

19354 Pleno. Sentencia 150/1991, de 4 de julio. Cuestiones de inconstitucionalidad 1.407/1989, 2.187/1989, 187/1990 y 188/1990 (acumuladas), en relación con el art. 10.15 del Código Penal.

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Francisco Tomás y Valiente, Presidente; don Francisco Rubio Llorente, don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Carlos de la Vega Benayas, don Eugenio Díaz Eimil, don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, don Jesús Leguina Villa, don Luis López Guerra, don José Luis de los Mozos y de los Mozos, don Alvaro Rodríguez Bereijo, don José Vicente Gimeno Sendra y don José Gabaldón López, ha pronunciado,

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En las cuestiones de inconstitucionalidad núms. 1.407/1989, 2.187/1989, 187/1990 y 188/1990, promovidas por el Juzgado de Instrucción de Daroca (Zaragoza), en los autos de procedimiento oral núm. 4/1989, y de procedimiento abreviado núm. 16/1989, 34/1989 y 22/1989, respectivamente, sobre supuesta inconstitucionalidad del art. 10.15 del Código Penal. Han sido parte el Fiscal General del Estado y el Gobierno, representado por el Abogado del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Luis López Guerra, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El Juzgado de Instrucción de Daroca ha planteado ante este Tribunal cuatro cuestiones de inconstitucionalidad en relación con la agravante núm. 15 del art. 10 del Código Penal -reincidencia-, por entender que la citada norma es contraria a lo dispuesto en los arts. 1.1, 9.3, 10.1, 15, 24.1 y 2 y 25.1 de la Constitución.

Dichas cuestiones de inconstitucionalidad son las siguientes: a) Registrada con el núm. 1.407/1989. Planteada por Auto de 11 de julio de 1989, dictado en los autos de procedimiento oral núm. 4/1989, seguidos por presunto delito de resistencia a funcionarios públicos del art. 237 del Código Penal. b) Registrada con el núm. 2.187/1989. Planteada mediante Auto de 16 de octubre de 1989, dimanante del procedimiento abreviado núm. 16/1989, seguido por posible delito de quebrantamiento de condena. c) Registrada con el núm. 187/1990. Planteada por Auto de 8 de enero de 1990, dictado en el procedimiento abreviado núm. 34/1989, seguido por delito de lesiones. Y d) Registrada con el núm. 188/1990. Planteada por Auto de 8 de enero de 1990, recaído en el procedimiento abreviado núm. 22/1989, seguido por posible delito de robo.

2. En los Autos de planteamiento de las cuatro cuestiones de inconstitucionalidad citadas, el Juez, luego de especificar y justificar que la pena a imponer, en su caso, en cada uno de los supuestos enjuiciados dependa de la validez constitucional de la agravante de reincidencia prevista en el art. 10.15 del Código Penal, razona la supuesta inconstitucionalidad de dicho precepto con base en los siguientes argumentos:

a) El art. 1.1 de la Constitución define el Estado español como un Estado de Derecho, y esta proclamación constitucional, junto con el reconocimiento del principio de legalidad (arts. 9.3 y 25.1 C.E.) y la contemplación de la dignidad del hombre y el derecho de éste al libre desarrollo de su personalidad como fundamento del orden político (art. 10.1 C.E.), suponen el reconocimiento constitucional del principio de culpabilidad penal y, más concretamente, de la doctrina de la culpabilidad como normalidad de la motivación, según la cual no puede el Estado imponer a sus ciudadanos penas en virtud de normas que aquéllos no pueden aprehender motivando su conducta con arreglo a las mismas. Y este es el caso del art. 10.15 del Código Penal, ahora cuestionado, que, por la complejidad de sus presupuestos fácticos, prescinde de la exigencia elemental del conocimiento del injusto por el sujeto pasivo. Por ello, y al oponerse al principio de culpabilidad, la agravante de reincidencia queda al margen del Estado de Derecho constitucionalmente proclamado y contraviene el art. 1.1 de la C.E.

b) La agravante de reincidencia no se ajusta a ninguno de los fines posibles de la agravación de la responsabilidad criminal en el sistema punitivo constitucional. Al respecto se aduce que la proclamación del Estado de Derecho Democrático (art. 1.1 C.E.) significa, en síntesis, de una parte, la proscripción de las penas, sanciones y medidas restrictivas que no tengan una justificación bastante, así como una autolimitación del *ius puniendi* del Estado en todo caso en que la pena no sea estrictamente necesaria para los fines de prevención del delito; y, de otra parte, el acogimiento del principio no expresamente formulado de proporcionalidad entre pena y culpabilidad, que debe predicarse, además, respecto del momento preciso en que tuvo lugar el ilícito penal, tal como exige el art. 11.2 de la Declaración Universal de Derechos

Humanos y el art. 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la prohibición de todo vestigio o manifestación de un Derecho penal de autor.

Como consecuencia de lo anterior, la agravante de reincidencia, en cuanto agrave la pena con base en hechos anteriores, carece de fundamento constitucional, puesto que, en primer término, no produce una intimidación de eficacia preventivo-general sobre los potenciales reincidentes ni su apreciación en un caso singular supone necesariamente la resocialización del delincuente. En segundo término, vulnera el principio de proporcionalidad entre penalidad y culpabilidad al atribuir efecto agravante de la pena a un cúmulo de circunstancias fácticas y jurídicas que, por su configuración en nuestro Derecho, no suponen, ni tampoco presumen, una mayor culpabilidad del justiciable. Por último, no es posible una agravación de la pena por «ser reincidente», adjetivo dirigido al sujeto y no al hecho, reflejo de un Derecho penal de autor, pues sólo un Derecho penal de la culpabilidad por el hecho es compatible con la Constitución.

c) El art. 10.15 del Código Penal, tal como está configurado, contradice flagrantemente el principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 de la Constitución. En primer lugar porque, tanto en los supuestos de reincidencia específica como en los de genérica, el delincuente que no tiene cumplido conocimiento del significado del delito o delitos por los que fue condenado, o de pena o penas que se le impusieron con anterioridad, no está en condiciones de saber haber incurrido en presupuesto de agravación de la responsabilidad criminal. No está en condiciones, en definitiva, de conocer las consecuencias de sus actos por causa directamente imputable al legislador, que de esta forma se aparta del principio de seguridad jurídica constitucionalmente proclamado. En segundo lugar porque la agravante de reincidencia, sobre la base de la ineficacia de la pena anteriormente impuesta, impone la agravación de la pena en respuesta, no a la mayor culpabilidad del delincuente, sino a su mayor peligrosidad, lo que vulnera el art. 9.3 en relación con el art. 25.2, ambos de la Constitución.

d) La circunstancia agravante de reincidencia se opone al derecho a la igualdad consagrado en el art. 14 de la C.E. en un doble sentido. De un lado, en cuanto trata desigualmente a ciudadanos iguales ante la Ley, pues por aplicación de la regla 2.ª del art. 61 del Código Penal, al delincuente reincidente se le aplica, no concurriendo circunstancias atenuantes ni otras agravantes, mayor pena que faltando la circunstancia referida, a pesar de que la recaída en el delito no justifica el trato discriminatorio, toda vez que el mismo no se funda en la consecución de un fin constitucionalmente lícito y no tiene una justificación razonable a la luz del fin que se persigue con la agravación. Y ello es así porque no es constitucionalmente lícita en un Derecho penal de la culpabilidad por el hecho -arts. 1.1, 10.1, 16, 24.2 y 25.1 de la C.E.- la represión del hecho por la perversión manifestada por el sujeto, ni tampoco es posible admitir, ni siquiera presumir, una mayor culpabilidad del delincuente.

De otro lado, en cuanto trata de igual manera supuestos manifiestamente diversos, contraviene la exigencia constitucional de tratar desigualmente a los desiguales. En efecto, la aplicación de las reglas del art. 61 del Código Penal a todos los supuestos comprendidos en la circunstancia 15.ª del art. 10 conduce a agravar la pena del segundo o sucesivos delitos en todo caso, prescindiendo de si la pena impuesta en la Sentencia firme anterior fue o no cumplida por el reo. De esta forma, el sujeto reincidente que cumplió su pena, extinguiendo su responsabilidad criminal conforme al art. 112.2 del Código Penal, se equipara en el art. 10.15, al que de un modo u otro se sustrajo al cumplimiento de la pena jurisdiccionalmente impuesta. Tal equiparación en el trato es contraria al art. 14 de la Constitución en tanto en cuanto la extinción en el primer caso de la responsabilidad criminal excluye por imperio de la Ley la discriminación jurídica posterior. A tal efecto, el art. 73 de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece que «El condenado que haya cumplido su pena y el que de algún modo haya extinguido su responsabilidad penal deben ser plenamente reintegrados en el ejercicio de sus derechos como ciudadanos» para añadir inmediatamente que «los antecedentes no podrán ser en ningún caso motivo de discriminación social o jurídica». El precepto es lo suficientemente expresivo como para hacer inútil todo comentario. Obviamente choca de modo frontal con la letra del art. 10.15 del Código Penal, cuya aplicación supone una discriminación jurídica en contemplación a los antecedentes penales.

e) El art. 15 de la Constitución prohíbe, al igual que el art. 3 del Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1950, y el art. 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, los tratos degradantes, y al merecer tal calificación el trato dispensado por el legislador a los delincuentes que habiendo cumplido la pena o penas impuestas en Sentencia firme recaen en el delito, debe considerarse inconstitucional el art. 10.15 del Código Penal. Y constituye un trato degradante el que el legislador dispensa al sujeto reincidente que cometió un segundo o sucesivos delitos, tras haber extinguido la responsabilidad criminal nacida de los anteriores, porque veta al juzgador la posibilidad de imponerle la pena legalmente prevista para un hecho concreto en su grado mínimo. En este sentido, la pena es degradante en cuanto coloca al penado que debiera haber sido reintegrado en el ejercicio de todos sus derechos como ciudadano -art. 73 de

la Ley Orgánica General Penitenciaria— al mismo nivel que el reo que tiene penas pendientes de cumplimiento, cuyos derechos, tratándose de penas privativas de libertad, se encuentran recortados conforme el art. 25.2 de la Constitución. Pena degradante, en definitiva, es pena no justificada por el logro de fines legítimos, que ocasiona al reo un padecimiento inútil para él mismo y para la sociedad, dada la presumible imposibilidad de obtener fines de prevención general o especial que no se hayan logrado con la pena anterior, efectivamente cumplida, o con la pena correspondiente al último delito, sin necesidad de agravarla conforme a las reglas del art. 61 del Código Penal.

f) La reincidencia es contraria al derecho a obtener la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.), no sólo porque impide que los reincidentes que hayan extinguido su responsabilidad criminal por hechos precedentes sean reintegrados en el ejercicio de sus derechos como ciudadanos —art. 73 de la Ley Orgánica General Penitenciaria—, sino sobre todo porque el citado derecho fundamental, en relación con los principios de seguridad jurídica y de cosa juzgada, impide cualquier pronunciamiento judicial que, directa o indirectamente, tome como base un hecho ya castigado en un proceso fenecido por Sentencia firme con fuerza de cosa juzgada.

g) Cualquiera que sea el fundamento que se le quiera dar a la agravante de reincidencia del art. 10.15 del Código Penal, su aplicación objetiva y automática supone una presunción *iuris et de iure* contraria al derecho a la presunción de inocencia, que no debe ir sólo referida a la culpabilidad, sino que ha de extenderse a cualquier elemento que constituya presupuesto de una medida represiva o de agravación de una pena dada. De otro lado, en el caso de que fuera constitucionalmente lícito considerar la condena ejecutoria anterior como un mero indicio de peligrosidad criminal, habría de disponer el reo, por imperativo del citado derecho fundamental, de los medios de prueba pertinentes para su defensa, esto es, los medios probatorios conducentes a justificar que el último ilícito penal fue ocasional, sin conexión alguna con sus sentimientos hacia el orden jurídico —que no puede ser obligado a revelar: art. 16 C.E.—, ni con ningún aspecto de su personalidad, a cuyo libre desarrollo tiene derecho (arts. 10.1 y 25.2, *in fine*, de la C.E.).

h) Finalmente, la agravante del núm. 15 del art. 10 del Código Penal es contraria al art. 25.1 de la Constitución, pues, de una parte, la reincidencia supone una segunda sanción por un hecho que ya fue castigado y, en este sentido, infringe el principio *ne bis in idem*; de otra parte, los principios de tipicidad y legalidad penal, en los términos en los que aparecen recogidos en el art. 25.1, *in fine*, de la Constitución significan que el único momento constitucionalmente relevante para la determinación de la pena correspondiente a un sujeto por un delito determinado es el momento de su comisión, sin que pueda tenerse en cuenta otro momento anterior.

3. Las cuatro cuestiones indicadas fueron admitidas a trámite por providencias de 25 de julio y 13 de noviembre de 1989, y 12 de febrero de 1990 (las dos últimas), respectivamente, acordándose en las mismas el traslado de las actuaciones recibidas al Gobierno, al Fiscal General del Estado, al Congreso y al Senado, conforme dispone el art. 37.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC). Asimismo, se acordó publicar la incoación de las cuestiones en el «Boletín Oficial del Estado» para general conocimiento.

4. El Presidente del Senado, en escritos de 3 de agosto y 28 de noviembre de 1989, y sendos escritos de 27 de febrero de 1990, acusó recibo de las comunicaciones recibidas con el ruego de que se tenga por personada a la Cámara en los procedimientos y por ofrecida su colaboración a los efectos del art. 88.1 de la LOTC. El Presidente del Congreso de los Diputados, en escritos de fechas 4 de septiembre y 21 de noviembre de 1989, y 20 de febrero de 1990, comunicó que la Cámara no se personaría en los procedimientos ni formularía alegaciones, y puso a disposición del Tribunal las actuaciones que pudiera precisar.

5. El Abogado del Estado, en sus escritos de alegaciones, solicita se dicte Sentencia desestimando las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas, por entender que ninguno de los argumentos esgrimidos por el Juzgado promovente son aceptables. Los razonamientos aducidos para ello son, resumidamente expuestos, los siguientes:

a) Carece de fundamento la suposición de que la C.E. ha optado por una doctrina de la culpabilidad, a saber, la de la «normalidad de la motivación». La C.E. no ha acogido ni esa doctrina de la culpabilidad ni ninguna otra. Es cierto que el ATC 497/1983 sostiene que la culpa penal se compone de «previsibilidad» y «evitabilidad», y que la primera «no requiere el conocimiento actual, característico del dolo, pues basta un conocimiento potencial, que existe si el autor pudo prever el resultado», añadiendo que la apreciación de ambos elementos corresponde a los Tribunales «con la exclusividad que proclama el art. 117.3 C.E.». Mas ni siquiera puede decirse que el ATC 487/1983 manifieste una opción de este Tribunal por una configuración precisa de la culpa penal. No hay, pues, ninguna razón para afirmar que las cláusulas del art. 10.1 C.E. fuerzan a optar por la doctrina de la normalidad de la motivación mejor que por otra doctrina de la culpabilidad. Y es que, como proclama la STC 132/1989, fundamento jurídico 10, las categorías

dogmáticas «no representan límites infranqueables al legislador, sino explicaciones y sistematizaciones de una realidad forzosamente cambiante». La función de la dogmática se ciñe a describir un ordenamiento positivo. No puede aspirar a prescribirle su sentido, utilizando para ello las cláusulas constitucionales más generales.

Pero hay más. Con arreglo a la misma doctrina de la culpabilidad que el cuestionante propugna se llega a la conclusión de que la circunstancia 15 del art. 10 C.P. no es arbitraria. La reincidencia determina mayor pena porque el legislador puede lícitamente estimar más culpable al reincidente. Semejante estimación abstracta y típico-general de mayor culpabilidad no es arbitraria. Una persona es culpable cuando rechaza la exigencia derivada de un deber impuesto por el legislador, siempre que el conformarse al deber estuviera dentro del poder medio o normal de los destinatarios de la norma. El legislador convierte en circunstancia gravante que el ya condenado ejecutoriamente en las condiciones del núm. 15 del art. 10 C.P. vuelva a delinquir, precisamente porque el nuevo rechazo del deber normativo subsigue a un precedente reproche plasmado en una Sentencia condenatoria. La preexistencia de una condena ejecutoria ha permitido al delincuente visualizar con claridad la consecuencia de su conducta. No se exige, pues, al individuo «unos mecanismos de motivación superiores o extraordinarios», sino todo lo contrario: la mejor previsibilidad de las consecuencias desfavorables de la conducta facilita la motivación en un sentido conforme a la norma.

b) La C.E. no se pronuncia sobre el problema filosófico-jurídico de los «fines de la pena», que es el círculo problemático con el que se relaciona la fundamentación del agravamiento de la pena en virtud de la concurrencia de ciertas circunstancias. El 25.2 C.E. contiene un mandato dirigido «al legislador penitenciario y a la Administración por el creado» (STC 19/1988, fundamento jurídico 9.º, y 28/1988, fundamento jurídico 2.º, y jurisprudencia allí citada), para orientar la ejecución (penitenciaria administrativa), de las penas privativas de libertad. El art. 25.2 C.E. no resuelve el problema del mayor o menor ajustamiento de los posibles fines de la pena al sistema de valores de la C.E. Y si bien la cláusula sobre la dignidad de la persona (art. 10.1 C.E.), obliga a aceptar, como elemento necesario, una dimensión moral de la pena, tampoco es incongruente con esta concepción el basar la agravante de reincidencia en una mayor intensidad en la antijuridicidad y a una mayor culpabilidad. Por ello la agravante no es contraria a la C.E., en cuanto que puede sostenerse que reposa en una apreciación no arbitraria hecha por el legislador de la intensidad del injusto (mayor antijuridicidad), y de la mayor culpabilidad, pues ambas apreciaciones pueden concurrir perfectamente. En efecto: la mayor antijuridicidad reposa justamente en que se trata de una conducta repetida. No hay evidencia alguna en la tesis: «no es más grave la lesión del bien jurídico por el dato de que el autor haya delinquirido ya en otra ocasión». Con esta afirmación no se expresa más que una opinión, un juicio plausible de valor. Pero es igualmente plausible sostener que la lesión del bien jurídico es más grave cuando es repetida (más exactamente: cuando ha precedido una condena ejecutoria y se dan los demás requisitos del art. 10.15 C.P.). Ambos son juicios no arbitrarios de valor, y ambos son compatibles con la C.E.

De otra parte, tampoco puede estimarse arbitraria la apreciación (anticipada y abstracta) del legislador democrático de la congruencia entre un medio (la agravante del art. 10.15 C.P.) y un fin: disuadir de la reincidencia en determinadas conductas delictivas sea con carácter general (respecto a todos los potenciales delincuentes *in abstracto*), sea con carácter especial (respecto a quien ya fue condenado ejecutoriamente en los términos del art. 10.15 C.P.). No puede decirse que sea irracional castigar más la repetición de una conducta delictiva por quien ya ha sido condenado con vistas a disuadir de la comisión de un nuevo delito. La agravación de la pena determina, en el caso normal, un aumento del estímulo a respetar la norma. Y es claro que toda norma, por lo mismo que es general y abstracta, es norma para casos típicos o generales (*id quod plerumque accidit*). Sólo una prueba empírica difícil, por lo demás, de concebir y ejecutar podría desmentir el carácter razonable del expresado juicio de adecuación entre medio y fin.

Por lo que hace a la supuesta falta de «proporcionalidad» (fundamento 5.º del Auto), conviene recordar la doctrina de la STC 65/1986, fundamento jurídico 3.º, esto es, que en principio, el juicio sobre proporcionalidad de la pena, prevista por la Ley con carácter general, en relación a un hecho punible que es presupuesto de la misma, es de competencia del legislador. A los Tribunales de justicia sólo les corresponde, según la Constitución, la aplicación de las leyes y no verificar si los medios adoptados por el legislador para la protección de los bienes jurídicos son o no adecuados a dicha finalidad, o si son o no proporcionales en abstracto. En consecuencia, la arbitraria desproporción de la pena debe ser inconclusa de manera que no quepa duda razonable sobre su manifiesta inadecuación, injustificado exceso, etc. En los demás casos, ha de respetarse la libertad de configuración del legislador, con arreglo a la doctrina de la STC 65/1986.

Por último, la reincidencia es censurada como manifestación del «Derecho penal de autor», pero a esto cabe responder que en la agravante de reincidencia no hay un castigo constitucionalmente ilícito de un tipo de personalidad, sino que se castiga un hecho, un nuevo delito, y se le castiga más en virtud de fundamentos no arbitrarios.

c) La circunstancia 15 del art. 10 del Código Penal no infringe el principio de seguridad (art. 9.3 C.E.), pues la exigencia de *lex certa* -incorporada más específicamente en el art. 25.1 C.E. que en el 9.3 C.E.-, garantía de certidumbre o seguridad jurídica, se mueve dentro de límites humanos; la claridad y precisión absolutas son inalcanzables, y los lenguajes naturales siempre dejan un margen de indeterminación [STC 62/1982, fundamento jurídico 7.º, c)]. Basta así que las normas generales sean tan precisas como para «permitir a los ciudadanos conocer suficientemente la conducta que constituye delito» (STC 122/1987, fundamento jurídico 3.º), aun cuando hagan uso de conceptos indeterminados, siempre que «su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, y permitan prever (...), con suficiente seguridad, la naturaleza y características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada» (STC 69/1989, fundamento jurídico 1.º). Con arreglo a esta doctrina, ningún reproche de inseguridad cabe hacer al art. 10.15 C.P., pues, de todas las agravantes, es la de reincidencia una de las descritas con mayor precisión tras la reforma de 1983. Son comunes a los dos tipos de reincidencia (específica y genérica) los requisitos de «delinquir» y la «condena ejecutoria» (esto es, firme, noción jurídica bien precisa). La llamada reincidencia específica exige «identidad de capítulo», y cualesquiera que sean las objeciones que puedan hacerse a la sistemática del C.P., la previsibilidad de las consecuencias de la propia conducta es perfecta: basta con mirar si los tipos pertenecen o no al mismo capítulo del Código. Este dato formal es mucho más fácil de comprobar, y permite mucha mayor certeza que el empleo de conceptos como el de «delito que lesione el mismo bien jurídico». Respecto a la denominada «reincidencia genérica», la condena ejecutoria anterior o las condenas anteriores habrán identificado con precisión los delitos cometidos; no ofrece entonces mayor dificultad determinar qué pena les señala el Código. De este modo, para el aplicador del Derecho, y en general para los destinatarios de las normas penales, el art. 10.15 C.P. es de las normas que permiten mayor y mejor previsibilidad al programar la propia conducta.

d) La objetiva y razonable fundamentación de la agravación de la pena en caso de reincidencia (art. 10.15 C.P.), impide apreciar la infracción del art. 14 C.E. que pretende razonar el fundamento 8.º del auto de planteamiento. Es doctrina constante de este Tribunal que el art. 14 C.E. no ofrece base para fundamentar reproches de «discriminación por indiferenciación» (entre otras, SSTC 86/1985, fundamento jurídico 3.º y 19/1988, fundamento jurídico 6.º), lo que de por sí bastaría para rechazar el argumento, aunque, en cualquier caso, no hay arbitrariedad ninguna en que el legislador penal haya incluido la «condena ejecutoria» como elemento del supuesto de hecho de la reincidencia. De otra parte, la diferenciación de categorías o clases de reincidentes que el Auto propone, según que hayan cumplido o no su pena, es irrelevante en la lógica interna de la agravante del art. 10.15 C.P., pues lo esencial de ésta es la comprobación de una repetición de ciertos tipos de conductas delictivas, no la efectiva ejecución (administrativa) de las penas impuestas. Y el argumento que pretende asentarse en el art. 73 de la Ley General Penitenciaria tampoco es conducente, dado que la plena reintegración de quien cumplió la pena en el ejercicio de sus derechos ciudadanos, la prohibición de que los antecedentes sean causa de discriminación, no sustraen al imperio de la Ley penal ni dispensan de la aplicación, cuando proceda, de la regla del art. 10.15.

e) Tampoco la agravante de reincidencia constituye trato degradante (art. 15 C.E.). Para el Juez *a quo* «pena degradante» es la «pena no justificada por el logro de fines legítimos que ocasiona al reo un padecimiento inútil para él mismo y para la sociedad, dada la presumible imposibilidad de obtener fines de prevención general o especial que no se hayan conseguido con la pena precedentemente impuesta». Pero esta tesis es rechazable, pues identifica pena degradante con pena excesiva. Ambos conceptos pueden distinguirse. Pena degradante es la que provoca «una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena» (SSTC 65/1986, fundamento jurídico 4.º, y 89/1987, fundamento jurídico 2.º); advierte, además, la STC 65/1986 que la calificación de una pena como degradante «depende de la ejecución de la pena y de las modalidades que esta reviste». A la luz de esta doctrina, no puede entenderse que las consecuencias de la apreciación de la reincidencia idénticas que las previstas para cualquier otra agravante: art. 61.2 C.P. tengan nada de degradantes.

f) Carecen de fundamento las supuestas infracciones del art. 24 C.E. que se afirman por el Juez al plantear las cuestiones. En primer término, la apreciación de la agravante de reincidencia nada tiene que ver con el respeto debido a las Sentencias penales con autoridad de cosa juzgada. Tener en cuenta una condena precedentemente impuesta para agravar la pena por otros hechos punibles, cometidos posteriormente no afecta para nada a la fuerza de cosa juzgada material de la primera Sentencia. En segundo término, no es exacta la descripción de la norma cuestionada -art. 10.15 C.P.- como presunción legal *iuris et de iure* contradictoria con la presunción de inocencia. El legislador nada presume: califica como agravante la repetición de una conducta delictiva en ciertos supuestos. La propia pluralidad de posibles presunciones *iuris*

et de iure (de perversidad, de mayor antijuricidad, etc.) muestra que no hay en realidad tal presunción legal. Por establecer con carácter general la agravante de reincidencia, el legislador no ha anticipado tratamiento de culpable o quien no ha visto enervada en debida forma su presunción de inocencia. Esta agravante sólo podrá ser apreciada dentro de un proceso penal en el que se haya respetado el derecho a ser presumido inocente y los demás del art. 24.2 C.E.

g) Por último, tampoco es aceptable el argumento de que el art. 10.15 C.P. viola el principio *non bis in idem*, que la jurisprudencia constitucional considere englobado en el art. 25.1 C.E., puesto que con la agravación de la pena *ex art.* 10.15 C.P. no se vuelve a castigar el hecho anterior o los hechos anteriores, sino sólo el posterior, cuyo castigo se agrava en atención a que este hecho, el posterior, tiene como rasgo propio y característico el de ser un hecho repetido (y repetido en poco tiempo relativamente, dado el tenor de la cláusula de «prescripción de la reincidencia» contenida en el párrafo segundo del art. 10.15 C.P.). Es claro que la repetición presupone por necesidad lógica una referencia a lo anterior que se repite. Pero sólo en virtud de un encubierto tropo o figura retórica puede decirse que al sancionar un hecho delictivo repetido más gravemente, precisamente porque repetido, se vuelve a sancionar el hecho anterior. El *idem* del principio *non bis in idem* requiere identidad completa y estricta del hecho pluralmente sancionado. La agravante que consideramos queda así fuera del círculo propio de este principio.

6. El Fiscal General del Estado, en su escrito de alegaciones presentado el 3 de octubre de 1989 en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1.407/1989, luego reiterado respecto de las demás cuestiones, señala que el estudio de la cuestión planteada ha de partir de una consideración breve, pero necesaria, sobre la agravante de reincidencia y una posterior profundización acerca de la posible inconstitucionalidad del art. 10.15 del Código Penal en relación con los artículos de la Constitución mencionados por el Juez promovente.

En primer término, es de notar que el Juez, como premisa de denuncia de inconstitucionalidad, se ha posicionado claramente en una opción doctrinal que preconiza la abolición de la agravante, conteniendo, a este respecto, el Auto de planteamiento afirmaciones apodicticas y apriorísticas sobre la materia debatida. Es cierto que históricamente ha existido una tendencia doctrinal preconizadora de la no apreciación de la agravante (Carmignani, Merkel, Tissot) y aun casos aislados en que algún autor ha sostenido su apreciación como atenuante (Kleinshrod), lo que tiene continuadores en nuestros días (entre otros, Mir Puig). Pero no es menos cierto que un sector muy amplio de la doctrina histórica actual estima que los Códigos penales deben seguir conteniendo tal circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal como agravante en lista de autores tan amplia como innecesaria de mencionar aquí. El Derecho comparado acoge, asimismo, la reincidencia como agravante en la parte general de los Códigos penales, pudiéndose citar a título de ejemplo por pertenecer a nuestra misma área cultural y jurídica los siguientes: a) El Código Penal italiano de 1930, en su art. 99, bajo la denominación de *recidiva*, ocupando su tratamiento todo el Capítulo Segundo; b) El Código Penal argentino aprobado por Decreto de 21 de diciembre de 1984, en su Título VIII, art. 50, y los efectos agravatorios en el 52; c) El Código Penal austriaco de 1974, que contiene penas agravatorias para los reincidentes en sus arts. 39 y 40; d) El Código Penal alemán federal de 1976, en su art. 48; e) El Código Penal portugués, definiendo la reincidencia en el art. 76 y conteniendo los efectos agravatorios de la misma en el art. 77; f) El Código Penal francés, que en su art. 56 contiene tanto la definición como los efectos agravatorios de la misma en el art. 77; g) El Código Penal de la R.D.A., en su art. 44; h) El Código Penal suizo, en su art. 67.

Con todo ello se pone de manifiesto que, sin perjuicio de tendencias que puedan existir en un futuro más o menos inmediato, la punición de los reincidentes tiene apoyo doctrinal y de Derecho positivo comparado suficiente y que, cuando el legislador la ha plasmado en el catálogo de agravantes en el art. 10 del Código Penal, no ha hecho sino ejercer una opción legítima que entra dentro del marco de sus facultades sin que por ello haya una oposición a la consideración de Estado español como democrático de Derecho, ni a la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 C.E.). No podía ser de otra forma, ya que la punición de los reincidentes tiene un fundamento racional y lógico cual es que los mismos revelan una actitud de mayor desprecio y rebeldía frente a los valores jurídicos que aquéllos tuvieron ocasión de apreciar, no sólo en su formulación abstracta e impersonal por parte de la Ley, sino sobre sí mismos «en carne propia» y en la medida en que ni siquiera ello ha servido para motivar al autor de forma suficiente para que no cometiera la nueva infracción. En este sentido, no es de recibo el argumento de error sobre la reincidencia puesta de manifiesto en el Auto, en el caso de desconocimiento por el delincuente de haber sido condenado, pues es de casi imposible producción dado el sistema procesal español respecto a la citación, presencia en juicio y notificación personal de la Sentencia al condenado.

De otra parte, es necesario poner de manifiesto, siquiera ser brevemente, la evolución legislativa de la reincidencia, ya que en su decurso legislativo la formulación de tal agravante y sus efectos sobre la pena viene marcada por continuas suavizaciones y paliativos. En efecto,

desde su formulación con redacción parecida a la actual han venido operando sobre ella las siguientes modificaciones: a) La Ley de 28 de diciembre de 1978 suprime la fórmula de la doble reincidencia sustituyéndola por la multirreincidencia, exigiendo que la condena lo sea en varias Sentencias y que en alguna se haya apreciado ya la circunstancia de reincidencia. Asimismo, se introduce la institución de la prescripción de la reincidencia al haberse producido la cancelación de antecedentes en el Registro de Penados y Rebeldes y el transcurso de determinado plazo que no podría nunca exceder de diez años; b) la Ley de 25 de junio de 1983, en la que se suprime la institución de la doble reincidencia y sus efectos agravatorios (arts. 10.15 y 61, regla 6.ª, del Código Penal), equiparándose reiteración y reincidencia; y se derogan los arts. 515, 4.º, y 528, 4.º, y el 587, 1.º, del Código Penal, impidiendo en lo sucesivo la conversión de faltas de delitos a consecuencia de condenas anteriores. Asimismo, en base a la interpretación no formalista que postuló el Tribunal Constitucional de la norma del último inciso del art. 10.15, en su STC 64/1983, se entiende que «los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que hubiesen podido serlo», lo que quiere decir que aun cuando no esté formalmente cancelado el antecedente penal, el Tribunal lo tendrá en cuenta. En esta reforma también se deroga la pena de privación definitiva del carné de conducir por repetición de condenas (arts. 340 bis y 565, párrafo 6.º, del Código Penal). En base al principio de universalidad de la Ley Penal y acorde a la extensión y persecución de graves delitos, se mantuvieron los preceptos de los 289, 344 y 452 bis, atinentes respectivamente a falsificación de moneda, tráfico de drogas y prostitución.

De lo anterior y a los efectos que aquí interesan, si conviene resaltar: 1) Que no existe actualmente la obligación de imponer la pena en el grado máximo como en el texto anterior a 1983, sino que se otorga libertad al Juez para imponer la pena en el grado medio o máximo. 2) No hay en ningún caso de apreciación de la agravante la posibilidad de subir la pena a la superior en grado (derogación de regla 6.ª del art. 61). 3) Existen unos plazos que, una vez transcurridos, imposibilitan al Juez o Tribunal la apreciación de la agravante de reincidencia, por presumir el legislador que ha existido una rehabilitación de la conducta del hasta entonces reincidente y por no existir tampoco un interés social en la punición agravada.

En segundo término, una vez delimitado el marco legal en el que la agravante de reincidencia se mueve, es preciso analizar si la inclusión de la reincidencia en el Código Penal como opción legítima del legislador, y la producción de efectos agravatorios, supone un choque frontal con los postulados constitucionales y, en concreto, con los artículos del texto fundamental a que el Auto se refiere. Al respecto formula, en síntesis, las siguientes consideraciones:

a) La mencionada en el Auto inconstitucionalidad de la agravante por la oposición a la concepción de Estado democrático ha de estimarse como invocación meramente retórica, pues ello supondría descalificar a lo que los legisladores europeos han plasmado en sus respectivos Códigos penales, sin que, por lo demás, la fundamentación que se ofrece obedezca o tenga relación con la idea de Estado democrático y conculque en forma alguna la declaración programática del art. 1 de la Constitución. Se contienen aquí una serie de afirmaciones apriorísticas que conciernen propiamente al campo de la controversia doctrinal. Baste, por ejemplo, la afirmación de que «la agravante no supone en el sujeto una mayor culpabilidad» cuando cierto es que, desde muy antiguo, el debate sobre el fundamento de la agravación coexiste teoría de autores que se decantan por la base de la mayor culpabilidad, la mayor peligrosidad del sujeto, la mayor gravedad del injusto y las teorías mixtas que atienden a la combinación de varias causas.

Lo mismo ocurre con la afirmación de que la pena impuesta al reincidente no produce eficacia preventiva general, o aquella que se refiere a la que la Constitución consagra la culpabilidad por el hecho y no por el autor, basada en una lectura de equivocada interpretación del art. 25.1 y 24.2 *in fine*, que obviamente no permiten inferir la constitucionalidad de un derecho penal del hecho y no del autor.

b) La seguridad jurídica consagrada en el art. 9.3 de la Constitución no es, en ningún modo, atacada por la agravante de reincidencia. El agente delictual es plenamente conocedor, antes de delinquir, de que una conducta suya antijurídica antecedida de una condena es más grave que la del que delinque por primera vez. La seguridad jurídica le viene garantizada por la plasmación de la norma en momento anterior al delito. Basta para la apreciación de la agravante el conocimiento genérico de la antijuridicidad de su conducta. La noción de que repetir una conducta antijurídica es más grave que llevarla a cabo por primera vez se capta desde la infancia. La imposición de la pena o de una circunstancia de agravación no puede, pues, depender del conocimiento específico del artículo del Código Penal (sólo entonces, podrían delinquir los versados en derecho), sino de la conciencia de la antijuridicidad.

c) La opción legislativa de agravar la conducta del delincuente reincidente no está ausente de un fundamento razonable, motivo por el cual la agravante cuestionada no infringe el principio de igualdad consagrado en el art. 14 de la Constitución. Es más, argumentando de contrario, se podría llegar a la conclusión de que, igualando el reincidente con el no reincidente, se estaría creando para este último un omisivo agravio comparativo.

d) Carece de todo fundamento la aducida conculcación del art. 15 de la Constitución por la agravante de reincidencia, por suponer un trato degradante para el delincuente. A este respecto es ilustrativa la propia Sentencia que se cita en el Auto de planteamiento de la cuestión -STC 65/1986-, en la que se manifiesta que la calificación de una pena como inhumana o degradante depende de su ejercicio y de las modalidades que reviste, de forma que por su propia naturaleza la pena no acarree una humillación o envilecimiento superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena. Queda claro, pues, que tal artículo constitucional se refiere, no a la pena en sí, ni a su imposición, sino a su significado y cumplimiento, por lo que la simple apreciación de la agravante de reincidencia y consiguiente elevación de la pena no supone vulneración constitucional de ningún género.

e) Por lo que respecta a la inconstitucionalidad de la reincidencia por vulneración del principio de presunción de inocencia al establecer una presunción *ius et de iure* de que en una persona se presume una mayor culpabilidad o peligrosidad por el hecho de haber delinquir, no aparece clara la conexión establecida. En principio, la presunción de inocencia versa sobre el juicio de participación en el hecho criminal de un individuo y no sobre las circunstancias agravantes. No obstante, si el material probatorio de que dispusiera el Tribunal para la apreciación de la agravante de reincidencia se revelara como insuficiente, podría conectarse la reincidencia con la presunción de inocencia y, en este sentido, se produciría una equiparación entre prueba de cargo para la determinación de la autoría y prueba de cargo para la determinación de circunstancia que agrava la pena.

No es este, sin embargo, el planteamiento del Juez promotor de la cuestión al estimar que en la agravante de reincidencia se está presumiendo la continuación en la mayor peligrosidad, perversidad o desprecio a la ley sin que se le permita al delincuente la prueba en contrario. Pero todo este planteamiento nos llevaría a la consideración de cuestionar la constitucionalidad de gran parte del ordenamiento penal, a la eliminación del Código de todos los delitos de peligro abstracto, a la práctica de una prueba diabólica ante los Tribunales sobre la continuación o no de la tendencia criminal y a la revisión del sistema de la rehabilitación que se produce por el mero transcurso del tiempo.

f) En el Auto judicial que plantea la cuestión de inconstitucionalidad se hace derivar de la Constitución el principio de culpabilidad -*nullum crimen sine culpa*- en la acción combinada de lo previsto en los arts. 1.1, 9.3, 25.1 y 10.1 de la misma. Sin embargo, ni de una lectura detenida del articulado citado, ni del estudio del mismo a la luz de la jurisprudencia constitucional, puede deducirse tal consecuencia (a tal efecto reproduce el fundamento tercero de la STC 65/1986), pues ni aparece clara la institucionalización del principio de culpabilidad, ni el citado principio vendría conectado, en todo caso, con el art. 25.1 C.E. en supuestos de pena superior a la que marca la ley en relación con la culpabilidad en el supuesto concreto. De otra parte, además, el principio de culpabilidad, enraizado en nuestro sistema penal desde la reforma del Código Penal por Ley 8/1983, opera sobre el núcleo del delito (acción, relación causal y resultado), no presentando conexión alguna con las circunstancias que pueden agravar la conducta y cuya definición corresponde al legislador.

g) El juicio seguido al reincidente y su castigo no supone una conculcación del principio *non bis in idem*, derivado del de legalidad y tipicidad consagrado en el art. 25.1 de la C.E. En efecto, cuando se juzga al reincidente se está valorando un nuevo delito cometido respecto al cual se lleva a cabo por el Tribunal un juicio de culpabilidad en el que no se toma en consideración la existencia de delitos anteriores, con lo que quiebra la identidad objetiva. La agravante no opera de esta forma sobre el núcleo que viene constituido por un hecho distinto con esfera diversificada en cuanto a lugar, tiempo y circunstancias de su comisión, pues el hecho en su zona nuclear no resulta de nuevo enjuiciado. Lo que ocurre es que el legislador, por la misma razón que considera unos delitos más graves que otros, ha estimado, en opción constitucionalmente válida, que la persistencia en el delito y la rebeldía ante la norma debe tener como correlato una superior pena, atendido los fines de prevención general y especial que persigue el Código Penal.

h) Por último, tampoco supone la agravante de reincidencia ataque al art. 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que se reproduce de modo incompleto en el Auto judicial. Lo único que quiso el legislador internacional es proscribe la irretroactividad de la Ley penal más favorable, que se recoge asimismo en el sistema español del Código Penal plasmado en el art. 24 del C.P. Con ello, se trata por un lado de impedir que se aplique con carácter retroactivo una pena más grave introducida en momento legislativo posterior a la comisión del hecho y, por otro, que las reformas legislativas que reduzcan penas tengan aplicación retroactiva. Y, como se puede deducir, tiene escasa o nula relación tal disposición internacional con la prohibición de la aplicación de la agravante de reincidencia.

Por lo expuesto, el Fiscal interesa la desestimación de las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas.

7. Por Auto de 24 de abril de 1990, el Pleno acordó acumular las cuestiones de inconstitucionalidad núms. 2.187/1989, 187/1990 y 188/1990 a la registrada con el núm. 1.407/1989.

8. Por providencia de 2 de julio de 1991 se acordó señalar el día 4 del mismo mes y año para deliberación y votación de la presente Sentencia.

II. Fundamentos jurídicos

1. Las presentes cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas tienen por objeto decidir sobre la constitucionalidad del art. 10, núm. 15, del Código Penal, que regula la agravante de reincidencia, en cuanto pudiera ser contrario a lo dispuesto en los arts. 1.1, 9.3, 10.1, 14, 15, 24.1 y 2 y 25.1 de la Constitución. Pero previamente a resolver sobre la presunta inconstitucionalidad de la norma cuestionada es necesario precisar, siquiera sea sucintamente, cuál es el régimen jurídico de la agravante de reincidencia.

2. La reincidencia está regulada en el Código Penal -art. 10, núm. 15- como circunstancia agravante dentro del Capítulo Cuarto del Libro I, que se refiere a las «circunstancias que agravan la responsabilidad criminal». En concreto, el art. 10.15 C.P. tiene la siguiente redacción:

«Ser reincidente.

Hay reincidencia cuando al delinquir el culpable hubiese 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 aquella señala pena menor.

La condena de un Tribunal extranjero será equiparada a las Sentencias de los Tribunales españoles, siempre que hubiese sido impuesta por delito relacionado con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes.

A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que hubiesen podido serlo».

De otra parte, el Código Penal se refiere a la reincidencia en distintos artículos. Así, el art. 118, al regular el régimen jurídico de la rehabilitación, ordena que «en los casos en que, a pesar de cumplirse los requisitos establecidos en este artículo para la cancelación por solicitud del interesado, éste no hubiese instado la rehabilitación, el Juez o Tribunal sentenciador, acreditadas tales circunstancias, no apreciará la agravante y ordenará la cancelación (art. 188, núm. 3, *in fine*), así como que «en los supuestos de reincidencia los términos de la cancelación se incrementarán en un 50 por 100 (art. 118, núm. 4). Los arts. 289, 344 bis f) y 452 bis f) prevén la denominada reincidencia internacional para los delitos de falsificación de moneda y billetes del Estado y Banco, contra la salud pública, y relativos a la prostitución, respectivamente.

La principal consecuencia de la reincidencia, en cuanto agravante, consiste, según dispone el art. 58 del Código Penal, en la obligatoriedad de tomarla en consideración para aumentar la pena en los casos y conforme a las reglas que se prescriben en esta Sección (esto es, Sección 2.ª del Capítulo Cuarto del Libro I del Código Penal, que en su versión vigente, dada por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, mitiga el rigor y automatismo de la anterior regulación). Más concretamente, la agravante de reincidencia, como cualquier otra circunstancia agravante, ha de ser tenida en cuenta por los Tribunales para determinar el grado de imposición de la pena y, dentro de los límites de cada grado, la extensión de la pena (art. 61 C.P.). Otros efectos de la reincidencia en el delito son: 1) La exclusión de la posibilidad de gozar de indulto a tenor de la Ley de 18 de junio de 1870, salvo los supuestos excepcionales autorizados en la misma Ley; 2) La imposibilidad de beneficiarse de la suspensión de condena, dada la exigencia del art. 93.1 del Código Penal de que el reo haya delinquirido por primera vez; 3) La interrupción de la prescripción de la pena (art. 116 C.P.); 4) La revocación de la libertad condicional, con pérdida de tiempo que el condenado gozó de esta situación (art. 99 C.P.), y 5) La toma en consideración de la reincidencia en el art. 504 de la LECrim., a efectos de la prisión provisional.

3. No obstante dicha regulación legal, no existe precepto alguno que proporcione una aproximación sobre cuál sea la naturaleza, fundamento y razón de ser de esta circunstancia agravante de la responsabilidad criminal. La institución de la reincidencia, como respuesta al fenómeno de la recaída en el delito, ha sido objeto de especial preocupación para el legislador penal, tanto español como extranjero, así como de análisis y comentario tanto de la doctrina como en la jurisprudencia, que, por lo demás, no llegan en forma alguna a conclusiones unánimes y compartidas. En efecto, basta con señalar, sin ánimo de exhaustividad alguna, que las interpretaciones varían, de una parte, en lo que se refiere a su propia naturaleza, pues de un lado se formulan tesis que entienden que la reincidencia -como las otras agravantes y las circunstancias atenuantes- sólo afecta a la pena por ser algo externo al delito como formulación jurídica, y, de otro, se mantienen posturas que reconducen a la agravante en cuestión al ámbito del delito. Tampoco hay unanimidad en cuanto a su fundamento, pues los argumentos esgrimidos por la doctrina y por la jurisprudencia para justificar los efectos agravatorios de la responsabilidad criminal son numerosos y diferentes, incluso contradictorios entre ellos. Así, por ejemplo, de entre los muchos criterios expuestos, cabe reseñar los siguientes: los que entienden que el fundamento de la agravante radica en la mayor peligrosidad del autor; en su mayor culpabilidad, bien por

la conducta de vida o por el acto aislado; en la insuficiencia de las penas impuestas por el anterior o anteriores delitos a efecto de la prevención sobre el delincuente; en la perversidad del reo; en la habitualidad del delincuente; en el desprecio y rebeldía del reincidente frente al Ordenamiento jurídico, etc.

Pero si bien la reincidencia es desde antiguo en la doctrina penal una de las instituciones más controvertidas, tanto en lo que se refiere a su naturaleza jurídica como a su fundamentación y razón de los efectos que produce, es clara y precisa, aunque discutida, la finalidad y consecuencia de su apreciación: su necesaria consideración para aumentar la pena en los casos y conforme a las reglas prescritas en el Código Penal (arts. 58 y ss. C.P.), y la exclusión de determinados beneficios penales y penitenciarios.

Y en este sentido es igualmente claro que, para resolver sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la agravante de reincidencia -art. 10.15 C.P.- hay que atender, no a las construcciones doctrinales formuladas respecto de la agravante ahora cuestionada, sino única y exclusivamente a la regulación y efectos que el Código Penal establece respecto de la misma, para comprobar si la determinación de una pena superior por el hecho de la concurrencia de la reincidencia es o no conforme con la Constitución. Al respecto, no es ocioso recordar que el parámetro a utilizar para resolver sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma cuestionada es la propia Constitución, y no determinadas categorías dogmáticas jurídico-penales, sobre las que no corresponde pronunciarse a este Tribunal.

4. La constitucionalidad del art. 10.15 del Código Penal ha sido cuestionada por el Juzgado de Instrucción de Daroca, en primer término, en razón a la posible contradicción de dicha norma con los principios de culpabilidad y proporcionalidad de la pena, implícitos -se dice en los Autos de planteamiento- en las cláusulas del art. 1.1 C.E. en relación con el reconocimiento del principio de legalidad (arts. 9.3 y 25.1 C.E.) y la contemplación de la dignidad del hombre como fundamento del orden político (art. 10.1 C.E.).

Para resolver este motivo que se aduce de inconstitucionalidad es necesario, primeramente, tener en cuenta que las normas constitucionales relativas a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad consagradas en el art. 10.1 C.E., así como los valores superiores recogidos en el art. 1.1 C.E., si bien integran mandatos jurídicos objetivos y tienen un valor relevante en la normativa constitucional, no pretenden la consagración constitucional de ninguna construcción dogmática, sea jurídico-penal o de cualquier otro tipo. Por tanto, no cabe fundar la inconstitucionalidad de un precepto en su incompatibilidad con doctrinas o construcciones presuntamente consagradas por la Constitución; tal inconstitucionalidad derivará, en su caso, de que el precepto en cuestión se oponga a mandatos o principios contenidos en el Texto constitucional explícita o implícitamente. Resulta así que para resolver la duda sobre la constitucionalidad de la norma cuestionada han de obviarse la mayor parte de los argumentos esgrimidos por el Juez, pues con independencia de la mayor o menor solidez de su construcción dogmática, su misma utilización como parámetro supondría tanto como tomar indebidamente partido por una determinada postura doctrinal acerca de la naturaleza y la ratio de la institución de la reincidencia, postura que, aun siendo compatible con los mandatos constitucionales, no es la única posible en relación con ellos.

a) En este sentido, por lo que se refiere a la contradicción del art. 10.15 del Código Penal con el principio de culpabilidad penal, los Autos de planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad parten de una premisa inexistente, a saber, que la Constitución ha optado por una doctrina de la culpabilidad, más concretamente la de la «normalidad de la motivación». Pero es indudable, conforme a lo antes expuesto, que esta suposición carece de todo fundamento, y, consecuentemente, no cabe apreciar la inconstitucionalidad denunciada. En efecto, la C.E. consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal; de manera que no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal «de autor» que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos (SSTC 65/1986, 14/1988 y otras). Pero la consagración constitucional de este principio no implica en modo alguno que la Constitución haya convertido en norma un determinado modo de entenderlo, como es el de la «normalidad de la motivación». De otra parte, tampoco este entendimiento del principio de culpabilidad permite sostener, como afirma el Juez proponente, que la compleja regulación de la reincidencia no permite a los ciudadanos aprehenderla normalmente ni prever, por tanto, las consecuencias de sus actos.

b) Tampoco la C.E. erige a la prevención especial como única finalidad de la pena; antes al contrario, el art. 25.2 no se opone a que otros objetivos, entre ellos, la prevención general, constituya, asimismo, una finalidad legítima de la pena, razón por la cual el mismo planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad (que estiman que la agravante no responde a fines preventivos ni resocializadores), en este concreto aspecto, aparece desprovisto de base. En primer término, el art. 25.2 C.E. no resuelve sobre la cuestión referida al mayor o menor ajustamiento de los posibles fines de la pena al sistema de valores de la C.E. ni, desde luego, de entre los posibles -prevención general; preven-

ción especial; retribución, inserción, etc. - ha optado por una concreta función de la pena en el Derecho penal. Como este Tribunal ha afirmado en otras ocasiones, el art. 25.2 C.E. contiene un mandato dirigido al legislador penitenciario y a la Administración por él creada para orientar la ejecución de las penas privativas de libertad (por todas, SSTC 19/1988 y 28/1988), pero no establece que la reeducación y la inserción social sean las únicas finalidades legítimas de las penas privativas de libertad. No cabe, por tanto, estimar inconstitucional la agravante de reincidencia por no ajustarse a los «fines constitucionales» de la pena.

En segundo término, el juicio de proporcionalidad de la pena, prevista por la Ley con carácter general en relación a un hecho punible, es competencia del legislador, en función de los objetivos de política criminal que adopte dentro del respeto a los derechos fundamentales de la persona en un Estado social y democrático de Derecho, como el que la C.E. consagra en su art. 1.1. En efecto, el juicio sobre la proporcionalidad de la pena, tanto en lo que se refiere a la previsión general en relación con los hechos punibles como a su determinación en concreto en atención a los criterios y reglas que se estimen pertinentes, es competencia del legislador en el ámbito de su política criminal, siempre y cuando no exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad penal derivado de ella (STC 65/1986, antes citada); lo que no cabe extraer, en todo caso y necesariamente, de la apreciación de la circunstancia agravante de reincidencia, ya que ésta ha de ser tenida en cuenta por los Tribunales únicamente dentro de unos límites fijados por cada tipo penal concreto y su respectiva sanción: es decir, para determinar el grado de imposición de la pena y, dentro de los límites de cada grado, la extensión de la pena. Por tanto, no cabe apreciar, desde esta perspectiva, la inconstitucionalidad del art. 10.15 C.P.

5. Un segundo grupo de razonamientos aducidos en los Autos de planteamiento para promover la cuestión de inconstitucionalidad se basan en la presunta infracción por el art. 10.15 del C.P. de los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad consagrados en el art. 9.3 C.E. en relación con el art. 25.2 C.E. Se afirma al respecto, en síntesis, de una parte, que la regulación que el art. 10.15 del C.P. hace de los distintos supuestos en los que concurre la reincidencia como agravante puede suponer para el delincuente un obstáculo para el cumplido conocimiento de las consecuencias jurídicas de sus actos. De otra parte, que el aumento de la segunda o sucesivas penas, sobre la base de la ineficacia de la pena anterior, constituye un ejercicio arbitrario del *ius puniendi* del Estado.

Pero ninguno de estos argumentos puede servir para estimar que el art. 10.15 C.P. sea contrario a los arts. 9.3 y 25.2 C.E. En primer lugar, es doctrina reiterada de este Tribunal la de que no vulnera la exigencia de *lex certa*, como garantía de la certidumbre o seguridad jurídica, el empleo en las normas sancionadoras de conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia que permitan prever, con suficiente seguridad, la conducta regulada (SSTC 122/1987, 133/1987, 69/1989 y 219/1989). Con arreglo a la doctrina citada, ningún reproche de inseguridad cabe hacer a la agravante de reincidencia, pues la lectura del art. 10.15 C.P. permite afirmar que los supuestos de reincidencia contemplados -específica y genérica- están descritos con la necesaria claridad y precisión, de tal modo que no suscitan ninguna incertidumbre razonable sobre los supuestos en los que la reincidencia juega como circunstancia agravante de la responsabilidad criminal.

En segundo lugar, la aducida infracción del principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 C.E.), en la forma en que el Juez la razona, aparece como simplemente retórica. En efecto, de un lado, no se comprende en qué medida la imposición de una pena superior para el reincidente constituye un ejercicio arbitrario del *ius puniendi* del Estado puesto en relación con el fracaso del tratamiento penitenciario del anterior o anteriores delitos. De otro lado, la tesis de que la agravación de la pena por reincidencia viola el principio de interdicción de la arbitrariedad, por cuanto que con ello se combate un estado peligroso, tiene como presupuesto previo la toma de postura doctrinal del Juez acerca de que la agravante del art. 10.15 C.P. se basa en la peligrosidad del reincidente, y, en consecuencia, se incide también en este concreto punto en el error de utilizar, como parámetro de constitucionalidad, una determinada concepción dogmática de la agravante cuestionada.

6. El tercero de los motivos de inconstitucionalidad advertidos por el órgano judicial que suscita las cuestiones sobre el art. 10.15 C.P. consiste en la contradicción de dicho precepto con el derecho a la igualdad del art. 14 C.E. A juicio del órgano judicial, la infracción advertida es doble: De un lado, el art. 10.15 C.P., en relación con el art. 61, regla 2.ª, del mismo Código, supone un injustificado trato de desfavor respecto de los reincidentes, que ven agravada la pena que se les impone. Y de otro, el precepto cuestionado es discriminatorio en cuanto trata igualmente al reincidente que cumplió efectivamente condena y aquel que fue ejecutoriamente condenado pero no la cumplió.

Tampoco estos alegatos ponen de manifiesto la supuesta inconstitucionalidad del art. 10.15 C.P. Basta con señalar al respecto, en primer término, que es doctrina constante de este Tribunal la de que el

principio constitucional de igualdad (art. 14 C.E.), además de impedir las discriminaciones específicamente descritas, obliga al legislador a no introducir entre los ciudadanos diferenciaciones carentes de todo fundamento razonable, esto es, no orientadas a la obtención de un fin constitucionalmente lícito, o no articuladas en torno a rasgos o elementos que resulten pertinentes para la diferenciación normativa (por todas, STC 19/1988, antes citada). En consecuencia, y considerada no arbitraria la opción legislativa de aumentar la pena a imponer para el delincuente reincidente, forzoso es concluir que de la misma regulación legal de la agravante de reincidencia se desprenden los criterios objetivos tenidos en cuenta por el legislador para establecer un trato punitivo distinto para los delincuentes reincidentes respecto de los no reincidentes. Como señala el Abogado del Estado, tan razonable es sostener que la lesión de un bien jurídico es más grave cuando es repetida (con los requisitos de la reincidencia) como sostener lo contrario: se trata de juicios no arbitrarios de valor, compatibles ambos con la C.E.

En segundo término, y aparte de que este Tribunal se ha pronunciado repetidamente en el sentido de que el principio constitucional de igualdad no puede fundamentar un reproche de discriminación por indiferenciación (SSTC 86/1985 y 19/1988), no cabe ignorar que el cumplimiento o no de la pena impuesta en su momento no puede erigirse en factor razonable de diferenciación de trato, cuando lo que está en la base de la agravante es una condena ejecutoria, y no el hecho de su efectivo cumplimiento, irrelevante a los efectos de la mayor o menor reprochabilidad penal de la conducta sancionada.

7. La duda de constitucionalidad del art. 10.15 C.P. se ha planteado también por entender que constituye un trato degradante, contrario al art. 15.1 C.E., el que el legislador dispensa al sujeto reincidente, en cuanto veta al juzgador la posibilidad de imponerle la pena legalmente prevista por un hecho concreto en su grado mínimo. En este sentido, razona el Juez, la pena es degradante porque, de una parte, valora al penado que debería haber sido reintegrado en el ejercicio de todos sus derechos -art. 73 de la Ley General Penitenciaria- al mismo nivel que el reo que tiene penas pendientes de cumplimiento; y, de otra, es una pena no justificada, dada la presumible imposibilidad de obtener fines de prevención general o especial que no se hayan logrado con la pena anterior.

Son necesarias algunas precisiones para situar correctamente, en la medida de lo posible, las tachas de inconstitucionalidad aducidas. En primer lugar, según tiene afirmado este Tribunal, pena degradante es la que provoca «una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena» (SSTC 65/1986 y 89/1987), y su calificación como tal «depende de la ejecución de la pena y de las modalidades que reviste (STC 65/1986). Es claro al respecto que la previsión del legislador de una mayor pena -no sólo de las privativas de libertad- por la concurrencia de la agravante de reincidencia, o por cualquier otra agravante, no constituye, de suyo, un trato inhumano o degradante a la luz de la doctrina expuesta. Asimismo, es necesario reiterar, como ya se dijo, que el juicio sobre la proporcionalidad de la pena corresponde en principio al legislador (fundamento jurídico 4.º).

En segundo lugar, y en relación con los otros argumentos utilizados, el Juez promotor da por supuestas determinadas cuestiones dogmáticas, lo que acarrea sin más la irrelevancia de dichos alegatos. En efecto, cuando se afirma que la apreciación de la reincidencia impide al juzgador la posibilidad de imponer la pena legalmente prevista para un hecho en su grado mínimo, o que la agravación por reincidencia no se justifica en ninguno de los fines de la pena, implícitamente se parte de concretas concepciones dogmáticas acerca de cuál sea la naturaleza de las circunstancias agravantes (esto es, sobre si las mismas afectan únicamente a la pena o pertenecen al ámbito del delito) y cuáles son los fines de la pena, respectivamente.

8. La inconstitucionalidad del art. 10.15 C.P. también se razona con base en supuestas infracciones del art. 24 C.E., en sus dos apartados. Pero de las infracciones aducidas sólo es necesario pronunciarse sobre la referida a los derechos a la presunción de inocencia y a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 C.E.), lo que a continuación se hará, dado que, de un lado, la denunciada violación del art. 24.1 C.E. por la «mutación de derechos legítimos por obra de una resolución judicial en aplicación de una norma constitucional», supone, como afirma el Abogado del Estado, el hacer un supuesto de la cuestión al partir de la inconstitucionalidad del art. 10.15 C.P., y, de otro lado, el argumento fundado en la presunta violación de la intangibilidad de la cosa juzgada, en realidad se confunde con la supuesta infracción del principio *non bis in idem*, que será objeto de análisis en el siguiente fundamento jurídico.

Pues bien, por lo que se refiere a la presunta violación por la agravante de reincidencia de los derechos a la presunción de inocencia y a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa consagrados en el art. 24.2 C.E., se parte de la base de que la aplicación objetiva y automática de la agravante, cualquiera que sea el fundamento de la misma, entraña una presunción *iuris et de iure*, bien de perversidad, bien de desprecio a un bien jurídico tutelado por la Ley penal, o bien de culpabilidad o de peligrosidad, que no admite prueba en contrario y

contradice la presunción constitucional de inocencia, que ha de extenderse a cualquier elemento que constituye presupuesto de una medida represiva o de la agravación de la pena. Pero del propio planteamiento de la cuestión se deduce que la misma no guarda relación con los citados derechos fundamentales. En primer lugar, porque, aun admitiendo que la presunción de inocencia también verse sobre las circunstancias agravantes, lo que el Juez propugna no es tanto la prueba de los presupuestos previstos en el art. 10.15 del C.P. para poder apreciar la agravante, sino la acreditación, en cada caso concreto, de los supuestos fundamentos o razones tenidas en cuenta por el legislador al establecer la reincidencia como circunstancia agravante. Y ello supondría, aparte las dificultades apuntadas por el Fiscal en su escrito de alegaciones, confundir y convertir una relación de fundamentación —sumamente controvertida en el tema que nos ocupa, como pone de manifiesto el plural abanico de presunciones reseñadas por el Juez— en una *praesumptio legis* y en un supuesto o requisito no recogido en el art. 10.15 C.P.

9. La última duda que plantean las cuestiones es la posible inconstitucionalidad del art. 10.15 C.P. por infringir el principio de legalidad penal consagrado en el art. 25.1 C.E., una de cuyas exigencias es la prohibición del *bis in idem*. En cuanto a esa concreta cuestión, el Juez razona, en primer término, que la agravante de reincidencia supone una segunda sanción por un hecho que fue ya castigado. En segundo término, que la previsión contenida en el art. 25.1 C.E., *in fine*, que ha de interpretarse en el sentido de que «tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito», significa que el único momento constitucionalmente relevante para la determinación de la pena correspondiente a un sujeto por un delito es el momento de la comisión, sin que pueda tenerse en cuenta otro momento anterior.

La jurisprudencia de este Tribunal Constitucional ha reconocido, desde su Sentencia 2/1981, que el principio *non bis in idem*, aunque no aparece constitucionalmente consagrado de manera expresa, ha de entenderse integrado en los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidas en el art. 25.1 C.E. Dicho principio del *non bis in idem*, tal como lo ha venido interpretando este Tribunal (SSTC 2/1981, 159/1985, 23/1986, 66/1986, 94/1986, 107/1989 y 122/1990, entre otras) supone, a los efectos que aquí interesan, la prohibición de que, por autoridades de un mismo orden y a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente una misma conducta, por entrar esta posibilidad una inadmisibile reiteración en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado.

Pero del propio significado del *non bis in idem* se desprende que la agravante de reincidencia del art. 10.15 C.P. no conculca dicho principio constitucional. En efecto, la apreciación de la agravante de reincidencia supone, como al principio se exuso, la obligatoriedad de tomarla en consideración, como cualquier otra agravante, para aumentar la pena en los casos y conforme a las reglas que se prescriben en el propio Código (art. 58 C.P.), y, más concretamente, para determinar el grado de aplicación de la pena prevista para el delito y, dentro de los límites de

cada grado, fijar —discrecionalmente— la extensión de la pena. Es claro, en consecuencia, que con la apreciación agravante de reincidencia, ya se entienda que afecta al núcleo del delito o sólo a la modificación de la pena, no se vuelve a castigar el hecho anterior o los hechos anteriores, por lo demás ya ejecutoriamente juzgados —art. 10.15 C.P.— y con efectos de cosa juzgada (efectos que no se ven, pues, alterados), sino única y exclusivamente el hecho posterior. En este sentido, es una opción legítima y no arbitraria del legislador el ordenar que, en los supuestos de reincidencia, la pena a imponer por el delito cometido lo sea en una extensión diferente que para los supuestos de no reincidencia. Y si bien es indudable que la repetición de delitos propia de la reincidencia presupone, por necesidad lógica, una referencia al delito o delitos repetidos, ello no significa, desde luego, que los hechos anteriores vuelvan a castigarse, sino tan sólo que han sido tenidos en cuenta por el legislador penal para el segundo o posteriores delitos, según los casos, bien (según la perspectiva que se adopte) para valorar el contenido de injusto y su consiguiente castigo, bien para fijar y determinar la extensión de la pena a imponer. La agravante de reincidencia, por tanto, queda fuera del círculo propio del principio *non bis in idem*.

Finalmente, tampoco es aceptable el argumento de que no es conforme con la Constitución agravar la pena por hechos anteriores a la comisión del delito, que el Juez razona a partir de lo dispuesto en el art. 25.1, *in fine*, de la Constitución. Basta con señalar, al efecto, que la exigencia del art. 25.1 C.E. se refiere a la vigencia, en el momento de cometerse el nuevo delito, de la norma sancionadora; por ello, lo determinante, a efectos de la adecuación a la Constitución, es que se aplique una norma reguladora de la reincidencia que esté vigente en ese momento, según la exigencia de *previa lege*; norma que, como se ha dicho, no sanciona hechos anteriores, sino los constitutivos del nuevo delito, agravando la correspondiente pena.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar la cuestión planteada.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a cuatro de julio de mil novecientos noventa y uno.—Firmado: Francisco Tomás y Valiente.—Francisco Rubio Llorente.—Fernando García-Mon y González-Regueiral.—Carlos de la Vega Benayas.—Eugenio Díaz Eimil.—Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.—Jesus Leguina Villa.—Luis López Guerra.—José Luis de los Mozos y de los Mozos.—Alvaro Rodríguez Bereijo.—José Vicente Gimeno Sendra.—José Gabaldón López.