

La reincidencia en el Código Penal de 1995

ROSARIO DE VICENTE MARTÍNEZ

Prof. Titular de Derecho Penal
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. Introducción.-II. Breve evolución legislativa.-III. ¿Constitucionalidad de la agravante de reincidencia?.-IV. Interpretación de la reincidencia conforme a la redacción dada por el Código penal de 1995.-1. Mismo Título del Código penal.-2. Misma naturaleza.

I. INTRODUCCIÓN

Siendo más que discutible el mantenimiento de la agravante de reincidencia en el texto punitivo, el Código penal de 1995 ha optado por su conservación si bien ha recortado su operatividad al darle una nueva redacción y al suprimir la reincidencia genérica. Como ha señalado Prats Canut, la historia de la reincidencia es la historia de su limitación, parece como si hubiese una mala conciencia en relación a la misma que, por criterios difíciles de sostener desde la óptica preventiva del Derecho Penal, pero que encuentran su ubicación en el terreno de los sentimientos de inseguridad u otros más o menos atávicos, hace que no se dé el paso de renunciar a dicha institución, pero que sí al menos se intente su limitación a un círculo reducido de supuestos (1).

(1) PRATS CANUT, *Comentarios al Nuevo Código penal*, dirigidos por Quintero Olivares, Aranzadi, 1996, p. 256.

El artículo 22.8 del nuevo texto legal establece como circunstancia agravante de la responsabilidad criminal: «Ser reincidente», especificando que ha de entenderse por tal: «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».

El Código penal de 1995 ya no hace lo que su antecesor, el Código penal de 1973, que identificaba la especie delictiva con el estricto criterio de estar situadas las infracciones en el mismo Capítulo, utilizando así el criterio de la identidad relativa de carácter formal.

El presente estudio no está orientado al análisis del fundamento de la agravante de reincidencia o de su posible constitucionalidad, aspectos ambos que se exponen someramente, por haber sido tratados de forma extensa por parte de la doctrina, sino, principalmente, a los problemas interpretativos que puede plantear la nueva configuración dada a la agravante de reincidencia por el Código penal de 1995 y que, como veremos, van a dejar un amplio margen de discrecionalidad al juez.

II. BREVE EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

La falta de un criterio uniforme del legislador español en materia de reincidencia se plasma en las diferentes reformas de que ha sido objeto esta agravante, reformas tendentes a limitar los efectos agravatorios de la reincidencia. En este sentido, la reincidencia se ha modificado por las Leyes de 28 de noviembre de 1974, 28 de diciembre de 1978, 25 de junio de 1983 y finalmente, por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, que le ha dado un nuevo contenido.

Haciendo un somero repaso por nuestros textos punitivos (2) se advierte como la agravante de reincidencia está presente en la legislación penal española desde nuestro primer Código penal de 1822 que regulaba, como dos circunstancias distintas, la reincidencia, especí-

(2) Un estudio histórico sobre la reincidencia en los distintos Códigos penales, puede verse en ASUA BATARRITA, *La reincidencia, su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los Códigos penales del siglo XIX*, Bilbao, 1982, y GONZÁLEZ CUÉLLAR GARCÍA, *La reincidencia*, en «Comentarios a la legislación penal», tomo II, 1983, pp. 1 ss.

fica, denominada reincidencia, y la genérica, innominada, salvo en el Código penal de 1928 y a partir de 1944, hasta la reforma de 1983, en que se le da el nombre de reiteración. Posteriormente el Código penal de 1850 en su artículo 10.18.^a hacía consistir la reincidencia en cometer un delito de la misma especie. El término de la «misma especie» era poco preciso y dio lugar a diversas interpretaciones. Para unos había de entenderse como los comprendidos en el mismo Título, para otros, como los comprendidos en el mismo Capítulo y, para otros, como los castigados en el mismo artículo.

Todas estas dudas desaparecerían con el Código penal de 1870 que refiere la reincidencia al «mismo Título». El Código penal de 1870 establecía en su artículo 10.18.^a: «Hay reincidencia cuando al ser juzgado el culpable por un delito, estuviere ejecutoriamente condenado por otro comprendido en el mismo Título de este Código» (3). Su sucesor, el Código penal de 1928, mantenía, en su artículo 67.3, un criterio similar al concepto de reincidencia que se contenía en el Código de 1870 y que pasaría a configurar el artículo 10.14 del Código penal de 1932. Concepto que se mantendría en los posteriores Códigos penales de 1944, 1963 y 1973, si bien fue objeto de retoques o reformas sucesivas, primero mediante la Ley 39/1974, de 28 de noviembre, que introduce varias modificaciones en el Código penal, entre ellas, introduce el concepto de «doble reincidencia» y sustituye la expresión «otro u otros delitos» por la palabra «algún».

Más tarde, la Ley 81/1978, de 28 de diciembre, de modificación del Código penal en materia de reincidencia y reiteración, volvió a la anterior dicción de «otro u otros delitos».

Un paso más da la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código penal que dejó sin contenido la circunstancia agravante núm. 14 del artículo 10 y dio nueva redacción a la núm. 15 que bajo la denominación de «reincidencia» comprendía la agravante genérica (reiteración) y la específica (reincidencia) (4). En la Exposición de Motivos de la citada Ley Orgánica se podía leer: «Mayor alcance tiene, sin duda, la simplificación de la formulación legal de la reincidencia, pues no sólo se funde en una sola descripción la reincidencia y la reiteración, sino

(3) Un estudio de la reincidencia en el Código penal de 1870, puede verse en GROIZARD, *El Código penal de 1870. Concordado y comentado*, tomo I, Salamanca, 1895.

(4) Un estudio de las modificaciones introducidas por la Reforma de 1983 en materia de reincidencia, puede verse en QUINTERO OLIVARES/MUÑOZ CONDE, *La Reforma penal de 1983*, Barcelona, 1983, pp. 90 ss.

que, además, se suprimen los efectos agravatorios de la multirreincidencia. 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 contrario al principio «non bis in idem», puesto que conduce a que un solo hecho genere consecuencias punitivas en más de una sola ocasión, se ha mostrado además como poco eficaz solución en el tratamiento de la profesionalidad o habitualidad delictiva; a ello se une la intolerabilidad de mantener una regla que permite llevar la pena más allá del límite legal de castigo previsto para la concreta figura del delito, posibilidad que pugna con el cabal entendimiento del significado del principio de legalidad en un Estado de Derecho».

Y así llegamos al Código penal vigente, el Código penal de 1995 que ha modificado sustancialmente la agravante de reincidencia al reducirla a sólo la específica y ampliándola, al referirla al mismo Título, en vez de a Capítulo, a que aludía el Código penal derogado, pero a la vez, restringiéndola, al exigir que el delito sea de la misma naturaleza.

Por su parte, los Proyectos de Código penal también han sometido a evolución el concepto de reincidencia. De esta forma, en el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980, la reincidencia aparecía regulada en el artículo 28.11: «Hay reincidencia específica cuando al delinquir el culpable hubiera sido ejecutoriamente condenado por el mismo o semejante especie de delito, salvo que se hubieran cancelado sus antecedentes penales».

El Proyecto de Ley Orgánica de Reforma Parcial del Código penal de 1982, en su artículo 10.15.^a establecía que «Hay reincidencia cuando al delinquir el culpable hubiera sido ejecutoriamente condenado por otro delito de la misma o semejante especie». Como ha señalado Ruiz Vadillo, la reincidencia se hacía depender de la condena anterior y ejecutoria por otro delito de la misma o semejante especie, prescindiendo de si estaba o no el delito anterior incluido en el mismo título (5).

Un giro en la evolución de la reincidencia lo daría la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código penal de 1983 que se atrevió a suprimir la reincidencia del catálogo de las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal. Es la primera y única vez que el legislador español se ha atrevido a dar tan importante paso.

(5) Cfr. RUIZ VADILLO, *Algunas observaciones al Proyecto de Ley de Reforma Parcial del Código penal*, Madrid, 1982, pp. 15 y 16.

La Propuesta de 1983 sustituye la reincidencia, como circunstancia que agrava la pena automáticamente, por la habitualidad, como estado peligroso, que deja de tener influencia sobre la pena, siendo el presupuesto de una medida de seguridad, que, sin embargo, sólo se aplica tras hacerse un juicio de pronóstico sobre la futura peligrosidad criminal del sujeto (artículo 87), de manera que la medida no procede en todos los casos en los que se dan los requisitos objetivos de la habitualidad. Por tanto, en la Propuesta de 1983 a la vez que desaparece como tal la circunstancia agravante de reincidencia, se articulan una serie de mecanismos (internamiento en un centro de terapia social, pedagógico especial, reeducador, etc.) para prevenir los supuestos más graves de peligrosidad criminal (delincuentes habituales, toxicómanos, etc.)

Sin embargo, la desaparición de la reincidencia del texto punitivo no paso desapercibida y pronto surgieron las críticas de un sector de la doctrina penal española. Así Cerezo Mir consideraba que la supresión de la agravante de reincidencia suponía un grave error desde el punto de vista político-criminal, por cuanto implica una mayor culpabilidad, una mayor reprochabilidad personal de la conducta antijurídica (6).

Más tarde, el Proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1992 preveía la reincidencia en el párrafo 7.º del artículo 21: «Hay reincidencia cuando al delinquir el culpable hubiese sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo Capítulo de este Código, y sea de la misma naturaleza. También hay reincidencia si la condena ejecutoria anterior lo fuera por otro delito al que la Ley señale igual o mayor pena, o por dos o más a los que aquélla señale pena menor».

Tanto el Grupo Parlamentario de IU/IC como el Grupo Mixto (UV) presentaron enmiendas para la supresión del párrafo 7 del artículo 21. Así por ejemplo, el Grupo Parlamentario IU/IC motivaba la supresión en que «ninguna de las razones que se han ale-

(6) CEREZO MIR, *Observaciones a la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código penal*, en «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense», monográfico núm. 6, p. 244. En el mismo sentido, MANZANARES/CREMADES, *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1996, p. 14. A favor de la reincidencia se pronunció también el Consejo General del Poder Judicial en su informe al Anteproyecto de 1992 donde apuntaba la posibilidad de que el órgano jurisdiccional dispusiera de un cierto margen en la aplicación de la reincidencia específica, aunque fuera más limitado que en el ámbito de la genérica. Vid. *Anteproyecto del Código penal de 1992 e Informe y votos agregados del Consejo General del Poder Judicial*, en «Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial», p. 216.

gado para castigar la reincidencia resulta convincente desde el prisma de un Estado social y democrático de Derecho. El Derecho penal de un tal Estado no puede castigar más que conductas externas, nunca personalidades ni formas de ser. La «perversidad» que pueda concurrir en el reincidente no puede, pues, ser objeto de la pena. Tampoco puede tratarse con una pena la «peligrosidad» mayor que pueda demostrar aquél, pues la peligrosidad del sujeto debe afrontarse dentro de los límites estrictos, mediante las medidas de seguridad».

A continuación, el Proyecto de Código penal de 1994 extendería, sin ninguna explicación lógica y convincente, la operatividad de la reincidencia. Así en el párrafo 1.º del artículo 23 se castigaba la reincidencia específica: «cometer un nuevo delito comprendido en el mismo capítulo «que sea de la misma naturaleza». En el 2.º párrafo se contemplaba la reincidencia genérica o heterogénea: «por otro delito al que la ley señale igual o mayor pena, o por dos o más a los que aquélla señale pena menor».

El Proyecto del 94 suponía, pues, un grave retroceso en la línea de modernización acometida por nuestro legislador desde 1983. No obstante las enmiendas núm. 666 de IU/IC y núm. 133 del Grupo Mixto (UV) propugnaron su supresión, no así la enmienda núm. 251 del Grupo Popular que proponía mantener sólo la reincidencia específica.

III. ¿CONSTITUCIONALIDAD DE LA AGRAVANTE DE REINCIDENCIA?

Los graves efectos que produce la reincidencia junto a la carencia de fundamento nos llevan a plantearnos la posible constitucionalidad o inconstitucionalidad de dicha agravante.

Entre los graves efectos se pueden señalar: En primer lugar, el agravamiento de la pena de acuerdo con lo previsto en el artículo 66.3 del Código penal; en segundo lugar, la imposibilidad de aplicar la condena condicional, salvo el caso de que se trate de delito de imprudencia (art. 81.1 del Código penal); en tercer lugar, la imposibilidad de la rehabilitación en el momento dado (art. 136.2.2 del Código penal); en cuarto lugar, el impedir la aplicación del indulto, salvo casos excepcionales (art. 2.3 de la Ley de 18 de junio de 1870, por la que se establecen reglas para el ejercicio de la gracia de indulto, modificada por Ley 1/1988, de 14 de enero); en quinto lugar, la reincidencia puede dar lugar a la aplicación de medidas de seguridad (arts. 95

y ss. del Código penal) y, por último, la prohibición de contratar con el Estado [art. 20.a) de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas] así como otros efectos administrativos de menor entidad.

Dados los graves efectos que despliega, la subsistencia de la reincidencia puede ser cuestionada si no se encuentra un sólido fundamento de la misma. Sin embargo, la disparidad de criterios expuestos por la doctrina para tratar de fundamentar esta agravante nos hace pensar que no es posible fundamentar ni justificar racionalmente su existencia.

Por parte de la doctrina se han realizado varios ensayos de fundamentar la agravante de reincidencia, unos basados en la mayor culpabilidad, otros, en la mayor capacidad criminal, otros, en la mayor peligrosidad del sujeto, otros, en la actitud del sujeto que insiste en la desobediencia a las normas penales, otros en que es causa de agravación del injusto, etc. Esta disparidad de criterios ha llevado a algún sector de la doctrina a pedir su desaparición del Código penal por carecer de fundamento. En este sentido se pronuncia Rodríguez Mourullo para quien de «lege ferenda», «parece aconsejable la supresión de la reincidencia y reiteración como circunstancias agravantes de la pena y la previsión de un adecuado tratamiento preventivo –medidas de corrección y seguridad– ajustado no a las actuales nociones formalistas, sino a realidades criminológicas» (7).

Esa falta de uniformidad en la materia también ha sido puesta de relieve por la jurisprudencia que, a pesar de los esfuerzos realizados, no ha conseguido un criterio único y válido para fundamentar la existencia de la agravante de reincidencia. El Tribunal Supremo ha fundamentado la agravante de reincidencia unas veces en la insuficiencia de las penas impuestas por los anteriores delitos, otras, en la mayor peligrosidad del autor; en la mayor culpabilidad, en la perversidad del reo, etc.

Tampoco el legislador ha seguido un criterio uniforme como lo demuestran las sucesivas reformas de que ha sido objeto este instituto.

(7) RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal* (con Córdoba Roda y Casabó Ruiz), Tomo I, Barcelona, 1972, p. 744; En el mismo sentido COBO/VIVES, *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 1996, p. 815; MIR PUIG, *La reincidencia en el Código penal*, Barcelona, 1974, p. 546, para quien sería deseable la supresión de las circunstancias de agravación de la pena en que la reincidencia se manifiesta en nuestro Derecho penal.

Algunos autores (8) han ido más lejos al sostener la inconstitucionalidad de la circunstancia agravante de reincidencia en base, fundamentalmente, a las siguientes razones:

Primero: La circunstancia agravante de reincidencia conculca el principio de proporcionalidad de las penas que encuentra protección constitucional en el artículo 15 de la CE.

Segundo: La agravante de reincidencia se opone al artículo 25.1 de la CE por vulnerar el principio «ne bis in idem», exigencia del principio de legalidad.

Tercero: Su enfrentamiento al artículo 10.1 de la CE al desvirtuarse con esta agravante el Derecho penal de culpabilidad por el hecho en pro de un Derecho penal de culpabilidad por conducción de vida, enfrentado también al principio de legalidad.

Cuarto: Su oposición con el artículo 25.2 de la CE por ser aplicada la agravación de la pena de forma automática.

Quinto: Su enfrentamiento con el artículo 24.2 de la CE porque tal aplicación de la reincidencia, de forma automática, comporta una presunción de peligrosidad que agrava la pena con ausencia de actividad probatoria alguna (9).

Asimismo, a favor de esta doctrina y considerando la inconstitucionalidad de la reincidencia, algún Tribunal ha inaplicado directamente este precepto. Así la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 6 de junio de 1989 declara la derogación de la agravación por reincidencia por aplicación directa de la Constitución y considerarla contraria a lo preceptuado en los artículos 9.3, 25.1 y 2, 15, 10.1, 16.1, 24.2 y 14 de la Constitución. Para la Audiencia de Granada la inconstitucionalidad se opone al principio «ne bis in idem», al de cul-

(8) En este sentido, GARZÓN REAL/MANJON-CABEZA, *Reincidencia y Constitución*, en «Actualidad Penal», 1991-1, para quienes de la inconstitucionalidad de la reincidencia como agravante no puede haber duda. Asimismo, entre otros, ZUGALDIA ESPINAR, *Sobre la inconstitucionalidad de la agravante de reincidencia*, en «Poder Judicial», núm. 13, 1989, pp. 85 ss.; JAREÑO LEAL, *Reincidencia, arbitrio judicial y principio de legalidad (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1990)*, en «Poder Judicial», núm. 22, 1991, pp. 245 ss.; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 4.^a ed. puesta al día por HORMAZÁBAL MALAREE, Barcelona, 1994, p. 544, para quien la reincidencia es claramente inconstitucional al ir en contra del principio de responsabilidad (o culpabilidad) por el hecho. A favor de su constitucionalidad, entre otros, JAÉN VALLEJO, *Reincidencia y Derecho penal de culpabilidad*, en «Política Criminal y Reforma Penal». Homenaje a la memoria del Prof. Del Rosal, Madrid, 1993, pp. 715 ss.

(9) Un estudio detallado sobre estas alegaciones, puede verse en ZUGALDIA ESPINAR, *ob. cit.*, pp. 85 ss.

pabilidad por el hecho, en el sentido de que lleva a un Derecho penal de autor, al de proporcionalidad, lo que implica una pena inhumana y degradante y que deja de estar dirigida a los fines resocializadores para pasar a ser una pena ejemplificadora, es contraria también a la presunción de inocencia, pues se presume sin posibilidad de prueba en contrario la peligrosidad del delincuente y, finalmente, al principio de igualdad, pues se discrimina al delincuente reincidente al agravársele la pena siempre sin necesidad de razonar tal proceder.

El Tribunal Supremo no ha llegado nunca tan lejos, pero sí ha llegado a descartar una aplicación automática de la agravante de reincidencia en su célebre sentencia de 6 de abril de 1990 donde establece que «Los Tribunales sólo deberán agravar la pena por razón de reincidencia hasta un límite que no supere la gravedad de la culpabilidad y sin atender al artículo 61.2 del CP cuando la pena determinada por la reincidencia supere dicho límite».

Pero, la cuestión de si la reincidencia es conforme o no a la Constitución, ha sido definitivamente resuelta tanto por el Tribunal Supremo (10) como por el Tribunal Constitucional que ha rechazado la inconstitucionalidad pretendida de la agravante, principalmente en sus SSTC 150/1991, de 4 de julio y 152/1992, de 10 de octubre, donde afirma que la reincidencia no es contraria a la Constitución por no infringir los principios de proporcionalidad y culpabilidad que están implícitos en los artículos 1.1; 10.1 y 25.2 CE; no constituye una pena degradante contraria al artículo 15.1 CE; no viola los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad del artículo 9.3 CE; ni el de igualdad del artículo 14 CE; ni tampoco los de presunción de inocencia y tutela judicial efectiva del artículo 24 CE y «ne bis in idem» del artículo 25.1 CE.

Los argumentos esgrimidos por el Tribunal Constitucional para declarar compatible la agravante de reincidencia con la Constitución no han dado sus frutos ni han impedido que parte de la doctrina siga todavía considerando su carácter claramente inconstitucional.

La eficacia de la agravante de reincidencia ha sido puesta en duda no sólo en España, sino también en otros países, como Alemania que

(10) Vid. entre otras, las sentencias de 1 de julio de 1992 donde el Tribunal Supremo afirma expresamente que la apreciación de «reincidencia» y consiguiente agravación punitiva del hecho delictivo por la concurrencia de dicha circunstancia, no conlleva, en forma alguna, el conculcamiento de los principios de «culpabilidad», «proporcionalidad» de la pena, «seguridad jurídica», «interdicción de la arbitrariedad», «legalidad», «tipicidad» y «prohibición del bis in idem»; sentencias de 4 de junio de 1993, 24 de febrero de 1993 donde el Tribunal Supremo considera superada la doctrina contenida en la STS de 6 de abril de 1990.

suprimió esta agravante en 1986. En este país la 23.^a Ley de Reforma Penal de 13 de abril de 1986 derogó la agravante genérica de reincidencia, por considerarse contraria al principio de culpabilidad. La supresión del parágrafo 48 del Código penal, según la doctrina alemana, era necesaria pues la capacidad de resistir a la tentación de cometer nuevos hechos punibles no crece con el número de condenas anteriores, sino que disminuye. Un principio de culpabilidad, como ha señalado Roxin, consecuentemente cumplido apoya, por ello, la exigencia de renunciar a una agravación de la pena para los reincidentes (11).

En Alemania la supresión de la agravante de reincidencia se fundamentó básicamente en: *a*) el exceso de reacción que constituía el aumento de la escala aun para el caso de los delitos de bagatela; *b*) el carácter dudoso de la reincidencia como razón de elevación de la culpabilidad; *c*) el esquematismo en la presunción de que las condenas y cumplimiento anterior de la pena tenían efecto de advertencia, y *d*) la esterilidad preventivo-especial del parágrafo 48 del Código penal alemán (12).

Desde mi punto de vista, al no ser posible justificar racionalmente la reincidencia, por suponer una ruptura del principio de culpabilidad, y al no creer que su mantenimiento tenga una utilidad práctica, considero que lo lógico hubiera sido aprovechar la entrada en vigor del Código penal de 1995 para suprimir la agravante de reincidencia como sucedió en la legislación penal alemana. Este es el camino que hay que andar y para ello ya se ha dado un primer paso con la supresión de la reincidencia genérica o heterogénea.

IV. INTERPRETACIÓN DE LA REINCIDENCIA CONFORME A LA REDACCIÓN DADA POR EL CÓDIGO PENAL DE 1995

El Código penal de 1995 ha modificado sustancialmente la agravante de reincidencia. En el nuevo texto penal se requiere, para apreciar la agravante de reincidencia, una previa condena ejecutoria de un delito comprendido en el mismo Título del Código, siempre que sea de la misma naturaleza.

(11) ROXIN, *¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho Penal?*, en «Cuadernos de Política Criminal», núm. 30, 1986, p. 676,

(12) Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, tomo II, 7.^a ed., Heidelberg, 1987, p. 607.

El párrafo 8 del artículo 22 del nuevo Código penal dispone: «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». La declaración de reincidencia, por tanto, tiene lugar cuando los delitos anteriormente condenados y el cometido con posterioridad se hallan en una determinada relación: Han de estar comprendidos «en el mismo Título de este Código» y ser «de la misma naturaleza».

El primer requisito «mismo Título del Código penal», no constituye novedad alguna ya que el legislador español desde el Código penal de 1870, exceptuando el Código penal de 1848 y la reforma de 1983, ha exigido que los delitos estén incursos en el mismo Título.

El segundo de los requisitos, «de la misma naturaleza», implica que si los delitos son de distinta naturaleza y están en el mismo Título, no hay reincidencia. Se exige pues, por parte del legislador, una identidad de carácter material.

1. Mismo Título del Código penal

Para el Código penal de 1995, a efectos de reincidencia, se exige la identidad de Título entre la anterior infracción y el nuevo delito. Se vuelve, pues, al criterio tradicional de los anteriores Códigos penales.

El cambio operado en el Código penal de 1995 respecto al Código penal de 1973 en lo relativo a la referencia al Capítulo por la del Título, se explica por el hecho de que en el Código aparecen delitos de idéntica naturaleza que se ubican en diferentes capítulos, así ocurre por ejemplo, con el delito de calumnias sito en el Capítulo I del Título XI y el delito de injurias ubicado en el Capítulo II del mismo Título XI, y si no se hubiese operado el cambio se estaría privilegiando unas especies delictivas sobre otras. Pero, ello no obsta a que existan casos en que el sistema del nuevo Código conduzca a resultados sin justificación aparente, tal es el caso de las estafas y apropiaciones indebidas cometidas por funcionario público que se tipifican en el artículo 438 (Título XIX del Código penal), mientras que los tipos de referencia se regulan en los artículos 248 a 254 (Título XIII del Código penal). Ello significa que al no estar en el mismo Título, no se puede aplicar la reincidencia.

Este criterio puramente formalista exige por parte del Juez la tarea previa de comprobar que el delito anterior se encuentra ubicado en el mismo Título. Este requisito formal, que había sido criticado en relación a los Códigos anteriores, pues la identidad de Título no supone que los delitos tengan similar naturaleza, se salva con la redacción

que le da el Código penal de 1995 a la agravante de reincidencia al exigir, además, que los delitos sean de la misma naturaleza.

2. Misma naturaleza

Para apreciar la reincidencia no basta con que el delito anterior y el actual estén en el mismo Título sino que se exige además que sean de la misma naturaleza. Si los delitos son de distinta naturaleza y están en el mismo Título, no hay reincidencia. Se exige, pues, además una identidad de carácter material.

Sin embargo, el requisito de «la misma naturaleza» puede dar lugar a conflictos interpretativos al tratarse de una exigencia un tanto imprecisa (13). Primero, porque será necesario el estudio de la naturaleza del delito para conocer la semejanza o diferencia y, segundo, porque a veces aparecen agrupados en un mismo Título delitos que no guardan relación de conexión ni de semejanza.

El problema primero y fundamental, por tanto, estriba en saber qué ha de entenderse por la expresión de «la misma naturaleza». En primer lugar se puede entender que dicha expresión hace referencia a la necesaria homogeneidad entre el bien jurídico protegido en uno y otro tipo de delito. Ello exigiría conocer el bien jurídico protegido en el delito anterior y en el posterior, si el bien jurídico es el mismo no habría duda en aplicar la agravante de reincidencia.

Desde este punto de vista Cuerda Arnau considera que la interpretación debe ir orientada a exigir la identidad o similitud de tipo o la identidad del bien jurídico violado (14).

Pues bien, aunque aceptemos el criterio de la identidad de bien jurídico protegido hay que tener presente que el Código exige que además los delitos estén en el mismo Título, por ello aunque existan delitos que ataquen bienes jurídicos idénticos como por ejemplo la vida humana, como sucede con el homicidio del Jefe de un Estado extranjero y el homicidio, al estar comprendidos estos delitos en Títulos distintos, el 1.º en el Título XXIV y el 2.º en el Título I, no se puede apreciar la agravante de reincidencia a pesar de encontrarnos con delitos de la misma naturaleza. Ello constituye la importante restricción que en materia de reincidencia introduce el Código penal de 1995.

(13) En el mismo sentido, Vid. LUZÓN CUESTA, *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1997, p. 171.

(14) CUERDA ARNAU, *Comentarios al Código penal de 1995*, coordinados por VIVES ANTÓN, vol. I, Valencia, 1996, p. 265.

Pero, a su vez, si consideramos que la expresión de «la misma naturaleza» hace referencia exclusivamente a la identidad del bien jurídico protegido, tenemos que tener presente que no cabe presumir que todos los delitos de un mismo Título están referidos a un mismo bien jurídico porque si partimos de la identidad de bien jurídico en todos los delitos de un mismo Título, la referencia a la equiparación material que hace el artículo 22.8 del Código penal sería superflua. La ubicación sistemática en un mismo Título es un indicio y, en todo caso, un requisito necesario, pero no suficiente.

El problema reside precisamente en este punto: si no todos los delitos comprendidos en un mismo Título lesionan el mismo bien jurídico tendrá que ser el Juez quien, caso por caso, interprete la homogeneidad o no del bien jurídico y quien en última instancia decidirá sobre la apreciación de la agravante de reincidencia. Por ejemplo y ante un supuesto concreto, un sujeto comete un delito de receptación y posteriormente un delito de robo ¿Se le puede apreciar la reincidencia? Basta abrir el Código penal para comprobar que ambos delitos, receptación y robo están encuadrados en el mismo Título, lo que ya no está tan claro es que ambos delitos lesionen el mismo bien jurídico. La solución vendría dada de la siguiente manera: el juez que considere que en ambos delitos se protege el patrimonio aplicara la agravante de reincidencia, pero si considera que en el robo, lo que se protege es el patrimonio, y que en la receptación, nos encontramos con un delito contra la Administración de Justicia, no aplicara la agravante de reincidencia por carecer ambos delitos de la misma naturaleza. Lo mismo puede suceder con un delito de hurto y el delito de daños en cosa propia, o la estafa y el descubrimiento y revelación de secretos de empresa que estando bajo el mismo Título no atacan al mismo bien jurídico.

Es decir, que al no existir unanimidad en la doctrina ni en la jurisprudencia acerca del bien jurídico protegido en algunos determinados delitos, la interpretación quedará exclusivamente en manos del Juez.

Pero la cuestión, llega aun más lejos, supongamos el supuesto en que no exista duda alguna sobre la identidad del bien jurídico protegido, como sería el caso de un delito de hurto y un robo con violencia en las personas ¿se aplicaría la reincidencia tan solo por la identidad del bien jurídico? O dicho con otras palabras, ¿se puede entender que basta la identidad del bien jurídico (el patrimonio, atacado por ambos tipos delictivos) para considerar que estamos ante delitos de la misma naturaleza?, o ¿habrá que tener en cuenta otros factores como la gravedad de las penas o los modos o medios de llevar a cabo la acción?

En este sentido, introduciendo factores correctores, Prats Canut entiende que cabe hacer algunas precisiones en orden a la equiparación material de los delitos en correlación y que junto al criterio del bien jurídico debe introducirse el dato de la ponderación de la gravedad de las conductas y exigir que cuando se habla de misma naturaleza, se refiere a identidad de bien jurídico e identidad de gravedad, es decir, hacer una equiparación de las penas de los dos delitos. Para el autor citado, no parece razonable establecer criterios de agravación por comportamientos anteriores que, si bien han ofendido el mismo bien jurídico, eran de escasa relevancia o, en cualquier caso, no alcanzaban los niveles de gravedad del hecho sometido a la consideración del juez que debe valorar la concurrencia de la circunstancia (15).

Pero, puesto que el legislador no da un criterio fijo, proporcionado por la misma ley, para que no quede al arbitrio del juez la apreciación de la homogeneidad de las infracciones, yo añadiría un tercer criterio más de corrección: el ataque al bien jurídico ha de ser del mismo modo, por ejemplo, utilizando violencia en las personas. Criterio que viene reforzado por la lectura de la Disposición transitoria 7.^a, según la cual: «A efectos de la apreciación de la agravante de reincidencia, se entenderán comprendidos en el mismo Título de este Código, aquellos delitos previstos en el Cuerpo legal que se deroga y que tengan análoga denominación y ataquen del mismo modo a idéntico bien jurídico».

Por tanto, y siguiendo la tendencia restrictiva presente en la evolución del concepto de reincidencia, considero que para apreciar la agravante de reincidencia, el Juez o Tribunal ha de jugar con tres factores a la hora de interpretar la expresión de «la misma naturaleza»: Primero, mismo bien jurídico protegido; Segundo, identidad de gravedad de las conductas; y, Tercero, misma forma o modo de ataque al bien jurídico.

Así, no habría duda en aplicar la agravante de reincidencia a un sujeto que primero ha cometido un delito de extorsión y posteriormente un delito de robo con violencia en las personas porque se dan los tres factores de corrección: mismo bien jurídico (patrimonio), misma gravedad de las conductas (prisión de 1 a 5 años para la extorsión y prisión de 2 a 5 años para el robo con violencia en las personas) y ataque del mismo modo (uso de la violencia sobre las personas).

Tampoco habría duda alguna en no apreciar la agravante de reincidencia en el supuesto del binomio hurto-robo con violencia en las personas, pues si bien es cierto que ambas conductas lesionan el

(15) PRATS CANUT, *ob. cit.*, pp. 257 y 258.

mismo bien jurídico protegido no cumple, sin embargo, con los otros dos requisitos necesarios: identidad de gravedad (el hurto castigado con una pena de prisión de 6 a 18 meses y el robo con una pena de prisión de 2 a 5 años) y mismo modo de ataque (el hurto se lleva a cabo sin violencia en las personas).

Estos u otros criterios habrían de consolidarse de forma inmediata porque de lo contrario será el Juez a quien corresponda hacer una valoración material de ambos delitos lo que supone gozar de una gran parcela de arbitrio y porque una libre interpretación a lo único que puede conducir es a una aplicación discriminatoria de la agravante de reincidencia. Arbitrariedad, por otro lado, que la ley no autoriza. Como ha señalado Ruiz Vadillo, si el nuevo Código penal muestra una tendencia claramente restrictiva en materia de reincidencia, esta tendencia debería pesar mucho en la interpretación que los Jueces y Tribunales hagan respecto de la misma (16).

Asimismo, esta tendencia restrictiva debe llevar, mientras no se fijen unas pautas de interpretación, a que todas las situaciones de dudas hayan de resolverse siempre a favor del reo.

(16) RUIZ VADILLO, *Código penal. Doctrina y Jurisprudencia*, tomo I, Madrid, 1977, p. 878.