

InDret

REVISTA PARA EL
ANÁLISIS DEL DERECHO

WWW.INDRET.COM

Función de la pena y suspensión de su ejecución

¿Ya no “se atenderá fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto”?

Sergi Cardenal Montraveta

Universidad de Barcelona

BARCELONA, OCTUBRE DE 2015

*Abstract**

Analizamos la función de la pena, el conflicto entre la prevención general y especial, el significado que tiene aquí el principio de proporcionalidad, y la relación de todo ello con la decisión sobre la suspensión de la ejecución de la pena. La pena debe cumplir una función de prevención general (intimidatoria y positiva) y especial, limitada, entre otros, por el principio de proporcionalidad. La nueva regulación de la suspensión de la ejecución de la pena permite otorgar a la prevención general un protagonismo igual o superior al que tenía anteriormente. Todo ello nos lleva a considerar que sólo debe acordarse la suspensión de su ejecución cuando ésta es la alternativa que proporciona el mejor saldo preventivo global (atendiendo a la prevención general y especial, desde un punto de vista cualitativo y cuantitativo) respetando el principio de proporcionalidad. Finalmente se exponen las consecuencias de la aplicación de este criterio general a algunos grupos de casos.

In diesem Beitrag wird der Zweck der Strafe, der Konflikt zwischen General- und Spezialprävention, die Bedeutung, die in diesem Zusammenhang dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit zukommt, sowie die Beziehung all dessen zu der Entscheidung einer Strafaussetzung analysiert. Die Strafe muss die Funktion einer Generalprävention (abschreckend und positiv) und einer Spezialprävention erfüllen. Dies ist unter anderem, dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit unterworfen. Die neue Gesetzgebung zur Strafaussetzung erlaubt es, der Generalprävention die gleiche oder eine wichtigere Rolle als zuvor einzuräumen. Dies führt zu der Überlegung, dass Strafaussetzung nur dann beschlossen werden darf, wenn sie insgesamt das beste präventive (auf General- und Spezialprävention bezogene, aus einer qualitativen und quantitativen Perspektive formulierte) Ergebnis sichert, das gleichzeitig den Grundsatz der Verhältnismässigkeit einhält. Schließlich werden die Konsequenzen einer Anwendung dieses allgemeinen Kriteriums auf verschiedene Fallgruppen dargestellt.

In this paper we are going to analyze the purpose of punishment, the conflict between general and specific crime prevention, the meaning of the principle of proportionality in this context, and the relation of all this to the decision about the suspension of the sentence. The punishment should satisfy a general and specific preventive function, limited, besides other things, by the principle of proportionality. The new regulation of suspended sentences allows giving general prevention equal or more importance than before. All this makes us think that the sentence may be suspended only if it provides, all in all, for the best result in terms of prevention (in reference to general and specific prevention from a qualitative and quantitative perspective) observing the principle of proportionality. Finally, the consequences of the implementation of this general criterion in different groups of cases will be set forth.

Titel: Zweck der Strafe und Strafaussetzung. Wird jetzt die verbrecherische Gefährlichkeit des Straftäters nicht mehr in erster Linie berücksichtigt?

Title: Purpose of punishment and suspended sentences. Judges should no more decide considering fundamentally the criminal dangerousness of the offender?

Palabras clave: función de la pena, principio de proporcionalidad, suspensión de la ejecución de la pena.

Stichworte: Zweck von Strafe, Grundsatz der Verhältnismässigkeit, Strafaussetzung.

Keywords: purpose of punishment, principle of proportionality, suspended sentence, probation.

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de investigación DER 2011-28122, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

Sumario

1. Introducción
2. La función preventiva de la pena
 - 2.1. Prevención general, prevención especial y principios garantísticos
 - 2.2. Miedo, principios y expectativas
 - 2.3. La relación entre las funciones de prevención general y prevención especial. El mejor saldo preventivo global y el principio de proporcionalidad
3. Suspensión de la ejecución y prevención
4. Bibliografía
5. Tabla de jurisprudencia citada

1. Introducción

1. Los inconvenientes y dificultades que a menudo presentan las penas cortas privativas de libertad para satisfacer la función del Derecho penal, y el progresivo protagonismo que aquí se otorga a la prevención especial, explican la búsqueda de alternativas. Entre ellas destaca la posibilidad de suspender su ejecución, cuya regulación ha ido relajando el nivel inicial de exigencia para evitar así el ingreso en prisión del penado. Por las razones apuntadas, también en la doctrina y la jurisprudencia ha ido creciendo la aceptación de aquella institución.¹ Sin embargo, una cosa es reconocer que a menudo las penas cortas privativas de libertad no son adecuadas para satisfacer la función del Derecho penal, y otra cosa distinta es afirmar que esa clase de penas –o su ejecución– nunca resulta adecuada para ello.

2. Dos circunstancias, que seguramente están relacionadas entre sí, me han llevado a reflexionar, de nuevo, sobre una institución centenaria como la suspensión de la ejecución de la pena. En primer lugar, la reforma de la regulación de esta materia que ha introducido la LO 1/2015, de 30 de marzo, y, en segundo lugar, la decisión adoptada en diversas resoluciones judiciales, de fecha reciente y relativas a procesos de notoriedad pública, en las que, contrastando con lo que venía siendo el criterio seguido mayoritariamente,² se denegó la suspensión de la ejecución, a pesar de

¹ Ver, p. ej., DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Formas substitutivas de las penas privativas de libertad en el Código penal español de 1995», en ECHANO BASALDÚA (coord.), *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, 2002, pp. 125 ss.; CID MOLINÉ, *La elección del castigo. Suspensión de la pena o «probation» versus prisión*, 2009, pp. 19-22, destacando que un rasgo distintivo básico del origen de la suspensión de la pena es que se descarta que a través de ella deban perseguirse fines rehabilitadores, los cuales se reservan a la institución penitenciaria, siendo ello lo que configura la diferencia básica con la *probation* de origen anglosajón, que parte de la consideración de que la conducta delictiva se debe a factores ambientales y busca dar una respuesta individualizada que trate de corregir las deficiencias que influyan en cada persona; CARDENAL MONTRAVETA, «Alternativas a la pena de prisión. Especial consideración de la suspensión de la ejecución y la sustitución», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Nuevas tendencias en Política Criminal*, 2006, pp. 17 ss.

² Ver, p. ej., AAP Barcelona (sec. 10) de 20 marzo 2009 (no consta el ponente), relativa al “caso Turisme”: concede la suspensión de la ejecución de las penas de prisión de un año, un mes y quince días, por un delito continuado de malversación de caudales públicos en concurso medial con falsedad en documento oficial.

concurrir los requisitos exigidos en el Código penal. Podemos mencionar aquí, por ejemplo, el “caso torturas a Lucian”³, el “caso Pallerols”⁴, el “caso Matas”⁵ o el “caso Pantoja”⁶.

3. La decisión sobre la suspensión de su ejecución depende de cuál sea la función de la pena que le otorga legitimidad, y de los cauces a través de los cuales intenta satisfacerla. Sin perjuicio de que en sus distintas fases o momentos se acentúe la función de prevención general o especial, el recurso a la pena ha de obedecer a un criterio general unitario, lo cual obliga a interpretar los arts. 80 a 87 CP teniendo en cuenta el conjunto de la regulación sobre la determinación de la pena. Nadie discute la eficacia preventiva de la prohibición de las conductas delictivas, de la amenaza de la pena y de su efectiva imposición. Pero tampoco puede desconocerse ni infravalorarse la relevancia que, desde aquella perspectiva, posee también la decisión sobre si la pena impuesta debe ejecutarse o debe suspenderse su ejecución. En este sentido, parece oportuno considerar la hipótesis según la cual si la decisión sobre la suspensión de la ejecución de la pena se adopta atendiendo exclusivamente a su necesidad preventiva especial, y a los efectos que la ejecución produce desde esta perspectiva, tal decisión puede comportar una limitación injustificada de la función preventiva general de la pena.

Con estos presupuestos, nos proponemos analizar las consecuencias de la relación entre la función de la pena y la decisión sobre la suspensión de su ejecución, así como los criterios generales que, con arreglo a la nueva regulación, deben servir para adoptar esa decisión y, en su caso, determinar las condiciones para mantener la suspensión. En definitiva, se trata de analizar la forma en que la nueva regulación de esta materia se integra en el modelo de Derecho penal que define la legislación vigente, y contribuye a su definición.

Antes de examinar la nueva regulación de la suspensión de la ejecución de la pena, es conveniente realizar algunas consideraciones generales sobre la función del Derecho penal, sobre las relaciones entre la prevención general, la prevención especial y los principios de carácter garantístico que también son parte de aquélla, y sobre los mecanismos a través de los cuales la pena puede y debe intentar desplegar su función. Lo dicho aquí permitirá aclarar los efectos que, desde el punto de vista de la función preventiva de la pena, derivan de la suspensión de su ejecución, y poner de relieve que, según cómo se conciban aquellas relaciones y cuáles sean las circunstancias que concurren en cada supuesto concreto, la suspensión de la ejecución de la pena puede limitar o puede reforzar su eficacia preventiva. También permitirá sostener que, cuando la ejecución de la pena no resulta necesaria para evitar la comisión de nuevos delitos por el penado, la limitación de la eficacia intimidatoria que comporta la suspensión puede estar justificada por

³ AAAP Barcelona (sec. 9) de 21 mayo y 28 junio 2012 (Ponente: Adrià Rodés Mateu): deniega la suspensión de la ejecución de una pena de prisión cuya duración, como consecuencia de la concesión previa de un indulto parcial, había quedado fijada en dos años.

⁴ AAP Barcelona (sec. 2) de 1 marzo 2013 (Ponente: Javier Arzúa Arrugaeta): deniega la suspensión de la ejecución de penas de un año y seis meses de prisión, y siete meses de prisión, impuestas en sentencia dictada de conformidad por un delito continuado de fraude de subvenciones y un delito continuado de falsedad.

⁵ AAAP Palma de Mallorca (sec. 1) de 28 octubre y 10 diciembre 2013 (no consta el ponente): deniegan la suspensión de la ejecución de una pena de nueve meses y un día de prisión, impuesta por un delito de tráfico de influencias.

⁶ AAAP Málaga (sec. 2) de 3 y 19 noviembre 2014 (Ponente: Carmen Soriano Parrado): deniegan la suspensión de la ejecución de la pena de dos años de prisión, impuesta por un delito de blanqueo de capitales.

los efectos criminógenos de la ejecución de la pena, o por el principio de proporcionalidad que, como otros principios garantísticos que también forman parte de la función del Derecho penal, despliega un efecto preventivo general positivo.

2. La función preventiva de la pena

2.1. Prevención general, prevención especial y principios garantísticos

1. Los delitos son comportamientos que atentan de forma injustificada y culpable contra las condiciones esenciales de la convivencia social (bienes jurídicos). Por ello, deben prevenirse a través del Derecho penal, y de otros mecanismos de control social, insuficientes pero con una capacidad preventiva seguramente superior a la de aquél.

El Derecho penal se legitima, precisamente, por su función preventiva (general y especial) de las conductas delictivas, desarrollada en el marco de los principios de carácter garantístico propios de un Estado de Derecho (principio de legalidad), que reconoce la dignidad del ser humano y los derechos fundamentales que derivan de ella (art. 10 CE), siendo ese reconocimiento el que proporciona el fundamento de los principios de culpabilidad y proporcionalidad.⁷ Partimos, así, de una concepción del Derecho como instrumento para ordenar racionalmente la vida social, conforme al interés general y el respeto de los derechos individuales, y en la cual el principio de humanidad, derivado de la dignidad de la persona, es un presupuesto del principio de proporcionalidad, y este último permite concretar las consecuencias de aquélla en relación con las penas asociadas a la comisión de un delito.

⁷ Ver, p. ej., MIR PUIG, PG, 10ª ed., 2015, 4/59, 67, 74-76; EL MISMO, «El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de los límites materiales del Derecho penal», en CARBONELL MATEU ET AL. (dirs.), *Derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, t. II, 2009, pp. 1357-1382; EL MISMO, *Bases constitucionales del Derecho penal*, 2011, pp. 94 ss. Ver también un planteamiento próximo al del texto en SÁNCHEZ OSTIZ, *Fundamentos de Política criminal*, 2012, pp. 110-116, 195 ss., 242-243 y 257; HASSEMER, «El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales» (trad. de M. T. Castiñeira y R. Robles), en VON HIRSCH ET AL. (dirs. de la edición alemana)/ROBLES PLANAS (dir. de la edición española), *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, 2012, pp. 193-200; NEUMANN, «El principio de proporcionalidad como principio limitador de la pena» (trad. de P. Sánchez-Ostiz), en VON HIRSCH ET AL. (dirs. de la edición alemana)/ROBLES PLANAS (dir. de la edición española), *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, 2012, pp. 201-212. Ver también el resto de trabajos publicados en LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *El principio de proporcionalidad penal*, 2014: AGUADO CORREA, «El principio de proporcionalidad en derecho penal. Especial consideración de los delitos de peligro abstracto», pp. 29-91; BERNAL PULIDO, «Proporcionalidad, derechos fundamentales y ley penal», pp. 93-117; CASTIÑEIRA PALOU/RAGUÉS I VALLÈS, «Three Strikes. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos», pp. 119-149; CUERDA ARNAU, «Proporcionalidad penal. Libertad de expresión y efecto de desaliento. Su proyección sobre los nuevos tipos de apología», pp. 151-201; DE LA MATA BARRANCO, «La actuación proporcionada: una exigencia de la finalidad preventiva del Derecho penal», pp. 203-234; GONZÁLEZ BILFUSS, «El principio de proporcionalidad en España», pp. 235-273; LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Cuándo penar, cuánto penar», pp. 285-32; MUÑOZ DE MORALES ROMERO, «El principio de proporcionalidad en el derecho penal europeo: Un puzzle con muchas piezas», pp. 359-415; NAVARRO FRÍAS, «El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios?», pp. 417-453; RUSCONI, «¿Las relaciones de proporción como ejes estructurales del sistema de imputación?», pp. 471-509; SÁNCHEZ-OSTIZ, «Sobre la proporcionalidad y el "principio" de proporcionalidad en derecho penal», pp. 511-534; STERNBERG-LIEBEN, «Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal», pp. 535-561.

2. La orientación a la reeducación y reinserción social limita la libertad del legislador para determinar las consecuencias de la comisión de un delito (art. 25.2 CE). Pero, como se admite hoy de forma ampliamente mayoritaria, la prevención especial no siempre es necesaria, ni es siempre posible y, además, puede no ser lícita, por lo cual la referencia a la prevención especial no basta para justificar el recurso a la pena.⁸ La pena debe intentar favorecer la resocialización e impedir la desocialización del penado, pero la legitimidad de la pena no depende de que sea necesaria desde el punto de vista de la prevención especial. La justificación de la pena –y, por lo tanto, del Derecho penal vigente– no radica exclusivamente en su eventual y complementaria función de prevención especial.

Con múltiples matices en relación con su fundamentación y concreción, hoy se considera mayoritariamente que la pena (y el Derecho penal) cumple(n) también –por lo menos en el momento de la conminación legal y en el de su imposición judicial– una función de prevención general⁹, de acuerdo –como su eventual función de prevención especial– con los principios garantísticos antes indicados, cuya vigencia también forma parte de la función del Derecho penal.¹⁰

⁸ Ver, p. ej., MIR PUIG, PG, 10ª ed., 2015, 3/37-40 y 75; EL MISMO, «¿Qué queda en pie de la resocialización?», en EL MISMO, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, 1994, pp. 141-149. MIR concluye este último trabajo señalando: “el fin de la resocialización no puede ofrecer una respuesta global a la justificación de la pena. Ésta no puede depender, únicamente, de que resulte necesaria o no la resocialización. La intervención del Derecho penal sigue dependiendo de su necesidad para la protección de los bienes jurídicos, esto es, para la prevención general. (...) [N]o es el bien del delincuente, sino la necesidad de protección social, lo que justifica la intervención penal. La resocialización no puede pretender justificar la pena como un bien necesario para el delincuente. Lo único que puede justificar la resocialización es la ayuda que el penado admita voluntariamente para su ulterior reinserción social”. Ver también SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, pp. 200, 263-265; ROXIN, AT, t. I, 4ª ed., 2006, § 3, nm. 37-39, donde se afirma que para la justificación de la pena es suficiente la necesidad de prevención general, y que ésta “puede fundamentar por sí sola la pena si fuera necesario”; GRACIA MARTIN, en EL MISMO (coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, 2006, pp. 65 y 67. Como señala LUZÓN PEÑA (*Medición de la pena y sustitutivos penales*, 1979, p. 48), en la referencia del art. 25.2 CE a las penas y medidas de seguridad hay una confirmación indirecta de que la pena tiene, también, una función de prevención general.

⁹ Como señala SILVA SÁNCHEZ (*Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, p. 201), “en la actualidad, y superada la época de predominio de las consideraciones preventivo-especiales, que cabe centrar en torno al *Alternativ Entwurf* alemán de 1966, puede apreciarse un retorno a construcciones en las que el criterio básico es el preventivo-general”. El desencanto frente a la resocialización ha supuesto, también, un auge de las medidas inculzadoras o asegurativas; al respecto, ver, p. ej., EL MISMO, «El retorno de la inocuidad. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos», en ARROYO ZAPATERO/BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (dirs.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*, t. I, 2001, pp. 699 ss.

¹⁰ Destacando que la vertiente garantista del Derecho penal forma parte de su función e incide directamente en su justificación, ver, p. ej. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, pp. 179 ss. Este autor destaca (*op. cit.*, p. 190), que lo “propio”, lo “característico” del Derecho penal moderno no se halla en lo “penal”, en lo punitivo, sino que su especificidad se encuentra en ser “Derecho”, en la juridificación del fenómeno punitivo, en el sometimiento del mismo al cumplimiento de una serie de fines trascendentes a lo punitivo y de contenido garantístico. Más adelante se dice (*op. cit.*, pp. 210-211) que “los aspectos garantísticos no sólo deben tenerse en cuenta en el momento de la imposición de una pena concreta, sino que inciden directamente en la justificación del Derecho penal moderno. (...) La idea es, en definitiva, que el Derecho penal no se legitima sólo por el fundamento utilitarista, sino que es preciso que responda también –en toda su globalidad como institución– a las exigencias garantísticas. A esta idea responden, desde luego, en mayor o menor medida, las tradicionales tesis eclécticas, así como las concepciones estructuradas sobre la dicotomía de *fundamento y límites*. Aquí se sostendrá, sin embargo, que todo ello son fines del Derecho penal, que los mismos se encuentran permanentemente enfrentados, dado que sus lógicas son diferentes e incluso contrapuestas, y que el fin legitimador resulta de la síntesis de los mismos”. Ver también ALCÁCER GUIRAO, «Prevención y garantías:

Tales principios garantísticos impiden legitimar el recurso a la pena atendiendo exclusivamente a su eficacia intimidatoria, resocializadora o asegurativa y, en este sentido, despliegan una función limitadora (p. ej. de la eficacia preventiva intimidatoria que pudieran desplegar penas desproporcionadas). La dimensión limitadora de aquellos principios se concreta, también, en el hecho de que se les niega la capacidad de justificar una ampliación de la intervención del Derecho penal desvinculada del incremento de su eficacia preventiva y que se fundamente, exclusivamente, desde un punto de vista retributivo. Pero ello no ha de llevar a desconocer que el reconocimiento o aceptación social de tales principios, expresión del carácter democrático del Estado, además de contribuir a su fundamentación, comporta que su vigencia y afirmación (y la correspondiente dimensión “simbólica” o comunicativa del Derecho penal) desplieguen un efecto preventivo general de carácter positivo y, en este sentido, tengan, también, un significado y fundamento utilitaristas, además del fundamento axiológico antes apuntado.¹¹ Otra forma de expresar estas ideas sería diciendo que, del consenso social sobre el fundamento axiológico de estos principios, deriva un efecto preventivo positivo, que contribuye a fundamentar el Derecho penal en la medida en que despliegan, también, una función limitadora.¹²

conflicto y síntesis», *Doxa*, (25), 2002, pp. 5-86. En la jurisprudencia, ver, p. ej., STC (Pleno) 160/2012, de 20 sept. (Ponente: Luis Ignacio Ortega Álvarez).

¹¹ Sobre los aspectos fundamentador y limitador de la prevención general positiva, ver MIR PUIG, «Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva», en EL MISMO, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, 1994, pp. 129-140; EL MISMO, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª ed., 1982, pp. 30 ss.; EL MISMO, *PG*, 10ª ed., 2015, 3/21, señalando que la vertiente de afirmación positiva de la prevención general “podría resultar cuestionable si se concibiese en términos tales que permitiesen ampliar la injerencia del Derecho penal a la esfera de la actitud interna del ciudadano. Sin embargo, también puede entenderse como una forma de limitar la tendencia de una prevención general puramente intimidatoria a caer en el terror penal, por la vía de una progresiva agravación de la amenaza penal. Este es el camino correcto. Y, así, exigir que la prevención general no sólo se intente por el miedo a la pena, sino también por una razonable afirmación del Derecho en un Estado social y democrático de Derecho, supondrá tener que limitar la prevención general por una serie de principios que deben restringir el Derecho penal en aquel modelo de Estado” (cursivas en el original). Ver también PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, 1986, pp. 259 ss., analizando el papel de la prevención general positiva para completar la argumentación mixta de la pena y resolver o matizar las antinomias de los fines de la pena, y para profundizar en el carácter democrático del Estado asignándole una función limitadora; LA MISMA, «Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena», en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, 1997, pp. 73-88; ALCÁZER GUIRAO, «Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política», *ADPCP*, (51), 1998, pp. 514 ss.; según este autor (*op. cit.*, pp. 524-525) “es indudable que el sistema del Derecho penal, a la hora de tomar decisiones tanto legislativas como judiciales, no puede desvincularse de las representaciones de justicia asumidas por la sociedad. Y ello atendiendo tanto a razones pragmáticas como de legitimación (...). En este sentido, como se afirmó desde una perspectiva liberal, la estabilidad del Derecho penal, el respeto a sus normas, depende en gran medida de que responda al acuerdo hipotético que realizarían ciudadanos racionales autointeresados; en otras palabras: la estabilidad dependerá de su legitimidad. Tales son, en esencia, los fundamentos en los que se sostiene el criterio de la compatibilidad del principio de culpabilidad con la finalidad preventiva, el cual parece corresponderse (...) con la faceta limitadora de la prevención general positiva resaltada por algunos autores” (cursivas en el original).

¹² Sobre la relación entre la función preventiva de la pena y el principio de proporcionalidad, ver, también p. ej., MIR PUIG, «Problemática de la pena y seguridad ciudadana», en EL MISMO, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, 1994, pp. 118, 120-121, 127-128; EL MISMO, *PG*, 10ª ed., 2015, 3/21-26, destacando la necesidad de limitar la prevención general de modo que no pueda llevar a contradecir las valoraciones sociales. Otros autores consideran que la prevención general intimidatoria es capaz de limitar adecuadamente el recurso a la pena; en este sentido, p. ej., LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, 1979, pp. 24-25, 26-27, 38-39; EL MISMO, «Prevención general, sociedad y psicoanálisis», en EL MISMO, *Estudios penales*, 1991, p. 266.

2.2. Miedo, principios y expectativas

3. Lo anterior nos introduce en la cuestión relativa a los mecanismos a través de los cuales el Derecho penal puede y debe desplegar su función preventiva. La identificación de esos mecanismos ha de partir de la consideración de los factores que pueden contribuir a determinar el comportamiento racional de los ciudadanos, y de su relación con las normas, penas, valoraciones y principios que componen el Derecho penal y lo distinguen del resto de medios de control social.¹³ La complejidad del ser humano, y el estado actual del conocimiento sobre los criterios que determinan su comportamiento, obligan a ser prudentes, a reconocer la dificultad de determinar la peligrosidad criminal de un sujeto o de la colectividad, así como la imposibilidad de cuantificar de forma precisa la eficacia preventiva del Derecho penal y de las modificaciones que puedan introducirse en él. Pero tales circunstancias no impiden reconocer la eficacia preventiva (general y especial) del Derecho penal, e interpretar, valorar y justificar este sector del Ordenamiento jurídico atendiendo, precisamente, a su función preventiva.¹⁴

¹³ Partimos aquí de la definición del Derecho penal que ofrece MIR PUIG (*PG*, 10ª ed., 2015, 1/17), pero el objeto de este trabajo aconseja prescindir ahora de la referencia a las medidas de seguridad.

¹⁴ En principio, esas dificultades son menores en relación con la prevención especial, al ser más fácil conocer las circunstancias de un determinado sujeto que las de la generalidad de ciudadanos. En cualquier caso, como señala ORTIZ DE URBINA («Política criminal contra la corrupción: Una reflexión desde la teoría de la pena (o viceversa)», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, 2012, p. 391): “Para ser coherente con el modelo de justificación al que se adhiere, en algún momento el teórico partidario de la justificación preventiva (sea ésta «preventiva pura» o limitada por algún criterio de justicia) ha de comprobar si los efectos preventivos se están produciendo. (...) Una de las más usuales críticas a las justificaciones basadas en el merecimiento es el carácter impreciso de la apelación a la justicia. Con todo, habrá de reconocerse que una justificación que apela a un elemento vago es mejor que una que apela a unas consecuencias cuya existencia no se verifica. [...] Cuando se dirige la mirada a la investigación empírica, sus resultados ofrecen un panorama un tanto deprimente sobre los mecanismos preventivos usualmente alegados como justificación de la pena”; ver algunas referencias a los resultados de la investigación empírica en *op. cit.*, pp. 396-403, donde también se alude a que la amenaza penal debe analizarse como un coste esperado o eventual, que se determina mediante la confluencia de tres elementos básicos: la gravedad de la sanción, la probabilidad de su imposición, y la celeridad a la hora de imponerla. ORTIZ DE URBINA destaca que, en el ámbito de la corrupción, la probabilidad de sanción es muy baja, y los corruptos (correctamente) la perciben como tal. Sobre la eficacia preventiva de la pena, ver el sugerente trabajo de ROBINSON, *Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida* (trad. e introducción de M. Cancio e I. Ortiz de Urbina), 2012, *passim*, especialmente pp. 54 ss., 197 ss. Ver también MEDINA ARIZA, *Políticas y estrategias de prevención del delito y seguridad ciudadana*, 2011, *passim*, especialmente, pp. 34-191; MIR PUIG, «Problemática de la pena y seguridad ciudadana», en EL MISMO, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, 1994, pp. 124-125; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, 1986, pp. 227-234, 248-253; SILVA SÁNCHEZ, «Eficacia y Derecho Penal», *ADPCP*, (49), 1996, pp. 93 ss.; EL MISMO, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, pp. 214, 217-224, 243-246. En esta última obra, SILVA destaca (p. 222) que “la posibilidad real de ser descubierto, la existencia (y el grado) de otros controles sociales o el propio grado de internalización «moral» de los contenidos de las normas son variables que inciden muy relevantemente en la prevención y explican, probablemente, las desigualdades existentes en cuanto al éxito preventivo respecto a unos y otros delitos. Ahora bien, el reconocimiento de esta realidad no debe implicar, según entiendo, una banalización del aspecto intimidatorio estricto de las normas penales. Este seguirá siendo trascendente en tanto en cuanto haya personas que, por las razones que sean, delinquirían si no se las intimidara, y, dada tal intimidación, no lo hacen; y negar que existan casos en que las cosas sean así no me parece posible en absoluto”. Más adelante, SILVA indica (p. 244) que “mientras que de los incrementos en la severidad de la sanción no resultan reducciones apreciables en los niveles de criminalidad, los incrementos en la certeza de la producción de la sanción penal sí suelen tener como efecto una disminución en la tasa de criminalidad”. En relación con los delitos contra la seguridad vial, ver MIRÓ LLENARES/BAUTISTA ORTUÑO, «¿Por qué cumplimos las normas penales? Sobre la disuasión en materia de seguridad vial», *InDret*, (4), 2013. Al confrontar los modelos punitivos para optar por alguno de ellos, CID MOLINÉ parte de la distinción entre los modelos proporcionalista, rehabilitador, reparador e incapacitador, que valora desde el punto de vista de su efectividad, humanidad, justicia, atención a las víctimas y respeto a las garantías del

4. Partiendo de la capacidad del ser humano de actuar libre y racionalmente, entendemos que el Derecho penal puede influir sobre su comportamiento racional desde una triple perspectiva: a) el miedo a las penas asociadas a la comisión de un delito; b) la coincidencia o discrepancia entre las valoraciones y principios que las normas penales expresan y concretan, y las valoraciones y principios que sus destinatarios consideran que deben servir para organizar racionalmente la vida social a través del Derecho y, más concretamente, para la protección de bienes jurídicos a través del Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho; c) las expectativas sobre la vigencia y eficacia generalizada de las normas, esto es, la confianza en que el Estado y la mayoría de ciudadanos actuarán conforme a lo dispuesto en las normas.¹⁵ De acuerdo con estas

delincuente; lo que nos interesa destacar aquí es que CID vincula la efectividad con la prevención especial, por considerar que el conocimiento empírico sobre la efectividad preventiva general es todavía insuficiente; ver CID MOLINÉ, *La elección del castigo*, 2009, pp. 32-33 y nota 11; analizando la efectividad de la suspensión, ver *op. cit.*, pp. 49 ss.; ver también, EL MISMO, «¿Es la prisión criminógena? (un análisis comparativo de reincidencia entre la pena de prisión y la suspensión de la pena)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (19), 2007, pp. 427-456. Aquel autor señala (*La elección del castigo*, 2009, p. 52) que la investigación sobre la efectividad de las sanciones no intrusivas para responder a los delincuentes de bajo riesgo indica dos cosas: que reducen la probabilidad de reincidencia respecto a la pena de prisión y, en segundo lugar, que la efectividad no mejora por el hecho de imponer una sanción de *probation*, pues no existen carencias que deban ser solventadas. En relación con la cuestión de si, con infractores de bajo riesgo, existen razones para preferir la suspensión de la pena frente a otras sanciones como la multa, la reparación o el trabajo en beneficio de la comunidad, CID afirma que la insuficiente investigación empírica sugiere que el especial régimen punitivo de la suspensión de la pena no la hace especialmente efectiva. Por su parte, LUZÓN PEÑA señala (*Medición de la pena y substitutivos penales*, 1979, p. 52) que empíricamente hoy se sabe realmente muy poco sobre los posibles efectos de merma de prevención general que puedan derivarse de atenuaciones o substitutivos de la pena por exigencias preventivo-especiales. Me ocupo específicamente de los estudios sobre la comprobación empírica de la eficacia preventiva intimidatoria de la pena, y de sus consecuencias para la decisión sobre la suspensión de su ejecución en CARDENAL MONTRAVETA, «¿Eficacia preventiva general intimidatoria de la pena? Consecuencias para la decisión sobre la suspensión de su ejecución» (este trabajo se publicará próximamente en la *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, si recibe los oportunos informes favorables).

¹⁵ Se trata de un concepto unitario de persona, con una “triple racionalidad” en relación con la motivación de sus comportamientos. Respecto a esta cuestión, para ordenar las ideas me ha resultado de extraordinaria utilidad el sugerente trabajo de ALCÁCER GUIRAO, *ADPCP*, (51), 1998, especialmente, pp. 548 ss. Ver también DIEZ RIPOLLÉS, «El derecho penal simbólico y los efectos de la pena», en EL MISMO, *Política criminal y Derecho penal. Estudios*, 2ª ed., 2013, pp. 55-80; este autor considera apresurada la desacreditación de los efectos simbólicos (expresivo-integradores) porque no sólo están en condiciones de proteger bienes jurídicos a través de la prevención de comportamientos, sino que, además, resultan imprescindibles para ello; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, pp. 202-210, 226 ss.; recogiendo la opinión de un sector de la doctrina alemana, SILVA señala (*op. cit.*, p. 203) que “si se deja aparte a Kant, es más que discutible que los demás autores tradicionalmente calificados de retribucionistas conciban la pena como desprovista de fines sociales. (...) Desde el momento en que la pena «retributiva» no aparezca justificada por sí misma de modo absoluto, sino por los efectos psicosociales que pueda producir, ya no podrá hablarse de «retribución» en sentido estricto, sino, a lo más, de «prevención a través de la retribución». A partir de aquí, la cuestión es si, progresivamente, esta retribución puesta al servicio de la prevención no pierde definitivamente su referencia a valores absolutos para aparecer instrumentalizada, en sus propios contenidos aparentemente retributivos, en función de las necesidades (psicosociales) de pena (preventivas, en suma)”. Como destaca SILVA a continuación, en el momento en que lo justo, lo proporcionado, deja de ser un valor para convertirse en un dato empírico, disminuye su valor limitador. LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y substitutivos penales*, 1979, pp. 27, 31 ss.; EL MISMO, «Alcance y función del Derecho penal», en EL MISMO, *Estudios penales*, 1991, pp. 60-61; EL MISMO, «Prevención general, sociedad y psicoanálisis», *Estudios penales*, 1991, pp. 266-268; considerando que las normas que establecen penas tienen una función preventiva a través de la intimidación y de la afirmación del orden jurídico y la consiguiente confianza de los ciudadanos en el mismo, evitando que lo rechacen o se tomen la justicia por su mano, pero que esta faceta sólo es admisible si se concibe como una función correlativa y derivada de la de intimidación general, sin rebasar las exigencias de lo imprescindible para la intimidación. En aquellos trabajos Luzón afirmaba que “la retribución es totalmente rechazable como fin o esencia de la pena”, pero ahora considera (*PG*, 2ª ed., 2012, pp. 16-17) que, como reconocen las teorías unificadoras, que considera compartibles, es inherente a la pena un significado de justicia o retribución, no con carácter absoluto y único, sino unido a las finalidades preventivas, y las normas penales cumplen, además

premisas, el concepto de persona del que parte la función preventiva del Derecho penal es el de un ciudadano que actúa motivado (a) por miedo, y/o (b) por la coincidencia o proximidad entre los valores y principios que asigna al Derecho penal y los que se afirman efectivamente a través de sus normas, y/o por (c) sus expectativas de que los demás actuarán conforme a Derecho.

Pese a su autonomía desde el punto de vista analítico, la eficacia preventiva de la pena asociada a la confirmación de la expectativa sobre la vigencia y eficacia del Derecho penal no puede considerarse suficiente, ni debe desvincularse de su dimensión intimidatoria, que exige que la pena tenga un contenido aflictivo. Aunque limitada por principios axiológicos –que también contribuyen a dotarla de legitimidad, y que despliegan un efecto preventivo positivo– la eficacia intimidatoria de la pena es un presupuesto de su capacidad para confirmar la expectativa sobre la vigencia y eficacia de las normas penales. La mera afirmación de las convicciones jurídicas fundamentales, a través de la correspondiente declaración, resulta insuficiente para confirmar las expectativas sobre la vigencia y eficacia del Derecho penal y, por lo tanto, una concepción del Derecho penal que se apoye exclusivamente en aquélla comporta no valorar suficientemente que la pena es un mal.¹⁶ Como ya hemos indicado, la afirmación de los valores y principios del

de la prevención, una función de restablecimiento de la justicia, que da satisfacción a las exigencias de la comunidad y del Derecho y también a las víctimas; a las normas relativas a penas les correspondería tanto la función de prevención general como especial y, también, la función de dar una respuesta justa al delito o función retributiva. Según LUZÓN, la prevención general se intenta mediante la intimidación general y, también, a través del valor simbólico de las normas y sanciones penales, y de la “convicción social o general” (que opera reforzando el respeto y la aceptación de las normas y valores jurídicos y de su vigencia por los ciudadanos, con la reafirmación de la norma y el restablecimiento de su vigencia por medio de la sanción penal, con la consiguiente confianza de los ciudadanos en el mismo, evitando que lo rechacen o se tomen la justicia por su mano); LUZÓN sigue considerando (como en *Medición de la pena y sustitutivos penales*, 1979, p. 35) que esta función es correlativa a (y en gran medida derivada de) la eficaz y proporcionada intimidación general y, en cualquier caso, ha de concebirse en un sentido no autónomo, sino instrumental: no como un fin en sí mismo, sino al servicio de la protección de bienes jurídicos mediante la prevención.

¹⁶ En relación con la evolución que sobre esta cuestión ha experimentado la teoría de la pena de G. JAKOBS, realizando una valoración positiva, ver SILVA SÁNCHEZ, «Del Derecho abstracto al Derecho “real”. Recensión a Günther Jakobs, *La pena estatal: significado y finalidad* (trad. de M. Cancio y B. Feijóo), 2006», *InDret*, (4), 2006. Ver también, p. ej., ROBLES PLANAS, «Introducción a la edición española. Dogmática de los límites al Derecho penal», en VON HIRSCH ET AL. (dirs. de la edición alemana)/ROBLES PLANAS (dir. de la edición española), *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, 2012, pp. 34 ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica. Retribución y prevención general*, 2014, pp. 234-294; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, 1986, pp. 271-272, considerando que la idea de que el actuar humano se rige por consideraciones valorativas es correcta y, por ello, es parcial explicar la motivación humana exclusivamente en una relación lineal estímulo-respuesta; también se indica que la valoración ética negativa de una sanción por la sociedad puede hacerla ineficaz, pero ello no implica que la intimidación desprovista de cualquier consideración de justicia sea absolutamente ineficaz, lo cual depende del grado de temerosidad y rebeldía del ciudadano frente a las injusticias. Ver, así mismo, PEÑARANDA RAMOS, «Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del delito», en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/GARCÍA AMADO, *Estudios de filosofía del derecho penal*, 2006, p. 256, señalando que la falta de consideración de la pena como un mal afecta al núcleo del pensamiento de la prevención general positiva. Según Peñaranda, “resulta más adecuado tomar como punto de partida la idea de que las normas penales se orientan a poner de manifiesto a todos el desvalor del hecho y que se puede seguir confiando en que habrán de ser respetadas, por más que ocasionalmente se produzca su infracción. Pero que la norma penal anuncia también un mal a quien infringe lo que en ella se prescribe es algo tan evidente que no puede ser seriamente discutido”. Más adelante, aludiendo al fenómeno señalado por LUHMANN de que un intento de optimizar la dirección de conductas mediante una intensificación de la amenaza penal pueda dañar la estabilización de la norma por otros motivos, PEÑARANDA señala (p. 261): “Ello no implica, sin embargo, que haya de verse en la conminación e imposición de la pena tan sólo un símbolo de desaprobación del hecho delictivo, sino que es imprescindible tomar también en consideración un elemento de desincentivación, de desaliento de la realización de ese hecho”; tras destacar que las razones de la obediencia a las normas han de dejarse al arbitrio de cada uno, añade: “Esto no quiere decir que esas razones tengan para el Derecho, de todos modos, el mismo valor.

Derecho penal de un Estado social y de Derecho no puede desvincularse de la pretensión de que la pena despliegue, también, su eficacia intimidatoria: no puede tener un significado fundamentador independiente del limitador.

La función preventiva de la pena puede y debe satisfacerse a través de la intimidación que despliega, a través de la correspondencia entre la concepción de los ciudadanos sobre los valores y principios que deben inspirar el Derecho penal y los que sus normas expresan o afirman efectivamente (función “simbólica” o comunicativa) y, así mismo, a través de la confirmación de las expectativas sobre su vigencia y eficacia general. A ello se suman el ofrecimiento de alternativas a la comisión de nuevos delitos (resocialización) y/o el aseguramiento (inocuidad) temporal del delincuente, como mecanismos de prevención especial.

La prevención general parte de aquellos criterios de racionalidad referidos a la colectividad de ciudadanos, mientras que la prevención especial se fija en la forma en la que esos criterios se concretan e influyen –o pueden llegar a concretarse e influir– en el comportamiento de quien ha cometido ya un delito, sin perjuicio de ofrecer también instrumentos para ampliar las posibilidades de participación del penado en la vida social, incrementando las alternativas al comportamiento criminal, y de la posibilidad de recurrir, subsidiariamente, a la mera inocuidad o aseguramiento del delincuente.

Debe destacarse que el Derecho regula el comportamiento externo de los ciudadanos. No es legítimo asignarle la función de imponer coactivamente, en la esfera interna, los valores y principios que legitiman la prohibición de los delitos y la pena, que ésta expresa, y que motivan, a los ciudadanos que los comparten –o, simplemente, los acatan–, a respetar, a su vez, la norma primaria que los concreta. Lo que hace el Derecho es incorporar esos valores y principios, y concretarlos al definir las conductas delictivas y limitar la dimensión intimidatoria de la pena. Aunque el Derecho también pueda promover la aceptación de aquellos valores y principios por parte de los ciudadanos, en ningún caso impondrá tal aceptación, ni prohíbe las conductas delictivas por el mero hecho de que su autor no los comparta, limitándose –como decíamos– a regular el comportamiento externo, y a valorarlo atendiendo a su peligrosidad para los bienes jurídicos, y a la posibilidad de imputar a su autor la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos penalmente. También parece oportuno destacar que la aceptación o respeto mayoritarios de la norma primaria podrá fundamentarse en su propio contenido o, simplemente,

El recurso a la fuerza instrumental o a la amenaza de ella es imprescindible para garantizar un mínimo de obediencia fáctica al Derecho, pero sólo de forma secundaria. Un ordenamiento jurídico, que se presume a sí mismo legítimo, pretende prioritariamente el reconocimiento racionalmente motivado de sus normas. La peculiaridad del modo de validez del Derecho estriba en que se orienta simultáneamente a dos polos: a la facticidad de la observancia regular de las normas, que en su caso se obtiene también mediante coerción, y a la legitimidad de la regla misma, que puede producir su obediencia por el propio respeto hacia ella. (...) En particular ello significa, en relación con (la amenaza de) la pena, que ésta no puede ser de tal intensidad que desplace en la práctica la posibilidad de que el cumplimiento se produzca por aquella motivación que no puede ser impuesta: por la propia vinculación a la pretensión de legitimidad contenida en la norma. La gravedad de la sanción no puede estar determinada por lo que resulte instrumentalmente necesario para obtener una obediencia a su vez estratégicamente orientada, lo que conduciría a la constatación paradójica de su insuficiencia en cada infracción efectivamente producida (y a un deslizamiento por la pendiente de una punición cada vez mayor), sino por lo que racionalmente pueda ser aceptado también como legítimo en una perspectiva intersubjetiva como expresión del desvalor del hecho”.

en una concepción relativista y/o en la mera aceptación o respeto derivados del procedimiento democrático seguido para su aprobación.¹⁷

2.3. La relación entre las funciones de prevención general y prevención especial. El mejor saldo preventivo global y el principio de proporcionalidad

5. Las exigencias de la prevención general y de la prevención especial pueden entrar en conflicto. Ello sucede (a) cuando la pena necesaria desde el punto de vista de la función de prevención general no resulta necesaria desde el punto de vista de la prevención especial, o (b) resulta contraproducente desde esta perspectiva, por los efectos criminógenos que produce. El conflicto también surge (c) cuando la pena necesaria desde el punto de vista de la prevención especial no resulte necesaria desde el punto de vista de la prevención general, o (d) resulte contraproducente desde esta perspectiva, porque infringe el principio de proporcionalidad y ello impide o limita el efecto preventivo positivo derivado de su vigencia.¹⁸

La utilidad preventiva general y especial de la pena, y el eventual conflicto entre ambas, dependen del contenido de la pena, de su duración y/o de las condiciones de su cumplimiento, así como de las circunstancias del hecho y del penado. Por ello, la posibilidad de que surja tal conflicto no se plantea sólo en relación con las penas privativas de libertad, ni al decidir si la pena impuesta debe ejecutarse o debe suspenderse su ejecución, ni es éste el único marco en el que se puede abordar y dar una solución a tal conflicto. El conflicto también puede surgir en relación con otras penas¹⁹, al seleccionar la pena de la conminación legal abstracta, la pena a imponer, su duración, la decisión sobre su ejecución, su eventual sustitución, y/o su forma de cumplimiento.²⁰ El legislador no siempre proporciona la solución a ese conflicto. A veces sólo

¹⁷ Como, p. ej., ha señalado RADBRUCH, el relativismo no comporta ausencia de convicciones, es una fuente fecunda de conocimiento objetivo y de consecuencias absolutas: desemboca en el positivismo, en el liberalismo y el reconocimiento de los derechos humanos, reclama un Estado democrático de Derecho y la división de poderes, y rechaza únicamente la intolerancia. Ver RADBRUCH, «El relativismo en la filosofía del Derecho», en EL MISMO, *Relativismo y Derecho* (trad. de L. Villar Borda), 1992, pp. 1-10.

¹⁸ No existirá una situación de conflicto cuando la pena necesaria desde el punto de vista de la función de prevención general sea exactamente la misma que resulta necesaria desde el punto de vista de la función de prevención especial. Cfr. ROXIN, *AT*, 4ª ed., 2006, § 3, nm. 36-42.

¹⁹ Por ejemplo, las circunstancias personales del penado pueden comportar que la ejecución de la pena de privación del derecho a conducir prevista por el legislador y que mejor satisface la función de prevención general produzca efectos criminógenos, al privar al penado de su trabajo. Aludiendo al efecto criminógeno que puede tener la pena de multa, ver, p. ej., JESCHECK, *Tratado de derecho penal. Parte General* (trad. de la 3ª ed., y notas de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde), t. II, 1981, p. 1076 (esta referencia no se encuentra en ediciones posteriores de la obra, en las que se analiza la eficacia preventiva de la pena de multa frente a la pena de prisión). Para atender aquí al conflicto entre las funciones de prevención general y especial sería razonable admitir la posibilidad de flexibilizar también la ejecución de las penas no privativas de libertad (como sucede ya con la pena de multa) e, incluso, contemplar la posibilidad de suspender su ejecución. Al respecto, ver, p. ej. CARDENAL MONTRAVETA, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Nuevas tendencias en Política Criminal*, 2006, pp. 30 ss.

²⁰ Normalmente la cuestión de las antinomias de las funciones de la pena se aborda en relación con la fase de su determinación judicial o penitenciaria y, más concretamente, en relación con la determinación de su duración (ver art. 66 CP), en relación con la elección entre penas alternativas, o en el momento de determinar la clasificación del penado y el régimen de cumplimiento. A favor de que en la determinación de la pena los fines de ésta se canalicen por vías dogmáticas, de modo que la teoría de la determinación de la pena se manifieste, ante todo, como la dimensión cuantitativa (o de grado) de un sistema de la teoría del delito, y reconociendo que el examen de las circunstancias que inciden en la individualización de la pena puede conducir a una revisión de los conceptos dogmáticos de partida, ver SILVA SÁNCHEZ, «La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): Un primer esbozo», *InDret*, (2), 2007. Sobre esta cuestión, ver también BESIO HERNÁNDEZ, *Los criterios*

ofrece una solución parcial, como sucede al establecer los marcos penales, o los requisitos para poder conceder la suspensión de la ejecución de la pena, o para conceder el tercer grado de cumplimiento. Corresponde entonces al intérprete determinar la respuesta del Ordenamiento jurídico, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso y a los criterios generales proporcionados por el legislador.²¹

6. La doctrina suele abordar el conflicto entre las funciones de prevención general y especial distinguiendo entre las distintas fases o momentos de intervención de la pena, y dando en cada una de ellas preferencia a una u otra.²²

En la fase de determinación judicial y penitenciaria de la pena, un sector de la doctrina otorga preferencia a la función de prevención especial, mientras que otro sector, más moderado, sólo otorga protagonismo a la prevención especial cuando ello no resulte absolutamente incompatible con las necesidades de prevención general, admitiendo, por lo tanto, que la prevención general limite la posibilidad de determinar la pena y de decidir sobre la suspensión de su ejecución atendiendo exclusivamente a su función de prevención especial. Sin embargo, las diferencias y la distancia entre estas dos posiciones no siempre están claras, porque quienes acentúan el protagonismo de la prevención especial, en el momento de la determinación judicial de la pena, presuponen a menudo que la amenaza de ésta y su imposición ya despliegan un efecto preventivo general suficiente.²³ Y también algunos de los autores partidarios de resolver el conflicto a favor de la prevención general parecen presuponer tal cosa.

En la doctrina española, entre los partidarios de otorgar preferencia a la prevención especial, destaca la posición de B. MAPELLI²⁴ y J. CID. Pero este último autor parte de la contraposición entre los modelos proporcionalista, rehabilitador, reparador e incapacitador, sin plantear la alternativa entre prevención especial y general. Por considerar que el conocimiento empírico sobre la prevención general es insuficiente, se limita a valorar los indicados modelos, atendiendo a su capacidad de satisfacer, en la mayor medida posible, los cinco aspectos siguientes:

legales y judiciales de individualización de la pena, 2011, pp. 85-205; FEIJÓO SÁNCHEZ, «Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho», *InDret*, (1), 2007.

²¹ Sobre las dificultades que esto comporta, el relevante papel del Juez como instancia político criminal, y la importancia de la motivación de su decisión, ver, p. ej. SILVA SÁNCHEZ, «¿Política criminal del legislador, del Juez, de la administración penitenciaria? Sobre el sistema de sanciones del Código penal», en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 2000, pp. 250-255.

²² Naturalmente, el conflicto no se plantea si se atribuye al Derecho penal una función exclusivamente retributiva o, con otra fundamentación, se defiende un modelo proporcionalista; sobre esta cuestión, ver CID MOLINÉ, *La elección del castigo*, 2009, pp. 29-30 y nota 2, pp. 46-48, analizando aquí el conflicto entre el modelo proporcionalista y el rehabilitador.

²³ Ver, p. ej., DEMETRIO CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, 1999, pp. 318 y 323-324. Al ocuparse de la determinación judicial de la pena en sentido amplio, este autor señala que aquí el criterio que debe guiar al juez será la prevención especial y, más concretamente, la necesidad de resocialización del sujeto. Pero luego se dice que el límite temporal a los substitutivos penales debería fijarse, tal vez, donde se comprobara que se produce una merma de la prevención general que produjera, a su vez, una disminución de la eficacia global del sistema penal que socavara su base legitimadora con fundamento en la protección de bienes jurídicos. En relación con las diversas posiciones doctrinales sobre las antinomias de las funciones de la pena, ver, p. ej., la exposición de SANZ MULAS, *Alternativas a la pena privativa de libertad*, 2000, pp. 93-103.

²⁴ Ver MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., 2011, p. 107, considerando que, por lo menos en relación con la posibilidad de suspender la ejecución de la pena, en los casos de conflicto, el art. 25.2 CE se inclina indudablemente a favor de los criterios resocializadores.

efectividad en la protección de la colectividad frente a nuevos delitos del penado, humanidad (en el contenido de la respuesta), justicia (en la forma de castigar), atención a las víctimas y respeto a las garantías del delincuente. Según J. CID, el modelo rehabilitador es el que satisface en mayor medida tales aspectos, y ese modelo se acerca todavía más al ideal punitivo si, por una parte, integra las aportaciones del modelo reparador y, por otra, establece al modelo proporcionalista como máximo de sus posibles respuestas. Además, aquel autor considera que este modelo encuentra reconocimiento constitucional, atendiendo a la protección de la libertad personal — porque, en principio, las respuestas alternativas a la ejecución de la pena de prisión tienen más capacidad de maximizar el ejercicio de derechos constitucionales y, por ello, son preferibles —, y al reconocimiento del fin de reeducación y reinserción social en el art. 25.2 CE, que se interpreta en el sentido de que, cuando estas finalidades puedan ser conseguidas por medios menos gravosos que la privación de libertad, la ejecución de la pena privativa de libertad carecerá de sentido. J. CID añade que es razonable entender que el legislador ha desarrollado lo dicho en el art. 25.2 CE estableciendo un límite temporal para las sanciones alternativas, que supone la delimitación de un ámbito de juego del modelo rehabilitador, en el que éste sea de consideración exclusiva.²⁵

Entre los partidarios de la posición más moderada destaca C. ROXIN, quien afirma en su Tratado: “Un conflicto entre la prevención general y especial se produce solamente allí donde ambos fines perseguidos exigen diferentes cuantías de pena (...). Cualquiera de ambas posibles soluciones obtiene, pues, un beneficio preventivo, por una parte, a cambio de un perjuicio preventivo, por otra. En un caso así es necesario sopesar los fines de prevención especial y general y ponerlos en orden de prelación. En ello tiene preferencia la prevención especial hasta un grado que a continuación habrá que determinar (...). [C]orresponde la preferencia a las necesidades preventivospeciales sólo hasta donde la necesidad mínima preventivogeneral todavía lo permita (...). Es decir, por motivo de los efectos preventivospeciales, la pena no puede ser reducida hasta tal punto que la sanción ya no se tome en serio en la comunidad; pues esto quebrantaría la confianza en el ordenamiento jurídico y a través de ello se estimularía la imitación. En muchos casos, aunque no siempre, el límite inferior del marco penal atiende ya a la consideración del «mínimo preventivogeneral»”.²⁶

²⁵ Ver CID MOLINÉ, *La elección del castigo*, 2009, pp. 29-48, 90 ss. El propio CID reconoce que puede replicarse que la fijación de tal ámbito de juego en absoluto implica que dentro del mismo deba optarse por el modelo rehabilitador, a lo que aquél responde que si se admitiera la posibilidad de hacer prevalecer el modelo proporcionalista sin que, en cambio, ello se admita en las penas que están por encima del marco temporal de las sanciones alternativas, entonces el art. 25.2 CE —y el modelo rehabilitador que plasma— resultaría indebidamente degradado respecto del resto de modelos punitivos con legitimidad constitucional. Por otra parte, pese a reconocer que el Tribunal Constitucional ha considerado compatibles con la Carta Magna funciones de la pena distintas de la prevención especial, CID considera que, en relación con instituciones concretas —como es el caso de la suspensión de la pena privativa de libertad— ha dado prioridad a la finalidad de reeducación y reinserción social. Esta tesis me parece muy discutible a la vista, p. ej., de la STC 160/2012, de 20 sept. En relación con la posición que mantiene este autor, ver también CID MOLINÉ, «Medios alternativos de solución de conflictos y Derecho penal», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (11), 2007, pp. 151-168.

²⁶ ROXIN, *AT*, 4ª ed., 2006, § 3, nm. 41. ROXIN completa su exposición con un ejemplo: cuando un joven ha causado una lesión con resultado de muerte en una riña, puede parecer adecuado un castigo de tres años de privación de libertad sobre la base de la prevención general y en aplicación del § 226 II, mientras que las exigencias de prevención especial sólo permiten un año con remisión condicional porque una pena más grave desocializaría al autor y cabría esperar un tropiezo en futura criminalidad. La posición de ROXIN la resume el propio autor

El profesor alemán justifica su posición sobre la preferencia de la prevención especial señalando, en primer lugar, que “la resocialización es un imperativo constitucional, que no puede ser desobedecido donde sea posible su cumplimiento”, y en segundo lugar, que, “en caso de conflicto, una primacía de la prevención general amenaza con frustrar el fin preventivo especial, mientras que, por el contrario, la preferencia de la prevención especial no excluye los efectos preventivos generales de la pena, sino que, a lo sumo, los debilita de forma difícilmente mensurable; pues también una pena atenuada actúa de forma preventivo-general”.²⁷

Una posición similar a la de ROXIN mantienen en España, p. ej., S. MIR y D. M. LUZÓN,²⁸ si bien puede entenderse que existen algunas discrepancias entre las posiciones de estos autores, en la

diciendo (*op. cit.*, § 3, nm. 53): “la pena sirve a los fines de prevención especial y general. Se limita su magnitud por la medida de la culpabilidad, pero se puede quedar por debajo de este límite en tanto lo hagan necesario exigencias preventivos especiales y a ello no se opongan las exigencias mínimas preventivos generales”. Puesto que la última edición del primer tomo del Tratado de ROXIN mantiene los textos que reproducimos aquí, se ha tomado la traducción de la 2ª edición realizada por D.-M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remensal.

²⁷ ROXIN, AT, 4ª ed., 2006, § 3, nm. 41.

²⁸ Ver también SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, p. 266 y nota 367, señalando que la posibilidad de una colisión entre las modernas instituciones alternativas a la privación de libertad de alcance básicamente resocializador y la lógica preventivo-general es una cuestión controvertida y constituye uno de los elementos dinamizadores del Derecho penal moderno, pero la evolución de los argumentos empíricos constituye un buen argumento a favor de la posibilidad de consecución de una síntesis entre el fin de no-desocialización, o de favorecimiento de la resocialización, y el fin de intimidación correctamente entendida. Tras señalar que las investigaciones empíricas parecen demostrar que puede disminuirse la intensidad de las sanciones (o sustituirlas) sin pérdida relevante de eficacia intimidatoria, SILVA señala: “En caso de conflicto frontal irresoluble entre ambas, prevalecerá la prevención general, extremo éste en el que, a diferencia de lo que sucedía en la década marcada por el Proyecto alternativo alemán, parece estar hoy de acuerdo toda la doctrina”. Ver así mismo SILVA SÁNCHEZ, *Estudios de Derecho penal*, 2000, pp. 255-257, donde se dice: “Excluido el riesgo de reincidencia, la finalidad de prevención especial inocuidadora no haría precisa la ejecución; no siendo preciso el tratamiento resocializador, la inexecución no sólo aparece como una opción más, sino como la única legítima ante el riesgo evidente de desocialización. Conocida por la opinión pública la condena y estabilizada de este modo la norma (así como ratificada la confianza general en el Derecho), su inexecución en muchos casos no tendría por qué pugnar contra las exigencias de la prevención de integración. Por fin, también cabría que la inexecución no obstara a los objetivos de la prevención general negativa (o disuasoria), en la medida en que, manteniéndose vigente tanto la norma de conducta como la norma de sanción, el potencial infractor no pudiera contar con su inexecución —lo que resulta evidente—”, añadiendo a continuación que “la ejecución no debe estimarse, en absoluto, la consecuencia directa y automática de la imposición de la sanción. Ello, de modo especial, cuando se trata de una sanción de tan alto contenido simbólico como la pena privativa de libertad. (...) En realidad, la regla habría de ser la no ejecución (si ello no fuera estrictamente necesario en términos preventivos) o, en todo caso, la ejecución del modo menos afflictivo posible (de nuevo, salvo que la introducción de elementos más afflictivos resulte absolutamente ineludible en términos preventivos)”; según SILVA, en un sistema de prevención de integración (simbólico-comunicativo), “es preciso considerar la hipótesis de la limitada incidencia político-criminal de la efectiva ejecución, una vez subrayado —y difundido por los medios de comunicación, lo que no es intrascendente— el elemento simbólico de la condena. De confirmarse esta perspectiva —que me parece, por lo demás, propia de la evolución de las sociedades civilizadas hacia formas más sutiles de comunicación de lo normativo (menos lastradas por la percepción directa del sufrimiento físico ajeno)—, podría extraerse un principio favorable a la máxima explotación posible de las instituciones que limitan la ejecución de las penas de naturaleza más personal (y quizá de otras) que abonan una ejecución lo menos afflictiva posible” (cursiva en el original). Reconociendo la función limitadora de las exigencias de la prevención general y de la prevención especial, respecto de la pena justa, y considerando que, en caso de conflicto el criterio general debe ser el de dar preferencia a la reafirmación del ordenamiento jurídico y la prevención general, ver GRACIA MARTÍN, en EL MISMO (coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, 2006, pp. 65 y 66 y 312; ver también GRACIA MARTÍN/ALASTUEY BOBÓN, en GRACIA MARTÍN (coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, pp. 298-299, 312, 327 y 331 donde la cuestión se plantea en relación con la alternativa entre la suspensión de la pena y su sustitución, y se indica que del art. 25.2 CE no cabe deducir que la resocialización sea el único fin de la pena, ni que deba ser perseguido a toda costa, añadiendo, ya de forma más discutible, que cuando las exigencias de prevención general y de reafirmación del ordenamiento

medida en que se aprecien diferencias en su concepción sobre la forma de entender cómo actúa la prevención general –y, más concretamente, en las relaciones entre el mecanismo intimidatorio y el relativo a la afirmación de las garantías que lo limitan–, que se traducen en su concepción y determinación de las exigencias mínimas de la propia prevención general.²⁹

Según S. MIR: “Cabe acentuar la importancia de la prevención especial en comparación con la que se le concedía tradicionalmente –que era mínima– y, sin embargo, reconocer que la prevención especial debe retroceder cuando resulte absolutamente incompatible con las necesidades generales de protección de la sociedad”.³⁰ En relación con la suspensión de la ejecución de la pena, aquel autor afirma: “El apartado 1 del art. 80 viene a indicar expresamente el criterio fundamental que debe guiar al juzgador a la hora de tomar la decisión de si suspende o no la ejecución de la pena (...). Ello resulta coherente con la finalidad primordial de esta institución, que es la de evitar la privación de libertad y sus efectos negativos cuando no resulte absolutamente necesaria para la prevención general y especial. Las necesidades de prevención general ya se tienen en cuenta al permitir sólo la suspensión de penas no muy graves. La prevención especial depende de las posibilidades de recaída en el delito que manifieste el sujeto: de su peligrosidad criminal”.³¹

Por su parte, D. M. LUZÓN viene manteniendo que los conflictos y antinomias “sólo serán tolerables y justificables, por ser inevitables, cuando haya exigencias de prevención general

jurídico indiquen la mera sustitución y las de prevención especial apunten a la suspensión, con la aplicación de la pena sustitutiva podrán atenderse aún en alguna medida, aunque sea mínima, las exigencias resocializadoras, mientras que la aplicación de la suspensión dejaría absolutamente desatendidas aquellas otras exigencias.

²⁹ En este sentido, LUZÓN ha manifestado que su planteamiento no coincide plenamente con el de ROXIN, porque, a diferencia de éste, él no acepta que una respuesta ajustada a las necesidades de prevención especial comporte necesariamente una merma de la eficacia intimidatoria de la pena ni, tampoco, del otro aspecto de la prevención general: del preavalecimiento del Ordenamiento jurídico, que, según LUZÓN, es correlativo del primero. Ver LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, 1979, pp. 39-42, y EL MISMO, «Prevención general, sociedad y psicoanálisis», *Estudios penales*, 1991, pp. 268. Sobre esta cuestión, ver lo dicho *supra* y más adelante en el texto; ver también PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, 1986, p. 274.

³⁰ MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, 3/44 (cursiva añadida); este autor añade: “Así, incluso las posiciones «avanzadas» del Proyecto Alternativo alemán, o de la «Propuesta Alternativa de la Parte General del Código Penal», que el Grupo Parlamentario comunista español opuso al Proyecto CP 1980 –también progresistas en comparación con el Derecho vigente– admiten sólo la suspensión condicional de la pena o del fallo, o la sustitución de la pena de privación de libertad, para ciertos delitos no graves. Esto puede verse como un límite que la prevención general impone a la prevención especial”. Más adelante, tras indicar que en la fase de la conminación legal procederá la función de prevención general, se dice (*op. cit.* 3/78): “La misma función de *prevención general* se confirma en las fases de aplicación judicial y de ejecución de la pena. Sin embargo, en la fase judicial puede intervenir la prevención especial, junto a la idea de proporcionalidad, como se sigue del art. 66,6ª (...) y del art. 80,1, que establece como criterio rector fundamental de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad que «sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos», en relación con la exigencia de resocialización del art. 25,2 de la Constitución. (...) La prevención especial podrá conducir, no obstante, a la apreciación de la *condena condicional* dentro de ciertos límites que aseguran la prevención general, como el de que no se puedan suspender penas de más de dos años de prisión o, en ciertos casos, de más de cinco años de duración” (cursivas en el original). Ya en 1976 MIR mantenía una posición similar en su obra *Introducción a las bases del Derecho penal* (p. 105): “la prevención especial habría de respetar las exigencias de prevención general, pues ambas deben tender al mismo fin de evitación de delitos. Pero sólo en casos de contradicción evidente de los intereses de prevención general debería sacrificarse la prevención especial, ya que la experiencia muestra que es difícil que un caso concreto modifique la eficacia de la prevención general” (similar *op. cit.*, p. 148). Ver también MIR PUIG, «Problemática de la pena y seguridad ciudadana», en EL MISMO, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, 1994, p. 123: “prevención especial dentro del marco que permita la prevención general”.

³¹ MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, 29/50.

absolutamente contrapuestas e incompatibles con las exigencias 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 necesaria coherencia, funcionalidad 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 general³². Al respecto, es importante destacar que LUZÓN considera que “quedar por debajo de la cuantía de la pena proporcional al hecho, o incluso por debajo del marco penal típico, u optar por un sustitutivo penal, no supone necesariamente una merma de la intimidación general – ni tampoco

³² LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, 1979, p. 20. Ver también *op. cit.*, pp. 51, 57 (afirmando que la prevención general puede ser el único fin de la ejecución en aquellos casos límite en que no haya ninguna necesidad de prevención especial y, sin embargo, las exigencias de prevención general se opongan a renunciar a la ejecución e impidan, pues, evitar el conflicto), 58 ss., señalando (p. 61) que, “en caso de absoluta incompatibilidad hay que dar preferencia a las prevención general, de modo que las exigencias mínimas de prevención general prevalecerán ya en la fase de imposición y determinación sobre las exigencias de prevención especial que pudieran aconsejar o requerir ir aún más lejos en la reducción o sustitución de la pena”. LUZÓN (*op. cit.*, p. 93) se muestra favorable a conceder la suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad de hasta dos años si la ejecución de la pena no es necesaria para la prevención especial, “pues no parece que la prevención general se vaya a ver menoscabada porque en algunos casos al fin y al cabo excepcionales (en los que no haya ninguna necesidad de ejecución para la prevención especial) no se ejecuta una pena inferior a dos años, ya que a estos efectos puede bastar perfectamente con el sustitutivo que supone la amenaza pendiente de ejecución de la pena y el sometimiento a la vigilancia del juez durante el periodo de suspensión y, sobre todo, con la posibilidad ex ante, que ningún potencial delincuente puede descartar, de que se ejecute efectivamente (sin condena condicional) tal pena, o incluso una pena de mayor duración si el límite máximo del marco penal típico es superior a dos años”. LUZÓN añade (pp. 98-100): “Pero cuando se habla de merma de la prevención general, unas veces se está aludiendo al relajamiento de los mecanismos inhibidores frente a potenciales delincuentes, es decir, al debilitamiento o menoscabo de la intimidación general, y otras veces a la disminución de la seguridad y confianza ciudadana en el Derecho, con la consiguiente alarma o incluso no aceptación social de una regulación legal (...), es decir, se está aludiendo al menoscabo del preavalecimiento del orden jurídico; y frecuentemente ello se hace como si fueran cuestiones que, aunque interrelacionadas, en definitiva son independientes, con lo que habría que preguntarse a cuál de los dos aspectos hay que dar prioridad para evitar su merma. A este respecto hay que recordar que la respuesta políticocriminal sólo puede ser ésta: que ambos aspectos de la prevención general son correlativos, de modo que *lo que hay que evitar es la merma de la intimidación general* para conseguir proteger suficientemente los bienes jurídicos, y ello ha de bastar necesariamente –partiendo de la base, claro está, de que se informe suficientemente y cuantas veces sea preciso a la opinión pública de la situación real para evitar alarmas y sensaciones de inseguridad infundadas– para evitar la merma de la seguridad y confianza de los ciudadanos en el Derecho. Pues bien, para saber hasta qué punto se puede ir en la concesión de esos sustitutivos sin que se menoscabe la prevención general, habrá que examinar e intentar demostrar si, conociendo los potenciales delincuentes el alcance de una determinada regulación al respecto, ello les iba a motivar a aumentar o no su actividad criminal y en qué medida, para ponderar entonces las ventajas e inconvenientes de la regulación y poder tomar una decisión políticocriminal fundada (...). Y es cierto que ese pronóstico es extraordinariamente difícil (...) ya que la criminalidad depende también, a veces fundamentalmente, de circunstancias y condiciones sociales. (...) Pero a este respecto se puede partir fundadamente de la hipótesis políticocriminal de que hasta unos límites (de duración de la pena) bastante amplios la prevención general no se ve perturbada porque en algunos casos concretos, por razones de prevención especial, no se imponga, no se ejecute o no se cumpla totalmente la pena, cuando, en cambio, ello significa la amenaza pendiente de que la imposición o ejecución sólo está suspendida e incluso –en la libertad condicional– el cumplimiento de buena parte de la pena, y sobre todo, la posibilidad ex ante de que la pena se ejecute o se ejecute en toda su extensión” (cursiva añadida). Según LUZÓN (*op. cit.*, p. 101), no es posible prescindir del establecimiento de límites temporales y hacer depender la concesión de los sustitutivos penales exclusivamente de las necesidades de prevención especial, pues llegaría un momento en que a ello se opondría la prevención general. V también, p. ej., LUZÓN PEÑA, «Prevención general, sociedad y psicoanálisis», *Estudios penales*, 1991, p. 266: EL MISMO, «Principio de igualdad, Derecho penal de hecho y prevención especial: equilibrio y tensiones», en EL MISMO, *Estudios penales*, 1991, p. 315, 322.

(...) del otro aspecto de la prevención general —: eso es precisamente lo que hay que examinar en cada caso”³³.

7. No comparto esta forma de abordar la cuestión. Me parece que también cuando no existe peligro de que el penado cometa nuevos delitos se plantea un conflicto entre las funciones de prevención general y especial, y que las propuestas que acabamos de exponer —quizás con la excepción de la propuesta de ROXIN— permiten atenuar la severidad de la pena y limitar, así, su eficacia preventiva general en supuestos en los que ello no está justificado, porque no es razonable esperar que aquélla tenga efectos criminógenos y, por sí sólo, el hecho de que resulte innecesaria para evitar la reincidencia es insuficiente para justificar aquella limitación cuando no se infringe el principio de proporcionalidad.

Las discrepancias sobre la importancia de la prevención general y sobre los criterios para identificar el mínimo irrenunciable de prevención general explican la discusión de la doctrina alemana sobre el significado de la referencia del ap. 3 del § 56 del Código penal a “la defensa del Ordenamiento jurídico” como límite a la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad con una duración igual o superior a seis meses.³⁴

8. El criterio rector de las relaciones entre la prevención general y la prevención especial ha de ser un criterio general, que dé unidad a la intervención del Derecho penal. Esto no es incompatible con el hecho de que ese criterio se articule teniendo en cuenta las distintas fases de intervención del Derecho penal, y ello pueda determinar que la relación entre ambas funciones varíe en cada una de estas fases. Pero la relación entre aquellas dos funciones ha de estar en cada una de las fases al servicio del criterio general, también cuando el conflicto se suscita en relación con la decisión sobre la suspensión de la ejecución de la pena.

³³ LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y substitutivos penales*, 1979, p. 41. También es oportuno indicar aquí que, como apunta el propio LUZÓN («Prevención general, sociedad y psicoanálisis», en EL MISMO, *Estudios penales*, 1991, pp. 276-278) cabe preguntarse si su planteamiento no resulta clasista y reaccionario en las consecuencias de su aplicación, pues, si bien el punto de vista preventivo especial no es siempre ni automáticamente favorable a las personas pertenecientes a las clases acomodadas o superiores, “lo cierto es que en los miembros de estas clases podrá darse mucho más fácilmente la circunstancia de nula o menor necesidad preventivo-especial de pena o de que ésta sea incluso contraindicada, contraproducente para el sujeto: con lo que los substitutivos penales les serán aplicados a estas personas preferentemente o con mucha mayor frecuencia (...) que a los sujetos pertenecientes a las clases inferiores”. LUZÓN considera que de eso no tiene la culpa el sistema de prevención general y especial propuesto, como no tiene la culpa el Derecho penal mismo, sino la propia estructura materialmente desigual de la sociedad.

³⁴ Utilizando una fórmula muy similar a la empleada ahora por el legislador español en el art. 80.1 CP, en el ap. 1 del § 56 del Código Penal alemán (StGB) se establece que el Tribunal *suspenderá* la ejecución de las penas privativas de libertad de hasta un año cuando deba esperarse que la condena servirá de advertencia al penado y éste no cometerá más delitos en el futuro aunque no se ejecute la pena. En el ap. 2 del § 56 StGB, se prevé que, en estos casos, el Tribunal también *podrá* suspender la ejecución de las penas de hasta dos años cuando concurren circunstancias especiales. Pero en el ap. 3 del § 56 StGB se dice, respecto a las penas tengan una duración de seis meses o más, que no se suspenderá la ejecución cuando la exija la defensa del Ordenamiento jurídico. Debe tenerse en cuenta que el § 47 StGB dispone que sólo se impondrán penas privativas de libertad inferiores a seis meses cuando circunstancias especiales, relativas al hecho o a la personalidad del autor, hagan inevitable la imposición de una pena privativa de libertad para influir en el autor o para la defensa del Ordenamiento jurídico. En relación con el significado de la cláusula de defensa del Ordenamiento jurídica, ver, p. ej., los comentarios críticos de PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, 1986, pp. 276-283, 287; DEMETRIO CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, 1999, pp. 153-159. Ver también, OSTENDORF, NK, 4ª ed., 2013, § 56, nm. 32-37; STREE/KINZIG, *Schönke/Schröder*, 29ª ed., 2014, § 56, nm. 35 a 47; GROß, *MüKo*, t. 2, 2ª ed., 2012, § 56, nm. 35 a 41.

Partiendo de lo dicho anteriormente sobre la función de la pena, consideramos que la solución del conflicto debe buscarse atendiendo a una doble perspectiva: (a) la perspectiva de la eficacia preventiva (el saldo preventivo global), valorada con la prudencia que exigen las dificultades inherentes a su determinación, y (b) la perspectiva garantística asociada al principio de proporcionalidad. Más concretamente, entendemos que aquellas relaciones deben regirse por el criterio del mejor saldo preventivo global (determinado desde un punto de vista general y especial, cuantitativo y cualitativo) limitado, en su caso, por el principio de proporcionalidad, esto es, poniendo en relación la cantidad y naturaleza de los delitos que se previenen y la solidez de este cálculo, con la gravedad de la afectación de los derechos del penado derivada del recurso a la pena.

Con carácter general, el recurso a la pena para satisfacer una función de prevención general genera un saldo preventivo positivo, que se incrementaría con su eventual utilidad preventiva especial. Ese saldo preventivo positivo disminuye en la medida en que el recurso a la pena tenga efectos criminógenos –esto es, en la medida en que favorezca la comisión de nuevos delitos–, contrarios a la función de prevención especial del Derecho penal. Mientras que la utilidad preventiva especial de la pena incrementa el saldo preventivo global, al sumarse a su utilidad preventiva general, los efectos criminógenos de la pena disminuyen el saldo preventivo positivo derivado de su eficacia preventivo general. Por ello, el criterio del mejor saldo preventivo global conducirá a limitar los eventuales efectos criminógenos derivados del recurso a la pena, salvo que el coste preventivo general de tal limitación sea superior a los beneficios preventivos que proporciona.³⁵ Aquella limitación de los efectos criminógenos de la pena también puede justificarse con base en el principio de resocialización, vinculado a una concepción democrática de la función de prevención especial, y del que también se deriva el carácter subsidiario de la mera inocuización o aseguramiento.

El criterio del mejor saldo preventivo global comporta otorgar relevancia tanto a la peligrosidad previa del penado, como a la que pudiera derivar de los efectos criminógenos de la intervención del Derecho penal, y puede conducir a que ésta se configure de modo que, además de la función de prevención general –y, por lo tanto, sin renunciar a ella–, cumpla una función de prevención especial: neutralice o disminuya la (eventual) peligrosidad previa del penado y, además, elimine o limite la posibilidad de que la propia intervención del Derecho penal tenga efectos criminógenos, al generar las circunstancias que favorecen la reincidencia, o impedir que se generen las condiciones que favorecen el desistimiento, o que las ya existentes desplieguen tal efecto.

9. En cuanto al principio de proporcionalidad, nos limitaremos aquí a señalar que, en el ámbito de las penas, el principio de subsidiariedad conduce a renunciar a las más graves, a su ejecución y a la forma más severa de cumplimiento, cuando una intervención menos lesiva produzcan el mismo saldo preventivo, o uno que se considere suficiente. El principio de proporcionalidad en

³⁵ Cuando, desde un punto de vista preventivo global, el coste de limitar los eventuales efectos criminógenos sea superior a los beneficios, la concepción sobre la función de la pena defendida en el texto llevaría a asumir tales costes criminógenos derivados del recurso al Derecho penal. A su vez, cuando el beneficio de limitar los eventuales efectos criminógenos sea superior a sus costes, aquella posición llevaría a su limitación.

sentido estricto suele identificarse aquí con el principio de culpabilidad. Pero si se entiende que éste sólo exige que pueda “culpase” al sujeto de la lesión por la que se le castiga, y nada dice de la gravedad de la lesión ni de que la cuantía de la pena deba ajustarse a ella³⁶, será necesaria la referencia al principio de proporcionalidad para exigir esa relación entre la gravedad de la pena y la del delito. Pero queremos destacar que la eficacia limitadora y preventiva general positiva del principio de proporcionalidad en sentido estricto no sólo exige valorar la relación entre la gravedad del delito ya cometido y la gravedad de la pena. Como señala un sector importante de la doctrina en relación con las medidas de seguridad y se indica en el § el 62 StGB, el principio de proporcionalidad también ha de referirse a la relación entre, por un lado, la gravedad de la pena y, por otro lado, su eficacia preventiva, referida aquí al penado y al conjunto de la sociedad. Ello también puede expresarse vinculando el principio de proporcionalidad en sentido estricto a la relación entre el coste que representa la gravedad de la pena, y el beneficio preventivo que cabe esperar de ella, atendiendo al grado de peligrosidad (del penado y de la colectividad), a la gravedad de los delitos a los que ese pronóstico de peligrosidad se refiere, y a la propia solidez de tal pronóstico.³⁷

En relación con la decisión sobre la suspensión de la ejecución de la pena, la posición que defendemos obliga a tener en cuenta que, por su eficacia intimidatoria, la ejecución producirá un efecto preventivo mayor que la suspensión, salvo que los eventuales efectos criminógenos de aquélla y la posible infracción del principio de proporcionalidad neutralicen aquella ventaja preventiva. Pero el principio de proporcionalidad no debe tenerse en cuenta únicamente desde el punto de vista de la eficacia preventiva general positiva que despliega su vigencia. El principio de proporcionalidad tiene una función limitadora, que comporta que la mayor eficacia preventiva de la ejecución de la pena será insuficiente para su justificación cuando suponga la infracción de aquel principio. Como sucede cuando la ejecución de la pena no es la respuesta más eficaz desde el punto de vista preventivo (saldo preventivo global), cuando aquélla sea desproporcionada el Derecho penal se limitará a desplegar su eficacia preventiva a través de la amenaza y la imposición de la pena, seguida de la suspensión de su ejecución, de las condiciones impuestas para su mantenimiento y de la amenaza de su revocación.

3. Suspensión de la ejecución y prevención

1. La eficacia preventiva de la pena depende de su contenido, de su duración y, en su caso, de las condiciones de su cumplimiento. Y también depende de la decisión sobre la suspensión o la ejecución de la pena impuesta, de los criterios en los que se fundamente y de las circunstancias

³⁶ Así MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, 4/74.

³⁷ Ver, p. ej., MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, 4/76; EL MISMO, *Bases constitucionales del Derecho penal*, 2011, pp. 121 ss.; ROXIN, *AT*, 4ª ed., 2006, § 3, nm. 54 a 62; SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, 2003, pp. 109 ss., 175 ss.; EL MISMO, «Sobre la justificación de las medidas de corrección y seguridad», en JORGE BARREIRO (coord.), *Libro homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 969-979; JORGE BARREIRO, «Reflexiones sobre la compatibilidad de la regulación de las medidas de seguridad en el CP de 1995 con las exigencias del Estado de Derecho», en EL MISMO (coord.), *Libro homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 575 ss.; URRUELA MORA, *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad*, 2009, pp. 44 ss.; FRISCH, «Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas» (trad. de P. S. Ziffer), *InDret*, (3), 2007, pp. 18 ss. Cfr. GARCÍA PÉREZ, «La racionalidad de la proporcionalidad en sistemas orientados a la prevención especial», *RECPC*, (9), 2007, pp. 09-01-25.

que concurran en cada caso. Como indicábamos al principio, aquella decisión puede limitar o puede reforzar la eficacia preventiva de la pena.

2. Son múltiples las circunstancias y factores que influyen en el comportamiento de la colectividad y de cada uno de los ciudadanos. Ello comporta serias dificultades para determinar, desde un punto de vista cuantitativo y cualitativo, la eficacia preventiva de la amenaza, imposición y ejecución de una pena. Con carácter general sólo puede decirse que la ejecución de la pena refuerza –en una medida difícil de cuantificar– su eficacia intimidatoria y, en esa medida, incrementa su capacidad para confirmar la expectativa sobre la vigencia y eficacia general de las normas penales, mientras que la suspensión de la ejecución supone una reducción de la gravedad de la pena que produce el efecto contrario: disminuye su eficacia intimidatoria y, en la medida en que dependa de ella, su capacidad para confirmar aquella expectativa. Todo ello sin perjuicio de que la ejecución de la pena pueda ser innecesaria o, incluso, pueda ser negativa desde el punto de vista de la prevención especial y de la prevención general positiva.

El efecto intimidatorio de la amenaza de una pena depende de la gravedad de ésta, de la probabilidad de su imposición y, muy especialmente, de la probabilidad de su ejecución. Y tal probabilidad depende, a su vez, de la posibilidad de acordar la suspensión y de las condiciones para poder adoptar y mantener esta decisión. El efecto intimidatorio de una pena cuya ejecución se condiciona a la peligrosidad del penado en el momento de decidir sobre su ejecución, es menor que el que produce una pena cuya ejecución no estuviera así condicionada: quien no se considere peligroso (o crea que no será considerado peligroso) no se sentirá tan intimidado por la amenaza de la ejecución de la pena. Me parece que esto se reconoce, por lo menos tácitamente, cuando se indica que la decisión de limitar a las penas de hasta dos años la posibilidad de suspender su ejecución (salvo en los casos previstos en los apartados 4 y 5 del art. 80 CP) responde a consideraciones sobre su función preventiva general. El carácter discrecional de la decisión sobre la suspensión de la ejecución de la pena sólo reduce mínimamente el debilitamiento de la función intimidatoria de la pena que aquella posibilidad comporta.

3. La decisión sobre si debe ejecutarse la pena o debe acordarse su suspensión tampoco es irrelevante desde el punto de vista de la prevención general positiva; ésta se asocia a las conductas prohibidas y a la pena que se puede imponer; pero también se asocia a la decisión sobre su ejecución. La eficacia preventiva general positiva de la decisión sobre la suspensión o la ejecución de la pena dependerá del consenso social sobre las valoraciones y principios en los que se fundamente. Cuando la suspensión se fundamente de acuerdo con los valores y principios generalmente asignados al Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho (p. ej. cuando suponga la afirmación de los principios de necesidad, subsidiariedad o proporcionalidad en sentido estricto), aquella decisión producirá un efecto preventivo general positivo y, en esa medida, contribuirá a confirmar la expectativa sobre la vigencia y eficacia general de las normas penales. No producirá tal efecto preventivo general positivo cuando la suspensión se apoye en una concepción sobre el fundamento y límites del Derecho penal –en definitiva, sobre las relaciones entre la función de prevención general y especial, y la eficacia de los principios

garantísticos— que carezca de consenso social.³⁸ El debilitamiento de la eficacia preventiva general positiva, derivado de otorgar un protagonismo excesivo a la peligrosidad criminal al decidir sobre la ejecución de la pena o su suspensión, no se produce sólo en los supuestos de delincuencia económica y en los delitos cometidos por quienes ocupan cargos públicos, en relación con los cuales algunos autores destacan que la defensa del Ordenamiento jurídico exige la ejecución de la pena de prisión impuesta.

En la medida en que la decisión sobre la suspensión de la ejecución de la pena no exprese el desvalor que los ciudadanos entienden que el delito cometido posee en un Estado social y democrático de Derecho, y los valores y principios que asocian a la respuesta que el Derecho penal debe dar a su comisión en ese modelo de Estado (en definitiva, en la medida en que esa decisión no exprese los valores y principios que los ciudadanos entienden que debe expresar el Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho tras la comisión del correspondiente delito), tal discrepancia limitará la eficacia preventiva positiva de la pena. Que también se verá limitada en la medida en que las circunstancias anteriores lleven al ciudadano a cuestionar su expectativa sobre la vigencia y eficacia generalizada de las normas penales.

Ello también se puede expresar así: En la medida en que la decisión de suspender la ejecución de la pena entre en contradicción con las circunstancias que la mayoría de ciudadanos entiende que deben justificar tal decisión en un Estado social y democrático de Derecho, aquélla disminuirá la eficacia preventiva derivada de la coherencia entre esas valoraciones y principios y la respuesta a la comisión del delito, además de disminuir, también desde esta perspectiva, su capacidad para confirmar las expectativas sociales sobre la eficacia de las normas y el comportamiento de los demás. En cambio, la suspensión de la ejecución de la pena sí desplegará un efecto de prevención general positiva cuando sea coherente con aquellas valoraciones y principios. Además, en la medida en que se vincule a la función de prevención especial, la suspensión de la ejecución de la pena también limita la capacidad de ésta para expresar el desvalor del delito; en efecto, al asociarse la ejecución de la pena a la peligrosidad criminal, se dificulta la asociación entre el desvalor del delito y sus consecuencias penales, favoreciendo que, a pesar de la amenaza e

³⁸ Según PÉREZ MANZANO (*Culpabilidad y prevención*, 1986, pp. 272-273), “en este momento de desarrollo social la idea de que la pena debe servir, en su ejecución, a la resocialización del delincuente —o que deben evitarse los efectos desocializadores de la pena privativa de libertad— tiene un amplio consenso, de modo que la pena socialmente justa depende también de que su ejecución se base en las necesidades de resocialización”. Ver también *op. cit.*, p. 274: “la prevención general positiva no implica en todo caso contradicción con la prevención especial, no en los casos de posible aplicación de los sustitutivos penales”; y p. 289: de acuerdo con la teoría de la prevención general positiva, en la fase de imposición y medición judicial, “la imposición de la pena sirve para confirmar la seriedad de la advertencia contenida en la disposición penal contribuyendo, por un lado a la intimidación, tanto individual como general; por otro lado, a la defensa del ordenamiento jurídico, en la medida en que la realización del Derecho es condición de su carácter inviolable, y por último, al fortalecimiento de las expectativas jurídicas de la sociedad y a la confianza en el Derecho como mecanismo regulador de la convivencia. (...) Pero que la imposición de la pena tenga como efectos los nombrados, no supone que hayan de erigirse en criterios rectores de la medición de la pena. Por el contrario, al ser éste el momento de individualización o personalización de la pena, es la fase en la que deben moverse todos los resortes del Estado de Derecho para garantizar en lo posible los derechos individuales. Y, por ello, es la culpabilidad el punto de referencia. En esta fase no puede dejar de tenerse en cuenta la prevención especial, en concreto, los efectos desocializadores de la pena privativa de libertad y el pronóstico preventivo especial favorable del reo, porque la sociedad y el ordenamiento jurídico toleran una pérdida de eficacia del Derecho penal, que al final revierte en un efecto preventivo general positivo”. Sobre esta cuestión, ver también, SILVA SÁNCHEZ, en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 2000, pp. 255-257.

imposición de una pena de prisión, de la suspensión de la ejecución de la pena se deduzca erróneamente que el delito es un hecho de escasa gravedad.

4. La eficacia preventiva especial de la decisión sobre la suspensión o la ejecución de la pena depende de las circunstancias personales del penado, y de la capacidad de las distintas alternativas para neutralizar o limitar su peligrosidad; y dependerá, también, de los efectos criminógenos que aquella decisión pueda producir.³⁹ Cuando –utilizando los términos del nuevo art. 80.1 CP– “sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos”, la función de prevención especial podrá satisfacerse con una intervención menos intensa que la ejecución de la pena, y ello limitará sus eventuales efectos criminógenos, que reducen o eliminan la eficacia preventiva especial de la pena y, con ello, disminuyen el saldo preventivo global. Es posible que la repercusión negativa de los efectos criminógenos de la pena en el saldo preventivo sea igual o superior a la repercusión positiva que su ejecución produce desde el punto de vista intimidatorio. Cuando la función preventiva especial no pueda satisfacerse sin ejecutar la pena, la suspensión disminuiría también desde esta perspectiva el saldo preventivo global.

5. La regulación de la suspensión de la ejecución de la pena es una de las materias afectadas por la reforma del Código penal que introduce la LO 1/2015, de 30 de marzo. La nueva regulación presenta importantes similitudes con la regulación alemana, aunque no indica expresamente el distinto tratamiento de las penas de hasta 6 meses, hasta 1 año y más de 1 año, y en el Senado se eliminó del texto español la referencia expresa a la necesidad de la ejecución de la pena “para asegurar la confianza general en la vigencia de la norma infringida por el delito”. La peligrosidad criminal sigue teniendo un papel relevante pero, como ya sucedía en la regulación anterior, la ejecución de la pena no se hace depender exclusivamente de aquella circunstancia. Debe destacarse que en el art. 80.1 CP ya no se dice que, al resolver sobre la suspensión de la ejecución de la pena, “se atenderá fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto”. Manteniendo el carácter discrecional de la decisión sobre la suspensión de la ejecución de la pena, ahora se exige que sea “razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos”,⁴⁰ se enumeran otros requisitos, y se ordena valorar los

³⁹ Sobre la indudable eficacia preventiva especial de la suspensión de la ejecución de la pena, ver CID MOLINÉ, *La elección del castigo*, 2009, pp. 49 ss.; EL MISMO, *RDPC*, (19), 2007, pp. 427-456. Desde un punto de vista temporal, la valoración de la peligrosidad criminal ha de referirse tanto al momento de decidir sobre la suspensión de la ejecución de la pena, como a las consecuencias de tal decisión. Y debe valorarse tanto la necesidad de ejecutar la pena para evitar la comisión de nuevos delitos, como los eventuales efectos criminógenos de aquella decisión. Ver, p. ej., STC 222/2007, 8 oct. (FJ 5). Ver también OSTENDORF, *NK*, 4ª ed., 2013, § 56, nm. 7; GROB, *MüKo*, t. 2, 2ª ed., 2012, § 56, nm. 49.

⁴⁰ Como, p. ej., destaca CID MOLINÉ (*La elección del castigo*, 2009, pp. 37 y 65), un modelo individualizado de castigo requiere que el juez cuente con una evaluación previa sobre el riesgo de reincidencia y los factores criminógenos de la persona. Ver también LARRAURI PIJOAN, «La necesidad de un informe social para la decisión y ejecución de las penas comunitarias», *Boletín Criminológico*, (139), 2012, pp. 1-5; LA MISMA, «¿Es necesario un informe social para decidir acerca de la pena? Una aproximación a la toma de decisiones judiciales», *Jueces para la Democracia*, (73), 2012, pp. 105-119; LA MISMA/ZORRILLA MARTÍNEZ, «Informe social y supervisión efectiva en la comunidad: especial referencia a delitos de violencia de género ocasional», *InDret*, (3), 2014. CID clasifica los métodos de evaluación del riesgo existentes en clínicos, actuariales y métodos basados en el análisis o evaluación de riesgo y necesidades y, más adelante, expone las pautas seguidas en la jurisprudencia para decidir sobre la suspensión de la ejecución de la pena; ver *La elección del castigo*, pp. 38-41, 64 ss. Ver también SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, 2003, pp. 87 ss., especialmente, pp. 96 ss.; MARTÍNEZ GARAY, «La incertidumbre de los

elementos mencionados en el párrafo segundo del art. 80.1. Todo ello permite otorgar a la prevención general un protagonismo igual o superior al que tenía antes de la reforma.⁴¹

6. La enorme diversidad de las situaciones en las que se plantea la posibilidad de acordar la suspensión de la ejecución, hace imposible ni siquiera ensayar la respuesta que entendemos que debe darse a cada una de ellas. Pero sí queremos concluir este trabajo intentando concretar un poco más las ideas expuestas hasta aquí, en relación con los grupos de casos que, con los correspondientes matices, más habitualmente se presentan en la práctica:

A) Casos en los que es razonable esperar que la ejecución de la pena no es necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos y, además, aquélla aparece como un factor criminógeno que dificulta un proceso de desistimiento y resocialización directamente relacionado con las circunstancias personales del penado y su entorno familiar, laboral y social. En estos supuestos, en principio, la eficacia preventiva general intimidatoria asociada a la ejecución de la pena no proporciona un saldo preventivo global mejor que el saldo que suministra la suspensión de la ejecución, especialmente cuando la función preventiva se refiere a delitos que suelen cometerse en circunstancias en las que la eficacia intimidatoria de la ejecución de la pena es reducida (v. gr. por tratarse de delitos que no van precedidos de un proceso reflexivo sobre sus consecuencias).⁴² En situaciones como la descrita, me parece muy discutible si la ejecución de la pena es capaz de producir un efecto preventivo general positivo, pues la consideración de los

pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad», *InDret*, (2), 2014; ARMAZA ARMAZA, *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, 2013, pp. 88-119. En relación con el método que debe seguirse al realizar este pronóstico, la relevancia de las meras intuiciones, los estudios estadísticos y la necesaria ponderación de los factores criminógenos y los que favorecen la resistencia al delito, ver, así mismo, OSTENDORF, *NK*, 4ª ed., 2013, § 56, nm. 19-22; STREE/KINZIG, *Schönke/Schröder*, 29ª ed., 2014, § 56, nm. 15a-15d, con referencias al método clínico, estadístico o actuarial, y a la posibilidad de combinarlos, pero destacando que, en la práctica diaria muy pocas veces se utilizan informes criminológicos, a pesar de que desde hace tiempo la investigación criminológica se esfuerza en desarrollar procedimientos seguros de realizar un pronóstico. El pronóstico sobre la peligrosidad criminal no debe limitarse a una simple valoración de una recaída, sino que debe averiguarse (1) cuán elevada es la posibilidad de cometer nuevos delitos, (2) de qué tipo de hechos se trata, frecuencia y gravedad, (3) qué medidas limitan el riesgo de futuros delitos, y (4) qué factores podrían aumentar este riesgo. Está claro que no puede exigirse la certeza sobre el comportamiento futuro del penado y sólo cabe realizar un pronóstico razonable referido a la comisión de nuevos delitos y a la influencia que pueda tener aquí la suspensión o la ejecución de la pena. El Tribunal y la sociedad deben estar dispuestos a asumir un riesgo, lo cual no comporta que sea irrelevante la mayor o menor solidez del pronóstico. El optimismo con el que a menudo se realiza este pronóstico al decidir sobre la suspensión de la ejecución de la pena contrasta de forma muy llamativa con el dato de que sólo una pequeña parte de los penados terminan el cumplimiento de la pena de prisión en régimen de libertad condicional; ver CID MOLINÉ/TÉBAR VILCHES, «Libertad condicional y delincuentes de alto riesgo», *REIC*, (8), 2010, pp. 1-23; CID MOLINÉ, «El incremento de la población reclusa en España entre 1996-2006: Diagnóstico y remedios», *REIC*, (6), 2008, pp. 1-31.

⁴¹ Cfr. MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, 3/78 y 29/50; BARQUÍN SANZ, «De las formas sustitutivas de la pena de prisión y de la libertad condicional», en MORILLAS CUEVA (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado*, 2015, pp. 229 ss.; ROIG TORRES, «Suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (arts. 80, 81 y 82)», en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, 2015, pp. 325-326; LA MISMA, «La suspensión de la pena en el proyecto de reforma del Código Penal. Un giro hacia el Derecho penal de autor», *Revista Penal*, (33), 2014, pp. 181 ss., 196; PUENTE SEGURA, *Suspensión y sustitución de las penas*, 2009, pp. 127 ss.; GARCÍA ALBERO, «La suspensión de la ejecución de las penas», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, 2015, pp. 145-146, considerando que “la suspensión se explica entera y exclusivamente en clave preventivo-especial negativa”, añadiendo que “a la conformación de tal pronóstico se enfila, exclusivamente, la valoración de los factores que luego recoge el artículo”. Ver también CARDENAL MONTRAVETA, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., 2015, pp. 311 ss.

⁴² Ver ROBINSON, *Principios distributivos del Derecho penal*, 2012, pp. 54 ss.

efectos contraproducentes de una pena innecesaria desde el punto de vista preventivo especial difícilmente se identificarán por la mayoría de ciudadanos con los propios de la respuesta del Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho a la comisión de un delito, sobre todo cuando (a) el efecto preventivo general que pudiera asociarse a la ejecución de la pena puede satisfacerse parcialmente imponiendo alguna de las “prestaciones o medidas” previstas en el art. 84 CP,⁴³ (b) se refiera a delitos de escasa gravedad, y (c) atendiendo a la eficacia preventiva de la ejecución de la pena o a las consecuencias del delito, aquélla se perciba como una respuesta desproporcionada. En relación con el régimen general de la suspensión de la ejecución de la pena, el razonamiento expuesto conduce a la conclusión de que, cuando sí se asocien efectos criminógenos a la ejecución de la pena, en principio el saldo preventivo global de las distintas alternativas y, en su caso, el principio de proporcionalidad, justificarán la suspensión. El mismo razonamiento explica y justifica, también, el régimen previsto en el art. 80.5 CP (y antes en el art. 87 CP), para los supuestos en los que el delito se ha cometido a causa de la dependencia de las sustancias señaladas en el numeral 2.º del art. 20 CP.

B) Casos en los que es razonable esperar que la ejecución de la pena no es necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos, pero –atendiendo a las características del penado y de su entorno familiar, laboral y social, y a las consecuencias que aquí pueda tener el ingreso en prisión– éste no aparece como un factor criminógeno que dificulta un proceso de desistimiento y resocialización, porque no disminuirá de forma significativa los recursos de los que ya dispone el penado para vivir sin volver a delinquir, ni es previsible que provoque la aparición de otros factores que favorecen la comisión de nuevos delitos, pudiendo la ejecución de la pena facilitar, incluso, que el sujeto tome conciencia de los recursos de los que dispone y el desvalor de su comportamiento. En estos supuestos, en principio, la eficacia preventiva general (intimidatoria y positiva) asociada a la ejecución sí proporciona un saldo preventivo global mejor que el asociado a la suspensión, especialmente cuando la función preventiva se refiere a delitos respecto de los cuales –atendiendo a las circunstancias en las que suelen cometerse y a la trascendencia del reproche social que expresa en relación con quien venía disfrutando de una reputación social– la eficacia intimidatoria de la ejecución de la pena sí es significativa mientras que, por el contrario, es muy limitada la eficacia intimidatoria de las otras alternativas. En situaciones como la descrita, me parece que, además, la suspensión de la ejecución de la pena comportaría a menudo una limitación significativa de su eficacia preventiva general positiva, en la medida en que limita la expresión del desvalor que la mayoría atribuye al delito cometido y la correspondiente afirmación de los valores y principios que mayoritariamente se asocian al Derecho penal de un Estado social y de Derecho, sin que la suspensión de la ejecución de la pena sea capaz de desplegar una eficacia preventiva general similar a la de la ejecución, ni siquiera cuando se condiciona al cumplimiento de las “prestaciones o medidas” previstas en el art. 84 CP.

Sin embargo, la eficacia exclusiva o esencialmente preventiva general de la ejecución de la pena en los casos ahora analizados, la escasa gravedad del delito cometido –y al que va referida la

⁴³ No pueden desconocerse los efectos que, desde la perspectiva de la prevención general, despliegan ya la amenaza de la pena, el propio proceso penal, y la imposición de la pena, aunque en su determinación se hayan tenido en cuenta las necesidades de prevención especial y, eventualmente, también otras consideraciones de política criminal. Al respecto, ver, p. ej., OSTENDORF, *NK*, 4ª ed., 2013, § 56, nm. 16; STREE/KINZIG, *Schönke/Schröder*, 29ª ed., 2014, § 56, nm. 38; GROß, *MiKo*, t. 2, 2ª ed., 2012, § 56, nm. 22 y 23.

función preventiva del Derecho penal (aspecto cualitativo del saldo global) —, la inexistencia de un riesgo claro y significativo de su reiteración por parte de terceros (aspecto cuantitativo), y/o la valoración global de las consecuencias del delito (incluidas las derivadas del comportamiento posterior al delito), pueden conducir a la conclusión de que aquélla infringe el principio de proporcionalidad. Además de limitar la eficacia preventiva general positiva de la ejecución de la pena, ello determinaría la ilegitimidad de ésta, debido al significado de aquel principio garantístico como parte de la función de la pena en un Estado social y democrático de Derecho. Nótese que, aquí, la preferencia que admitimos que se pueda acabar otorgando a la función de prevención especial en el momento de decidir sobre la suspensión de la ejecución de la pena — con la correspondiente limitación de su función preventiva general — no se justifica sólo en las dificultades de su determinación. Se justifica, también y fundamentalmente, en la vigencia del principio de proporcionalidad. Como apuntábamos antes, esto obliga a tomar en consideración el grado de peligro de que otras personas cometan el correspondiente delito (aspecto cuantitativo de saldo global), junto con la propia gravedad de aquél (aspecto cualitativo). La relevancia de la gravedad del delito en relación con la proporcionalidad de la decisión sobre la suspensión de la ejecución explica los diferentes límites establecidos por el legislador español en el art. 80 CP en cuanto a la duración de las penas cuya ejecución puede suspenderse, así como el distinto régimen previsto por el legislador alemán en relación con las penas de hasta seis meses, uno y dos años. Pero esto no ha de llevar a desconocer la relevancia que circunstancias ajenas a la gravedad del delito cometido pueden tener en la determinación de la duración de la pena, y la necesidad de valorar también este dato al decidir sobre la suspensión de su ejecución. Sólo cuando se considere que es insuficiente la consideración otorgada al determinar la duración de la pena a las circunstancias personales y/o a las valoraciones de política criminal que justifican algunas atenuantes, deberán tenerse también en cuenta al decidir sobre la suspensión de su ejecución.⁴⁴

7. Como se desprende de todo lo dicho hasta aquí, rechazamos la conclusión de que —debido al tenor literal de la nueva regulación, al principio de proporcionalidad, y/o con otro fundamento— el régimen legal de la suspensión de la ejecución de la pena deba interpretarse otorgando siempre preferencia a la prevención especial. Tampoco cuando se trate de penas de hasta dos años. Pero, a

⁴⁴ Su relación con la función de la pena explica la relación entre los criterios utilizados para la determinación de su duración y los que rigen al decidir sobre su ejecución, pero ello no supone que esos criterios sean idénticos, ni que las circunstancias que se han considerado relevantes al determinar la duración de la pena sean tomadas de nuevo en consideración al decidir sobre su ejecución. Considerando que, en relación con las circunstancias especiales que deben concurrir para suspender las penas de más de un año, es irrelevante si tales circunstancias ya se han tomado en consideración al fijar la duración de la pena, ver STREE/KINZIG, *Schönke/Schröder*, 29ª ed., 2014, § 56, nm. 25 y 37. Estos autores destacan (*op. cit.*, § 56, nm. 6) que la determinación de la clase y duración de la pena debe hacerse con independencia de la posibilidad de suspender su ejecución. Sobre esta cuestión, ver también OSTENDORF, *NK*, 4ª ed., 2013, § 56, nm. 5; GROß, *MiKo*, t. 2, 2ª ed., 2012, § 56, nm. 2 y 11. Que la decisión sobre la clase y duración de la pena y la decisión sobre su ejecución deben distinguirse y ofrecen vías distintas para satisfacer la función del Derecho penal, se advierte si tenemos en cuenta que, como ya hemos indicado, el § 47 StGB dispone que sólo se impondrán penas privativas de libertad de menos de 6 meses cuando ello sea inevitable para influir en el autor o para la defensa del Ordenamiento jurídico, mientras que el ap. 3º del § 56 limita a las penas de 6 meses o más la posibilidad de que la defensa del Ordenamiento jurídico exija la ejecución de la pena: la defensa del Ordenamiento jurídico exige la imposición de penas de menos de 6 meses, pero no exige su ejecución, pero en relación con penas más graves la mera imposición de una pena privativa de libertad puede ser insuficiente para la defensa del Ordenamiento jurídico. Sobre la autonomía de la decisión sobre la suspensión de la ejecución de la pena frente a la decisión sobre la clase de pena y su duración, Ver STREE/KINZIG, *Schönke/Schröder*, 29ª ed., 2014, § 56, nm. 1. Ver también OSTENDORF, *NK*, 4ª ed., 2013, § 56, nm. 1; GROß, *MiKo*, t. 2, 2ª ed., 2012, § 56, nm. 2 y 11.

pesar de que el saldo preventivo global de la ejecución de la pena sería mejor que el saldo preventivo global de la suspensión, y de que aquélla no representa un factor criminógeno en relación con el penado, en principio, si no hubiera entre el saldo preventivo global de las distintas alternativas una gran diferencia, por no existir una amenaza clara y significativa de la comisión de nuevos delitos por parte de terceras personas, el principio de proporcionalidad obligará a suspender la ejecución de las penas privativas de libertad de hasta un año, salvo cuando la relevancia otorgada a las circunstancias ajenas a la gravedad del hecho en el momento de determinar la duración de la pena, y la valoración de tales circunstancias, permitan afirmar que su ejecución no es desproporcionada.⁴⁵

Dicho de otro modo: a pesar de que concurren los requisitos previstos por el legislador para acordar la suspensión de la ejecución de la pena, la función de prevención general justificará la ejecución de penas de duración inferior a un año cuando no se asocien a ella efectos criminógenos en relación con el penado, y la ejecución no pueda considerarse desproporcionada, atendiendo (a) a la existencia de un riesgo claro y significativo de la comisión de nuevos delitos por parte de terceros, o (b) a la gravedad del delito, que no se refleja en la duración de la pena impuesta, por haberse determinado ésta otorgado un gran protagonismo a otras circunstancias (v. gr. la reparación del daño, o la conformidad con el escrito de la acusación). No cuestionamos aquí la justificación político criminal de la relevancia que el legislador permite otorgar a estas circunstancias en el momento de la determinación de la duración de la pena, ni negamos la relevancia que puedan tener también en relación con la función preventiva de la pena, ni la importancia que tiene la duración de la pena al decidir sobre la suspensión de su ejecución. Pero —como venimos reiterando— todo ello no impide valorar este dato atendiendo a las circunstancias que han servido para su determinación y, en definitiva, resolver sobre la suspensión de la ejecución de la pena atendiendo al saldo preventivo global de las distintas alternativas y al significado del principio de proporcionalidad como límite a la función preventiva del Derecho penal.

Lo anterior comporta que, en principio, cuando se trate de penas de más de un año y no se asocien a su ejecución efectos criminógenos en relación con el penado —con el correspondiente conflicto entre las funciones de prevención general y especial—, el saldo preventivo de las distintas alternativas —o, si se quiere, la función de prevención general— sí justificará la ejecución de la pena y, por lo tanto, que se deniegue su suspensión. La ausencia de peligrosidad criminal del sujeto pasará a ser relevante para determinar las condiciones de cumplimiento de la pena, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación penitenciaria.⁴⁶ Como hemos indicado ya,

⁴⁵ La relevancia de circunstancias ajenas a la gravedad del hecho en la determinación de la duración de la pena dependerá de la regulación que en cada momento y lugar haya establecido el legislador y, más concretamente, de la amplitud de los marcos penales, del margen que se deje para el arbitrio judicial, de las circunstancias atenuantes y agravantes que se hayan previsto expresamente o puedan apreciarse por analogía, y de las funciones del Derecho penal y las consideraciones de política criminal que resulten aquí relevantes. Por eso, es muy difícil comparar la regulación legal de distintos países, y erróneo interpretar determinados aspectos de la regulación sobre la determinación de la pena (p. ej. la regulación de la suspensión de la ejecución de la pena) prescindiendo del conjunto de esta regulación (p. ej. prescindiendo de la regulación sobre la determinación de la duración de la pena, sobre la sustitución de la pena o sobre su ejecución) en cada momento.

⁴⁶ Si, pese a la escasa eficacia preventiva general de la amenaza de la pena prevista por el legislador, éste renuncia a endurecerla, es razonable pensar que el propio legislador ha querido que sea la ejecución de la pena la que

cuando sí se asocien efectos criminógenos a la ejecución de la pena, en principio, el saldo preventivo global de las distintas alternativas y, en su caso, el principio de proporcionalidad, justificarán la suspensión. Aunque no sea previsible que la ejecución de una pena de más de un año tenga efectos criminógenos en relación con el penado, en casos excepcionales, la importancia de las consecuencias perjudiciales que para él haya tenido la comisión del delito, o su disposición a limitar la gravedad de las consecuencias de éste, valoradas desde el punto de vista del principio de proporcionalidad, podrían justificar la suspensión de la ejecución de la pena.

4. Bibliografía

AGUADO CORREA (2014), «El principio de proporcionalidad en derecho penal. Especial consideración de los delitos de peligro abstracto», en LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *El principio de proporcionalidad penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 29 ss.

ALCÁCER GUIRAO (2002), «Prevención y garantías: conflicto y síntesis», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (25), pp. 5 ss.

——— (1998), «Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (51), pp. 365 ss.

ARMAZA ARMAZA (2013), *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, Comares, Granada.

BARQUÍN SANZ (2015), «De las formas sustitutivas de la pena de prisión y de la libertad condicional», en MORILLAS CUEVA (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado*, Dykinson, Madrid, pp. 223 ss.

BERNAL PULIDO (2014), «Proporcionalidad, derechos fundamentales y ley penal», en LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *El principio de proporcionalidad penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 93 ss.

BESIO HERNÁNDEZ (2011), *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia.

CARDENAL MONTRAVETA (2015), «¿Eficacia preventiva general intimidatoria de la pena? Consecuencias para la decisión sobre la suspensión de su ejecución», publicación próxima.

——— (2006), «Alternativas a la pena de prisión. Especial consideración de la suspensión de la ejecución y la sustitución», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO, *Nuevas tendencias en Política Criminal*, Reus - B de F, Madrid, Buenos Aires, pp. 17 ss.

produzca el efecto preventivo general que no despliega la mera amenaza de su imposición, especialmente en los casos en los que —por las circunstancias en las que suele cometerse el delito, o las características que suelen presentar quienes lo cometen— sólo la ejecución de la pena produce un efecto intimidatorio significativo. Atendiendo a la actual flexibilidad de la regulación sobre la ejecución de las penas de prisión de hasta cinco años, puede ser perfectamente razonable que el legislador opte por satisfacer la función preventiva general a través de la ejecución de la pena, en lugar de aumentar su duración.

——— (2015), «Comentario a los artículos 80 a 87», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 311 ss.

CASTIÑEIRA PALOU/RAGUÉS I VALLÈS (2014), «Three Strikes. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos», en LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *El principio de proporcionalidad penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 119 ss.

CID MOLINÉ (2009), *La elección del castigo. Suspensión de la pena o «probation» versus prisión*, 2009, Bosch, Barcelona.

——— (2008), «El incremento de la población reclusa en España entre 1996-2006: Diagnóstico y remedios», *Revista Española de Investigación Criminológica*, (6), pp. 1 ss.

——— (2007), «¿Es la prisión criminógena? (un análisis comparativo de reincidencia entre la pena de prisión y la suspensión de la pena)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (19), pp. 427 ss.

——— (2007), «Medios alternativos de solución de conflictos y Derecho penal», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (11), pp. 151 ss.

CID MOLINÉ/TÉBAR VILCHES (2010), «Libertad condicional y delincuentes de alto riesgo», *Revista Española de Investigación Criminológica*, (8), pp. 1 ss.

CUERDA ARNAU (2014), «Proporcionalidad penal. Libertad de expresión y efecto de desaliento. Su proyección sobre los nuevos tipos de apología», en LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *El principio de proporcionalidad penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 151 ss.

DE LA CUESTA ARZAMENDI (2002), «Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad en el Código penal español de 1995», en ECHANO BASALDÚA (coord.), *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, pp. 125 ss.

DEMETRIO CRESPO (1999), *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca.

DÍEZ RIPOLLÉS (2013), «El derecho penal simbólico y los efectos de la pena», en EL MISMO, *Política criminal y Derecho penal. Estudios*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 55 ss.

FEIJOO SÁNCHEZ (2014). *La pena como institución jurídica. Retribución y prevención general*, B de F, Buenos Aires y Montevideo.

——— (2007), «Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, (1).

FRISCH (2007), «Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas» (trad. de P. S. Ziffer), *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, (3).

GARCÍA ALBERO (2015), «La suspensión de la ejecución de las penas», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, 2015, pp. 143 ss.

GARCÍA PÉREZ (2007), «La racionalidad de la proporcionalidad en sistemas orientados a la prevención especial», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (9), 9º artículo.

GONZÁLEZ BILFUSS (2014), «El principio de proporcionalidad en España», en LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *El principio de proporcionalidad penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 235 ss.

GRACIA MARTIN (coord.) (2006), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia.

GROß (2012), «§ 56», en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 2, 2ª ed., C. H. Beck, Múnich, pp. 527 ss.

HASSEMER (2012), «El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales», en VON HIRSCH ET AL. (dirs. de la edición alemana)/ROBLES PLANAS (dir. de la edición española), *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, pp. 193 ss.

JESCHECK (1981), *Tratado de derecho penal. Parte General* (trad. de la 3ª ed. y notas de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde), t. II, Bosch, Barcelona.

JORGE BARREIRO (2005), «Reflexiones sobre la compatibilidad de la regulación de las medidas de seguridad en el CP de 1995 con las exigencias del Estado de Derecho», EL MISMO (coord.), *Libro homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 565 ss.

LARRAURI PIJOAN (2012), «La necesidad de un informe social para la decisión y ejecución de las penas comunitarias», *Boletín Criminológico*, (139), pp. 1 ss.

——— (2012), «¿Es necesario un informe social para decidir acerca de la pena? Una aproximación a la toma de decisiones judiciales», *Jueces para la Democracia*, (73), pp. 105 ss.

LARRAURI PIJOAN/ZORRILLA MARTÍNEZ (2014), «Informe social y supervisión efectiva en la comunidad: especial referencia a delitos de violencia de género ocasional», *InDret Revista para el análisis del Derecho*, (3).

LASCURAÍN SÁNCHEZ (2014), «Cuándo penar, cuánto penar», en LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *El principio de proporcionalidad penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 285 ss.

LUZÓN PEÑA (2012), *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

——— (1991), «Prevención general, sociedad y psicoanálisis», en EL MISMO, *Estudios penales*, PPU, Barcelona, pp. 261 ss.

——— (1991), «Alcance y función del Derecho penal», en EL MISMO, *Estudios penales*, PPU, Barcelona, pp. 15 ss.

——— (1991), «Principio de igualdad, Derecho penal de hecho y prevención especial: equilibrio y tensiones», en EL MISMO, *Estudios penales*, PPU, Barcelona, pp. 295 ss.

——— (1979), *Medición de la pena y substitutivos penales*, Universidad Complutense, Madrid.

MAPELLI CAFFARENA (2011), *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., Civitas, Madrid.

MARTÍNEZ GARAY (2014), «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, (2).

DE LA MATA BARRANCO (2014), «La actuación proporcionada: una exigencia de la finalidad preventiva del Derecho penal», en LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *El principio de proporcionalidad penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 203 ss.

MEDINA ARIZA (2011), *Políticas y estrategias de prevención del delito y seguridad ciudadana*, Edisofer – B de F, Madrid, Buenos Aires, Montevideo.

MIR PUIG (2015), *Derecho penal. Parte general*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona.

——— (2011), *Bases constitucionales del Derecho penal*, Iustel, Madrid.

——— (2009). «El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de los límites materiales del Derecho penal», en CARBONELL MATEU ET AL. (dirs.), *Derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1357 ss.

——— (1994), «¿Qué queda en pie de la resocialización?», en EL MISMO, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, pp. 141 ss.

——— (1994), «Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva», en EL MISMO, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, pp. 129 ss.

——— (1994), «Problemática de la pena y seguridad ciudadana», en EL MISMO, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, pp. 115 ss.

——— (1982), *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª ed., Bosch, Barcelona.

——— (1978), *Introducción a las bases del Derecho penal*, Bosch, Barcelona.

MIRÓ LLENARES/BAUTISTA ORTUÑO (2013), «¿Por qué cumplimos las normas penales? Sobre la disuasión en materia de seguridad vial», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, (4).

MUÑOZ DE MORALES ROMERO (2014), «El principio de proporcionalidad en el derecho penal europeo: Un puzle con muchas piezas», en LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *El principio de proporcionalidad penal, Ad-Hoc*, Buenos Aires, pp. 359 ss.

NAVARRO FRÍAS (2014), «El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios?», en LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *El principio de proporcionalidad penal, Ad-Hoc*, Buenos Aires, pp. 417 ss.

NEUMANN (2012), «El principio de proporcionalidad como principio limitador de la pena», en VON HIRSCH ET AL. (dirs. de la edición alemana)/ROBLES PLANAS (dir. de la edición española), *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, pp. 201 ss.

ORTIZ DE URBINA (2012), «Política criminal contra la corrupción: Una reflexión desde la teoría de la pena (o viceversa)», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, San Pablo, pp. 385 ss.

OSTENDORF (2013), «§ 56», en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.), *NomosKommentar. Strafgesetzbuch*, t. 1, 4ª ed., Nomos, Baden-Baden, pp. 2030 ss.

PEÑARANDA RAMOS (2006), «Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del delito», en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/GARCÍA AMADO, *Estudios de filosofía del derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 231 ss.

PÉREZ MANZANO (1997), «Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena», en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, pp. 73 ss.

——— (1986), *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid.

PUENTE SEGURA (2009), *Suspensión y sustitución de las penas*, La ley, Madrid.

RADBRUCH (1992), «El relativismo en la filosofía del Derecho», en EL MISMO, *Relativismo y Derecho* (trad. de L. Villar Borda), Temis, Santa Fe de Bogotá, pp. 1 ss.

ROBINSON (2012), *Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida* (trad. e introducción de M. Cancio e I. Ortiz de Urbina), Marcial Pons, Madrid, Buenos Aires, Barcelona.

ROBLES PLANAS (2012), «Introducción a la edición española. Dogmática de los límites al Derecho penal», en VON HIRSCH ET AL. (dirs. de la edición alemana)/ROBLES PLANAS (dir. de la edición española), *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, pp. 19 ss.

ROIG TORRES (2015), «Suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (arts. 80, 81 y 82)», en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 323 ss.

——— (2014), «La suspensión de la pena en el proyecto de reforma del Código Penal. Un giro hacia el Derecho penal de autor», *Revista Penal*, (33), pp. 170 ss.

ROXIN (2006), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. I, 4ª ed., C. H. Beck, Múnich.

RUSCONI (2014), «¿Las relaciones de proporción como ejes estructurales del sistema de imputación?», en LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *El principio de proporcionalidad penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 471 ss.

SÁNCHEZ-OSTIZ (2014), «Sobre la proporcionalidad y el “principio” de proporcionalidad en derecho penal», en LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *El principio de proporcionalidad penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 511 ss.

——— (2012), *Fundamentos de Política criminal*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, San Pablo.

SANZ MORÁN (2005), «Sobre la justificación de las medidas de corrección y seguridad», en JORGE BARREIRO (coord.), *Libro homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, pp. 969 ss.

——— (2003), *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, Lex Nova, Valladolid.

SANZ MULAS (2000), *Alternativas a la pena privativa de libertad*, Colex, Madrid.

SILVA SÁNCHEZ (2007), «La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): Un primer esbozo», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, (2).

——— (2006), «Del Derecho abstracto al Derecho “real”. Recensión a Günther Jakobs, *La pena estatal: significado y finalidad* (trad. de M. Cancio y B. Feijóo), 2006», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, (4).

——— (2001), «El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos», en ARROYO ZAPATERO/BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (dirs.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*, t. I, Universidad de Salamanca, Salamanca, pp. 699 ss.

——— (2000), «¿Política criminal del legislador, del Juez, de la administración penitenciaria? Sobre el sistema de sanciones del Código penal», en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, Grijley, Perú, pp. 247 ss.

——— (1996), «Eficacia y Derecho Penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (49), 1996, pp. 93 ss.

——— (1992), *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, J.M. Bosch Editor, Barcelona.

STREE/KINZIG (2014), «§ 56», en SCHÖNKE/SCHRÖDER ET AL., *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29ª ed., C. H. Beck, Múnich, pp. 874 ss.

STERNGERG-LIEBEN (2014), «Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal», en LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *El principio de proporcionalidad penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 535 ss.

URRUELA MORA (2009), *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad*, Comares, Granada.

5. Tabla de jurisprudencia citada

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STC, 2ª, 8.10.2007	222/2007	Guillermo Jiménez Sánchez
STC, Pleno, 20.09.2012	160/2012	Luis Ignacio Ortega Álvarez
AAP Barcelona, Secc. 10ª, 20.03.2009	-	-
AAP Barcelona, Secc. 9ª, 21.05.2012	-	Adrià Rodés Mateu
AAP Barcelona, Secc. 9ª, 28.06.2012	-	Adrià Rodés Mateu
STS, 2ª, 12.05.2008	-	Javier Arzúa Arrugaeta
AAP Palma de Mallorca, Secc. 1ª, 28.10.2013	-	-
AAP Palma de Mallorca, Secc. 1ª, 10.12.2013	-	-
AAP Málaga, Secc. 2ª, 3.11.2014	-	Carmen Soriano Parrado
AAP Málaga, Secc. 2ª, 19.11.2014	-	Carmen Soriano Parrado