LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995[1].

Pilar Zamorano Moreno[2]
Julia Ropero Carrasco[3]

1. INTRODUCCIÓN.

La simplificación de las circunstancias agravantes ha sido una de las demandas doctrinales más reiteradas en este campo. El legislador ha tendido a abusar de este recurso y ampliar desmesuradamente el número de agravantes, situación que genera confusión en su utilización, al margen de las amplias posibilidades de agravación de la pena, en ocasiones, de difícil justificación desde la perspectiva de los fines preventivos de la misma. A este problema (aunque el número de circunstancias del Código penal vigente es menor que en otros momentos), ha querido responder el nuevo Código penal revisando las circunstancias agravantes y reduciéndolas de diecisiete a ocho. Con esta situación, se ha llegado a un punto de encuentro entre el Proyecto de Código penal de 1992, que consiguió abreviar hasta un número de siete y el de 1994, que (recuperando la premeditación, que finalmente ha sido eliminada), recogió un total de nueve.

Antes de entrar en la conveniencia o no de la simplificación hay que señalar que determinadas agravantes no pueden ser aplicadas de un modo general, sino solamente en relación a delitos concretos. Por ejemplo, el artículo 10. 1º del Código penal vigente y el 22. 1º (en el mismo sentido) del nuevo Código penal limitan la alevosía a los delitos contra las personas. O en otros casos la circunstancia es inherente a un delito dado: la publicidad a los delitos de imprenta, a las calumnias por escrito o con publicidad; la astucia o fraude a delitos que suponen un engaño. Hay también supuestos en los que no se permite la apreciación de alguna de ellas, por ejemplo, el despoblado o la nocturnidad en los delitos de falsedades. Por tanto, la existencia de un número determinado de circunstancias no obliga a la estimación de cada una de ellas, ya que, en algunos casos, obstáculos legales o dogmáticos lo impiden.

El nuevo Código penal, insisto, ha optado por la simplificación. Sin embargo, podría argumentarse que en realidad no se ha realizado una auténtica transformación, y que lo loable sería la supresión de las circunstancias agravantes como genéricas y el mantenimiento de las agravantes solamente en tipos específicos cuando corresponda. Mi opinión a este respecto es que dentro del campo de las agravantes se agrupan circunstancias de muy diversa índole y justificación. Es preciso, en consecuencia, ir separando los problemas y estudiar cada aspecto por separado. Creo que el mantenimiento de determinadas circunstancias agravantes con carácter general es correcto pues, como ya expuse más arriba, la circunstancia genérica es un elemento característico del sistema penal español acorde con una intensa valoración del principio de legalidad y consecuentemente del de seguridad jurídica.

Antes de analizar cada circunstancia por separado, conviene realizar una serie de consideraciones de tipo general.

En primer lugar, estimo conveniente mantener la apreciación obligatoria y no facultativa de aquéllas circunstancias que merezcan ser conservadas, pues la seguridad jurídica se vería mermada si, al final, la aplicación de las atenuación o de la agravación va a quedar a disposición del juez.

---

[1] Publicado en la Revista "Studia Carande", volumen 7, 2000, pp. 315-336.

[2] Profesora titular interina de Escuela Universitaria de la Universidad Rey Juan Carlos.

[3] Profesora titular de Universidad de la Universidad Rey Juan Carlos.

En segundo lugar, si la modificación de la pena solo puede corresponderse con la mayor o menor gravedad del delito, las circunstancias deben afectar al delito, sea al injusto o a la culpabilidad. Más si se mantiene una consideración de la culpabilidad, no desde la teoría normativa sino desde la teoría de la motivación, aquella sólo puede ser considerada como un "filtro" no pudiendo añadir una mayor gravedad al hecho. Es decir, la culpabilidad o deja pasar toda la gravedad del injusto o la disminuye, pero nunca la agrava. En definitiva, las circunstancias agravantes afectan al injusto pero no a la culpabilidad[4]. En relación con este planteamiento, es preciso examinar de que modo la circunstancia afecta a esa agravación del injusto y si es posible, desde esta perspectiva, defender su mantenimiento o su supresión.

Tratando de resumir las ideas expuestas, me parece acertado que hayan sido conservadas las circunstancias genéricas agravantes como obligatorias. Ahora bien, esto no quiere decir que sea correcto que se mantengan todas: habrá que precisar la medida en que afectan al injusto y si es conveniente por razones preventivas que esto se corresponda con una agravación en la pena. Desde luego, si resulta difícil concluir que una determinada circunstancia intervenga en la agravación del injusto, hubiese sido preferible su desaparición [5] . En cualquier caso, habrá que revisar hasta que punto la simplificación ha sido oportuna.

Con este punto de partida pretendemos, a continuación, examinar las variaciones introducidas por el nuevo Código penal.

La primera circunstancia recogida en el artículo 22, que recoge las distintas agravantes en el nuevo Código penal, es la de la alevosía. Básicamente, tras meros pequeños cambios de sintaxis, la circunstancia se mantiene con la misma fórmula que la del Código penal vigente, sin que finalmente se haya incorporado el añadido propuesto en los Proyectos de 1992 y 1994, que apreciaba alevosía "cuando el hecho se ejecutare sobre persona absolutamente indefensa".

Desde mi punto de vista, la redacción propuesta no era acertada, en la medida en que podía dar lugar a la posibilidad de acoger en esta circunstancia los casos de indefensión por ataques a personas desvalidas. Esta era una de las tesis mantenidas por la jurisprudencia[6]. Sin embargo, no puede ser aceptada, como buena parte de la doctrina señala [7] , ya que, en la concepción tradicional mayoritaria de la agravante, no basta con que exista la indefensión, sino que se precisa un ánimo especial: además de que el dolo abarque la situación (que el sujeto sea consciente de la situación objetiva), se requiere el ánimo de buscarla y aprovecharse de la misma.

En este sentido es preciso que el autor se encuentre en posición de escoger los medios más peligrosos para el bien jurídico y que exista un ánimo específico de abuso. La redacción de los Proyectos de 1992 y 1994 hubiese podido llevar a prescindir de ese ánimo y posibilitar un automatismo en la aplicación de la agravante que queda muy lejos del fin de la misma.

---

[4] Esta tesis es mantenida por MIR PUIG, *Derecho penal* PG, 3ª ed., 1990, pp. 698-699.

[5] Y esta es la tesis mantenida más adelante en relación a la reincidencia.

[6] Vid., por ejemplo, la STS de 24 de marzo de 1960, 16 de mayo de 1968, 15 de febrero de 1988, 26 de mayo de 1988, entre otras.

[7] Cfr. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, 1990, p. 120; MIR PUIG, *Derecho penal* PG, 3ª ed., 1990, p. 701; COBO DEL ROSAL - VIVES ANTÓN, *Derecho penal* PG, 3ª ed., 1991, p. 686; MUÑOZ CONDE - GARCÍA ARÁN, *Derecho penal* PG, 1993, p. 430.

El sentido de la agravación en el caso de la alevosía, se encuentra en la mayor gravedad del injusto por revelar un ataque más peligroso "ex ante" para el bien jurídico [8] . La pena más grave se justifica en la medida en se que pretende hacer desistir al sujeto de la utilización de recursos más peligrosos. Considero positiva, por tanto, la pervivencia de la alevosía como agravante, así como que finalmente no se haya incorporado la modificación propuesta [9] .

Por último, la alevosía ha de entenderse aplicada restrictivamente a los delitos contra las personas ya que el propio precepto expresamente así lo estipula. Con el Código penal vigente no se plantea ningún problema para interpretar cuáles son los delitos contra las personas, ya que el propio Código rubrica uno de sus títulos con dicho enunciado, el Título VIII del Libro II. Sin embargo, el nuevo Código penal carece de rúbrica alguna en este sentido. Habría que interpretar que dentro de los "delitos contra las personas" a los que se refiere la circunstancia se encontrarán aquéllos que así son denominados por el Código penal vigente y que permanecen en el nuevo texto: el homicidio, el aborto y las lesiones. Sin embargo, ¿cabrían también los nuevos tipos de lesiones al feto y manipulación genética? Pero, ¿puede hablarse en este caso de ataque contra "personas"? ¿Puede hablarse del mismo modo siquiera en el caso del aborto? Desde luego, la situación no está clara ya que comporta una discusión que, por razones obvias de necesidad de limitarme, no voy ahora a abordar. Pero entiendo que, en cualquier caso, el legislador hubiera debido señalar expresamente y de forma clara aquéllos delitos en los que se puede apreciar la alevosía. Habrá, además, que tener en cuenta que en algunos delitos esta circunstancia ya es inherente.

El artículo 22. 2ª del nuevo Código penal es el ejemplo más evidente del intento de simplificación, al que aludía más arriba, en el ámbito de las agravantes.

Este precepto considera circunstancia agravante la de *ejecutar el hecho mediante disfraz, con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente.*

La agravante así configurada constituye una especie de "macrocircunstancia" en la que se integran todas aquéllas que suponían una facilidad en la comisión del hecho, derivada de distintas causas. Así, se han incluido aquí de forma expresa las de disfraz y abuso de superioridad. Tácitamente podrían entenderse en principio recogidas las de nocturnidad, despoblado, cuadrilla [10] , auxilio de gente armada y ocasión calamitosa [11] ,

---

[8] Este es la consecuencia coherente con la tesis utilizada en este trabajo, siguiendo a MIR PUIG, (vid. nota nº 5), según la cual la agravanción de la pena únicamente puede fundamentarse en una mayor gravedad del injusto y no de la culpabilidad. Sin embargo, otros autores fundamentan la agravación en un aumento de la reprochabilidad y por tanto de la culpabilidad (cfr. COBO DEL ROSAL - VIVES ANTÓN, *Derecho penal* PG, 3ª ed., 1991, p. 686), mientras otros utilizan una tesis mixta (esta parece ser la postura de RODRÍGUEZ DEVESA, cfr. en *Derecho penal español* PG, 17ª ed., 1994, p. 727).

[9] Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, *Política criminal y reforma penal*, 1993, p. 404.

[10] Aunque más abajo se defiende que no puede entenderse admitida en la cirunstancia 2ª del artículo 22 la de cuadrilla.

[11] La inclusión de la circunstancia de "ocasión calamitosa" dentro del artículo 22. 2ª es admitida por DÍEZ RIPOLLÉS, (cfr. en *Política criminal y reforma penal*, 1993, p. 407). Sin embargo, entiendo que esta conclusión no puede ser pacífica, ya que el precepto se refiere expresamente a "circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas", sin que pueda entenderse contenidas en esa declaración las situaciones calamitosas sin peligro de realizar un juicio de analogía que, por otro lado, sería contrario al

siempre que se den los requisitos exigidos por el artículo: aprovechamiento por parte del sujeto del ocultamiento de su personalidad, de su situación de superioridad y de las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas. Y que esto redunde en un debilitamiento de la defensa del ofendido o en una mayor facilidad para la impunidad del delincuente.

La primera consecuencia es que si, de una manera expresa o tácita, solamente pueden entenderse contenidas en el nuevo precepto las circunstancias señaladas, habrá que mantener que aquéllas que no pueden admitirse dentro del mismo y que no han sido tampoco reguladas de forma individual han sido abolidas.

En primer lugar, ha desaparecido en el nuevo Código penal la agravante de estragos. Esta posibilidad me parece acertada en cuanto la circunstancia, en algunos casos, resulta reiterativa y, siempre, difícil de compaginar con otras soluciones más apropiadas como el concurso de delitos. Esta posibilidad, la del concurso, ha de ser preferida siempre que los daños producidos constituyan tipos de la Parte Especial del Código penal. Si esto no es así no ha de tener relevancia alguna para la pena.

En el mismo sentido, desaparece también en la nueva redacción la agravante de publicidad. Esto, a mi juicio, es positivo puesto que esta circunstancia únicamente tiene sentido en específicos tipos a los que ya es inherente.

Cabe también plantearse cuál es la situación para las agravantes de veneno y astucia o fraude[12]. Creo que es posible defender su desaparición en el nuevo Código penal o, si se prefiere, su incorporación dentro de la alevosía. En relación, en primer lugar, a la astucia, no parece que el legislador haya querido introducir en la circunstancia 2ª del artículo 22 un componente subjetivo específico que no esté contenido en la propia conducta de aprovechamiento de las circunstancias. En segundo lugar, tampoco se ha querido dar relevancia al empleo de veneno por encima de otros medios posibles, como lo demuestra el hecho de que haya desaparecido la mención específica incluso en la figura de asesinato [13], quedando relegada a una posible forma de comportamiento alevoso. La supresión de la mención expresa de estas circunstancias resulta correcta en cuanto que, por un lado, no presentan una diferenciación clara con la alevosía[14] y, por otro, están implícitas en tipos específicos, como es el caso de los delitos que suponen engaño en relación con la astucia o el fraude.

Por último, no cabrían a mi juicio en este precepto, las circunstancias recogidas en el actual artículo 10. 16º (ofensa a la autoridad, dignidad, edad y morada), puesto que no

---

reo. En mi opinión, no bastará con la determinación de la situación, sino que deberá probarse que la misma pueda entenderse dentro de un marco específico de tiempo o lugar y, por supuesto, que haya un aprovechamiento, por parte del autor, que redunde en un debilitamiento de la defensa, o en facilitar la impunidad del delincuente.

[12] Trato conjuntamente estas circunstancias porque comparten un fundamento común aunque en el Código vengan en números distintos.

[13] El artículo 139 del nuevo Código penal, recoge como circunstancias que conllevan a la apreciación de asesinato, la alevosía, el precio, recompensa o promesa, y el ensañamiento. Por supuesto, podrá entenderse que el empleo de veneno, es un medio que tiende a asegurar la ejecución impidiendo la defensa de la víctima, con lo que no habrá problemas para admitir el uso de veneno en la alevosía, siempre y cuando se cumplan los requisitos de la misma.

[14] Así la jurisprudencia exige por ejemplo para la circunstancia de astucia "un ardid ingenioso"... "provocando una indefensión de la víctima o una disminución de los instrumentos o medios hábiles para hacer frente al cerniente ataque al bien jurídico de que se trate." (Vid. la STS de 22 de noviembre de 1993). Requisitos sin duda compartidos con la circunstancia de alevosía.

obedecen a una facilidad de comisión, que parece ser el fundamento del artículo 22.2ª, sino que aluden a concretos ataques a específicos valores, diferenciados de aquél que constituye el delito, que es la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico concreto. Por tanto, parece que estas circunstancias quedarían suprimidas [15] . Creo que esta supresión es correcta ya que su redacción actual está repleta de términos ambiguos y fundamentación dudosa. Si el sujeto produce otras lesiones en su ataque, tendrán trascendencia para el Derecho penal sólo cuando su relevancia haya hecho de ellas conductas típicas. Si estas lesiones no son relevantes, el Derecho penal no deberá intervenir. Por otro lado, la "dignidad", la "ofensa de la autoridad", la "morada", son términos que aluden a un sistema de valores concreto, como mínimo discutible. En otro sentido, esta agravación por supuestas circunstancias específicas del sujeto pasivo, podría valorarse también como un atentado al principio constitucional de igualdad [16] .

Hasta aquí las circunstancias que pueden incluirse o no en el nuevo artículo 22. 2ª. Con relación a otros problemas que puede plantear su interpretación, me parece oportuno mencionar los siguientes.

La primera objeción que se me ocurre es la de no haber establecido una diferenciación clara con la circunstancia de alevosía, ya que también en este precepto se habla de "... que debiliten (sic. las circunstancias) la defensa del ofendido". Sería preferible que se hubiese reservado para la alevosía la utilización de medios específicos encaminados a situar a la víctima en una situación de indefensión y relegar al artículo 22. 2ª aquellos casos de utilización de medios para facilitar la comisión pero que no se refiriesen a la situación de indefensión del sujeto pasivo [17] .

El nuevo Código penal ha introducido en este precepto la circunstancia de "disfraz". Desde luego, en la misma, ni hay abuso de superioridad, ni se aprovechan circunstancias de lugar, tiempo, o auxilio de otras personas. Esta consideración es la que probablemente ha motivado que se aluda a la misma de forma explícita.

En cuanto a la inclusión del abuso de superioridad en esta "macrocircunstancia" podrían hacerse distintas consideraciones. Por un lado, cabría objetar que no resulta razonable mezclar aquellos supuestos que agravan la pena porque facilitan la comisión por el uso de determinados medios, con otro, como es el del abuso de superioridad, que hace más fácil el ataque, pero por la situación del sujeto pasivo en relación de inferioridad con el sujeto activo. Tal vez hubiese sido más lógico integrarla con otras que también comparten esta característica, como el abuso de confianza o el prevalimiento del carácter público. Sin embargo, es cierto que en el "abuso de superioridad", la agravación parece fundamentarse en que efectivamente se utiliza un medio que facilita la comisión, mientras que en el abuso de confianza y en el prevalimiento la mayor gravedad parece derivarse de la infracción de concretos deberes de lealtad [18].

---

[15] DÍEZ RIPOLLÉS, no obstante, mantiene que la agravante de morada se mantiene en el nuevo precepto. (Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, *Política criminal y reforma penal*, 1993, p. 407). Sin embargo, no creo que la agravante de "morada" contenida en el número 16 del artículo 10 del Código penal vigente obedezca a una misma fundamentación que el nuevo artículo 22. 2ª: mientras que este último se basa en la mayor facilidad de comisión, el precepto vigente tiene su razón de ser en una mayor conducta de desprecio hacia los bienes de la víctima, ya sean su intimidad, derechos de disfrute derivados de la propiedad, etc. En consecuencia, que el delito se cometa en la casa de la víctima, o donde ésta habite, tendrá relevancia, únicamente, si el autor se ha servido de ello para debilitar la defensa del ofendido o facilitar su propia impunidad.

[16] Cfr., en este último sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, *Política criminal y reforma penal*, 1993, p. 412.

[17] Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, *Política criminal y reforma penal*, 1993, pp. 405-406.

[18] Cfr. ALONSO ÁLAMO, *El sistema de las circunstancias del delito*, 1981, pp. 539-567.

Precisamente, tanto el abuso de confianza como el prevalimiento del carácter público se han mantenido en el nuevo Código penal. Esta medida me parece correcta, pero requiriendo que además de la situación objetiva se produzca el aprovechamiento, el abuso de la situación. El sujeto ha de buscar ese abuso.

Otro dato a destacar es que al referirse la circunstancia 2ª del artículo 22 al "auxilio de otras personas" se produce un importante cambio con respecto al Código en vigor. Por un lado, la palabra auxilio parece desterrar la agravante de cuadrilla actual, que siempre ha encontrado su diferenciación con el auxilio de gente armada en el requerimiento de que todos los que intervienen lo hagan en calidad de autores [19] . Por otro lado, en cuanto a la actual agravante de auxilio de gente armada se puede considerar que se ha producido un endurecimiento en el nuevo Código, en cuanto en este último ya no se exige la circunstancia de ir armados que era fundamental para la aplicación de esta agravante. Con la nueva regulación basta el simple auxilio de otras personas sin necesidad de que estas vayan armadas.

Como última consideración sobre este precepto, creo que la generalización realizada ("aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas") podría también suponer una mayor dureza, ya que dentro de esos supuestos se superan los conceptos de nocturnidad y despoblado, abarcando otras situaciones que ahora no pueden dar lugar a la agravación [20] .

La circunstancia tercera del artículo 22 del nuevo Código penal señala como agravante “ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa”. Podría entenderse que la nueva regulación es básicamente la misma que la recogida en el Código penal vigente que se refiere a “cometer el delito mediante precio, recompensa o promesa”. Sin embargo, en mi opinión la transformación de la fórmula no ha sido fortuita: el Proyecto de 1992 pasó a utilizar la de “cometer el hecho”, y el de 1994 ya introdujo la actual de “ejecutar el hecho”.

Estas modificaciones pueden entenderse como un posicionamiento del legislador sobre una debatida cuestión en torno a esta circunstancia: la de si resulta aplicable únicamente a la persona que recibe el precio, o si también puede desplegar sus efectos para la persona que lo aporta. La jurisprudencia ha admitido, aunque sin una fundamentación específica, que la agravación pudiese aplicarse tanto al que ejecuta el hecho mediante precio, recompensa o promesa, como al que induce a realizarlo aportando esos elementos. En cuanto a la doctrina, se han producido dos posiciones al respecto:

- Un sector doctrinal ha mantenido el carácter meramente subjetivo y personal de la circunstancia que fundamentaría la agravación en una mayor reprochabilidad al sujeto que realiza el hecho, al subyacer bajo la conducta una motivación "vil", que sería el móvil de lucro. Ese móvil sólo afecta al que realiza el hecho (caso, por ejemplo de un asesino a sueldo). Por tanto, no sería posible la agravación para la persona que otorga el precio (por ejemplo, el que induce al asesino a través del precio) [21] .

---

[19] Según el artículo 10.3º del Código penal vigente “hay cuadrilla cuando concurren a la comisión del delito más de tres malhechores armados”.

[20] Así una circunstancia de tiempo podría ser el realizar el hecho en una hora muy concurrida, que podría ser diurna, pues para determinados delitos supone una facilidad (un hurto en grandes almacenes). O en un día especial. O podría serlo de lugar, el utilizar un lugar poco accesible pero no necesariamente despoblado.

[21] Cfr. COBO DEL ROSAL - VIVES ANTÓN, *Derecho penal* PG, 3ª ed., 1991, p. 687; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español* PG, 17ª ed., 1994, p, 743.

- Otra tesis defiende, sin embargo, que la circunstancia de precio contiene un carácter mixto. Así, en el caso del autor habría que tener en cuenta, tanto la mayor peligrosidad del hecho basada en la dificultad de descubrir a los responsables con la consecuente mayor facilidad de comisión (fundamentación objetiva), por un lado, como la existencia de un móvil de lucro (carácter subjetivo) que redundaría en un mayor desvalor del injusto subjetivo, por otro. En el caso del inductor, aunque no pudiese hablarse de un móvil, si podría aplicarse la circunstancia, ya que, desde un punto de vista objetivo, el precio le sirvió para una mayor facilidad de comisión puesto que de ese modo buscaba la impunidad con el consiguiente aumento de la peligrosidad [22] . Por tanto, según esta tesis, tanto al inductor, como al autor que "cometen" el delito por precio, puede aplicárseles la agravante.

Sin embargo, como vimos, el nuevo Código penal ya no habla de "cometer" el delito, sino de "ejecutar" el hecho. En mi opinión, un inductor puede cometer un delito, precisamente un tipo de inducción. Pero no creo que pueda mantenerse que el inductor "ejecuta" el hecho. La ejecución corresponde al autor en sentido estricto. El autor es el que ejecuta el hecho, el que realiza actos ejecutivos. El inductor, en cambio, actúa en una fase anterior, y su conducta no puede englobarse dentro de la "ejecución" del hecho.

Por tanto, con el nuevo Código penal, la agravante únicamente podrá apreciarse para el autor del hecho mediante precio, y su fundamentación se encontrará en un aumento del desvalor del injusto, en su aspecto subjetivo, debido a la existencia de un móvil de lucro. (No en un mayor reproche de culpabilidad).

La circunstancia 4ª del artículo 22 se refiere a la actuación por motivos xenófobos y de discriminación en general. Su inclusión proviene del Proyecto de Código penal de 1994 que la introdujo por primera vez si bien con una fórmula bastante ambigua y difusa [23] . Sin embargo, esta circunstancia fue insertada en el propio Código penal vigente a través de la Ley Orgánica 4/ 1995 de 11 de mayo en el número 17 del artículo 10 con el siguiente texto: S*on circunstancias agravantes: 17. Cometer cualquiera de los delitos contra las personas o el patrimonio por motivos racistas, antisemitas u otros referentes al origen étnico o nacional, o a la ideología, religión o creencias de la víctima.*

La nueva circunstancia se refiere a *cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otras clases de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca.*

No cabe duda que la inclusión del nuevo precepto se ha visto propiciada por el deseo de dar respuesta a ciertos fenómenos originados en la sociedad tras la producción de acontecimientos concretos. No puede negarse el resurgimiento de determinadas actitudes basadas en ideologías de peligroso corte antidemocrático, ni la alarma que esto está produciendo en la opinión pública. Ahora bien, cabría cuestionarse si resulta conveniente que el legislador, precisamente en materia penal, actúe precipitadamente y con pretensiones infundadas de dar con la solución de unos problemas que, en realidad, le sobrepasan. La introducción de una nueva disposición, sobre todo cuando supone una mayor severidad de la ley, ha de ser sosegada, reflexionada y, por supuesto, justificada.

---

[22] Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal* PG, 3ª ed., 1990, p. 706; MUÑOZ CONDE - GARCÍA ARÁN, *Derecho penal* PG, 1993, P. 431.

[23] El artículo 22. 3ª del Proyecto de 1994 señalaba como circunstancia agravante el "cometer cualquiera de los delitos contra las personas o el patrimonio por antisemitismo, racismo, u otros motivos referentes al origen étnico o nacional o la profesión religiosa de la víctima".

Es cierto que, en la actualidad, la intolerancia en materia de creencias y los sentimientos xenófobos siguen siendo una importante falla en nuestra sociedad. Como también lo es que los conflictos que se originan en función de esos factores son múltiples. Ahora bien, no estoy segura de si el Derecho penal, la "última ratio del ordenamiento", quien deba afrontar su solución. Entre otras cosas, porque realmente no cuenta con los medios apropiados para hacerlo.

No obstante, no voy a pronunciarme sobre la conveniencia o no de la circunstancia, ya que su reciente incorporación no ha permitido aun una constatación de su virtualidad. Por supuesto, su aplicación se verá en muchos casos frustrada por los problemas de prueba inherentes a toda demostración de motivos internos del sujeto.

Creo conveniente, además, resaltar que no parece adecuado que en el nuevo Código penal se haya abierto la posibilidad de aplicación de la circunstancia a cualquier tipo de delito, resultando preferible la limitación contenida en el Código penal vigente en relación con ataques a bienes personales o patrimoniales.

Además, entiendo que pueden señalarse otras dificultades de tipo técnico, en el sentido de que determinados términos del precepto resultan redundantes. Así, no se entiende por qué se ha destacado el "antisemitismo" frente a otras formas de racismo. O en que se diferencia "cometer el delito por motivos racistas" de hacerlo por la raza o etnia a la que pertenece la víctima.

Son interesantes las modificaciones producidas en el caso del ensañamiento (circunstancia 5ª del artículo 22). En el nuevo precepto se hace referencia a aumentar "el sufrimiento de la víctima" en lugar de "aumentar el mal del delito". En realidad, la jurisprudencia siempre ha identificado el requisito de "aumentar el mal del delito" con el dolor físico o moral de la víctima. Y esta ha sido también la tradicional interpretación de la mayoría de la doctrina. La nueva regulación se presenta como más racional y correcta, en cuanto limitará la apreciación de la circunstancia a los casos más graves de ataques a bienes personales. Además no basta un aumento "deliberado" del padecimiento, sino que será preciso que este sea "inhumano". Por otra parte, considero acertada la permanencia del ensañamiento, cuyo fundamento ha de verse no en un plus del ámbito subjetivo (un móvil especial), sino en un aumento de la gravedad del injusto, que sobrepase lo normalmente necesario para la realización del delito y que sin la agravante no tendría una pena más grave, en fin, diferente del caso en el que se produce el mal "normal" y "necesario".

El artículo 22 recoge, en último lugar a la reincidencia. La reforma del Código penal de 1983 reagrupó en el mismo precepto (el artículo 10, 15º del Código penal vigente [24]), las anteriores circunstancias de reiteración y reincidencia, quedando ambas enmarcadas bajo una denominación global de reincidencia en la que se siguen diferenciando dos modalidades [25]:

[24] El párrafo primero de la circunstancia número 15 del artículo 10 del Código penal vigente señala que hay reincidencia *cuando al delinquir el culpable hubiere sido condenado ejecutoriamente por un delito de los comprendidos en el mismo capítulo de este Código, por otro al que la Ley señale igual o mayor pena, o por dos o más a los que aquélla señale pena menor.*

[25] Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal,* PG, 3ª ed., 1990, pp. 711-712; DÍEZ RIPOLLÉS, *Política criminal y reforma penal,* 1993, pp. 408-411; GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, *Comentarios a la legislación Penal,* t.V, vol. 1º, 1985, p. 282.

- Reincidencia específica: ésta se produce cuando el sujeto ya ha sido anteriormente condenado por un delito que se encuentra en el mismo Capítulo del Código penal que el delito por el que está siendo juzgado.

- Reincidencia genérica: tiene lugar cuando el sujeto, al delinquir, ya ha sido condenado anteriormente por un delito con pena igual o mayor a la del que comete, o por dos o más delitos con menor pena. Esta es la circunstancia que antes de la reforma de 1983 se denominaba "reiteración" [26].

Acertadamente, se añade que no se computarán los antecedentes penales cancelados o que hubieran podido serlo. Además, el artículo 10, 15º ha sufrido una nueva modificación, recientemente, a través de la Ley Orgánica 3/1988, de 25 de mayo [27] , por la que se introduce el penúltimo párrafo del precepto indicado que señala expresamente que las condenas de Tribunales extranjeros también se tendrán en cuenta a los efectos de la circunstancia, cuando fuesen impuestas por delitos de terrorismo [28] .

La agravante de reincidencia ha sido y es ampliamente cuestionada por la doctrina que de forma mayoritaria ha abogado por su desaparición [29] . Las dificultades esenciales para admitir la circunstancia surgen a la hora de explicar su fundamento. En este sentido, se han manejado distintas teorías:

a) Un sector de la doctrina ha entendido que la agravación se justifica en un aumento de la culpabilidad del autor. Esta tesis parte de la admisión de la teoría normativa de la culpabilidad, que fundamenta esta última en un juicio de reprobabilidad de la conducta del sujeto. Desde este punto de vista, el sujeto, que habiendo sido ya castigado por un delito, vuelve no obstante a delinquir, merecería un plus de reproche al que le correspondería simplemente por su actuación delictiva, que debe manifestarse en una mayor pena [30].

---

[26] La Reforma de 1983 en el campo de la reincidencia merece ser valorada positivamente, en base a distintas consideraciones. Por un lado, resulta correcta desde un punto de vista técnico y etimológico, la designación conjunta bajo el término "reincidencia" de las circunstancias de "reiteración" y "reincidencia" que se encontraban en el Texto anterior a la reforma. Por otro lado, con la nueva regulación desaparecía la figura de la "multirreincidencia".(Cfr. GONZÁLEZ - CUÉLLAR GARCÍA, *Comentarios a la legislación Penal*, t. V, vol. 1º, 1985, p. 282; COBO DEL ROSAL - VIVES ANTÓN, *Derecho penal* PG, 3ª ed., 1991, p.692; QUINTERO OLIVARES - MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*, 1983, pp. 90-95). Sin embargo, distintos autores entendieron que la situación creada para la reincidencia por la reforma sólo podía ser de tipo provisional y explicable en base al carácter urgente y parcial de la misma. (Cfr. COBO DEL ROSAL - VIVES ANTÓN, *Derecho penal* PG, 3ª ed., 1991, p. 694).

[27] La Ley Orgánica indicada (BOE núm. 126, de 26 de mayo), introdujo en el Código penal distintos preceptos relacionados con los delitos de terrorismo. Vid. arts. 174 bis a) y 174 bis b) del Código penal vigente.

[28] Indica el párrafo segundo del precepto: *"La condena de un Tribunal extranjero será equiparada a las sentencias de los Tribunales españoles, siempre que hubiere sido impuesta por delito relacionado con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes"*.

[29] Cfr. MIR PUIG, *La reincidencia en el Código Penal*, 1974, pp. 544 y ss.; GONZÁLEZ CUÉLLAR, *Comentarios a la legislación Penal*, t. 5, vol. 1º, 1985, p. 298; GONZÁLEZ CUSSAC, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, 1988, p. 173; MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 3ª ed., 1990, p. 712; COBO DEL ROSAL - VIVES ANTÓN, *Derecho penal* PG, 3ª ed., 1991, pp. 694-695.

[30] Cfr. MARTÍNEZ DE ZAMORA, *La reincidencia*, 1971, p. 205; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español* PG, 17ª ed., 1994, p. 746; DÍEZ RIPOLLÉS, *Política criminal y reforma penal*, 1993, pp. 410-411.

b) En segundo lugar, estarían los autores que manejan una teoría de la culpabilidad distinta en la que el juicio de culpabilidad consiste básicamente en el análisis de la capacidad de motivación del sujeto en concreto por la norma penal. La culpabilidad no puede aumentar el desvalor del hecho sino que, o coincide con el tipo de injusto, o es menor. Por tanto, si la reincidencia afectase a la culpabilidad, no podría aumentar la pena, sino hacerla coincidir con la merecida por el hecho en concreto o incluso disminuirla [31]. Por tanto, si las circunstancias agravantes no pueden conllevar una disminución del injusto, (que es además la tesis en este trabajo mantenida [32]), habrá que acomodar la fundamentación de la agravación que implica la circunstancia de reincidencia, a una mayor gravedad del injusto. MIR PUIG mantiene que la mayor gravedad se produce en el propio hecho ya que en él, el sujeto demuestra una actitud de mayor desprecio y rebeldía frente a los valores jurídicos que aquel tuvo además ocasión de comprobar a través de la pena [33].

c) Por último se encuentran los autores que mantienen que la circunstancia de reincidencia no se fundamenta ni en una mayor gravedad del injusto ni en una mayor culpabilidad del autor, sino que, al margen de que desde una postura de *lege ferenda* nos pueda parecer desacertado, lo cierto es que de *lege lata* hay que admitir que esta circunstancia se fundamenta en una mayor peligrosidad del sujeto [34] .

La discusión en torno a la fundamentación y procedencia de la circunstancia agravante de reincidencia, ha sufrido en la década de los '90' un desplazamiento hacia la propia cuestión de inconstitucionalidad. Esta tesis ha sido defendida por ZUGALDÍA ESPINAR [35] , e incluso la Audiencia Provincial de Granada [36] inaplicó la circunstancia agravante apoyándose en el apartado tercero de la disposición derogatoria de la Constitución [37] . Por último, al plantearse distintas cuestiones de inconstitucionalidad por un Juzgado de Instrucción, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el tema en la Sentencia 150/ 1991.

---

[31] Precisamente la posibilidad de que la circunstancia de reincidencia pudiese funcionar en ocasiones como atenuante es señalada por MIR PUIG (cfr. MIR PUIG, *Derecho penal* PG, 3ª ed., 1990, p. 713), en la medida en que el sujeto reincidente, que ha pasado por la experiencia carcelaria, suele demostrar una menor capacidad de resistencia al delito (circunstancia que MIR PUIG cree que conllevaría a una menor culpabilidad). Esta tesis, aunque sin pronunciarse a favor o en contra de ella, es resaltada también por DÍEZ RIPOLLÉS que pone de relieve, no obstante, que tal posibilidad implicaría una profunda reestructuración del concepto de culpabilidad y de su graduación (cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, *Política criminal y Reforma Penal*, 1993, p. 410).

[32] Cfr. supra capítulo II.

[33] Cfr. MIR PUIG, *La reincidencia en el CP*, 1974, pp. 523 y ss.; ALONSO ÁLAMO, *El sistema de las circunstancias del delito*, 1982, p. 672; MIR PUIG, *Derecho penal* PG, 3ª ed., 1990, p. 712. MUÑOZ CONDE - GARCÍA ARÁN parecen también admitir la tesis de la mayor gravedad del injusto, demostrada en lo "reclacitrante de la actitud del sujeto que insiste en la desobediencia a la normas penales", pero combinándola con nociones de peligrosidad (cfr. MUÑOZ CONDE - GARCÍA ARÁN, *Derecho penal* PG, 1993, p. 432).

[34] Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, 1988, p, 173; COBO DEL ROSAL - VIVES ANTÓN, *Derecho penal* PG, 1991, p. 693.

[35] Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, *Poder judicial*, núm. 13, 1989, pp. 85 y ss.

[36] Sentencia de 6 de junio de 1989.

[37] Este precepto señala: *3. Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la Constitución.*

Esta Sentencia ha declarado la constitucionalidad de la agravante de reincidencia, asimilando la tesis ya expuesta en distintas sentencias del Tribunal Supremo [38] , en las que se defendía que procedería la aplicación de la reincidencia siempre y cuando la pena no sobrepase el límite de la gravedad del hecho enjuiciado [39] . De este modo, en su pronunciamiento, el Tribunal Constitucional trata de armonizar el principio de proporcionalidad de la pena al hecho y el de culpabilidad.

Sin embargo del análisis de la Sentencia se desprende que el TC ha utilizado más bien una concepción de la culpabilidad basada en el reproche, tomando partido por la tesis que mantenía que la mayor pena en la reincidencia se fundamentaba en una mayor reprochabilidad al sujeto que volvía de nuevo a delinquir [40] . El Tribunal trata, además, de salvar la crítica más extendida a la circunstancia que es la de su automatismo: solamente cabrá su apreciación verificada la mayor reprobabilidad. Sin embargo, el Código Penal vigente no prevé ninguna posibilidad de aplicación facultativa de la circunstancia, lo que podría conllevar, inevitablemente a una aplicación automática en ocasiones no fundamentada en una mayor culpabilidad. Habrá que entender que la supremacía de la Constitución y de las sentencias del Alto Tribunal que poseen rango constitucional permiten esa aplicación facultativa, aunque no lo señale expresamente el Código penal [41] .

Tras el examen de las distintas posturas doctrinales, así como del propio pronunciamiento del Tribunal Constitucional, cabe plantearse cual ha sido la utilizada por el legislador a través del proceso de reforma, y cuál es la tesis que finalmente se ha plasmado en el nuevo Código Penal.

El estudio de los distintos Proyectos de Código penal que se han ido elaborando pone de manifiesto que el tratamiento de la reincidencia ha sufrido una evolución. En un primer momento parece que cobra relieve una tesis que, aun reconociendo la importancia criminológica del fenómeno de la reincidencia en el delito, aboga por la supresión de la circunstancia agravante y el tratamiento del fenómeno de la habitualidad [42] a través de medidas de seguridad [43] . La modificación de la situación de la reincidencia en 1983, así

---

[38] Vid. STS de 6 de abril de 1990 o la posterior de 5 de julio de 1991.

[39] Con lo que se incorporaba el argumento utilizado por el Tribunal Supremo en la STS de 5 de julio de 1991, en la que se se indicaba que, para la apreciación de la agravante, era preciso invertir el procedimiento de determinación de la pena: establecer, en primer lugar, el máximo de la gravedad por la culpabilidad y, después, señalar dentro de ese máximo la pena en concreto de acuerdo con la reincidencia sin sobrepasar ese máximo.

[40] La Sentencia del Tribunal Constitucional, por otro lado, ha venido a recoger las tesis expuestas por otro alto Tribunal, el alemán, que en su Sentencia de 16 de enero de 1979 afirmó la constitucionalidad del parágrafo 48 del StGB alemán, señalando como criterio básico la verificación en el caso concreto de la posibilidad de reprochar al sujeto su desprecio a las advertencias por anteriores condenas.

[41] Cfr. JAEN VALLEJO, *Política criminal y reforma penal,* 1993, p. 724.

[42] Habitualidad y reincidencia, tal como se ha puesto de relieve por la doctrina (cfr. GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, *Comentarios a la legislación penal*, t. V, vol. 1º, 1985, pp. 297- 298), son conceptos distintos. Mientras que la habitualidad es un fenómeno de existencia real que responde a criterios criminológicos, la reincidencia es una creación artificial del legislador que desde el punto de vista estricto criminológico no aporta nada a no ser que tenga un trasfondo material.

[43] Esta tesis responde a una corriente doctrinal mayoritaria en la primera etapa de la reforma del Código penal, que aboga por la transformación del Derecho penal en general, inspirada en los principios de prevención y que considera adecuado, en concreto, el tratamiento de la habitualidad a través de las medidas de seguridad y la supresión de la reincidencia. (Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*

como la línea seguida por la Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983, que elimina del catálogo de agravantes (artículo 24) la reincidencia e introduce la medida de internamiento en un centro de terapia social (artículo 100, 3º), además de la pena, para el caso del delincuente habitual que así lo precisara (tras comprobarlo mediante los informes preceptivos), corroboran esa primera postura.

Sin embargo, en los Proyectos realizados en la década de los noventa, se sufre un retroceso en esta materia, readmitiéndose de forma general la circunstancia agravante de la reincidencia. Esta situación parece conforme con la tesis mantenida por un sector de la doctrina que, apoyándose en la declaración de constitucionalidad del Tribunal Constitucional, han revitalizado la fundamentación de la circunstancia en una mayor culpabilidad, pero abogando por una utilización facultativa de la circunstancia, que permita una adecuación proporcional de la pena al hecho: no presumir *iuris et de iure* que la reincidencia implica siempre una mayor culpabilidad, sino demostrar en el caso concreto si ésta se produce [44] .

El Proyecto de Código penal de 1992, mantenía la agravante de reincidencia en sus dos modalidades, genérica y específica, si bien introducía dos importantes novedades: para la reincidencia específica, se exigía que el delito cometido con anterioridad además de estar comprendido en el mismo capítulo fuese "de la misma naturaleza". En segundo lugar, el artículo 65 del Proyecto determinaba el empleo facultativo de la agravante genérica. El Proyecto de 1994 supuso un nuevo retroceso, pues eliminó la posibilidad de empleo facultativo de la agravante genérica.

El nuevo Código penal, dentro de esta línea, ha tratado de suavizar la situación. En la circunstancia 8ª del artículo 22, se recoge únicamente la agravante específica. Es decir, se ha eliminado la posibilidad de apreciar la reincidencia en relación a cualquier delito con pena igual o mayor, o dos o más delitos de pena inferior. Ha desaparecido, por tanto, la simple reiteración.

Vamos a tratar de analizar cuál es la situación completa con el nuevo Código penal, realizando una breve valoración de la misma.

En primer lugar, para tratar de mantener una postura clara desde el principio, he de señalar que aunque considero loable la supresión de la reincidencia genérica no me parece correcto el mantenimiento de la específica.

A pesar de la declaración de constitucionalidad de la agravante creo factible posicionarse desde un punto de vista político criminal en contra del mantenimiento de la reincidencia específica. No creo que haya una fundamentación posible de la reincidencia en una mayor agravación del injusto, en cuanto si, para mantenerla hay que acudir a actitudes de desprecio del sujeto, estamos traspasando la barrera de la gravedad del hecho e introduciendo elementos extraños, como actitudes internas o vitales, en la medición de la misma.

Tampoco cabe una fundamentación en la peligrosidad del sujeto: la situación de reincidencia no tiene por qué coincidir con la de peligrosidad de forma automática, siendo ésta última, como mucho, un presupuesto para una posible aplicación de medida de seguridad, pero no un elemento que agrave el injusto.

Por último, a pesar del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, no resulta carente de dificultades admitir que la situación de reincidencia conlleve a una mayor

---

al Código penal,t. I, 1972, pp. 741 y ss.; MIR PUIG, *La reincidencia en el Código penal*, 1974, p. 45; GONZÁLEZ- CUÉLLAR GARCÍA, *Comentarios a la legislación penal*, t. V, vol. 1º, 1985, p. 298).

[44] Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, *Política criminal y reforma penal*, 1993, p. 411; JAÉN VALLEJO, *Política criminal y reforma penal*, 1993, pp. 715 y ss.

culpabilidad. El contenido de la culpabilidad es un tema sumamente discutido, para el que ni siquiera la Constitución, o al menos una interpretación de la misma realizada por el Tribunal en un determinado momento, posee elementos determinantes que puedan zanjar la discusión en torno al mismo. Máxime, cuando los principios de prevención de la pena resultan firmemente asentados en el Estado social y democrático de Derecho, al menos lo suficiente, como para no basar la culpabilidad únicamente en el reproche a la conducta del sujeto. Pero es que, aun así, negar la inconstitucionalidad de la reincidencia, no tiene que desembocar necesariamente en su procedencia o conveniencia: dependerá del modelo de Derecho penal que se defienda. Si se pretende un Derecho penal que trascienda la mera utilización de la pena como forma de control, el grave fenómeno del fracaso de ese mecanismo merece una atención más detenida.

En segundo lugar, se ha optado por mantener la agravación de la pena prevista para un hecho cuando el sujeto que lo ha cometido ha sido condenado anteriormente por un delito de los comprendidos en el mismo Título y que sea de la misma naturaleza. Es decir, para apreciar la agravación será necesario realizar un juicio comparativo entre el delito por el cual el sujeto está siendo juzgado y el cometido con anterioridad: determinar si se encuentran comprendidos en el mismo Título y, además, si son de la misma naturaleza.

Con esta redacción, el nuevo Código intenta responder a las críticas a la regulación vigente que señalaban la escasa fundamentación del requisito de que los delitos se encontrasen "en el mismo Capítulo". Si con ello se pretendía que la reincidencia afectase a hechos similares, en los que se atacaba al mismo bien jurídico, esto no ocurría necesariamente con los tipos comprendidos en el mismo Capítulo, aunque sí pudiera ser con respecto a hechos cometidos en otros sectores. Quizás por esta razón, el nuevo Código penal se refiere a hechos comprendidos en el mismo Título [45] (con lo que se amplía la posibilidad de otros hechos antes no recogidos), pero siempre que sean de la misma naturaleza [46] .

El problema fundamental consistirá en determinar qué quiere decir "de la misma naturaleza", no pudiendo considerarse como suficiente y definitivo que se proteja al mismo bien jurídico como tradicionalmente se defendía, sino que será preciso tratar de completar un juicio de equivalencia acudiendo a otros criterios. El propio legislador ha introducido, a este respecto, elementos de comparación interesantes en la disposición transitoria 7ª. Este precepto se ocupa de las dificultades de apreciar la circunstancia en relación a delitos comprendidos en el mismo Título, en un momento en que se introduce un nuevo cuerpo legal, en el que se modifica la disposición de títulos y capítulos. Por ello, se establece que "se entenderán comprendidos en el mismo Título de este Código aquellos delitos previstos en el Cuerpo legal que se deroga y que tengan análoga denominación y ataquen del mismo modo a idéntico bien jurídico". Si el legislador ha dado relevancia a estos elementos (no sólo idéntico bien jurídico, sino igual forma de ataque y además análoga denominación) para esta situación, no veo obstáculo a que deban únicamente utilizarse cuando los delitos a comparar pertenezcan a cuerpos legales distintos, sino en todo caso.

Por otro lado, a pesar de que la exigencia de que los delitos sean de "la misma naturaleza" tenderá a una restricción de la aplicación de la circunstancia, lo cierto es que ni tan siquiera acudiendo a argumentos de mayor reprochabilidad de la conducta puede fundamentarse aquélla: si la agravación se justifica por un mayor reproche, ¿quién lo

---

[45] Fórmula utilizada desde el Código de 1870 hasta la Reforma de 1983.

[46] Precisamente, los Códigos penales de 1822 y 1928 requerían que los delitos fuesen de "la misma especie".

merece mayor? ¿El sujeto que vuelve a hurtar, por ejemplo a la mujer con la que vive? ¿O el sujeto que habiéndole hurtado, después la viola? El primero vería agravada su conducta, mientras que el segundo no. Por tanto, considero que la restricción de la circunstancia no puede fundamentarse, pero por no poder encontrar razón de ser, en general, a la circunstancia en sí.

Para que pueda aplicarse la reincidencia es preciso que "el culpable haya sido condenado ejecutoriamente" por un delito anterior. La doctrina ha mantenido que el término "ejecutoriamente" deberá entenderse como una exigencia de sentencia firme que declare la condena [47] , es decir, aquélla contra la que no cabe recurso alguno.

El término "al delinquir" no deja claro si se refiere a delitos y faltas o únicamente a delitos lo que conllevaría, en su caso, a la imposibilidad de apreciar la reincidencia cuando lo que se comete es una falta. Mayoritariamente se admitía que en el caso de la reincidencia específica había que restringir la apreciación a los casos en los que estuviésemos ante un delito en sentido estricto [48] . En el caso de la reincidencia genérica no había tal acuerdo, pero con la desaparición de esta modalidad puede mantenerse que habrá que entender el término "al delinquir" en el sentido antes mencionado [49] .

El nuevo Código penal ha eliminado la mención en el mismo precepto que recoge la circunstancia de la llamada reincidencia internacional, que introdujo, como vimos, la Ley Orgánica 3/ 1988, de 25 de mayo en relación a los delitos de terrorismo: en el caso de la existencia de condena ejecutoria por un delito de este tipo sería indistinto, para la apreciación de la circunstancia, que la sentencia proviniese de un Tribunal español o extranjero. Sin embargo, esta supresión dentro del precepto no implica que haya desaparecido la reincidencia internacional, sino que cuando el legislador ha considerado oportuno dotarla de efectos lo ha hecho expresamente en cada uno de los delitos. Y así se señala en los siguientes: artículo 190, en relación a los delitos de prostitución; 375, refiriéndose al tráfico de drogas; 388 a la falsificación de moneda y 580 en cuanto a los delitos de terrorismo.

Al margen de la oportunidad o no de admitir la procedencia de la reincidencia internacional, cuestión que, por obvias razones de espacio, no voy a analizar en este trabajo[50] , lo cierto es que, aun siendo procedente la regulación de esta circunstancia de

---

[47] Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, t. I, 1972, p. 735; GONZÁLEZ - CUELLAR GARCÍA, *Comentarios a la legislación penal*, 1985, p. 290; MIR PUIG, *Derecho penal* PG, 3ª ed., 1990, p. 713.

[48] Cfr. GONZÁLEZ - CUÉLLAR GARCÍA, *Comentarios a la legislación penal*, 1985, p. 284; MIR PUIG, *Derecho penal* PG, 3ª ed., 1990, p. 713.

[49] En principio, parte de la doctrina ha admitido que puede caber la reincidencia cuando el hecho cometido anteriormente es una tentativa, un acto prepartorio, o una forma de participación, partiendo de la tesis de que estos hechos son auténticos delitos (cfr. GONZÁLEZ - CUÉLLAR GARCÍA, *Comentarios a la legislación penal*, t. V, vol. 1º, 1985, p. 285; MIR PUIG, *Derecho penal* PG, 3ª ed., 1990, p. 714). Sin embargo, será necesaria la localización dentro del mismo Título y habrá que examinar si estamos ante delitos de la misma naturaleza, no quedando claro que estas formas lo sean en relación a los hechos consumados, ya que, según el criterio más arriba expuesto, no puede hablarse de identidad de ataque al bien jurídico, por ejemplo, en una forma consumada y en una forma intentada.

[50] Vid. al respecto, DÍEZ SÁNCHEZ, *CPC*, nº 29, 986, pp. 286 y ss. Al margen de la discusión en torno a la creación de un Derecho penal internacional, así como de la necesidad de cooperación y solidaridad internacional, no pueden obviarse dos tipos de problemas: por un lado, las difucultades para la fundamentación de la agravación son las mismas en el ámbito interno que en el internacional; por otro lado, la utilización de esta figura requeriría la presencia de unas instituciones internacionales (como un Registro Internacional de Antecedentes Penales, etc.), de las que, por ahora, se carece.

forma específica junto a cada figura delictiva en concreto, lo cierto es que debiera haberse realizado con una mayor coherencia, puesto que puede ocasionar problemas que en algunos casos se hayan previsto expresamente los efectos de la cancelación de antecedentes (artículos 375 y 388) y en otros no (artículos 190 y 580) ¿Quiere esto decir que en los delitos de prostitución y terrorismo, aun con antecedentes cancelados puede apreciarse la reincidencia?

Finalmente, hay que señalar que el nuevo Código penal no ha desconocido la situación de la habitualidad. Incluso el artículo 94 indica quienes son "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". Sin embargo, la habitualidad no ha sido tenida en cuenta para la aplicación de medida de seguridad alguna (tal y como recogía la Propuesta de 1983, en su artículo 100, 3), sino únicamente a efectos de negar la posibilidad de suspensión de pena, tal y como señala el artículo 87.1. Incluso, en el caso del meramente reincidente, también de forma facultativa, podrá ser denegada la suspensión de la pena, atendidas las circunstancias del hecho y del autor (artículo 87.2).

No quisiera finalizar el estudio de las circunstancias agravantes sin referirme a una importante novedad como es la de la desaparición de la premeditación.

La circunstancia 6ª del artículo 10 del Código penal vigente ("obrar con premeditación conocida"), ha sido suprimida del catálogo general de agravantes contenido en el artículo 22 del nuevo Código penal.

Las críticas contrarias a la premeditación no son recientes, sino que vienen acumulándose desde hace unas décadas [51] . Precisamente por ello, se ha hablado de la "crisis de le premeditación" [52] . Esta situación ha desembocado en una aplicación limitada de la circunstancia por parte de la jurisprudencia que ha solido utilizarla únicamente en los delitos contras las personas. Además, se han aceptado como válidos una serie de presupuestos para su utilización que han restringido en la práctica su ámbito de aplicación: exigencia de "frialdad de ánimo" [53] , detenida deliberación y decisión permanente [54] y persistencia en la resolución criminal [55] . Por supuesto, la premeditación debe ser "conocida", como expresamente se requiere: ha de ser evidenciada a través de datos externos comprobables [56] . Sin embargo, a pesar de esta aplicación restringida, las críticas contra la fundamentación de la misma han continuado.

En relación al fundamento de la premeditación se han manejado distintas teorías. Una teoría objetiva minoritaria, manejada por CARRARA, explicaba la agravación de la

---

[51] Cfr. entre otros, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, t. 1, 1972, p.604.

[52] Cfr. DÍAZ PALOS, *Política criminal y reforma penal*, 1993, pp. 361 y ss.

[53] Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción a la parte general del Derecho penal español*, 1979, pp. 96-97.

[54] Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, 1972, pp. 586-587.

[55] Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español* PG, 17ª ed., 1994, p. 739.

[56] Como señalan COBO y VIVES (cfr. COBO - VIVES, *Derecho penal* PG, 3ª ed., 1991, pp. 688-689), esta exigencia resulta importante, en cuanto contribuye a reafirmar el principio de seguridad jurídica y en nigún caso redundante (en contra RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal* PG, 17ª ed., 1994, p. 743, que entiende que no es preciso que la ley exija expresamente la comprobación de datos externos, ya que esto ha de hacerse en cada agravante).

pena a través de una supuesta mayor gravedad del hecho, que se basaba en la mayor dificultad de la víctima para defenderse contra un enemigo que fríamente calcula la agresión. La tesis mayoritaria, de carácter subjetivo, manejaba distintos argumentos, como la mayor intensidad del dolo, la mayor reprochabilidad de la conducta o la mayor peligrosidad o perversidad del culpable. Por último, una tesis mixta mantenía como datos relevantes el de la mayor intensidad del dolo, así como la dificultad de la defensa de la víctima.

Sin entrar a fondo en el análisis de cada una de estas teorías [57] , lo cierto es que la jurisprudencia acudía de manera casi unánime a la fundamentación subjetiva, basando la utilización de la agravante en un dolo intenso junto a una persistencia de la voluntad criminal. Esta situación ha recibido las críticas de la doctrina, en base a las dificultades prácticas de la constatación de estos elementos y la diferenciación de los mismos con el simple dolo directo. Por otro lado, se objeta que la existencia de aquéllos no tiene por qué implicar una mayor gravedad del hecho [58].

En base a las anteriores críticas se han elaborado distintas propuestas por parte de la doctrina. En general, aunque con distintas matizaciones por cada autor, una primera tesis mantiene la necesidad de reducir la agravante de forma específica para los delitos contra las personas, añadiendo la posibilidad de que fuese de utilización facultativa [59] . Utilización que normalmente se haría depender de una mayor reprochabilidad. Otro sector de la doctrina defiende el desplazamiento de la circunstancia de premeditación por otra, también con carácter general, que se refiera a la existencia de determinados móviles viles y abyectos [60], al mismo tiempo que una atenuante referida a determinados móviles altruistas. Una tercera tesis sería sencillamente la de la abolición debido a las dificultades de fundamentación más arriba expuestas [61] .

El Proyecto de Código penal de 1980 mantenía la circunstancia genérica, aunque con la exigencia de una "especial malicia" en el culpable. La Propuesta de 1983, el Borrador de 1990 y el Proyecto de 1992 no la recogían, pero sí lo hacía el Proyecto de 1994. Finalmente, el Código penal de 1995 ha eliminado la premeditación no sólo de forma general sino también dentro de las circunstancias que dan lugar a la apreciación del asesinato.

Esta situación me parece correcta. La agravación de la pena por la premeditación, a pesar de los distintos intentos para fundamentarla, no tiene razón de ser: si exigimos que la voluntad persista en el momento de la acción, entonces es que castigamos el dolo sin más

---

[57] Cfr. al respecto, DÍAZ PALOS, *Política criminal y reforma penal*, 1993, pp. 370 y ss. Con carácter más general, examina los distintos criterios MIR PUIG, *Derecho penal* PG, 3ª ed., 1990, p. 710.

[58] Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal* PG, 3ª ed., 1990, p. 710; COBO DEL ROSAL - VIVES ANTÓN, *Derecho penal* PG, 3ª ed., 1991, p. 688; QUINTERO OLIVARES, *Derecho penal* PG, 2ª ED., 1992, P. 614; MUÑOZ CONDE - GARCÍA ARÁN, *Derecho penal* PG, 1993, p. 431.

[59] Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, t. 1, 1972, p. 604. CEREZO MIR, *Actualidad penal*, núm. 20, 1991, pp. 269-270, (quien, no obstante, señala esta solución como una de las posibles); DÍEZ RIPOLLÉS, *Política criminal y reforma penal*, 1993, p. 408, quien además señala la necesidad de que la agravación se base en "móviles" especialmente ligados al injusto de esos delitos concretos.

[60] Cfr. CEREZO MIR, *Actualidad penal*, núm.20, 1991, pp. 269-270 (también señala esta tesis como factible, además de la anteriormente expuesta); DÍAZ PALOS, *Política criminal y reforma penal*, 1993, pp. 346-347.

[61] Cfr., entre otros, GARCÍA ARÁN, *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, 1982, pp. 155 y ss.

de una forma agravada no justificada. Si lo relevante es el dolo anterior, entonces se castiga un dolo precedente, lo cual no parece conforme con el principio de responsabilidad por el hecho en concreto: en relación al hecho producido y sólo a él habrá que estudiar los distintos requisitos de la conducta delictiva, objetivos y subjetivos.