

La prevención general en la individualización judicial de la pena

JOSE MIGUEL ZUGALDIA ESPINAR
Profesor Adjunto interino de Granada

Nada mejor, en mi opinión, para honrar la memoria de un autor que se mantuvo siempre en la línea de la dirección político-criminal profesando congruentemente una teoría utilitaria de la pena (1) que ocuparnos en estas líneas de los principios que deben regir las relaciones entre la prevención general y la prevención especial —aunque limitando modestamente este análisis a las relaciones entre ambos tipos de prevención en el marco de la individualización de la pena— (2).

Que el sistema penal actual es disfuncional —por ser disfuncionales las partes que lo integran— constituye una afirmación que, dado el estado de desarrollo de las investigaciones sobre el tema, no necesita aquí de una exhaustiva fundamentación (3). Las causas de esta disfuncionalidad han tratado de ser explicadas y corregidas por los autores desde diversos puntos de vista. Me ceñiré aquí a analizar las posturas de dos autores que, en lengua castellana, han tratado el tema recientemente (4).

En opinión de Bacigalupo la disfuncionalidad a la que se hace referencia es una consecuencia necesaria del esquema de las teorías de la unión. «Desde hace muchos años —afirma— nuestro Derecho penal se encuentra dominado por la teoría unificadora de los fines

(1) Vid. CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español*. Parte General. I. Introducción. Madrid 1976, pág. 101; SÁINZ CANTERO, José Antonio, *Lecciones de Derecho Penal*. Parte General, I, Introducción, Barcelona 1979, págs. 208 y ss.

(2) Con relación a estos temas la monografía de ANTÓN ONECA, José, *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*. Salamanca 1944, marcó un hito —armónico con las líneas de desarrollo de la Ciencia penal española— que difícilmente puede considerarse hoy superado.

(3) La bibliografía sobre el tema es muy abundante. Cfr. las referencias contenidas en las obras citadas infra nota 4.

(4) Me refiero a BACIGALUPO, Enrique, *Significación y perspectivas de la oposición entre Derecho penal y Política criminal*, "Revue Internationale de Droit Pénal", I, 1978, y a LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Medición de la pena y substitutivos penales*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid 1979.

de la pena, es decir, por una determinada articulación de sus aspectos retributivo y preventivo. Tal articulación procura dejar a salvo el fundamento represivo (retributivo) de la pena, fijando a su vez dentro del marco así determinado, objetivos de prevención» (5). Sin duda por ello, los programas racionales de reforma del Derecho penal han pretendido realizarse dentro de este esquema —que es el jurídico-legislativo y dogmático de la teoría de la retribución— aspirando a encontrar el fundamento de la decisión en este sentido en la necesidad de ofrecer un serio resguardo a la seguridad jurídica (6). Es paradójico, pero debe subrayarse que las consecuencias a las que ha llevado tal toma de postura se perciben en la disfuncionalidad que caracteriza a las distintas partes que componen el sistema dominante actualmente en la doctrina: «límite de la pena en la culpabilidad del autor, por un lado, y exigencias del tratamiento, por otro; Derecho penal material que proclama el fin de la resocialización y proceso penal dominado por la comprobación de la culpabilidad; Derecho penal que expresa una visión ética del delito y política criminal que entiende al delito en los términos de las ciencias empírico-sociales..., etc.» (7).

(5) Cfr. BACIGALUPO, Enrique, *Significación y perspectivas de la oposición entre Derecho penal y Política criminal*, cit., págs. 15 y ss. Más ampliamente vid. SÁINZ CANTERO, José Antonio, *Lecciones de Derecho penal*, cit., págs. 19 y ss.

(6) Cfr. BACIGALUPO, Enrique, *Significación y perspectivas de la oposición entre Derecho penal y Política criminal*, cit., págs. 15 y ss. Para tener conciencia de hasta qué punto resulta ilusorio identificar “teoría de la retribución” con “seguridad jurídica” basta recordar las siguientes palabras de GIMBERNAT: “Se puede negar la posibilidad de demostrar la libertad de decisión en el caso concreto y, no obstante, afirmar la dignidad de la persona y la idea del Estado liberal de Derecho... Y se puede propugnar un Derecho penal basado en el libre albedrío y, no obstante, partir de una ideología fascista insensible a los valores fundamentales de la persona. No es la creencia o no creencia en la autodeterminación del hombre (lo que impide o permite crímenes en forma de leyes penales). Si en una sociedad están verdaderamente afianzados los Derechos del Hombre, no hace falta preocuparse por la solución que se dé al problema del libre albedrío, pues las consecuencias que se extraigan de la solución —positiva o negativa— adoptada, siempre tendrán sus límites en aquellos derechos. Y si el respeto a la persona y a su dignidad no existe, se cometerán abusos: fundamentándolos en el libre albedrío o en la falta de libertad del hombre, en el Derecho natural o en el positivismo jurídico y, si es preciso, sin fundamentación alguna”. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?*, en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid 1967, págs. 63 y ss. En una línea a la que se hará referencia más adelante (vid. infra nota 12 y el texto correspondiente) se rompe así con el tradicional olvido en el que los penalistas han tenido el tema de los Derechos Humanos —por lo demás, tan íntimamente vinculado a nuestra disciplina—. Vid. también sobre la seguridad jurídica, SÁINZ CANTERO, José Antonio, *Lecciones de Derecho Penal*, cit., págs. 38 y ss.

(7) Cfr. BACIGALUPO, Enrique, *Significación y perspectivas de la oposición entre Derecho Penal y Política Criminal*, cit., págs. 16 y ss. Esta visión ética del delito se pone claramente de manifiesto en un conocido pasaje de la Sentencia del Gran Senado Penal de la Corte del Tribunal Federal Alemán del año 1952 que dice: “La pena presupone

De lo expuesto debería deducirse, a sensu contrario, que un sistema penal que prescindiera de la idea de retribución de la culpabilidad —que se basara, por consiguiente, en una teoría relativa de la pena— no tendría por qué ser necesariamente disfuncional. Pero que esto no es así se ha intentado demostrar recientemente por Luzón Peña. Prescindiendo de la idea de retribución —en mi opinión la idea de retribución es, además, de dudosa constitucionalidad (8)— y en el marco de una teoría relativa de la pena, el mencionado autor ha señalado la disfuncionalidad del sistema a la que conducen, sin embargo, las enfrentadas exigencias de la prevención general y la prevención especial en la individualización de la pena. «Es decir —afirma Luzón Peña— que la causa de los conflictos entre imposición y determinación de la pena y ejecución de la pena estriba en la existencia de exigencias contrapuestas de prevención general y de prevención especial. La consecuencia de ello es que hay que preguntarse en cada supuesto si tales exigencias son realmente incompatibles o, por el contrario, armonizables. Y la solución, requerida por la funcionalidad, necesaria coherencia

culpabilidad. Culpabilidad es reprochabilidad... El fundamento interior del reproche de culpabilidad consiste en que el hombre dispone de una capacidad libre, responsable y moral de autodeterminación y que, por lo tanto, puede decidirse por el Derecho contra su negación". Más claramente todavía se percibe la existencia de una vinculación con el pasado en la Fundamentación del Proyecto Oficial de StGB de 1962 precisamente allí donde se afirma que "querer penar sin el reproche de culpabilidad sería falsificar el sentido de la pena y convertirla en una medida carente de coloración moral de la que podría abusarse con fines políticos". Es la derogación de este Derecho penal la que parece ser sólo una cuestión de tiempo. Cfr. STRATENWERTH, Günter, *El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1980, págs. 89 y ss. y 90 y ss. Vid., no obstante, infra, nota 12.

(8) La posible anticonstitucionalidad del Derecho penal retributivo, que encuentra su plasmación en las teorías absolutas y en las teorías de la unión, ha sido ya señalada en Alemania. "De la imagen de la persona que propone un Estado de Derecho liberal se sigue... que la persona no puede ser utilizada como un medio de retribución moral, sino únicamente para la educación jurídica del autor: su mejoramiento o intimidación" (MAIHOFFER, *Rechtsstaat und menschliche Würde*, 1968, pág. 145). La Constitución Española de 1978 permite, sin duda, un razonamiento similar en base a sus arts. 10 (1), 16 (1) y 25 (2). La teoría de la retribución exige, además, un acto de fe que por cualquiera puede ser profesado, pero a nadie puede ser impuesto. Por las mismas razones, las teorías relativas de la pena no pueden fundamentarse exclusivamente —hoy ya realmente no necesitan hacerlo y esto es lo que modernamente distingue a la Ciencia penal de base empírico-cultural del positivismo decimonónico— en la imposibilidad de demostrar la libertad de voluntad en el caso concreto: porque si no hay posibilidad de encontrar una fundamentación última a la vinculación de la pena con la culpabilidad —que presupone una demostración del libre albedrío de la que no se dispone (demostración por la que la Ciencia penal no debe tan siquiera preocuparse)— tampoco hay posibilidad de fundamentar de forma definitiva que el comportamiento humano esté sometido a las reglas del determinismo. De otra opinión: SÁINZ CANTERO, José Antonio, *Lecciones de Derecho Penal*, cit., págs. 41 y ss.

y eficacia del sistema global, sólo puede consistir en armonizar todo lo posible: concretamente en dar satisfacción (en la medición de la pena) a la prevención especial hasta donde sea totalmente incompatible con la prevención general!» (9). Parece todo ello apuntar a la idea según la cual tampoco en el marco de una teoría relativa de la pena puede elaborarse un sistema no disfuncional.

No obstante, creo que así como un sistema basado en una teoría de la unión ha de ser *necesariamente* disfuncional —en cuanto se le asignan a la pena en el mismo momento fines diversos y contrapuestos— por el contrario, un sistema basado en una teoría relativa de la pena *puede* ser disfuncional, pero no tiene por qué serlo necesariamente. Todo dependerá de cómo se articulen las relaciones entre la prevención general y la prevención especial en el marco de la individualización de la pena. Si en este decisivo momento se le vuelven a asignar a la pena fines diversos y contrapuestos —ahora no ya retribución y prevención, pero sí prevención general y prevención especial— el sistema seguirá siendo disfuncional ya que parece evidente que la única forma de evitar las contradicciones del sistema es asignarle a la pena un único fin en el marco de su individualización legislativa o conminación típica (*Strafbemessung*) y un único fin *también* en el marco de su individualización judicial (*Strafzumessung*). Quizá este exclusivo fin pueda ser en el marco citado en último término el de la prevención especial. No en vano todavía no ha encontrado una respuesta convincente la cuestión de hasta qué punto es necesario que en la individualización judicial de la pena se tengan en cuenta las exigencias de la prevención general o hasta qué punto es esto tan siquiera posible. Que la necesaria coherencia y eficacia del sistema global exija tener en cuenta en la individualización judicial de la pena las exigencias de la prevención general constituye sólo una afirmación que en sí misma no encierra la demostración de lo que quiere significar —aparte de no ser la solución requerida por la necesaria funcionalidad del sistema.

Estamos sin duda ante un problema esencialmente discutible, pues en el campo de las teorías de la pena todos los enunciados imaginables son, en principio, perfectamente posibles y válidos en un plano de pura abstracción lógica: máxime si se tiene en cuenta que la falta de fundamentación última es admitida en la epistemología moderna, sin excepción, para todas las ciencias. Si queremos reconocer la modestia y la falibilidad del conocimiento humano —afirma Popper en este sentido— es preciso que los juristas sigan el ejemplo de los físicos y matemáticos y renuncien también a supuestas fundamentaciones últimas que no son sino dogmatizaciones —sustracciones a la crítica racional— de algún punto

(9) Vid LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, cit., pág. 20. Ampliamente vid. SÁINZ CANTERO, José Antonio, *Lecciones de Derecho Penal*, cit., págs. 21 y ss.

de partida (10). Dispuesto, pues, a excluir de mis planteamientos posturas dogmáticas, quiero poner de manifiesto aquí solamente que la necesidad o conveniencia de tener en cuenta las exigencias de la prevención general en el marco de la individualización judicial de la pena es, cuanto menos, discutible y no tan obvia como parece dar a entender el dato de haberse dejado el problema virtualmente fuera de discusión.

La exclusión de la retribución de la culpabilidad en el marco de las teorías relativas de la pena obliga a los partidarios de éstas a la búsqueda de límites fiables, racionales y eficaces a las exigencias de la prevención (general y especial). No faltan puntos de vista que —como el expuesto por Luzón Peña— procuran demostrar que estos límites proceden de las leyes que gobiernan interiormente ambos tipos de prevención. Pero este tipo de argumentación presenta desde mi punto de vista tan serias dificultades —a ellas me referiré más adelante— que hace surgir la duda de hasta qué punto no sería *también posible* aceptar que la prevención general y la prevención especial reconocen unos límites que juegan desde fuera de la prevención (11) y cuya naturaleza tiene origen diverso: así lo han puesto de manifiesto los autores que últimamente han subrayado el valor de los puntos de vista ético-sociales en las elaboraciones científicas del Derecho penal (12).

Desde esta perspectiva sería plausible considerar que la idea de la dignidad humana constituye un límite, tanto a las exigencias

(10) Cfr. POPPER, Karl, *Ausgangspunkte. Meine intellektuelle Entwicklung*, Hamburg 1977, pág. 190. El mismo, *La lógica de la investigación científica*, Madrid 1971, pág. 49. El mismo, *La lógica de las Ciencias sociales, en La disputa del positivismo en la sociología alemana*, Barcelona 1973, pág. 119. En las obras y lugares citados puede encontrarse un panorama amplio sobre el pensamiento del autor.

(11) Aquí radica, en mi opinión, el punto débil de la argumentación de JAKOBS (*Schuld und Prävention*, Tübingen 1976) según la cual, en cuanto al tema de si los presupuestos de la pena pueden fundamentarse en consideraciones preventivas, debe tenerse en cuenta que la pena presupone culpabilidad por razones de prevención general. Esta tesis olvida, en primer lugar, que si la pena presupone culpabilidad por razones de prevención, la culpabilidad no podrá limitar más allá de la misma idea de prevención en la que se fundamenta y, en segundo lugar, que lo que se discute hoy es si disponemos de posibilidades teóricas aceptables para limitar en serio la prevención mediante una medida distinta de la prevención misma. Volvemos sobre el tema más adelante: cfr. infra, nota 15 y el texto que le corresponde.

(12) Esto no está necesariamente en contradicción con la idea de que sería conveniente desde el punto de vista político-criminal renunciar a un Derecho penal que ofrezca una visión ética del delito. También un Derecho penal que entienda al delito —como la política criminal— en los términos de las ciencias sociales deberá tener en cuenta, si no se les quiere llamar planteamientos éticos, sí al menos puntos de vista que operando desde fuera de la prevención limiten el poder punitivo del Estado atendiendo a la dignidad humana, a la sensibilidad jurídica, o pura y simplemente a los *Derechos Humanos*. Esta es la idea que, en mi opinión, y acertadamente, subyace en el planteamiento de GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?*, cit., páginas 63 y ss. Vid. infra nota 6.

de la prevención general que el legislador debe tener en cuenta en el momento de la fijación de la pena abstracta del tipo (*Strafmasung*), como a las exigencias de la prevención especial que el juez debe tener en cuenta en la individualización de la pena (*Strafzumessung*).

Por lo que hace al primer tema hay que observar que cuando el legislador amenaza con una pena, difícilmente —para la fijación de la misma— podrá tener en cuenta consideraciones basadas en la prevención especial ya que desconoce las características personales del autor concreto que en el futuro infringirá la norma. En este marco el requisito de la proporcionalidad entre la gravedad de la pena con la que se conmina y la gravedad del injusto que se quiere evitar, podría aparecer como un límite ético-social que opera desde fuera de razones preventivas, pues podría darse el caso de que ni la retribución, ni la prevención general, ni la prevención especial ofrecieran fundamento bastante a la proporcionalidad que debe existir entre los delitos y sus penas. Este fundamento habría que buscarlo entonces en el mismo lugar en el que fundamentamos hoy nuestro rechazo a la pena de muerte: en que constituya un instrumento penal que choca frontalmente con nuestra sensibilidad, lo que debe impedir su aplicación aún en el caso —hipotético— de que fuera útil desde el punto de vista de la prevención general o especial. Que todo lo inútil sea inadmisibles en el campo del Derecho penal no quiere indicar, como torcidamente se interpreta por algunos, que todo lo útil sea lícito.

De otra parte, en el marco de la individualización judicial de la pena, la exclusión de la prevención general que postula un sector de la doctrina (13) se debe ante todo a una exigencia que no deriva de fundamentos preventivos, sino de la consideración kantiana de que el hombre es un fin en sí mismo y, por consiguiente, no puede ser utilizado para un fin: ello debe conducir, lógicamente, a la eliminación de la pena ejemplificadora, de la pena individualizada —y, por consiguiente, ejecutada— ejemplificadoramente. Tal forma

(13) En este sentido, aunque con diferencias de matices: HAAG, *Rationale Strafzumessung*, Köln 1970, pág. 20; STREE, *Deliktsfolgen und Grundgesetz*, 1960, págs. 38 y ss.; WARDA, *Dogmatische Grundlage des richterlichen Ermessens im Strafrecht*, 1962, págs. 163 y ss. Más contundentemente, BRUNS, *Die Generalprävention als Zweck und Zweckungsgrund der Strafe?*, Fest. für v. Weber, 1963, pág. 89; el mismo, *Strafzumessungsrecht*, 2. Auf. 1974, págs. 207 y ss. y 307 y ss.; BADURA, *Generalprävention und Würde des Menschen*, JZ, 1964, págs. 337 y ss. Que yo sepa, esta dirección/doctrina carece de representantes en España, donde la prevención general ha tenido siempre un fuerte arraigo. Para una mejor comprensión de la tesis que aquí se intenta sostener debo puntualizar que entiendo a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (atenuantes y agravantes) como elementos del tipo penal y, por consiguiente, como un tema que queda al margen del problema de la individualización judicial de la pena e incardinado propiamente en la *Strafbemessung* —conminación típica o individualización legislativa de la pena. De esta misma opinión: BACIGALUPO, Enrique, *La individualización de la pena en la reforma penal*, "Rev. Fac. Derecho Universidad Comp. Madrid", 1981, 72.

de proceder, que pertenece a épocas ya superadas del Derecho penal, supondría un grave ataque —se afirma— a la dignidad humana. La invocación de fines preventivos generales en la individualización judicial de la pena podría incluso considerarse contraria a la Constitución (14).

Pero pese a ser poderoso, no es éste el único argumento que se esgrime para pretender excluir a la prevención general del marco de la individualización judicial de la pena.

Debe tenerse en cuenta, en segundo lugar, que los puntos de vista que procuran demostrar cómo los límites de la prevención provienen de las leyes que gobiernan interiormente las relaciones entre la prevención general y la prevención especial presentan la necesidad de requerir una verificación empírica y está claro que ello resulta, por lo menos, extremadamente difícil. Es por ello que los que esgrimen tales argumentaciones se ven obligados a *suponer* unas consecuencias de las que, en realidad, no tenemos constancia alguna. Además, lo que hoy se discute con relación a este tema es si disponemos o no de posibilidades teóricas aceptables para limitar en serio la prevención mediante una medida *distinta* de la prevención misma (15).

(14) Frente al argumento de WARDA (el impulso a imitar aumenta no sólo lo injusto sino también la culpabilidad en la medida en que el autor debió tomar en cuenta el efecto contagioso de su hecho) esgrimido en *Dogmatische Grundlage des richterlichen Ermessens im Strafrecht*, cit., pág. 168, otro sector de la doctrina considera más acertadamente que el autor sólo tiene que contar con la producción del resultado típico sin que haya ley alguna que le obligue a una complicada evaluación sociológica que ni siquiera los jueces pueden hacer ni hacen. Es más, en cuanto la pena concretamente aplicada se funda en razones de intimidación a la generalidad, el autor se convierte en un medio para lograr efectos sobre otros, por cuyos comportamientos o tendencias de comportamiento él no es responsable, y ello sería contrario al art. 1, I de la Grundgesetz, según el cual "La dignidad de la persona es intangible. Su respeto y protección son una obligación de todos los poderes del Estado. Cfr. STREE, *Deliktsfolgen und Grundgesetz*, cit., págs. 38 y ss.; BRUNS, *Die Generalprävention als Zweck und Zumessungsgrund der Strafe?*, cit., págs. 89 y ss.; el mismo, *Strafzumessungsrecht*, cit., páginas 207 y ss. y 307 y ss.; BADURA, *Generalprävention und Würde des Menschen*, cit., págs. 337 y ss. El argumento puede trasladarse a España, donde el art. 10, 1 de la Constitución establece: "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social". El art. 15 de la Constitución, además, puntualiza: "Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que en ningún caso puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes". La constitucionalidad, pues, del núm. 2 del art. 92 y del núm. 3 del art. 94 —ambos del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal— es, cuanto menos, discutible. Y ello porque "para la condena condicional rige fundamentalmente lo mismo que para la individualización *stricto sensu*): lo que se afirma para la individualización debe afirmárselo también para la condena condicional (individualización *lato sensu*)". BRUNS, *Die Generalprävention als Zweck und Zumessungsgrund der Strafe?*, cit., pág. 80.

(15) Vid. supra nota 11: aunque el problema aquí es distinto, al

En tercer lugar, parece no haber duda acerca de que los autores que intentan dar entrada a la prevención general en el marco de la individualización judicial de la pena no están en condiciones de demostrar convincentemente por qué es *necesario* entremezclar las exigencias de la prevención general y la prevención especial en el marco al que venimos haciendo referencia. En este sentido hay que reconocer que «empíricamente se sabe hoy muy poco realmente sobre los posibles efectos de merma de la prevención general. en su doble aspecto de intimidación general y prevailecimiento del orden jurídico con la consiguiente seguridad y confianza de los ciudadanos en el mismo, que puedan derivarse de atenuaciones o sustitutivos de la pena por exigencias preventivo especiales» (16). Si tal es el estado de nuestros conocimientos, no puede sostenerse —si se quiere ser coherente con la tesis según la cual la pena se justifica exclusivamente por su necesidad— que a un sujeto concreto, por *ignoradas* razones de prevención general, debe imponérsele una pena que excede de la que correspondería a las exigencias de su tratamiento preventivo especial.

Por lo demás, en cuarto lugar, la exclusión de la prevención general del marco de la individualización judicial de la pena que postula un sector de la doctrina se debe a un esfuerzo de racionalización de la *Strafzumessung*. En primer término, porque no disponemos de mecanismos adecuados para determinar científicamente cuándo una pena adecuada a las exigencias de la prevención especial es absolutamente contrapuesta, hasta cierto punto contrapuesta o adecuada a las exigencias de la prevención general. En segundo lugar, porque si las exigencias de la prevención general y las de la prevención especial pueden ser encontradas en el campo de la individualización de la pena, ¿qué razones convincentes pueden esgrimirse para justificar que las exigencias del tratamiento preventivo especial cedan ante las exigencias de la prevención general cuando se trata precisamente de individualizar una pena orientada —constitucionalmente incluso— a un tratamiento resocializador? (17). En el caso de que una de las modalidades de prevención deba ceder ante la otra, ¿no sería más razonable que fuera la prevención general la que cediera ante la prevención especial? En tercer lugar, la racionalidad y funcionalidad del sistema vendría a exigir, más bien, que ninguna de las dos modalidades de prevención tuviera que ceder ante la otra: y para esto no cabría, en principio, otra solución que confiarle a cada una de las modalidades de prevención un ámbito de juego distinto. Así las cosas, podría llegarse

esgrimirse los mismos argumentos, también la crítica puede ser idéntica.

° (16) Así lo reconoce LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, cit., pág. 52.

(17) Nuevamente aparece aquí otro argumento constitucional contra la toma en consideración en la individualización judicial de la pena de las exigencias de la prevención general. Vid. art. 25, 2 de la Constitución española de 1978.

a la siguiente propuesta-conclusión: la prevención general debería constituir el único fin de la pena en el estadio de la *Strafbemessung* (conminación típica o individualización legislativa) y solamente las exigencias de la prevención especial deberían entrar en consideración en el estadio de la *Strafzumessung* (individualización judicial de la sanción).

Con todo lo expuesto hasta ahora de forma sucinta he pretendido, en resumen, lo siguiente: 1. Poner de manifiesto que la necesidad, conveniencia y posibilidad de tomar en consideración las exigencias de la prevención general en el marco de la individualización judicial de la pena, lejos de ser obvia, es fundamentalmente discutible y prueba de ello son los argumentos que contra esta forma de proceder esgrime actualmente un sector de la doctrina. El proceso de discusión sobre este tema está, pues, abierto. 2. Que así como cualquier sistema que se elabore a la luz de las teorías de la unión ha de ser necesariamente disfuncional —como ha demostrado Bacigalupo— no ocurre lo mismo con los sistemas que puedan elaborarse en el marco de las teorías relativas: aquí la disfuncionalidad es sólo posible y, por consiguiente, evitable. 3. Que están abiertas en la dogmática actual las posibilidades de reformular ciertos aspectos de las teorías relativas de la pena para permitir que las exigencias de las dos modalidades de prevención no entren en conflicto necesariamente. 4. Que una de esas posibilidades es la de —prescindiendo lógicamente de la retribución— reservar la prevención general para la conminación típica y la prevención especial —exclusivamente— para la individualización judicial de la pena.

Es innecesario, sin duda, poner de manifiesto que, lógicamente, pese a las ventajas de racionalización del sistema que conlleva esta última propuesta, la misma no apunta precisamente hacia un camino desprovisto de dificultades. Baste un único ejemplo bastante significativo. En el marco de la teoría de la pena (y de su individualización) que se propone, la institución de la condena condicional debería tener una configuración totalmente distinta (18) a la que se recoge en el Código penal vigente y en el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal español de 1980. Esta configuración, que haría referencia a la institución más ventajosa de la suspensión del fallo (19), podría encontrar una plasmación legislativa en un único artículo redactado con el siguiente tenor: «Se confiere a los Tribunales la atribución de suspender motivadamente el fallo de las sentencias condenatorias cuando exista pronóstico favorable de que el sujeto no cometerá delito en el futuro o cuando quepa deducir que, aunque no mediere tal pronóstico, la imposición de

(18) Por las razones esgrimidas por BRUNS en *Die Generalprävention als Zweck und Zumessungsgrund der Strafe?*, cit., pág. 80. Vid infra nota 14, in fine.

(19) En este sentido, ampliamente, vid.: MAQUEDA ABREU, María Luisa, *La condena condicional*, tesis doctoral, inédita, Granada 1981.

la pena hubiere de resultar contraproducente en orden a evitar que el sujeto vuelva a delinquir» (20).

La realización práctica de la fórmula, qué duda cabe, requeriría «un pronóstico sobre las consecuencias de las medidas prácticas, así como una difícil evaluación diferenciada de los distintos efectos positivos y negativos aislables de una medida, a lo que se conecta una valoración y eventual corrección de la medida que se quiere llevar a cabo. Por otra parte, las posibilidades de sustraer estas evaluaciones a la influencia de consideraciones de tipo moralizante son dudosas, lo que implica el riesgo de caer precisamente en algo que se quiere evitar» (21). La puesta en práctica de una teoría relativa de la pena que acentúe la prevención especial en la individualización judicial de la misma chocaría, pues, con el inconveniente de exigir unos conocimientos —menos de los que exigiría tener en cuenta además las exigencias de la prevención general— de los que hoy no se dispone totalmente. Quizá sea este el camino por el que deban conducirse en el futuro las investigaciones —a no ser que se quiera admitir lisa y llanamente que pretendemos ejecutar científicamente con arreglo a fines una serie de medidas cuyos efectos desconocemos. De todas formas no puede ignorarse que los criterios que aquí se proponen tienden a una mayor racionalización y, sobre todo, a una mayor controlabilidad de la individualización de la pena, lo que resulta coherente con nuestro intento «de transformar la individualización penal, concebida ahora como un asunto de valoración *emocional*, en una cuestión propia de la razón práctica procurando elevarla de esta manera al nivel de *racionalidad* que desde hace mucho nos parece inexorable en las cuestiones de la dogmática» (22).

(20) En este sentido, MAQUEDA ABREU, María Luisa, *La condena condicional*, cit., infra nota 19.

(21) Cfr. BACIGALUPO, Enrique, *La individualización de la pena en la reforma penal*, "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid", cit., pág. 72.

(22) Cfr. STRATENWERTH, G., *El futuro del principio juridicopenal de culpabilidad*, cit., pág. 83.