medida esté prevista en la ley para el delito cometido, ampliándose el abanico de figuras delictivas en las que puede imponerse tal medida; que el autor haya sido sancionado con pena de más de un año de prisión; la existencia de un pronóstico de peligrosidad futura; y que la imposición de la medida resulte *necesaria* para compensar, al menos parcialmente esta peligrosidad. En estos casos, la imposición de la libertad vigilada tiene carácter *facultativo*, frente al carácter obligatorio de la regulación actualmente vigente<sup>88</sup>, con una duración mínima de tres años y un máximo de cinco años, salvo los supuestos de prórroga previstos en el art. 104 ter.2.

También mejora el catálogo de obligaciones que constituyen el contenido de esta medida (art. 104 bis), aunque algunas pueden resultar cuestionables —sumisión a tratamiento ambula-

---

87 *Ibidem*, p. 98.

88 La imposición de la medida de libertad vigilada tendrá carácter obligatorio cuando se cumplan los requisitos establecidos en el art. 104.3 en la redacción del Proyecto: “a) cuando se suspenda la ejecución de una medida de seguridad privativa de libertad; b) cuando se cumpla el plazo máximo de duración de la medida de seguridad privativa de libertad que se hubiera impuesto y resulte necesario para compensar el riesgo de comisión de nuevos delitos”.

torio, por ejemplo—, sobre todo en relación con la posibilidad de prórrogas sucesivas de la medida prevista en el artículo 104 ter.2. En mi opinión, se echa de menos la posibilidad de anticipar el momento de inicio del cumplimiento de la medida, que sigue establecido en el momento de cumplimiento de la pena, a un momento anterior, por ejemplo, el tercer grado o la libertad condicional, articulando de este modo la libertad vigilada como una institución de control, aplicada durante el cumplimiento de la pena, sobre la capacidad del sujeto para vivir en libertad.

Se prescinde, acertadamente, de la custodia de seguridad. Pero no porque se haya variado en el planteamiento que inspira la reforma, sino por las críticas recibidas a esta medida. Se sigue defendiendo que la respuesta adecuada frente a la peligrosidad del autor es el recurso a las medidas de seguridad. Se sigue insistiendo en la necesidad de superar el sistema monista que reserva la pena para el sujeto responsable y las medidas de seguridad para los sujetos no responsables peligrosos. Y se sigue manteniendo como opción preferible un sistema dualista que permita imponer medidas de seguridad, acumuladas a las penas, a delinquentes penalmente responsables que, además, son peligrosos. Añadiendo, de nuevo que tal acumulación no resulta contraria al principio *ne bis in idem*, por el distinto fundamento de pena y medida de seguridad y por la orientación de estas últimas a “compensar” la peligrosidad del autor.

Desde este planteamiento no termina de resultar coherente el retorno hacia la reincidencia y la multirreincidencia. En efecto:

A) Se reintroduce la circunstancia de multirreincidencia cuando, como se ha señalado, carece de un fundamento que justifique la agravación de la pena; es de dudosa constitucionalidad en la medida en que permite superar el límite legal de la pena impuesto para el delito; implica una presunción de peligrosidad criminal; y es un mecanismo ineficaz para combatir la reiteración delictiva. Y se hace, además, en el contexto de un Proyecto que estima que el medio adecuado para combatir la peligrosidad criminal no es la pena —que debe ser proporcional a la gravedad del

hecho cometido y a la culpabilidad del autor—, sino las medidas de seguridad. Si, como se afirma taxativamente en el Anteproyecto inicial y como parece derivarse del texto actual, la reincidencia, simple o cualificada, es un indicio de peligrosidad criminal, lo razonable es derogar la regla prevista en el artículo 66. 1.º y abordar la cuestión desde las medidas de seguridad, es decir, con una previsión sobre la posibilidad de imponer libertad vigilada<sup>89</sup>.

B) La circunstancia de reincidencia se mantiene, recuperando su carácter de circunstancia de aplicación obligatoria, si bien con ciertas modificaciones en su regulación y en sus consecuencias. Los cambios en la regulación son los siguientes:

—En el artículo 22.8ª, párrafo tercero, se establece que no se computarán a efectos de reincidencia, no sólo los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, sino tampoco los que *correspondan a delitos leves*. Esta previsión aparece en el texto del Proyecto tras el informe emitido por el Consejo de Estado y, desde luego, resulta acertada. Si se tiene en cuenta que los delitos leves sustituyen a las antiguas faltas que, en el Proyecto, quedan derogadas, no establecer una previsión en este sentido supondría ampliar el ámbito de aplicación de la circunstancia de reincidencia a lo que actualmente son infracciones constitutivas de falta.

—En el párrafo cuarto del citado precepto, se establece una nueva previsión respecto a las condenas firmes dictadas por jueces o tribunales de otros Estados de la Unión Europea, a los efectos de equiparar estas condenas a las de los órganos jurisdiccionales españoles para apreciar la circunstancia de reincidencia<sup>90</sup>.

---

89 En la comparecencia del Ministro de Justicia posterior al Consejo de Ministros del día 20 de septiembre de 2013 (<http://www.youtube.com/watch?v=UDYyFLos4cU&feature=youtu.be>), se justifica el tratamiento de la reincidencia, la multirreincidencia y la profesionalidad delictiva, como el reflejo de una política criminal dirigida a luchar de forma decidida contra aquellos que hacen del delito un medio de vida. Es decir, responsabilidad por la conducción de la vida.

90 La nueva disposición establece: “Las condenas firmes de jueces o tribunales impuestas en otros Estados de la Unión Europea producirán los efectos de

Esta modificación se realiza en cumplimiento de lo previsto en la Decisión Marco 2008/615/JAI, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo del nuevo proceso penal, que establece el principio de que todos los Estados de la Unión deben atribuir a las condenas pronunciadas en otro Estado miembro efectos equivalentes a los que atribuyen a las sentencias condenatorias dictadas por sus órganos jurisdiccionales nacionales.

Dada la diversidad de legislaciones penales existente entre los Estados de la Unión Europea, la nueva disposición puede plantear problemas interpretativos y genera cierta inseguridad jurídica sobre los antecedentes que pueden dar lugar a la apreciación de esta circunstancia. Es preciso tener en cuenta que, respecto a las resoluciones dictadas por órganos jurisdiccionales españoles, la apreciación de la reincidencia exige el doble requisito —formal y material— de que los dos delitos se encuentren comprendidos en el mismo Título del Código y sean de la misma naturaleza. Evidentemente, el requisito formal no resulta extrapolable a las sentencias dictadas por órganos jurisdiccionales de otros Estados de la Unión, pero el requisito material sí lo es, de forma que, en mi opinión hay que entender que éstos antecedentes penales sólo podrán valorarse a los efectos de la reincidencia cuando exista identidad de naturaleza entre los dos delitos<sup>91</sup>. Para determinar esta identidad de naturaleza creo que se podrán tomar en cuenta los criterios establecidos por la jurisprudencia en esta materia y

---

reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado, o pudiera serlo con arreglo al Derecho español”.

- 91 Lo contrario supondría atribuir una mayor amplitud a la agravación cuando los antecedentes penales tienen su origen en condenas dictadas por los jueces y tribunales de otros Estados miembros de la Unión, lo cual no resulta razonable. Por otro lado, la Decisión Marco 2008/615/JAI, únicamente impone la obligación de tomar en cuenta las condenas de los órganos jurisdiccionales de los demás países de la UE, en la medida en que el Derecho interno de un Estado reconoce efectos sobre la responsabilidad penal a las condenas dictadas por sus propios órganos jurisdiccionales y con la finalidad de que se reconozcan esos mismos efectos a las resoluciones dictadas por los órganos jurisdiccionales del resto de los Estados de la UE.

también pueden resultar de utilidad la doctrina jurisprudencial en torno al requisito de “doble incriminación” en materia de extradición<sup>92</sup>. No obstante, en aras de la seguridad jurídica resultaría preferible una previsión expresa del legislador sobre este punto.

—Por último, en materia de suspensión de la condena, el artículo 80.2. 1<sup>a</sup>, equipara la condición de delincuente primario, exigida para poder dejar en suspenso la ejecución de la pena, a los supuestos de condenas anteriores por delitos leves<sup>93</sup>; y permite al juez no tomar en cuenta antecedentes penales por delitos que, por su naturaleza o circunstancias, no resulten relevantes para valorar la probabilidad de comisión de futuros delitos. Disposición que, desde luego, es sumamente acertada.

Respecto al carácter obligatorio que recupera la circunstancia, supone un claro retroceso. Hay que reiterar que la reincidencia carece de un fundamento convincente que legitime su existencia como circunstancia agravante de la pena; que recuperar el carácter de circunstancia de apreciación obligatoria vuelve a plantear la objeción sobre la existencia de una presunción de peligrosidad; y que su mantenimiento como circunstancia de agravación de la pena resulta incoherente con el planteamiento de abordar el problema de la reiteración delictiva a través de medidas de seguridad.

El Proyecto parte de un presupuesto claro: la respuesta jurídica adecuada al problema que plantea la reiteración delictiva son las medidas de seguridad, sobre la base de que la reiteración delictiva no incrementa la gravedad del hecho ni la culpabilidad del autor, sino que es un indicio de peligrosidad criminal<sup>94</sup>. Des-

---

92 Vid. supra, ap. III, 1.2, B).

93 Esta previsión también se incorpora al Proyecto tras el informe del Consejo de Estado y tiene el sentido de no atribuir los efectos de la reincidencia, de cara a la no concesión de la suspensión, a los antecedentes derivados de infracciones que, actualmente, son constitutivas de falta.

94 La modificación operada en el texto del Anteproyecto a raíz de los informes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal no parece que responda a un cambio de opinión al respecto. De la Exposición de Motivos han desaparecido algunos fragmentos en los que se expresaba taxativamente esta idea, pero no parece que ello responda a un cambio de opinión del

de este presupuesto, la opción coherente es la derogación de la circunstancia agravante de reincidencia y reincidencia cualificada y la previsión para estos supuestos de la medida de libertad vigilada, cuando así esté expresamente previsto en el Código para un delito en concreto. Opción que, por otra parte, viene reclamando desde largo tiempo un relevante y prácticamente mayoritario sector de doctrina.

Por otro lado, de entrar en vigor esta regulación, los órganos jurisdiccionales quedarían enfrentados ante un dilema de difícil resolución ¿Qué consecuencia jurídica hay que aplicar en los supuestos de reincidencia o multirreincidencia? Acumular la agravación de la pena en virtud de estas circunstancias con la imposición de la medida de libertad vigilada implicaría una clara infracción del principio *ne bis in idem*. Como sostiene la doctrina mayoritaria y parece desprenderse del texto del Proyecto, el fundamento de estas circunstancias es la peligrosidad criminal. La opción alternativa de elegir una consecuencia jurídica u otra —agravación de la pena o imposición de la medida de libertad vigilada—, según los casos, no puede sino provocar gran inseguridad jurídica, puesto que ambas consecuencias responden al mismo fundamento y el legislador no indica cuándo procede aplicar una en lugar de la otra.

La proyectada reforma del Código Penal ofrece todavía, a mi juicio, una oportunidad para romper la inercia de nuestra legislación penal en esta materia. Si se abre el camino de un derecho de medidas, pese a las objeciones que éste pueda plantear, es

---

prelegislador en el sentido de que ahora considere que el fundamento de la reincidencia es un mayor injusto o una mayor culpabilidad, sino más bien a que ahora no resulta necesario justificar la existencia de la custodia de seguridad. Más bien al contrario, el hecho de que esta última medida —exclusión de la custodia de seguridad—, tenga como contrapeso la reincorporación de la multirreincidencia y la recuperación del carácter obligatorio de la reincidencia, parece indicar que el prelegislador sigue interpretando estas circunstancias como consecuencias jurídicas fundadas en la idea de peligrosidad, como parece probar el hecho de que actúen como sustitutos de una medida —la custodia de seguridad— inequívocamente orientada a neutralizar la peligrosidad criminal del autor.

preferible seguirlo de forma coherente, obteniendo así las ventajas que este tipo de sistema puede reportar: sustituir el modelo de respuesta frente a la reiteración delictiva fundado en un incremento de sanciones, por un sistema fundado en la adopción de esas medidas de seguridad, siempre, claro está, que ello no suponga el retorno a la custodia de seguridad. Todo ello, debería traducirse en la derogación de la multirreincidencia y reincidencia como circunstancias agravantes, sustituyéndolas por la imposición de la medida de libertad vigilada y en la supresión de los obstáculos que impiden al reincidente el acceso a las instituciones orientadas hacia la reinserción social.

### **3. La reiteración delictiva en la delincuencia patrimonial**

El Proyecto deroga las previsiones contenidas en los artículos 234.2 y 244.1 respecto al hurto y al hurto de uso de vehículo a motor. El acierto de esta decisión queda empañado por el contexto en el que se produce.

El Proyecto cumple una antigua pretensión de gran parte de la doctrina penal: la derogación de las faltas, infracciones que, por su escasa gravedad, no merecen reproche penal y pueden encontrar una respuesta más adecuada por la vía de sanciones administrativas o civiles. En esta línea, en la Exposición de Motivos se justifica la opción del legislador en el principio de intervención mínima y en el objetivo de descongestionar la justicia eliminando asuntos menores.

Sin embargo, esta medida no se aplica a las faltas contra la propiedad, que se mantienen. Y, no sólo se mantienen, sino que, además, se elevan a la categoría de delitos —aunque el legislador los califique de delitos leves—. Así, en el párrafo primero del artículo 234 se define el delito de hurto que se sanciona con pena de seis a dieciocho meses de prisión y, en el párrafo segundo, se señala: “Si el hecho, por el escaso valor de los bienes sustraídos y la situación económica de la víctima, resultara de escasa gravedad,

se impondrá la multa de uno a tres meses. No se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de los bienes sustraídos fuera superior a 1000 euros, o los casos en los que concurriese alguna de las circunstancias de los artículos 235 o 235 bis de este Código”.

La nueva regulación plantea problemas interpretativos, problemas de legitimidad y genera consecuencias prácticas indeseables.

—La sustracción al descuido, sin violencia ni intimidación, de cualquier objeto de valor superior a un céntimo de euro —por ejemplo, la sustracción de un bolígrafo o de un paquete de chicles en un supermercado— será constitutiva de delito, aunque se califique de delito leve. Situación que no parece acomodarse al objetivo de respetar las exigencias del principio de intervención mínima, des congestionando la justicia de asuntos menores.

—Por otra parte, aunque el valor del objeto sustraído sea mínimo, si concurren las circunstancias que generan los tipos agravados de los artículos 235 o 235 bis, el hecho ya no se considera como delito leve, sino que se hace merecedor de la penas de prisión de uno a tres años o prisión de dos a cuatro años y, en este caso, además, generará antecedentes penales y podrá dictarse una prisión provisional.

Entre las circunstancias recogidas en el artículo 235, se encuentra la *profesionalidad*, circunstancia de difícil concreción, que no sólo plantea problemas de legitimidad, sino también dificultades en la prueba<sup>95</sup>. El legislador incorpora una interpretación

---

95 En este sentido, DEL CARPIO DELGADO, J., “Sobre la innecesaria reforma de los delitos de hurto. A propósito del Anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal”, en *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, nº 1, 2013 (julio), pp. 29 y ss. Como criterio interpretativo, la citada autora propone seguir el establecido por la reforma de 2010 para la figura del hurto habitual. Es decir, exigir la constatación de cuatro o más delitos que, de haber sido enjuiciados, pudieran haber sido considerados autónomamente como un delito de hurto.

auténtica de este término, al afirmar que “existe profesionalidad cuando el autor actúa con el ánimo de proveerse de una fuente de ingresos no meramente ocasional”; pero tal definición resulta poco aclaratoria. No se exige la existencia de condenas previas, ni, por tanto, reincidencia o multirreincidencia; tampoco se exige expresamente la pertenencia a una organización dedicada a la comisión de este tipo de delitos de forma profesionalizada, supuesto que está expresamente previsto en el artículo 235 bis.1.2º; y, ni siquiera se exige, literalmente, la habitualidad, aunque, en cualquier caso, creo que esta exigencia habría que entenderla implícita. Las dificultades probatorias son evidentes y también lo es la desproporción punitiva de una disposición que, en una interpretación literal, permite dictar una prisión provisional para el carterista de la Plaza Mayor, “viejo conocido de la Policía”, por la sustracción de una cartera e imponerle una pena de prisión de uno a tres años.

La justificación que, a través de los medios de comunicación, se ha llevado a cabo de esta circunstancia de agravación, alude a la necesidad de incrementar la respuesta penal frente a aquellos sujetos que hacen del delito un medio de vida. Con ello, la nueva previsión se presenta como una clara expresión de un Derecho Penal de autor que incrementa la respuesta penal en razón de la marginalidad o la pobreza y parece ir orientada a contrarrestar la “alarma social” que produce la extendida idea de que “por un lado entran y por otro, salen”.

—Por último, el prelegislador prevé la posibilidad de imponer una medida de seguridad: la libertad vigilada a los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en el Capítulo. Como el texto del Proyecto fundamenta la imposición de la medida en la idea de peligrosidad criminal, pero, simultáneamente, mantiene la multirreincidencia y recupera el carácter obligatorio de la reincidencia, con idéntico fundamento en la peligrosidad del autor, la acumulación de tales medidas y circunstancias supondría una clara infracción del principio *ne bis in idem*, lo que obligará a delimitar el ámbito respectivo de

aplicación de unas y otras. Si se impone la agravación por reincidencia o se aprecia la multirreincidencia, la libertad vigilada no resultaría aplicable, con lo cual, parece que esta medida sólo podrá ser utilizada en los supuestos de delincuentes primarios que presenten, sin embargo, un pronóstico de peligrosidad.

## **V. Reflexiones finales**

Concluyo con unas reflexiones. En primer lugar, es un lugar común la idea de que el delito es algo normal. Y utilizo la palabra normal no en un sentido axiológico, sino en el sentido de que es consustancial a la convivencia en sociedad. Toda sociedad, por el hecho de serlo, genera un índice más o menos elevado de delincuencia. Ni existe, ni ha existido nunca una sociedad sin delincuencia, ni tampoco existe un método infalible para erradicarla de forma definitiva. Por tanto, cualquier política criminal cuyo objetivo sea la seguridad a toda costa es una utopía que si, además, se impone a través de un desmedido incremento de sanciones, provoca como único efecto el sufrimiento inútil.

Por otro lado, el origen de la delincuencia patrimonial común está en la marginalidad. Es decir, en las deficiencias en la educación; en la pobreza; en el paro; o, en el consumo de drogas. Por ello, esta forma de delincuencia demuestra, primero, un fracaso en el proceso de socialización primaria del individuo. Y la reincidencia, demuestra un segundo fracaso en el objetivo reeducador y resocializador de la pena. Por ello, una política criminal que responda frente a esta forma de delincuencia con el único instrumento del incremento de la pena, implica, cuando menos, un reparto poco equitativo del coste social que supone el fracaso en la socialización y resocialización del individuo.

Y, por último, si bien es cierto que el legislador debe atender a la demanda social de protección para elaborar una normativa que goce de consenso e incentive su cumplimiento, también lo es que el carácter especialmente afflictivo del Derecho Penal y la drástica restricción de libertades que produce aconsejan que la

necesidad de consenso encuentre un equilibrio con los principios que legitiman el Derecho Penal, principalmente, los principios de proporcionalidad e intervención mínima que claramente se ven comprometidos por el desmedido endurecimiento de la respuesta penal del Proyecto de reforma, frente a unos hechos cuya escasa o nula lesividad hubiera aconsejado, en un sentido diametralmente opuesto, su despenalización.