

LA REINCIDENCIA EN EL SISTEMA PENAL ESPAÑOL.

Maria Lourdes Soto Rodriguez

D.N.I 34.989.640-Q

Abogada

Resumen:

Uno de los aspectos más estudiados desde la perspectiva criminológica es sin duda el relativo a la continuidad e interrupción de la delincuencia a lo largo de la vida (carrera criminal), especialmente por lo que se refiere a los delincuentes intensivos, a quienes se considera responsables de gran parte de la criminalidad violenta y grave.

El derecho penal no es sólo instrumento de defensa social contra determinadas acciones sino que debe tender, ante todo, a una retribución justa, para lo cual es imprescindible considerar tanto la gravedad del delito cuanto la personalidad de su autor. Deberá el juez decidir en concreto la cantidad y calidad de la pena para adaptarla al máximo a la personalidad criminal al momento de imponerle el castigo. La reincidencia se trata de la recaída en el delito por parte de un sujeto precedentemente condenado por otro u otros delitos con sentencia penal irrevocable. La Reincidencia produce consecuencias muy gravosas para el sujeto afectado por ella, no sólo por el aumento de pena que implica, que puede llegar, por la repetición de reincidencia, a elevar la pena en uno o dos grados —única agravante capaz de producir tal incremento en la sanción—, sino también, porque supone un obstáculo insalvable para la concesión o el mantenimiento de numerosos beneficios penales.

Abstract:

One of the most studied aspects from the criminological perspective is undoubtedly the one related to the continuity and interruption of crime throughout life (criminal career), especially as regards the intensive offenders, who are considered responsible of a large part of violent and serious criminality.

Criminal law is not only an instrument of social defense against certain actions, but it must aim, first of all, at fair remuneration, for which it is essential to consider both the seriousness of the crime and the personality of its author. The judge must decide in particular the amount and quality of the penalty to adapt it to the maximum criminal personality at the time of imposing the punishment. The recidivism is about the relapse in the crime by a subject previously convicted for another or other crimes with an irrevocable criminal sentence. The recidivism is about the relapse in the crime by a subject previously convicted for another or other crimes with an irrevocable criminal sentence. Recidivism produces very serious consequences for the subject affected by it, not only because of the increase in pain that it implies, which can come, due to the repetition of recidivism, to raise the penalty in one or two degrees -the only aggravating factor capable of producing such an increase in the penalty-, but also because it is an insurmountable obstacle to the granting or maintenance of numerous criminal benefits.

Palabras clave: reincidencia, multirreincidencia, agravante,delito,condena,antecedentes penales. habitualidad ,peligrosidad criminal

Key Words: recidivism, multi-recidivism, aggravating circumstance, crime, conviction, criminal record, habitual basis ,criminal danger.

Sumario:

I -Introducción.Evolución legislativa.

II-Concepto.

III-Requisitos.

IV-Efectos.

V- Cancelación de los antecedentes penales

VI- La regulación de la reincidencia en la ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LORRPM)

VII- La Legitimidad de la reincidencia y la multirreincidencia .

VIII-La cuestión sobre la constitucionalidad de la circunstancia de reincidencia

IX-Jurisprudencia

X-Conclusión.

I-Introducción .Evolución legislativa.

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 reinserción social.

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*; y, por último, deroga los delitos habituales 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.

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 el legislador 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 delictiva¹

¹ 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. , quien 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 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*”.

La circunstancia de reincidencia viene a representar en el ordenamiento penal la estimación sensible de una persistencia en la conducta dolosa del agente que habiendo sido objeto de una sanción anterior por el quebrantamiento de una norma penal de igual naturaleza a la que de momento se persigue, manifiesta su propósito de vulnerar de nuevo la ley .

El reincidente manifiesta su propósito de vulnerar repetidamente la ley, de oponerse a la norma. La reincidencia descansa sobre bases objetivas indudables : la existencia de una precedente sentencia firme de condena por delito y la comisión de otro delito por parte del sujeto que tiene a su cargo dicha condena.

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 culpabilidad².

II-Concepto.

El antecedente penal es la constancia de que una persona ha sido condenada en firme por la comisión de un delito. Sólo pueden computarse como antecedentes penales las condenas firmes, es decir, aquellas sentencias condenatorias dictadas en el marco de un proceso penal, contra las que no cabe recurso alguno, ya sea porque se han agotado todas las posibilidades de recurso, ya porque la parte condenada no hubiese interpuesto en tiempo y forma recurso de apelación contra la sentencia condenatoria. El legislador responde con la agravación de la pena a través de dos circunstancias: a) la **reincidencia**, prevista en el artículo 22.8 del Código Penal como agravante, cuya apreciación exige la existencia de una condena anterior, impuesta por sentencia firme, que las dos infracciones —la que da lugar a la agravación y a la que se aplica la circunstancia— sean constitutivas de delito y que los dos delitos estén comprendidos en el mismo Título del Código Penal y sean de la misma naturaleza y 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.; b) y la **multirreincidencia o reincidencia cualificada**, cuyo efecto agravatorio se establece en el artículo 66.1, regla 5ª, del citado cuerpo legal que exige previa condena, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo Título del Código, siempre que estos sean de la misma naturaleza.

Cuando se dicta una sentencia firme de condena se comunica al Registro Central de Penados y Rebeldes para su inscripción, por lo que a partir de ese momento en los ficheros del Ministerio de Justicia, órgano al que pertenece este Registro Central, a ese sujeto condenado le constará un antecedente penal. En ese registro figurará el condenado, con su filiación completa, o lo que de él se conozca: nombres y apellidos, documento nacional de identidad, nombre y apellidos de los progenitores, etc. así como el delito por el que ha sido condenado y la duración de la pena. Este es un registro con datos de carácter reservado al que sólo se puede tener acceso por el propio interesado o por los órganos oficiales cuando esté justificada su petición; por ejemplo, un juzgado que solicita los antecedentes penales de un imputado en un proceso judicial. Cuando se

² QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, 3º ed., Pamplona, 2009, p. 751.

inicia una instrucción judicial contra determinada persona sospechosa de la comisión de un delito, la primera diligencia cursada por dicho órgano es la petición de los antecedentes penales al Registro Central de Penados y Rebeldes.

III-Requisitos

El art. 22.8.º del Código penal de 1995, establece la definición de reincidencia, exigiendo la concurrencia de unos determinados requisitos: 8.ª) *Ser reincidente.*

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

A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo ni los que correspondan a delitos leves. Es decir, requiere la existencia de una condena anterior, impuesta por sentencia firme. No es necesario el previo cumplimiento de esta condena.

El Código penal recoge de esta forma la denominada *reincidencia impropia*, solo exige la existencia de sentencia firme, de la *reincidencia propia*, supone el cumplimiento de la pena. Que ambas conductas sean constitutivas de delito, dado que las condenas de faltas no dan lugar a la reincidencia. Que ambos delitos estén en el mismo Título del Código penal y sean de la misma naturaleza. Que los antecedentes penales no estén formalmente cancelados o debieran estarlos, por concurrir las condiciones y requisitos del art. 136 CP.

Una reiterada jurisprudencia ha exigido para la apreciación de la agravante de reincidencia los siguientes requisitos:

1. Que en el momento de cometer el delito por el que es Juzgado, el delincuente hubiera sido ejecutoriamente condenado.
2. Que lo hubiera sido por delito comprendido en el mismo título que aquel por el que se le juzga.
3. Que ambos delitos tengan, además, la misma naturaleza.
4. Que los antecedentes penales no hayan sido cancelados, o que debieran serlo, en las condiciones expresadas en el art. 136 del Código Penal.

Además, la jurisprudencia de la Sala Segunda del TS ha exigido que los datos necesarios para comprobar estos requisitos consten en la sentencia en la que se aprecia la reincidencia. En caso de no ocurrir así, la interpretación y valoración de los mismos no puede hacerse en contra del reo, hasta el punto de que se ha afirmado que la fecha desde la que deben computarse los plazos establecidos en el art. 136 es la de la firmeza de la sentencia condenatoria anterior.

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, 535/2008, de 18 de septiembre de 2008, rec. 1126/2007, establece "que el fundamento de la agravación de la medida de la pena a causa de la reincidencia es cuestionable en cuanto pueda

superar la culpabilidad del autor por el hecho concreto imputado. Son muy numerosos los criterios seguidos para identificarlo, entre ellos, como se recordaba en la STC núm. 150/1991, que declaró la constitucionalidad de la agravante, los que se detienen en la mayor peligrosidad del autor; en su mayor culpabilidad, bien por la conducta de vida o por el acto aislado; en la insuficiencia de las penas impuestas por el anterior o anteriores delitos a efecto de la prevención sobre el delincuente; en la perversidad del reo; en la habitualidad del delincuente; en el desprecio y rebeldía del reincidente frente al Ordenamiento jurídico.

Se trata de un concepto jurídico que exige la concurrencia de los siguientes requisitos: que de manera precisa establece la Sala Segunda del Tribunal Supremo en sus numerosas sentencias . Entre ellas está la **Sentencia TS, Sala Segunda ,884/2003, de 13 de junio, rec. 1014/2002** que dice al respecto:

1. Que el culpable haya sido ejecutoriamente condenado por un delito

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, 380/2014, de 14 de mayo, rec. 1423/2013, establece el siguiente requisito: Siendo así constituye presupuesto de la reincidencia que *"al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza"*.

2. Que tal condena sea anterior al momento de comisión del delito por el que es juzgado

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, 979/2011, de 29 de septiembre, rec. 5/2011: se exige que la sentencia condenatoria, que da lugar a la agravante, haya adquirido firmeza *"al delinquir el culpable"*, es decir, en un momento anterior a la comisión del nuevo delito por el que el culpable está siendo juzgado.

Por ello, no cabe apreciar la reincidencia en el caso de condena posterior a la comisión del nuevo delito, aunque lo sea por hechos cometidos antes de este (TS 28 de marzo de 2000: Se hace constar en el "factum" que Paulino fue ejecutoriamente condenado por un delito de robo con violencia e intimidación a la pena de cinco años de prisión, por sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 14 de Madrid, de fecha 22 de diciembre de 2004, firme el 2 de marzo de 2005, cuando los hechos aquí enjuiciados tuvieron lugar el 14 de noviembre de 2002, luego efectivamente no se da en el caso el elemento cronológico de la agravante citada que exige que el culpable al delinquir haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza, lo que diáfánamente no ha sucedido); AP Granada 28 de diciembre de 2011, que revoca la sentencia de instancia y anula la aplicación de la reincidencia a un delito contra la propiedad intelectual, cometido en noviembre de 2008, en virtud de otro delito de esta naturaleza, cometido en abril de 2008, por el que el culpable fue condenado en marzo de 2009); ni tampoco cuando existe una condena anterior, pero esta no ha alcanzado firmeza todavía en el momento de comisión del nuevo delito.

3. Que el delito por el que ha sido condenado esté comprendido en el mismo Título y sea de la misma naturaleza que el cometido con posterioridad.

Ante la falta la identidad de Título, no hay reincidencia, es exigible por lo tanto como un presupuesto sistemático o formal, que los dos delitos correlacionados estén comprendidos en el mismo Título del Código Penal.

4. Que los antecedentes penales no hayan sido cancelados o hubieran debido serlo, en las condiciones expresadas en el CP, art. 136.

Y además, la jurisprudencia ha exigido que los datos necesarios para comprobar estos requisitos consten en la sentencia en la que se aprecia la reincidencia.

IV-Efectos .

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.

Cuando un sujeto ha sido detenido por la comisión de un delito, éste debe ser puesto a disposición del juzgado competente, quien decidirá sobre su puesta en libertad o sobre su ingreso en prisión. Para que el juez pueda tomar una decisión a este respecto deberá valorar no sólo la gravedad el delito cometido, por el que ha sido detenido, y las circunstancias personales del perjudicado o víctima del delito; es decir, posibilidad de que el detenido pueda volver a atentar contra la persona o bienes de su víctima, sino que también tendrá en cuenta sus antecedentes penales. Si ese sujeto ha sido detenido por robo con violencia y le constan varios antecedentes penales por ese mismo delito, el juez de guardia puede acordar su ingreso en prisión.

Los antecedentes penales se pueden tener en cuenta a los efectos de aplicar la agravante de reincidencia. El artículo 22 del Código Penal dispone que "*son circunstancias agravantes: 8ª) Ser reincidente. Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza. A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, ni los que correspondan a delitos leves*". La consecuencia es que al aplicarse la agravante de reincidencia al sujeto acusado por ese nuevo delito la pena que se le imponga será mayor que si no tuviera antecedentes penales. Ahora bien, sólo pueden ser tenidos en cuenta cuando esos antecedentes penales son por un delito de la misma naturaleza; por ejemplo, cuando se le acusa por un delito de homicidio y le consta una condena por lesiones. Por otro lado, a efectos de reincidencia computarán las condenas firmes de jueces o tribunales impuestas en otros Estados de la Unión Europea.

Cuando se impone una sentencia condenatoria el tribunal, o juez sentenciador, puede acordar la suspensión de la pena impuesta, siempre y cuando no se trate de un delincuente primario, por lo que difícilmente puede obtener dicho beneficio un "reo habitual" (artículo 80.2 del Código Penal). A estos efectos el artículo 94 CP establece que "*A los efectos previstos en la sección 2ª de este capítulo, se consideran reos habituales los que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello. Para realizar este cómputo se considerarán, por una parte, el momento de posible suspensión o sustitución de la pena conforme al artículo 88 y, por otra parte, la fecha*

de comisión de aquellos delitos que fundamenten la apreciación de la habitualidad." Los antecedentes penales, por tanto, sirven para comprobar si el condenado es o no un reo habitual, con el fin de poder aplicar la suspensión –o, en su caso, sustitución- de la pena. En ningún caso debe confundirse el término reo habitual con la agravante de reincidencia.

V. Cancelación de los antecedentes penales

Los antecedentes penales no pueden tener una duración vitalicia sino que deben estar limitados en el tiempo. Por lo tanto, deberán ser cancelados, de oficio o a instancia de la parte interesada, cuando se cumplan los requisitos que establece el Código Penal. Así el artículo 136 del Código Penal dispone que los condenados que hubieran extinguido su responsabilidad penal tienen derecho a obtener la cancelación de sus antecedentes penales. Aunque la ley prevé que, de oficio, se procederá a dicha cancelación, en la práctica es el propio interesado quien realiza dicha petición.

Para que pueda solicitarse dicha cancelación, el CP arbitra un sistema de plazos que deben transcurrir desde el día siguiente a aquel en que quedara extinguida la pena o bien, en caso de remisión condicional, una vez obtenida la remisión definitiva, sin haber vuelto a delinquir

- a) Para las penas leves, el plazo es de seis meses.
- b) Dos años para las penas que no excedan de doce meses y las impuestas por delitos imprudentes.
- c) Para las restantes penas menos graves inferiores a tres años, el plazo será de tres años.
- d) Cinco años para las restantes penas menos graves iguales o superiores a tres años.
- e) Diez años para las penas graves.

En cuanto al cómputo del plazo, éste deberá comenzar desde el día en que se extinga la pena y no desde que la sentencia es firme.

Cuando se tratara de personas jurídicas, sin perjuicio de que se establecen idénticos plazos que los apuntados, debe tenerse en cuenta que cuando se hubiera acordado la disolución o la prohibición definitiva de las actividades, las anotaciones se cancelarán transcurridos cincuenta años computados desde el día siguiente a la firmeza de la sentencia.

Las inscripciones de antecedentes penales en las distintas Secciones del Registro Central de Penados y Rebeldes no serán públicas. Durante su vigencia sólo se emitirán certificaciones con las limitaciones y garantías previstas en sus normas específicas y en los casos establecidos por la ley, preferentemente a petición del propio interesado. En todo caso, se librarán las que soliciten los Jueces o Tribunales, se refieran o no a inscripciones canceladas, haciendo constar expresamente, si se da, esta última circunstancia.

Con la regulación establecida tras la reforma ex LO 1/2015, de 30 de marzo, la cancelación de antecedentes delictivos deja de estar condicionada a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito.

No sólo pueden cancelarse los antecedentes penales sino también las medidas de seguridad. El artículo 137 del Código Penal así lo dispone cuando afirma que *"Las anotaciones de las medidas de seguridad impuestas conforme a lo dispuesto en este Código o en otras leyes penales serán canceladas una vez cumplida o prescrita la respectiva medida; mientras tanto, sólo figurarán en las certificaciones que el Registro expida con destino a Jueces o Tribunales o autoridades administrativas, en los casos establecidos por la ley."*

Los antecedentes penales que consten en el Registro Central se tendrán por cancelados, aunque procedan de condenas dictadas en otros Estados miembros de la UE, a efectos de su toma en consideración en España por los Jueces y Tribunales de acuerdo con el Derecho español, a menos que antes se comunique su cancelación por el Estado de condena.(Art. 14.3 LO 7/2014).

VI- REGULACIÓN DE LA REINCIDENCIA EN LA LEY ORGÁNICA REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES (LORRPM)

Junto a las consideraciones críticas que genera la previsión de la agravante de reincidencia en el derecho penal de adultos, conviene analizar a continuación su regulación específica en el ámbito del derecho penal de menores , al objeto de evaluar el alcance y naturaleza de esta circunstancia, así como las posibles dificultades que plantea de cara al mantenimiento del interés superior del menor.

Destaca la regla de determinación prevista en el artículo 10.1 b)³ de la LORRPM, que prescribe al juez de menores la aplicación de una medida de internamiento de 1 a 6 años cuando el menor haya cometido uno de los delitos previstos en el artículo 9.2 LORRPM, que establece el ámbito de aplicación de dicha medida, – delitos graves o delitos menos graves cometidos con violencia o intimidación / en banda o grupo –, sea mayor de 16 años y el hecho revista extrema gravedad, entendiéndose como tal siempre la reincidencia.

El efecto agravante de la reincidencia, junto a las otras condiciones, resulta evidente. Al fijar como punto de referencia el ámbito de aplicación de la medida de internamiento, implica en muchos casos un incremento de la intervención penal por encima de la concreta culpabilidad por el hecho.

³10.1 b) de la LORRPM que dice: *"si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere dieciséis o diecisiete años de edad, la duración máxima de la medida será de seis años; o, en sus respectivos casos, de doscientas horas de prestaciones en beneficio de la comunidad o permanencia de dieciséis fines de semana.*

En este supuesto, cuando el hecho revista extrema gravedad, el Juez deberá imponer una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a seis años, complementada sucesivamente con otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de cinco años. Sólo podrá hacerse uso de lo dispuesto en los artículos 13 y 51.1 de esta Ley Orgánica una vez transcurrido el primer año de cumplimiento efectivo de la medida de internamiento.

A los efectos previstos en el párrafo anterior, se entenderán siempre supuestos de extrema gravedad aquellos en los que se apreciara reincidencia".

Además, la aplicación automática de la medida de internamiento cerrado en caso de concurrir las condiciones enumeradas, impide tener en cuenta las circunstancias que puedan haber disminuido la capacidad de culpabilidad del menor infractor o la exigibilidad de su conducta conforme a la norma, que delimitan el límite máximo del reproche penal. De hecho, y pese a la tendencia general a remitir al artículo 22.5ª del CP⁴, donde está regulada la circunstancia agravante de reincidencia, para dar contenido a su mención específica por el artículo 10.1 b) de la LORRPM, resulta conveniente incorporar en su lugar los requisitos previstos en el artículo 66.1.5ª CP (agravante de reincidencia cualificada), dada la mayor proximidad entre los efectos aparejados a esta última (aplicación de la pena superior en grado) y los que se derivan del artículo 10.1 b). Decir que esta opción, aunque preferible por cumplir con mayor rigor la prohibición de extender la privación de libertad más allá de lo previsto en el derecho penal de adultos (artículo 8 de la LORRPM)⁵, no evita por sí sola el automatismo de este criterio, ni las dudas que suscita en general la mención, expresa o indirecta, a la reincidencia en el derecho penal juvenil⁶.

Otras manifestaciones de la influencia de la comisión de hechos delictivos previos por parte del menor, son las referidas a los criterios para la adopción de la medida cautelar de internamiento, entre los que goza de preferencia (artículo 28.2 de la LORRPM)⁷, y a las opciones desjudicializadoras, respecto de las que ejerce un efecto excluyente, expreso en el caso del desistimiento incondicionado (artículo 18 LORRPM in fine) y tácito en el resto⁸. A ellas se añade la obligación por parte del juez de menores de tomar en consideración la comisión con anterioridad de otros hechos de la misma naturaleza (artículo 39.1, párrafo 1º de la LORRM).

Existe una previsión expresa entre los criterios de adopción de las medidas cautelares, concretamente el “*riesgo de atentar contra los bienes jurídicos de la víctima*” (artículo 28.1 LORRPM), introducida por la reforma operada a través de la LO 8/2006.

La ausencia de una mención específica a la valoración del riesgo de reincidencia en el régimen general de determinación de la medida a aplicar (artículo 7.3 LORRPM) o en

⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, B., Feijoo Sánchez, B., «Título II. De las medidas», en *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Pamplona, Thomson-Civitas, 2008, p. 204

⁵ Alude a la utilización de esta vía en la práctica para no aplicar la medida de internamiento en los casos en que la comisión de ilícitos no tienen asignada pena privativa de libertad en el CP, VAELLO ESQUERDO, E., «La incesante aproximación del derecho penal de menores al derecho penal de adultos», *RGDP*, 11 (2009), p. 24.

⁶ CUELLO CONTRERAS, J., «Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad del menor y su tratamiento educativo», *RECPC*, 12-01 (2010), p. 18; CRUZ MÁRQUEZ, B., *Educación y prevención general en el derecho penal de menores*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 124.

⁷ VAELLO ESQUERDO, E., «La incesante aproximación del derecho penal de menores al derecho penal de adultos», *Revista General de Derecho Penal (RGDP)*, 11 (2009), pp.25.

⁸ Vid. CRUZ MÁRQUEZ, B., «La mediación en la Ley Penal de Menores: conciliación y reparación del daño», *REDPCr*, 07 – 14 (2005), p. 21.

cuestiones complementarias, como la suspensión de la ejecución (artículo 40 LORRPM), su modificación por otra o incluso el cese de la medida (artículos 13 y 51 LORRPM), no debe ocultar la innegable probabilidad de que influyan en este tipo de decisiones en la práctica⁹, dada la frecuente asociación entre la finalidad preventivo-especial, que supone la reducción del riesgo de reincidencia, y la consecución del interés superior del menor¹⁰.

VII- La Legitimidad de la reincidencia y la multirreincidencia .

La existencia de 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. 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.

A Cierta sector de doctrina, afirma que la reincidencia supone una mayor gravedad del hecho, porque revela una mayor culpabilidad¹¹: 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.

b) Otro sector de doctrina, representado por Mir Puig¹², 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.

⁹ Interpretación propuesta por CARDENAL MONTRAVETA, S., «La reincidencia en el derecho penal de menores» en *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, Las Rozas (Madrid), La Ley, 2010, pp. 673 s. para evitar contradicciones con el artículo 10.1 de la LORRPM.

¹⁰ Sobre la necesidad de distinguir ambos aspectos, CRUZ MÁRQUEZ, B., «Presupuestos de la responsabilidad penal del menor: una necesaria revisión desde la perspectiva adolescente», *AFDUAM*, 2010, en prensa.

¹¹ CERESO 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.

¹² Mir Puig, S. *Derecho Penal. Parte General*, 9º ed., Barcelona, 2009, p. 641.

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.¹³, 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”.

c) También se ha intentado fundamentar la reincidencia en la insuficiencia de la pena impuesta. 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.

Frente a esta posición cabe mantener que si la pena ha resultado ineficaz no resulta razonable insistir en el mismo tipo de respuesta, pero incrementada¹⁴.

d) Pero 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 delitos¹⁵. 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.

e) 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”¹⁶.

Ninguna de las razones aducidas termina de resultar convincente y por ello 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 derogación¹⁷.

f) *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

¹³ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Sobre la constitucionalidad de la agravante de reincidencia”, en *Poder Judicial* 2º época/nº 13, 1989, p. 87.

¹⁴ QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, 3º ed., Pamplona, 2009, p. 751.

¹⁵ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Aspectos críticos...”, ob.cit., p. 302; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal...*, ob.cit., p. 899 y ss.;

¹⁶ QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General...*, ob.cit., p. 751.

¹⁷ 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.

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**—.

VIII-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)¹⁸.

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 CE¹⁹.

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 agravación²⁰.

¹⁸ 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.

¹⁹ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Sobre la constitucionalidad...”, ob.cit., p. 86.

²⁰ 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 yss.; 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 –incorregibilidad 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.

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 gravedad²¹.

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, incompatible con el principio de presunción de inocencia consagrado en el artículo 24.2 CE⁴¹.

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.

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*).

En lo que se refiere al principio de culpabilidad la STS 6 abril de 1990, 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*”.

Respecto al principio de **presunción de inocencia**, 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.

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

²¹ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Sobre la constitucionalidad...”, ob.cit., p. 87.

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.

IX-Jurisprudencia.

El Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (STS 481/2017, de 28 de junio) ha proclamado la necesidad de una **interpretación restrictiva de la agravación de las penas** aprobada por reforma de 2015 del delito de hurto. De acuerdo con esa reforma, el hurto de una cantidad que no excedía de 400 euros era castigado con una pena de multa. Sin embargo, en aquellas ocasiones en que el autor de ese hurto tuviera antecedentes penales por **multirreincidencia** y hubiera sido condenado al menos en tres ocasiones anteriores, la pena podía incrementarse hasta tres años de prisión.

En el caso concreto objeto de recurso, la Fiscalía pedía aplicar la agravante de multirreincidencia al acusado porque intentó apropiarse de un Iphone y ya tenía seis condenas anteriores por hurto. La Sala de lo Penal del Tribunal, en sentencia de la que ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro, **rebaja la condena al pago de una pena de multa** (de 174 euros) al entender que se trató de un delito leve de hurto en grado de tentativa.

La Sala Segunda ha entendido —con el voto particular de 6 de los 17 magistrados que formaron el Pleno— que para que se produzca ese efecto de hiperagravación de la pena **no basta con que los antecedentes lo sean por delitos leves**. Al menos, subraya el Supremo, ha de tratarse de una hoja histórico penal en la que se recojan delitos menos graves (que pueden ser castigados con penas de cárcel de tres meses a cinco años, frente a las multas de los delitos leves). Además, no considera razonable que para la multirreincidencia puedan computar los delitos leves cuando están expresamente excluidos para apreciar la agravante general de reincidencia, no múltiple, recogida en el artículo 22.8 del Código Penal.

La Sala examina la reforma de 2015 del delito de hurto y llega a la conclusión de que lo más controvertido y distorsionador del nuevo sistema de penas previsto para esta clase de delitos es que utiliza la reincidencia como único soporte para configurar un tipo hiperagravado. Indica que, a tenor de la jurisprudencia del TC, el legislador lo que hace realmente no es castigar dos veces por un mismo hecho, sino que agrava la pena por el nuevo hurto que se está juzgando y acude a imponer un tipo hiperagravado acudiendo sólo a los antecedentes penales del acusado. El hecho de que por tres condenas anteriores por delitos leves de hurto se pueda aplicar un tipo hiperagravado que permita convertir una multa máxima de tres meses en una pena de prisión que puede alcanzar hasta los tres años, con un suelo de un año, resulta sustancialmente desproporcionado..

no parece razonable hablar de multirreincidencia excluyendo el concepto básico de la parte general del Código de lo que debe entenderse por reincidencia si el concepto al que hay que atender para definir la reincidencia es el establecido en el artículo 22.8 del Código Penal, y en él se excluye el cómputo de los delitos leves para apreciarla.,

Con estos argumentos, la Sala afirma: «Así las cosas, para interpretar los arts. 234 y 235 del C. Penal en un sentido que resulte congruente el concepto de multirreincidencia con el concepto básico de reincidencia y que se respete al mismo tiempo el principio de proporcionalidad de la pena, ha de entenderse que cuando **el texto legal se refiere a tres condenas anteriores éstas han de ser por delitos menos graves o graves, y no por delitos leves**. Y ello porque ése es el criterio coherente y acorde con el concepto

básico de reincidencia que recoge el Código Penal en su parte general, y porque, además, en ningún momento se afirma de forma específica en los arts. 234 y 235 que las condenas anteriores comprendan las correspondientes a los delitos leves».

La STS 2497/2017 de 28 de junio de 2017²² nos habla de la Interpretación restrictiva del art. 235.1.7º del C. Penal : la multirreincidencia como sustrato del subtipo

²² Fundamento jurídico 2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional requiere para que concurra un supuesto de *bis in ídem* en el plano sustantivo que sea castigado un sujeto dos veces por unos mismos hechos. Y a la hora de interpretar la expresión "unos mismos hechos", considera que se da este supuesto en los casos que concurra la identidad de sujeto, hecho y fundamento (SSTC 2/1981 , 154/1990 , 204/1996 , 177/1999 , 2/2003 , 180/2004 , 1/2009 y 77/2010).

En el caso enjuiciado es palmario que concurre un mismo sujeto activo del delito y también un mismo fundamento de condena, ya que en las sentencias en liza se condena por delitos leves de hurto, coincidiendo así la tutela de un mismo bien jurídico: el derecho de propiedad de las víctimas. Sin embargo, no puede decirse lo mismo con respecto a que se trate de una condena por los mismos hechos, a tenor de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En efecto, en la conocida sentencia del TC 150/1991, de 4 de julio , en la que se examina la constitucionalidad de la agravante de reincidencia, argumenta el supremo intérprete de la norma constitucional que «del propio significado del " *non bis in ídem* " se desprende que la agravante de reincidencia del art. 10.15ª CP no conculca dicho principio constitucional. En efecto, la apreciación de la agravante de reincidencia supone, como al principio se expuso, la obligatoriedad de tomarla en consideración, como cualquier otra agravante, para aumentar la pena en los casos y conforme a las reglas que se prescriben en el propio Código (art. 58 CP), y, más concretamente, para determinar el grado de aplicación de la pena prevista para el delito y, dentro de los límites de cada grado, fijar -discrecionalmente- la extensión de la pena. Es claro, en consecuencia, que con la apreciación agravante de reincidencia, ya se entienda que afecta al núcleo del delito o sólo a la modificación de la pena, no se vuelve a castigar el hecho anterior o los hechos anteriores, por lo demás ya ejecutoriamente juzgados - art. 10.15ª CP - y con efectos de cosa juzgada (efectos que no se ven, pues, alterados), sino única y exclusivamente el hecho posterior».

Y prosigue diciendo que «En este sentido, es una opción legítima y no arbitraria del legislador el ordenar que, en los supuestos de reincidencia, la pena a imponer por el delito cometido lo sea en una extensión diferente que para los supuestos de no reincidencia. Y si bien es indudable que la repetición de delitos propia de la reincidencia presupone, por necesidad lógica, una referencia al delito o delitos repetidos, ello no significa, desde luego, que los hechos anteriores vuelvan a castigarse, sino tan sólo que *han sido tenidos en cuenta* por el legislador penal para el segundo o posteriores delitos, según los casos, bien (según la perspectiva que se adopte) para valorar el contenido de injusto y su consiguiente castigo, bien para fijar y determinar la extensión de la pena a imponer. La agravante de reincidencia, por tanto, queda fuera de círculo propio de principio *non bis in ídem* ».

Ciertamente, esta doctrina ha sido muy cuestionada por importantes sectores doctrinales al entender que no es fácil compatibilizar la advertencia de que los hechos de las condenas precedentes "no vuelven a castigarse" con la afirmación de que "tan sólo han sido tenidos en cuenta". Sin embargo, lo cierto e incuestionable es que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional se ha consolidado en precedentes posteriores, quedando así excluida la tesis de que el hecho de que se tengan en cuenta las sentencias anteriores en la sentencia que aplica la reincidencia suponga una infracción del principio *non bis in ídem* .

Así pues, la mera aplicación de la agravante de reincidencia no implica de por sí incurrir en un *bis in ídem*. Con lo cual, si era esa la razón de la inaplicación del art. 235.1.7º del Tribunal de instancia - cuestión que tampoco ha quedado esclarecida-, no puede considerarse suficiente para inaplicar ese precepto y acudir a la aplicación del art. 234.1, subsunción que tampoco se explica en la sentencia recurrida.

Por lo tanto, a tenor de la jurisprudencia del TC, el legislador lo que hace realmente no es castigar dos veces por un mismo hecho, sino que agrava la pena por el nuevo hurto que se está juzgando y acude a

hiperagravado de hurto en el C. Penal cuando los antecedentes penales son por delitos leves. Trata además de manera rigurosa sobre el concepto de reincidencia que se acoge en la parte general del C Penal (arts. 22.8^a y 66) que ha de operar también cuando se trata de aplicar la multirreincidencia como supuesto específico de agravación en los subtipos de la parte especial, a no ser que el texto legal la excluya de forma expresa y específica.

***Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2013*²³ (D. CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON) trata el tema del Agravante de reincidencia y la no computación de los antecedentes penales cancelados o que hubieran podido serlo.**

imponer un tipo hiperagravado acudiendo sólo a los antecedentes penales del acusado. Es decir, el legislador opera en el tipo con un cuarto delito de hurto, con su correspondiente hecho, y para aplicar el tipo hiperagravado atiende al dato de tres condenas previas relativas a otros tantos delitos de hurto comprendidos dentro del mismo título.

Así se confirma con la lectura del nuevo art. 235.1.7º, que preceptúa lo siguiente: « *Cuando al delinquir el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en este Título, siempre que sean de la misma naturaleza No se tendrán en cuenta antecedentes cancelados o que debieran serlo* ».

Pudiera ser que el Tribunal de instancia -hablando ahora en hipótesis, ya que nada dice- estuviera utilizando el argumento de que los hechos ya enjuiciados y condenados en procesos anteriores no pueden constituir la base de un tipo hiperagravado de hurto. Aunque ello pudiera ser una razón de peso para formular una crítica jurídica sobre el tipo penal, no parece factible inaplicar el tipo superagravado sin hacer una interpretación del principio *non bis in ídem* aplicable al caso, a tenor de los precedentes jurisprudenciales del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de la agravante de reincidencia, agravante que consideró compatible con el texto constitucional. Visto lo cual, sólo cabía o plantear la cuestión de inconstitucionalidad de la norma o exponer una interpretación del texto legal compatible con el principio de proporcionalidad punitiva y con el de " *non bis in ídem*" que se cita en la sentencia.

Sea como fuere, lo que resulta claro -y aquí sí tiene razón el Ministerio Fiscal- es que carece de una justificación razonable la opción seguida por la Audiencia de abandonar la aplicación del tipo atenuado de hurto leve (art. 234.2) y operar con el hurto básico del art. 234.1 por el hecho de que el acusado tuviera varios antecedentes penales por delito leve de hurto. No hay una explicación razonada que legitime esa nueva subsunción, a no ser el criterio pragmático de imponer con arreglo a una mera pauta de equidad una pena intermedia que no alcanzara la cuantía de la correspondiente a la extrema del tipo hiperagravado.

El hecho de saltar del tipo atenuado de hurto leve (art. 234.2 del C. Penal) al tipo básico de hurto menos grave (art. 234.1) carece de un sustento legal. Porque si la razón de esa agravación es la existencia de unos antecedentes penales que habrían de operar en el caso, la forma de hacerlo ya viene prevista en la ley. Lo que no cabe es aplicar un tipo intermedio en lugar del hiperagravado en virtud de una pauta equidad que elabora la Sala de instancia, acudiendo a otros tipos con el fin de evitar y solventar lo que se considera un problema generado por un posible *bis in ídem* .

Lo que sí resulta diáfano, al margen de que la postura adoptada carece de una legitimidad o justificación de base, es que el argumento que utiliza la Sala de instancia -«un evidente supuesto de *bis in ídem* inadmisibles»- se muestra muy expresivo y espontáneo, por cuanto viene a decirnos en unos términos rotundos y concluyentes que en el caso de aplicar el tipo hiperagravado por unos antecedentes penales relativos a delitos de hurto leves -antiguas faltas- estaríamos imponiendo una pena llamativamente desproporcionada.

²³ *Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2013*²³ (D. CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON).

En su **Fundamento Jurídico** nos dice :

SEXTO.—“En el tercer motivo de recurso, el recurrente alega, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , infracción de ley por aplicación indebida del artículo 22 8º del Código Penal . Considera el recurrente que se ha aplicado la agravante de reincidencia cuando el hecho probado declara que no consta que el acusado tenga antecedentes penales a efectos de reincidencia. Considera que el respeto y la intangibilidad de los hechos probados imponen que el motivo prospere. La jurisprudencia es clara al establecer que los elementos fácticos que sustentan la aplicación de una agravante de reincidencia deben constar en el factum, y si no constan esos datos no puede constatarse si, aun cuando hubiese alguna sentencia condenatoria, la pena podría estar cancelada o rehabilitada. El motivo debe ser estimado. La doctrina de esta Sala en lo que se refiere a la aplicación de la agravante de reincidencia parte del dato legislativo de que el art. 22.8 CP después de definir la reincidencia, establece que no se computarán los antecedentes penales cancelados o que hubieran podido serlo. Por ello es necesario (SSTS núm. 435/2009 de 27 de abril , núm. 814/2009 de 22 de julio y núm. 406/2010 de 11 de mayo , entre otras). 1º) Que las circunstancias modificativas de la responsabilidad cuya carga probatoria compete a la parte que las alega estén tan acreditadas como el hecho delictivo mismo. 2) Que en los casos en que la acusación cuenta con una condena por una sentencia que permita la rehabilitación de los antecedentes penales debe preocuparse de aportar a la causa certificado de la extinción de la pena, en virtud de la carga probatoria que le compete pues las circunstancias correspondientes a la falta de cancelación de los antecedentes penales condicionan la agravante y debe probarlas la acusación. 3) Que en la sentencia de instancia consten todos los datos de los que resulte la reincidencia, sin que por tanto, una vez interpuesto el recurso de casación por la vía del art. 849.1, pueda esta Sala acudir al examen de las actuaciones al amparo del art. 899 Lecrim pues ello supondría incorporar nuevos datos a la sentencia, siendo así que la medida excepcional de acudir al examen de la causa implica una facultad extraordinaria que no puede emplearse cuando perjudique directa o indirecta al reo (STS. 1175/2009 de 16 de noviembre), que recuerda que esta Sala, en algunas ocasiones, ha llamado la atención acerca de la imposibilidad de acudir a la causa para extraer de la misma datos que perjudican al acusado y que no hayan sido declarados expresamente probados). 4) Que para apreciar la reincidencia consten en el factum: fecha de la firmeza de las sentencias condenatorias, el delito por el que se dictó la condena, la pena o penas impuestas, y la fecha en la que el penado las dejó efectivamente extinguidas. Este último dato solamente será innecesario en aquellos casos en los que el plazo de cancelación no haya podido transcurrir entre la fecha de la sentencia condenatoria y la fecha de ejecución del hecho por el que se realiza el enjuiciamiento actual. 5) Que si no constan en los autos los datos necesarios se impone practicar un cómputo del plazo de rehabilitación favorable al reo, pues bien pudo extinguirse la condena impuesta por circunstancias tales como abono de prisión preventiva, redención, indulto, expediente de refundición, expresando la STC. 80/92 de 26 de mayo que la resolución estimatoria de la agravante de reincidencia sin que consten en la causa los requisitos para obtener la rehabilitación y cancelación lesiona el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva. 6) Por consiguiente, a falta de constancia de la fecha de extinción, que es la del día inicial para el cómputo del plazo de rehabilitación (art. 136 CP .) deberá determinarse desde la firmeza de la propia sentencia (doctrina resumida en la reciente STS núm. 4/2013, de 22 de enero).

SÉPTIMO .- En el caso actual no constan en el "factum" los referidos requisitos, por lo que no puede aplicarse la agravante de reincidencia. Es más, en el relato fáctico se declara expresamente que no consta que el acusado tenga antecedentes penales a efectos de reincidencia. Estima el Ministerio Fiscal que se trata de un error material como se deduce del fundamento jurídico quinto de la sentencia, que se refiere a una condena firme de 9 de diciembre de 2004 , y que el propio acusado reconoció que tenía antecedentes en su declaración ante el Juzgado obrante en las actuaciones, pero lo cierto es que, si se trataba de un error material, debió solicitarse su subsanación en tiempo y forma ante el Tribunal sentenciador, siendo necesario en este trámite respetar los hechos probados, y en cualquier caso no constan en el relato factico los datos mínimos para la aplicación de la agravante, conforme a la doctrina jurisprudencial anteriormente expresada. Aun cuando se aceptase la existencia de la condena a la que se refiere la fundamentación jurídica, no constan en el factum los elementos fácticos imprescindibles para poder constatar si los antecedentes son computables, pues no consta si están cancelados o hubieran podido estarlo (art. 22.8 CP). Procede, en consecuencia, la estimación parcial del recurso dictando segunda sentencia en la que se excluya la aplicación de la agravante de reincidencia, con declaración de las costas de oficio.

X-Conclusión.

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.

Se ha establecido la reincidencia y la multirreincidencia, como respuesta a la conducta reiterada del sujeto en la comisión de las conductas delictivas, basada en razones de política criminal que garanticen la seguridad jurídica demandada por la sociedad dentro de la estructuración establecida de un Estado social y democrático, basado en Derecho justiciable, socializador y reeducativo; y en el concierto y adecuación de los principios comunitarios y en auxilios judiciales en materia penal.

Decir que en la reincidencia se produce no solamente una ruptura del Derecho Penal de culpabilidad, sino también en la realidad un total fracaso de los efectos preventivos de la pena impuesta. Ante este fracaso se presenta como poco razonable, que las legislaciones reaccionen "reincidiendo" en la pretensión de lograr finalidades de aseguramiento y prevención precisamente a través de la misma sanción que ya demostró ser ineficaz.

Sería pues recomendable la aplicación de nuevas o diferentes alternativas político criminales, más aconsejables y acordes a una posición garantista y minimalista de derecho penal.

BIBLIOGRAFIA.

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

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.

CARDENAL MONTRAVETA, S., «La reincidencia en el derecho penal de menores» en *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, Las Rozas (Madrid), La Ley, 2010.

CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. Parte General, III, Teoría jurídica del delito*, Madrid, 2001.

CUELLO CONTRERAS, J., «Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad del menor y su tratamiento educativo», *RECPC*, 12-01 (2010), p. 18; CRUZ MÁRQUEZ, B., *Educación y prevención general en el derecho penal de menores*, Madrid, Marcial Pons, 2006.

CRUZ MÁRQUEZ, B., «La mediación en la Ley Penal de Menores: conciliación y reparación del daño», *REDPCr*, 07 – 14 (2005).

CRUZ MÁRQUEZ, B., «Presupuestos de la responsabilidad penal del menor: una necesaria revisión desde la perspectiva adolescente», *AFDUAM*, 2010, en prensa.

FEIJOO SÁNCHEZ, B., Feijoo Sánchez, B., «Título II. De las medidas», en *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Pamplona, Thomson-Civitas, 2008.

GARZÓN REAL/MANJÓN-CABEZA OLMEDA, “Reincidencia y Constitución”, en *Actualidad Penal*, nº 1, 1991.

QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, 3º ed., Pamplona, 2009.

QUINTERO OLIVA-RES/MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*, Madrid, 1983,

QUINTERO OLIVA-RES/MUÑOZ CONDE ., *Parte General del Derecho Penal*, 3º ed. ,Pamplona, 2009.

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.

MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*, 9º ed., Barcelona, 2009.

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 .

VAELLO ESQUERDO, E., «La incesante aproximación del derecho penal de menores al derecho penal de adultos», *RGDP*, 11 (2009).

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Sobre la constitucionalidadde la agravante de reincidencia”, en *Poder Judicial* 2º época/nº 13, 1989.