

Prevención general como factor final de la individualización judicial de la pena

*Eduardo Demetrio Crespo**

Sumario: **I.** Introducción **II.** Objeciones frente a la prevención general negativa como factor final de la individualización judicial de la pena **III.** Objeciones frente a la prevención general positiva como factor final de la individualización judicial de la pena **IV.** Reflexión final

Resumen: Uno de los factores definitivos del derecho penal, aparejado a una sentencia resolutoria, es la individualización judicial de una pena para quien el sistema jurídico haya catalogado como culpable. Sin embargo, existe un debate jurídico-filosófico en torno a la utilidad de la figura de la “prevención general” para determinar los alcances de la pena en cuestión. En otras palabras, ¿qué tanto debe el juzgador considerar la prevención general del orden y la paz al momento de individualizar una pena? ¿Cómo puede entenderse esto armónicamente con el factor “individual” detrás de la pena misma, si la intención de la prevención general es colectiva? En este breve escrito, el autor buscará dar su punto de vista respecto de este fenómeno jurídico tan complejo, por medio del análisis de objeciones a favor y en contra de la utilización de la prevención general al momento de individualizar la pena.

Abstract: One of the definitive factors of criminal law, coupled with the final sentence, is the judicial individualization of a penalty for whomever the legal system has classified as guilty. However, there is a legal-philosophical debate about the usefulness of the figure of “general prevention” to determine the scope of the penalty in question. In other words, how much should the judge consider the general prevention of order and peace when individualizing a sentence? How can this be understood in harmony with the “individual” factor behind the penalty itself, if the intention of general prevention is collective? In this brief writing, the author will seek to give his point of view regarding this complex legal phenomenon, through the analysis of objections for and against the use of general prevention when individualizing the sentence.

Palabras clave: individualización, pena, labor judicial, adecuación constitucional

Key words: individualization, sentencing, judicial labor, constitutional adequacy

* Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo.

I. INTRODUCCIÓN

Este breve artículo está dedicado con cariño y profundo agradecimiento a mi maestro, el *Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre*, quien un buen día de junio del año 1993 me recibió en el Rectorado de la Universidad de Salamanca, adonde fui a visitarle con varios trabajos bajo el brazo escritos durante la carrera. No por casualidad, dos de ellos versaban sobre problemas de teoría del derecho (el deber jurídico en el positivismo jurídico contemporáneo y la interpretación jurídica en el pensamiento de Hans Kelsen) y un tercero sobre los fines de la pena. Por otro lado, tanto la concreción del tema de mi tesis doctoral -que me permitía combinar mis dos almas, iusfilosófica y penal- como su preparación en Alemania, se deben a su consejo y orientación científica. Una de las primeras lecturas que me recomendó, que por motivos obvios no quisiera dejar de citar, fue el *Discurso de Apertura del curso académico 1944-1945 en la Universidad de Salamanca de D. José Antón Oneca*¹. Dado que un eje central de la argumentación contenida en aquella primera monografía² se refiere a las razones de la posible inconstitucionalidad de agravaciones de la pena en el marco de la individualización judicial de la pena³ (en adelante, IJP) por motivos de prevención general⁴ y que no he dedicado ningún otro trabajo particular a esta cuestión⁵, volveré en estas pocas páginas sobre este círculo de problemas. Aunque entretanto han aparecido valiosas investigaciones⁶, el

¹ Antón Oneca, J., *La Prevención General y la Prevención Especial en la Teoría de la pena*, Salamanca: Imprenta Cervantes, 1944.

² Cfr.: Demetrio Crespo, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, 1ª. ed., Salamanca: Ediciones de la Universidad de Salamanca, 1999 (Prólogos de I. Berdugo Gómez de la Torre y H. J. Hirsch) [*Id.*, 2ª ed., Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2016 (Prólogos de F. Velásquez, I. Berdugo Gómez de la Torre y H. J. Hirsch)].

³ Sobre el concepto IJP -que resulta decisivo para todo lo demás puesto que la argumentación ulterior se proyecta y tiene por objeto (solo) el campo que este abarca- y su diferenciación respecto a otros próximos, cfr.: Demetrio Crespo, E., *Prevención general*, *Op.cit.*, pp. 41 y ss. [≥ 2ª ed. (nota 2), pp. 21 y ss.]; Schneider, U., „Vorbemerkungen zu den §§ 46 bis 50“, en G. Cirener *et al.* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, Band 4, 13. Aufl., Berlin/Boston: Walter de Gruyter, 2020, pp. 300 y ss..

⁴ Demetrio Crespo, E., *Prevención general*, *Op.cit.*, pp. 139 y ss. y 159 y ss. [≥ 2ª ed. (nota 3), pp. 165 y ss. y 195 y ss.].

⁵ Cfr.: Demetrio Crespo, E., “Análisis de los criterios de la individualización judicial de la pena en el nuevo Código Penal de 1995”, *ADPCP*, Tomo 50, Fasc./Mes 1-3, 1997, pp. 323 y ss.; *Id.*, “Notas sobre la dogmática de la individualización judicial de la pena”, *NDP*, 1998/A, pp. 19 y ss.; *Id.*, “Fundamentos teóricos del Derecho penal e individualización judicial de la pena”, en J. de Vicente Remesal *et al.* (Dir.), *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, Madrid: Reus, 2020, pp. 1277 y ss. (y la bibliografía allí citada) [≥ *Revista Criminalia. Número especial 80 Aniversario*, México: Academia Mexicana de Ciencias Penales / UBIJUS Editorial, Año LXXXVII, diciembre 2020, pp. 371 y ss. (versión algo más amplia)].

⁶ Cfr., entre otras referencias, Ambos, K. (Hg. / Ed.), *Strafzumessung. Angloamerikanische und deutsche Einblicke. Sentencing. Anglo-American and German Insights*, Göttingen: Göttingen University Press, 2020;

Prevención general como factor final de la individualización judicial de la pena

tema sigue siendo insuficientemente tratado por la doctrina a pesar de su enorme trascendencia práctica⁷.

La sobrevaloración de la prevención general por el régimen nazi trajo consigo la imposición de penas que conducían al terror penal, violaban el principio de prohibición de exceso y, por ende, la dignidad humana⁸. La prevención general en la IJP adquiere gran interés, no solo desde la perspectiva político-criminal, sino también dogmática. La “lucha de escuelas” sobre los fines de la pena en esta fase de la intervención penal se centra en el autor cuando se discute si a este le corresponde la pena que merece conforme a su culpabilidad («retribución»⁹) o bien la que necesita

Basso, G. J., *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, Madrid: Marcial Pons, 2019; Besio Hernández, M., *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011; Borja Jiménez, E., “Peligrosidad criminal e individualización judicial de la pena”, *NFP*, vol. 12, n° 87, 2016, pp. 120 y ss.; De la Mata Barranco, N., “Gravedad de la pena, circunstancias del sujeto y finalidad penal: la pena justa”, *RPM*, n° 6, 2014, pp. 83 y ss.; Feijoo Sánchez, B., “Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho”, *Indret*, 1/2007, pp. 1 y ss.; Frisch, W., „Über das Verhältnis von Straftatsystem und Strafzumessung. Unrecht und Schuld in der Verbrechenslehre und in der Strafzumessung“, *GA*, 9/2014, pp. 489 y ss.; *Id.*, „Strafwürdigkeit, Strafbedürftigkeit und Straftatsystem“, *GA*, 7/2017, pp. 364 y ss.; Frisch, W., et al. (Hrsg.), *Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung*, Heidelberg: C. F. Müller, 2003; González de León Berini, A., “Dogmática jurídico-penal y concreción del castigo”, *Foro FICP*, 2019-1, pp. 439 y ss.; *Id.*, “La hegemonía de los fines de la pena en la concreción del castigo: situación actual, análisis crítico y alternativas de futuro”, *Polít. Crim.*, Vol. 15, n° 30 (Dic. 2020), pp. 583 y ss.; Grosse-Wilde, T., *Erfolgsszurechnung in der Strafzumessung*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2017; *Id.*, „Brauchen wir ein neues Strafzumessungsrecht? Gedanken anlässlich der Diskussion in der Strafrechtsabteilung des 72. Deutschen Juristentages in Leipzig 2018“, *ZIS*, 2/2019, pp. 130 y ss.; Hörnle, T., *Tatproportionale Strafzumessung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1999; Kaspar, J., *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, Baden-Baden: Nomos, 2014, pp. 779 y ss.; Milton Peralta, J., “Dogmática del hecho punible, principio de igualdad y justificación de segmentos de pena”, *DOXA*, 31, 2008, pp. 599 y ss.; Silva Sánchez, J. M^a., “La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo”, *Indret*, 2/2007, pp. 1 y ss.; Von Hirsch / Ashworth, *Proportionate Sentencing. Exploring the principles*, Oxford: Oxford University Press, 2005; Von Hirsch, A. et al. (Ed.), *Principled Sentencing*, Portland: Hart Publishing, 2009.

7 Sobre la posición defendida en mi tesis doctoral *vid.*, en sentido crítico, Feijoo Sánchez, B., “Individualización de la pena”, *Op.cit.*, pp. 11 y ss. (donde se dice de manera imprecisa que conduce siempre a la misma solución, la imposición de la pena mínima, con independencia de la gravedad del hecho); una descripción sintética correcta y valoración preliminar más ajustada, en cambio, en Besio Hernández, M., *Los criterios legales*, *Op.cit.*, pp. 129 y ss.; y, con gran detalle, Basso, G. J., *Determinación judicial*, *Op.cit.*, pp. 208 y ss., quien sin llegar a rebatirlas discrepa sobre el alcance de las objeciones de tipo dogmático, constitucional y empírico frente a la prevención general negativa como factor final de la IJP fundamentador de agravaciones de pena. Este autor matiza de manera acertada la crítica antes mencionada de Feijoo en el sentido de que no debe prejuzgarse de manera negativa la aplicación de penas moderadas por parte del juez en el ejercicio de su margen de valoración (p. 215).

⁸ Demetrio Crespo, E., *Prevención general*, *Op.cit.*, p. 133 [≥ 2ª ed. (nota 3), p. 157].

⁹ Cfr.: Demetrio Crespo, E., “Crítica a la retribución como fin de la pena”, *acfs, Protocolo I*, 2021, pp. 107-129 (y la bibliografía allí citada).

para su resocialización («prevención especial»¹⁰). Ahora bien, la discusión sobre la prevención general se traslada a otra esfera en la medida en que lo que está en juego es la pena capaz de intimidar a terceros («prevención general negativa»), por lo que el comportamiento de estos cobra un papel central.

A este respecto resulta útil examinar algunas limitaciones marcadas por la jurisprudencia respecto al papel que este fin de la pena puede llegar a desempeñar¹¹.

Entre estas, evitar una valoración unilateral o sobrepasar el límite de la pena adecuada a la culpabilidad, desatender el caso concreto¹², configurar el criterio del “peligro de extensión o repetición” de modo que se pueda vincular a la estructura del injusto-culpable contándolo entre las consecuencias del hecho en sentido amplio¹³, su consideración como fin accesorio junto con otros fines de la pena, su exclusión ante la ausencia de las condiciones psicológicas necesarias, o distinciones en función del tipo de delito de que se trate. Sin embargo, frente a un razonamiento de esta naturaleza y a falta de un precepto que declare la ilicitud de una agravación de la pena en el caso concreto con fundamento en consideraciones preventivo-generales¹⁴, sigue siendo posible esgrimir toda una serie de argumentos que ponen en tela de juicio las decisiones jurídicas que de ahí resultan.

Ello no es óbice para admitir que la gravedad del hecho¹⁵ cometido por el autor influye de manera mediata en el efecto preventivo general negativo también de la concreta pena impuesta y que, en todo caso, no sería correcto entender que este fin de la pena conduce de manera necesaria a agravaciones de esta¹⁶.

¹⁰ Sobre los problemas vinculados a la prevención especial y la “sentencia indeterminada”, *Vid.*: Berdugo Gómez de la Torre, I., *La evolución del Derecho penal contemporáneo y la Unión Internacional del Derecho Penal*, Salamanca: Universidad Pontificia, 1982, pp. 59 y ss.

¹¹ *Cfr.*: Demetrio Crespo, E., *Prevención general*, *Op.cit.*, pp. 136 y ss. [≥ 2ª ed. (nota 3), pp. 159 y ss.]; y Schneider, U., „Vorbemerkungen“, *Op.cit.*, pp. 327 y ss., donde se señala que aunque según la jurisprudencia del BGH la idea de la intimidación de terceros en sentido agravatorio no está excluida, una agravación de la pena por motivos de prevención general negativa en el marco de la pena adecuada a la culpabilidad solo es considerada lícita bajo presupuestos angostos que muy extrañamente se cumplen en la práctica (marg. 32 *in fine*), reconociéndose asimismo que la imposición de una pena más elevada por motivos de prevención general negativa no está justificada por regla general (marg. 41).

¹² Sobre el particularismo y los límites de la individualización, *Cfr.*: Grosse-Wilde, T., *Erfolgsszurechnung*, *Op.cit.*, pp. 149 y ss.; Demetrio Crespo, E., “Fundamentos teóricos”, *Op.cit.*, pp. 1280 y ss.

¹³ *Cfr.*, por todos, Grosse-Wilde, T., *Erfolgsszurechnung*, *Op.cit.*, pp. 410 y ss., 443 y ss.

¹⁴ Demetrio Crespo, E., *Prevención general*, *Op.cit.*, p. 138 [≥ 2ª ed. (nota 3), p. 165].

¹⁵ Sobre el criterio de la “mayor o menor gravedad del hecho” mencionado por el legislador junto con el de las “circunstancias personales del delincuente” en el actual art. 66. 1. (6ª) del CP, *cfr.*, entre otras referencias, Demetrio Crespo, E., *Prevención general*, *Op.cit.*, pp. 289 y ss. [≥ 2ª ed. (nota 3), pp. 378 y ss.]; Besio Hernández, M., *Los criterios legales*, *Op.cit.*, pp. 297 y ss.

¹⁶ *Vid.*, p. ej., en este sentido y desde una visión favorable a tomar en cuenta consideraciones de esta índole en la IJP, Kaspar, J., *Verhältnismäßigkeit*, *Op.cit.*, p. 806.

II. OBJECIONES FRENTE A LA PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA COMO FACTOR FINAL DE LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

1. Problemas dogmáticos

Entre las objeciones frente a la prevención general negativa o intimidatoria como factor final de la IJP¹⁷ cabe referirse, en primer lugar, a las de carácter dogmático. En particular, la prohibición de doble valoración de elementos del tipo recogida normativamente por el § 46.3 StGB¹⁸, a pesar de la inexistencia de un precepto equivalente en el código penal español, no puede dejar de mencionarse. El sentido de esta regulación radica en la idea de que aquellos elementos que han guiado al legislador y, por tanto, ya han sido contemplados a la hora de fijar el marco penal abstracto, no son adecuados por este motivo para la determinación de la concreta pena a imponer¹⁹. Por lo que aquí interesa, BRUNS advertía que no resultaría lícito, p. ej., que el juez utilizara el fin preventivo general con carácter agravatorio únicamente bajo la invocación de los elementos del tipo²⁰, afirmando que la cantidad de pena justa depende de las peculiaridades del caso concreto y no puede ser influenciada por factores que no permiten diferenciar entre los distintos hechos punibles²¹.

2. Problemas de adecuación constitucional

Uno de los valedores clásicos en la doctrina alemana acerca de la inconstitucionalidad de la prevención general en la IJP es BADURA²², quien partía de que incluso FEUERBACH²³, que concibió la prevención general negativa como justificación filosófico-jurídica de la pretensión penal del Estado, no la tomó en consideración como factor de la IJP por considerarla nociva²⁴, conclusión a la que también había llegado

¹⁷ Sobre el concepto de «factor de la I.J.P.» y sus tres significados como factor real, final y lógico, cfr.: Demetrio Crespo, E., *Prevención general*, *Op.cit.*, pp. 44 y ss. [≥ 2ª ed. (nota 3), pp. 26 y ss.].

¹⁸ § 46.3 StGB: «Umstände, die schon Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes sind, dürfen nicht berücksichtigt werden».

¹⁹ Cfr.: Schneider, U., „Vorbemerkungen“, *Op.cit.*, pp. 399 y ss.

²⁰ Bruns, H. J., *Strafzumessungsrecht. Gesamtdarstellung*, 2. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München: Carl Heymanns Verlag, 1974, p. 239.

²¹ Bruns, H. J., *Strafzumessungsrecht*, *Op.cit.*, p. 380.

²² Badura, P., „Generalprävention und Würde des Menschen“, *JZ*, 1964, pp. 337-344.

²³ Sobre la teoría de la IJP en Feuerbach, vid.: Greco, L., *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie. Ein Beitrag zur gegenwärtigen Grundlagendiskussion*, Berlin: Duncker & Humblot, 2009, pp. 65 y ss.

²⁴ Badura, P., „Generalprävention“, *Op.cit.*, p. 338 [«Die Abschreckung als Strafzumessungsgrund des konkreten Strafausspruchs liegt nicht nur außerhalb seiner theoretischen Absicht, sondern wird von ihm sogar als schädlich zurückgewiesen»].

la doctrina italiana²⁵. Entre las razones de mayor peso en contra de agravaciones de la pena por motivos de prevención general se encuentra la posible inconstitucionalidad de estas por vulneración de la dignidad humana y ello sin perjuicio de que la concreta pena impuesta sin atender de manera específica a este factor pueda desplegar efectos preventivo-generales²⁶.

La pregunta que cabía formular -cuya respuesta viene condicionada, a su vez, por las diferentes teorías sobre la IJP²⁷- es si la ilicitud era total o se limitaba a los supuestos en los que dicho punto de vista implicara sobrepasar el techo máximo de la "pena adecuada a la culpabilidad"²⁸. Dado que considerábamos este límite una suerte de "barrera imaginaria" y que no conferíamos a la culpabilidad la capacidad de fundamentar (con carácter constitutivo) una determinada cantidad de pena²⁹, respondíamos que se trataba de una ilicitud plena debido a la *limitación teleológica* de la prevención general a la fase de la conminación legal de la pena. Esta limitación teleológica conlleva, a su vez, la defensa de una "prevención general negativa proporcional" que se mantiene de manera natural dentro de los límites inmanentes que le son propios, evitando con ello efectos indeseables como p. ej. una penalización más dura de criminalidad de bagatela masiva³⁰. Por otro lado, se opone de manera frontal a la concepción -sostenida entre otros por KASPAR al objeto de contrarrestar parcialmente el argumento de la falta de conocimientos empíricos- según la cual en lo que concierne al efecto preventivo general negativo se trata siempre de un punto de vista acumulativo³¹.

Pero no solo la dignidad humana, sino también el principio de igualdad se puede ver afectado con relación a otro caso en el que el juez considere que la prevención

²⁵ Dolcini, E., "Probleme der Strafzumessung in Italien", *ZStW*, 94 (1982), pp. 379-380.

²⁶ Demetrio Crespo, E., *Prevención general*, *Op.cit.*, p. 142 [≥ 2ª ed. (nota 3), p. 170]; Besio Hernández, M., *Los criterios legales*, *Op.cit.*, pp. 150 y ss.

²⁷ Cfr., entre otras referencias, Basso, G. J., *Determinación judicial*, *Op.cit.*, pp. 81 y ss.; Demetrio Crespo, E., *Prevención general*, *Op.cit.*, pp. 187 y ss. [≥ 2ª ed. (nota 3), pp. 234 y ss.]; Grosse-Wilde, T., *Erfolgsszurechnung*, *Op.cit.*, pp. 9 y ss., 65 y ss.; Kaspar, J., *Verhältnismäßigkeit*, *Op.cit.*, pp. 784 y ss.; y Schneider, U., „Vorbemerkungen“, *Op.cit.*, pp. 330 y ss..

²⁸ Sobre el concepto de «culpabilidad en la IJP» («Strafzumessungsschuld»), *vid.*, p. ej., Schneider, U., „Vorbemerkungen“, *Op.cit.*, pp. 319-320.

²⁹ Sobre la relación entre concepto, estructura y función de la «culpabilidad en la IJP», *vid.*: Demetrio Crespo, E., *Prevención general*, *Op.cit.*, pp. 215 y ss. [≥ 2ª ed. (nota 3), pp. 273 y ss.]; *Id.*, „Schuld und Strafzwecke“, en M. Heinrich et al. (Hg.), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, Berlin/New York: Walter de Gruyter, 2011, pp. 689-703; Grosse-Wilde, T., *Erfolgsszurechnung*, *Op.cit.*, pp. 95 y ss..

³⁰ Kaspar, J., *Verhältnismäßigkeit*, *Op. cit.*, p. 802.

³¹ Kaspar, J., *Verhältnismäßigkeit*, *Op. cit.*, p. 804 [«Jede Straftat trägt zu einem potenziellen gesamtgesellschaftlichen „Kumulationsschaden“, also der Gefahr weiterer Straftaten bei flächendeckender Straflosigkeit bei»].

Prevención general como factor final de la individualización judicial de la pena

general no tiene nada que decir como fundamento de la individualización³². Adicionalmente cabe preguntarse si en el caso español la consideración de la prevención general como factor final de la individualización no contribuye a un vaciamiento indirecto de la resocialización como fin de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad expresamente previsto en el Art. 25.2 CE³³.

Por último, las dudas sobre la legitimidad se ven incrementadas debido a la indemostrabilidad desde el punto de vista empírico de este tipo de agravaciones, que carecerían de sentido sin saber siquiera si se muestran eficaces para el fin pretendido³⁴ y que, por lo tanto, de acuerdo con el principio *in dubio pro reo*, deberían desecharse. Los resultados de las investigaciones empíricas niegan más bien la hipótesis de que una pena más dura produce un mayor efecto preventivo general, por lo que la imposición de una agravación de la pena por motivos preventivo generales -bien para intimidar a otros potenciales autores de la comisión de hechos parecidos, bien para fortalecer la confianza jurídica de la población en la vigencia y capacidad de respuesta del ordenamiento jurídico- sería político-criminalmente inútil y jurídicamente ilícita³⁵.

III. OBJECIONES FRENTE A LA PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA COMO FACTOR FINAL DE LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

1. Problemas dogmáticos

Cuando se trata de la prevención general positiva la argumentación se vuelve aún más compleja puesto que implica tomar como punto de partida sus diferentes formulaciones o modelos de pensamiento en torno a ella³⁶, seleccionar aquellos que

³² Warda, G., *Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München: Carl Heymanns, 1962, pp. 155 y ss.

³³ García Arán, M., *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, Barcelona: Ediciones de la Universidad de Barcelona, 1982, p. 186; Demetrio Crespo, E., *Prevención general*, *Op.cit.*, p. 143 [≥ 2ª ed. (nota 3), p. 171].

³⁴ Köberer, W., „Lässt sich Generalprävention messen? Zur neueren Diskussion der abschreckenden Wirkung von Strafe -am Beispiel der Todesstrafe in den USA-“, *MschKrim*, 65, Heft 4, 1982, pp. 200-218.

³⁵ Cfr.: Demetrio Crespo, E., *Prevención general*, *Op.cit.*, p. 145 y nota 64 [≥ 2ª ed. (nota 3), p. 175 y nota 64] y, recientemente, Kaspar, J., *Verhältnismäßigkeit*, *Op. cit.*, p. 811, quien -a pesar de defender una “IJP proporcional”- reconoce abiertamente que la tendencia atenuante observable a largo plazo no solo es político-criminalmente correcta, sino también constitucionalmente exigible, al tiempo que se hace posible de este modo prevenir el peligro de una recaída en estrategias punitivas meramente retributivas.

³⁶ Cfr., entre otras referencias, Demetrio Crespo, E., *Prevención general*, *Op.cit.*, pp. 109 y ss. [≥ 2ª ed. (nota 3), pp. 123 y ss.]; Feijoo Sánchez, B., *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teo-*

se muestran capaces de suministrar criterios aplicables en la medición de la pena, y analizar su relevancia específica en la IJP³⁷. Ya CALLIES partía de la idea de que las sanciones penales, más allá de su función de carácter individual, desempeñan asimismo una función social definida como una suerte de conexión normativa intersubjetiva³⁸. Se argumenta que el juez no solo tiene un deber frente al autor, sino también frente a la generalidad, indicando que la función de la prevención general en la IJP debería consistir en compensar los efectos nocivos de la eventual relajación en la intensidad de la persecución jurídico-penal del Estado al objeto de evitar que la amenaza penal pudiera no ser tomada en serio. Implícitamente se otorga a la culpabilidad en la IJP una función constitutiva, según la cual no solo estaría prohibido sobrepasar el límite máximo de la supuesta pena adecuada a la culpabilidad, sino que tampoco sería posible ir por debajo del límite mínimo, de acuerdo con una formulación que termina por identificar las necesidades preventivo-generales con la retribución justa³⁹.

De este modo, la problemática dogmática a este respecto puede resumirse concluyendo que del reconocimiento de una prohibición de superación del marco de pena adecuada a la culpabilidad, algo sobre lo que no existe controversia, resultaría una doble consecuencia: mientras que respecto a la prevención general negativa cabría afirmar que esta solo puede consistir en un “efecto paralelo”, pero en ningún caso puede buscarse expresamente, en lo que respecta a la prevención general positiva, según la opinión dominante, la colisión con el principio mencionado no sería posible al entender que la única pena que produce efectos preventivo generales positivos es aquella que se percibe como adecuada a la medida de la culpabilidad⁴⁰. Sin embargo, el aspecto verdaderamente más revelador de hasta qué punto los fines de la pena y la teoría marco (retributiva o preventiva) que se mantenga tiene claras repercusiones

ría de la pena y las funciones del Derecho penal, Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2007, pp. 261 y ss.; Sánchez Lázaro, F. G., *Una teoría principialista de la pena*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, 2016, pp. 129 y ss.; Rodríguez Horcajo, D., *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, 2016, pp. 62 y ss..

³⁷ Vid.: Demetrio Crespo, E., *Prevención general*, *Op.cit.*, pp. 146 y ss. [≥ 2ª ed. (nota 3), pp. 175 y ss.] (y la bibliografía allí citada).

³⁸ Callies, R. P., *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat. Ein Beitrag zur strafrechtsdogmatischen Grundlagendiskussion*, Frankfurt am Main: Fischer Taschenbuch, 1974, pp. 191 y ss..

³⁹ Schnelle, Karl, *Die Funktion generalpräventiver Gesichtspunkte bei der Strafzumessung*, Göttingen, jur. diss., 1977, p. 158.

⁴⁰ Cfr.: Demetrio Crespo, E., *Prevención general*, *Op.cit.*, p. 259 [≥ 2ª ed. (nota 3), p. 337], y Schneider, U., „Vorbemerkungen“, *Op.cit.*, pp. 329-330, donde se señala que no hay razón alguna para subrayar especialmente el fin de la prevención general positiva en la medición de la pena, sin perjuicio de toda una serie de aspectos o elementos atenuantes, tales como el comportamiento posterior al hecho -p. ej. la reparación del daño- o la confesión por arrepentimiento, que confirman la pretensión de vigencia de la norma al margen de la imposición de una pena elevada (marg. 38).

Prevención general como factor final de la individualización judicial de la pena

de orden metodológico en el contexto de la IJP se presenta cuando se examinan las distintas posiciones acerca de la supuesta prohibición -que en nuestro ordenamiento jurídico carecería de base normativa alguna- de no ir por debajo del límite mínimo de la pena adecuada a la culpabilidad⁴¹.

2. Problemas de adecuación constitucional

Pues bien, frente a la idea, cuando menos equívoca, de que la prevención general positiva o bien exige simplemente la pena justa o bien no desempeña ningún papel en la IJP, tratamos de argumentar en su momento que este fin de la pena puede jugar en contra de los intereses del reo, exigiendo la imposición de una pena más dura de la que se requeriría conforme a la prevención especial si ello se considera necesario para el fortalecimiento de la confianza jurídica de la población⁴².

En primer lugar, la afirmación de que la pena adecuada a la culpabilidad produce efectos preventivo-generales de carácter integrador depende de que la pena sea considerada socialmente justa, lo que implica poner al juez en la imposible situación de conocer la opinión pública y traducirla en un *quantum* de pena, con la consiguiente indeterminación de los criterios legales de determinación de la pena⁴³. Por otro lado, no resulta consecuente constatar la irracionalidad de que la cantidad de pena a imponer quede en manos de la percepción social en cada momento para a continuación legitimar dicha consecuencia bajo la consideración de que la prevención general de integración permite en todo caso un cierto grado de renuncia a la pena adecuada la culpabilidad por razones de prevención especial.

Aunque se admita el carácter meramente limitativo y no constitutivo de la culpabilidad, el problema solo se traslada, pero no se resuelve, si al final se concede dicho estatus de manera tácita a la prevención general de integración. Tanto entonces como ahora cabe preguntarse, *¿cuándo y cómo se puede constatar que la sociedad está dispuesta a tolerar un determinado grado de "individualización" de la responsabilidad?, ¿por qué razón debe decidir la sociedad, que como sabemos por estudios de psicología social se mueve más bien por impulsos irracionales y se manipula por los medios de comunicación, si debe tolerarse un determinado grado de renuncia a la pena?*⁴⁴. A parecidas consecuencias se llega tras el análisis crítico de la cláusula -no

⁴¹ Sobre las distintas posiciones a este respecto, Vid.: Demetrio Crespo, E., *Prevención general*, Op.cit., pp. 260 y ss. [≥ 2ª ed. (nota 3), pp. 338 y ss.] (y la bibliografía allí citada).

⁴² Demetrio Crespo, E., *Prevención general*, Op.cit., p. 149 [≥ 2ª ed. (nota 3), p. 180].

⁴³ Pérez Manzano, M., *Culpabilidad y Prevención. Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Madrid: Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 1986, pp. 272 y ss..

⁴⁴ Demetrio Crespo, E., *Prevención general*, Op.cit., p. 152 [≥ 2ª ed. (nota 3), pp. 184-185].

exenta de connotaciones retributivas⁴⁵- de la “defensa del ordenamiento jurídico” contemplada en los § 47, 56 y 59 StGB, que resulta inidónea como criterio limitativo de las necesidades de prevención especial, tanto por la vaguedad del concepto como por la falta de conocimientos empíricos al respecto⁴⁶.

En su día sostuve que en la medida en que con la prevención general positiva se persiga el mismo efecto intimidatorio propio de la prevención general negativa, aunque disfrazado en conceptos vagos e imprecisos susceptibles de inducir a confusión, se puede llegar a fundamentar una solución contraria a las garantías individuales⁴⁷. También el pensamiento preventivo general positivo subyacente a la teoría de la proporcionalidad con el hecho corre el riesgo de “incluir en la ecuación” elementos de culpabilidad de autor que conviene desechar a toda costa⁴⁸, lo que resulta evidente con relación al específico elemento de ponderación de la “gravedad del hecho” como factor real de la IJP “ánimo que se desprende del hecho” («die Gesinnung, die aus der Tat spricht») mencionado en el § 46 (2) StGB⁴⁹.

En tanto que factor final de la IJP la prevención general positiva se vería afectada, por tanto, no solo por las críticas -tales como la incorrección de sus presupuestos axiológicos y la ausencia de legitimación empírica- que se han esgrimido en contra de este fin de la pena con carácter general⁵⁰, sino que le serían igualmente aplicables los problemas de constitucionalidad que ya han sido expuestos respecto a la prevención general negativa. Como ha advertido de manera clara KASPAR, criterios como la “perturbación del ordenamiento jurídico”, aunque provienen del ámbito de

⁴⁵ Luzón Peña, D. M., *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid: Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, 1979, pp. 74-75.

⁴⁶ Cfr.: Demetrio Crespo, E., *Prevención general*, *Op.cit.*, p. 159 [≥ 2ª ed. (nota 3), pp. 194]; y, en sentido crítico sobre la concepción de Frisch, que combina una base preventiva con la adecuación a la culpabilidad interpretada con el criterio de la dimensión de la “perturbación del ordenamiento jurídico” a pesar de la ausencia de conocimiento empírico, Kaspar, J., *Verhältnismäßigkeit*, *Op.cit.*, pp. 791 y ss..

⁴⁷ Demetrio Crespo, E., *Prevención general*, *Op.cit.*, pp. 160. [≥ 2ª ed. (nota 3), p. 196].

⁴⁸ Kaspar, J., *Verhältnismäßigkeit*, *Op.cit.*, p. 788 [«Eine gewisse Tatproportionalität als Mindestanforderung der „gerechten Strafe“ ist unumgänglich, worauf schon Jellinek hingewiesen hat. Überzeugend ist auch das teilweise damit verbundene Anliegen, in ihrem Inhalt und ihrer straftheoretischen Legitimation unklare persönliche Schildelemente wie die Gesinnung des Täters möglichst aus der Strafzumessungslehre zu verbannen»].

⁴⁹ Kaspar, J., *Verhältnismäßigkeit*, *Op.cit.*, p. 803 [«Nicht zu übersehen ist aber die Gefahr, dass es dabei um eine rein „moralisierende“ Betrachtung geht, bei der verbal abgelehnte „Charakter“ oder „Lebensführungsschuld“ doch relevant sind»] y, con mayor detalle, sobre el riesgo de introducir de nuevo en la IJP una pura «retribución de la culpabilidad» -y, con ella, un «injusto del ánimo» («Gesinnungsunrecht») independiente- por la puerta de atrás de la prevención general positiva (p. 809).

⁵⁰ Cfr.: Demetrio Crespo, E., *Prevención general*, *Op.cit.*, pp. 126 y ss. [≥ 2ª ed. (nota 3), pp. 148 y ss.] y la bibliografía allí citada, en particular, Ferrajoli, L., *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, 1995, pp. 274-275.

Prevención general como factor final de la individualización judicial de la pena

la prevención general positiva, pueden remitirse por completo al efecto preventivo general negativo de eliminar el mal ejemplo e impedir el “efecto imitación”⁵¹. Por otro lado, las objeciones dogmáticas vinculadas a aquellos -tales como la doble valoración de elementos del tipo- también se mantienen, a lo que se añade su carácter asistemático y, finalmente, su incapacidad intrínseca como criterio de medición de la pena, algo reconocido por sus propios partidarios⁵².

IV. REFLEXIÓN FINAL

No es posible en el marco de este breve artículo extenderse sobre las diferentes perspectivas teóricas acerca del complejo problema abordado⁵³, por lo que entiendo que lo más conveniente es limitarse a formular una valoración final de carácter global. Para ello me gustaría enlazar con una valiente reflexión de BERDUGO en la *Lección Inaugural del curso 2018-2019 pronunciada el 13 de septiembre de 2018 en la Universidad de Salamanca*:

“Legislar en función de la opinión pública, de los grupos de presión mediáticos y del protagonismo que en el corto plazo se da a las víctimas no es más democrático, al contrario, es un paso atrás, es ignorar el propio origen del Derecho penal, que nace como vía que asume el Estado frente a la venganza privada”⁵⁴.

Pues bien, lo mismo podría decirse de la aplicación del Derecho penal por jueces y tribunales, que debería ser lo más estricta/menos arbitraria y restringida posible, como corresponde al Derecho penal del Estado constitucional de Derecho⁵⁵, sin que

⁵¹ Kaspar, J., *Verhältnismäßigkeit*, *Op.cit.*, p. 792.

⁵² Con más detalle, *Vid.*: Demetrio Crespo, E., *Prevención general*, *Op.cit.*, pp. 159-161. [≥ 2ª ed. (nota 3), pp. 195-198].

⁵³ Una clasificación de los principales puntos de vista expuestos por la doctrina tanto en función del grado de licitud o ilicitud otorgado a la prevención general en la IJP como atendiendo a visiones sistemáticas por autores puede verse en Demetrio Crespo, E., *Prevención general*, *Op.cit.*, pp. 161 y ss. [≥ 2ª ed. (nota 3), pp. 198 y ss.].

⁵⁴ Berdugo Gómez de la Torre, I., *Reflexiones penales desde Salamanca*. «Decían ayer, decimos hoy, dirán mañana», 2018, p. 52.

⁵⁵ Cfr., entre otras referencias, Berdugo Gómez de la Torre I., *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*, Madrid: Iustel, 2012, pp. 103 y ss.; *Id.*, *Honor y libertad de expresión. Las causas de justificación en los delitos contra el honor*, Madrid: Tecnos, 1987, pp. 15 y ss.; Demetrio Crespo, E., *El Derecho penal del Estado de Derecho entre el espíritu de nuestro tiempo y la Constitución*, Madrid: Reus, 2020, pp. 109 y ss. (y la bibliografía allí citada); Gärditz, K. F., *Staat und Strafrechtspflege. Braucht die Verfassungstheorie einen Begriff von Strafe?*, Paderborn: Ferdinand Schöningh, 2015, pp. 9 y ss.; Greco, L., „Verfassungskonformes oder legitimes Strafrecht? Zu den Grenzen einer verfassungsrechtlichen Orientierung der Sfrafrechtswissenschaft“, en B. Brunhöber *et al.* (Hrsg.), *Strafrecht und Verfassung*, Baden-Baden: Nomos, 2013, pp. 13 y ss.; Kaspar, J., *Verhältnismäßigkeit*, *Op.cit.*, pp. 27 y ss.; Quintero Olivares, G. (Dir.) / Jaira I Manzano, J. (Coord.), *Derecho*

se pueda afirmar que están legitimados por alguna razón a erigirse en portavoces de ninguna otra cosa⁵⁶. Por ello, todo esfuerzo será poco en el empeño por aclarar los fundamentos dogmáticos de la compleja y delicadísima labor que estos llevan a cabo, y sería un flagrante error pensar que este terreno se puede dejar al albur de la sana intuición o la propia ideología de cada uno de ellos. Es preciso no perder de vista en este sentido el *deber de motivación* que pesa sobre la decisión individualizadora de acuerdo con lo establecido en el art. 72 CP, que aparece asociado, a su vez, a la posibilidad de revisión por una instancia superior y la correspondiente garantía constitucional⁵⁷.

No es baladí recordar, como bien ha subrayado BERDUGO⁵⁸, que el punto de partida del Derecho penal democrático^{59/60}, más allá de la multiplicidad de factores que puedan influir en su evolución, debe radicar en el pronunciamiento sobre el modelo de Estado y la irrenunciabilidad de los Derechos Humanos que se proyectan sobre las

penal constitucional, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015; Schünemann, B., *El Derecho penal en el Estado democrático de Derecho y el irrenunciable nivel de su dogmática*, Madrid: Reus / Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2019, pp. 45 y ss.; Wilfert, M. V., *Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2017, pp. 10 y ss.; Zaffaroni, E. R., *Derecho penal humano. La doctrina de los juristas y el poder en el siglo XXI*, Buenos Aires: Hammurabi, 2017, pp. 86 y 135.

⁵⁶ A este respecto, sobre la relación entre razonamiento jurídico y razonamiento moral en el plano de la teoría del derecho, cfr., entre otras referencias, García Figueroa, A., “¿Hacen los jueces justicia? Sobre principios y reglas”, en M. Gascón Abellán (Coord.), *Argumentación jurídica*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 191 y ss.; y sobre neutralidad e ideología de los jueces, Gargarella, R., “Jueces, mayoritarismo y castigo”, en *Id.*, *Castigar al prójimo. Por una refundación democrática del derecho penal*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2016, pp. 81 y ss..

⁵⁷ *Vid.*, llamando la atención sobre la diferencia entre *motivación* de la decisión y su *corrección* o conformidad a derecho, Besio Hernández, M., *Los criterios legales*, *Op.cit.*, p. 494.

⁵⁸ Berdugo Gómez de la Torre I., *Viejo y nuevo Derecho penal*, *Op.cit.*, p. 114.

⁵⁹ En sentido crítico sobre la relación entre democracia y Derecho penal, cfr.: Gargarella, R., *Castigar al prójimo*, *Op.cit.*, pp. 22 y ss, quien habla de “hostilidad hacia la democracia” e “indiferencia hacia la desigualdad” en los modos de respuesta penal actualmente existentes o dominantes [«: el derecho penal vigente parece llevarse muy mal con nuestras más elementales preocupaciones de tipo democrático. Este hecho conspicuo se advierte no solo en relación con los autores penales que -podíamos esperarlos- reaccionan agresivamente ante tales preocupaciones, dados los presupuestos conservadores o liberal-conservadores de los que parten para elaborar sus reflexiones. La hostilidad se advierte también -lo que resulta más curioso- en las mentes más atractivas y progresistas del derecho penal moderno, los autores que muchos de nosotros leemos y citamos con devoción» (p. 23)].

⁶⁰ Sobre las implicaciones metodológicas tanto en el nivel político-científico como heurístico del concepto -más o menos deliberativo- de democracia subyacente: *Vid.*, entre otras referencias, Schünemann, B., *El Derecho penal en el Estado democrático de Derecho*, *Op.cit.*, pp. 25 y ss., así como una cierta sistematización de los argumentos en la siguiente reseña de este libro, Demetrio Crespo, E., “Discurso jurídico y método científico en el Derecho penal de nuestro tiempo”, *RP*, n° 49, 2022, pp. 277 y ss.; y, por último, sobre la conexión entre teoría democrática y Derecho penal, por todos, Duff, A., *Punishment, Communication and Community*, Oxford: Oxford University Press, 2001; *Id.*, *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2015.

Prevención general como factor final de la individualización judicial de la pena

garantías penales. En el tema que nos ocupa esto podría significar decantarse por una “optimización de los Derechos Fundamentales” que se ven afectados en la IJP en lugar de por una “optimización de la compensación de la culpabilidad”⁶¹, lo que nos devuelve a la cuestión metodológica clave acerca del carácter prospectivo o/y retrospectivo de la medición de la pena⁶² y las antinomias entre fines de la pena y culpabilidad que subyace a esta materia⁶³.

En la medida en que se trataría de perseguir idealmente la mínima intervención posible para el reo sin merma del fin preventivo general, que quedaría ya preservado por el marco penal abstracto y las sucesivas concreciones de este en el proceso de determinación legal de la pena hasta llegar al margen que queda para la IJP tanto en sentido amplio como en sentido estricto, no hay razones para sustentar agravaciones de la pena adecuada a la culpabilidad y correspondiente al “injusto culpable” basadas en la intimidación de terceros.

⁶¹ Kaspar, J., *Verhältnismäßigkeit*, *Op.cit.*, pp. 818 y ss..

⁶² Kaspar, J., *Verhältnismäßigkeit*, *Op. cit.*, pp. 811 y ss..

⁶³ Demetrio Crespo, E., *Prevención general*, *Op.cit.*, pp.73 y ss. [≥ 2ª ed. (nota 3), pp. 70 y ss.],

