

La prevención general en la determinación de la pena

MERCEDES GARCIA ARAN

Profesora Ayudante de Derecho penal

La cuestión de los criterios a considerar por el juez al decidir la pena concreta que debe ser aplicada ante un hecho y un autor concretos, esto es, los problemas de la determinación judicial de la pena, lleva camino de convertirse casi en una disciplina autónoma y, en todo caso, se ha convertido ya en un tema de actualidad acerca del cual existen en nuestro país varios trabajos (1), suficientes como para considerarlo problema digno de atención. La ocasión de este homenaje póstumo a don José Antón Oneca, cuya dedicación a importantes problemas jurídico penales nos proporcionó una fuente imprescindible de conocimientos, es idónea para abordar una cuestión tan importante como ésta en el intento de contribuir, siguiendo su ejemplo, al desarrollo de la ciencia jurídico-penal española.

Se ha puesto suficientemente de manifiesto que uno de los atractivos del tema reside en su idoneidad para colocar irremisiblemente sobre el tapete la cuestión del fin y la fundamentación de la pena en un intento, casi siempre logrado, de superar el tradicional tratamiento de la cuestión como un puro problema de métrica y/o de exégesis de las complicadas reglas que al respecto proporciona nuestro Código. Por el contrario, hoy la cuestión de la determinación de la pena proporciona el ámbito idóneo o al menos, necesario, para derivar importantes consecuencias de la postura que se mantenga respecto a problemas como el contenido

(1) QUINTERO OLIVARES, G., *Determinación de la pena y política criminal*, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 4, 1978, págs. 52 ss.; LUZÓN PEÑA, D. M., *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid, 1979; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española*. "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid", núm. 3, 1980, págs. 129 ss. y en este mismo número, BACIGALUPO, E., *La individualización de la pena en la reforma penal*, págs. 55 ss.

y la graduabilidad del injusto y la culpabilidad, papel y valor de las finalidades tradicionalmente atribuidas a la pena, etc. Sin embargo, entre la multiplicidad de temas que surgen de todo ello existe uno que parece va a trazar una línea divisoria entre los partidarios de dos posturas irreconciliables, lo cual venga quizá condicionado por los términos tajantes en que se plantea: la necesidad preventiva general, ¿debe considerarse en la determinación de la pena concreta? y más particularmente, ¿es lícito imponer pena superior a la que aconseje la gravedad del hecho, la culpabilidad del autor o la necesidad preventivo especial porque así lo aconsejen las necesidades preventivo generales? El tema, como puede verse, se presta a la respuesta radical y en ocasiones, apriorística, para buscar luego la justificación teórica.

1. Ante ello, es necesario formular algunas advertencias y la primera de ellas hace referencia precisamente al carácter diametralmente opuesto de los bloques de opiniones: si en general la búsqueda de orientaciones a la determinación de la pena se sitúa en el terreno político criminal (2), la cuestión que se acaba de plantear obliga como ninguna otra a la toma de posición en ese sentido, acentuándose muy especialmente el carácter político de la decisión. En realidad, el mantenimiento o rechazo del criterio preventivo general en la determinación judicial de la pena, lleva consigo una opción claramente política respecto a la actuación del juez: o ésta debe consistir simplemente en un paso de la concreción de la norma o además debe *perseguir* por sí misma efectos sobre la colectividad, atribuyéndosele un determinado grado de competencia reguladora de la conducta general. Con ello quiero adelantar que el centro del problema radica precisamente en la defensa de esa opción previa e insisto, política, antes que en el cuestionamiento del rigor de los trabajos que han optado por uno u otro sentido, todos ellos pertenecientes a autores más que autorizados y de reconocido prestigio.

Otro punto que merece la pena aclarar antes de seguir adelante es la utilización de los términos «prevención general», «alarma social» o «repercusión del hecho concreto». Evidentemente, no son conceptos equiparables, entre otras cosas, porque el primero se refiere a una orientación general del sistema penal y de las penas y los otros dos a situaciones de hecho que pueden o no producirse en un momento histórico determinado, pero interesa destacar que

(2) Vid. QUINTERO, *op. cit.*, págs. 64 ss. Sin embargo, no creo que sea necesario llegar a un enfrentamiento entre la atribución del tema a la política criminal o a la dogmática, en tanto en cuanto no es necesario tampoco adscribirlo con exclusividad a uno u otro terreno. Lo importante es perfilar la decisión político criminal sobre la necesidad de una u otra sanción, pero ello debe contar con las características de lo cometido y las categorías dogmáticas, que por otra parte no tienen por qué ser elaboradas exclusivamente con la ya superada obsesión conceptualizadora y sistemática. En este sentido, LUZÓN PEÑA, *op. cit.*, página 17, nota 24.

si se acepta que el juez tome en consideración la necesidad preventivo general en la determinación de la pena, deberán introducirse o, al menos, será muy difícil evitar factores de medición, datos de hecho como los que se acaban de apuntar, pues cuesta imaginar una estimación judicial sobre la prevención general que no se base en la repercusión que el hecho haya supuesto o en la repetición de otros de la misma clase. Por ello, frecuentemente será inevitable la referencia conjunta a prevención general y alarma social en tanto en cuanto, de producirse la segunda se tiende, consciente o inconscientemente, a considerar aumentada la necesidad de la primera.

Todavía dentro de las consideraciones previas orientadas a la delimitación del problema, una última cuestión: al tratar de la prevención general suele distinguirse entre la fase de conminación y la de aplicación, de modo que en la primera se atiende a la necesidad intimidatoria con respecto a los hechos que se quieren evitar desde el punto de vista del legislador y en la segunda, se concretan por el juez esas exigencias conminativas ante el hecho ya producido, dándose cumplimiento a la amenaza (3). Lo que nadie pretende discutir es que para la eficacia de la prevención general sea necesaria la aplicación de la pena ni tampoco que ésta produzca —al menos en principio— efectos preventivo generales. Pero una cosa es que la decisión judicial tenga efectos preventivo generales y otra muy distinta, que *el juez deba perseguirlos como objetivo específico y considerarlo como materia propia de su contenido*. Esta es precisamente la cuestión en torno a la que hay que pronunciarse y ahí es donde se produce la opción política a que me refería antes. Centrado el tema en estos términos, conozcamos los argumentos esgrimidos en defensa de cada una de las posiciones.

2. Entre las opiniones que introducen la consideración de la prevención general en la determinación de la pena, merecen tratamiento aparte las mantenidas por autores alemanes, puesto que se encuentran condicionadas por la especial regulación de su país en esta materia. Al establecer el parágrafo 46 StGB que la «culpabilidad es el fundamento de la determinación de la pena», fórmula que recibe críticas por su falta de concreción (4), se busca establecer los criterios de determinación de la magnitud de pena adecuada a la culpabilidad y el valor de las estimaciones preventivas sobre la misma, con el consabido reflejo en la llamada «antinomía de los fines de la pena» y los intentos por solucionar!a acudiendo a una gradación de los mismos (5). Pero lo que interesa en este punto

(3) En contra, CAVALLA, F., *La pena come problema*, Padua, 1979, pág. 33, negando la distinción entre la prevención general en la conminación y la ejecución.

(4) Entre otros, STRATENWERTH, G., *Culpabilidad por el hecho y medida de la pena*. (Trad. Bacigalupo y Zugaldía), Madrid, 1979.

(5) Tal es el caso de la Stellenwert-Theorie o teoría del valor de empleo. Vid. HORN, E., en *Systematischer Kommentar*, 1977, parágrafo 47.

de la exposición es el modo en que al intentar superar la explicación tradicional de la culpabilidad se procura explicarla con arreglo a criterios preventivos y de este modo aparece la prevención general en la adecuación de la pena a la magnitud de la culpabilidad.

Roxin aplica a su teoría de la determinación de la pena el concepto de «prevención general integradora» (6) entendida como reafirmación de la confianza en el ordenamiento jurídico y afirma que sólo la pena adecuada a la culpabilidad es capaz de lograr tal efecto (7). Noll, en un plano general, establece una cierta relación entre culpabilidad y prevención general al afirmar que «culpabilidad es decisión contra la norma penal a pesar de poseer capacidad para reaccionar ante las exigencias normativas» (8). Por otra parte, aparece en distintas opiniones la referencia genérica a la presencia de la prevención general en la determinación de la pena (9), pero el arraigo de la idea «culpabilidad-expiación» en Alemania y la propia atribución de carácter fundamental a la misma parece impedir que aparezcan opiniones tajantes a favor de la superación del máximo de pena adecuada a la culpabilidad por motivos de prevención general (10), los cuales actúan en cambio inequívocamente como

(6) ROXIN, C., *Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*. Fes. f. Bockelmann, 1979, págs. 282 ss. y 307 ss. Hay traducción española de F. Muñoz Conde en "Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal", Madrid, 1981, págs. 147 ss. La prevención general integradora se consigue cuando mediante una pena que es considerada como justa por la comunidad, se logra el consenso de ésta y se reafirma el ordenamiento jurídico; tal concepto es utilizado igualmente por HASSEMER, W., *Generalprävention und Strafzumessung*, en HASSEMER-LUDERSSEN-NAUCKE, *Hauptprobleme der Generalprävention*, Frankfurt, 1979, págs. 29 ss.

(7) Con ello, en principio, no se obliga a considerar la prevención general para tal medición, pero previamente Roxin ha establecido la vinculación entre culpabilidad y prevención general al explicar las causas de exclusión de la primera como casos de ausencia de necesidad de la segunda, *loc. cit.*

(8) NOLL, P., *Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts*. Fest. f. Mayer, Berlín, 1966, pág. 223. Vid. también JACKOBS, G., *Schuld und Prävention*, Recht und Staat 425/53 1976, pág. 9; BRUNS, H. J., *Strafzumessungsrecht*, Köln-Berlín-Bonn-München, 1974, págs. 324 ss.

(9) Así, JESCHECK, H.-H., *Lehrbuch des Strafrechts*, A. T., 3.ª ed., 1978, pág. 702; ZIFF, H., *Introducción a la política criminal*. (Trad. M. Izquierdo), Madrid, 1979, p. 140.

(10) Sin embargo, lleva razón ROXIN al afirmar que los partidarios de la pena exacta (Punktstrafe) deben admitir desviaciones por encima y por debajo de la pena adecuada a la culpabilidad, que sólo pueden estar basadas en criterios preventivos; *Prävention und Strafzumessung* en Fest. f. Bruns, 1978, pág. 183. (Trad. española de F. Muñoz Conde en "Culpabilidad y Prevención...", *cit.*). Ver también, admitiendo la posibilidad de agravación por motivos de prevención general, el ejemplo de JESCHECK, *op. cit.*, pág. 703: "Si el reo, bajo la impresión de los frecuentes casos de robo de bolsos de mujeres, 'lo intenta por una vez', merece indulgencia desde el punto de vista del principio de culpabilidad, pero desde el punto de vista preventivo general, por el contrario, una pena grave".

límite inferior de contención a través de la formulación legal que obliga a imponer las penas inferiores a seis meses cuando ello sea imprescindible para la defensa del ordenamiento jurídico (11).

El panorama fuera de Alemania es distinto: no se trata tanto de explicar la presencia de criterios preventivo generales en la magnitud de la culpabilidad, sino de proponer genéricamente la atención a las necesidades intimidatorias como un dato más a tener en cuenta junto a la consideración del hecho y de la culpabilidad del autor; así lo reclaman Bettiol (12), Cavalla (13) y más recientemente Pagliaro, quien aporta tres argumentos básicos: 1) La actuación judicial debe adecuarse al programa de acción preventivo general establecido por el legislador; 2) La adaptación al criterio preventivo general supone perfeccionar la proporcionalidad de la pena con la gravedad del hecho, puesto que en dicha «gravedad» debe considerarse también lo «externo» al propio hecho, y 3) Los criterios restantes, como la retribución de la culpabilidad, son insuficientes (14).

Entre nosotros, Luzón Peña ha realizado un importante esfuerzo por solucionar la antinomia de los fines de la pena decidiéndose en opción de principio por la primacía de los intereses de prevención general sobre los de prevención especial en caso de conflicto irresoluble entre ellos, afirmando que en caso de contradicción total, si fracasa la prevención especial se crearán conflictos «pero únicamente respecto a una persona delincuente, no respecto a muchos potenciales delincuentes que podrían pasar a serlo si lo que se sacrificase fuese la eficacia de la prevención general y se relajaran las barreras inhibitorias frente a la colectividad» (15). En opinión de Luzón, es posible una interpretación progresista y limitadora a partir de la prevención general vinculada a las ideas de necesidad y eficacia de la pena, que obliga a comprobar en la fase de determinación hasta qué punto es necesaria una mayor gravedad de la sanción (16).

De este razonamiento se deducen algunos datos clave: la posibilidad de que sea necesaria una determinada cantidad de pena para que se produzcan efectos preventivo generales sobre el resto de la colectividad y la posibilidad, también, de que esa cantidad de pena sea superior a la que se considera adecuada estimando aisladamente las circunstancias del sujeto. A ello hay que añadir

(11) Es habitual interpretar esta expresión en sentido preventivo general como el mantenimiento de la confianza de la generalidad en el ordenamiento jurídico; vid., entre otros, STREE, W., en SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, München, 1980, par. 47, pág. 563.

(12) BETTIOL, G., *Diritto penale*, I., Padua, 1966, págs. 683 ss.

(13) CAVALLA, *op. cit.*, pág. 307.

(14) PAGLIARO, A., *Commisurazione della pena e prevenzione generale*, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, enero-marzo, 1981, págs. 30-31.

(15) LUZÓN PEÑA, D. M., *op. cit.*, pág. 64.

(16) LUZÓN PEÑA, *op. cit.*, págs. 61 ss.

que la situación de mayor necesidad intimidatoria vendrá dada por fenómenos como los arriba apuntados: alarma social creada, repercusión del hecho, repetición de otros de la misma clase, que dependen de circunstancias que, en ocasiones, poco o nada tienen que ver con el autor.

Ante ello, pero también ante la importancia de los argumentos reseñados, es necesario sopesar cuidadosamente las consecuencias del planteamiento.

3. Empecemos por analizar en un plano concreto las posibilidades y la eficacia de la estimación preventivo general por el juez. La primera cuestión viene planteada por el tipo de mecanismos que conforman la valoración judicial en este terreno: si en todo el tema de la determinación concreta de la pena la tendencia al irracionalismo preocupa sobremanera a quienes se ocupan de él, la cuestión de la prevención general es quizá la que mayores riesgos ofrece en este sentido; los motivos por los que se tiende a incrementar la pena con finalidad intimidatoria son los que más expuestos están a la valoración parcial e irracional. Con acierto destaca Dolcini, que el fenómeno de la alarma social se asienta en la mayoría de los casos sobre una identificación de determinados sectores sociales con las víctimas de algunos delitos (17) y no supone gran esfuerzo recordar casos en los que un espectacular despliegue informativo, la especial resonancia periodística de un hecho o incluso una prensa sensacionalista, han empujado a la reclamación de penas severísimas por parte de la población, sin que ello suponga negar la gravedad de los hechos que suelen originar tales reacciones (18), pero lo que sí es cierto es que tales fenómenos deben estudiarse en profundidad y sin menospreciar el efecto que pueden producir sobre la valoración del hecho; en cualquier caso éste presenta una «gravedad», sobre cuyo contenido no puedo extenderme aquí, pero en principio no me parece conveniente que en la valoración del injusto cometido se incluyan datos posteriores a su realización como es el caso de la difusión social del mismo (19).

En segundo lugar, la propuesta de la consideración preventivo general por parte del juez parece confiar en la eficacia de una determinada medida de pena sobre la tasa preocupante de criminalidad. A tal respecto hay que hacer algunas consideraciones,

(17) DOLCINI, E., *La commisurazione della pena*, Padua, 1979, página 232. Cfr. también STRATENWERTH, *op. cit.*, pág. 62, sobre los fenómenos no reflexivos de prevención general y especial y la conclusión de GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *op. cit.*

(18) Baste recordar las reacciones abiertamente talionares producidas frente a atentados contra la libertad sexual que llegan a solicitar la castración de sus autores.

(19) Sin embargo, hay que establecer la salvedad de los casos en que esa difusión ha sido buscada por el autor para aumentar el perjuicio ocasionado a la víctima, incrementándose la entidad del injusto, puesto que con ello estamos completando la estimación del devalor "desde dentro" y no yuxtaponiéndole factores externos como propone PAGLIARO.

teniendo en cuenta que los estudios empíricos de que disponemos sobre el tema no son muy amplios y que quizá no puedan ser nunca definitivos dada la dificultad de comprobar el número de personas que dejan de delinquir gracias a la intensidad de la intimidación. Sin embargo, existen opiniones autorizadas y algunos estudios ya realizados que ponen en duda tal eficacia: Para Haag, los factores que presentan posibilidades y peligro de difusión del delito son la posición social del agente, la amplitud del ámbito en que se difunde la noticia, las características de las personas entre las que se difunde y la precedente frecuencia de la comisión (20), entre los que como puede verse, no se encuentra la menor severidad de la sentencia que se dicte; Hassemer destaca que para confiar en el valor preventivo general de la sentencia sería necesario que ésta fuera comunicada a los sujetos sobre los que se pretende influir, que éstos fueran motivables y que el juez estuviera en condiciones de realizar una prognosis preventivo general con base empírica (21); Dolcini recoge estudios realizados en el mundo anglosajón que ponen de manifiesto la irrelevancia de la mayor severidad judicial en cuanto a la tasa de criminalidad, destacando que sólo se aprecia una cierta influencia en el caso del homicidio, lo cual parece depender de la mayor certeza de la aplicación del castigo (22). Esta última cuestión se inscribe en la distinción planteada al principio entre la *producción* y la *búsqueda* del efecto preventivo general por parte de la sentencia: si ésta produce efectos preventivo generales es antes por la demostración de la persecución de los hechos y del funcionamiento de la Administración de justicia que por la mayor severidad de las decisiones (23). La desconfianza que a veces produce la ineficacia de los aparatos policial y judicial, la conciencia de que muchos actos auténticamente lesivos quedan impunes produce mayores perjuicios a la intención intimidatoria del Estado que la adopción de una pena que pueda parecer excesivamente leve. Y no parece justo intentar paliar tales defectos de fondo con la imposición de penas más graves en casos «espectaculares», atribuyendo a la sentencia un papel «tranquilizador» de la opinión pública que no debe tener.

Sin embargo, no es mi intención reducir el tema al terreno de la eficacia de la pena en que se corre el riesgo de criticar las actitudes político criminales sólo a partir del grado de beneficio que aportan al sistema y ello, con ser un aspecto del problema

(20) HAAG, K., *Rationale Strafzumessung*, Köln-Berlín-Bonn-München, 1969, pág. 154.

(21) HASSEMER, W., *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, en *Teoría e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bolonia, 1980, pág. 137.

(22) DOLCINI, *op. cit.*, págs. 250 ss.

(23) En este sentido, CÓRDOBA RODA, J., *Culpabilidad y pena*, Barcelona, 1977, pág. 64, y ANDENAES, J., *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena*, en *Teoría e prassi...*, *cit.*, pág. 35.

—posiciones ideológicas aparte— no deja de constituir una visión parcial del mismo que además puede llevar a considerar que las instituciones penales son mejores *sólo* porque son más eficaces (24).

Por el contrario y volviendo a uno de los puntos de partida, de lo que se trata es de delimitar el ámbito de lo que debe ser o no ser competencia judicial, apoyándonos en la consideración de las penas como un mecanismo más dentro del aparato coercitivo estatal en el que la Administración de Justicia es una pieza importante, pero no la única. A ello dedicamos el siguiente apartado.

4. La atribución expresa de la finalidad preventivo general al Derecho penal es algo tan antiguo como la propia reforma penal liberal. Desde los planteamientos utilitaristas hasta las actuales orientaciones político criminales, esta función estatal ha sido formulada como pura ejemplaridad, «coacción psicológica», simple intimidación o bien se ha primado su carácter de regulación social y creación de convicciones culturales a través de la llamada función motivadora de la norma. En el planteamiento de Mir Puig aparece perfectamente clara la fundamentación de esa función motivadora en la prevención general que además se apoya, para este autor, en la declaración constitucional española por la que se configura el Estado como Social y Democrático de Derecho (25). De este modo, la función preventivo general se dota de un nuevo contenido de orientación político criminal directamente entroncado con la protección de bienes jurídicos.

Independientemente de las críticas que se formulan al concepto de prevención general, tanto por lo que se refiere a los peligros del desmesurado afán intimidatorio como en lo concerniente a su dudosa eficacia (26), lo que sí es cierto es que el establecimiento de un tipo penal en el Código supone la intención preventivo general del legislador, quien describe la conducta que se quiere evitar e intentar crear la conciencia jurídica general que la imposición de la pena persigue fortalecer. El problema para quienes han desarrollado el concepto de motivación radica en el modo en que se seleccionan tales conductas y en el establecimiento de penas proporcionadas, condicionantes de la eficacia de dicha función motivadora (27). De esta manera se patentiza la interrelación producida entre derecho y convicción cultural, desde el momento en que las

(24) Por las mismas razones inspiran prevención las explicaciones funcionalistas que pueden conducir a justificar el sistema por su coherencia interna, o sus elementos por su funcionalidad. Aunque acogiendo la terminología, expresa tales reparos LUZÓN, *op. cit.*, nota 23.

(25) MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, 1979, págs. 25 ss.

(26) Como resumen de las críticas, vid. BUSTOS, J.-HORMAZÁBAL, H., *Pena y Estado*, en *Revista Papers* (Universidad Autónoma de Barcelona), núm. 13, 1980, pág. 25.

(27) Vid. por todos MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho Penal*, Barcelona, 1975, págs. 50 ss.

normas jurídicas tienden a crear normas culturales, pero encuentran sus propios límites en lo que éstas representan.

Sin desarrollar en profundidad tal razonamiento, tomémosle como enlace válido con otro plano más general que afecta a la interpretación del Estado como organizador del consentimiento social: la necesidad de mantenimiento de la hegemonía —desde una interpretación que, desde luego, puede no ser compartida— supone la utilización de modos de dominación entre los que se incluye la organización del consentimiento social por parte del Estado, enunciado cuyo esquematismo quedaría de manifiesto con un análisis más detenido dada la heterogeneidad de fuerzas e intereses que aparecen en el seno tanto de las clases hegemónicas como del propio Estado y que hacen que éste no sea un mero instrumento de aquéllas, pero lo que sí es cierto es que en esa tarea organizadora del consenso sobre los intereses estatales, el derecho penal ayuda a una fundamental tarea de creación de convicciones, constituyéndose así la base de la ideología tanto de la prevención general como de la prevención especial. Esquematismo supondría igualmente concebir el Derecho penal sólo como instrumento organizador del consentimiento, dado su innegable componente coactivo, pero en este momento interesa destacar fundamentalmente su aspecto disuasorio.

Todas estas consideraciones nos conducen a estimar que con el momento legislativo «tipicidad-conminación» se persigue la evitación de conductas perjudiciales para intereses que se ha decidido proteger, esto es la prevención general, en un sentido que va más allá de la declaración programática y de un modo que afecta sustancialmente a la argumentación siguiente: en el momento conminativo el Estado establece una cantidad de sanción que considera suficiente para ejercer la función organizadora del consentimiento social, llámesele coacción, intimidación, prevención general o motivación según los estudios y el modo en que lo haga. Ello permite avanzar una conclusión: si dentro de los límites del marco penal genérico, el legislador considera satisfecha la prevención general, este criterio deberá preocupar escasamente al juzgador mientras se mueva dentro de ellos, puesto que estará tomando en consideración magnitudes de pena adecuadas al fin preventivo general, es decir, «se está adecuando al programa preventivo general establecido por el legislador», cometido que según Pagliaro debe realizarse en la fase judicial; lo que ocurre es que para este autor, ello debe hacerse tomando nuevamente en consideración las necesidades intimidatorias que existan en este momento, es decir, «renovando» el cumplimiento de lo que había sido ya una función propia del momento legislativo y asumiéndola en parte.

Sentado este punto de partida, sigamos con otro de los argumentos esgrimidos por Pagliaro. Dice este autor que yerran quienes afirman que la estimación de la prevención general en la determinación de la pena supone que el sujeto responde por potenciales

hechos de otros y afirma que si tal argumento fuera válido «debería excluirse no sólo la posibilidad de que la prevención general opere en la determinación de la pena entre un mínimo y un máximo, sino también, la posibilidad de que *el mínimo legal sea fijado en base a exigencias de prevención general*» (28). Me parece evidente una confusión entre el cometido del legislador y el del juez: la ley penal *debe* prever los potenciales hechos delictivos y fijar el mínimo de pena que considera suficiente para evitarlos, atendiendo a criterios de proporcionalidad (29), pero al juez no debe preocuparle la actuación posterior de ciudadanos que no están —por el momento— sometidos a juicio y mucho menos «preocuparse» incrementando la sanción del que en ese momento se juzga. Ello, creo, sería instrumentalizar al reo con fines de prevención general; supone instrumentalización el utilizar la fase judicial de determinación de la pena para perseguir fines a los que se consagra la conminación penal y que incluso deben formar parte de otros sectores distintos de la política estatal ajenos al Derecho penal. El que instancias anteriores de control hayan fallado no es motivo suficiente para que se recurra a una mayor severidad de la pena en ese momento.

El tema de la instrumentalización del reo con fines de prevención general sirve de entrada a la toma en consideración de las implicaciones constitucionales del problema que contemplamos. A tal respecto, Andenaes (30) plantea reparos a la operatividad de la prevención general en la determinación judicial de la pena en tanto en cuanto puede suponer una violación del principio de igualdad ante la ley: dos supuestos de similar gravedad pueden verse sancionados con penas diferentes en uno de los casos si así lo aconsejan las necesidades de prevención general, de las cuales no tiene por qué responder el sujeto.

Pero además del principio de igualdad ante la ley, frente al que no puede prevalecer ninguna «circunstancia personal ni social» según el artículo 14 de la Constitución española, el hacer recaer sobre el reo consecuencias derivadas de un interés estatal, supone un olvido de su dignidad personal cuyo reconocimiento constitucional es igualmente claro a partir del artículo 10 de nuestra Constitución.

Por último no puede olvidarse, aunque su tratamiento merece un trabajo aparte (31), la proclamación de la prevención especial como orientación de las penas privativas de libertad y medidas de

(28) PAGLIARO, A., *op. cit.*, pág. 26, subr. mío.

(29) Vid. MIR PUIG, S., *Función...*, cit., pág. 22, remitiéndose a su *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, 1976, págs. 128 ss. y págs. 151 ss.

(30) ANDENAES, *op. cit.*, pág. 38.

(31) Entre otros, vid. CÓRDOBA RODA, J., *La pena y sus fines en la Constitución*, "Doctrina Penal", núm. 7 (Separata), 1979, págs. 561 ss. y MUÑOZ CONDE, F., *La resocialización del delincuente*, en ese mismo número, págs. 325 ss.

seguridad realizada por el artículo 25. Tal declaración, es obvio recordarlo, plantea una serie de cuestiones de fondo que abarcan desde el propio concepto de prevención especial hasta el alcance del enunciado constitucional según se entienda que éste viene referido sólo a la fase de ejecución de la pena o bien a todo el proceso de aplicación de la misma. El tratamiento de tales problemas en profundidad desbordaría los límites de este trabajo, pero sí merece la pena plantear aquí la cuestión del rango de las finalidades de la pena desde el punto de vista constitucional.

Con acierto ha destacado Mir Puig, que la configuración del Estado español como Social y Democrático de Derecho consagra la finalidad preventiva del Derecho penal sobre la meramente retributiva o expiatoria (32), pero el problema aparece cuando se trata de otorgar primacía a uno u otro aspecto de la finalidad preventiva en el momento de la decisión judicial. Hemos aceptado ya la finalidad preventivo general en el estadio de la conminación a partir del mandato dirigido a la colectividad estableciendo obligaciones de hacer y no hacer, pero es algo más arduo delimitar el sentido que ese mandato tiene ante el juez. Me parece dudoso que tal «imperativo» se resuelva en una obligación dirigida a él, de conseguir que los ciudadanos se abstengan de cometer hechos punibles (33); las normas penales obligan al juez en general como ciudadano y en particular, como funcionario, aquellas que le están especialmente dirigidas en tanto que constituyen ciertos delitos especiales (prevaricación, etc.) y a partir de aquí, la Constitución le obliga tan sólo a «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» (art. 117. 3), estableciendo taxativamente a continuación que «los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho» (art. 117.4). Entiendo que juzgar» y «ejecutar lo juzgado» se refiere a una valoración y una actividad recayentes sobre el caso concreto y limitadas por éste, sin que en ello quepa incluir la necesidad de evitar otros del mismo calibre. Ello no niega la finalidad preventivo general de las penas, pero sí la cuestiona como objetivo prepotente en el enjuiciamiento: la instancia en la que deben decidirse las necesidades que afectan a toda la colectividad, aquella en la que ha de mirarse el interés general y plasmarse el carácter de generalidad de la norma penal

(32) MIR PUIG, S., *Función...*, cit. No entramos ahora en las dificultades que para la ciencia política supone la definición de lo que es el Estado Social y Democrático de Derecho. En el caso español, la declaración constitucional parece antes fruto de la negociación política que de la elaboración teórica. Vid. APARICIO, M. A., *Introducción al sistema político y constitucional español*, Barcelona, 1980, pág. 62.

(33) En contra, MIR, S., *Función...*, cit., pág. 30: "El mandato dirigido al juez deberá, entonces, tener el sentido de establecer una amenaza penal dirigida a la colectividad que crea una expectativa social tendente a motivar en los ciudadanos (a 'normar') un comportamiento adecuado a Derecho".

queda reservada a un sector concreto del Estado, cuyo poder de decisión se asienta sobre la representación popular, esto es, el poder legislativo y creo honradamente que ese poder de decisión sobre lo que en cada momento exige el interés general no debe dejarse a los miembros de la Administración de Justicia.

En cuanto a la proclamación de la prevención especial puede decirse además que la orientación señalada se refiere al estadio penitenciario, habida cuenta que los términos empleados —«reeducación y reinserción social»— son habitualmente referidos a ese ámbito, pero me parece claro que difícilmente pueden perseguirse tales fines en la etapa ejecutiva si no se han tenido en cuenta o han sido relegados al elegir la cantidad y clase de pena a imponer, puesto que de ahí pueden resultar penas inadecuadas a la finalidad última. Por tanto, mientras que la Constitución no obliga al Juez a perseguir el efecto preventivo general, sí le impone tener en cuenta la finalidad preventivo especial, con lo cual, en mi opinión, ésta pasa a un primer plano.

No es ningún descubrimiento que la bondad o maldad, los perjuicios o beneficios —si es que cabe esperar alguno— de la ejecución penal para el individuo, no dependen del grado de respeto que se mantenga en la fase judicial hacia la finalidad «reeducadora», pero igualmente el logro de la prevención general tampoco dependa ni puede depender de ese momento y si se trata de establecer prioridades en algo tan duro como el enfrentamiento entre Estado e individuo, la opción que apunté al principio, creo que debe situarse en la limitación del poder del primero mediante la colocación en primer plano de la consideración del segundo.