

como efecto o consecuencia jurídica. Estamos hablando, en definitiva, de la privación de bienes jurídicos prevista en la ley e impuesta por los órganos judiciales competentes al responsable de un delito. Privación de los tres derechos que constituyen y justifican la existencia del Estado moderno: *la vida*—negada con la pena de muerte—, *la libertad*—con la pena privativa de libertad—, y *la propiedad*—con las multas o penas patrimoniales—.

En este sentido, y como ejemplo, la norma que prohíbe el homicidio (art. 138) tiene como *supuesto de hecho* una situación en que sea físicamente posible al destinatario (o destinatarios) —que seríamos todos nosotros— matar a una persona, entendida la situación en circunstancias normales. Es decir, que no concurren circunstancias especiales como el que esa persona sea un suicida y solicite la muerte —pues aquí concurriría otra norma, la prohibitiva del llamado homicidio-suicidio, en la que se sumergirían los supuestos de eutanasia—, que nos encontremos amenazados y podamos defendernos legítimamente, el que sea un condenado a muerte, etc. *La consecuencia jurídica*, de su parte, sería la pena de prisión de 10 a 15 años.

II. TEORÍAS DE LA PENA

1. INTRODUCCIÓN

La aparición de la pena coincide con la aparición del propio Derecho penal. Es, por tanto, la más antigua, a la vez que más importante, de las consecuencias jurídicas del delito. Su existencia, y sobre eso no hay dudas ni desavenencias doctrinales, se debe a la necesidad abstracta y absoluta que de sanciones penales en todas las épocas y en todas las culturas ha existido. El consenso no se da, sin embargo, a la hora de dar respuesta a la cuestión de cuáles son, concretamente, los fines perseguidos por la sanción penal.

La privación o limitación de derechos fundamentales que la pena siempre comporta, no puede ser una alicción gratuita. Es evidente que el Derecho penal interviene y molesta, pero ¿tales inconveniencias merecen realmente la pena? Nos enfrentamos a la misma cuestión que ROXIN, en su artículo «Sentido y límites de la pena estatal», formuló hace ya más de 20 años, y que la doctrina y jurisprudencia han intentado, y siguen intentando, dar respuesta. ¿Cómo y bajo qué presupuestos puede justificarse que el grupo de hombres asociados en el Estado prive de libertad a alguno de sus miembros o inter venga de otro modo, conformando su vida, en su existencia social? En pocas palabras, ¿para qué castigar? Nos situamos frente al siempre adusto campo de las teorías de la pena.

En tal sentido, ha sido la doctrina filosófico-jurídica la encargada, a través de sus diversas Escuelas, de elaborar las distintas teorías con pretensiones de funda-

mentar y buscarle un fin a la pena —y con ello, no lo olvidemos, al propio Derecho penal que la prevé como consecuencia—. Intentos de legitimación que, normalmente, se han desarrollado siguiendo alguna de estas dos grandes corrientes: la abolicionista y la justificacionista.

2. LA VÍA ABOLICIONISTA

Sus defensores —que siguen siendo una minoría— rechazan toda posibilidad de legitimación, lo que sin duda llevaría a proponer la abolición del propio Derecho penal. Es la corriente teórica que, dada principalmente en la Europa occidental, efectúa una crítica radical a todo el sistema de justicia penal y plantea su rechazo. Y, entre otras cuestiones, consideran ilegítimo al Derecho penal por estimar que roba el conflicto a las personas directamente implicadas en él, condenando a seres concretos a enormes sufrimientos por razones impersonales y ficticias. Su pretensión es, en definitiva, la de devolver el conflicto a su «legítima propietaria»: la víctima.

Sus propuestas son de lo más variado, y van desde el radicalismo propugnado por autores como MATHIESEN o MAX STRUNER, y su «*individualismo anarquista*» —donde no sólo no se justifican las penas, sino ni tan siquiera las prohibiciones y los juicios penales—, hasta las posiciones más moderadas donde, a pesar de rechazar frontalmente la existencia del Derecho penal, admiten otras formas de control social. Son doctrinas moralistas y solidarias que cuentan con autores como CHRISTIE, HULSMAN, GODWIN, BAKUNIN, KROPOTKIN, MOLINARI y MALATESTA.

Es de destacar, sin duda, el esfuerzo de estos planteamientos teóricos en pos de la humanización del sistema penal con la crítica a sus aspectos negativos; sin embargo, finalmente no constituyen más que soluciones utópicas incompatibles con el grado de complejidad y desarrollo alcanzado en las sociedades modernas. No es más que un elenco de buenas intenciones coherentes únicamente con modelos de sociedades más simples. Y es que, hoy por hoy, y por mucho que nos gustaría el que no fuera así, la pena y el Derecho penal son dos realidades tristemente necesarias. No nos queda sino que justificar su existencia. Esa es, precisamente, la función llevada a cabo por la otra gran corriente doctrinal: la justificacionista.

3. LA VÍA JUSTIFICACIONISTA

Los que siguen esta dirección —que al día de hoy son la mayoría— tratan de revestir el mal de la pena de la calidad de bien, o de mostrarlo como un mal útil, un mal menor. Justifican por tanto su existencia, y de ahí viene su denomina-

ción. El problema es que, al respecto, a lo largo de la historia la doctrina penal sólo ha satisfecho la justificación del Derecho penal de forma parcial, y con explicaciones de lo más dispar, por lo que no cabe hablar de una única doctrina justificacionista sino de varias. En tal sentido, son tres los grupos de teorías a que haremos referencia: las teorías absolutas, las teorías relativas y las teorías unitarias.

3.1. Las teorías absolutas. La retribución

Estas teorías rechazan la búsqueda de fines fuera de la propia pena. Para ellas la pena se agota en sí misma, en cuanto mal impuesto a un sujeto por la comisión de un delito. La pena es retribución —castigo— del mal cometido con el delito. O lo que es lo mismo, a su tenor es una exigencia de justicia que el delito, como mal que es, se castigue con otro mal; esto es, con el mal que siempre implica la imposición de una pena. La finalidad esencial de la pena se agota, por tanto, en el castigo del hecho cometido. Estamos, en definitiva, ante un fiel reflejo de la Ley del Talión y su «ojo por ojo y diente por diente».

Para sus defensores, desde un prisma jurídico, el pretender buscar otro fin ajeno a la mera retribución del delito cometido conllevaría el instrumentalizar al hombre en la búsqueda de fines que le son ajenos —ej. intimidar a los demás—, con lo que se le estaría equiparando a una cosa, lo cual es contrario a su dignidad humana. La Justicia, a su juicio, no puede hacerse depender de conveniencias utilitarias —instrumentales— de cada momento, sino que se impone con carácter absoluto; de ahí su nombre de «teorías absolutas».

Estas teorías, donde confluyen la tradición filosófica del idealismo y la tradición cristiana, también son conocidas como «clásicas» por las formulaciones que de ella hicieron KANT y HEGEL —si bien antes fueron teorizadas por autores como KOHLER, STHAL, CAMPANELLA, SEIDEN, LEIBNIZ y GROENOVIST—. KANT sostiene la tesis de la pena como *retribución ética* justificada por el valor moral de la ley infringida por el culpable. Luego, para él, la ley penal se presenta como un «imperativo categórico». Como una exigencia incondicionada de la justicia, y, por tanto, libre de toda consideración utilitarista. HEGEL, de su lado, habla de *retribución jurídica* y, en base a ella, justifica la pena en la necesidad de reparar el Derecho con una violencia contraria que restablezca el orden violado. O lo que es lo mismo, para este autor la esencia de la pena está en la negación de la negación del Derecho. La «voluntad especial» del delincuente —el cual con su delito niega la «voluntad general» del Ordenamiento jurídico— es, a su vez, negada por la pena, «anulada».

Estas composiciones doctrinales, si bien muestran una clara lógica en el momento en que surgieron, son, sin embargo, inconcebibles en un modelo de Estado

social y democrático de Derecho como el nuestro. Para comenzar sólo aportan una explicación al porqué se castiga, es decir, al fundamento de la pena —el castigo del culpable proporcionado al delito cometido—, pero no aclaran el contenido de sus fines: para ellas la pena no persigue fin alguno. Además, y en todo caso, si la retribución parte de una base ética y nuestro actual modelo de Estado social y democrático de Derecho arranca de situar en el pueblo el origen de todo poder, puede asignarse a la pena otro fundamento y otra finalidad que la de hacer posible la convivencia a través de la lucha contra el delito?. En un Estado democrático como el nuestro las sentencias se pronuncian en nombre del pueblo y no en el de Dios, luego el Derecho sólo puede justificarse como medio de asegurar la convivencia. Esto es, como medio sujeto a fines ajenos al mal que la pena siempre comporta.

3.2. Las teorías relativas

Con ellas se busca, precisamente, el alcanzar fines externos a la propia pena: el evitar la comisión de nuevos hechos delictivos. En ellas la pena se orienta al futuro con la prevención de futuros delitos y no al pasado, como la retribución, que se limita a castigar por el hecho cometido sin buscarle ninguna finalidad posterior a la pena. Pretenden prevenir determinadas conductas para así mantener la convivencia social como algo históricamente determinado y, por ello, relativo; de ahí su denominación como teorías relativas. Porque mientras la justicia es absoluta las necesidades de prevención son relativas y circunstanciales.

Su denominación también como teorías utilitarias se debe a su consideración de la pena como necesaria para mantener ciertos bienes sociales. La pena no es un castigo del mal, sino un instrumento dirigido a prevenir futuros delitos; es algo «útil». Las teorías relativas, en cualquier caso, se subdividen en dos tipos según el sujeto/s a quien van dirigidas: prevención general y prevención especial.

3.2.1. La prevención general

Desde esta perspectiva, la pena se valora como dirigida a los miembros de la sociedad que pretende regular para que en el futuro, ante la amenaza de la pena, se abstengan de delinquir. Se concibe a la pena, en definitiva, como medio para evitar que sujan nuevos delinquentes de la sociedad.

En su primera versión, tal intimidación se pretendía conseguir a través de la ejemplaridad en la ejecución de la pena, lo que llevó a cometer excesos en ella

—léase ejecuciones públicas y especialmente dolorosas, penas corporales como los azotes, el apaleamiento, etc.,—. En la actualidad, sin embargo, tal intimidación se busca en los momentos anteriores en la vida de la pena, especialmente en la fase conminatoria o legislativa.

El primero en utilizarla en tal sentido moderno fue FEUERBACH, a principios del siglo XIX. Este autor, con su tesis de «la coacción psicológica», parte de estimar a la prevención general como *la intimidación que sobre la generalidad produce la amenaza abstracta en la ley de una pena*. Luego fija su atención en un momento distinto en la vida de la pena: el de su conminación legislativa. Momento en el que no basta con su reconocimiento interior, sino que se hace necesaria también su institucionalización con miras a asegurar la confianza en el funcionamiento del Derecho. La ejecución de la pena pasa, en consecuencia, a un segundo plano. Pasa a convertirse en una mera confirmación de que la amenaza iba en serio. Este es un plantamiento acogido en nuestro país por autores como GIMBERNAT, MUÑOZ CONDE, LUZÓN PEÑA y MIR PUIG.

La prevención general, desde el momento en que es así concebida, constituye una constante en el pensamiento penal llegando hasta nuestros días, en los que su estudio, lejos de perder importancia, se está revalorizando de forma visible. Es más, en las dos últimas décadas se le ha subclasificado en dos nuevas categorías: prevención general negativa y prevención general positiva.

La *prevención general negativa o intimidatoria* es la que se corresponde con la prevención general entendida como intimidación, que es la que hemos analizado. Y la *prevención general positiva o integradora*, de su lado, es aquella prevención que busca estabilizar la confianza de la comunidad en el Derecho, provocar una actitud de respeto por el Derecho.

Esta «versión» de la prevención general se dirige a toda la comunidad propugnando la inhibición a realizar determinadas conductas a través de la internalización, o interiorización, del sentimiento jurídico de la comunidad. O lo que es lo mismo, para esta concepción de la pena el Derecho penal no debe reducirse a la intimidación de los potenciales delincuentes como sujetos que realizan cálculos racionales, sino que debe tratar de influir positivamente sobre el arraigo de las normas. Pretende alcanzar una verdadera afirmación y asentamiento social de las normas fundamentales mediante una actitud de respeto por el Derecho. Esta planteamiento es defendido por autores como HASSEMER y JAKOBS, y criticado, con razón, por autores como SILVA Y LUZÓN PEÑA, por estimado una actualización del pensamiento retribucionista y que, además, permite unas injerencias, del todo inaceptables, en la esfera de la actitud interna del ciudadano en la búsqueda de su adhesión al Derecho.

La prevención general, en definitiva, y sea como fuere, siempre ha existido, y nunca ha sido cuestionada la necesidad de una intimidación en la generalidad. Su problema, sin duda, radica en su falta de límites, pues en la ambiciosa búsqueda por intimidar a la generalidad se puede llegar incluso al terror penal. Unos límites que para algunos autores se encuentran profundizando en el propio contenido de la prevención general, y que para otros es necesario buscar fuera: en la prevención especial.

En el primer sentido se halla GIMBERNAT, para quien la propia prevención general se autolimitaría a sí misma si quiere realmente lograr un fin preventivo. La pena ha de ser proporcional a la gravedad del delito cometido, ha de guardar esta relación con el desvalor de la acción que quiere ser evitada para que la comunidad la sienta como justa y por ello, se vea intimidada a transgredir la norma. Sin embargo, esto a su vez puede crear numerosos problemas. Hay casos, como el de las niñas de Alcázar, sobre el que se ha vertido de forma especial la opinión pública y por ello, se requiere una pena «ejemplar». Se rompe el principio de igualdad frente a los otros delitos que, como éste, son especialmente horribles, pero que, sin embargo, no han llamado tanto la atención. La pena que se siente como justa por la colectividad es, por tanto, algo muy relativo y que depende, en demasiadas ocasiones, de la importancia que del concreto hecho den los medios de comunicación. Esto nos trae una consecuencia clara: la prevención general necesita limitarse por otros fines ajenos a ella misma. Necesita, en resumidas cuentas, de la prevención especial.

3.2.2. La prevención especial

Su desarrollo moderno se debe a BINDING quien, partiendo del fracaso de la amenaza abstracta que siempre supone la comisión de un nuevo delito, consideraba necesario justificar la pena con relación al sujeto que delinquiró. Para ello parte de considerar que la seguridad social, que se pretende lograr con toda medida de prevención, no se alcanza por medio de una amenaza abstracta sino vertido a la fuente productora del delito; esto es, a la voluntad del delincuente.

Apartándonos de lejanos precedentes, la prevención especial surge en la Ilustración y, aunque retrocede en el siglo XIX en favor de la retribución, renace con fuerza a finales de ese mismo siglo de la mano de tendencias como la «dirección moderna» de VON LISZT y su escuela —en lo que a Alemania se refiere—; el correccionalismo en España con DORADO MONTERO; y la Escuela Positiva en Italia con ALIMENA y CARNEVALE. Su punto álgido llega en los años sesenta con una de sus expresiones más acabadas en el Proyecto Alternativo alemán, redactado por un grupo de profesores alemanes como alternativa «progresista» al Proyecto Ofi-

cial de Código Penal de 1962, y claramente influencia por VON LISZT. A partir de aquí su progresión es imparable, apoyada sobre todo en el positivismo criminológico y su opción por el estudio de las causas de criminalidad, con el consiguiente traslado de los efectos de la pena sobre el delincuente, y en concreto la peligrosidad que con su hacer delictivo ha demostrado.

La prevención especial pretende evitar que aquel que ha delinquido vuelva a hacerlo. Es decir, en este caso pretende incidir no sobre los restantes miembros de la comunidad, tal y como hacía la prevención general, sino sobre aquel sobre el que ya hay un hecho cierto: ha cometido un delito. Es por ello una teoría imprescindible como forma de evitar delitos.

La finalidad de posibilitar la vida en comunidad, a través de la protección de bienes jurídicos realizada mediante la actuación sobre los que ya han delinquido, es una finalidad necesaria y absolutamente racional en una Estado social y democrático de Derecho. Sin embargo, este mismo modelo le impone unas limitaciones para evitar las penas indeterminadas, ya que esta finalidad —que hace depender la duración de la pena únicamente de la peligrosidad manifestada por el sujeto— llevaría a penas tan incoherentes como la imposición de una larga condena a quien realiza delitos contra la propiedad de escasa gravedad, pero lo hace de forma reincidente —ej. Un Lute de nuestro tiempo—, y la imposición, por otro lado, de una pequeña pena a quien, a pesar de realizar un macabro asesinato, no se prevé como posible que repita su actuación —ej. delitos como el de Puerto Urraco, resultado del odio visceral habido entre dos familias durante varias generaciones, y que, posiblemente, no se volvería a repetir sobre otras personas—.

Luego la prevención especial es insuficiente para proteger a la sociedad, ya que aquí no es relevante la gravedad del delito sino la posibilidad de que el delincuente vuelva a delinquir. Tampoco puede por sí sola justificar el recurso a la pena, pues a tenor de sus dictados en algunos casos ésta aparecería como no necesaria —por ej. el que mata a su esposa por celos—, en otros no sería posible y, finalmente, en ocasiones no sería lícita —ej. delincuentes de conciencia—. y sin embargo sería absurda la impunidad del sujeto. Se trata, por tanto, de una finalidad adecuada en un Estado social y democrático de Derecho como el nuestro, pero que ha de limitarse por las exigencias del propio modelo de Estado, y por la finalidad última de protección de bienes jurídicos que debe desempeñar el Derecho penal.

En conclusión, ninguna de las finalidades hasta ahora estudiadas justifican por sí sola la imposición de una pena, ya que mientras la retribución implica una ad-

misión de la Ley del Talión y no busca ninguna finalidad a la pena —algo inconcebible en un Estado social y democrático de Derecho—, la prevención general puede conllevar al terror penal en su búsqueda desesperada de intimidar a la colectividad, y la prevención especial implicaría, tomada también de forma absoluta, la admisión de la pena indeterminada —algo también inconcebible en nuestro modelo de Estado que alza como elementales los principios de seguridad jurídica y de legalidad—. Este es el motivo por el que la lucha de escuelas que tuvo lugar a principios de siglo en Alemania, en defensa de una u otra teoría unitaria, dejara paso a las teorías mixtas o eclécticas.

3.3. Las teorías mixtas o eclécticas

Estas teorías nacen, sobre todo a partir de MERKEL y VON HIPPEL, con la idea de unir los fines preventivos a los retributivos buscando la limitación entre ellos. Es decir, consideran que la retribución, la prevención general y la prevención especial son distintos aspectos del mismo fenómeno complejo pena. Entre ellas cabe distinguir, en todo caso, dos subgrupos: *las aditivas o unificadoras y las eclécticas*.

3.3.1. Las teorías aditivas o unificadoras

Para sus defensores la esencia de la pena es la retribución, y sobre esta base la pena pretende conseguir fines preventivos. Son teorías, por ello, muy frágiles, dado el carácter opuesto de las ideas retribucionistas y las preventivas y, además, el hecho de que consideren retributiva la esencia de la pena significa que están poniendo al día las teorías absolutas. En cualquier caso, al limitarse a acumular en una mera adición los puntos de vista particulares de las diversas opciones, sin establecer orden alguno entre ellas, en vez de solucionar los problemas que surgen entre las distintas teorías se limitaban a yuxtaponerlas con lo que los problemas se multiplicaban. Es el conocido como problema de *«las antinomias de la pena»*. O lo que es lo mismo, el reflejo de una evidencia: los fines de la pena persiguen cosas distintas y proceden de mundos distintos, por lo cual descansan en distintos presupuestos. Porque, y dejando aparte la retribución —por inadmisiblemente—, mientras la prevención general seguramente haría exigencia de una mayor pena, en aras a intimidar a la colectividad para que se abstenga de cometer un determinado delito; la prevención especial, de su parte, exigiría una respuesta punitiva menor, buscando resocializar al individuo que transgredió esa norma, o *vicerversa*. ¿Cuál sería entonces la solución?

3.3.2. *Las teorías dialécticas. La teoría unificadora dialéctica de ROXIN*

Con la idea de aportar una solución a tales eventuales conflictos, ROXIN puso en 1966 la conocida como «teoría unificadora dialéctica», aceptada entre otros por MIR, MUÑOZ CONDE y LUZÓN PEÑA. Esta teoría propone diferenciar los tres distintos momentos de la pena —amenaza, aplicación y ejecución— asignándole a cada uno de ellos fines parcialmente diferentes. Es decir, buscan diferenciar y cohesionar a un tiempo los fines de prevención general y de prevención especial en cada uno de los estadios de la norma, pero siempre —y aquí radica el criterio diferenciador— buscando el superar el planteamiento yuxtapositivo llevado a cabo por las teorías aditivas o unificadoras. Se pasa, en definitiva, de una concepción unitaria de la pena, independiente de los distintos momentos en que opera, a una perspectiva diferenciadora que distinga la función de la pena en cada uno de ellos: el momento de amenaza de la pena o legislativo, el judicial o aplicativo, y el ejecutivo o de cumplimiento de la pena.

De este modo, en la *fase conminatoria, legislativa o de amenaza de la pena* el fin a perseguir sería preventivo general, ya que aun no tenemos delincuente al que resocializar —la conminación penal es anterior al delito— y, por tanto, no hay posibilidad de incluir fines preventivo-especiales. Unas exigencias preventivo-generales que se verían satisfechas a través de la cantidad de pena que, de forma abstracta, se establece en el correspondiente marco penal como amenaza a la oportuna transgresión del bien jurídico allí protegido —ej. la amenaza abstracta de una pena de prisión de 10 a 15 años para el autor de un homicidio en el art. 138 del CP español—.

Cabría, en cualquier caso, también avistar en esta fase una cierta inclinación preventivo-especial, puesto es aquí donde se prevé el marco juego de dicha orientación —más concretamente en el seno de la determinación de la pena que luego aplicará el juez en la fase siguiente—. Es decir, el legislador a la hora de hacer las leyes también debe tener en cuenta los efectos perniciosos que esa pena prevista de forma abstracta sin duda va a provocar en el individuo que transgrede la norma, procurando evitarlos, en la medida de los posible, a través de figuras orientadas a la resocialización, o, al menos, a la no desocialización. Luego, orientaciones preventivo generales como finalidad prioritaria a perseguir, si bien con la estimación de «ciertas» consideraciones preventivo-especiales. El orden de las cosas así lo exige.

En la etapa *aplicativa, judicial o de imposición y medición de la pena* el fin preventivo general se concretaría en el hecho de que la imposición de la pena por el juez es la confirmación de la seriedad de la amenaza abstracta expresada por la

Ley. Esto es, la prueba de que la amenaza penal iba en serio. Porque el nivel de eficacia preventivo-general de un precepto, que duda cabe, depende directamente de su aplicación. En cualquier caso, el hecho de que un sujeto se vea implicado en un proceso penal, a causa de la comisión de un hecho delictivo, siempre lleva implícito un efecto intimidante para el resto de los miembros de la sociedad. El fin preventivo especial, de su parte, derivaría de la concreción de la pena dentro de los márgenes señalados por la Ley. Porque la individualización de la sanción penal siempre debe estar guiada por exigencias preventivo especiales; esto es, debe partir de la persona del reo, de sus concretas circunstancias, en búsqueda de su oportuna resocialización. Pero si ambos criterios, como hemos visto, generalmente son opuestos, ¿cuál debería prevalecer?

Al respecto, es constatable la diversidad de criterios doctrinales. Mientras unos creen que el criterio a tener en cuenta de forma prioritaria es el preventivo-general —basándose, para ello, en la supremacía de los intereses sociales sobre los individuales—; otros estimamos que deben prevalecer siempre los preventivo-especiales, pues partimos de considerar que el hecho de que en esta fase la pena produzca efectos preventivo generales no significa que estos deban ser buscados de propósito por el juez, ya que ésta no es una función consustancial a éste sino al legislador. Es más, el legislador al conminar una conducta, asignando una pena a su transgresión, ya tuvo en cuenta los correspondientes criterios preventivo-generales, pues éstos y no otros son los que le llevaron a catalogar como delictiva tal conducta. Luego, en la fase aplicativa los únicos efectos que deben ser buscados de propósito son los preventivo especiales o resocializadores, por mucho que la imposición de una pena a un sujeto concreto lleve inherentes ciertos efectos preventivo-generales sobre la colectividad.

Finalmente, en la etapa *penitenciaria, de ejecución o de cumplimiento* —que en esencia es la que en esta elaboración nos ocupa— la única finalidad a perseguir debe ser preventivo-especial. Las penas que implican la privación de libertad deben, por tanto, encaminarse hacia la resocialización del reo, entendida ésta como vida futura sin delitos, como buen comportamiento externo del delincuente, y por mucho que de forma interna esté el mismo en desacuerdo. De este modo, el paso de un grado a otro en nuestro sistema penitenciario se establece —o así debería hacerse— únicamente en función de exigencias preventivo-especiales. Exigencias que, de igual forma, explican la existencia de instituciones como la libertad condicional.

No debemos, no obstante, olvidar que el cumplimiento de la pena también posee consecuencias preventivo-generales, ya que la sociedad en general, al comprobar que efectivamente se le hace cumplir una pena al que realiza un delito,

se ve intimidada a seguirle el ejemplo. La ejecución se convierte, de esta manera, en la confirmación de los fines de los momentos anteriores, dado que si, de forma sistemática, no se cumplieran las penas previstas por el legislador desaparecería su potencial efecto intimidante. En cualquier caso, y al igual que ocurría en la fase anterior, el hecho de que también convergieran fines preventivo-generales no legitima a que éstos sean, en ningún caso, buscados de propósito. El único fin a perseguir en esta fase es, y siempre debe ser, el preventivo especial.

III. LA PENAL EN UN MODELO DE ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

1. CONCEPTO

Pese a todas estas afirmaciones —por otro lado absolutamente correctas— es dable, sin embargo, aseverar que la pena no tiene una definición general válida para cualquier lugar y en cualquier momento. Por el contrario, la pena es un concepto legal de cada código penal en particular, donde se alberga un catálogo de penas que la doctrina clasifica en virtud del bien jurídico sobre el que recaen. Un elenco de sanciones en cuya variación se reflejan los cambios vividos por el correspondiente modelo de Estado, y la justificación que éste hace de su propio Derecho penal.

La función que se asigna a la pena depende, en definitiva, y como ya hemos podido vislumbrar, de la función que se asigna al Estado, pues existe una vinculación valorativa entre ambos, de manera que la función de la pena descansa en la correspondiente Constitución. En este sentido, son notas características de la pena en una concepción moderna de Estado: el que la pena es un *mal* —por la privación o restricción de bienes jurídicos que siempre implica—; un *mal*, por otro lado, *necesario* —porque todo sistema que considera al hombre como elemento nuclear sólo puede recurrir a la pena cuando sea necesaria para el mantenimiento del sistema—; *debe estar prevista en la ley* —que actuará como garante de la seguridad jurídica o, lo que es lo mismo, en pro del principio de legalidad—; *impuesta y ejecutada conforme a ella* —la ley actúa como garante a lo largo del proceso y la ejecución—; *sólo se impondrá al responsable del delito* —responsabilidad penal personal—; y *únicamente estará dirigida hacia la prevención del delito* —como única finalidad coherente y racional, tal y como hemos visto, con el *ius puniendi* propio de un Estado social y democrático de Derecho— (BERDUGO).

En resumidas cuentas, una visión garantista en la utilización de la pena como algo indispensable en un sistema penal personalista como del que aquí se parte. Porque la pena, se siga la concepción que se siga, siempre es un mal, una consecuencia negativa para quien la sufre. Un instrumento, por todo ello, necesariamente sujeto a límites. Los límites derivados del modelo de Estado social y democrático de Derecho sobre el que se sustenta. Los límites, en definitiva, que cabe extraer de la Constitución que le sirve de marco (art. 1.1 CE).

2. LÍMITES

La Norma Constitucional, como declaración de la voluntad popular —sobre-rana— que es, contiene unas líneas programáticas generales y una serie de valores por los que el Ordenamiento jurídico al completo debe trabajar, y el Derecho penal en especial debe tutelar y proteger, y de los que, al mismo tiempo, sustrae tanto los presupuestos materiales y formales del *ius puniendi* como los límites a que éste se ve sometido. Una serie de valores que responden a la interiorización en el Derecho positivo de muchos de los viejos criterios y valores sustanciales de legitimación externa, expresados por las doctrinas ilustradas del derecho natural, y basados todos, en última instancia, en la dignidad humana y en la misma idea de Justicia. Principios que no es posible catalogar de forma cerrada, si bien se puede aseverar, sin temor a equivocación, que en la actualidad no cabría calificar de democrático a un Estado que al menos no asumiera las garantías de legalidad, lesividad, intervención mínima, culpabilidad y racionalización.

De estos principios, y por la conexión especialmente estrecha que mantienen con la sanción penal, cabría hacer específica alusión a:

2.1. El principio de legalidad

Según este principio la Ley no sólo es el fundamento de la condena impuesta al sujeto, sino también la protección de éste ante los excesos; esto es, una garantía de equidad y control. Porque para la existencia de un delito y la aplicabilidad de una pena es necesaria la previsión del uno y de la otra por parte de la ley penal, y más exactamente la prohibición del primero y la prescripción de la segunda. Este principio viene recogido específicamente en el art. 25.1 CE:

Art. 25.1 CE: «Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento [...]».