

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por
SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona

Sobre la constitucionalidad de la reincidencia en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional

I

La Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) n.º 150/91, de 4 de julio (Ponente Luis López Guerra) (1) vino a cerrar un período de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) en el que se había cuestionado la constitucionalidad de la estimación obligatoria de la agravante de reincidencia. En aquella sentencia se declaró la constitucionalidad de esta agravante y de los efectos que le asigna el Código penal, empezando por la «obligatoriedad de tomarla en consideración para aumentar la pena en los casos y conforme a las reglas... de la Sección 2.ª del Capítulo IV del Libro I del Código penal», esto es, «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. penal)». Desde la STS 6-4-90 una línea jurisprudencial de la Sala Segunda negaba la constitucionalidad de la obligatoriedad de este efecto agravante de la reincidencia. Con posterioridad a la importante STC 4-7-91 era de esperar que esta línea jurisprudencial no siguiera sosteniéndose, y así se reconoce expresamente en varias Sentencias de la Sala Segunda. Sin embargo, en alguna ocasión vuelve a insistirse en aquel planteamiento anterior, como sucede no sólo en la STS 5-7-91,

(1) Cfr. B.O.E. 29-7-91 y GARCÍA VALDÉS/CANTARERO/PUYOL, Derecho penal constitucional, IV, 1993, pp. 3039 ss.

sólo un día posterior a la STC aludida, sino todavía en la STS 5-2-93. El debate que se abrió en abril de 1990 tiene, pues, no sólo un interés histórico, sino también actual. Veamos los términos del mismo.

II

Empecemos por la vía argumental que inició la STS 6-4-90 (Ponente Enrique Bacigalupo). No admitió abiertamente la inconstitucionalidad de toda agravación de la pena por reincidencia, pero solamente consideró acorde con la Constitución dicha agravación cuando no superase el límite de la culpabilidad por el hecho, apreciada sin tomar en cuenta la conducta anterior del reincidente. Este planteamiento, que analizaré enseguida, suponía no sólo negar la constitucionalidad del «automatismo de la aplicación del art. 10, 15, en relación con el 61, 2 CP», sino en realidad también de toda esta regulación. Además, suscitaba la cuestión de la posible competencia del TS para decidir la inconstitucionalidad de una normativa posterior a la Constitución. Me referiré en primer lugar a este aspecto previo.

La actual redacción de los arts. 10, 15.^a y 61, 2.^a CP procede de la Reforma Urgente y Parcial de 25 de junio de 1983. Es, por tanto, posterior a la Constitución. Como es bien sabido, los Tribunales ordinarios, incluido el Supremo, son competentes para dejar de aplicar las disposiciones anteriores a la Constitución que considere contrarias a la misma, pues pueden considerarse *derogadas* por ella (lo que se conoce como «inconstitucionalidad sobrevenida»), mientras que únicamente el Tribunal Constitucional tiene competencia para declarar la inconstitucionalidad de las normas posteriores a la Constitución. Respecto a las normas posteriores a la Constitución no se admite en nuestro Derecho el sistema de *control difuso* de la constitucionalidad por parte de cualquier juez ordinario que caracteriza al Derecho norteamericano. Así lo sugirió ya para la actual regulación de la reincidencia la STS 5-12-90 y lo confirmó la STS 21-1-92 (ambas del mismo Ponente, Puertas Luis). ¿No se opone a esta clara distribución de competencias la vía iniciada por la STS 6-4-90? Así habría sido si dicha línea hubiera conducido a la Sala a afirmar la inconstitucionalidad de la aplicación de la reincidencia en alguno de los casos enjuiciados. Pero esta posibilidad sólo se apunta como posible respecto a casos distintos a los concretamente resueltos. En todas las Sentencias que he encontrado en la referida dirección se acaba afirmando la constitucionalidad de la aplicación de la reincidencia en el caso concreto. Ahora bien, sigue siendo discutible la validez de la declaración, siquiera abstracta, de la inconstitucionalidad de la obligatoriedad de apreciación de la reincidencia inequívocamente prevista por el Código penal.

Este extremo no es secundario, porque el efecto de agravación obligatoria no es un accidente, sino un elemento esencial de la regulación legal de esta circunstancia. Negar este efecto no es sólo *limitar* el alcance de la ley a través de una *interpretación* adecuada a la Constitución, sino contradecirla abiertamente. Pero es que, además, hacerlo por la vía argumental que siguió la STS 6-4-90 supone en realidad negar *toda* eficacia agravatoria propia a la reincidencia, o, por lo menos, toda capacidad de decidir el *grado* en que hay que imponer la pena.

En efecto. El planteamiento de la repetida Sentencia no consistía en condicionar la agravación por reincidencia a que *esta circunstancia* demostrase una mayor culpabilidad en el hecho, sino a que la pena resultante estuviera ya justificada *de todos modos* (esto es: aun *sin tener en cuenta la reincidencia*) por la culpabilidad manifestada por los demás elementos concurrentes en el hecho. Citemos literalmente el resumen que ofrece la propia Sentencia mencionada: «Dicho de otra manera: cuando la agravante de la reprochabilidad por el hecho (*establecida sin tomar en cuenta la conducta anterior del autor* ni pronósticos de conducta desfavorables) (2) no alcance para justificar la aplicación del grado medio o máximo, el Tribunal no deberá agravar la pena, fundándose en la reincidencia, por encima de la que resulte de la gravedad de dicha reprochabilidad». Abona, por otra parte, la interpretación aquí sostenida el hecho de que en alguna otra Sentencia del mismo Ponente se niega que la reincidencia influya por sí misma en la culpabilidad por el hecho. Esto implica que lo que está afirmando en estas Sentencias la Sala Segunda es que la reincidencia, que a su juicio no agrava la culpabilidad por el hecho, no puede tampoco agravar la pena más de lo que *ya permiten los demás factores del hecho* que sí afectan a la culpabilidad. Esto podría entenderse incluso en el sentido de que la reincidencia no puede desplegar por sí misma ningún efecto agravatorio. Es cierto, sin embargo, que en la STS 5-7-91 ello parece matizarse permitiendo la posibilidad de que la reincidencia influya *dentro del grado* de la pena a que conduzcan las demás circunstancias.

Esta otra Sentencia distingue dos momentos en la individualización de la pena: «se debe determinar primeramente el máximo que corresponde a la gravedad de la culpabilidad y luego establecer hasta dónde es necesaria la pena considerando la reincidencia». Previamente la Sentencia había afirmado que la reincidencia agrava la pena «básicamente por razones de prevención especial y, por lo tanto, ajenas a la culpabilidad por el hecho». Ello encajaría en el modelo de la «teoría del espacio de

(2) La cursiva es mía. Pero también el inciso que sigue dentro del paréntesis parece privar de eficacia agravatoria propia a la peligrosidad que manifiesta en el sujeto la reincidencia. El Ponente de la Sentencia, BACIGALUPO, sostiene en la STS 7-7-91 que la razón de la agravación de pena propia de la reincidencia es la prevención especial y no la culpabilidad por el hecho.

juego», según la cual la culpabilidad determina un margen dentro del cual debe atenderse a las consideraciones de prevención especial, y también en la teoría que ve a la culpabilidad como el límite máximo, pero no mínimo, de la pena (3). Pero en el planteamiento de la Sentencia ello se concreta en el sentido de que el *grado* en que debe imponerse la pena no puede ser superior por razón de la reincidencia al que permiten como máximo los demás factores y circunstancias (o su ausencia). El juez sólo podría moverse dentro de dicho grado.

En este sentido, la STS ahora examinada (5-7-91) determina qué factores influyen en la gravedad de la culpabilidad por el hecho (distintos a la reincidencia) y qué ocurre cuando los mismos conducen al grado mínimo de la pena. Respecto a lo primero, considera factores de la culpabilidad: «1) la gravedad de la ilicitud cometida; 2) las circunstancias que permitan juzgar sobre una mayor o menor exigibilidad del cumplimiento de la norma; y 3) el mayor o menor disvalor ético-social de los motivos que impulsaron al autor». En cuanto a lo segundo, según la Sentencia, «en los casos en los que la medida de la culpabilidad, establecida de esta manera, caiga dentro del grado mínimo, la pena no podrá superar este grado aunque el autor sea formalmente reincidente». Pero esto equivale justamente a contradecir la regulación del Código penal, que en caso de concurrencia de una agravante —y la reincidencia lo es— remite a los grados medio o máximo (art. 61, 2.^a). Es cierto que el art. 61, 3.^a CP prevé la compensación racional de las circunstancias agravantes u atenuantes cuando concurren ambas, pero ello no puede utilizarse como argumento para negar la virtualidad agravatoria de la reincidencia prevista por el art. 61, 2.^a cuando no concurre ninguna circunstancia atenuante propiamente dicha, ni para desconocer un peso propio a la reincidencia en la ponderación a que obliga la compensación exigida por el art. 61, 3.^a. (4)

(3) Sobre estas construcciones ver, p. ej., MIR PUIG, Derecho penal, Parte general, 3.^a ed. 1990, pp. 826 ss.

(4) La STS 5-7-91 esgrime como posible fundamento de su posición (negación del grado medio o máximo, pese a la reincidencia, cuando la culpabilidad por el hecho, determinada por otro conducto, conduciría al grado mínimo) la posibilidad de compensar la reincidencia con una atenuante analógica (art. 9, 10.^a) de culpabilidad especialmente leve. Pero, por una parte, ello presupondría la concurrencia de algún factor de análoga significación a alguna de las atenuantes específicamente previstas en el art. 9, sin que baste una alusión genérica a una culpabilidad especialmente leve; y, por otra parte, no puede admitirse que la *compensación racional* a que obliga el art. 61, 3.^a deba conducir necesariamente al grado mínimo. Por lo demás, todo ello presupone, a su vez, que es cierta la suposición de la Sentencia de que la reincidencia no afecta a la gravedad del hecho y sólo a la prevención especial. Es evidente que, si se admite que la reincidencia influye en la gravedad del hecho, dejará de tener todo sentido hablar de compensación entre la poca gravedad del hecho y la reincidencia, puesto que ésta influirá ya previamente en aquel primer término de la hipotética compensación.

Sea como fuere, el planteamiento de las Sentencias examinadas fue seguido, con mayor o menor fidelidad, por un número significativo de decisiones de la Sala Segunda del TS, de distintos Ponentes, como las SS. de 15-10-90, 26-12-90, 12-4-91, 6-5-91. Pero es importante insistir en que en ninguna ocasión dicho planteamiento condujo a casar la Sentencia de la Audiencia por indebida aplicación de la reincidencia, pues en todos los casos se consideró que de todos modos la culpabilidad del sujeto permitía la pena impuesta. Tampoco hay que olvidar, por otra parte, que un número no menos importante de Sentencias de la misma Sala no aceptó la orientación analizada (así SS. 5-12-90, 18-1-91, 18-2-91, 14-3-91, 16-3-91).

III

El Tribunal Constitucional, en su ya citada Sentencia de 4-7-91, resolvió varias cuestiones de constitucionalidad promovidas por el Juez de Instrucción de Daroca (Zaragoza) declarando que la regulación de la reincidencia del CP es compatible, sin ninguna reserva, con la Constitución. Hay que entender, pues, que ello alcanza, entre otros aspectos, al esencial del carácter obligatorio de la agravación prevista para el caso de que concurra la circunstancia 10, 15.^a CP. Pero antes de referimos a las consecuencias que esta decisión tuvo y ha de tener en la dirección hasta aquí analizada de la Jurisprudencia del TS, conviene resumir los argumentos centrales de la sentencia del TC.

1. Empieza la Sentencia razonando que «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». Constata a continuación la falta de unanimidad en la doctrina acerca de estos extremos, para llegar a la conclusión de que la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la regulación de la reincidencia debe decidirse atendiendo «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».

a) Este posicionamiento metodológico merece alguna atención. Me parece correcto que la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una determinada regulación no se juzgue desde el exclusivo prisma de una particular concepción doctrinal que concurre con otras que conducirían a la solución contraria. La Constitución no está llamada a excluir determinadas opiniones doctrinales en beneficio de otras, si todas ellas gozan del mínimo de razonabilidad que hay que suponer cuando son defendidas por algún sector respetado por la comunidad científica. Al contrario, la Constitución ha de ser la casa común de muy diversas opciones inter-

pretativas de las normas ordinarias y hasta de la misma Constitución. Me atrevería incluso a sostener que, mientras que el TS puede casar una Sentencia por infracción de ley en base a una de las posibles interpretaciones de la misma, el TC no debe afirmar la inconstitucionalidad de una norma en base a una de sus posibles interpretaciones, aunque sus miembros puedan considerarla preferible, si admiten que existen otras también razonables y compatibles con la Constitución.

Hace ya años que dediqué una monografía a la reincidencia en el Código penal (5). En ella expuse y analicé críticamente las distintas fundamentaciones doctrinales del efecto agravatorio de la pena propio de la reincidencia (6). Tomé posición sobre el fundamento de la regulación del Derecho positivo (7), y acabé considerándolo insuficiente desde el punto de vista *de lege ferenda* para justificar el mantenimiento de aquella regulación (8). Pero, como el Tribunal Constitucional, no consideraría bastante mi actitud crítica frente a la regulación jurídico-positiva de la reincidencia para deducir su inconstitucionalidad. Es evidente que existen otros puntos de vista arraigados en la doctrina favorables a la agravación de la pena por reincidencia. Hay que suponer que el Derecho español refleja concepciones defendidas y defendibles en el Derecho comparado (incluso en países de Constituciones parecidas a la nuestra) y en la comunidad científica.

Creo que lo dicho vale aunque la opinión crítica pueda alegar en su favor determinados principios constitucionales y hasta una determinada concepción global de la Constitución. Los principios constitucionales y el sentido global de la Constitución admiten, por su carácter abstracto, aún más posibilidades de interpretación y concreción que regulaciones más precisas de las normas ordinarias. Personalmente defiendo una concepción de la función y límites que corresponden al Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho como el acogido por la Constitución española, así como una construcción de la teoría del delito que estimo coherente con tal concepción; pero soy consciente de que ni el conjunto ni los detalles de tal planteamiento son los únicos *razonablemente compatibles* con la Constitución. Del mismo modo, aunque entiendo que la agravante de reincidencia es poco coherente con el espíritu de la Constitución, admito que ésta no se opone a la posibilidad de otra interpretación defendible.

b) Permítaseme resumir brevemente las conclusiones a que llegué en mi tesis doctoral sobre la reincidencia acerca del fundamento y crítica de la misma. Tras examinar la numerosas opiniones formuladas en la doctrina desde el siglo pasado acerca del fundamento de la agravación

(5) Vid. MIR PUIG, La reincidencia en el Código penal, 1974.

(6) Cfr. *op. cit.*, pp. 427-495.

(7) *Ibidem*, pp. 495-537.

(8) *Ibidem*, pp. 537-548.

de la pena por reincidencia, empecé por descartar las que sólo tomaban en consideración el elemento de repetición material de infracciones, sea para afirmar su repercusión en el injusto objetivo, sea como índice de peligrosidad o capacidad criminal de futuro del sujeto, sea como expresión de mayor culpabilidad de autor o por el hecho. Ninguna de tales fundamentaciones tienen en cuenta el requisito legal específico de la reincidencia representado por la condena anterior (9). Mayor acierto encontré en las construcciones que parten del reconocimiento del *sentido admonitorio* de la condena anterior y de la necesidad de tener en cuenta el significado que el mismo confiere a la comisión de una nueva infracción tras una condena (10). Sostuve, sin embargo, que ello no podía llevar a olvidar, como estas otras posiciones tienden a hacer, el elemento de repetición material de infracciones. Esta última puede verse como manifestación de un mayor *desprecio* de los bienes jurídicos, en general (reincidencia genérica, antes «reiteración») o de la clase de los concretamente afectados (reincidencia específica), y el hecho de que la repetición delictiva tenga lugar desconociendo el significado admonitorio de la condena personalmente sufrida añade a este aspecto el de *rebeldía* (11).

Este fundamento que entiendo subyace a la regulación de la agravante de reincidencia *en el derecho positivo* me parecía y me sigue pareciendo (12) profundamente criticable, y hace que aquella agravante aparezca como rechazable en el Derecho penal que aconseja la Constitución: en un Derecho penal respetuoso del fuero interno y que quiera limitarse a proteger bienes jurídicos (social-externos) y no una mera actitud interna del sujeto que, aun manifestada en el hecho, no afecta al grado ni a la forma de la lesión producida. A ello debe añadirse, en sentido crítico, que la actitud de mayor desprecio y rebeldía manifestada por la repetición delictiva tras la condena no suele ir acompañada de una menor capacidad de resistencia frente al delito (menor culpabilidad) en quien ha pasado por la experiencia carcelaria (13).

(9) Cfr. *Ibidem*, sobre todo pp. 477 s.

(10) Cfr. *Ibidem*, pp. 478 ss.

(11) Cfr. *Ibidem*, pp. 527 s.

(12) Cfr. MIR PUIG, Derecho penal cit., pp. 712 ss.

(13) Cfr. MIR PUIG, Reincidencia cit., pp. 537 ss.; *el mismo*, Derecho Penal cit., p. 713. En contra también del mantenimiento de la agravante de reincidencia: RODRÍGUEZ MOURULLO, Comentarios I, p. 744; GARCÍA ARÁN, Criterios, p. 164; QUINTERO OLIVARES, Introducción, p. 278; MUÑOZ CONDE, Adiciones, p. 1226. Cfr. también BERGALLI, Recaída, pp. 69 y ss. Pide la supresión de la reincidencia, al menos como circunstancia de apreciación obligatoria, ASÚA BATARRITA, Reincidencia, pp. 460 s. En Alemania la 23.^a Ley de Reforma Penal de 13 de abril 1986 derogó la agravante genérica de reincidencia, por considerarse contraria al principio de culpabilidad: así ROXIN, CPC n.º 30 (1986), p. 676. Se habían manifestado en contra de la agravación: FROSCH, op. cit., p. 105; HAFFKE, RÜCKFALL, pp. 197 ss.

Pero adviértase que, tanto la mayor parte de las fundamentaciones propuestas por otros autores como la mía propia, admiten que la segunda o ulteriores infracciones cometidas tras una condena anterior poseen un significado distinto a la primera, que les confiere *mayor gravedad* que a ésta. Que dicho significado distinto sea o no suficiente para justificar una agravación de la pena, es otra cuestión. Tradicionalmente la opinión dominante ha dado una respuesta positiva a la misma. Mi punto de vista, que ha ido ganando adeptos, es el contrario, pero ello no ha de llevar a desconocer que la posición tradicional no carece de todo fundamento. No se trata, pues, de que sea incomprensible y, por tanto, irracional atribuir al segundo delito mayor gravedad que al primeramente condenado. El delito antecedente no sólo es eso, un antecedente ya juzgado y pasado. Volver a delinquir es *insistir* en el delito, y hacerlo pese a haber sufrido en *carne propia* la concreta advertencia de una condena demuestra un significado de *rebeldía* específica. Con ello no hago más que describir algo profundamente arraigado en la propia valoración social de toda repetición de cualquier mal pese a habérselo reprochado a su autor. El hecho del reincidente, la reincidencia, es más grave que el primer delito. A mi juicio, la gravedad adicional del hecho del reincidente no ha de ser tratada con una agravación de la pena, pero constituye una realidad valorable y valorada de otro modo por otras concepciones doctrinales y legales —como la del Código penal español—.

En conclusión: si la Constitución no ha de ser un obstáculo a la pluralidad de interpretaciones de sus mismos principios y de las normas ordinarias, sino todo lo contrario, discrepar acerca de la justificación de una regulación como la de la reincidencia no es suficiente para afirmar su inconstitucionalidad. Para ello haría falta algo más, la ausencia de todo posible fundamento y, por tanto, la absoluta irracionalidad de aquella regulación, cosas que no concurren. O bien sería preciso probar que la reincidencia conculca algún principio determinado de la Constitución, como los alegados por el Juez de Darroca en su cuestión de constitucionalidad. Veámoslos y veamos la respuesta del TC.

2. a) Se aduce en primer lugar el *principio de culpabilidad*, en base al art. 1, 1 de la Constitución, «que define el Estado español como un Estado de Derecho», al principio de legalidad (arts. 9, 3 y 25, 1 CE) y a la dignidad del hombre y su derecho al libre desarrollo de su personalidad (art. 10, 1 CE). Sobre estos fundamentos entiende el Juez de Darroca que la Constitución reconoce «la doctrina de la culpabilidad como normalidad de la motivación». La agravación de la reincidencia se opondría a esta doctrina porque «por la complejidad de sus presupuestos fácticos, prescinde de la exigencia elemental del conocimiento del injusto por el sujeto». Aunque es notorio que con ello se está acogiendo mi concepción de la culpabilidad, que también yo mismo apoyo en la Constitución, es evidente que puede haber otras concepciones de la culpabi-

lidad compatibles con la Constitución. Asiste la razón al TC cuando responde que, por una parte, la consagración constitucional del principio de culpabilidad «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», y sobre todo que, por otra parte, «tampoco este entendimiento del principio de culpabilidad permite sostener(...) que la compleja regulación de la reincidencia no permite a los ciudadanos aprehenderla normalmente ni prever, por tanto, las consecuencias de sus actos». La aplicación de la agravante de reincidencia presupone, al contrario, que el sujeto *sepa* que ha sido condenado anteriormente (14).

No es correcto, en cambio afirmar, como hace el TC que el principio de culpabilidad que acoge la Constitución, y que aquél reputa independiente de toda opción por una doctrina de culpabilidad, consista únicamente en excluir la licitud de un Derecho penal «de autor». Si bien caben diversas concepciones de la culpabilidad compatibles con la Constitución, para determinar en qué consiste, cosa que no dice aquélla, es inevitable acudir a la doctrina, aunque sólo sea para obtener los elementos del concepto de culpabilidad que, por encima de matices diferenciales, se halle generalmente aceptado. Y un tal concepto, que en un sentido amplio exige la posibilidad de imputar suficientemente el hecho punible a su autor como sujeto racional, va más allá de la exclusión de un Derecho penal de autor.

b) Un segundo grupo de principios alegados en la cuestión de constitucionalidad se refiere a los fines de la pena. Se entiende que la agravación de pena de la reincidencia no puede desplegar ninguno de los fines que la pena puede perseguir en el «sistema constitucional». Parte de la base de que en el modelo de Estado de Derecho democrático acogido en el art. 1, 1 CE la pena sólo es admisible si es estrictamente necesaria para los fines de prevención del delito y, por otra parte, debe entenderse acogido el principio de proporcionalidad entre pena y culpabilidad. Todo ello se corresponde con el planteamiento que definiendo (15). Pero de nuevo tengo que dar la razón al TC cuando rechaza las consecuencias que de ello deriva el Juez de Daroca para la reincidencia. Ni puede decirse que la agravación de pena de la reincidencia no pueda desplegar un efecto intimidativo de prevención general respecto a todos los condenados anteriormente que se saben en tal situación, ni el hecho de que no consiga necesariamente la resocialización del sujeto puede hacerla inconstitucional. Respecto a lo primero no hacen falta ulteriores consideraciones; en cuanto a lo segundo, como dice la STC, «tampoco la CE erige a la prevención especial como única finalidad de la pena», por lo que en los muy frecuentes casos en que la resocialización no es esperable no deja de ser constitucional la aplicación de la pena, si es necesaria para la prevención general.

(14) Cfr. MIR PUIG, Reincidencia cit., pp. 294 ss.

(15) Cfr. MIR PUIG, Derecho penal, pp. 97 ss.

Por lo que se refiere a la exigencia de proporcionalidad, el TC afirma que «es competencia del legislador», «dentro del respeto a los derechos fundamentales de la persona en un Estado social y democrático de Derecho». La afirmación me parece demasiado radical, pues entendida literalmente vaciaría de contenido limitador al principio de proporcionalidad. Más prudente es la matización que más adelante añade: «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 de Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad penal derivado de ella (STC 65/86, antes citada)». Sin embargo, es discutible que pueda admitirse como compatible con el principio de proporcionalidad *un cierto grado* de desproporción, y también es dudoso afirmar, como hace a continuación la STC, que en el caso de la reincidencia esta desproporción no sería en cualquier caso tan grave porque únicamente opera dentro del marco penal típico. La imposición de la pena en el grado medio o máximo en lugar de en el mínimo puede suponer un aumento de pena de meses o años. Si este aumento no guardara proporción con la mayor gravedad del hecho del reincidente, no podría admitirse simplemente como una desproporción de insuficiente entidad. Lo que ocurre es —y esto es lo que debería haber señalado la STC— que no es absolutamente evidente, sino *opinable* si existe o no desproporción entre la agravación de la pena mencionada y la gravedad del hecho de reincidente, y siendo así, no puede considerarse inconstitucional la *opción* que acoge el Derecho vigente —aunque sea distinta a la que otras legislaciones y un importante sector actual de doctrina admite—.

c) Se alegan también como principios constitucionales infringidos por la regulación de la reincidencia los de *seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad* (art. 9, 3 CE) y de *igualdad* (art. 14 CE). El de seguridad jurídica se vulneraría, por una parte, por la imposibilidad que puede tener el sujeto de conocer debidamente el significado de su delito y pena anteriores, y, por otra parte, porque la agravación no se debe a una mayor culpabilidad sino sólo a una mayor peligrosidad del sujeto. El TC sólo contesta al primer aspecto, replicando con razón que los datos anteriores que ha de conocer el sujeto se hallan claramente determinados por la ley. El segundo aspecto también podría contestarse recordando que la mayor parte de fundamentaciones doctrinales de la agravación de pena de la reincidencia advierten una mayor culpabilidad o gravedad en el segundo hecho, y no sólo una mayor peligrosidad.

Al principio de igualdad se opondría una agravación carente de suficiente fundamento que aparecería como una discriminación injustificada. Responde el TC: «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 CE». A mí y a otros no nos parece que lo primero sea «tan» razonable como lo segundo, pero admito

que por lo menos no es absolutamente irracional, por lo que acepto la conclusión del TC. Me remito a lo dicho más arriba.

El Juez de Daroca alega la transgresión de otros principios constitucionales como la *prohibición de tratos degradantes, el derecho a la presunción de inocencia y a utilizar medios de prueba pertinentes* (art. 24 CE) y el principio *non bis in idem*. El TC no encuentra, como es comprensible, dificultad alguna en rebatir los argumentos referidos al art. 24. Mayor entidad podría tener la objeción referida a la prohibición de *bis in idem*, si no fuera porque queda descartada ya por lo dicho acerca de la posibilidad de ver en la insistencia en el delito pese a la condena anterior un elemento que se manifiesta en el hecho reincidente que se juzga, como algo distinto al hecho anterior. Aunque se rechace el tratamiento penal de aquel significado del hecho del reincidente, puede admitirse que la agravación de la pena prevista para el mismo no supone volver a castigar de nuevo el delito anterior, sino un aspecto del hecho actual.

III

Sea como fuere, el hecho es que la STC que acabamos de comentar tiene fuerza vinculante para los Tribunales ordinarios, incluido el Supremo. Estos no pueden dejar de aplicar la agravación obligatoria de la pena prevista por el CP para el caso de que concurran los presupuestos de circunstancia décimoquinta del art. 10. Ni siquiera es admisible jurídicamente el planteamiento anterior de la Sala Segunda del TS según el cual dicha agravación sólo sería constitucional cuando *también* estuviese justificada por la gravedad de la culpabilidad determinada sin tener en cuenta la reincidencia. Sin embargo, al menos dos Sentencias del TS siguen insistiendo en esta línea (16). La primera, de 5-7-91, es sólo un día posterior a la STC que declaró la constitucionalidad de la regulación de la reincidencia en el CP. El señalamiento de la Vista correspondiente había tenido lugar para el día 24 de junio. En la Sentencia no se alude en ningún momento a la STC. Todo hace pensar que la Sala no pudo tomar conocimiento de la importante decisión del TC. La situación es completamente distinta en el momento en que se dicta la segunda de las Sentencias del TS a que he hecho referencia, de fecha 5-2-93.

Aunque tras la STC 4-7-91 se advierte una clara dirección de la jurisprudencia de la Sala Segunda del TS que confirma sin ambages ni restricciones la constitucionalidad de la regulación vigente de la reincidencia, la STC 5-2-93 (del mismo Ponente que la STS 6-4-90 que inició el rechazo de la estimación automática de la reincidencia) vuelve

(16) También cree posible seguir manteniendo la línea jurisprudencial que inició la STS 6-4-90 ZUGALDÍA, El principio de culpabilidad en la reciente Jurisprudencia del TS, en «Estudios de Jurisprudencia», año I, n.º 3, noviembre/diciembre 1992, p. 70.

a insistir en la doctrina superada por el TC. Como había ocurrido en todas las SSTs anteriores a la STC, tampoco en la STS 5-2-93 se admite que en el caso concreto objeto de recurso la aplicación de la agravante de reincidencia sea inconstitucional, pero vuelve a apuntarse la posibilidad de que en otro caso pudiera serlo. El recurrente había alegado infracción del principio *non bis in idem*. La STS responde:

«Ciertamente este principio ha sido reconocido como principio constitucional incluido implícitamente en el art. 25, 1 CE por el TC, pero esta Sala ha establecido desde las SS del TS 6-4, 15-10, 13-11 (17) y 5 y 26-12-90; 18-1 y 30-4-91, que el art. 10, 15 CP, en principio, admite una aplicación conforme a la CE que no vulnera dicho principio. En igual sentido se ha pronunciado posteriormente el TC en la S 150/91».

«*La única razón que es posible alegar para sostener una vulneración del principio non bis in idem consiste en que la pena aplicada supera en el caso concreto la merecida según la gravedad de la culpabilidad por el delito cometido en la sentencia. En este caso tal plus sancionatorio implicaría una sanción por el delito cuya pena ya ha sido satisfecha y cuya culpabilidad, en consecuencia, ya ha sido cancelada.*»

«Pero esto no ocurre en el caso concreto, dado que no se percibe que el Tribunal de instancia haya aplicado al recurrente, que traficaba con drogas que producen grave daño a la salud, una pena superior a la gravedad de su reprochabilidad. A mayor abundamiento se señala que la pena aplicada no supera el grado medio, lo que implica que la Audiencia ni siquiera ha utilizado la posibilidad de agravar la pena que daba la apreciación de reincidencia».

No puede decirse, como hemos visto que viene a hacerse en esta Sentencia, que la STC 150/91, que hemos comentado más arriba, se manifestara «en igual sentido» que la dirección jurisprudencial que había venido negando la constitucionalidad de la aplicación automática de la reincidencia. Aquella STC declara sin restricción ni corrección alguna la compatibilidad con la Constitución de la regulación vigente de la reincidencia, regulación que establece la agravación *obligatoria* de la pena *siempre* que concurren los requisitos previstos en el art. 10, 15 CP. Esta regulación encuentra, a mi juicio, su fundamento (para mí insuficiente, pero suficiente para la ley y para otras legislaciones y otras direcciones doctrinales arraigadas) en la mayor gravedad que confiere al hecho del

(17) Pero la STS 13-11-90 que he podido encontrar sostiene, en contra de la línea aludida por la STS citada en el texto de 5-2-93, la constitucionalidad de la agravación obligatoria prevista en el CP. En este sentido, declara que «lo que no cabe discutir» es «que, en todo caso, la ley positiva, representada por el art. 10, 15 CP, impone a los Tribunales de Justicia de cualquier orden o categoría penal, hacer aplicación de ese precepto cuando se produzcan los requisitos necesarios para ello, como ocurre en el presente supuesto, en que el procesado fue objeto de condenas anteriores por varios delitos comprendidos en el mismo capítulo del enjuiciado (delitos de robo)».

reincidente el mayor desprecio y rebeldía que supone la insistencia en el delito pese a haber experimentado la admonición de la condena anterior «en carne propia». Este aspecto eleva la gravedad del hecho *por sí mismo y con independencia de la gravedad mayor o menor que indiquen otros factores de la culpabilidad por el hecho*. Al admitir que la reincidencia pueda considerarse por el legislador como expresión de una *específica* mayor gravedad *del hecho agravado*, el TC vino a considerar suficiente para la constitucionalidad de la agravación este sentido de la circunstancia de la reincidencia por sí mismo, que no depende del merecimiento de pena que determinen *otros* factores de la culpabilidad del hecho. Como vimos al analizar la dirección jurisprudencial superada por el TC, dicha dirección suponía en realidad rechazar la incidencia de la reincidencia, *por sí misma*, en la gravedad del hecho y, por tanto, su capacidad para fundamentar una agravación *específica* de la pena compatible con la Constitución. Esta concepción, abiertamente opuesta al CP, no puede seguirse manteniendo desde la STC 159/91.

Quien, como yo mismo, considere insuficiente el fundamento propio de la reincidencia para dar razón satisfactoria de su tratamiento penal en el Derecho vigente, no tendrá otra vía para evitarlo que pedir la *reforma de la ley*. La agravación de la pena por reincidencia debería suprimirse o, al menos, hacerse facultativa. Cuestión distinta es si en su lugar debe admitirse un tratamiento asegurativo *no punitivo* (medidas de seguridad) cuando la reincidencia o, simplemente, la habitualidad criminal, manifieste una considerable peligrosidad de comisión ulterior de delitos contra la vida y/o contra la libertad sexual (18).

(18) En sentido favorable a admitir en estos casos la imposición de una medida de seguridad posterior a la pena se manifestó en su momento la Propuesta Alternativa de Parte General del CP del Grupo Parlamentario Comunista: cfr. MIR PUIG/MUÑOZ CONDE, CPC n.º 18 (1982), art. 110, p. 646.

