

✪ EDUARDO DÍAZ VÉLEZ ✪

# PREVENCIÓN GENERAL E INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

Ediciones Universidad  
**Salamanca**

EDUARDO DEMETRIO CRESPO

PREVENCIÓN  
GENERAL  
E INDIVIDUALIZACIÓN  
JUDICIAL DE LA PENA

PRÓLOGO DE  
IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE

PRÓLOGO DE  
HANS JOACHIM HIRSCH



EDICIONES UNIVERSIDAD DE SALAMANCA



ACTA SALMANTICENSIA  
ESTUDIOS JURÍDICOS

79



Ediciones Universidad de Salamanca  
y los autores

1.ª Edición: mayo 1999  
I.S.B.N.: 84-7800-989-2  
Depósito legal: S. 500-1999

Ediciones Universidad de Salamanca  
Apartado 325  
E-37080 Salamanca (España)

Composición, impresión y encuadernación: VARONA  
Polígono "El Montalvo", parcela 49, Salamanca

Impreso en España-Printed in Spain

*Todos los derechos reservados.  
Ni la totalidad ni parte de este libro  
puede reproducirse ni transmitirse  
sin permiso escrito de  
Ediciones Universidad de Salamanca*



CEP. Servicio de Bibliotecas

DEMETRIO CRESPO, Eduardo  
Prevención general e individualización judicial de la  
pena / Eduardo Demetrio Crespo; prólogo de  
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, y prólogo de  
Hans Joachim Hirsch. — 1.ª ed. — Salamanca:  
Ediciones Universidad de Salamanca, 1999  
(Acta Salmanticensia. Estudios jurídicos; 79)

1. Sentencias (Procedimiento penal).
- I. Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio.
- II. Hirsch, Hans Joachim

343.222



*A mi mujer, Ágata,  
mi compañera de estudios y mi mejor amiga,  
por haber «padecido» día a día, «conmigo»,  
y también a veces «sin mí»*



# SUMARIO

## PRÓLOGO

— Prof. Dr. D. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre..... 17

## PRÓLOGO

— Prof. Dr. Dr.h.c.mult. Hans Joachim Hirsch ..... 19

NOTA PRELIMINAR ..... 23

ABREVIATURAS..... 25

## INTRODUCCIÓN

### *Objeto de estudio*

I. Objeto de estudio .....	27
1. Importancia y actualidad del mismo .....	27
2. Presentación del tema .....	29
II. Alcance de esta investigación y justificación de su estructura .....	36
1. Alcance de la investigación .....	36
2. Justificación de su estructura .....	37

## PRIMERA PARTE

### *Bases teóricas*

## CAPÍTULO PRIMERO

### FINES DE LA PENA E

#### «INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA»<sup>1</sup>

I. Delimitación conceptual y metodológica general .....	41
1. El concepto «I.J.P.» .....	41
1.1 «I.J.P.»/«Determinación legal de la pena» .....	41
1.2 «I.J.P. <i>stricto sensu</i> »/«I.J.P. <i>lato sensu</i> » .....	44
2. El concepto «factor de la I.J.P.» y sus tres significados como factor real, final y lógico.....	44
3. Las fases de la I.J.P. ....	46
4. Punto de partida lógico-jurídico .....	48

<sup>1</sup> En adelante nos referiremos al término con las siglas «I.J.P.»



4.1 Relación y diferenciación entre la prevención general como fin del Derecho Penal y de la pena, y la prevención general como factor de la I.J.P. ....	48
4.2 Limitación teleológica de la prevención general a la fase conminativa de la pena .....	50
4.3 Relación entre proposiciones axiológicas y proposiciones empíricas .....	51
II. Sobre los fines de la pena .....	51
1. Delimitación conceptual y metodológica .....	51
2. La evolución del pensamiento sobre los fines de la pena .....	58
2.1 Las Teorías Absolutas .....	58
2.2 Las Teorías Relativas .....	62
2.3 Las Teorías Unitarias .....	66
3. Los fines de la pena a la luz de la Constitución Española de 1978 .....	68
3.1 Fines de la pena y Estado social y democrático de Derecho .....	68
3.2 El artículo 25.2 de la CE .....	69
3.2.1 Consideraciones generales (STC 19/88 y ATC 112/88 y 25/95) .	69
3.2.2 Opciones y problemas interpretativos .....	71
3.2.3 Artículo 25.2 CE e I.J.P (STS DE 6-IV-1995) .....	72
4. La importancia de los fines de la pena en la I.J.P .....	73
III. Las antinomias de los fines de la pena .....	73
1. Introducción .....	73
2. Antinomias y sistema penal .....	74
2.1 Perspectivas de análisis .....	74
2.2 Como problema científico .....	74
2.3 Como problema ideológico .....	75
3. Las antinomias entre fines en la I.J.P y su relación con el problema de la culpabilidad .....	77
4. La antinomia prevención/culpabilidad .....	81
4.1 Introducción .....	81
4.2 La justificación metafísica del principio de la responsabilidad penal .....	82
4.3 Principio de responsabilidad penal orientado a las consecuencias .	83
4.4 Antinomia prevención general/culpabilidad .....	87
4.5 Antinomia prevención especial/culpabilidad .....	88
5. La antinomia entre prevención general y prevención especial .....	88
5.1 Toma de posición .....	88
5.2 El aspecto constitucional de la antinomia prevención general / prevención especial en la I.J.P. ....	90
IV. Relación entre los fundamentos teóricos del Derecho Penal y la I.J.P .	91
1. Introducción .....	91
2. Posiciones teóricas fundamentales .....	92
2.1 Modelo de compensación de la culpabilidad .....	92
2.2 Modelos de orientación a las consecuencias .....	93
2.2.1 Estructura del concepto .....	93
2.2.2 «Individualización» y sus límites .....	93

## CAPÍTULO SEGUNDO

### ANÁLISIS DEL FIN PREVENTIVO-GENERAL DE LA PENA

I. La importancia de la prevención general en la Ciencia Penal de nuestros días .....	97
II. La Prevención General Negativa .....	100
1. El concepto .....	100
2. Problemas de la prevención general negativa .....	102
2.1 El problema de la legitimación axiológica .....	102
2.2 El problema de la legitimación empírica .....	106
III. La Prevención General Positiva .....	109
1. El concepto y funciones .....	109
2. Modelos de pensamiento de la Prevención General Positiva.....	114
2.1 Alcance y criterios de diferenciación .....	114
2.2 La pena de efecto moralizador estabilizante .....	115
2.3 La <i>Defensa del Ordenamiento Jurídico</i> .....	115
2.4 Prevención de Integración .....	116
2.4.1 El modelo de Müller-Dietz .....	116
2.4.2 El modelo de Roxin .....	117
2.5 Modelos basados en la Teoría Sistémica .....	119
2.6 Modelos basados en la Teoría Psicoanalítica .....	123
2.7 Parte altamente formalizada del control social.....	124
3. Críticas a la Prevención General Positiva .....	126
3.1 La incorrección de sus presupuestos axiológicos .....	126
3.2 Ausencia de la legitimación empírica .....	129

## CAPÍTULO TERCERO

### LA PREVENCIÓN GENERAL COMO FACTOR DE LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

I. La Prevención General Negativa como factor de la I.J.P .....	133
1. Marco de la discusión .....	133
2. Aportaciones de la Jurisprudencia en Alemania después de 1945.....	134
3. Objeciones frente a la prevención general negativa como factor de la I.J.P .....	139
3.1 Problemas dogmáticos de las consideraciones preventivo-generales en la I.J.P .....	139
3.1.1 Prohibición de una doble valoración de circunstancias que ya son elementos del tipo .....	139
3.1.2 Contradicción sistemática de la prevención general en la I.J.P .....	141
3.2 Los problemas de adecuación constitucional .....	141
3.2.1 Términos de la discusión .....	141
3.2.2 Posiciones de la doctrina .....	143

A) Hardwig .....	143
B) Badura .....	143
3.3 Objeciones derivadas de la falta de constatación empírica de la prevención general ( el principio <i>in dubio pro reo</i> ).....	144
II. La Prevención General Positiva como factor final de la I.J.P .....	146
1. Introducción .....	146
2. Marco de la discusión .....	146
3. Prevención general de integración e I.J.P (sobre la idea de la eficacia preventivo general de la pena adecuada a la culpabilidad) .....	149
4. <i>Defensa del Ordenamiento Jurídico</i> e I.J.P .....	153
4.1 Papel limitativo de instituciones basadas en la prevención especial en el marco de la I.J.P <i>lato sensu</i> en el Código Penal alemán .....	153
4.2 Análisis crítico .....	156
5. Objeciones frente a la prevención general positiva como factor de la I.J.P .....	159
5.1 Problemas dogmáticos, de valoración constitucional y crimino- lógicos .....	159
5.2 Incapacidad intrínseca como criterio de medición de la pena .....	159
III. Clasificación general de perspectivas teóricas .....	161
1. Introducción .....	161
2. Clasificación de puntos de vista por el grado de licitud/ilicitud que se otorga a la Prevención General en la I.J.P .....	162
2.1 Licitud absoluta de la prevención general en la I.J.P.....	162
2.2 Ilicitud absoluta de la prevención general en la I.J.P. ....	163
2.3 Licitud limitada al marco de la pena adecuada a la culpabilidad .	164
IV. Visiones sistemáticas por autores .....	167
1. Bruns .....	167
2. Haag .....	170
3. Baumann .....	171
4. Frisch .....	172
5. Zipf .....	176

## SEGUNDA PARTE

### *Fundamentos dogmáticos y su proyección normativa*

#### CAPÍTULO CUARTO

#### PREVENCIÓN GENERAL Y TEORÍAS DE LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

I. Importancia y requisitos de una teoría de la I.J.P .....	181
II. La racionalización de la I.J.P .....	182

1. Introducción .....	182
2. Proyectos de una Individualización Judicial formalizada de la pena .....	183
2.1 Grassberger, Dubs, Bruckmann .....	183
2.2 von Linstow, Haag .....	185
III. Teorías de la I.J.P .....	187
1. La Teoría de la pena puntual o exacta .....	187
1.1 Contenido .....	187
1.2 Críticas .....	188
2. La Teoría del espacio de juego .....	188
2.1 La tesis del Tribunal Supremo alemán .....	188
2.2 La teoría del espacio de juego como teoría mixta de la pena .....	189
2.3 La interpretación de Bruns y Lackner .....	191
2.4 Argumentación de Dreher a favor de la teoría del espacio de juego frente a la teoría de la pena puntual o exacta .....	192
2.5 Teoría del espacio de juego y prevención general .....	194
2.6 Críticas .....	195
3. La Teoría del acto de gestación social .....	197
3.1 Contenido .....	197
3.2 Críticas .....	199
4. La Teoría del valor jerárquico del empleo .....	199
4.1 Contenido .....	199
4.2 Críticas .....	200
5. La concepción del parágrafo 59 del <i>Proyecto Alternativo de Código         Penal alemán de 1966</i> .....	201
6. La Teoría de la proporcionalidad con el hecho .....	203
6.1 La Tesis del <i>Neoclasicismo</i> .....	203
6.1.1 Contenido .....	203
6.1.2 Críticas .....	205
6.2 La Tesis de Schünemann .....	206
6.2.1 Contenido .....	206
6.2.2 Críticas .....	209
7. La Teoría de la retribución de la culpabilidad por el hecho .....	210
7.1 Contenido .....	210
7.2 Críticas .....	211
IV. Los «modelos» en la dogmática del Derecho de la I.J.P. ....	213

## CAPÍTULO QUINTO

### PREVENCIÓN GENERAL Y CULPABILIDAD EN LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

I. Introducción .....	215
II. Consideraciones previas sobre la culpabilidad .....	217

1. La «encrucijada» del problema de la culpabilidad .....	217
2. Diversificación de los conceptos y funciones de la culpabilidad .....	222
2.1 La Tesis de Achenbach .....	222
2.1.1 Introducción .....	222
2.1.2 Diferenciación entre la <i>idea de culpabilidad</i> y la <i>culpabilidad en la aplicación del Derecho</i> .....	224
2.1.3 Diferenciación entre la <i>culpabilidad como categoría del delito</i> y la <i>culpabilidad de la I.J.P</i> .....	224
2.2 Críticas a la Tesis de Achenbach .....	225
III. El concepto de culpabilidad en la I.J.P .....	
1. La exclusión de la <i>culpabilidad de autor</i> .....	227
1.1 La culpabilidad por la conducción de la vida .....	227
1.2 La culpabilidad por el carácter .....	228
1.3 La peligrosidad del autor como momento de la culpabilidad.....	228
2. La <i>culpabilidad por el hecho</i> .....	229
2.1 La concepción de Zipf .....	229
2.2 La concepción de Stratenwerth .....	233
IV. La estructura de la culpabilidad en la I.J.P .....	236
1. Marco de la discusión .....	236
1.1 La diferenciación de los componentes del hecho y del autor .....	236
1.2 La relación entre injusto y culpabilidad en la I.J.P.....	237
1.2.1 Delimitación del empleo conceptual y dogmático de los términos «culpabilidad» e «injusto» .....	237
1.2.2 Análisis crítico de la llamada «capacidad ascensional» de la culpabilidad en la I.J.P .....	240
1.3 Determinación preventiva de la culpabilidad en la I.J.P .....	244
2. Posiciones teóricas .....	245
2.1 Teoría de la equiparación .....	245
2.2 Teoría de la diversificación .....	247
2.3 Marco penal como escala valorativa relativa .....	249
2.4 Tipo penal como principio necesitado de cumplimiento .....	249
2.5 Doctrinas de un concepto ampliado del hecho .....	250
2.6 Equiparación de la estructura, no del contenido .....	251
V. La función del principio de culpabilidad en la I.J.P .....	251
1. Posiciones teóricas fundamentales .....	251
1.1 La culpabilidad como fundamento y como límite de la pena.....	252
1.2 La renuncia a la culpabilidad como fundamento y como límite de la pena .....	252
1.2.1 Su sustitución por la prevención general negativa .....	252
1.2.2 Su sustitución por la prevención general positiva.....	253
1.2.3 Su sustitución por el principio de proporcionalidad .....	254
1.3 La culpabilidad sólo como límite, pero no como fundamento de la pena .....	254
2. La función de limitación en concreto .....	257
2.1 La prohibición de superación del límite superior de la culpabilidad y su relevancia respecto a la prevención general.....	257

2.2 La prohibición de quedarse por debajo del límite inferior de la culpabilidad y sus consecuencias respecto a la prevención general	260
2.2.1 Marco de la discusión	260
2.2.2 Prevención general positiva, prevención especial y culpabilidad en la I.J.P.	260
2.2.3 Soluciones teóricas	263
2.2.3.1 Según la teoría del valor jerárquico del empleo	263
2.2.3.2 Según la teoría del acto de gestación social	264
2.2.3.3 Según la teoría del espacio de juego	264
2.2.3.4 Lackner, Roxin, Frisch	265

## CAPÍTULO SEXTO ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS DE LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL DE 1995

I. Introducción	267
II. El fin de protección de bienes jurídicos y el sistema de marcos penales	269
1. El concepto de «marco penal genérico» y «marco penal concreto»	269
2. Importancia del marco penal típico (determinación legal de la pena) para la prevención general y para la I.J.P.	269
III. Arbitrio del juez penal e I.J.P.	271
1. Consideraciones generales y criterios del T.S. sobre dosimetría punitiva	271
1.1. Consideraciones generales	271
1.2. Criterios del T.S.	271
2. La revisabilidad de la I.J.P.	271
3. El Jurado en la I.J.P.	277
IV. Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal	278
1. Introducción	278
2. Compensación racional de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal e I.J.P. [art. 66.1º CP 1995]	279
3. Otras reglas de aplicación de las penas	282
3.1 Cuando concurra sólo alguna circunstancia atenuante o una o varias circunstancias agravantes [art.66.2ª, 3ª CP 1995]	282
3.2 Concurrencia de dos o más atenuantes o una muy cualificada [art.66.4ª1995]	283
3.3 Compensación de circunstancias generales y especiales [art.67 CP 1995]	285
3.4 Supuestos no vinculados al artículo 66 [a) La pena de multa —art. 50 CP 1995—; b) Art. 383 CP 1995; c) Las faltas —art. 638—]	286
4. Fundamento político criminal de las circunstancias atenuantes	287
5. Fundamento político criminal de las circunstancias agravantes	288

V. El criterio de «la gravedad del hecho»: <i>el injusto culpable y la I.J.P</i> .....	289
1. Aproximación al concepto según la doctrina y la Jurisprudencia .....	289
2. La gravedad del hecho como <i>factor real de la I.J.P</i> .....	290
2.1 El problema de la «graduabilidad del injusto» .....	290
2.2 Los criterios para la interpretación de la gravedad del hecho.....	294
2.2.1 Dependientes de los factores finales de la I.J.P. ....	294
A) Introducción.....	294
B) Desde el punto de vista de la retribución .....	295
a) La nocividad del comportamiento .....	295
b) La reprochabilidad del comportamiento .....	295
C) Desde el punto de vista de la prevención general.....	297
a) Como exigencia de proporcionalidad .....	297
b) Como juicio de prognosis frente a la comunidad .....	299
2.2.2 Dependientes de otros factores reales de la I.J.P.....	300
A) Desde el punto de vista de la culpabilidad .....	300
B) Desde el punto de vista del bien jurídico.....	301
VI.El criterio de «las circunstancias personales del delincuente» .....	302
1. Importancia de este criterio en el CP 1995 .....	302
2. La personalidad del delincuente como <i>factor real de la I.J.P</i> .....	304
2.1 Aproximación al concepto según la doctrina y la Jurisprudencia .....	304
2.2 Personalidad del delincuente y fines de la pena .....	305
2.2.1 Personalidad del delincuente y retribución .....	305
2.2.2 Personalidad del delincuente y prevención especial.....	306
2.2.3 Personalidad del delincuente y prevención general.....	306
2.3 Posibles criterios indiciarios .....	307
2.3.1 La vida anterior del reo .....	307
2.3.2 El comportamiento posterior al hecho .....	308
3. Otras circunstancias personales .....	310
3.1 Situación familiar, profesional o económica .....	310
3.2 La sensibilidad y susceptibilidad a la pena del autor.....	311
VII La I.J.P <i>lato sensu</i> en el Código Penal de 1995 .....	312
1. Consideraciones preliminares: crisis de la pena privativa de libertad...	312
2. Los «sustitutivos penales» .....	315
3. Valoración de las novedades del CP de 1995 en esta materia .....	319
3.1 Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad .....	319
3.2 Sustitución de la pena privativa de libertad .....	321
4. Prevención general y «sustitutivos penales» .....	323
CONCLUSIÓN FINAL .....	327
ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO .....	333





## PRÓLOGO

**E**L LIBRO cuya lectura inicia es el resultado de una investigación profunda sobre uno de los puntos básicos del Derecho Penal, llevada a cabo por un universitario joven, pero dotado de una madurez que le permite razonar con gran solvencia.

Efectivamente, el estudio de los fines de la pena constituye el punto de partida para abordar cualquiera de las grandes cuestiones del Derecho Penal. En ellos se reflejan, como presupuesto y punto de partida, los planteamientos filosóficos, políticos y éticos de cada autor, y se exteriorizan además en buena medida los rasgos que delimitan un momento histórico.

Así, no es superfluo recordar hoy que hace treinta años un importante sector de la doctrina penal española importaba y apostaba por la ideología de la resocialización en un marco jurídico donde el pensamiento oficial, en cuanto a los fines de la pena, se vinculaba a un retribucionismo asentado sobre la ética propia del nacional catolicismo. Esta situación se correspondía con las características del Estado surgido de la guerra civil y prácticamente sólo había sido rota en la teoría de la pena por la aportación que desde su exilio interior llevó a cabo JOSÉ ANTÓN ONECA en la apertura del curso académico 1944-45, en la Universidad de Salamanca, donde retomaba la prevención general desde su raíz en el pensamiento liberal, que construye todo el razonamiento sobre el hombre y sus derechos.

Desde finales de la década de los 60 la doctrina penal española recibe la influencia directa de la ideología del Proyecto Alternativo alemán, con el adiós a KANT y HEGEL. Por otra parte, un grupo de autores profundiza en una prevención general conectada con las aportaciones de la sociología y la psicología y que adquiere su legitimación en un sistema social personalista, sólo compatible con un Estado social y democrático de derecho.

Ésta es en gran medida la ideología de los fines de la pena que aparece en la Constitución y que casi veinte años después desarrolló el Código Penal.

Desde los años 70 hasta hoy han cambiado bastantes cosas en los fines de la pena. Por una parte, se ha modulado la prevención especial, sobre todo en lo que se refiere al desarrollo crítico de la ideología del tratamiento, y los imperativos político criminales a ella vinculados han pasado a un segundo plano, una vez aprobada la Ley General Penitenciaria en los primeros años de vigencia constitucional y suprimidas las penas cortas privativas de libertad en el articulado del Código Penal.

Por otra parte, en lo que se refiere a la prevención general, en los últimos años un sector de la doctrina, influido directamente por Jakobs, ha incorporado a nuestro debate la denominada prevención general positiva. Ciertamente, la culminación de la reforma penal crea una situación en la que las exigencias político criminales pasan a un segundo término para un sector doctrinal y favorecen circunscribir el debate penal al más estricto normativismo. Pero, por el contrario, si se sigue pensando que los principios político criminales tienen que seguir estando presentes en el propio debate sistemático, entiendo que es más coherente, en consonancia con el contenido del art. 9.3 de la Constitución, seguir manteniendo la función de motivación como instrumento de protección de los bienes jurídicos, a través de una prevención general estructurada como amenaza que busca en último término la interiorización por los miembros de una comunidad del respeto a los intereses valiosos para el funcionamiento de un sistema social orientado hacia el individuo.

En este marco particularmente complejo y atractivo sitúa su investigación EDUARDO DEMETRIO, concretándolo además en la determinación de la pena, ámbito por otro lado no estudiado hasta ahora en nuestra doctrina con la profundidad con la que él lo ha hecho. El Dr. DEMETRIO profundiza de modo coherente en el estudio de la prevención general, situando su postura dentro de los que consideran su contenido como amenaza.

EDUARDO DEMETRIO argumenta convincentemente en todos los capítulos de este libro, y pone de manifiesto la solidez de sus conocimientos adquiridos en las Universidades de Salamanca y Colonia. En esta última, en el Seminario dirigido por el Prof. HIRSCH, ha dado, al igual que en su momento hicimos otros, pasos decisivos en su formación que quedan reflejados con claridad en las páginas que siguen.

El contenido de esta investigación y la trayectoria académica que ha seguido EDUARDO DEMETRIO permiten augurarle un exitoso futuro. Para mí constituye un orgullo el haber podido dirigir sus primeros pasos desde que era alumno de parte general, dentro de la comunidad universitaria, que centra sus esfuerzos en un Derecho Penal orientado hacia el individuo y que hace de la búsqueda de la libertad y la igualdad la meta última de su trabajo.

IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE  
Catedrático de Derecho Penal  
y Rector de la Universidad de Salamanca



# PRÓLOGO<sup>1</sup>

EL CONCEPTO de prevención general juega un importante papel en la actual discusión científica. En el transcurso de la última década dicho concepto ha sustituido cada vez más en la doctrina a las llamadas teorías absolutas de la pena, tendentes a compensar la culpabilidad. En este desarrollo se ve una contribución a una mayor racionalidad del derecho penal. Las consecuencias insatisfactorias de la prevención general «negativa» —a saber, el aspecto dirigido a la intimidación de la generalidad— quieren ser evitadas ulteriormente a través de la consideración de la culpabilidad como límite máximo de la pena.

La corriente de la prevención general ha encontrado su cristalización tanto en la dogmática de los elementos del hecho punible como en el ámbito de la teoría de la individualización judicial de la pena. Si se considera el desarrollo de la dogmática, se advierte que, por ejemplo, GÜNTHER JAKOBS ve en la culpabilidad un derivado de la prevención general (Allgemeiner Teil, 2da. ed., 17/18 y ss., 1/1 y ss.) y CLAUS ROXIN pretende vincular culpabilidad y prevención (en sus aspectos preventivos generales y especiales) como elementos contrapuestos que se delimitan mutuamente en una categoría del delito llamada «responsabilidad penal» (Allgemeiner Teil, 2da. ed., § 3, Nros. 33 y ss., 46 y ss. § 19, Nr. 1 y ss.). Además, se debe observar que actualmente, en cuestiones particulares de carácter internamente valorativo del sistema dogmático, los autores incluyen frecuentemente consideraciones preventivo generales en el razonamiento.

En el ámbito de la individualización judicial de la pena, la dirección establecida actualmente en torno a la prevención general tiene su centro de gravedad en la prevención «general positiva», es decir, en el efecto estabilizador de la pena concreta en la conciencia jurídica de la generalidad y en la paz jurídica.

La presente monografía del DR. EDUARDO DEMETRIO CRESPO aborda, con la prevención general, un tema central que requería urgentemente ser investigado en profundidad. Él se concentra, con razón, en el aspecto de la individualización judicial de la pena, porque la penetración de consideraciones preventivas en el ámbito de los elementos del delito hace desaparecer el límite entre el hecho y sus consecuencias jurídicas. La exigencia de la culpabilidad por el hecho conforma justamente una barrera, propia del Estado de derecho, contra consecuencias de una perspectiva preventiva, de tal modo que —como pone de relieve el autor—

<sup>1</sup> Traducción de DANIEL R. PASTOR (Universidad de Buenos Aires).

aquella no puede ser fundamentada ni vinculada a esta última. Llama también la atención que hasta ahora apenas han sido constatadas diferencias con relación a los resultados prácticos. Ello se debe ostensiblemente a que en la superposición de la dogmática del hecho punible y la prevención los resultados obtenidos de forma tradicional aparecen, pese a la fundamentación preventivo general, como los correctos.

Con la mirada puesta en la problemática de la individualización judicial de la pena, que es la cuestión central, DEMETRIO ha investigado en profundidad todas las cuestiones esenciales de la prevención general. De este modo, se ha originado una obra científica de gran significado. Ésta impresiona tanto por el completo y fidedigno análisis del material como por la discusión rica en conocimientos, aguda y equilibrada de la difícil y exigente problemática.

La voluminosa literatura alemana ha sido procesada detalladamente junto a la literatura española. Con ello, los estrechos contactos entre la ciencia penal en España y en Alemania son proseguidos por el autor. Al mismo tiempo, me alegra especialmente que haya elegido el Instituto de Ciencias Penales de Colonia como lugar para realizar su investigación. Así, he tenido la oportunidad de presenciar la formación del libro desde muy cerca. También he podido recibir muchos estímulos científicos de las investigaciones del autor a través de las conversaciones sobre la materia que hemos sostenido durante su estancia en Colonia.

DEMETRIO llega al resultado de que la prevención general tiene su correspondiente centro de gravedad en la amenaza penal, es decir, en el efecto que emana para la generalidad de la existencia de los particulares marcos penales típicos. Por el contrario, dicho fin de la pena no forma parte, según sus detalladas reflexiones, de los factores de la individualización judicial de la pena. El autor demuestra convincentemente que, en caso contrario, se renunciaría a la individualización de la medición de la pena, esto es, a relacionarla con el autor individual. También el moderado ámbito de aplicación que le confiere la llamada teoría del espacio de juego, con fundamento en la teoría de la unión, es consecuentemente rechazado. A la prevención general le queda, entonces, sólo un efecto *mediato* para la generalidad surgido de la pena concreta medida de acuerdo al concepto de la individualización.

El autor no quiere establecer la medida de la pena individual a través de una concepción de la pena tradicionalmente dirigida a la compensación de la culpabilidad. Con respecto a los resultados prácticos, la dirección preventivo general positiva, por él criticada, no se aleja en absoluto de aquel entendimiento tradicional de la pena. Como demuestra DEMETRIO nuevamente, en la prevención general positiva, sostenida en primer plano, se mantiene mediatamente la herencia de una comprensión penal dirigida al castigo justo del hecho cometido: la estabilización de la norma debe tener lugar de modo que sean tenidas en cuenta las expectativas de comportamiento de un hombre medio (es decir, de la generalidad), especialmente las expectativas de que un hecho culpable sea correspondientemente castigado con justicia, de manera que la idea de la compensación de la culpabilidad es introducida de nuevo, en cierto modo, por la puerta trasera. DEMETRIO, que entiende incorrectos tanto el concepto tradicional de pena como la orientación de la individualización judicial de la pena a la prevención general, tiende a un concepto orientado a la prevención especial. Sin embargo, considera que, de *lege*

*lata*, el punto de partida científico defendido no se corresponde con la regulación contenida en el Art. 66, 1 del Código Penal español de 1995, como tampoco en el § 46 del Código Penal alemán de 1975. Ambas disposiciones no posibilitan una interpretación exclusivamente orientada a la prevención especial: el Art. 66, 1 del Código Penal español porque introduce la gravedad del hecho junto a las circunstancias personales; y tampoco el § 46 del Código Penal alemán al considerar la culpabilidad como fundamento de la pena, y mencionar asimismo en su catálogo las consecuencias del hecho. Las investigaciones de DEMETRIO son, no obstante, también de *lege lata* de gran valor, porque muestra en una profunda discusión acerca del Art. 66, 1 del Código Penal español, qué consecuencias resultan de los puntos de vista por él alcanzados acerca de la prevención general, para la interpretación de los preceptos. Su monografía es por ello en cualquier caso una valiosa fuente de información en la aplicación de esta regulación.

Quizá debiera el autor continuar este destacado libro sobre «prevención general e individualización judicial de la pena» con una investigación ulterior sobre prevención especial, en la cual se tratara también el sistema de consecuencias jurídicas de doble vía.

El DR. EDUARDO DEMETRIO CRESPO debe ser felicitado enfáticamente por su impresionante obra. El libro justifica la expectativa de que de la pluma del muy capacitado autor surgirán otros importantes trabajos sobre temas penales. Vayan para él pues mis mejores deseos de un exitoso futuro científico.

Colonia, julio de 1997.

HANS JOACHIM HIRSCH  
Prof. Dr. Dr. h. c. mult  
Universidad de Colonia



# NOTA PRELIMINAR

El contenido de este libro se corresponde sustancialmente con el de mi tesis doctoral, que defendí el día 6 de marzo de 1997 en el Aula Dorado Montero del Edificio Histórico de la Universidad de Salamanca, ante un tribunal presidido por el Prof. Dr. Lorenzo Morillas Cueva, y compuesto por los Profs. Drs. Francisco Muñoz Conde, Juan Terradillos Basoco, Mercedes García Arán, y Juan Carlos Ferré Olivé, obteniendo la máxima calificación de *apto cum laude* por unanimidad. A todos ellos mi agradecimiento por sus consejos, sugerencias y observaciones, que me han sido de gran utilidad.

Sin duda un trabajo de investigación acaba siendo el fruto más o menos maduro de muchos esfuerzos, y el resultado —en lo que de bueno pueda atribuírsele— no es en modo alguno mérito exclusivo del autor. Por ello, más allá del obligado tópico estilístico, quiero manifestar en lo que sigue algunos sinceros agradecimientos. De modo especial debo agradecer, en primer lugar, al Prof. Dr. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, mi maestro y director de tesis, que me diera la oportunidad de formar parte de su equipo, y que además, siempre desde el ejemplo de su total dedicación y entrega a la Universidad, me haya ayudado —ya desde la propia elección del tema— y siga haciéndolo, a dar lo mejor de mi mismo. Sin su apoyo y confianza, y el ánimo que imprime su carácter siempre optimista, sin su apuesta en definitiva por un proyecto humano y universitario determinado, este trabajo no hubiera sido posible. Asimismo, quisiera expresar mi agradecimiento al Prof. Dr. José Ramón Serrano-Piedecasas Fernández, codirector de tesis, que ha sido un referente humano e intelectual clave en mi orientación hacia el Derecho Penal, ya desde las clases del segundo curso de licenciatura, por la ayuda y el apoyo permanentes que me ha prestado.

Gran parte de la tesis fue elaborada en Alemania, donde gracias a una Beca de Investigación del MEC pude llevar a cabo una estancia de aproximadamente dos años (1994-1996) en el *Kriminalwissenschaftliches Institut* de la Universidad de Colonia, bajo la dirección académica del Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Hans Joachim Hirsch, quien amablemente ha querido presentar, junto al Prof. Berdugo, este libro. Al Prof. Hirsch debo agradecerle, no sólo su permanente disposición al diálogo científico, aún desde la discrepancia, sino por encima de todo su extraordinaria hospitalidad y el aliento que me brindó entonces y que no ha dejado de ofrecerme hasta el día de hoy, siendo para mí una luz en el difícil camino universitario. Expresar, además, mi agradecimiento al Prof. Dr. Thomas Weigend con quien tuve la oportunidad en varias ocasiones de revisar el curso mi trabajo.



Finalmente, aunque no con menor intensidad, mi más sincero agradecimiento a mis compañeros de la Universidad de Salamanca, a mis amigos y a mi familia, cuyo apoyo humano ha sido fundamental. A todas las personas mencionadas les debo, por tanto, haber tenido tantas posibilidades, y haber podido aprovecharlas.

En Santa Marta de Tormes (Salamanca) Navidad de 1998.

EDUARDO DEMETRIO CRESPO

# ABREVIATURAS

ADPCP	Anuario de Derecho Penal y ciencias Penales
AP	Actualidad Penal
AJA	Actualidad Jurídica Aranzadi
AT	Allgemeiner Teil
AK	Alé-Kumá
CP	Código Penal español
CPC	Cuadernos de Política Criminal
DDP	Dei Deliti e delle Pene
DP	Doctrina Penal
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DPC	Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Universidad Externado de Colombia.
EPC	Estudios Penales y Criminológicos
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
I.J.P.	Individualización Judicial de la pena
JR	Juristische Rundschau
JZ	Juristen Zeitung
KJ	Kriminologisches Journal
LEC	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LK	Leipziger Kommentar
LL	La Ley
MDR	Monatschrift für Deutsches Recht
MschrKrim	Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
NDP	Nueva Doctrina Penal
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
PC	Poder y Control
PE	Pena y Estado
PJ	Poder Judicial
RCEC	Revista del Centro de Estudios Constitucionales
RDPC	Revista de Derecho Penal y Criminología. UNED.
REDC	Revista de Estudios de Derecho Constitucional
RFC	Revista del Foro Canario
RFDUC	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense
RFDUG	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada

RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RIDP	Revue Internationale de Droit Penal
RIDPro	Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale
RJCL	Revista jurídica de Castilla la Mancha
SK	Systematischer Kommentar
StGB	Strafgesetzbuch
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStrS	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

# INTRODUCCIÓN

«La injusticia (o delito) criminal, si de injusticia quiere hablarse, es una injusticia sólo posible (delitos temidos, futuros); y por ser sólo posible, no es hacedero obrar contra ella a posteriori, represiva y reparadoramente, sino exclusivamente a priori, por modo preventivo y precaucional, cegando o mermando fuerza a las fuentes de posible futura injusticia y delincuencia»

(P. DORADO MONTERO, *Naturaleza y función del derecho*, Madrid, 1927, p. 102).

## I. OBJETO DE ESTUDIO

### I. IMPORTANCIA Y ACTUALIDAD DEL MISMO

HE PRETENDIDO abordar un tema de investigación que, con carácter general, se podría enunciar como «la interrelación entre la fundamentación del Derecho Penal y la *individualización judicial de la pena*<sup>1, 2</sup>». La necesaria concreción del objeto de estudio me ha llevado a ceñirme al análisis de la pregunta por la licitud del fin preventivo-general de la pena en la I.J.P.

El tema es especialmente importante porque toca los cimientos mismos del Derecho Penal, que podríamos localizar en la pregunta del *sí* y el *cómo* de la pena, así como la pregunta acerca de la auténtica dimensión de la relación entre ambos aspectos. La pregunta por el *sí* de la pena se ha identificado durante mucho tiempo con la discusión sobre los fines de la pena, y aunque es tan antigua como el propio Derecho Penal, tiene, sin embargo, permanente actualidad, y ello, como ha dicho recientemente NEUMANN<sup>3</sup>, no sólo por ser una pregunta que no es deci-

<sup>1</sup> En adelante nos referiremos a éste término con la abreviatura I.J.P.

<sup>2</sup> Los orígenes de la teoría de la I.J.P. suelen situarse en la obra de Emil Wahalberg, *Das Prinzip der Individualisierung der Strafpflege* (Viena, 1869), y en la de Raymond Saleilles, *L'individualisation de la peine* (Paris, 1898) (Versión española: *La individualización de la pena*, Prólogo de M. G. Tarde, 2.ª ed. traducida por Juan de Hinojosa, Madrid, Hijos de Reus Editores, 1914); bien que también se aprecien antecedentes en *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones* (Giessen, 1867), de Karl David August Röder [Cfr. RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel de, «Cuantificación de la pena y discrecionalidad judicial», en *RDPC*, 1993, n.º 3, pp. 621-639, esp. p. 624].

<sup>3</sup> NEUMANN, Ulfrid, «Vom normativen zum funktionalen Strafrechtsverständnis», en JUNG/MÜLLER-DIETZ/NEUMANN (Hrsg.), *Perspektiven der Strafrechtsentwicklung*, Baden-Baden, Nomos, 1996, pp. 57-68, esp. p. 58.

dible de modo definitivo, sino sobre todo, por la relevancia práctica que a ella subyace.

La pregunta por el *cómo* de la pena ha sido, por el contrario, desatendida; sin embargo este déficit ha sido percibido por la Ciencia Penal, que de modo especial en los últimos años ha tratado de ir corrigiéndolo. La problemática de la I.J.P se halla desde hace algún tiempo en el centro de atención de la Ciencia Penal, a lo cual han contribuido la Filosofía del Derecho Penal, la Teoría y la Dogmática Penal, la investigación empírica y la propia investigación sobre el Estado de Derecho<sup>4</sup>. De todo ello da fe la numerosa bibliografía que, especialmente en Alemania, ha aparecido sobre el tema en los últimos años, y que ha constituido la principal fuente de este trabajo. Además el Consejo de Europa, dentro del *European Committee on Crime Problems*, lo ha considerado como un tema de interés prioritario, lo cual ha dado lugar a la formulación de una *recomendación* adoptada en sesión plenaria en junio de 1992, y decretada en octubre de 1993. Una de las cuestiones fundamentales que impregnan el contenido de dicha recomendación, así como los trabajos previos a la misma, es el problema de los fines de la pena en la I.J.P, en relación con otras cuestiones como el problema de la racionalidad en la I.J.P, la estructura del sistema de sanciones, y la relevancia penal de la reincidencia<sup>5</sup>.

Por último, creemos igualmente que la reciente entrada en vigor de un Nuevo Código Penal, en el que se aprecian diferencias muy importantes respecto al anterior en la concepción del sistema de penas (dando cumplimiento en mayor medida a los principios de reeducación y reinserción social proclamados por la Constitución), que afecta también de modo importante a la I.J.P, requeriría sin duda alguna, un estudio que tratara de ofrecer una perspectiva sobre las bases teóricas (político-criminales y dogmáticas) de ésta última. El Nuevo Código ofrece entre otras cosas un espacio real a la I.J.P, ya que evita en parte la excesiva individualización legislativa apriorística del CP, TR, de 1973, que obstaculizaba en sí la labor de la individualización de la pena adecuada en el caso concreto<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> JUNG, Heike, «Die Empfehlung des Europarates zur Strafzumessung», en *Festschrift für Koichi Miyazawa. Dem Wegbereiter des japanisch-deutschen Strafrechtsdiskurses*, Baden-Baden, Nomos, 1995, pp. 437-448, esp. p. 437.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 440 y ss; BUENO ARÚS, Francisco, «La determinación de la pena y el Consejo de Europa», en *AP*, n.º 15, 1992, margs. 120-133.

<sup>6</sup> Llamando la atención sobre el mayor arbitrio judicial del CP de 1995, que supone a su vez un marco más amplio para la I.J.P. Cfr.: GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, en VIVES ANTÓN, Tomás S., (Coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 364-458, esp. p. 366; MAPELLI CAFFARENA/TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, Civitas, 1996, p. 189; MUÑOZ CONDE/CARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General*, 2ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 554; MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 4ª edición corregida y puesta al día conforme al Código Penal de 1995, Barcelona, PPU, 1996, p. 739; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, «Aplicación y determinación de la pena», en GRACIA MARTÍN (Coord), *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo código penal español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 177-236, esp. p. 204; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *Constitución y proceso penal*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 54; JUANES PECES, Angel, «La individualización de las penas», *LL*, 1996/4, pp.1252-1257, esp. p. 1253; GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, Pamplona, Aranzadi, 1997, p. 83.

## 2. PRESENTACIÓN DEL TEMA

Para delimitar el objeto de estudio propuesto me ha parecido adecuado utilizar como hilo conductor algunas reflexiones expuestas por FERRAJOLI<sup>7</sup> en *Derecho y Razón*, en el que ha subrayado con ayuda de la metodología propia de la Filosofía Analítica, los principales problemas que atañen a la Filosofía Penal y al Derecho Penal. Estos se refieren a diversas esferas como la epistemología, la axiología, la teoría y, la fenomenología penales, y se agrupan en torno a dos claves: ¿si y por qué prohibir, juzgar, castigar?, ¿cómo y cuándo prohibir, juzgar, castigar?. De su interrelación surgen variantes que ponen de relieve, en muchas ocasiones, las lagunas existentes en la reflexión actual de los penalistas. Estas lagunas reflejan a su vez uno de los problemas fundamentales con los que se enfrenta la Ciencia Penal como es el de su propia racionalidad, una vez constatada la existencia de antinomias en el propio sistema penal.

Éste es el problema de fondo que me ha llevado a elegir un tema de investigación que pretende vincular la pregunta del sí y por qué castigar, pregunta que por sí atañe exclusivamente a la legitimación externa del Derecho Penal, con la pregunta del cómo castigar, que atañe primordialmente a la legitimación interna del Derecho Penal; todo ello al hilo de la prevención general por lo que se refiere a la primera pregunta, y de la I.J.P por lo que se refiere a la segunda.

En la discusión sobre los fines de la pena ha habido tradicionalmente mucha confusión, lo cual se debe, desde nuestro punto de vista, sobre todo a dos factores: por un lado a una deficiencia lógica y metodológica previa, que ha consistido en no observar la llamada ley de Hume de la inderivabilidad entre juicios de hecho y juicios de valor. Por otro lado al hecho de no separar convenientemente el Derecho de la Moral, tal y como desde Kant prescribe el principio positivista de separación de estas dos esferas, que aunque se hallan interrelacionadas (pues afirmar lo contrario forma parte de la «falacia positivista»), no se justifican nunca entre sí (pues, a su vez, lo contrario forma parte de la «falacia iusnaturalista»). Bajo este aspecto de partida puede muy bien decirse que la pena, desde el punto de vista del ser, es un mal, y en su esencia no es sino retribución. Sin embargo, desde el punto de vista del deber ser, pese a que el principio retributivo constituye la primera garantía del Derecho Penal (en el sentido de que, condición necesaria e ineludible para la imposición de una pena es la comisión previa de un delito del que se configura como su consecuencia, en virtud de lo cual nadie puede ser castigado más que por lo que ha hecho y no por lo que es), es discutible que la retribución pueda constituir un fin de la pena puesto que su fundamento axiológico (a saber, la «libertad de la voluntad humana o libre arbitrio», que en términos de culpabilidad remite a la idea de «merecimiento de pena conforme a la dignidad humana por el mal uso de dicha libertad») es indemostrable<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Prólogo de Norberto Bobbio, Madrid, Trotta, 1995 (Original italiano: *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Gius, Laterza&Figli, 1989), passim.

<sup>8</sup> No hay que perder de vista, por otro lado, la conexión existente entre la naturaleza retributiva de la pena y su función de prevención general de los delitos en la medida en que la amenaza de la retribución penal por el merecimiento de pena ejerce una función preventiva. En este sentido señala FERNÁNDEZ CARRASQUILLA que el Derecho Penal tiene un carácter preventivo-represivo, es decir que

Respecto a los fines preventivos, en el estado actual de la discusión científica, la prevención general reaparece como el fin primordial de la pena, una vez que el ideal resocializador ha sido definitivamente desechado. Efectivamente hubo un momento en que el fin preventivo-especial-positivo de la pena, la llamada resocialización o reeducación social a través de la pena, alcanza su culmen y es recogido de forma especial en las constituciones y un ejemplo de ello es el artículo 25.2 CE en el que se señala que las penas y las medidas de seguridad se orientarán a la reeducación y reinserción social y, que no podrán consistir en trabajos forzados. El problema se presenta para la ideología preventivo-especial, cuando pretende la legitimación del Derecho Penal, puesto que ello no sólo no es posible, sino que contradice abiertamente la realidad de las cosas. Ello no quiere decir, sin embargo, que haya que renunciar al fin reeducador de las penas, sino que hay que darle una lectura negativa, es decir, lo que no es posible ni según la Constitución, ni según los presupuestos de un Estado social y democrático, de Derecho, es un sistema de penas que imposibilite por sí el libre desarrollo de la personalidad del reo, y toda pena que lo haga es, a mi modo de ver, inconstitucional. En este sentido lo primero que hay que evitar es la confusión de que el fin resocializador se limita a la fase ejecutiva de la intervención penal, ya que tiene virtualidad desde la fase legislativa; de donde se puede afirmar, por ejemplo, la inconstitucionalidad de penas como la cadena perpetua o la pena de muerte, ya que eliminan en sí mismas cualquier posibilidad de resocialización.

En el momento actual se puede hablar de la existencia de una triple perspectiva desde la cual es posible analizar el Derecho Penal: la abolicionista, la resocializadora, y la garantista<sup>9</sup>. La primera es desechada en general por los penalistas, sin otorgarle en muchos casos la calidad de teoría científica<sup>10</sup>. La segunda ha sido igualmente desechada como opción legitimadora del sistema penal. La tercera, la garantista o neoclásica, nos enfrenta plenamente con el fin preventivo-general de la pena. En efecto la prevención general se halla de este modo en el centro de atención de la ciencia penal actualmente como el fin por excelencia de la pena<sup>11</sup>.

La prevención general negativa en la formulación de FEUERBACH<sup>12</sup> de la coacción psicológica no es defendida prácticamente por nadie, puesto que esta teoría presupone la existencia de un hombre racional perfecto que es capaz de valorar

ejerce la prevención por medio de la represión. Esto significa, señala, «que la pena, siendo indudablemente represiva o retributiva, sólo puede cumplir funciones preventivas de carácter general y especial, al menos en un Estado social de derecho que pretende ser garante de la paz social y no arrogarse el título de realizador de la justicia metafísica sobre la tierra. Ineludiblemente la pena es un mal social e individual» [Cfr.: FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Concepto y límites del Derecho Penal*, 2ª ed, Santa Fé de Bogotá, Temis, 1994, p. 69].

<sup>9</sup> SCHUMANN, Karl.F., «Progressive Kriminalpolitik und die Expansion des Strafrechtssystems», en *Integration von Strafrechts- und Sozialwissenschaften*, Festschrift für Lieselotte Pongratz, München, J.Schweitzer Verlag, 1986, pp. 371-385, esp. p. 372.

<sup>10</sup> DEMETRIO CRESPO, Eduardo, «El Pensamiento Abolicionista», en *Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 35-52, esp. p. 37. nota nº 12.

<sup>11</sup> En este sentido se habla de una «vuelta a la prevención general» [Cfr.: MORALES PRATS, Fermín, «La vuelta a la prevención general», en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, Cedecs, 1996, pp. 87 y ss].

<sup>12</sup> FEUERBACH, Paul Johann Anselm v., *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, 14ª ed, Gießen, 1874, *passim* [en español: *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*, traducción de Eugenio Raul Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Buenos Aires, Hammurabi, 1989].

perfectamente la amenaza de la pena y su desventaja respecto a la ventaja derivada de la comisión de un delito. Asimismo adolece de falta de legitimación axiológica, como fue expresado gráficamente por HEGEL<sup>13</sup> al señalar que, con la intimidación penal, el hombre no es tratado conforme a su honor y libertad sino como a un perro. Desde la perspectiva del Psicoanálisis se ha tratado igualmente de ofrecer un fundamento legitimador racional del Derecho Penal a través de la prevención general negativa; sobre todo en nuestro país por GIMBERNAT<sup>14</sup> y sus seguidores. Sin embargo las investigaciones realizadas en el ámbito de la psicología profunda, confirman en parte esa fundamentación, pero también en parte la niegan, sobre todo si se toma en consideración la perspectiva crítica que aportan las distintas escuelas de la Psicología profunda<sup>15</sup>.

Pero donde definitivamente se amplía el abanico de posibles perspectivas en el análisis del complejo problema de la prevención general, es en su faceta de prevención general positiva. Cabe formular una clasificación de modelos de pensamiento preventivo-general-positivo en torno a los parámetros siguientes<sup>16</sup>: a) la pena de efecto moralizador-estabilizante; b) la defensa del ordenamiento jurídico; c) la prevención de integración; d) modelos basados en la teoría sistémica; e) los modelos basados en la teoría psicoanalítica; f) la prevención general como complemento altamente formalizado del control social. Con carácter general es posible distinguir siguiendo a MIR PUIG<sup>17</sup> entre aquellas teorías de la prevención general positiva que pretenden la legitimación del Derecho Penal, y que con ello fundamentan, incluso con carácter ampliatorio, la intervención penal; y las que por el contrario vendrían a limitar dicha intervención.

En algunos casos las teorías de la prevención general positiva se presentan como una alternativa teórica capaz de matizar la antinomia entre culpabilidad y prevención, superando las críticas que invalidaban la prevención general negativa por su tendencia al «terror penal». La prevención general positiva no apela al concepto de amenaza o de intimidación, sino a conceptos como pacificación de la conciencia jurídica de la población, restablecimiento o defensa del ordenamiento jurídico, internalización moral de los valores jurídicos por los individuos, etc.

Pero frente a las teorías absolutas y relativas en sentido estricto, se erigen las diversas teorías mixtas como preponderantes actualmente<sup>18</sup> tanto en la doctrina

<sup>13</sup> HEGEL, G.W.F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin, 1821 (reimp. Stuttgart, 1981).

<sup>14</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «¿Tiene un futuro la Dogmática jurídicopenal?», en *Estudios de Derecho Penal*, 2ª ed, Madrid, Civitas, 1981, pp. 105-130, *passim* [También en *Problemas actuales de Derecho penal y procesal*, Salamanca, 1971, pp. 87-109; y en *Problemas actuales de las ciencias penales y de la filosofía del Derecho*. En homenaje al profesor Jiménez de Asúa, Ediciones Panedille, Buenos Aires, 1970, pp. 495-523; en versión alemana «Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?», en *ZStW* 28,(1970), pp. 379-410].

<sup>15</sup> HAFFKE, Bernhard, *Tiefenpsychologie und Generalprävention. Eine strafrechtstheoretische Untersuchung*, Frankfurt am Main, Sauerländer AG, 1976, *passim*.

<sup>16</sup> SCHUMANN, Karl. F. *Positive Generalprävention. Ergebnisse und Chancen der Forschung*, Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1989, *passim*.

<sup>17</sup> MIR PUIG, Santiago, «Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva», en *PC*, n.º 0, (1986), pp. 49-58.

<sup>18</sup> CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español, Parte General I, Introducción*, 5ª ed, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 23 y ss, notas 51 y 52.



española, como en la alemana, y pretenden, al igual que algunas teorías de la I.J.P que, en este sentido son también teorías mixtas de la pena, conjugar en la realidad práctica de su aplicación, las diversas funciones de la pena. El estudio de estas teorías, también de las llamadas teorías superadoras, hace patente de modo especial la gravedad e importancia del *problema de la racionalidad del sistema penal y de las antinomias en el mismo*.

Si el sistema del Derecho Penal está marcado por la irracionalidad que deriva de la coexistencia en su seno de dos principios contradictorios como son el principio de culpabilidad y el principio de orientación a las consecuencias o principio preventivo<sup>19</sup>; esta irracionalidad se eleva a su máxima expresión en el terreno de la I.J.P, donde por un lado se tiene que atender a la culpabilidad del autor y la gravedad del hecho, y por otro, a sus circunstancias personales<sup>20</sup>. Se trata de un ámbito enormemente descuidado por la doctrina penalista, que denota una aptitud al menos incoherente y desproporcionada con respecto al interés por la legitimación externa del Derecho Penal. A mi juicio, la racionalización del Derecho Penal de nuestros días pasa precisamente por una interrelación, que no confusión, entre el momento legislativo, el judicial y el ejecutivo, puesto que un programa de minimización del mismo exige la determinación de la pena *mínima necesaria* en sede legislativa y jurisdiccional, para evitar un sistema penal escindido que en sede ejecutiva se preocupa por la búsqueda de alternativas que corrijan el exceso o la incoherencia de la pena impuesta.

La importancia de las distintas teorías de la I.J.P desarrolladas en Alemania, en especial de la teoría del espacio de juego, la teoría de la pena puntual o exacta, la teoría del acto de gestación social, la teoría del valor jerárquico del empleo, y la teoría de la proporcionalidad con el hecho, junto a la visión aportada por el *Proyecto Alternativo de 1966* en Alemania, deriva a mi modo de ver no sólo de ocuparse del problema de la antinomia entre culpabilidad y prevención en el sistema penal y tratar de ofrecer soluciones, sino de su aplicación concreta a la fibra más sensible de éste último, como es el ámbito de la I.J.P. Frente a la teoría de la pena exacta o puntual, de carácter retribucionista, que afirma la existencia de una pena correspondiente a la culpabilidad del autor en cada caso, la teoría del espacio de juego y la teoría del valor jerárquico del empleo buscan el equilibrio, al igual que las teorías mixtas de la pena, entre la función preventiva de las penas y los principios de la gravedad del injusto y la culpabilidad del autor. La primera, elaborada por la Jurisprudencia alemana, afirma que la pena adecuada a la culpabilidad comprende un espacio de juego cuyo límite superior representa la pena ya adecuada a la culpabilidad, y el inferior la pena todavía adecuada a la culpabilidad. Esta teoría presenta, sin embargo, problemas de difícil solución en la práctica como la forma de determinar dichos límites superior e inferior de la pena adecuada a la culpabilidad; y deja sin contestar la pregunta sobre qué fines deben primar en dicho espacio de juego, si los preventivo-generales o los preventivo-especiales.

Frente a la teoría del espacio de juego, la concepción de la I.J.P vertida en el párrafo 59 del Proyecto Alternativo de Código Penal alemán de 1966 represen-

<sup>19</sup> BAURMANN, Michael, *Zweckrationalität und Strafrecht. Argumente für ein tatbezogenes Massnahmenrecht*, Westdeutscher Verlag, 1987, *passim*.

<sup>20</sup> VV.AA., *Pönometrie, Rationalität oder Irrationalität der Strafzumessung*, Köln, Institut für Konfliktforschung, 1977, *passim*.

ta un paso político-criminalmente muy importante, en la medida en que entiende que la pena a aplicar por el juez tendrá un límite superior señalado por la culpabilidad por el hecho, que sólo podrá agotarse por razones preventivas, y abre la posibilidad de que la pena no necesaria desde el punto de vista preventivo dejara de imponerse. El problema fundamental a que se enfrentan las teorías de la I.J.P es fundamentalmente la admisión o no de la culpabilidad en la individualización y, si se admite, qué papel se le otorga en relación a los fines de la pena<sup>21,22</sup>. El concepto de la culpabilidad por el hecho resuelve sólo el aspecto del límite máximo de la pena, en cuanto que permite determinar el criterio de referencia de delimitación de la pena, pero este límite sigue expresándose culpabilísticamente, y de ahí el esfuerzo de ROXIN de identificar este tope máximo con las exigencias de prevención de integración, es decir, con lo suficiente para consolidar la conciencia jurídica colectiva, sirviendo eventualmente de límite a las exigencias de prevención general negativa, y reservar la ulterior cumplimentación de dicho ámbito exclusivamente a exigencias de prevención especial<sup>23</sup>.

Sin embargo, es innegable que la referencia de los textos legales en la individualización a la gravedad del hecho esconde una medición culpabilístico-retributiva. Las tesis propias del «neoclasicismo» en materia de la I.J.P pretenden ceñirse en la medición de la pena únicamente al criterio de la «gravedad del hecho», sin considerar para nada fines preventivos<sup>24</sup>. En el trabajo se exponen las razones por las que consideramos incorrecto este planteamiento, tanto desde un punto de vista lógico, como político-criminal<sup>25</sup>.

El estudio de la I.J.P desde la perspectiva de su vinculación a la fundamentación del Derecho Penal y de la pena, exige el estudio de sus fundamentos finales, que no son otros sino los fines de la pena, sobre todo si se toma en cuenta la natu-

<sup>21</sup> En este sentido el estudio dogmático ha requerido el análisis de tres grupos de cuestiones relacionadas entre sí: el concepto, la estructura, y la función de la culpabilidad en la I.J.P. Partimos del concepto de «culpabilidad por el hecho» como el único defendible en este ámbito, lo cual conduce, junto al punto de vista relativo a su estructura en relación al injusto de que la culpabilidad puede tan sólo ser condición de la atribución del injusto a su autor (por lo que no está en condiciones de agravar la pena, sino tan sólo de atenuarla o excluirla), en último término, a la defensa de una función de la culpabilidad en la I.J.P meramente limitativa por arriba de la pena a imponer, pero nunca constitutiva, de forma que se pudiera afirmar que limita igualmente dicha pena respecto a su límite inferior.

<sup>22</sup> GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, «Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española (Proyecto 1980 de Código Penal)», *RFDC*, (1980), pp. 129-194. También sobre este tema recientemente, Cfr: ZIFFER, Patricia S, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1996, esp. pp. 41-112; y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *Individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y la prevención en la sanción penal*, Madrid, Colex, 1997, pp. 49 y ss, 174 y ss.

<sup>23</sup> ROXIN, Claus, «Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht», en *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978*, München, Beck, 1979, pp. 279-309, *passim* [en español: «Culpabilidad, prevención y responsabilidad en Derecho Penal», en *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, Traductor Francisco Muñoz Conde, Madrid, Reus, 1981, pp. 147-186].

<sup>24</sup> HIRSCH, Andrew.v., JAREBORG, Nils, *Strafmaß und Strafgerechtigkeit. Die deutsche Strafzumessungslehre und das Prinzip der Tatproportionalität*, Bonn, Forum, 1991, *passim*; «Neoklassizismus in der skandinavischen Kriminalpolitik: Sein Einfluß, seine Grundprinzipien und Kriterien», en ESER, Albin/CORNILS, Karin, *Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik. Beiträge zu einem deutsch-skandinavischen Strafrechtskolloquium*, Freiburg, Max Planck Institut, 1987, pp. 35-64, *passim*.

<sup>25</sup> *Vide infra*, Cap. IV. Punto III.6. (6.1.2).

raleza jurídica del acto individualizador, que es la de un acto de discrecionalidad jurídicamente vinculada, lo cual indica que el juez no puede individualizar la pena de modo arbitrario sino tomando como referencia en primer lugar las declaraciones expresas de la ley y, en segundo lugar, los fines de la pena. Respecto a estos últimos, como el constitucionalista PALAZZO<sup>26</sup> ha subrayado, el poder del juez de adecuar la pena a la características del caso concreto teniendo en cuenta los distintos fines de la pena, no implica un poder de elegir entre estos, decidiendo cuál debe tomar y cuál debe sacrificar, ya que un poder así transformaría la discrecionalidad del juez en un poder sustancialmente arbitrario. Los fundamentos finales de la individualización son aquellos que apoyan en último término la decisión del juez y motivan la imposición de una pena concreta según el fin determinado que se persigue.

Pero para ello no es posible prescindir de los llamados **fundamentos reales** que concurren en la medición concreta de la pena, como, por ejemplo, el grado de culpabilidad del autor y las concretas circunstancias del caso, es decir todo aquello que es posible, pero, sobre todo, todo aquello que no es posible tener en cuenta en la individualización de la pena; como tampoco es posible prescindir de los denominados **fundamentos lógicos** conforme a los cuales se vinculan los presupuestos de la decisión individualizadora con la decisión misma. Se ha señalado que toda I.J.P se orienta a tres puntos: la retribución del hecho antijurídico, la adaptación de la sanción a las condiciones de motivación del autor concreto y las necesidades de afirmación del orden jurídico general conforme al proceso siguiente: determinación de los fines de la pena, constatación de los hechos referidos a dicha individualización, y discusión sobre las consideraciones de dicha individualización (es decir, consideraciones de los fundamentos finales, reales, y lógicos)<sup>27</sup>. Todo ello puede parecer razonable, pero el examen concreto de cada una de las operaciones genera muchos problemas, cuya solución se encuentra en una discusión previa en cada uno de los casos. A efectos de nuestra investigación el sólo examen de la licitud de uno de los fines de la pena como fundamento individualizador exige y fundamenta un estudio previo de dicho fin de la pena.

Así pues cobra sentido traer ahora a colación los problemas que presenta la prevención general como fin legitimador del Derecho Penal, principalmente su tendencia al «terror penal» y, pese a ello, la conveniencia de una fundamentación racional de la intervención penal para la protección de bienes jurídicos fundamentales basada en la prevención general de delitos y, limitada por garantías que empiezan por la pregunta sobre los bienes jurídicos que hay que proteger penalmente a la luz de la Constitución, siempre en la esfera de la conminación penal. Todo ello para poner de relieve que la función preventivo-general de las normas penales se desarrolla fundamentalmente en la etapa conminativa de la intervención penal, y sólo como confirmación de la seriedad de la amenaza en la medición y ejecución de la pena.

<sup>26</sup> PALAZZO, Francesco, «La pena en la Constitución italiana», en *DPC*, Vol. XVIII, n° 57/58, pp. 109-120, esp. pp. 119-120.

<sup>27</sup> BRUNS, Hans Jürgen, *Strafzumessungsrecht. Gesamtdarstellung*, 2., neubearbeitete und erweiterte Auflage, Köln. Berlin. Bonn. München, Carl Heymanns Verlag, 1974, esp. pp. 52 y ss.

Por ello, en nuestra opinión, la prevención general no es un fin que haya que perseguir expresamente en la I.J.P. y ello por varias razones, entre las cuales se encuentran motivos dogmáticos, constitucionales y criminológicos. Sin embargo, las posiciones doctrinales son de lo más variadas, y van desde la aceptación de la prevención general en la I.J.P. sin límite alguno, hasta su rechazo absoluto, pasando por quienes creen que la prevención general es un fin lícito en la I.J.P. siempre que se limiten sus efectos a la pena adecuada a la culpabilidad<sup>28</sup>. Nosotros creemos, con SCHÜNEMANN<sup>29</sup>, que, una vez desechado el paradigma retribucionista, se puede afirmar que, si la culpabilidad no está en condiciones de afirmar el sí de la pena, tampoco lo está para determinar el cuánto y, por tanto, constituye una tarea inútil buscar un factor de conversión de la culpabilidad en pena.

Las razones por las que considero que la prevención general en la I.J.P. no es un fin lícito, cuando se persigue expresamente y conlleva un resultado agravatorio son de un triple orden: *dogmático* (por violación de la prohibición de la doble valoración de los elementos del tipo<sup>30</sup> y por su contradicción sistemática), *constitucional* (por la posible violación de derechos fundamentales, como la igualdad y la dignidad, así como el derecho a la resocialización) y *criminológico* (por la ausencia de pruebas empíricas sobre la eficacia de una agravación por consideraciones preventivo-generales en la I.J.P.). Junto a ello conviene no olvidar que, así como en el parágrafo 46 del StGB<sup>31</sup> se incorpora expresamente a la estructura de la I.J.P. una cláusula preventivo-especial, en el texto de la regla 1ª del art. 66 del CP 1995 se apunta a las *circunstancias personales del reo* como criterio individualizador.

Si bien todo ello está más o menos claro respecto a la **prevención general negativa**, no lo está tanto respecto a la **prevención general positiva**, ya que,

<sup>28</sup> BRUNS, Hans Jürgen, «Die «Generalprävention» als Zweck und Zumessungsgrund der Strafe?. Eine Analyse der Rechtsprechung», en *Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70. Geburtstag*, Bonn, Ludwig Röhrscheid Verlag, 1963, pp. 75-97, esp. p. 76.

<sup>29</sup> SCHÜNEMANN, Bernd, «La función del principio de culpabilidad en el Derecho Penal preventivo», en *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 147-178, esp. p. 174.

<sup>30</sup> Sobre el fundamento constitucional del *non bis in idem*, Cfr.: GARCÍA ALBERÓ, Ramón, «*Non bis in idem*». Material y concurso de leyes penales, Barcelona, Cedecs, 1995, pp. 75 y ss.

<sup>31</sup> Este precepto clave en el proceso de reforma en la República Federal de Alemania constituye un punto de referencia constante en nuestro estudio, ya que, como ya hemos apuntado, la fuente principal para el mismo ha sido la bibliografía alemana. Por este motivo reproducimos el texto del mismo en este momento, y en adelante nos remitiremos a este lugar en las referencias sucesivas al contenido del parágrafo:

«Principios de la individualización judicial de la pena.

(1) *La culpabilidad del autor es la base de la individualización judicial de la pena. Deberán tenerse en cuenta las consecuencias que quepa esperar de la pena para la vida futura del autor en la sociedad.*

(2) *En la individualización de la pena el Tribunal ponderará conjuntamente las circunstancias que atenuen y agraven la situación del autor. Se tomarán en consideración a estos efectos:*

— Los móviles y finalidades del autor

— La actitud interna que exprese el hecho y la voluntad que en él concurra

— El grado de infracción del deber

— La forma de ejecución y las consecuencias culpables que se sigan del hecho.

— La vida anterior del culpable, sus circunstancias personales y económicas y su comportamiento posterior al hecho, en especial su esfuerzo por reparar el daño causado y por alcanzar una compensación con el lesionado

(3) *No podrán ser tenidas en cuenta las circunstancias que son ya elementos del tipo legal».*

suponiendo la aceptación de dicho fin como fin de la pena, en qué medida puede traerse a colación en la individualización judicial de la misma no es una cuestión nada fácil, puesto que nos remite de nuevo al problema de la antinomia entre culpabilidad y prevención, esta vez desde la perspectiva del principio de proporcionalidad y de su vinculación con principios de justicia<sup>32</sup>. Se trata de un pensamiento polémico, en cuanto es predicado por algunos como la mejor fundamentación para un Derecho Penal moderno, atribuyéndole además la capacidad de matizar la antinomia prevención-culpabilidad en el Derecho Penal, y por tanto, de aportar a este último racionalidad interna; y es rechazado por otros señalando su peligrosa conexión con el retribucionismo, y su capacidad para fundamentar modelos de Derecho Penal autoritario<sup>33</sup>.

En principio, la única pena que es adecuada desde el punto de vista preventivo general positivo es aquella que se percibe como justa por el conjunto de la sociedad, lo cual deberá coincidir con la pena adecuada a la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor. Sin embargo, no se puede levantar tampoco la guardia en este punto, ya que la sociedad proyecta sobre el delincuente en determinadas ocasiones su propio «sentimiento de culpabilidad», constituido por las inclinaciones e impulsos delictivos de los miembros «respetables» de la misma, y puede traducirse en una reivindicación, al objeto de la estabilización de la llamada conciencia jurídica de la población, de penas que exceden el principio de proporcionalidad<sup>34</sup>.

## II. ALCANCE DE ESTA INVESTIGACIÓN Y JUSTIFICACIÓN DE SU ESTRUCTURA

### I. ALCANCE DE LA INVESTIGACIÓN

Hay que señalar que, debido a la dificultad del tema, el presente trabajo no es más que un intento de analizar el problema abordado, tratando de sistematizar los múltiples y diferentes aspectos teóricos que presenta, y de ofrecer las claves para profundizar en ellos. En él se mantiene una determinada perspectiva, que por su propia naturaleza, es discutible y relativa. En definitiva, no creo que se pueda decir que lo que aquí se aporten sean «soluciones», sino más bien reflexiones que han pretendido seguir un camino argumentativo coherente. Asimismo es preciso poner de relieve que el presente estudio no se ocupa del aspecto empírico del problema, que requeriría ulteriores estudios que analizaran la praxis de la I.J.P en los Tribunales españoles.

<sup>32</sup> A favor de un modelo de I.J.P basado en la teoría de la prevención general positiva se manifiesta HART-HÖNIG [Cfr.: HART-HÖNIG, Kai, *Gerechte und zweckmäßige Strafzumessung*, Berlin, Duncker&Humblot, 1992, esp. pp. 127 y ss].

<sup>33</sup> MOSS, Reinhard, «Positive Generalprävention und Vergeltung», en *Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie. Festschrift für Franz Pallin zum 80. Geburtstag*, Wien, Manz, 1989, pp. 283-318, esp. pp. 283 y ss.

<sup>34</sup> PÉREZ MANZANO, Mercedes, *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, 1986, pp. 270 y ss.

## 2. JUSTIFICACIÓN DE SU ESTRUCTURA

2.1 La *Primera Parte* del estudio se enfrenta a la temática de la Prevención General en la I.J.P, aislada parcialmente de condicionamientos dogmáticos y normativos. Se pretende, en último término, el análisis de la licitud de la prevención general como factor final de la I.J.P, prescindiendo de su incardinación en un determinado modelo dogmático del derecho de la I.J.P, y en un determinado ordenamiento jurídico. Todo ello justifica los tres primeros capítulos, en los que se ha procedido al análisis del tema del siguiente modo:

2.1.1 En primer lugar se ha situado el tema en su *contexto metodológico-conceptual y iusfilosófico-penal*, lo cual explica la existencia del *Capítulo Primero*, que pretende ofrecer las bases teóricas, las herramientas conceptuales, y las claves en las que se construye el resto del trabajo. En especial, el centro de gravedad de este capítulo introductorio está en la problemática de las antinomias entre fines de la pena.

2.1.2. En el *Capítulo Segundo* se repasan los principales problemas que presenta la prevención general como fin del Derecho Penal y de la pena, tratando de vincular cada planteamiento preventivo-general con sus consecuencias en la I.J.P. En este caso, la dificultad mayor ha consistido en sistematizar los diferentes modelos de pensamiento de la llamada Prevención General Positiva, al objeto de su análisis particularizado como factor final de la I.J.P.

2.1.3. En el *Capítulo Tercero* se analizan los problemas de licitud de la prevención general en el estadio de la I.J.P, siendo estos de carácter constitucional, dogmático, y criminológico. Además, una vez esbozadas las distintas opciones doctrinales, se toma postura sobre el tema haciendo constar de modo ordenado y diferenciado los distintos grupos de objeciones que es posible argüir frente a la toma en consideración de la prevención general en la I.J.P. Dicho análisis se ha realizado diferenciando, en primer lugar, entre la prevención general negativa, y la prevención general positiva. Dentro de esta última, se han analizado los problemas que presentan cada una de las concepciones sobre la misma en relación a la I.J.P.

2.2 La *Segunda Parte* aborda los *problemas dogmáticos y normativos*, a los que cabe enfrentarse en relación con las reflexiones realizadas anteriormente y sus consecuencias; donde se ha procedido de la forma siguiente:

2.2.1 En el *Capítulo Cuarto* se analizan las distintas teorías de la I.J.P que han sido desarrolladas en Alemania, en lo que ya constituye en aquel país, una disciplina científica nueva, bien que se pueda enmarcar dentro del Derecho Penal material. Hemos entendido que ello era necesario para su confrontación con el sistema jurídico español de la I.J.P, a fin de avanzar en la clarificación del tema de investigación propuesto.

2.2.2 En el *Capítulo Quinto*, en íntima relación con el capítulo anterior, se aborda de modo específico el tema de la relación entre prevención y culpabilidad en la I.J.P, que es, en definitiva, la «materia prima de discusión» con que cuentan las diferentes teorías anteriormente expuestas. Se opta por una determinada manera de entender las relaciones entre culpabilidad y prevención en la I.J.P. Asimismo, se intenta ofrecer un panorama general sobre las relaciones entre el injusto penal y la estructura de la decisión de la I.J.P.

2.2.3 Por último, el *Capítulo Sexto* aborda el análisis normativo a la luz del sistema de la determinación de la pena del Código Penal. No se pretende entrar en el estudio de toda la regulación del Código en esta materia, sino tan sólo de los criterios de la regla 1ª del artículo 66 de la «gravedad del hecho», y «las circunstancias personales del autor», de acuerdo con la delimitación conceptual que se realiza sobre el término «I.J.P». Ello nos ha parecido necesario en una investigación que, pese a su carácter teórico, repercute, sin embargo, de lleno en la praxis, y en las consecuencias últimas de aplicación de las normas penales.

2.3 Finalmente se realiza una *Conclusión Final*, que trata de sintetizar los resultados parciales obtenidos en los diferentes capítulos.