

*Arturo GONZÁLEZ DE LEÓN BERINI*

---

## LA CONCRECIÓN DEL CASTIGO

El ejercicio legítimo del arbitrio judicial  
en las decisiones individualizadoras,  
desde un enfoque fenomenológico

*Tesis doctoral*

*dirigida por:*

*Prof. Dr. Dr. h.c. Carlos PÉREZ DEL VALLE (director)*

*Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (codirector)*

*Universitat Abat Oliba CEU*

**FACULTAT DE CIÈNCIES SOCIALS**

*Programa de Doctorado en Humanidades y Ciencias Sociales*

*Departamento de Derecho y Ciencias Políticas*

---

2017



A Clara, por su amor incondicional y  
su paciente compañía en esta vida.  
Y a Blanca y Claudia, el fruto de  
nuestra unión: ¡qué felicidad!



## Resumen

La presente tesis doctoral tiene como objetivo principal acometer un estudio renovador, interdisciplinar y en profundidad sobre una de las cuestiones hoy más paradójicas en la ciencia del Derecho penal: la llamada individualización judicial de la sanción. Ello es así porque, por un lado, la decisión del órgano sentenciador, que concreta el castigo, tiene una gran importancia para la vida del reo –¿acaso es lo mismo uno que cuatro años de prisión, con todas las secuelas que pueden derivarse? Y, de otra parte, sin embargo, no existe un tratamiento doctrinal o jurisprudencial de la materia que sea acorde con el estatuto procesal y material de dicha función, a la que JESCHECK se refiere como el verdadero “cénit” de la actividad forense.

La investigación se divide en tres bloques sucesivos, que no en vano corresponden con la estructura interna de mi trabajo. En primer lugar, tras una visión crítica del panorama actual, planteo la necesidad de un cambio de paradigma “instrumental”, y de este modo sugiero una aproximación conceptual y sistemática propia al tema. Luego centro el análisis en sus vertientes iusfilosófica y “adjetiva” (poco desarrolladas hasta el momento): la concreción del castigo es un proceso decisorio del juez *a quo*, quien ejerce –aquí especialmente– un amplio margen de arbitrio, y por ende debe estar sometido al control *ad quem* para revisar su licitud. Por último, frente a los diversos intentos de racionalizar tal labor (de carácter teleológico o dogmático), propongo un método alternativo al respecto: la fenomenología jurídica como una “herramienta” para cuantificar la pena, en busca de criterios intersubjetivos que sean aceptables por la “*communis opinio*”.

## Abstract

*The doctoral dissertation mainly aims at undertaking a renewing, interdisciplinary and in-depth study about one of the most paradoxical questions in Criminal Law nowadays: the so-called "sentencing phase of trial". Why so? On the one hand, since this judicial decision specifying a due punishment has a significant importance for the convict's life: or is it the same serving one or four years in prison –taking into consideration all the attached effects to it? However, on the other hand, there is no academic or case-law treatment of the subject-matter that is in real accordance with the procedural and material status of the above-said task, to which JESCHECK refers as the genuine "peak" of judges' activity.*

*My research is here divided in three successive parts, now corresponding to the internal structure of the work. First of all, after a critical review of the current scenario, I advocate the need for an "instrumental" turnaround, thus suggesting my own (conceptual and systematic) approach to this issue. I later focus the analysis on its philosophical and "adjective" aspects, which have been little addressed until now: concrete sentencing is a decision-making process of the judge *a quo*, who exercises –specially at this point– a broad margin of discretion; therefore, it must be controlled by an *ad quem* court making sure of its legality. Finally, before several attempts to "rationalize" it (teleological or dogmatic), I propose another method: legal phenomenology as a "tool" for quantifying a punishment, in search of intersubjective criteria ready to be passable by the "*communis opinio*".*

## **Resum**

*La present tesi doctoral té com a objectiu primordial escometre un estudi renovador, interdisciplinari, i en profunditat, sobre una de les qüestions avui dia més paradoxals en la ciència del Dret penal: l'anomenada "individualització judicial de la sanció". Això és així perquè, per una banda, la decisió de l'òrgan sentenciador, que concreta el càstig, té una gran importància per a la vida del delinqüent –o, per ventura, és el mateix un que quatre anys de presó, amb totes les conseqüències que poden derivar-se? I de l'altra, però, no hi ha un tractament doctrinal o jurisprudencial de la matèria que sigui adequat a l'estatut processal i material d'aquesta funció, a la qual JESCHECK es refereix com l'autèntic "zenit" de l'activitat forense.*

*La investigació es divideix en tres blocs successius, corresponents a l'estructura interna del treball. En primer lloc, i ja després d'una visió crítica del panorama actual, plantejo la necessitat d'un canvi de paradigma "instrumental"; aleshores suggereixo una aproximació conceptual i sistemàtica pròpia al dit tema. Després concentro l'anàlisi en les seves vessants iusfilosòfica i "adjectiva" (poc desenvolupades fins ara): la concreció del càstig és un procés decisorí del jutge a quo, qui exerceix –i aquí d'una manera molt especial– amplis marges d'arbitri; així, ha d'estar sotmesa al control ad quem, per tal de revisar-ne la seva licitud. Finalment, i davant els diversos intents de racionalitzar aquesta tasca (de caràcter teleològic o dogmàtic), proposo un mètode alternatiu: la fenomenologia jurídica com una "eina" per quantificar la pena, a la recerca de criteris intersubjectius que siguin acceptables a la "communis opinio".*

## **Zusammenfassung**

*Diese Dissertation zielt vor allem darauf ab, eine erneuerte, interdisziplinäre und eingehende Untersuchung über eine der heute paradoxesten Themen des Strafrechtswissenschaft durchzuführen: die so genannte "Strafzumessung". Warum ist das so? Einerseits, als diese gerichtliche Entscheidung, die eine Strafmaß angibt, eine wichtigsten Bedeutung für das Leben des Täters hat –oder vielleicht ist es das gleiche, dass er nur ein oder vier Jahre im Gefängnis ist, wobei alle damit verbundenen Wirkungen berücksichtigt werden? Auf der anderen Seite gibt es jedoch keine akademische oder rechtsprechende Behandlung des Gegenstands, die in Übereinstimmung mit dem prozessualen und materiellen Status der oben genannten Aufgabe steht, auf die sich JESCHECK als den echten "Höhepunkt" der Spruchfähigkeit des Richters bezieht.*

*Meine Forschung ist hier in drei aufeinanderfolgenden Teilen geteilt, die nun der inneren Struktur des Werkes entsprechen. Zunächst einmal, nach einer kritischen Überprüfung des aktuellen Szenarios, befürworte ich die Notwendigkeit eines "instrumentalen" Paradigma Wandel, und damit meinen eigenen (konzeptuellen und systematischen) Ansatz zu dieser Frage. Ich spüre später die Analyse auf ihre philosophischen und prozessualen Aspekte, die bislang wenig angesprochen wurden: konkrete Verurteilung ist ein Entscheidungsprozess des a quo Richters, der –besonders an dieser Stelle– einen breiten Diskussionsspielraum ausübt. Deshalb muss es von einem ad quem Gericht kontrolliert*

werden, um sicherzustellen, darüber seine Rechtmäßigkeit. Schließlich schlage ich – vor einigen Versuchen, sie (teleologisch oder dogmatisch) zu "rationalisieren" – eine andere Methode vor: die Phänomenologie des Rechts als "Werkzeug" zur Quantifizierung einer Strafe, auf der Suche nach intersubjektiven Kriterien, die für die "communis opinio" annehmbar sind.

## **Palabras claves**

Individualización de la pena – Concreción del castigo – Cuantificación de las sanciones – Fenomenología jurídica – Metodología del Derecho penal – Arbitrio judicial – Discrecionalidad – Revisión *ad quem* – Medida de la culpabilidad – Intersubjetividad

## **Keywords**

*Sentencing phase of the trial – Decision on punishments – Penal sanctions quantifying process – Legal Phenomenology – Methodology of Criminal Law – Judicial discretion – Control by an ad quem Court – Degree of offender's guilt – Intersubjectivity*

## **Paraules claus**

*Individualització de les penes – Concreció del càstig – Quantificació de les sancions – Fenomenologia jurídica – Metodologia del Dret penal – Arbitri judicial – Discrecionalitat – Revisió ad quem – Mesura de la culpabilitat – Intersubjectivitat*

## **Stichworte**

*Strafzumessung – richterliche Strafentscheidungen – Quantifizierung der Sanktionen – Phänomenologie des Rechts – Methodologie des Strafrechts – richterliches Ermessen – revisionsrechtliche Kontrolle – Maß der Schuld des Täters – Intersubjektivität*





# SUMARIO

RESUMEN .....	5
SUMARIO .....	9
INTRODUCCIÓN .....	13

## PRIMERA PARTE.

### HACIA UN CAMBIO DE PARADIGMA METODOLÓGICO

CAPÍTULO I. UNA VISIÓN CRÍTICA SOBRE EL PANORAMA GENERAL DE LA DISCUSIÓN HOY EN DÍA .....	27
1. Planteamiento: estado de la cuestión (en el debate actual) .....	29
2. Presupuestos: las premisas filosóficas de la investigación .....	44
2.1 <i>La decisión que concreta un castigo estatal como arte de lo justo</i> .....	44
2.2 <i>La virtud de la prudentia iuris en la fase de concreción vindicatoria</i> .....	50
3. Una idea inicial: la concreción es labor sólo jurisdiccional .....	56
CAPÍTULO II. APROXIMACIONES PRELIMINARES EN LA BUSCA DE UN NUEVO ENFOQUE DOGMÁTICO .....	69
1. Una perspectiva metodológica: tres hipótesis principales .....	71
1.1 <i>La actitud del sentenciador, desde la fenomenología del derecho</i> .....	71
1.2 <i>Un control de la decisión individualizadora en clave intersubjetiva</i> .....	78
2. Una propuesta sistemática: marco conceptual y estructura .....	87
2.1 <i>Concreción del castigo y la teoría de la imputación jurídico-penal</i> .....	87
2.2 <i>Las tres etapas de concreción del castigo en el sistema español</i> .....	96
3. Recapitulación: último paso hacia un “paradigma” diverso .....	106

## SEGUNDA PARTE.

### LA DECISIÓN INDIVIDUALIZADORA Y SU CONTROL EN VÍA DE RECURSOS

CAPÍTULO III. EL ARBITRIO JUDICIAL Y SU EJERCICIO EN EL MARCO DEL SISTEMA PENAL ESPAÑOL .....	121
1. La facultad del juez: alcance (y límites) de lo discrecional .....	123
1.1 <i>Indeterminación en el derecho, y espacios de la discrecionalidad</i> .....	123
1.2 <i>El arbitrio judicial como esfera esencial de aplicación de derecho</i> .....	134
2. El arbitrio del sentenciador para la concreción del castigo .....	138
2.1 <i>La discrecionalidad del juez, en su labor de determinación penal</i> .....	138
2.2 <i>Arbitrio y decisión individualizadora en Derecho positivo español</i> .....	143
3. Otras parcelas de la libertad judicial en el Código vigente .....	152
3.1 <i>El arbitrio del sentenciador en las restantes fases de concreción</i> .....	152
3.2 <i>La discrecionalidad del juez allende la decisión individualizadora</i> .....	159
CAPÍTULO IV. LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA, UN PROCESO ARGUMENTAL SUJETO A REVISIÓN .....	165
1. La decisión individualizadora: arbitrio, prudencia y virtudes .....	167
1.1 <i>Discrecionalidad y buenas “disposiciones” en la persona del juez</i> .....	167
1.2 <i>El carácter virtuoso del juez es garantía del sistema institucional</i> .....	174
1.3 <i>La prudentia iuris como la virtud más “cardinal” del sentenciador</i> .....	180
2. La racionalidad de la sentencia: motivación, y trazabilidad .....	184
2.1 <i>Naturaleza jurídica del deber de motivar una resolución judicial</i> .....	184
2.2 <i>El contenido esencial y complementario de la dicha obligación</i> .....	194
3. En detalle, sobre el control <i>ad quem</i> de una cuantía penal .....	200
3.1 <i>Una motivación “efectiva”: el sistema de recursos en España</i> .....	200
3.2 <i>Análisis de las carencias más habituales en el razonamiento</i> .....	208

## TERCERA PARTE.

### ALTERNATIVA A LOS MODELOS VIGENTES: PROPUESTA DE UN MÉTODO INTERSUBJETIVO

CAPÍTULO V. LA DISCRECIONALIDAD LÍCITA AL CUANTIFICAR UNA PENA, EN LA DISCUSIÓN ACTUAL .....	221
1. Hipótesis: en torno al arbitrio y la motivación de lo fáctico .....	223
2. La hegemonía de los fines penales (en el debate reciente) .....	234
3. El enfoque “dogmático”: una alternativa actual y de futuro .....	252
3.1 Planteamientos que surgen de las teorías de la proporcionalidad	252
3.2 La idea de “culpabilidad por el hecho” en sede individualizadora	265
4. Algunos criterios individualizadores de “ <i>communis opinio</i> ” .....	272
4.1 La individualización de las penas según la “ <i>gravidad del hecho</i> ”	274
4.2 Circunstancias personales del autor en la concreción del castigo	280
CAPÍTULO VI. LA FENOMENOLOGÍA JURÍDICA COMO “HERRAMIENTA” PARA CONCRETAR LOS CASTIGOS .....	297
1. Toma de postura (I): dogmática, sistematización y método .....	299
2. Toma de postura (y II): la culpabilidad como medida penal .....	315
3. Una aproximación fenomenológica: hacia la mirada global .....	331
3.1 Problema teórico-práctico: el método adecuado en la concreción	331
3.2 Hacia una propuesta fenomenológica para cuantificar las penas	341
4. Propuestas y ejemplos prácticos: el modelo intersubjetivo .....	350
4.1 Mirada global del proceso y de las decisiones individualizadoras	350
4.2 La culpabilidad fenomenológica, y tres posibles reglas operativas	359
CONCLUSIONES .....	373
BIBLIOGRAFÍA .....	389



# INTRODUCCIÓN

En la presente tesis doctoral pretendo abordar en profundidad el estudio teórico y práctico de uno de los aspectos más olvidados en la discusión doctrinal actual –y también en las últimas décadas– sobre los fundamentos del Derecho penal y de la teoría del delito: la llamada “individualización judicial de la pena” (en alemán, “*die Strafzumessung*”). Ésta consiste en el proceso decisorio –muy complejo y poliédrico– que se adopta en un momento en el que el órgano sentenciador debe elegir qué sanción concreta le impone al responsable de un delito, tras haber quedado debidamente acreditada su culpabilidad personal en el marco del proceso acusatorio.

En el planteamiento aquí propuesto, el tema requiere de una toma de postura filosófico-jurídica y multidisciplinar<sup>1</sup>. En efecto, tal investigación implica todo un examen exhaustivo –y en paralelo– de la cuestión, sobre el fondo (o ¿con qué criterios individualizar las penas, de manera justa?) y la forma (¿qué opciones ofrece el proceso para dicha labor de medición, y su control en la segunda instancia?) del problema. Entonces se trata de plantear las siguientes dos preguntas complementarias: ¿de qué manera deben los jueces concretar el *quantum* de una sanción?, y ¿cómo podría revisarse la racionalidad de tal actividad discrecional?

La elección de este tema se deriva de la investigación desarrollada durante los últimos años, cuando los aspectos teóricos y prácticos de una fundamentación iusfilosófica del Derecho penal han tenido una dedicación predominante. Así fue como a partir de un interés por los denominadas “fines de la pena” –y de su impacto real y efectivo en las instituciones jurídico-penales de nuestros ordenamientos occidentales– llegué a una constatación empírica ciertamente preocupante: la escasa presencia, al menos en España<sup>2</sup>, de una reflexión académica original –que sea también capaz de ofrecer soluciones operativas– acerca de la justificación de las labores de individualización judicial de las sanciones.

---

<sup>1</sup> En este sentido, las aportaciones que recojo en la obra se toman de las siguientes cinco fuentes teóricas y bibliográficas principales: la dogmática jurídico-penal, el Derecho procesal, la filosofía del derecho, la comparación con otros ordenamientos occidentales, o la filosofía moral.

<sup>2</sup> Como veremos más adelante, en algunos países –y por diversas razones, que analizaré en su momento– la discusión doctrinal se mueve en otras coordenadas legales y jurisprudenciales, de tal modo que la perspectiva es diferente; es por ello que usaré, en ocasiones, el recurso al Derecho comparado para construir mi propuesta alternativa.

Tal y como se pondrá de manifiesto a lo largo de la tesis doctoral, ello supone un descuido de gran relevancia y repercusión –que afecta ya al desarrollo de una de las atribuciones más principales de los jueces en un Estado de Derecho. En efecto, la tarea de concretar la medida de la sanción tiene una importancia capital, puesto que afecta no sólo al *quantum* temporal, sino también a la aplicación facultativa de toda una serie de mecanismos e instituciones jurídicas que pueden suspender (o bien condicionar) la ejecución de la pena –y, en ciertas ocasiones, incluso implicar la remisión definitiva de ésta sin consecuencias demasiado gravosas<sup>3</sup>.

En este contexto, me parece razonable sostener que la fase de individualización de la pena debe dejarse al pleno arbitrio del juez sentenciador, que ha presenciado toda la práctica de la prueba y es quien ha tenido un contacto directo e imparcial con las singularidades de cada caso enjuiciado. Así pues, dicho órgano está en las condiciones óptimas –en virtud de los postulados de inmediatez y oralidad propios del proceso penal– para decidir (de la manera más justa posible) sobre el contenido específico<sup>4</sup> de la sanción, aunque en todo caso deba hacerlo respetando el marco establecido para ello en el Código vigente.

Sin embargo, la flexibilidad propia de un correcto ejercicio (i.e., lícito) del arbitrio judicial exige una necesaria contrapartida, con el fin de asegurar una tutela efectiva, y salvaguardar así los principios de legalidad e igualdad en la aplicación del ordenamiento. En efecto, una obligatoria motivación –razonada– de las resoluciones debe servir como un elemento de control de la apropiada labor del órgano sentenciador, y que a la vez se constituya en una garantía procesal. Ello para evitar una posible indefensión del justiciable, quien deberá tener acceso a todos los elementos cognitivos que integran el intervalo decisorio del aplicador del derecho –de una manera clara e inteligible–; sólo así se cumple el mandato constitucional del artículo 24 de la Carta Magna.

---

<sup>3</sup> Obviamente, me estoy refiriendo aquí a aquellas sentencias condenatorias que decreten *ab initio* la suspensión total de la ejecución penitenciaria de una pena de prisión de hasta dos años, y en las que el juez no imponga condición alguna (más allá de verificar los tres requisitos básicos del art. 80.2 CP). En estos casos, que no son tan infrecuentes en la práctica –pues se producen cuando no se haga uso de esas amplias facultades discrecionales otorgadas, con las que llenar de “contenido” *vindictorio* el periodo de cumplimiento alternativo–, el condenado sólo quedará obligado a satisfacer la responsabilidad civil *ex delicto* (si la hubiere), a no obstaculizar el decomiso acordado –en su caso– y a no reincidir durante el periodo fijado en la resolución.

<sup>4</sup> En concreto, ello implica elegir el tipo de pena –cuando haya varias opciones alternativas– que se va a imponer al condenado y la cuantía temporal (o pecuniaria) de aquélla, así como su posible inexecución o sustitución (salvo cuando esta última es obligatoria respecto de las penas cortas de prisión, según el art. 71.2 CP).

En este ámbito, cuanto mayor sea la discrecionalidad permitida en la labor de los órganos jurisdiccionales, lógicamente más rigurosos tienen que ser la exigencia y el control de una adecuada motivación en las resoluciones emanadas por aquéllos. Y, sin embargo, sería poco razonable sostener que toda la responsabilidad debe recaer en exclusiva en los jueces y los tribunales, de tal manera que quede sólo en sus manos la tarea de dar una cobertura teórica al contenido material de sus decisiones. En lugar de esto, la doctrina debe ponerse –una vez más– al servicio de la práctica forense, y elaborar así propuestas concretas que faciliten la labor de los aplicadores del derecho.

Entonces, la originalidad de mi investigación doctoral me parece ahora clara: es necesario “identificar” ciertos criterios concretos para la individualización judicial de las sanciones, con el fin de guiar el arbitrio de los órganos sentenciadores<sup>5</sup>. Más aún, debería tratarse de elementos que puedan ser compartidos por todos los juristas –o, al menos, por una inmensa mayoría–, pero que a la vez tengan una clara autonomía respecto de las teorías de la pena. Y es que, en efecto, no cabe pensar en un aspecto susceptible de revisión y de control si éste se apoya sólo en el planteamiento ideológico que adopta (a veces, incluso inconscientemente) quien realiza la operación de individualización en un caso determinado, porque ello carecería de la precisa legitimidad intersubjetiva.

A pesar de la importancia del problema aquí planteado –que urge abordar, en mi opinión–, en el entorno jurídico de tradición continental el debate contemporáneo ha dejado (sorprendentemente) de lado la cuestión de la individualización judicial de las penas; efectivamente, no es un tema candente ni prioritario en la doctrina mayoritaria de las últimas décadas<sup>6</sup>. Ello se pone de manifiesto hoy con especial énfasis en España, donde

---

<sup>5</sup> En este mismo sentido se ha expresado hace unos años Martín BESIO HERNÁNDEZ, en la introducción de su exhaustiva monografía sobre la individualización penal, que me ha servido aquí como punto de partida (argumental y bibliográfico) para muchas cuestiones: “En la proposición de criterios racionales de actuación para los jueces y de razones para la adopción de decisiones se encuentra, en mi opinión, la labor [actual] de una dogmática de la individualización de la pena [...]” (BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena. Gravedad del hecho, circunstancias personales del delincuente y compensación racional de circunstancias atenuantes y agravantes*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011, p. 25).

<sup>6</sup> En Alemania, por ejemplo, más allá de unos completos comentarios doctrinales que periódicamente se hacen respecto del § 46 StGB, y de las revisiones actualizadas de los dos manuales básicos sobre medición penal (véanse sus primeras ediciones aquí: STRENG, F. *Strafrechtliche Sanktionen. Die Strafzumessung und ihre Grundlagen*. Stuttgart: Kohlhammer, 1991; y SCHÄFER, G. *Praxis der Strafzumessung*. Múnich: C. H. Beck, 1990), sólo algunas monografías y obras colectivas han abordado en global la cuestión desde que Hans-Jürgen BRUNS reeditara ya en 1985 su tratado de síntesis sobre la materia que nos ocupa, entonces con el título de “*Das Recht der Strafzumessung. Eine systematische Darstellung für die Praxis*” (Colonia: Heymann, 2ª ed.).

hace falta generar posicionamientos novedosos y críticos al respecto. Así, no se observa, en nuestro pasado reciente<sup>7</sup>, un interés –en amplios sectores– por el estudio en profundidad sobre la problemática aquí planteada.

Siendo la determinación de las sanciones una cuestión que constituye el remate y la coronación de todo sistema penal<sup>8</sup>, sería conveniente superar el reducido tratamiento que ello ha tenido durante años. Sin embargo, esto no siempre fue así en Alemania, donde “[...] el estado de abandono y de retraso lamentables”<sup>9</sup> acerca de la concreción del castigo<sup>10</sup> fue “remediado” por una prolífica labor doctrinal<sup>11</sup> entre 1950 y 1980. Pero en Es-

---

Así, los trabajos más relevantes son –ordenados según un criterio cronológico inverso, igual que haré de ahora en adelante en la tesis, salvo indicación en contra– GIANNOULIS, G. *Studien zur Strafzumessung. Ein Beitrag zur Dogmatik, Rechtstheorie und Rechtsinformatik mit Vertiefung in den Eigentums- und Vermögensdelikten*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014; MAURER, M. *Komparative Strafzumessung. Ein Beitrag zur Fortentwicklung des Sanktionenrechts*. Berlín: Duncker & Humblot, 2005; FRISCH, W. / VON HIRSCH, A. / ALBRECHT, H.-J. (eds.). *Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung*. Heidelberg: C. F. Müller, 2003; HÖRNLE, T. *Tatproportionale Strafzumessung*. Berlín: Duncker & Humblot, 1999; WOLTER, J. / FREUND, G. (eds.). *Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem*. Heidelberg: C. F. Müller, 1996; y PFEIFFER, C. / OSWALD, M. (eds.). *Strafzumessung. Empirische Forschung und Strafrechtsdogmatik im Dialog*. Stuttgart: F. Enke, 1989.

<sup>7</sup> En España, únicamente algunos autores han dedicado una parte de su investigación al proceso de la concreción de las sanciones –desde una perspectiva global– en los últimos 30 años; de entre todos ellos destacan los siguientes cinco: BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011; DE LA MATA BARRANCO, N. J. *La individualización de la pena en los tribunales de justicia*. Pamplona: Thomson Aranzadi, 2008; CASTELLÓ NICÁS, N. *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos (art. 66.1 del Código Penal)*. Granada: Comares, 2007; DEMETRIO CRESPO, E. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1999; y CHOCLÁN MONTALVO, J. A. *Individualización judicial de la pena: función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*. Madrid: Colex, 1997.

<sup>8</sup> Cfr. –al respecto– SPENDEL, G. “Die Begründung des richterlichen Strafmasses”, en *Neue Juristische Wochenschrift*, Vol. 17, Nº 38, 1964, pp. 1758 y ss.

<sup>9</sup> GALLEGÓ DÍAZ, M. *El sistema español de determinación legal de la pena. Estudio de las reglas de aplicación de penas del Código penal*. Madrid: Ediciones ICAI (Instituto Católico de Artes e Industrias), 1985, p. 1.

<sup>10</sup> Sin olvidar algunos trabajos previos publicados en los años 30 y 40 del siglo XX, como los que se citan a continuación –a modo de ejemplo–: DROST, H. *Das Ermessen des Strafrichters. Zugleich ein Beitrag zu dem allgemeinen Problem Gesetz und Richteramt*. Berlín: Heymann, 1930; EXNER, F. *Studien über die Strafzumessungspraxis der deutschen Gerichte*. Leipzig: Wiegandt, 1931; GRASSBERGER, R. *Die Strafzumessung*. Viena: Springer, 1932; SACHS, W. *Beweiswürdigung und Strafzumessung entwickelt an praktischen Strafrechtsfällen*. Mannheim: Bensheimer, 1932; PETERS, K. *Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters bei der Bestimmung der Strafrechtsfolgen*. Berlín: Springer, 1932; y DREHER, E. *Über die gerechte Strafe. eine theoretische Untersuchung für die deutsche strafrechtliche Praxis*. Heidelberg: L. Schneider, 1947 –según una línea temporal sucesiva.

<sup>11</sup> Entre los más destacados, véanse por todos SPENDEL, G. *Zur Lehre vom Strafmass*. Frankfurt a. M.: V. Klostermann, 1954; VON WEBER, H. *Die richterliche Strafzumessung*. Karlsruhe: C. F. Müller, 1956; JAGUSCH, H. *Die Praxis der Strafzumessung*. Berlín: Walter de Gruyter, 1956; BRUNS, H.-J. *Strafzumessungsrecht. Allgemeiner Teil*. Colonia: Heymann, 1967; HENKEL, H. *Die "richtige" Strafe. Gedanken zur*



paña, en cambio, aún hoy sigue vigente el diagnóstico de Manuel GALLEGO DÍAZ: la fijación de la magnitud sancionadora es un puro “juego de azar”<sup>12</sup>, ya que depende (en última instancia) “[...] más del sentimiento, de la rutina, de la intuición o de puntos de vista moralizantes, y en todo caso oscilantes, [...] que de consideraciones y criterios estrictamente racionales”<sup>13</sup>.

En efecto, en nuestro país hace ya tiempo que la tendencia académica es no ir mucho más allá de “las obligadas referencias de los comentarios y manuales y algunas publicaciones de revistas y trabajos en colaboración[,] dedicados particularmente al estudio de cuestiones concretas de las técnicas individualizadoras y de las reglas de aplicación de penas que establece el Código [...]”<sup>14</sup>. El esperanzador “repunte” que tuvo un tratamiento doctrinal de la determinación del castigo estatal, a finales de los 70 y principios de los 80<sup>15</sup> –ciertamente al son de los ecos alemanes–, no tuvo continuidad en la sucesiva discusión mayoritaria. Así, el estudio del tema queda hoy en día casi “relegado” en perspectivas reduccionistas –i.e. la dosimetría sancionatoria–, o bien en problemas muy específicos de la interpretación del texto legal<sup>16</sup>.

---

*richterlichen Strafzumessung*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1969; ZIPF, H. *Die Strafmassrevision. Eine strafrechtsdogmatische Untersuchung über den systematischen Aufbau der Strafzumessung und ihrer Revisibilität im Erwachsenen- und Jugendstrafrecht*. Múnich: C. H. Beck, 1969; HAAG, K. *Rationale Strafzumessung. Ein entscheidungstheoretisches Modell der strafrichterlichen Entscheidung*. Colonia: Heymann, 1970; FRISCH, W. *Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumessung*. Colonia: Heymann, 1971; STRATENWERTH, G. *Tatschuld und Strafzumessung*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1972; ZIPF, H. *Die Strafzumessung. Eine systematische Darstellung für Strafrechtspraxis und Ausbildung*. Heidelberg: C. F. Müller, 1977; y BRUNS, H.-J. *Leitfaden des Strafzumessungsrechts. Eine systematische Darstellung für die strafrichterliche Praxis*. Colonia: Heymann, 1980 –también en un orden cronológico.

Además, y a partir de la década de los 60, el creciente interés por la temática de la individualización se vio reflejado en una mayor extensión dedicada al asunto en los comentarios al Código (StGB) –sobre todo con la actual redacción del § 46, introducida mediante la reforma penal de 1969– y en los manuales; una tendencia que se ha mantenido constante hasta nuestros días.

<sup>12</sup> La expresión de denuncia (en alemán, “Glückspiel”) está tomada aquí de VON WEBER, H. *Die richterliche...*, 1956, p. 21.

<sup>13</sup> GALLEGO DÍAZ, M. *El sistema...*, 1985, p. 2.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>15</sup> Al respecto, cfr. GARCÍA ARÁN, M. *Los criterios de determinación de la pena en Derecho español*. Barcelona: Universitat de Barcelona, 1982; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. “Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, Nº 3 (extraordinario), 1980, pp. 129-194; BACIGALUPO ZAPATER, E. “La individualización de la pena en la reforma penal”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, Nº 3 (extraordinario), 1980, pp. 55-74; LUZÓN PEÑA, D.-M. *Medición de la pena y sustitutivos penales*. Madrid: Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1979; y QUINTERO OLIVARES, G. “Determinación de la pena y política criminal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 4, 1978, pp. 49-70 –entre muchos otros.

<sup>16</sup> Por citar sólo los últimos autores que han abordado de un modo u otro el asunto, véanse RÍOS ARENALDI, J. *Individualización judicial de la pena y doctrinas de la pena*. Tesis doctoral inédita: Universitat

Más aún, allí donde se hace un esfuerzo por dedicarse en serio a la cuestión la doctrina suele recurrir a lugares comunes, de manera que no se avanza en una solución realista y eficaz –con rendimiento resolutivo. Como tendremos oportunidad de explicar, el debate actual gira en torno de la influencia hegemónica que los fines del Derecho penal tienen a la hora de individualizar una sanción concreta impuesta en cada caso<sup>17</sup>; pero con una tal aproximación metodológica sólo conseguimos polarizar o enquistar las posturas. Y como consecuencia, una de las tareas más fundamentales<sup>18</sup> de los tribunales corre el riesgo de depender enteramente del albedrío ilimitado –por lo tanto arbitrario– de éstos, poniendo en tela de juicio la legitimidad del sistema en su conjunto.

En este sentido, no se facilita la labor decisoria de los órganos jurisdiccionales si manejamos criterios tan abstractos como los que hoy son predominantes en la doctrina –las tradicionales teorías de la pena: retribución, prevención general y prevención especial. En cambio, se encierra a los jueces en un callejón sin salida, al solo amparo de sus intuiciones (o su ideología). Y tampoco será posible un control legítimo del ejercicio de la discrecionalidad –en segunda instancia– si no operamos con razonamientos más concretos, o adaptados a la realidad de las prácticas forenses, y que de este modo puedan suscitar un más amplio acuerdo entre los juristas implicados<sup>19</sup>. De ahí que sea necesario plantear un nuevo paradigma metodológico para abordar el estudio de la individualización de las sanciones.

---

de Lleida, 2014; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J. A. *La determinación de las penas en el Código Penal*. Barcelona: Bosch, 2013; ASÚA BATARRITA, A. / GARRO CARRERA, E. (eds.). *Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena*. Bilbao: Universidad del País Vasco, 2009; DE LA MATA BARRANCO, N. J. *El principio de proporcionalidad penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007, pp. 217 y ss.; GARRO CARRERA, E. *Reparación del daño e individualización de la pena. Derecho comparado y regulación española*. Bilbao: Universidad del País Vasco, 2005; RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, E. *El sistema de penas y las reglas de determinación de la pena tras las reformas del Código Penal de 2003*. Pamplona: Aranzadi, 2004; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. *La reincidencia. Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*. Granada: Comares, 1999, pp. 138 y ss.; OBREGÓN GARCÍA, A. *La atenuación de la pena. Sentido y regulación legal de la llamada atenuación extraordinaria, con especial referencia a las eximentes incompletas y a las atenuantes muy calificadas*. Madrid: Dykinson, 1998; y SERRANO MAÍLLO, A. *Compensación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal e individualización de la pena*. Madrid: Dykinson, 1995.

<sup>17</sup> En este sentido, es hoy paradigmático el análisis de BESIO HERNÁNDEZ (*Los criterios...*, 2011, pp. 85-205); cfr. también el clásico trabajo de Eduardo DEMETRIO CRESPO (*Prevención...*, 1999, pp. 133 y ss.), al que me remitiré a menudo en la tesis.

<sup>18</sup> Así lo afirma igualmente Manuel GALLEGO DÍAZ (*El sistema...*, 1985, p. 1): el “[...] objetivo final de toda la actividad judicial [...]” es poder concretar la pena, con relación a un hecho y a un delincuente determinados.

<sup>19</sup> Una primera aproximación doctrinal en esta innovadora línea la apunta Christoph REICHERT: *Intersubjektivität durch Strafzumessungsrichtlinien. Eine Untersuchung mit Bezug auf die "Sentencing Guidelines" in den USA*. Berlín: Duncker & Humblot, 1999.

Al respecto, vale la pena destacar aquí que en otros ordenamientos existe una arraigada tradición legal, jurisprudencial y doctrinal orientada a la limitación y al control de un ejercicio razonable (i.e. revisable) de la discrecionalidad de los órganos sentenciadores. Ello resulta especialmente claro en los países del ámbito anglosajón, donde una praxis jurídica rica y consolidada –que toma forma en las llamadas “*Sentencing Guidelines*”<sup>20</sup>– guía la colosal flexibilidad propia de la labor cotidiana de los tribunales. O, en Alemania, donde el Código instaura, en un precepto específico, el catálogo de aspectos a tener en cuenta, y los autores interpretan su contenido. Así, se trata también de importar del Derecho comparado ciertos criterios y reglas de individualización: aquellos que, adaptados a nuestro entorno cultural, tengan mayor potencial y rendimiento.

A modo de síntesis, identifico –ahora– los siguientes cuatro objetivos principales a los cuales se dirigirá el desarrollo de mi obra: a) plantear la necesidad de un debate en profundidad sobre la individualización judicial de la pena, que sirva para clarificar el concepto y orientar las cuestiones problemáticas pendientes de resolver; b) someter a revisión crítica las aproximaciones metodológicas existentes al respecto, con el fin de valorar sus virtudes y deficiencias; c) formular una propuesta (innovadora) de solución a las aporías existentes, basada en la búsqueda de los criterios intersubjetivos que guíen esa labor discrecional de los jueces; y d) concretar algunos razonamientos jurídicos, en los que bien podría basarse una motivación de las resoluciones, para facilitar la práctica forense y permitir la tarea de revisión del proceso decisorio en segunda instancia.

No obstante lo anterior, hay que ser conscientes de que –como siempre que se pretende hacer una crítica constructiva de la praxis judicial en un país concreto– existen limitaciones difíciles de soslayar, propias de la institución y el funcionamiento de la Administración de Justicia. En España, según las palabras de Borja MAPELLI CAFFARENA, pocas son las consideraciones pertinentes para individualizar las sanciones –por cualesquiera razones justificadas– “que puede hacer un tribunal a la hora de valorar la personalidad del autor y los hechos[,] cuando carece de una formación criminológica [especializada], le falta tiempo y, por último, ni siquiera puede contar con una infraestructura mínima que le pueda aportar [una] información rigurosa”<sup>21</sup> sobre las necesidades (resocializadoras o de otra índole) del sujeto y su peligrosidad pronosticada.

---

<sup>20</sup> Sobre ello, recientemente, en España se ha publicado esta monografía esclarecedora: ZYSMAN QUIRÓS, D. *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos. Un estudio sobre las United States Sentencing Guidelines*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

<sup>21</sup> MAPELLI CAFFARENA, B. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Pamplona: Thomson Aranzadi, 5ª ed., 2011, pp. 127-128.

Aun así, merece la pena intentarlo: sin ánimo de ser utópico, pretendo contribuir con mi investigación tanto al debate académico como a la labor cotidiana de aquellos jueces y magistrados que –con profesionalidad y vocación de servicio– se enfrentan con el problema de convertir en “individual” y proporcional una consecuencia jurídica casi siempre abstracta e impersonal. La intención es corresponsabilizarme –en el ámbito de mi competencia– del estado de incertidumbre en el que hoy se hallan los aplicadores del derecho a la hora de cuantificar las penas: con referencias legales vagas e indirectas<sup>22</sup>, una falta de medios y el olvido de la doctrina (por lo demás generalmente comprometida con ellos), es comprensible que terminen apreciando las circunstancias irrepetibles del caso desde lugares comunes y prejuicios, i.e. con sus “filias y fobias”<sup>23</sup>.

Como ya dije antes, en aras de una búsqueda de soluciones actuales al asunto, el planteamiento que adopto en la tesis es multidisciplinar –de manera que acudo a autores de diversas áreas del conocimiento, y no sólo jurídicas *stricto sensu*–, también en perspectiva temporal. Así, recorro a fuentes recientes o pasadas; contemporáneas, modernas o antiguas; en fin, a cualquiera que aporte alguna pieza verdadera del puzle que tenemos entre manos. Respecto del uso de los clásicos, advierto aquí al lector que he seguido al pie de la letra esta recomendación de ORTEGA Y GASSET: usar un texto “sin miramientos para nuestra propia salvación, es decir, [...] trayéndolo hasta nosotros, contemporeizándolo, inyectándole [el] pulso nuevo con la sangre de nuestras venas [...]”<sup>24</sup>. Y por lo que respecta al Derecho penal, en dicha labor de “vivificar” a los clásicos sigo fielmente a mi maestro, cuyo manual refleja la aspiración orteguiana<sup>25</sup>.

Desde un enfoque estructural, divido la presente tesis doctoral en tres bloques sucesivos, que no en vano reflejan la estructura interna de mi trabajo. En la Primera Parte, ya tras una visión crítica del panorama actual de la discusión, planteo la necesidad de un cambio de paradigma metodológico, y de este modo sugiero una aproximación conceptual y sistemática propia al tema. En el Capítulo I, repaso el *statu quo* del debate en las

---

<sup>22</sup> Lógicamente, este será uno de los temas en los que centraré las partes crítica y propositiva del trabajo, tratando de aclarar y complementar el sentido de la regulación; para una primera reflexión sobre el art. 66 CP, véase *infra* –en la nota a pie número 78 del Capítulo I.

<sup>23</sup> Al respecto, remito aquí al lector a la (ya considerada clásica) advertencia de QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Comentarios al Código penal. Volumen I*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 2ª ed., 1966, p. 415, de quien tomo la expresión citada.

<sup>24</sup> ORTEGA Y GASSET, J. *Carta a un alemán: pidiendo un Goethe desde dentro. (Brief an Einen Deutschen. Um Einen Goethe von Innen Bittend)*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2004, p. 149; la edición citada de esta obra es bilingüe (en español y alemán), con la traducción de Enrique BACIGALUPO ZAPATER.

<sup>25</sup> Así, cfr. en PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones de Derecho penal. Parte general*. Madrid: Dykinson, 2016, *passim*.

últimas décadas, para luego asentar una serie de premisas filosóficas que serán de una forma u otra relevantes a lo largo de mi investigación. Además, explico que esas tareas de la individualización de las penas son sólo jurisdiccionales. Ya en el Capítulo II, llevo a cabo una revisión “instrumental” de la cuestión –en especial, a través de mi propuesta sistemática–: así, elaboro un marco conceptual *ad hoc* y sugiero una estructura renovadora en torno al proceso decisorio de concreción del castigo.

En la Segunda Parte del trabajo, centro el análisis en sus vertientes iusfilosófica y “adjetiva” (que han sido poco desarrolladas hasta el momento): la cuantificación sancionatoria concede –aquí principalmente– al juez *a quo* el ejercicio de un amplio margen de arbitrio, y por ende todo ello debe estar sometido al control *ad quem* para revisar su licitud. Entonces, ya en el Capítulo III abordo las facultades del órgano sentenciador desde una doble perspectiva: teórica (i.e., el alcance y los límites de lo discrecional) y práctica –¿qué ámbitos de mayor libertad contempla el Código vigente? Mientras que en el Capítulo IV se enlaza un estudio especulativo sobre la llamada “decisión individualizadora” (en tanto que es una manifestación de la virtud de la *prudentia iuris* del magistrado) con el abordaje procesal del asunto: ¿cómo y hasta dónde es exigible el deber de motivar la resolución condenatoria, sujeta a revisión mediante del sistema de recursos?

Por último, y frente a los diversos intentos de racionalizar tal labor –ya sean de carácter teleológico o dogmático–, en la Tercera Parte propongo en cambio un modelo alternativo al respecto: la fenomenología jurídica como una “herramienta” para cuantificar la pena, en busca de criterios intersubjetivos y reglas operativas (que sean aceptables por la “*communis opinio*”). Así pues, en el Capítulo V examino críticamente los enfoques predominantes en la materia, desde los contrapuestos fines del *ius puniendi* hasta las más recientes aportaciones en clave sistemática, y también algunos factores específicos que suelen emplearse al concretar el castigo. Ya en el Capítulo VI fundamento mi propuesta metodológica, con una toma de postura teórica –la culpabilidad como medida sancionatoria–, y esta idea procedimental básica: la “mirada” global sobre el hecho delictivo y su agente sustenta una *vindicatio* mejor individualizada.

Antes de acabar con la introducción a esta obra, es de justicia reconocer y agradecer la entrega desinteresada de todas aquellas personas que han hecho posible, de un modo u otro, la realización de la presente tesis doctoral. En primer lugar, a mi director, el Prof. Dr. Dr. h.c. Carlos PÉREZ DEL VALLE, por su generoso e incombustible magisterio durante toda la última década, ya desde que en un aula de la Universitat Abat Oliba CEU –mi “*alma mater*”– empezara a despertarme un creciente interés por el estudio científico del

Derecho penal. A partir de entonces, su labor de acompañamiento académico y su actitud personal de constante cuidado han sido dignas de admirar, especialmente por cómo ha tenido que compaginarlo con unas exigentes responsabilidades administrativas y de gestión (las propias de un Rector). Por consiguiente, mi gratitud nunca podrá expresarse de manera adecuada con palabras, así que ahí va un gesto, como un “signo” visible: ¡un fuerte abrazo, querido Carlos!

También merece ahora una mención singular mi codirector de tesis, el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, quien me acogió fraternalmente, como un becario del programa de Formación de Profesorado Universitario (FPU), en el Área de Derecho penal de la Universitat Pompeu Fabra. En sus clases del Máster Oficial en Ciencias jurídicas y del Doctorado, aprendí a cultivar algunas de las dotes fundamentales de un académico, gracias a su particular estilo didáctico y sistematizador –que no en vano puede calificarse incluso de “pictórico”. Además, su ininterrumpida contribución a mi formación integral (dual: como jurista y buena persona) ha sido muy destacada, de tal manera que no cabe sino darle las gracias por su dedicación plena. En tal sentido, el tándem hecho junto con Carlos PÉREZ DEL VALLE aspira a una consideración de ser “autores detrás del autor”, respecto de muchas de las ideas que desarrollo en el trabajo.

Ya en tercer lugar, a lo largo de este camino que ha sido la tesis doctoral –y, por qué no decirlo aquí, a veces pedregoso, aunque siempre dirigido a un final por el que ha valido la pena luchar– también me han “flanqueado” una larga lista de compañeros, en ambas instituciones universitarias. Todos ellos han hecho que la labor de investigación, que es *per se* solitaria y “ermitaña”, se haya convertido en una genuina búsqueda de la verdad: “*extra communionem personarum nulla philosophia*”<sup>26</sup>, según sentencia escolástica. Por tantas batallas compartidas, en los últimos años y en diversos frentes, quiero agradecer (muy especialmente) su apoyo a Pablo, Chus, Javier, Enrique, Teresa, Jorge o Patricia. Además, y aun a riesgo de olvidarme a alguien –mi disculpa anticipada a los omitidos–, es justo mencionar aquí a M<sup>a</sup> Teresa, Ricardo, Ramon, Íñigo, David, Elena, Raquel, Mariana, Nuria, Iván, Cristóbal, Ivó, Albert, Héctor, Ana Carolina, Marilia, Lorena, Eduardo, Juan Pablo, Beatriz o Jesús.

---

<sup>26</sup> Sobre el aquí citado dicho, véanse estas dos referencias del filósofo polaco Stanislaw GRYGIEL: “*Extra communionem personarum nulla philosophia*”. Prolusione Dies Academicus 2001-2002. Roma: Lateran University Press, 2002; y “*Extra communionem personarum nulla philosophia*”, en *Communio. International Catholic Review*, Vol. 29, N<sup>o</sup> 4, 2002, pp. 691-702.

Igualmente, cfr. también SELLÉS DAUDER, J. F. “Coexistencia y comunicación”, en *Revista ComHumanitas*, Vol. 1, N<sup>o</sup> 1, 2010, pp. 23-34.

Finalmente, “*last but not least*” (ahora nunca mejor dicho...), nada de todo esto hubiera sido posible sin el amor incondicionado de mi mujer: su sempiterna paciencia, y una entrega sin medida, encarnan como una constante en mi vida las bonitas palabras de San Pablo en su famosa carta a los corintios<sup>27</sup>. Simplemente: ¡te quiero, Clara! También mis dos hijas, Blanca y Claudia, han sufrido –aun sin plena conciencia– las ausencias de su padre; la etapa post-doctoral me permitirá “enmendar” una parte de ese tiempo perdido, nunca recuperable. Los sacrificios familiares no compensan, desde luego, ningún trabajo académico, pero explican bien cómo he llegado a la meta. Muchas gracias por tantos esfuerzos, Carme; e igualmente, a mi madre y a mis hermanos, por haber estado siempre ahí. Asimismo merecen unas ulteriores palabras de gratitud y cariño mis amigos *ballenos*, que han endulzado los momentos de asueto (¡tan necesarios para la salud mental!), y Toni, por su inestimable ayuda a saber vivir en equilibrio.

---

<sup>27</sup> Véase 1 Co 12:31 - 13:8a.





**PRIMERA PARTE.**

**HACIA UN CAMBIO DE  
PARADIGMA METODOLÓGICO**



**CAPÍTULO I.**  
**UNA VISIÓN CRÍTICA SOBRE EL PANORAMA**  
**GENERAL DE LA DISCUSIÓN HOY EN DÍA**



## 1. Planteamiento: estado de la cuestión en el debate actual

A finales del siglo XVIII, Manuel DE LARDIZÁBAL Y URIBE señaló como característica imprescindible de toda pena que ésta fuera individualizada<sup>1</sup>, con tal de humanizar el modelo heredado del Antiguo Régimen<sup>2</sup>. Desde entonces en el Occidente liberal, el sistema de castigos legales queda sometido a un proceso de medición, para adaptarse así a las peculiaridades –fácticas y personales– de un caso enjuiciado. Hoy en día la cuantificación de la sanción es “[...] una actividad jurisdiccional por medio de la cual el órgano [...] competente selecciona una pena y fija una magnitud concreta”<sup>3</sup>, según los criterios establecidos por el Código para el delito cometido o las circunstancias que concurren. Además, se trata de una operación discrecional con la que el sentenciador debe convertir<sup>4</sup> el homicidio –por ejemplo– en un *quantum* específico del castigo merecido.

En otras palabras, determinar la sanción en un caso enjuiciado consiste en fijar la medida de la misma que le corresponde al condenado según el delito cometido. Y “ello afecta tanto a la decisión de la clase de pena que ha de imponerse, como a la cantidad de la que se señale. En un sentido amplio<sup>5</sup>, se incluye también<sup>6</sup> [...] [ahora] la decisión

---

<sup>1</sup> Cfr. DE LARDIZÁBAL Y URIBE, M. *Discurso sobre las penas*. Granada: Comares, 1997, pp. 55 y ss. En concreto, argumenta el jurista novohispano que “[...] cuanto mayor fuere el daño causado a la sociedad o a los particulares, mayor la libertad y [el] conocimiento con [los] que se hace, más peligroso el ejemplo que resulta de la acción, y más vehementes los impulsos para delinquir, tanto mayor será [...] la pena con [la] que se debe castigar” (p. 55). En efecto, toda sanción debe ser proporcionada al hecho y al sujeto: “[...] ¿quién duda [de] que, según la diversidad de las personas, la pena que para unos sería inútil[,] es bastante para contener a otros?” (p. 72).

<sup>2</sup> Por eso Quintiliano SALDAÑA le considera el BECCARIA patrio –i.e., quien introdujo en España las nuevas ideas ilustradas a favor de una reforma del sistema (véase DOMINGO OSLÉ, R. [ed.]. *Juristas universales. Volumen II: Juristas modernos*. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp. 700-702).

<sup>3</sup> MAPELLI CAFFARENA, B. *Las consecuencias...*, 5ª ed., 2011, p. 283.

<sup>4</sup> Algunos autores plantean lo “difícil de explicar” que resulta dicha “mágica” transformación: “Ni la obsesión determinista, cuando estaba vigente, ni [hoy] la más moderna proporcionalista[,] pueden ocultar que esta síntesis es un *constructo* cultural, que no soporta el rigor de un análisis lógico” (MAPELLI CAFFARENA, B. *Las consecuencias...*, 5ª ed., 2011, p. 283; mantengo la cursiva del autor). En cambio, pese a la complejidad real que tiene el proceso decisorio de cuantificación de la pena, aquí sostengo –junto con la postura mayoritaria, según veremos luego– su necesaria razonabilidad.

<sup>5</sup> En la doctrina alemana se admite una interpretación extensiva del término; cfr. –entre muchos otros– JESCHECK, H.-H. / WEIGEND, T. *Tratado de Derecho penal. Parte general*. Granada: Comares, 5ª ed., 2002, p. 938; y ROXIN, C. “Prevención y determinación de la pena”, en *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 9, 1979, p. 57.

En España, la acogida de este uso es algo más limitada, aunque también puede encontrarse –por ejemplo– en MIR PUIG, S. *Derecho penal. Parte general*. Barcelona: Reppertor, 10ª ed., 2015, p. 758; y LUZÓN PEÑA, D.-M. “La aplicación y sustitución de la pena en el futuro Código Penal”, en *Estudios penales*. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias (PPU), 1991, p. 279.

acerca de la suspensión de la pena o su sustitución por otras penas o por medidas de seguridad”<sup>7</sup>. Así las cosas, parece indudable que se trata de un proceso en el que interviene (sea directa o indirectamente) el legislador y el juzgador, con un papel relevante<sup>8</sup>. En efecto, en el mundo jurídico occidental la solución es hoy parecida: la ley fija un marco abstracto de pena con límites –siempre uno máximo, con frecuencia también el mínimo–, dentro del cual incumbe al juez decidir la cuantía particular del castigo.

En Alemania, la individualización penal se define (de una forma pacífica) como la “*fijación de las consecuencias jurídicas de un delito*”<sup>9</sup>, cosa que engloba la elección de la sanción y, en su caso, la resolución acerca de la suspensión condicional<sup>10</sup>. Para ello se prevén legalmente marcos punitivos, dentro de cuyos márgenes cada juez sentenciador decide la extensión del castigo, teniendo en cuenta “*algunas pautas generales y reglas de aplicación para determinados casos concretos*”<sup>11</sup>. Pese a ese carácter vinculante del marco punitivo<sup>12</sup>, la amplitud de dichos límites máximo y mínimo<sup>13</sup> otorga al tribunal de

---

<sup>6</sup> Más aún, este proceso de concreción puede llegar a abarcar la ejecución de una sanción –y especialmente la de las penas privativas de libertad. Así es como se ha generalizado hoy en día la trilogía que propuso en 1898 el jurista francés Raymond SALEILLES (*La individualización de la pena. Estudio de criminalidad social*. Madrid: Hijos de Reus, 1914, p. 269) al distinguir entre individualización legal, judicial y administrativa (o penitenciaria); pero sólo la del órgano sentenciador “es la buena”, mientras que la ley efectúa “una falsa individualización”.

<sup>7</sup> MIR PUIG, S. *Derecho penal...*, 10ª ed., 2015, p. 758; por razones de estilo, elimino la cursiva del texto original del autor, que la utiliza en su manual a efectos didácticos y expositivos.

<sup>8</sup> De esta manera quedan superadas en Occidente las épocas históricas de oscilación entre discrecionalidad judicial casi ilimitada y rigidez “legal” (a ese respecto, véase el brillante excurso de NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio judicial*. Madrid: Ariel, 2000, pp. 209 y ss.), que impedían –muy a menudo– el obtener soluciones justas en los casos concretos.

Entonces, finalmente, “[...] las legislaciones actuales de nuestro ámbito de cultura no acogen ni uno ni otro extremo, sino que combinan, por distintas vías y en diferente medida, una cierta dosis de legalismo y [con] un determinado margen de arbitrio judicial” (MIR PUIG, S. *Derecho penal...*, 10ª ed., 2015, p. 759). Además, para un análisis (completo) sobre la evolución histórica de la praxis de los órganos sentenciadores –en Europa–, cfr. el muy profuso y bien documentado estudio de GALLEGO DÍAZ, M. *El sistema...*, 1985, pp. 17 y ss.

<sup>9</sup> JESCHECK, H.-H. / WEIGEND, T. *Tratado...*, 5ª ed., 2002, p. 938; la cursiva se mantiene, tomada de esa traducción del texto original del autor.

<sup>10</sup> En este mismo sentido indicado, véanse –por todos– ZIPF, H. *Die Strafzumessung...*, 1977, pp. 7 y ss.; BRUNS, H.-J. *Strafzumessungsrecht. Gesamtdarstellung*. Colonia: Heymann, 2ª ed., 1974, pp. 38 y ss.; y SPENDEL, G. *Zur Lehre...*, 1954, pp. 160 y ss.

<sup>11</sup> JESCHECK, H.-H. / WEIGEND, T. *Tratado...*, 5ª ed., 2002, p. 938.

<sup>12</sup> Acerca de la relevante relación entre las horquillas legales abstractas y el proceso para la individualización judicial de la pena en Alemania, véase ya MONTENBRUCK, A. *Strafrahmen und Strafzumessung*. Berlín: Duncker & Humblot, 1983, *passim*.

<sup>13</sup> Según nos dicen JESCHECK y WEIGEND (*Tratado...*, 5ª ed., 2002, p. 939), el gran margen de maniobra se debe a ese “[...] esfuerzo [del legislador] por posibilitar también un castigo adecuado en las formas de comisión del delito de mucha o escasa gravedad”.

instancia un considerable espacio de juego (“*Spielraum*”<sup>14</sup>); la discrecionalidad origina el “componente individual”<sup>15</sup> inevitable de un juzgador, que conviene ejercer de modo prudente y razonable.

En la doctrina española actual, cuando nos referimos a la individualización de las penas se suele partir de una distinción –aceptada mayoritariamente– entre dos grandes fases sucesivas de un proceso decisorio unitario, que tiene como finalidad principal asignar la magnitud del castigo apropiado<sup>16</sup>: el órgano sentenciador impone la medida concreta (en tiempo o en dinero) de la sanción, a partir del marco abstracto que prevé el legislador penal para un delito determinado. Entonces, es común<sup>17</sup> que se hable de una etapa de “determinación legal” de la pena seguida de otra de “individualización judicial” *stricto sensu* de la misma; la primera fase fija el marco concreto que resulta de aplicar las reglas del Código a los márgenes abstractos del tipo legal (i.e., la horquilla), mientras que en la segunda se elige un *quantum* específico para la sanción –sea una o varias– que integra la condena.

Dicha bifurcación se hereda en nuestro país de la seguida tradicionalmente en Alemania<sup>18</sup> entre “*Strafbemessung*” (la determinación legal) y “*Strafzumessung*” (la individualización judicial). En efecto, “mientras en la primera el juez se limitaría a aplicar las disposiciones del legislador determinando el marco penal [...], en la segunda el juez [...] ejercitaría el libre arbitrio dentro del espacio de juego a él confiado por el legislador [–]y representado por el marco penal concreto[–], seleccionando la magnitud penal concretamente aplicable”<sup>19</sup>. Por tanto, es en este momento último de la medición de la sanción

---

<sup>14</sup> Este es uno de los conceptos centrales en torno a los cuales pivota en Alemania la discusión contemporánea sobre la individualización de la pena (así, JESCHECK, H.-H. / WEIGEND, T. *Tratado...*, 5ª ed., 2002, pp. 948-949); a ello me referiré con mayor detalle en el capítulo quinto.

<sup>15</sup> Al respecto, cfr. especialmente HENKEL, H. *Die "richtige"...*, 1969, pp. 34 y ss.; y VON WEBER, H. *Die richterliche...*, 1956, p. 13.

<sup>16</sup> Unas páginas más adelante –ya en los epígrafes I.3, II.1 y II.2–, aprovecharé para desarrollar metodológicamente la idea de que la concreción penal es un proceso decisorio “global” del juez, a pesar de su división interna en periodos encadenados.

<sup>17</sup> La exposición general que aquí sigue acerca de la doctrina mayoritaria en España se ha tomado, en buena medida, del estudio de BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 31 y ss.

<sup>18</sup> Por todos, véanse ZIPF, H. *Die Strafzumessung...*, 1977, p. 7; BRUNS, H.-J. *Strafzumessungsrecht...*, 2ª ed., 1974, pp. 36 y ss.; LANGE, R. “Die Systematik der Strafdrohungen”, en VV.AA. *Materialen zur Strafrechtsreform. Band I. Gutachten der Strafrechtslehrer*. Bonn: Bundesministerium der Justiz, 1954, p. 85; MEZGER, E. “Strafzweck und Strafzumessungsregeln”, en VV.AA. *Materialen zur Strafrechtsreform. Band I...*, 1954, pp. 1 y ss.; y ROSENFELD, E. H. “Die richterliche Strafzumessung”, en VV.AA. *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsreform. Band III*. Berlín: O. Liebmann, 1908, p. 95.

<sup>19</sup> GALLEGO DÍAZ, M. *El sistema...*, 1985, p. 9.

“donde ha de efectuarse [...] la adaptación de la misma a las peculiaridades concretas del delito y del delincuente<sup>20</sup>, es decir, su individualización<sup>21</sup> –como algo propio.

Así las cosas, partiendo de las horquillas penológicas previstas en la Parte especial del Código para un ilícito tipificado, el sistema español de medición del castigo se compone hoy de dos momentos, consecutivos<sup>22</sup>: a) la determinación del marco legal, resultado de aplicar todas las normas establecidas en la ley; y b) la individualización de la pena en un sentido estricto, que implica definir una magnitud concreta de la sanción –dentro del espacio delimitado en la primera fase. Esta aproximación bipartita no difiere de la predominante en la doctrina con la codificación anterior a 1995; y ya entonces Manuel GALLEGO DÍAZ hablaba de convertir –según las reglas (a veces, muy inflexibles<sup>23</sup>) del legislador– el marco penal abstracto en otro más restringido, “dentro del cual ha de llevar a cabo el juez la individualización<sup>24</sup> *stricto sensu*.”

A pesar de las variadas nomenclaturas empleadas, y prescindiendo de las pequeñas particularidades que diferencian a los planteamientos aquí analizados, es posible identificar hoy dos grandes paradigmas teóricos del tratamiento de estos asuntos. Primero, un modelo que distingue entre un reducido arbitrio del juez en la fase de determinación –con la estricta sujeción a las reglas legales– y su mayor margen de maniobra en la individualización de la pena. En segundo lugar, el enfoque que asigna a toda la labor judicial de medición de la sanción un componente de elevada discrecionalidad, desde el momento de aplicar las normas previstas en el Código; este esquema separa las deci-

---

<sup>20</sup> Sin embargo, en Alemania no han faltado los intentos de construir modelos matemáticos de “determinación” de la pena, que alejarían la decisión final de la prudencia del juez, tan necesaria para resolver sobre las circunstancias irrepetibles de cada caso concreto. Así, entre otros, cfr. KOHLSCHÜTTER, H. *Die mathematische Modellierung der Strafzumessung. Das Strafwertkalkül als Idee zur Evolution der Strafrechtstheorie?* Marburgo: Tectum, 1998, pp. 64 y ss.; HASSEMER, W. “Automatisierte und rationale Strafzumessung”, en VV.AA. *Gesetzesplanung. Beiträge der Rechtsinformatik*. Berlín: J. Schweitzer, 1972, pp. 95 y ss.; y HAAG, K. *Rationale...*, 1970, pp. 15 y ss.

En contra, sobre los peligros de una pretendida cuantificación “científica”, véanse por todos KÖBERER, W. *Iudex non calculat. Über die Unmöglichkeit, Strafzumessung sozialwissenschaftlich-mathematisch zu rationalisieren*. Frankfurt a.M.: P. Lang, 1996; y SPENDEL, G. “Zur Entwicklung der Strafzumessungslehre”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Nº 83, 1971, pp. 233 y ss.

<sup>21</sup> GALLEGO DÍAZ, M. *El sistema...*, 1985, p. 10.

<sup>22</sup> Cfr., a tal respecto, PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, pp. 229 y 334.

<sup>23</sup> No olvidemos que “el sistema de determinación de la pena vigente entre nosotros ha estado tradicionalmente caracterizado por su rigidez” (MAPELLI CAFFARENA, B. *Las consecuencias...*, 5ª ed., 2011, p. 285; de la misma opinión es Manuel GALLEGO DÍAZ [*El sistema...*, 1985, p. 218]), en contraste con otros modelos individualizadores del entorno cultural próximo –tanto en la tradición jurídica anglosajona como en la continental.

<sup>24</sup> GALLEGO DÍAZ, M. *El sistema...*, 1985, p. 244.



siones adoptadas por el órgano sentenciador, en función del potencial penológico que se otorga al albedrío ejercido –independientemente del estadio en el que se tomen.

Veamos ahora cada uno de estos modelos con mayor detalle, para entender el estado actual de la cuestión en la doctrina española. De acuerdo a la primera explicación arriba referida, MIR PUIG diferencia ya entre la determinación legal y la determinación judicial de la sanción<sup>25</sup>. En la etapa inicial, el juez edifica la “penalidad”<sup>26</sup> con dos operaciones sucesivas: a partir del marco penal abstracto fijado en la Parte especial del Código para el autor del delito consumado, la fase legal comprende –en su caso– las disminuciones en grado correspondientes a la tentativa y la complicidad (ex arts. 62 y 63 CP), así como la extensión del marco concreto<sup>27</sup> a través de las diversas operaciones previstas en el art. 66 para canalizar los efectos de la concurrencia de atenuantes y agravantes.

Una vez ya establecidos los marcos penales concretos, “el juez dispone de arbitrio para moverse”<sup>28</sup> dentro de éste; así en la etapa de determinación judicial *stricto sensu* se fija el *quantum* específico de la sanción impuesta. En cambio, la eventual decisión sobre la inejecución penitenciaria corresponde a lo que MIR PUIG llama la “determinación judicial de la pena en sentido amplio”. Este modelo es hoy asumido (estructuralmente) por la doctrina mayoritaria en España, gracias a su rendimiento explicativo y claridad expositiva<sup>29</sup>. Sin embargo, existen críticas a dicho planteamiento, que se centran en la excesiva

---

<sup>25</sup> Véase MIR PUIG, S. *Derecho penal...*, 10ª ed., 2015, pp. 759, 762 y ss.

<sup>26</sup> Según MIR PUIG (*Derecho penal...*, 10ª ed., 2015, p. 762), el término “penalidad” equivaldría a la expresión “pena asignada por la ley” que emplea habitualmente el Código; pero es hoy preferible utilizar aquél, para distinguir con nitidez “las penas enumeradas en los arts. 32 y ss. (donde, por ejemplo, la prisión y la multa son «penas» distintas), y las penalidades (o marcos penales) señaladas a cada delito (que fijan duraciones determinadas [...] y pueden integrarse de varias penas, como sucede cuando un delito se castiga con [...] prisión y multa”. En el mismo sentido diferencian ANTÓN ONECA, J. *et aliter*. *Derecho penal*. Madrid: Akal, 2ª ed., 1986, pp. 555-556.

<sup>27</sup> A este momento decisivo MIR PUIG (*Derecho penal...*, 10ª ed., 2015, p. 762) lo cataloga como “una simple operación”, dejando claro que el margen de discrecionalidad del órgano sentenciador aquí es casi nulo. Su postura incluye el ejercicio –ciertamente amplio– de valoración y compensación racional de las circunstancias modificativas, previsto en el art. 66.1.7º CP, algo que con razón ha cuestionado BESIO HERNÁNDEZ (*Los criterios...*, 2011, pp. 31 y ss.).

<sup>28</sup> MIR PUIG, S. *Derecho penal...*, 10ª ed., 2015, p. 767.

<sup>29</sup> Cfr., por todos, BACIGALUPO ZAPATER, E. “La individualización de la pena en la reforma penal”, en *Teoría y práctica del Derecho penal. Tomo II*. Madrid: Marcial Pons, 2009, pp. 935 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, J. J. / HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Lecciones de Derecho penal. Parte general*. Madrid: Trotta, 2006, pp. 538 y s.; GALLEGO DÍAZ, M. “El sistema general de reglas para la aplicación de las penas del Código Penal de 1995 y las últimas reformas”, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. / GUARDIEL SIERRA, M. / CORTÉS BECHIARELLI, E. (coords.). *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, pp. 325 y ss.; DEMETRIO CRESPO, E. *Prevención...*, 1999, pp. 43 y ss.; CHOCLÁN MONTALVO, J. A. *Individualización...*, 1997, pp. 107 y ss.; y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. “La aplicación de la

rigidez de la separación en dos fases<sup>30</sup>: el proceso de medición de la sanción concreta consiste en un único juicio global<sup>31</sup>, que el juez desarrolla en niveles sucesivos y concatenados.

En el segundo gran enfoque metodológico estudiado, Francisco MUÑOZ CONDE y Mercedes GARCÍA ARAN distinguen –a efectos sistemáticos– tres fases sucesivas (legal, judicial y administrativa<sup>32</sup>) que sirven para determinar una sanción en todos sus elementos; la individualización judicial se refiere al conjunto de las decisiones que adopta un órgano sentenciador para fijar el marco concreto, y elegir la cuantía específica de pena. Para los autores, dicha etapa se materializa en dos tipos de decisiones –aquí radica el aporte original de este modelo–: a) las cualitativas establecen la naturaleza y/o el grado de la sanción finalmente impuesta<sup>33</sup>; y b) las cuantitativas acotan la extensión numérica y especifican el *quantum* de pena, dentro del margen pre-constituido.

---

pena en el nuevo Código Penal de 1995”, en GÓMEZ COLOMER, J. L. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (coords.). *La reforma de la justicia penal. Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann*. Valencia: Universidad Jaume I, 1997, pp. 254 y ss.

<sup>30</sup> Así, por ejemplo, dice Antonio OBREGÓN GARCÍA (“Determinación de la pena”, en MOLINA BLÁZQUEZ, M<sup>a</sup> C. [coord.]. *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito. Estudio práctico*. Barcelona: JM Bosch, 2005, p. 84) que, “en fin, en todos los aspectos de la medición de la pena hay mezcla de actividad judicial y prescripción legal, que en la práctica no es tan fácil [de] separar y que, probablemente, tampoco en la teoría conviene delimitar de [un] modo radical, pues se producen [grandes] interferencias entre ellas”.

En el mismo sentido se manifiesta Borja MAPELLI CAFFARENA (“El insoportable artículo 66 del Código Penal”, en VV.AA. *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat. Tomo I*. Madrid: Ed. Edisofer, 2008, p. 1152, nota 11): “[...] ambas [fases] son legales y judiciales, es decir, [que] en ambas [etapas.] el legislador ofrece unas reglas [operativas.] y en ambas dispone el órgano judicial de un juego discrecional de valoración”.

<sup>31</sup> En efecto, nuestra legislación actual, “en la práctica[,] deja amplios márgenes de arbitrio –no arbitrariedad– al juez, tanto en la fijación del marco penal concreto como en la decisión última de pena específica a imponer” (BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, p. 38).

Sin embargo, es conveniente apuntar aquí un matiz: hay decisiones que permiten ejercitar mayor discrecionalidad que otras, según se prevean en el Código ciertas reglas como de aplicación facultativa u obligatoria; sobre ello volveré *infra*, en varios epígrafes de los Capítulos II y III.

<sup>32</sup> La primera corresponde únicamente al marco penal genérico que el legislador ha establecido en los tipos, la segunda engloba todas las labores de concreción de la sanción por parte del juez sentenciador, y la tercera incluye “las modificaciones que puede sufrir la pena de prisión durante su cumplimiento, mediante la aplicación de los beneficios penitenciarios, la progresión en grado [...] y la obtención de la libertad condicional” (MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal. Parte general*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 9<sup>a</sup> ed., 2015, p. 574).

<sup>33</sup> Esto acontece “[...] siempre que la ley obliga a imponer penas inferiores o superiores en grado a la prevista para el delito, pero también cuando se señalan [las] penas alternativas [...]” (MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal...*, 9<sup>a</sup> ed., 2015, pp. 573-574). En esta última revisión del manual, los autores eliminan la sustitución del ámbito decisorio de la individualización del castigo, sostenida antes –v. gr., en la 8<sup>a</sup> ed. (que también cito en mi tesis), 2010, p. 569–; y, sin embargo, no creo que la reforma de 2015 afecte a la ubicación sistemática de la institución –según explico *infra*, en el epígrafe III.3.

Partiendo de la propuesta de MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARAN, luego pueden identificarse ya los siguientes cuatro supuestos de la determinación cualitativa<sup>34</sup>: (i) la tentativa, (ii) la complicidad, (iii) las eximentes incompletas (ex arts. 68 y 21.1ª CP), y (iv) ciertos casos privilegiados de concurrencia de atenuantes y/o agravantes –en concreto, las reglas segunda, cuarta, quinta y octava<sup>35</sup> del art. 66.1 CP. Tras ello, la determinación cuantitativa está guiada por aquellos otros preceptos que asignan efectos penológicos a la presencia –o, en su defecto, a la ausencia– de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (esto es, las reglas primera, tercera, sexta y séptima del art. 66.1 CP). Obtenido así el marco concreto, la elección final del *quantum* queda sujeta sólo al albedrío ilimitado del órgano sentenciador<sup>36</sup>.

Incardinado en este segundo paradigma explicativo Martín BESIO HERNÁNDEZ trata de hacer una síntesis propositiva, a la luz de los dos modelos reseñados. Según él, no tiene sentido alguno diferenciar entre fases cuando nos referimos a la labor jurisdiccional de medición de la pena<sup>37</sup>; en efecto, porque el ejercicio de discrecionalidad es inherente a todas las operaciones que integran la tarea. El concepto amplio de la individualización de la sanción sugerido incluye “el conjunto de decisiones adoptadas en sede judicial que contribuirán sucesivamente a la traducción de dicho marco penal abstracto en una medida específica de condena”<sup>38</sup>; en este sentido, si existe una etapa legal, ésta se circunscribe al establecimiento de la penalidad en la Parte especial del Código.

---

<sup>34</sup> De modo incoherente con el planteamiento global, se olvidan los autores de explicar aquí cómo encaja la opción por la sanción a imponer cuando el tipo ofrece dos o más alternativas.

<sup>35</sup> BESIO HERNÁNDEZ (*Los criterios...*, 2011, pp. 34-35, nota 8) cae muy bien aquí en la cuenta de que es discutible catalogar como una “decisión cualitativa” la que permite al juez optar dentro de toda la extensión del nuevo marco penal ya rebajado en dos o más grados; ciertamente con aquélla “no se trata de recorrer «el interior» del marco penal abstracto, sino de elegir un marco distinto, inferior o superior al señalado para el delito” (MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal...*, 9ª ed., 2015, p. 576).

<sup>36</sup> Entonces, “[...] el juez puede imponer dentro de sus límites la pena en la extensión que estime conveniente[,] puesto que para esta última decisión el Código penal no proporciona criterio alguno” (MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal...*, 9ª ed., 2015, p. 581).

<sup>37</sup> Se rechaza así de manera tajante la perspectiva que distingue entre menores y mayores componentes de autonomía y discrecionalidad por parte del juez, en función –respectivamente– de la presencia o no de reglas legales específicas que guíen su labor decisoria. Entonces, la determinación del marco penal concreto no consistiría en una mera “actividad complementaria de la legislativa”, tal como apunta CHOCLÁN MONTALVO (*Individualización...*, 1997, p. 107).

Pero de acuerdo con este último autor parece manifestarse antes Manuel GALLEGÓ DÍAZ (*El sistema...*, 1985, p. 100: “[...] esta decisión del juez [consiste] en un acto [...] complementario de la valoración llevada a cabo en forma general por el legislador en la constitución del marco penal [...]”), incluso subordinando también totalmente la última fase de la individualización *stricto sensu*; en cambio, aquí sostengo que se trata de elecciones jurisdiccionales que pueden manifestar amplios márgenes de arbitrio.

<sup>38</sup> BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, p. 43.

En contraste con lo sostenido MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARAN, BESIO HERNÁNDEZ utiliza una categorización más adecuada a la hora de diferenciar los dos niveles que integran las labores de medición de la sanción. Con una terminología semejante, habla de decisiones “de índole cualitativa” para referirse a los siguientes tres grupos de casos<sup>39</sup>: a) la clase de pena a imponer, si se prevén consecuencias alternativas –o potestativas–; b) la extensión del marco concreto, conforme a los preceptos del artículo 66.1 CP –menos el apartado sexto<sup>40</sup>–; y c) la posible inexecución de una pena de prisión, a través de la suspensión –o la sustitución. Y, de otra parte, la elección cuantitativa especifica la medida aflictiva en la sentencia; ahora, el juez se “subordina a los criterios normativos previstos en el artículo 66.1.6º CP”<sup>41</sup>.

En definitiva, pues, la propuesta de Martín BESIO HERNÁNDEZ plantea dos matices correctivos, en el postrero modelo explicativo de la cuestión que aquí nos ocupa. Primero delimita conceptualmente mejor las operaciones propias de las tareas de medición del *quantum* de la pena, incluyendo así en las labores cualitativas las decisiones relativas a la elección de sanciones alternativas (o facultativas) y a una ocasional inexecución de la prisión dictada en el fallo. En segundo lugar, se ofrece una interpretación acertada de la ubicación sistemática de las reglas del art. 66.1 CP: en general se trata de mecanismos legales que permiten cambios respecto de la penalidad inicial –sea en grado, o cuantitativos–, para obtener el marco concreto; salvo la sexta, que formula vagamente los dos únicos criterios orientadores previstos en nuestro ordenamiento para individualizar los castigos.

Más aún, hay otros tres aspectos destacados de la cuestión sobre los que existe actualmente un amplio consenso en la doctrina mayoritaria. Admitido que, en un momento u otro, la medición de la pena comporta un rango de arbitrio inherente, es hoy un “lugar común”<sup>42</sup> aludir al carácter “jurídicamente vinculado” de dicho proceso decisorio; expre-

---

<sup>39</sup> Para la exposición completa del modelo propuesto por el autor, véase BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, p. 43.

<sup>40</sup> Esto es, siempre y cuando “[...] una norma [legal] imponga o faculte al juez para fijar un ámbito de pena (sea dentro del mismo marco penal –mitad superior o inferior–[,] o en otro distinto) al interior del cual posteriormente se determinará la pena específica a imponer” al sujeto (BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, p. 43).

<sup>41</sup> BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, p. 43.

<sup>42</sup> En la rica doctrina alemana, véanse –ya por todos– JESCHECK, H.-H. / WEIGEND, T. *Tratado...*, 5ª ed., 2002, p. 939; STREE, W. “§ 46 StGB. Grundsätze der Strafzumessung”, en SCHÖNKE, A. / SCHRÖDER, H. (eds.). *Strafgesetzbuch Kommentar*. Munich: C. H. Beck, 29ª ed., 2014, pp. 774 y ss.; BRUNS, H.-J. *Leitfaden...*, 1980, p. 20; BRUNS, H.-J. *Strafzumessungsrecht...*, 2ª ed., 1974, pp. 16 y ss.; ZIPF, H. *Die Strafmassrevision...*, 1969, pp. 161 y ss.; y WARDA, G. *Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht*. Colonia: Heymann, 1962, pp. 173 y ss.

sión “con la que se pretende realzar la exclusión de la arbitrariedad [...]”<sup>43</sup>. Así, toda individualización de la sanción es un acto judicial de “aplicación del Derecho”<sup>44</sup>: la elección discrecional del órgano sentenciador tiene que haberse guiado por criterios objetivos y explicitados en la sentencia; la clave es si éstos deben fundarse en reglas legales, principios iusfilosóficos<sup>45</sup> u otros elementos del razonamiento jurídico.

La consecuencia de lo anterior parece evidente: si las decisiones jurisdiccionales en la fase de medición del castigo están conectadas a criterios reconocibles, en la resolución se tiende –necesariamente– a la razonabilidad del proceso a través del cual se impone una sanción. Entonces, la individualización de la pena pasará a concebirse como un au-

---

En España, cfr. –entre otros– MAPELLI CAFFARENA, B. *Las consecuencias...*, 5ª ed., 2011, p. 283; DE LA MATA BARRANCO, N. J. *La individualización...*, 2008, p. 69; CASTELLÓ NICÁS, N. *Arbitrio...*, 2007, pp. 18 y ss.; DEMETRIO CRESPO, E. *Prevención...*, 1999, pp. 34 y 44; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. “El derecho a obtener una sentencia motivada y la individualización de la pena”, en *Poder Judicial*, Nº 18, 1990, p. 138; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. “Arbitrio judicial y artículo 61.4 del Código Penal: comentario a la sentencia de 20 de marzo de 1986”, en *Poder Judicial*, Nº 4, 1986, pp. 142 y 144; o GALLEGO DÍAZ, M. *El sistema...*, 1985, p. 100.

<sup>43</sup> BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, p. 44.

<sup>44</sup> Véase SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. “La revisión en casación de la individualización judicial de la pena”, en *Poder Judicial*, Nº 6, 1987, p. 140.

Sin embargo, la paráfrasis del original en alemán (“*strukturell Rechtsanwendung*”) corresponde a H.-J. BRUNS (“Zum Revisionsgrund der –ohne sonstige Rechtsfehler– «ungerecht» bemessenen Strafe”, en BOCKELMANN, P. [ed.]. *Festschrift für Karl Engisch*. Frankfurt a.M.: V. Klostermann, 1969, p. 708), y tal expresión contiene el matiz de un carácter “estructural” de la sumisión del proceso decisorio al conjunto del ordenamiento jurídico.

A lo que Carlos PÉREZ DEL VALLE (“La individualización de la pena y su revisión”, en DEL ROSAL BLASCO, B. [ed.]. *Estudios sobre el nuevo Código Penal de 1995*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997, p. 43) añade que dicha catalogación deberá acarrear “todas las consecuencias” posibles. En otras palabras, si la determinación del castigo es siempre “[...] un acto de aplicación del Derecho, la solución al problema habrá que encontrarla necesariamente a través de un método jurídico-dogmático o de orientación racional” (GALLEGO DÍAZ, M. *El sistema...*, 1985, p. 5).

<sup>45</sup> Tal y como desarrollaré en el capítulo quinto –con la correspondiente crítica–, en este punto existe un acuerdo casi unánime en la doctrina: los llamados “fines” del Derecho penal deberían guiar las decisiones sobre la medición de un castigo; así, Gonzalo QUINTERO OLIVARES (*Parte general del Derecho penal*. Pamplona: Thomson Aranzadi, 5ª ed., 2015, p. 649) nos dice que “[...] el arbitrio judicial tendrá que acomodarse [aquí] a una serie de principios que varían en función de la estructura básica político-criminal del sistema penal”.

En el mismo sentido se manifiestan MIR PUIG, S. *Derecho penal...*, 10ª ed., 2015, p. 768; MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal...*, 9ª ed., 2015, p. 574; MAPELLI CAFFARENA, B. *Las consecuencias...*, 5ª ed., 2011, p. 285; GALLEGO DÍAZ, M. “El sistema...”, en VV.AA. *Estudios penales...*, 2003, p. 348; y DEMETRIO CRESPO, E. *Prevención...*, 1999, p. 44, entre otros.

En Alemania, la redacción actual del § 46 StGB facilita mucho la interpretación axiológica; cfr. –por todos– JESCHECK, H.-H. / WEIGEND, T. *Tratado...*, 5ª ed., 2002, pp. 944 y ss.; ALBRECHT, H.-J. *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität. Eine vergleichende theoretische und empirische Studie zur Herstellung und Darstellung des Strafmasses*. Berlín: Duncker & Humblot, 1994, pp. 15-16, y 25 y ss.; o FRISCH, W. “Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Nº 99, 1987, pp. 380 y ss.

téntico juicio racional del órgano sentenciador<sup>46</sup>, cuyo corolario es la elección del *quantum* del castigo merecido por el condenado en el caso concreto. Y ello comporta el ejercicio de un ineludible albedrío, lo que se confía al juez en virtud de su privilegiada situación procesal; pero, si no queremos que aquél devenga en arbitrariedad, hay que exigir el cumplimiento escrupuloso del deber de motivación<sup>47</sup>. Esto es, se requiere el esfuerzo de hacer explícitas e inteligibles las razones que fundan el fallo punitivo<sup>48</sup>.

Aquí es donde el papel de la doctrina adquiere una relevancia considerable en estos momentos de incertidumbre: casi nadie pone en duda que “un «razonable» arbitrio judicial es imprescindible en la determinación de la pena”<sup>49</sup>, pero en España seguimos faltos de criterios claros y resolutivos en esta materia. No nos queda más opción que recorrer el camino trazado por otros sistemas jurídicos, y en nuestro país por los autores que han abordado la problemática con denuedo –por ejemplo, GALLEGO DÍAZ: “Una cierta<sup>50</sup> racionalización de la actividad del juez puede conseguirse a través de una ordenación y clasificación de los fundamentos y principios que intervienen”<sup>51</sup> en la medición del castigo. Lo demás sería continuar en esa situación de *desamparo* normativo actual, que es el caldo de cultivo propicio para extender la arbitrariedad.

La necesaria elaboración doctrinal de un catálogo abierto –capaz de adaptarse a una casuística compleja– de criterios que guíen la labor de individualización judicial situaría

---

<sup>46</sup> De este modo, “si se concibe la individualización de la pena como un proceso racional –[y] desligado del intuicionismo, del simple subjetivismo, de la arbitrariedad, a fin de cuentas–, el juez carga con la obligación de explicitar cuáles son las razones o [los] motivos que justifican la decisión adoptada [...]. No existe decisión racional alguna cuya justificación no pueda ser explicitada de modo argumentativo, por escrito, en la sentencia; por lo que lo demás deviene directamente arbitrariedad” (BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, p. 25).

<sup>47</sup> En efecto, pues nada más alejado de una concepción aceptable del arbitrio judicial que considerarlo “[...] como si fuere un mundo recoleto[,] y de [estricta] pertenencia al fuero íntimo de la conciencia del juzgador [...]” (DEL ROSAL FERNÁNDEZ, J. *Cosas del Derecho penal*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1973, p. 459).

<sup>48</sup> Al respecto, cfr. FRISCH, W. *Revisionsrechtliche...*, 1971, *passim*; especialmente, las pp. 26 y 284.

<sup>49</sup> GALLEGO DÍAZ, M. *El sistema...*, 1985, p. 100.

<sup>50</sup> Dicho autor aboga por rechazar la total objetividad del proceso decisorio, cuya esencia se le antoja mucho más compleja: “No se puede negar a este respecto que [...] es inherente a la misma [elección] un componente individual[, algo] no enteramente racionalizable (prejuicios personales, simpatías, convicciones, emociones[, etc.])” (GALLEGO DÍAZ, M. *El sistema...*, 1985, p. 100).

En concordancia con lo anterior, también José Luis GONZÁLEZ CUSSAC (“Arbitrio...”, en *Poder Judicial*, Nº 4, 1986, p. 151) reconocerá “[...] la existencia de cierto reducto prácticamente inaccesible en toda decisión judicial [...]” de medición penal, de tal modo que –en la praxis real– “[...] subsiste casi siempre un factor de indeterminación que, si no se puede eliminar, se tendrá que dejar al prudente arbitrio del juez”.

<sup>51</sup> GALLEGO DÍAZ, M. *El sistema...*, 1985, p. 100.

al fin la cuestión en el nivel que le corresponde; esto es, como “un problema de la razón práctica”<sup>52</sup>. Y ello resulta todavía más imperativo en España a partir de la reforma de 2003, que introdujo una novedosa redacción del art. 72 CP: “Los jueces o tribunales, en la aplicación de la pena, con arreglo a las normas contenidas en este capítulo, razonarán en la sentencia el grado y [su] extensión concreta de la impuesta”. Por suerte, lejos queda la situación de mutismo legal censurada por SILVA SÁNCHEZ en 1987<sup>53</sup>: no existía entonces un precepto explícito en el que fundamentar esa exigencia de una justificación racional de la decisión sobre el *quantum* de la sanción impuesta.

Finalmente, queda claro que sólo la adecuada motivación hace posible el control normativo de la discrecionalidad judicial: la revisión en segunda instancia permite al órgano superior comprobar la corrección (lógico-formal y material) del proceso decisorio. Tras décadas de “omisión dolosa”<sup>54</sup> por parte del Tribunal Supremo –al considerar, erróneamente, que la medición de la pena quedaba reservada (en virtud del principio de la intermediación) al juicio exclusivo del sentenciador, sin posibilidad alguna de discutir la legitimidad de la elección–, esto es algo que puede integrar hoy en día un *petitum* de cualquier recurso de casación<sup>55</sup> –y, por extensión, también el de los otros mecanismos para impugnar las resoluciones judiciales dictadas en primera instancia.

Así las cosas, desde finales de los años 80 del siglo pasado el Tribunal Supremo ha considerado que es posible examinar los razonamientos empleados por el órgano sen-

---

<sup>52</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. “El derecho...”, en *Poder Judicial*, Nº 18, 1990, p. 139.

<sup>53</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. “La revisión...”, en *Poder Judicial*, Nº 6, 1987, p. 142.

<sup>54</sup> Como bien puso de manifiesto en su momento SILVA SÁNCHEZ (“La revisión...”, en *Poder Judicial*, Nº 6, 1987, pp. 137-139), existió en España “una verdadera línea jurisprudencial” que sostenía que los tribunales de instancia disponían de una facultad discrecional “privativa y personal” no susceptible de ser revisada. Sobre ello, véanse –entre muchas otras– las SSTs de 14 de noviembre de 1946, 16 de marzo de 1956, 9 de febrero de 1968, 29 de junio de 1984 y 20 de febrero de 1987; en la primera resolución mencionada afirma tajantemente nuestro Alto Tribunal que dicho atributo “no se halla sujeto a reglas distintas de la íntima que dictare la prudencia [del juez], ni su ejercicio puede, por tanto, discutirse en casación”.

En pleno periodo de inversión gradual del criterio jurisprudencial, la sentencia de 20 de marzo de 1986 aún sostenía que la individualización exacta de la pena correspondía en exclusiva al tribunal de instancia; ello en uso “de un arbitrio que, si teóricamente no es absoluto, en la práctica sí lo es en cuanto [que] tal determinación”. Entonces, mientras no se rebasaran los límites legales (inferior y superior; en ese momento, el techo del grado medio era el tope no superable) del marco penal la sentencia condenatoria nunca era revisable. Al respecto, cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. “Arbitrio...”, en *Poder Judicial*, Nº 4, 1986, pp. 146-147.

<sup>55</sup> Ello no obstante, el vigente sistema procesal español plantea toda una serie de cuestiones problemáticas a la hora de canalizar adecuadamente la revisabilidad del proceso decisorio de medición de las sanciones penales en sede casacional. En detalle, véase PÉREZ DEL VALLE, C. “La individualización...”, en DEL ROSAL BLASCO, B. (ed.). *Estudios...*, 1997, pp. 44-45.

tenciador en su labor de individualización de la sanción<sup>56</sup> –y ello con carácter general<sup>57</sup>. Entonces, actualmente es pacífico en la doctrina y la jurisprudencia españolas<sup>58</sup> que la aplicación de la pena está vinculada “a la exigencia de una cierta ordenación de criterios que permita garantizar un control jurídico racional”<sup>59</sup>. De este modo, conseguimos que el arbitrio en la medición del castigo, como el ejercicio de una facultad discrecional, sea siempre algo “reglado, sometido al derecho, y que cuando sea imprudente, [o] se exceda de los márgenes legales, se pueda hablar perfectamente de una infracción de ley”<sup>60</sup>.

En definitiva, hallamos hoy en día una postura doctrinal casi unánime al considerar que la individualización penal –en tanto que proceso de aplicación del Derecho, en base a criterios jurídicos y a un cumplimiento riguroso del deber de motivar– es susceptible de control mediante recurso contra su contenido<sup>61</sup>. Así, la impugnación –en España, como

---

<sup>56</sup> Y es que, según PÉREZ DEL VALLE (“La individualización...”, en DEL ROSAL BLASCO, B. [ed.]. *Estudios...*, 1997, p. 41), “sólo es posible garantizar la imposición [...] de una pena satisfactoria [...] a través de la delimitación de ciertos criterios que permitan el control de su racionalidad”.

<sup>57</sup> En un primer momento, véanse –por todas– las SSTs de 5 de octubre de 1988, de 25 de febrero de 1989, de 5 de julio de 1991 y de 7 de marzo de 1994. En la última resolución aquí mencionada se pronuncia así el Alto Tribunal:

“Esta Sala ha señalado la posibilidad de revisar la sentencia[,] en la individualización de la pena[, y] no sólo cuando se interpretan equivocadamente las reglas del art. 61 del Código penal [el de 1973] para determinar el grado en [el] que la pena se puede aplicar, sino también cuando en la determinación de la pena concreto dentro del grado el tribunal se ha guiado por criterios jurídicamente erróneos y arbitrarios”.

<sup>58</sup> En efecto, “[...] puede considerarse ya superada la línea jurisprudencial que sostenía la existencia [...] de una *facultad discrecional privativa y personal no susceptible de ser revisada en casación*” (RAMOS TAPIA, M<sup>a</sup> I. “El control del arbitrio judicial en la individualización de la pena”, en *Cuadernos de Política Criminal*, N<sup>o</sup> 69, 1999, p. 615; la cursiva es original de la autora).

<sup>59</sup> PÉREZ DEL VALLE, C. “La individualización...”, en DEL ROSAL BLASCO, B. (ed.). *Estudios...*, 1997, p. 43.

<sup>60</sup> COBO DEL ROSAL, J. M. “El sistema de penas y el arbitrio judicial en el Código Penal de 1870”, en BECERRIL Y ANTÓN-MIRALLES, J. *et alter. Conmemoración del centenario de la Ley provisional sobre organización del Poder Judicial y del Código Penal de 1870*. Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1970, p. 88 (por estilo, elimino aquí la cursiva del original).

Y, en el mismo sentido, se manifiesta también –recientemente– Carlos PÉREZ DEL VALLE (*Lecciones...*, 2016, p. 335): “[...] una individualización no racional de la pena supone [sin duda] una infracción de ley y, por [lo] tanto, puede ser impugnada en un recurso (de apelación o de casación) contra la sentencia dictada”.

<sup>61</sup> En Alemania, cfr. –por todos– JESCHECK, H.-H. / WEIGEND, T. *Tratado...*, 5<sup>a</sup> ed., 2002, p. 950; BRUNS, H.-J. *Leitfaden...*, 1980, pp. 267 y ss.; ZIPF, H. *Die Strafmasrevision...*, 1969, pp. 171 y ss.; y WARDA, G. *Dogmatische...*, 1962, p. 175.

En España, véanse entre otros LLORCA ORTEGA, J. *Manual de determinación de la pena*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 6<sup>a</sup> ed., 2005, pp. 327 y ss.; PÉREZ DEL VALLE, C. “La individualización...”, en DEL ROSAL BLASCO, B. (ed.). *Estudios...*, 1997, pp. 43 y ss.; GARCÍA ARÁN, M. *Los criterios...*, 1982, pp. 242 y ss.; y QUINTERO OLIVARES, G. “Determinación...”, en *CPC*, N<sup>o</sup> 4, 1978, p. 64. Pero en contra de la posible revisión, cfr. MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal...*, 9<sup>a</sup> ed., 2015, p. 584.



veremos, por vía de apelación, casación y/o amparo<sup>62</sup>– de la decisión sobre el *quantum* del castigo impuesto pasa a integrar un aspecto concreto del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Y no olvidemos que una motivación bastante es el presupuesto necesario del control en la segunda instancia<sup>63</sup>; su ausencia, “en tanto que obstáculo a la posibilidad de[ ] recurso, constituye una vulneración del derecho [...] a que no se produzcan situaciones de indefensión”<sup>64</sup>.

Como último aspecto de la exposición del estado actual de la cuestión, resulta ineludible llamar la atención sobre diversas deficiencias jurisprudenciales que revela la práctica forense española. En concreto, se trata de aquellos supuestos en los que ese arbitrio otorgado al órgano sentenciador –por parte de un legislador que le confía, en ocasiones, amplias facultades– se ejerce vulnerando su carácter jurídicamente vinculado<sup>65</sup>. Y ello puede ocurrir como consecuencia de dos grandes carencias en las labores de la medición del castigo<sup>66</sup>: a) una ausencia de motivación explícita, ya sea por la absoluta omisión o por la insuficiente consignación de las razones; y b) una incorrecta (o “pobre”) argumentación ofrecida en la sentencia, que a su vez puede obedecer a diferentes contingencias<sup>67</sup>.

Sin perjuicio de hacer un tratamiento en profundidad sobre este tema crucial más adelante, avanzo ahora cinco prácticas comunes –como muestra introductoria del panora-

---

<sup>62</sup> Al tratarse de infracciones que –directa o indirectamente– afectan a preceptos constitucionales (arts. 24.1 y 120.3 CE), “contra una decisión del Tribunal de Instancia que individualiza la pena sin motivarlo suficientemente, cabrá, en primer lugar, el *recurso de casación*, y sólo en el caso de que éste se desestime, [podrá interponerse] el recurso de amparo” (SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. “La revisión...”, en *Poder Judicial*, N<sup>o</sup> 6, 1987, p. 143; la cursiva es del autor).

<sup>63</sup> Como bien resume SILVA SÁNCHEZ (“La revisión...”, en *Poder Judicial*, N<sup>o</sup> 6, 1987, p. 141), “[...] de lo contrario, resulta imposible saber hasta qué punto se han tenido en cuenta los principios escritos y no escritos que han de guiar la decisión judicial”. A tal respecto véanse también –en la doctrina alemana– BRUNS, H.-J. *Leitfaden...*, 1980, p. 232; FRISCH, W. *Revisionsrechtliche...*, 1971, p. 284; y WARDA, G. *Dogmatische...*, 1962, p. 192.

<sup>64</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. “La revisión...”, en *Poder Judicial*, N<sup>o</sup> 6, 1987, p. 141.

<sup>65</sup> Y, así, MAPELLI CAFFARENA (*Las consecuencias...*, 5<sup>a</sup> ed., 2011, p. 284) nos advierte de que “[...] la praxis judicial no siempre da una respuesta satisfactoria a la vinculación legal de la discrecionalidad. Son muchas las ocasiones en las que se desatienden las auténticas motivaciones y se acude a argumentaciones standards (sic) con la[s] que se solventa sólo formalmente este requisito”, derivado del art. 120.3 CE.

<sup>66</sup> Cfr. RAMOS TAPIA, M<sup>a</sup> I. “El control...”, en *CPC*, N<sup>o</sup> 69, 1999, p. 616.

<sup>67</sup> Por ejemplo, cuando “[...] se hayan tenido en cuenta criterios distintos de los establecidos en la ley, las valoraciones del juzgador resulten incoherentes o la fijación de la pena sea manifiestamente desproporcionada en relación con la gravedad del hecho o las circunstancias personales del condenado” (GALLEGO DÍAZ, M. “Arbitrio y revisión de la individualización judicial de la pena: evolución jurisprudencial”, en *Revista de Derecho Penal*, N<sup>o</sup> 35, 2012, p. 25).

ma general. En primer lugar, es habitual en las resoluciones de instancia la opción por el “suelo” del marco concreto, sin explicación alguna; en ese caso, parece que vaya de suyo la argumentación implícita de favorecer al reo<sup>68</sup>. Sin embargo, tiene razón CORCOY BIDASOLO al alegar que una actuación judicial incompleta “no se justifica[rá] por el [solo] hecho de que, normalmente, se imponga la pena mínima, evitando de es[t]a forma [que prospere] el recurso por ausencia de motivación”<sup>69</sup>. Así pues, siempre hace falta explicitar en la sentencia el razonamiento que funda el proceso decisorio del juez para cumplir los mandatos constitucional y legal, y evitar una indefensión de las partes afectadas.

La crítica anterior se extiende a lo que sucede (con cierta frecuencia) al aplicar los tipos penales que contienen sanciones alternativas, entre las que el órgano sentenciador debe optar, sin más limitaciones jurídicas que las derivadas de la razonabilidad empleada en el proceso decisorio –y expresada en la resolución. Cuando el juez de instancia elige el castigo menos gravoso para el delincuente sin argumentar (de manera lógica, coherente y congruente) el porqué del fallo desvirtúa su trascendental labor; incluso hasta el punto de cuestionar el tenor de esa decisión, aunque ello no obstante puede ser la más prudente y acertada, en el caso particular. Y algo parecido ocurre con la rebaja automática –esto es, sin disquisición suficiente– de dos grados en el marco abstracto cuando el Código faculta también al juzgador para descender sólo un escalón punitivo.

En cuarto lugar, existe una praxis jurisprudencialmente consolidada<sup>70</sup>, según la cual el Tribunal Supremo subsana, en vía casacional, el defecto de ausencia de motivación en la primera instancia “cuando la sentencia impugnada contenga en sus hechos [...] todas las circunstancias acaecidas”<sup>71</sup> relevantes para individualizar la sanción. En esos casos, cuando de los datos consignados en la resolución pueden “deducirse las razones que fundamentan la extensión de la concreta pena impuesta”<sup>72</sup> se desestima el recurso ha-

---

<sup>68</sup> Al menos así se deduce de la jurisprudencia mayoritaria, que sigue admitiendo la ausencia de razonamiento explícito en tales supuestos; y al respecto véanse –por todas– las SSTS 850/2003, de 11 de junio (FJ 8º: “Únicamente venimos considerando no necesaria tal motivación cuando las penas se fijan en el mínimo legal permitido o [...] se quedan próximas [...]”), ó 919/2009, de 24 de septiembre (FJ 7º: “[...] la imposición del mínimo no precisa de una especial motivación en cuanto que se trata de una ineludible consecuencia de la calificación jurídica de los hechos, [ya] previamente establecida”).

<sup>69</sup> CORCOY BIDASOLO, M. “Prólogo”, en BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, p. 19.

<sup>70</sup> Véanse, entre muchas otras, las SSTS 1276/1995, de 26 de abril (FFJJ 3º y 5º); ó 1264/1998, de 20 de octubre (FJ 4º). Una línea apoyada por la jurisprudencia constitucional –así, por ejemplo, en la STC 54/1997, de 17 de marzo (FJ 3º)–, que entiende cumplido el requisito de la suficiencia en la motivación cuando la resolución permita conocer el proceso lógico-jurídico que ha conducido al fallo, aunque sea de manera escueta o se haga por remisión.

<sup>71</sup> STS (Sala de lo Penal, Sección 1º) 3768/1994, de 23 de diciembre, FJ 1º y único.

<sup>72</sup> RAMOS TAPIA, Mª I. “El control...”, en *CPC*, Nº 69, 1999, p. 624.

ciendo explícitos tales argumentos omitidos por el juez sentenciador. Pese a las buenas intenciones que se hallan tras la postura de nuestro Alto Tribunal –en síntesis, la economía procesal y la evitación de dilaciones indebidas–, se trata de una solución discutible<sup>73</sup>.

Finalmente, otro ejemplo lo encontramos en el uso generalizado de una cuota diaria estándar para la determinación de las penas de multa ordinaria; dentro de los límites legalmente establecidos (entre 2 y 400 €, ex art. 50.4 CP), es habitual imponer la cuantía final de la sanción pecuniaria sobre una base de 6 € al día<sup>74</sup>. Una vez más se esgrimen aquí razones entendibles –en general, los problemas de prueba, o una falta de medios materiales o personales suficientes en la judicatura<sup>75</sup>–, pero que en ningún caso han de excusar a la doctrina de seguir trabajando para hallar una respuesta más satisfactoria<sup>76</sup>, que además sea capaz de garantizar el pleno cumplimiento de los imperativos legales y constitucionales.

---

<sup>73</sup> Y sobre ello volveré más adelante –ya en el epígrafe tercero del Capítulo IV, también de la mano de RAMOS TAPIA (“El control...”, en *CPC*, Nº 69, 1999, pp. 625 y ss.).

<sup>74</sup> Cfr. –entre muchas otras– la STS 1377/2001, de 11 de julio; así pues, “[...] una cuota de 6 euros es conforme a [la] jurisprudencia reiterada [y] resulta razonable aun cuando no consten los ingresos que recibe [el sujeto,] si no existieren motivos para deducir que es un indigente” (SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. “Artículo 50”, en GÓMEZ TOMILLO, M. [dir.]. *Comentarios al Código penal*. Valladolid: Lex Nova, 2010, p. 316).

<sup>75</sup> En efecto, lo pone de manifiesto SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ (“Artículo 50”, en GÓMEZ TOMILLO, M. [dir.]. *Comentarios...*, 2010, p. 316) con estas palabras:

“[...] muchas veces es difícil[,] o [ya] imposible[,] la averiguación de la capacidad económica del condenado, cuando sus ingresos o propiedades no constan en registros públicos; [...] la práctica judicial muestra que aun en casos en que dicha investigación patrimonial sería teóricamente posible no se practica, debido a la saturación de los órganos judiciales en el momento pertinente, esto es, en fase instructora[,] y por tanto previa a la celebración del juicio oral[,] y dictado de la sentencia, que es cuando se fija su cuantía, sino a lo sumo cuando en caso de impago se procede a la averiguación de bienes[,] para intentar su cobro por vía de apremio. [...] La única prueba que [...] se practica sobre la capacidad económica del condenado es a menudo su propia declaración, cuando se le pregunta por sus ingresos –que lógicamente sin prueba adicional[, y] no teniendo obligación de decir la verdad [el acusado,] tiene poca fiabilidad– [...]”.

<sup>76</sup> Una posible vía para llenar normativamente el vacío que existe hoy en día en la motivación de algunas decisiones discrecionales es –como intentaré ya luego desarrollar en la parte “propositiva” de esta tesis– extrapolar criterios generales a partir de las “máximas de la experiencia” sacadas de la práctica judicial.

En este sentido, y en el caso concreto de la determinación de las penas de multa, se tienen en cuenta hoy con bastante frecuencia “[...] indicios tangenciales[,] como que [el acusado] venga asistido por un abogado particular y no [uno] de oficio (SSTS [...] 1342/2001, de 29 de junio; 996/2003, de 7 de julio; y 559/2002, de 27 de marzo) u otros que casualmente aparezcan relacionados con los hechos objeto de enjuiciamiento –por ejemplo, [en] un delito contra la seguridad del tráfico, cuando se conoce que el coche conducido de su propiedad tiene [un] alto valor económico–” (SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. “Artículo 50”, en GÓMEZ TOMILLO, M. [dir.]. *Comentarios...*, 2010, p. 316).

## 2. Presupuestos: las premisas filosóficas de la investigación

### 2.1 La decisión que concreta un castigo estatal como arte de lo justo<sup>77</sup>

En el sistema jurídico-penal español actual, igual que sucede en todos los países occidentales –ya sean del ámbito continental o del anglosajón–, el juez sentenciador posee un cierto grado de discrecionalidad para la individualización de la sanción a imponer. En efecto, la elección de la cuantía de la pena se confía al órgano judicial, en cuyas manos se deja un conjunto de decisiones que afectan ampliamente al *quantum* de la condena. En España, dicho escenario viene acompañado de una preocupante ausencia de reglas legales específicas<sup>78</sup>, y de pautas jurisprudenciales o doctrinales<sup>79</sup>, que faciliten la labor decisoria del juez; así las cosas, nunca resulta evidente cuál es la cantidad de pena que –en justicia– corresponde al delito perpetrado y al responsable de su comisión.

---

<sup>77</sup> Sobre la idea de jurisprudencia como arte, véase especialmente PÉREZ DEL VALLE, C. *Estudios sobre la independencia judicial y el proceso penal*. Lima: Grijley, 2005, pp. 41 y ss.

Aunque no es objeto de análisis en mi trabajo, no cabe duda de que las aportaciones de la escuela del “derecho libre” fueron decisivas en este sentido, al entender que la actividad judicial es algo vivo y espontáneo, cuyo resultado depende de la persona que interpreta las normas; así, cfr. –por todos– EHR- LICH, E. *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*. Leipzig: C. L. Hirschfeld, 1903; KANTOROWICZ, H. (GNAEUS FLAVIUS). *Der Kampf um Rechtswissenschaft*. Heidelberg: Carl Winter, 1906; e ISAY, A. *Rechtsnorm und Entscheidung*. Berlín: F. Vahlen, 1929 –citados en orden cronológico.

<sup>78</sup> Frente a ello, se puede esgrimir el argumento de que el Capítulo II del Título III del Libro I de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (titulado “De la aplicación de las penas”) ya prevé suficientes y detalladas reglas para seleccionar la sanción final a imponer. Sin embargo, ello no es del todo exacto: los arts. 61 a 79 CP son bastante eficaces en las labores iniciales para determinar el marco penal concreto; pero no resuelven de igual modo la inevitable incertidumbre que tal horquilla genera respecto de la última de las decisiones judiciales condenatorias –esto es, la que conduce a un órgano sentenciador a individualizar la magnitud específica del castigo, ya dentro de los márgenes establecidos con las operaciones precedentes.

A pesar de su muy frecuente uso en esta fase final de la medición de las sanciones, el vigente artículo 66.1.6ª CP (“Cuando no concurren atenuantes ni agravantes[, los jueces o tribunales] aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho”) es problemático por al menos estos dos motivos: a) no ofrece criterios suficientemente concretos y de fácil aplicación práctica –así, “circunstancias personales del delincuente” y “gravedad del hecho” son conceptos demasiado vagos (o jurídicamente indeterminados)–; y b) dicho precepto está previsto para una situación penológica muy específica –esto es, la total ausencia de atenuantes y agravantes en un supuesto de hecho–, por lo que su extensión a otras casuísticas –y que, no obstante, defenderé en su momento (en la línea de la doctrina dominante en España), aunque con matices– es cuanto menos discutible.

<sup>79</sup> Igualmente nos advierte sobre este vacío Mirentxu CORCOY BIDASOLO (“Prólogo”, en BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, p. 19) en el clarividente introito a la monografía de su discípulo chileno: en nuestro país, la medición jurisdiccional de la pena es “[...] un tema que se encuentra prácticamente huérfano de [una] literatura que lo aborde en profundidad. Ausencia de doctrina a la que se suma un pobre tratamiento jurisprudencial [...]”, completando así el preocupante panorama.

Y, sin embargo, pese a las dificultades, la determinación del castigo constituye –según JESCHECK– “la tercera función autónoma del juez penal, representando [así] el cénit de su actividad”<sup>80</sup>. En el mismo sentido PÉREZ DEL VALLE dice que individualizar la sanción es una labor propia de la jurisdicción<sup>81</sup> –y no ya legislativa–, entendida como una realización del derecho en cada caso particular a través de decisiones *ad hoc*<sup>82</sup>, que aplican los preceptos materializando su contenido. Entonces, concretar la pena impuesta a una persona condenada consiste en establecer prudencialmente la medida justa de aquélla, a partir de un marco que haya sido configurado –con carácter previo– según las normas previstas en las leyes<sup>83</sup>. O, en otras palabras, la asignación del castigo es un auténtico “acto creativo de organización social”<sup>84</sup> por parte del juzgador.

Es por ello que en la tradición jurídica patria se denominó la “parte artística”<sup>85</sup> del Código de 1848 a un complejo entramado de reglas legales que allí se previeron para guiar

---

<sup>80</sup> JESCHECK, H.-H. *Tratado de Derecho penal. Parte general. Volumen segundo*. Barcelona: Bosch, 1981, p. 1190; por razones estilísticas se ha eliminado la negrita de la traducción del original. En esta misma línea ya antes se manifestó SPENDEL (“Die Begründung...”, en *Neue Juristische Wochenschrift*, Vol. 17, Nº 38, 1964, pp. 1758 y ss.; también en *Zur Lehre...*, 1954, pp. 58 y ss.).

<sup>81</sup> Cfr. PÉREZ DEL VALLE, C. “La función del arresto de fin de semana en el sistema penal. Una perspectiva fenomenológica”, en VV.AA. *El arresto de fin de semana en la legislación española*. Madrid: Dykinson, 2002, pp. 31 y ss.

<sup>82</sup> Así Carlos PÉREZ DEL VALLE (“La función...”, en VV.AA. *El arresto...*, 2002, p. 31) arguye que “[...] la realización del derecho penal no existe sin decisión judicial. [...] En todo caso, desde el punto de vista de la legislación, la pretensión de crear leyes que presten rendimiento social depende necesariamente de su aplicación en los tribunales [...]”.

<sup>83</sup> A tal respecto véase DREHER, E. “Rationalere Strafzumessung?”, en VV.AA. *Pönometrie. Rationalität oder Irrationalität der Strafzumessung*. Colonia: Institut für Konfliktforschung, 1977, pp. 37 y ss.

<sup>84</sup> Cfr. DREHER, E. “Zur Spielraumtheorie als der Grundlage der Strafzumessungslehre des Bundesgerichtshofes”, en *Juristen Zeitung*, Vol. 22, Nº 2, 1967, p. 46: “[...] die Zumessung der Strafe ist ein schöpferischer sozialer Gestaltungsakt des Richters”. Y en el mismo sentido se sirve también de la anterior frase el penalista y criminólogo alemán Thomas WÜRTEMBERGER: “Zur Phänomenologie der richterlichen Erfahrung bei der Strafzumessung”, en *Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat. Ausgewählte Aufsätze und Vorträge (1948-1969)*. Stuttgart: F. Enke, 1970, p. 175.

<sup>85</sup> La acertada expresión la acuñaron los comentaristas del texto para referirse a los artículos 60 a 85 del Real Decreto de 19 de marzo de 1848 –promulgado como ley el 1 de julio–; véanse en detalle RUEDA NEIRA, R. R. *Parte artística del Código Penal vigente. Estudio teórico y práctico de las reglas de aplicación de penas*. Santiago de Compostela: Imprenta de J. M. Paredes, 1890; PASTOR RODRÍGUEZ, R. *Estudio teórico de las reglas de aplicación de penas*. Madrid: Imprenta de la Viuda e Hija de Gómez Fuentenebro, 1894; y DE VIZMANOS, T. M. / ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C. *Comentarios al Código penal. Tomo I*. Madrid: Imprenta de J. M. Alonso, 2ª ed., 1853, pp. 279 y ss.

Sobre el contenido excesivamente legalista de este pionero texto, cfr. GALLEGO DÍAZ, M. *El sistema...*, 1985, pp. 219-221. Y su influencia posterior es evidente: no en vano fue “[...] la primera muestra de la codificación penal en nuestro país” (GALLEGO DÍAZ, M. *El sistema...*, 1985, p. 220); o el “primer Código penal duradero que hemos tenido en España –y vigente todavía [en el año 1970] en gran parte, no obstante, las sucesivas reformas–” (ANTÓN ONECA, J. “El Código penal de 1870”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 23, Nº 2, 1970, p. 229).

la labor de la individualización de las penas. Esa “abundancia y minuciosidad”<sup>86</sup> de los preceptos dejó entonces sin apenas un resquicio a la discrecionalidad judicial<sup>87</sup>; fue el paradigma de una práctica estrictamente legalista que hoy se considera superada<sup>88</sup>. Sin embargo, aquí interesa resaltar lo siguiente: el juicio racional para concretar las sanciones es un “arte”<sup>89</sup> –no una mera operación mecánica de aritmética o dosimetría pena-

---

<sup>86</sup> GALLEGO DÍAZ, M. *El sistema...*, 1985, p. 220.

<sup>87</sup> Críticos con este planteamiento del legislador decimonónico, véanse –verbigracia– QUINTERO OLIVARES, G. “Determinación...”, en *CPC*, N° 4, 1978, p. 52; y FERRER SAMA, A. *Comentarios al Código Penal. Tomo II*. Murcia: Sucesores de Nogués, 1947, p. 232.

<sup>88</sup> Ciertamente, el margen de arbitrio del juzgador en el proceso de la determinación penal ha seguido en nuestro país “una línea de progresivo aumento” (GALLEGO DÍAZ, M. *El sistema...*, 1985, p. 221) desde la promulgación del Código de 1848, hasta cristalizar en el actual sistema mixto –que trato de describir y catalogar en el presente apartado.

<sup>89</sup> Conviene aquí recordar la definición que del derecho daba, con elegancia, el jurista romano Juventio CELSO hijo, en el siglo II: “*ius est ars boni et aequi*” (citado en JUSTINIANO. *Digestorum, seu Pandectarum*, 1, 1, 1; quien la recoge de las *Institutiones* de Domicio ULPIANO). Ello sin olvidar que el vocablo “ars” proviene del griego “*téchnē*”, una de las cinco virtudes humanas racionales –según ARISTÓTELES (*Ética a Nicómaco*, VI, 3, 1139b15-20). Pese a su carácter fundamentalmente productivo –así pues, se orienta a la creación de algo contingente, dirigido a la consecución de un fin diferente de la propia acción–, se trata de un aspecto de la “razón práctica”: está siempre basada en la comprensión teórica de la realidad. E incluso antes del Estagirita su maestro –llamado “idealista”– PLATÓN (*La República*, VI, 1, 484c-484d) consideró que la *téchnē* se funda en un conocimiento de las “formas”: una *epistēmē* sobre los principios políticos resulta indispensable para el arte de gobernar en la ciudad de los filósofos.

Como vemos, dicha relación entre *epistēmē* y *téchnē* en la sabiduría clásica contrasta con la idea contemporánea acerca de la estricta oposición entre teoría y acción. Entonces, la *téchnē* (o la *ars*) es una disposición (*hexis*) que produce algo material gracias a la razón práctica (*phronēsis*); y tal praxis se dirige a un bien específico, separado de ésta –por ejemplo, la salud es el fin de la medicina, y la victoria es el de la ciencia militar (cfr. ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*, I, 1, 1094a5-10). Pero la *téchnē* va algo más allá de la mera experiencia (la *empeiría*) fragmentaria, y es capaz de formular juicios universales –aunque sólo de carácter relativo a la cuestión concreta, puesto que la certeza absoluta queda reservada a la *epistēmē*–; en el caso de la medicina, por ejemplo, ello es posible al conocer la causa última de una enfermedad y saber que un remedio cura a todos los individuos afectados por el mal (véase ARISTÓTELES. *Metafísica*, I, 1, 981a5-15). En definitiva, la *téchnē* –como actividad “productiva”, dirigida a un bien externo– es siempre un conjunto de acciones concretas, variables y contextuales (en la expresión inglesa, “*context-sensitive*” –o dependiente de las circunstancias–). Otra vez se pone de manifiesto la ambivalencia que existe entre las dos facultades racionales analizadas: la medicina es una *epistēmē* (ciencia) que estudia la salud –en general–, pero también es una *téchnē* (práctica) que origina estados saludables en las personas (cfr. ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*, I, 6, 1097a3-14).

Sin embargo, no hay que confundir tampoco la *téchnē* con la virtud (*aretē*): la primera es una habilidad para hacer cosas “productivas” –esto es, orientadas a un fin extrínseco–, mientras que la segunda es una disposición interna del ánimo para el obrar bueno. Entonces, el valor de las actividades del “artista” (o del “técnico”) reside en las obras mismas que crea –porque son de un modo determinado, y realizan en la vida real el bien perseguido; en cambio, el fin de una acción virtuosa no es el “producto” obtenido de aquélla sino la actividad misma. Más aún, aquélla depende por completo de la posición moral del agente, quien tiene que obrar con pleno conocimiento de causa y escoger (deliberadamente) la acción por ella misma; y también dicha actuación debería provenir de una disposición fija del carácter (véase ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*, II, 4, 1105a25-1105b9). Ninguno de estos dos últimos elementos señalados –propios de la *aretē*– pertenecen de manera necesaria al ámbito de la *téchnē*.

les. En efecto, según GALLEGO DÍAZ la cuantificación de la magnitud del castigo “constituye el más alto y fino arte del juez”<sup>90</sup> sentenciador.

En la concepción tomista –síntesis del saber occidental, desde la Antigua Grecia hasta el Medioevo cristiano, pasando por la tradición romano-germánica–, un arte es un “hábito operativo”<sup>91</sup>: “la recta razón de algunas obras que se han de hacer”<sup>92</sup>. Y sin embargo también participa aquél de lo intelectual: es el “saber cómo son las cosas que [se] consideran [en alguna tarea], pero no cómo está dispuesto el apetito humano<sup>93</sup> respecto de ellas”<sup>94</sup>. Además, arguye SANTO TOMÁS que una *ars* “posee razón de virtud”<sup>95</sup> del mismo modo que pasa en los hábitos especulativos; esto es, [...] ni el arte ni el hábito especulativo hacen buena a la obra en cuanto al uso<sup>96</sup>, lo cual es propio de la virtud que perfecciona al apetito, sino sólo en cuanto a la facultad de obrar bien”<sup>97</sup>. Luego la *ars* judicial es la disposición firme y constante de fallar lo conocido como debido en cada caso.

Sugiero al lector ahora la licencia de recurrir a una metáfora, para desentrañar qué significa exactamente el elemento “artístico” (en la concreción de las sanciones penales). Imaginemos que la sentencia es un cuadro –e incluso nos aventuramos a conjeturar un estilo pictórico: el realismo barroco, cargado de detalles precisos, tal como refleja el cé-

---

<sup>90</sup> GALLEGO DÍAZ, M. *El sistema...*, 1985, p. 5. Más aún, añade el autor que estamos aquí ante “[...] un arte difícil cuyo desempeño requiere, aparte del dominio de los conocimientos jurídico-positivos, conocimientos diversos acerca del hombre, formación criminológica, intuición psicológica y [un] acendrado sentido de independencia y de justicia”.

<sup>91</sup> En el latín original de la magna obra del *Doctor Angelicus*, ello reza así: “*Sic igitur ars, proprie loquendo, habitus operativus est*” (TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theol.*, I-II, q. 57, a. 3, co.).

<sup>92</sup> TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theol.*, I-II, q. 57, a. 3, co. Más adelante (a. 4, co.) precisa que “[...] un arte es la recta razón de lo factible” –esto es, de aquellos actos que pasan a la materia exterior.

Respecto de esta obra, la traducción es siempre mía, aunque a partir del texto disponible *online* –en la siguiente página web: <<http://hjg.com.ar/sumat>>.

<sup>93</sup> “Efectivamente, mientras el geómetra demuestre la verdad [de su ciencia], no importa cuál sea su disposición de la parte apetitiva [del alma], si está contento o irritado; tampoco importa esto en el caso del artífice [o «artista»]” (TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theol.*, I-II, q. 57, a. 3, co.).

<sup>94</sup> TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theol.*, I-II, q. 57, a. 3, co.

<sup>95</sup> “Sin embargo, no goza de la razón perfecta de virtud, porque no da el buen uso mismo [a las facultades humanas], sino que para ello se requiere algo más; aunque tampoco el buen uso puede darse sin el arte” (TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theol.*, I-II, q. 57, a. 3, ad 1). ¿Y qué otra cosa es necesaria entonces? “Para que un hombre use bien del arte que posee se precisa de buena voluntad, que es perfeccionada por la virtud moral; y por eso dice el Filósofo que hay una virtud del arte, [...] en cuanto que para su buen uso hace falta algún tipo de virtud moral. Así, queda claro que un artífice se inclina a realizar con fidelidad la obra llevado de la justicia, lo que hace que su voluntad sea recta” (TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theol.*, I-II, q. 57, a. 3, ad 2).

<sup>96</sup> “[...] pues a un artífice [...] no se le alaba por la voluntad con la que realiza la obra, sino por la cualidad de la obra que realiza” (TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theol.*, I-II, q. 57, a. 3, co.).

<sup>97</sup> TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theol.*, I-II, q. 57, a. 3, co.

lebre *Auto de fe en la Plaza Mayor de Madrid* (1683) de Francisco Rizi de Guevara, expuesto en el Museo del Prado— y que culmina el proceso creativo del sistema de justicia criminal. El legislador pone el lienzo y los óleos —genéricos, de materiales iguales para todos los casos, pero pueden variar las medidas del primero y la cromática de los otros, según sea el paisaje— a disposición del magistrado; éste mezcla los colores en su paleta personal, y dibuja con pinceles (de diferente grosor) lo que tiene ante sus ojos.

De modo análogo a lo que sucede en el cuadro del pintor, la individualización del castigo en la sentencia penal es una obra de arte en la que el juez refleja —y lo hace en primera persona— una valoración social negativa que merece el hecho ilícito. Más aún, es una decisión que plasma en una consecuencia jurídica concreta (y mensurable) el conjunto de preceptos y de reglas legales previstos para la infracción de las normas esenciales de una comunidad. En efecto, se trata de un juicio de la razón práctica orientado a la realización del Derecho objetivo —en términos de filosofía clásica, es una *téchnē*<sup>98</sup>, dirigida a “producir” un acto de la “justicia vindicativa”<sup>99</sup>— en un caso planteado. Y, como

---

<sup>98</sup> Como bien señala Tomás CALVO MARTÍNEZ en los comentarios a su traducción de la *Metafísica* del Estagirita, “[...] una *téchnē* es un saber especializado, un oficio *basado en el conocimiento*: de ahí su posible sinonimización [sic] [...] con *epistēmē* (ciencia), así como los ejemplos de artes aducidos por Aristóteles (medicina, arquitectura[, etc.])” (ARISTÓTELES. *Metafísica*. Madrid: Gredos, 1994, p. 71, nota 3; la cursiva se halla en el comentario original del autor).

Para una explicación en detalle sobre la relación aristotélica entre la *epistēmē* y la *téchnē*, aplicada en concreto a la reflexión jurídica, véanse —por todos— VEGA LÓPEZ, J. *La idea de ciencia en el Derecho. Una crítica histórico-gnoseológica a partir de la idea de “ciencia normativa”*. Oviedo: Fundación Gustavo Bueno, 2000, pp. 44-61; y CUENA BOY, F. *Sistema jurídico y derecho romano. La idea de sistema jurídico y su proyección en la experiencia jurídica romana*. Santander: Universidad de Cantabria, 1998, pp. 73 y ss.

Y, para una aproximación global a dichos conceptos epistemológicos clásicos, cfr. ANGIER, T. *Technē in Aristotle’s Ethics. Crafting the Moral Life*. Londres: Continuum, 2010; GRANGER, G.-G. *La théorie aristotélicienne de la science*. París: Aubier-Montaigne, 1976; e ISNARDI PARENTE, M. *Téchnē. Momenti del pensiero greco da Platone ad Epicuro*. Florencia: Nuova Italia, 1966.

<sup>99</sup> Al respecto de este concepto, que algunos autores consideran sólo como una forma de la “justicia conmutativa” (así lo hacen, por ejemplo, DE SANTA TERESA, M. *Compendio Moral Salmaticense, según la mente del Angélico Doctor. Tomo I*. Pamplona: Imprenta de José de Rada, 1805, p. 475; y LÁRRAGA, F. *Prontuario de la teología moral*. Barcelona: Juan Francisco Piferrer, 1833, p. 472), cfr. antes TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theol.*, II-II, q. 108. El término en latín empleado por el *Doctor Angelicus* es “*vindicatio*”, que ha sido traducido de manera incorrecta por “*vendetta*”, “*vengeance*”, “*venganza*” y “*Rache*” —en italiano, inglés, francés, castellano y alemán, respectivamente.

En sus comentarios doctrinales a la cuestión arriba citada, Niceto BLÁZQUEZ FERNÁNDEZ nos ayuda de este modo a entender la complejidad de dicho concepto, clasificado (en sentido “formal”) como una de las virtudes sociales derivadas de la justicia —o una “parte potencial” de la misma:

“SANTO TOMÁS está hablando de lo que en correcto español llamamos *vindicación*, para hablar del justo resarcimiento requerido por alguna injuria[,] que se cumple mediante alguna pena razonable que ha de demandarse al injusto ofensor. En el lenguaje ordinario, la *vindicación* suele confundirse con la *venganza* o [con el] acto arbitrario de quien devuelve mal



tal, es una actividad prudencial, que requiere por parte de quien la ejerce una determinada predisposición habitual y firme hacia el obrar bueno, justo y ecuánime.

Lo anterior nos sitúa de lleno en el ámbito de la reflexión de la filosofía moral, al referirme a esa virtud cardinal<sup>100</sup> por excelencia<sup>101</sup>. En la tradición occidental, la prudencia enlaza<sup>102</sup> las partes intelectual (la razón) y apetitiva (la voluntad) de la naturaleza humana,

---

por mal movido por el odio. SANTO TOMÁS, por el contrario, habla aquí de la vindicación como de una virtud menor aneja a la justicia[, y] exigida por el orden racional. [Pero] Nunca motivada por la pasión del odio o de la arbitrariedad injusta. [...] Las circunstancias a tener en cuenta [para que la *vindicatio* sea considerada como algo lícito en determinados casos] son, principalmente, la intervención de la autoridad pública y la proporción justa entre el castigo y la culpa. [...] El autor la inscribe en el contexto [amplio] de la justicia legal[,] y como [aquel] acto propio de las personas que ejercen legítimamente la autoridad pública y no [así] de las personas privadas”.

(TOMÁS DE AQUINO. *Suma de Teología. Tomo IV. Parte II-II [b]*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1994, pp. 234-236, notas a, b y c; la cursiva está en el comentario original)

Y ya también desde una perspectiva actual, a ello se refiere precisamente Carlos PÉREZ DEL VALLE con el título de su lección inaugural en el curso académico 2005-2006 –en la Universitat Abat Oliba CEU–: *¿Castigo sin venganza? Reflexiones sobre la pena como retribución*. Barcelona: Universitat Abat Oliba CEU, 2005.

<sup>100</sup> Recordemos aquí la clasificación tripartita de las virtudes en la tradición occidental; por un lado, hallamos las tres virtudes teologales (fe, esperanza y caridad), que “adaptan las facultades del hombre a la participación de la naturaleza divina”, al ser “infundidas por Dios en el alma de los fieles para hacerlos capaces de obrar como hijos suyos y merecer la vida eterna” (*Catecismo de la Iglesia Católica*, 1812-1813). En segundo lugar, las cinco virtudes intelectuales (sabiduría, ciencia, inteligencia, “arte” y prudencia: cfr. TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theol.*, I-II, q. 57, aa. 2 y ss.) nos guían hacia el recto entendimiento del ser humano, ya en el ámbito especulativo y/o práctico; y, finalmente, las virtudes morales perfeccionan la voluntad para el buen obrar del hombre. De entre las últimas, cuatro (prudencia, justicia, fortaleza y templanza) desempeñan un papel fundamental en la vida moral, y por eso se las llama “cardinales”: todas las demás se agrupan en torno a ellas (cfr. TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theol.*, I-II, q. 61, aa. 1 y 2). Para un tratamiento sistemático del tema, y con un enfoque contemporáneo, véase –por todos– la obra de MACINTYRE, A. C. *After Virtue. A Study in Moral Theory*. Londres: Bloomsbury, 2013, pp. 153 y ss.; por otra parte, pero con un enfoque propio de la doctrina católica, es interesante consultar este tratado de Josef PIEPER: *The Four Cardinal Virtues. Prudence, Justice, Fortitude and Temperance*. Notre Dame, IN: University of Notre Dame Press, 1966, *passim*.

<sup>101</sup> En efecto, a la prudencia se la conoce en la tradición tomista como la “*auriga virtutum*”, o bien la “[...] conductora del carro de las virtudes” (RHONHEIMER, M. *La perspectiva de la moral. Fundamentos de la ética filosófica*. Madrid: Rialp, 2000, p. 239): guía a las otras disposiciones indicándoles la regla y la medida del obrar humano.

“De eso se deduce que la prudencia ayuda a todas las virtudes, y actúa en todas” (TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theol.*, II-II, q. 47, a. 5, ad 2); gracias a aquélla aplicamos –sin error– esos principios morales aprehendidos a algún caso particular, superando nuestras dudas sobre el bien que se debe hacer y el mal a evitar. En suma, pues, “la prudencia es absolutamente el más principal de todos” (TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theol.*, I-II, q. 61, a. 2, ad 1) los hábitos operativos del hombre.

<sup>102</sup> Sobre su posición intermedia en la teoría *aretáica*, cfr. TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theol.*, I-II, q. 58, a. 3, ad 1: “La prudencia es, según su esencia, una virtud intelectual. Pero en cuanto a su materia conviene con las [otras] virtudes morales, ya que es la recta razón de lo agible –como se ha dicho con anterioridad (q. 57, a. 4)–; y en este aspecto se enumera pues entre aquéllas”.

ofreciendo así al agente claridad moral y rectitud electiva para obrar bien en la vida diaria<sup>103</sup>. Entonces, es la virtud que dispone a la razón práctica para discernir, en todas las circunstancias, nuestro verdadero bien, y a elegir los caminos apropiados para realizarlo. Y es que “incumbe a la prudencia determinar de qué manera y con qué medios debe el hombre alcanzar con sus actos el [término] medio racional”<sup>104</sup> entre los dos extremos alejados de la virtud; un justo equilibrio que –respecto de todo el obrar humano– sólo se logra mediante la recta ordenación de los medios empleados al fin mismo de la acción.

## 2.2 La virtud de la prudentia iuris en la fase de concreción vindicatoria

Volviendo a la individualización de las sanciones en nuestros sistemas de justicia penal contemporánea, sostengo –sin duda– que se trata de un proceso decisorio, en el que la prudencia es absolutamente necesaria, como la guía a través de la que el órgano sentenciador fijará el castigo apropiado al hecho del autor. No en vano, es aquélla la virtud esencial de la actividad judicial<sup>105</sup> y no tanto la justicia<sup>106</sup> (“*ius suum cuique tribuens*”<sup>107</sup>),

---

<sup>103</sup> Así, nos dice SANTO TOMÁS (*Summa Theol.*, II-II, q. 47, a. 2, s. c.) que se trata de una regla de la “recta razón en el obrar”, siguiendo a ARISTÓTELES. Igual que sucede con una *ars*, se refiere a las cosas contingentes; “pero el arte trata sobre lo factible –es decir, lo que se realiza en alguna materia exterior– [...] y la prudencia, empero, versa sobre lo agible, o sea, acerca de la actividad misma del sujeto que actúa” (TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theol.*, II-II, q. 47, a. 5, co.).

<sup>104</sup> TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theol.*, II-II, q. 47, a. 7, co. Sin duda el objeto de la virtud de la prudencia será siempre un asunto de gran complejidad, puesto que “en las cosas humanas no están prefijados los medios para un fin, sino que éstos se diferencian según la variedad de las personas y [de] las empresas” (TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theol.*, II-II, q. 47, a. 15, co.).

<sup>105</sup> En este sentido, véanse –por todos– TORRES ZÁRATE, F. “La prudencia judicial”, en *Alegatos*, N° 74, 2010, pp. 150 y 152-153; o MASSINI CORREAS, C. I. *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1982, pp. 40 y ss. En definitiva, la prudencia es “[...] la virtud por antonomasia[,] porque es la que permite el juicio justo[,] y en el momento justo” (LARIGUET, G. “El aguijón de Aristófanes y la moralidad de los jueces”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 36, 2013, p. 119).

<sup>106</sup> En SANTO TOMÁS (*Summa Theol.*, II-II, q. 58, a. 1, co.), “la justicia es el hábito según el cual uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada uno su derecho. Y dicha definición es casi igual a aquella que pone el Filósofo en el libro V de la *Ética a Nicómaco*: la justicia es el hábito merced al cual se dice que uno es operativo en la elección de lo justo”. Más aún, afirma aquél que “lo primero de la justicia, dentro de las demás virtudes, es ordenar al hombre en las cosas que están en relación con el otro” (TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theol.*, II-II, q. 57, a. 1, co.).

Y es así que “la justicia sobresale entre todas las virtudes morales como la más próxima a la razón. Lo cual resulta claro tanto por parte del sujeto como por parte del objeto. Por parte del sujeto, porque reside en la voluntad [...]. Y por parte del objeto, porque versa sobre las operaciones mediante las cuales el hombre se ordena no sólo en sí mismo, sino también en las relaciones con los demás” (TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theol.*, I-II, q. 66, a. 4, co.). Con una perspectiva más actual, cfr. HERVADA XIBERTA, J. *¿Qué es el derecho?* Pamplona: EUNSA, 3ª ed., 2011, pp. 39-64.

<sup>107</sup> JUSTINIANO. *Institutionum*, 1, 1. Ya confirmándose la adecuación de la locución como una definición completa de la justicia, véase TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theol.*, II-II, q. 58, a. 1.

que –sin embargo– marca el fin al que se orientan las resoluciones. El juez, pues, debe primero<sup>108</sup> ser prudente si quiere obrar de manera justa en la elección de la pena que le corresponde al culpable; y es que todo hábito operativo –como lo es concretar una sanción, dadas las circunstancias– precisa de la correcta disposición del agente para percibir el bien requerido por el contexto, y optar por los medios más adecuados a dicho fin<sup>109</sup>.

En resumen, la prudencia del magistrado es una condición indispensable<sup>110</sup> para la justicia material de la sentencia que impone un castigo individualizado. El ser capaz de determinar qué corresponde a cada quien, y según el caso, implica la habilidad de contextualizar y singularizar los principios universales<sup>111</sup> que rigen la convivencia social, apli-

---

<sup>108</sup> La prelación se refiere aquí a un orden de carácter lógico-formal –respecto del obrar– más que a algo temporal; así debe entenderse la expresión empleada, a la luz del *Doctor Angelicus*: “A las virtudes morales corresponde el fin, no porque lo impongan ellas, sino por tender al fin señalado por la razón natural. La prudencia les presta en ello su colaboración preparándoles el camino y disponiendo de los medios. De eso resulta que la prudencia es más noble que las virtudes morales y las mueve” (TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theol.*, II-II, q. 47, a. 6, ad 3).

Y lo mismo interpreta PIEPER (*Las virtudes fundamentales*. Madrid: Rialp, 8ª ed., 2003, p. 33) al señalar que “[...] la virtud de la prudencia es la madre y [el] fundamento de las restantes virtudes cardinales [...]”; que, en consecuencia, sólo aquel que es prudente puede ser, por añadidura, justo, fuerte y templado; y que, si el hombre bueno es tal, lo es merced a su prudencia”.

<sup>109</sup> TOMÁS DE AQUINO (*Summa Theol.*, I-II, q. 58, a. 4, co.) lo explica con estas palabras:

“No se da virtud moral alguna sin la prudencia, porque aquélla es un hábito electivo, es decir, que hace buena la decisión, para lo cual se requieren dos cosas: primera, que exista la debida intención del fin, y esto se debe a la virtud moral que inclina la facultad apetitiva al bien conveniente según la razón [...]; y, segunda, que el hombre escoja rectamente los medios conducentes al fin, lo cual se verifica por la razón en el uso correcto del consejo, el juicio y el imperio, cual hacen la prudencia y las virtudes anejas a la misma [...]. Luego la virtud moral no puede existir sin la prudencia”.

<sup>110</sup> En la misma línea, véase PLATAS PACHECO, Mª del C. “Prudencia y Justicia: exigencias de la ética judicial”, en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, N° 21, 2006, p. 203: “La prudencia es anterior a la justicia[,] porque para determinar qué es lo debido, el juez antes necesita saber lo que debe hacer, es decir, debe conocer los principios de su ciencia, de éstos se desprende lo que corresponde a la *recta razón*, de ese modo podrá determinar con rectitud qué corresponde a cada quien” (la cursiva es de la autora). Algo que se deduce, con claridad, de la doctrina de TOMÁS DE AQUINO (*Summa Theol.*, I-II, q. 65, a. 1, co.): “Ahora bien, para la elección recta no basta la sola inclinación al fin debido, que proviene directamente del hábito de la virtud moral, sino que se requiere también que uno elija de tal manera los medios para el fin, cosa que hace mediante la prudencia, que aconseja, juzga y preceptúa los medios ordenados al fin”.

<sup>111</sup> Al respecto, nos dice SANTO TOMÁS (*Summa Theol.*, II-II, q. 47, a. 3, co.) que “corresponde a la prudencia no sólo la consideración racional, sino también la aplicación a la obra, que es el fin principal de la razón práctica. Sin embargo, nadie puede aplicar (de forma adecuada) una cosa a otra sin conocer ambas –es decir, lo aplicado y el sujeto al que se aplica. Las acciones, a su vez, se dan en los singulares, y por lo mismo es necesario que el hombre prudente conozca no únicamente los principios universales de la razón, sino también aquellos objetos particulares sobre los cuales se va a desarrollar la acción”.

cándolos al supuesto concreto sujeto a deliberación; en otras palabras, la *phronēsis* judicial consiste en ese “discernir las necesidades de reparto y distribución [de las cosas debidas] en el aquí y el ahora”<sup>112</sup>. Y, no en vano, en la obra de ARISTÓTELES<sup>113</sup> se trata de la virtud mediante la que se perciben intelectualmente todos los detalles relevantes o salientes de lo particular<sup>114</sup>, para arribar así a la decisión apropiada –la más justa.

En este sentido, tiene la razón Guillermo LARIGUET al apuntar que “la prudencia es muy relevante [hoy] por un dato propio de casi todo orden jurídico legislado”<sup>115</sup>. Nuestros ordenamientos occidentales –sobre todo, los de raíz continental– utilizan una formulación de reglas (o estándares) muy abstractos, cuya aplicación difícilmente puede ser reivindicada por la misma norma general. Y por eso dichas pautas necesitan ser concretadas para un asunto particular<sup>116</sup>; “aquí es donde los jueces tienen un poder especialmente convocado para llevar adelante esta tarea de especificación”<sup>117</sup> de los patrones normativos<sup>118</sup>. El problema se hace palpable en la individualización de las sanciones penales,

---

Adaptando lo anterior a una perspectiva jurídica, nos dice PLATAS PACHECO (“Prudencia...”, en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, N° 21, 2006, p. 204) lo siguiente:

“Mediante la prudencia, la razón práctica juzga qué es lo justo en el caso concreto, evalúa cada elemento que compone un acto humano, integrando lo universal y lo particular; es decir, considerando tanto la clase jurídica imputada al acto cometido como las circunstancias y el fin que motivó al justiciable a cometerlo. Por medio de la prudencia, la razón es capaz de discernir cuándo es aplicable una ley de un modo literal, y cuándo debe ser en un sentido análogo; y esta distinción es imposible si no se toman en cuenta las circunstancias”.

<sup>112</sup> PLATAS PACHECO, M<sup>a</sup> del C. “Prudencia...”, en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, N° 21, 2006, p. 203.

<sup>113</sup> Así las cosas, ARISTÓTELES (*Ética a Nicómaco*, VI, 7, 1141b12-17) sostiene que “[...] tampoco versa la prudencia exclusivamente sobre lo universal [o las fórmulas generales], sino que tiene que conocer también lo particular, porque es práctica[;] y la acción tiene que ver [sin duda alguna] con lo particular [o el pormenor de las cosas]”.

La traducción de esta obra se extrae de aquí en adelante de la siguiente edición: ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. (Edición bilingüe y traducción de María ARAUJO y Julián MARIAS. Introducción y notas de Julián MARIAS). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 8<sup>a</sup> ed., 2002; para el entrecomillado de la cita anterior, cfr. las pp. 94-95.

<sup>114</sup> “[...] la prudencia tiene por objeto [...] lo particular, con lo que uno llega a familiarizarse por la experiencia [...]. Que la prudencia no es ciencia, es evidente. En efecto, se refiere a lo más particular [el término inferior de la escala cognitiva: el acto concreto a ejecutar], [...] porque lo práctico es de esa naturaleza” (ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*, VI, 8, 1142a14-27, p. 96).

<sup>115</sup> LARIGUET, G. “El aguijón...”, en *Doxa*, N° 36, 2013, p. 119.

<sup>116</sup> Sobre ello, véase –por todos– RICHARDSON, H. S. “Specifying Norms as a Way to Resolve Concrete Ethical Problems”, en *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 19, N° 4, 1990, pp. 279-310.

<sup>117</sup> LARIGUET, G. “El aguijón...”, en *Doxa*, N° 36, 2013, p. 119.

<sup>118</sup> Una labor que “podría resultar sencilla cuando el caso parece encajar sin duda alguna bajo la descripción de las reglas o estándares. Pero cuando el caso es relativamente insólito, puede [ser] que las reglas se muestren «indeterminadas» al respecto, [y] con lo cual la tarea especificatoria [sic] será más creativa y vendrá a completar los espacios indeterminados de las reglas. Aquí el juez tendrá que activar la prudencia[,] para deliberar la forma de decidir si el caso se puede o no incluir bajo la descripción

donde el Código ofrece al magistrado un conjunto de reglas y estándares que requieren el decisivo ajuste a unas circunstancias fácticas y personales únicas.

Finalmente, no hay que olvidar que todas las virtudes morales están en íntima conexión unas con otras<sup>119</sup>, pese a la primacía lógico-formal de la *phronēsis*. Y, de hecho, según ARISTÓTELES, la prudencia –por su carácter esencialmente intelectual– es responsable de la integración armónica<sup>120</sup> del resto de los hábitos operativos propios del obrar humano. Así, la vida moral se articula en torno a una ordenada interrelación de todas las disposiciones de un sujeto: “[...] la elección no puede ser recta sin prudencia ni sin virtud, ya que la una determina el fin y la otra [nos] hace realizar las acciones que conducen”<sup>121</sup> al bien. De lo que se deduce que (en el nivel de la actuación) la *phronēsis* precede a las demás facultades morales: alguien prudente será también ecuánime, moderado y valeroso.

Y por tanto al especificar el bien del derecho –la justicia– es necesario, en primer lugar, que el juez sea prudente respecto de las dos facultades del alma: en el intelecto “[...] para discernir lo debido del caso concreto[,] y en la voluntad para realizar los actos [i.e. poner todos los medios] en orden a concretar eso debido que hay que dar a cada quien [–]según su mérito o demérito”<sup>122</sup>. Tal es la labor propia de la jurisprudencia en los sistemas legales occidentales; no en vano se define aquélla –etimológicamente– como la “*prudentia iuris*”<sup>123</sup> o prudencia del derecho<sup>124</sup>. Y así el magistrado decide virtuosamente

---

de la regla” (LARIGUET, G. “El agujón...”, en *Doxa*, N° 36, 2013, pp. 119-120; la cursiva está en el texto original del autor).

<sup>119</sup> Al respecto de la cuestión, cfr. TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theol.*, I-II, q. 65, a. 1; y ya antes ARISTÓTELES (*Ética a Nicómaco*, VI, 13, 1144b30-1145a2) lo explicó así con claridad: “[...] no es posible ser bueno en sentido estricto sin prudencia, ni prudente sin la virtud moral. De esta manera[,] se desharía también el argumento dialéctico según el cual las virtudes se dan independientemente unas de otras, [...] porque con sólo poseer la prudencia [alguien bueno] las tendrá todas” (p. 101).

<sup>120</sup> Según ARISTÓTELES (*Ética a Nicómaco*, VI, 13, 1144b14-18), “así como en la parte del alma que razona a base de opiniones hay dos formas [de virtud], la destreza y la prudencia, en la parte moral hay otras dos: la virtud natural y la virtud por excelencia, y de éstas la virtud por excelencia no se da sin prudencia” (p. 101). En concreto, y respecto de los hábitos del apetito sensible, afirma el Estagirita que “tampoco es posible que una misma persona sea a la vez prudente e incontinente [...]” (ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*, VII, 10, 1152a7-8, p. 115).

<sup>121</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*, VI, 13, 1145a4-6, p. 101.

<sup>122</sup> PLATAS PACHECO, M<sup>º</sup> del C. “Prudencia...”, en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, N° 21, 2006, p. 204.

<sup>123</sup> Javier HERVADA XIBERTA (“Reflexiones acerca de la prudencia jurídica y el Derecho canónico”, en *Revista Española de Derecho Canónico*, Vol. 16, N° 47-48, 1961, p. 419) define la prudencia jurídica como “[...] una virtud de la razón práctica que la dispone a realizar con prontitud, infalibilidad y eficacia los actos enderezados a la consecución de un orden social justo”, cosa que muestra una clara influencia clásica en su pensamiento.

en tres niveles sucesivos: con la deliberación indaga “la norma aplicable y las diversas posibilidades de adaptación [esto es, interpreta]; por el juicio elige de entre éstas la más conveniente a las circunstancias [...]”<sup>125</sup>; y mediante el imperio resuelve el asunto.

Tras esta “incursión” en el terreno de la filosofía moral y la “*Jurisprudence*” –a modo de declaración de intenciones sobre las premisas teóricas que fundamentan mis hipótesis principales–, retomo la senda principal de esta investigación con una pregunta: ¿cómo individualiza el juez una pena? En cualquier caso, “[...] la realización de lo justo [en un caso] presupone la conformidad de la acción con la situación real (esto es, el complejo de realidades concretas que circunstancian la operación humana singular regulada por la norma) y, por consiguiente, requiere una atenta, rigurosa y objetiva consideración”<sup>126</sup> de todos esos detalles. Entonces, el magistrado adecúa las reglas y los criterios legales aplicables a un contexto de condiciones fácticas (delito) y personales (autor), con la claridad decisoria<sup>127</sup> que le brinda su *prudentia iuris*, para fijar el castigo merecido.

---

Sobre este tema, nos dice VEGA LÓPEZ (*La idea...*, 2000, pp. 49-50) que “[...] no es, en consecuencia, [algo] casual, sino precisamente un índice de la asimilación –vía estoicos– de la epistemología aristotélica, que en Roma se hiciera común, [ya] desde fines de la República, la denominación de *prudentia iuris* para designar el oficio jurídico y la particular pericia práctica de los juristas o *iuris prudentes* en el manejo de las reglas y [los] principios del Derecho”.

Para una aproximación histórica al uso de dicho término en Occidente, véanse –por todos– VILLEY, M. *La formation de la pensée juridique moderne*. París: Montchretien, 4ª ed., 1975, pp. 55 y ss.; KOSCHAKER, P. *Europa y el derecho romano*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 2ª ed., 1955, pp. 302 y ss.; y SENN, F. *Les origines de la notion de jurisprudence*. París: Recueil Sirey, 1926, *passim*.

<sup>124</sup> Yendo todavía un paso más allá, Javier HERVADA (“Reflexiones...”, en *REDCan*, Vol. 16, Nº 47-48, 1961, p. 416) sostiene que “el Derecho es fundamentalmente *jurisprudencia* [esa cursiva es del autor], no sólo en el momento judicial, sino también en el momento normativo” –el del legislador. Y, con ello, “se pretende señalar que es un conjunto de normas emanadas de la virtud de la prudencia política, en su aspecto de prudencia jurídica. Porque el Derecho [...] tiene [así] dos características esenciales: ser norma de la acción (social) del hombre y ser recta”.

En este sentido, el mismo autor nos recuerda que –no sin motivo– el término “jurisprudencia” ha sido en Occidente “el nombre clásico [o «verdadero», señala en otro lugar] de la ciencia del derecho” (HERVADA XIBERTA, J. *¿Qué es...?*, 3ª ed., 2011, p. 106); en la misma línea, si bien con una pretensión únicamente descriptiva, cfr. VEGA LÓPEZ, J. *La idea...*, 2000, p. 50. Y, de hecho, en el ámbito anglosajón aún se conserva la expresión tradicional para referirse a los estudios de filosofía del derecho; así, por ejemplo, en muchas universidades de la *Commonwealth* (como Oxford, Cambridge, Sydney, Victoria u Hong Kong) se cursa la asignatura de *Jurisprudence* –y no las de *Philosophy of Law* o *Legal Philosophy*, mucho más comunes en los Estados Unidos.

<sup>125</sup> HERVADA XIBERTA, J. “Reflexiones...”, en *REDCan*, Vol. 16, Nº 47-48, 1961, pp. 419-420; aquí asimismo plantea una sorprendente alternativa: “[...] o bien decide incumplir la norma [...]”.

<sup>126</sup> *Ibid.*, pp. 421-422; he eliminado aquí la cursiva del texto original, por razones estilísticas y de contenido.

<sup>127</sup> Al respecto, nos clarifica HERVADA XIBERTA (“Reflexiones...”, en *REDCan*, Vol. 16, Nº 47-48, 1961, p. 424) lo siguiente: “La prudencia jurídica es la *lucerna simplex* del ámbito de alteridad de la esencia humana, que dirige a la perfección del grupo social [...]. En ello, en ser *mirada* (*lucerna*) y en ser *pura* (*simplex*), radica el realismo de la prudencia [...]. El jurisprudente, [ya] sea legislador [o] sea súbdito,

La afirmación anterior nos lleva necesariamente a la cuestión del método jurídico empleado por el juez en la compleja labor de concreción de las sanciones. Al respecto, conviene primero hacerse eco de una premisa inescapable –en palabras de HERNÁNDEZ GIL–: “la naturaleza del método ha de venir determinada por la naturaleza del objeto a considerar”<sup>128</sup>. Ya que la realidad jurídica “no es rigurosamente homogénea en su composición”<sup>129</sup>, se deriva que en el ámbito del derecho recurriremos a metodologías diversas en función de qué constituya la materia de nuestro estudio. Y, en el caso de la individualización de las penas, es evidente que no satisface el requisito de realismo iusfilosófico<sup>130</sup> una perspectiva sólo formalista; porque el magistrado “no despliega [cuando dicta sentencia] una actividad mecánica que acaba por inmovilizar el derecho”<sup>131</sup>.

En este sentido, nos advierte así Manuel ATIENZA RODRÍGUEZ sobre los límites del positivismo lógico como planteamiento metodológico adecuado para analizar si es correcta una decisión sobre el *quantum* del castigo: “[...] el silogismo judicial<sup>132</sup> no permite reconstruir satisfactoriamente el proceso de argumentación jurídica, porque las premisas de [las] que se parte [...] pueden necesitar a su vez ser justificadas [i.e., motivadas], y porque la argumentación jurídica es normalmente entimemática<sup>133»134</sup>. La reflexión pre-

---

tendrá a veces que elegir, pero esta elección siempre será *lúcida*, porque estará siempre fundada en la verdad” (he respetado la cursiva del texto citado).

<sup>128</sup> HERNÁNDEZ GIL, A. *Metodología de la ciencia del derecho. Vol. I. Las concepciones y los métodos jurídicos tradicionales. El proceso de su revisión. Expansión y superación del positivismo*. Madrid: Gráficas Uguina, 2ª ed., 1971, p. 404.

<sup>129</sup> *Ibid.*, p. 405.

<sup>130</sup> Con ello me refiero a una postura que sostenga la existencia de un orden moral y jurídico preestablecido –o dado por la “naturaleza de las cosas”–, que condiciona de algún modo la ciencia del derecho; es lo que se conoce generalmente como la tradición del “iusnaturalismo” –véase VILLEY, M. *Filosofía del derecho*. Madrid: Scire, 2003, pp. 44 y ss., y 187 y ss. Pero nada tiene esto que ver, en cambio, con las escuelas positivistas del realismo jurídico americano o escandinavo.

<sup>131</sup> HERNÁNDEZ GIL, A. *Metodología... Vol. I...*, 2ª ed., 1971, p. 406.

<sup>132</sup> En el ejemplo del autor, el argumento toma la siguiente “forma” de premisas y conclusión:

“A y B deben ser condenados a la pena de prisión mayor. En la ejecución del expresado delito [el tráfico de drogas, en una cantidad de “notoria importancia”] no concurrieron circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. [Así,] Cuando no concurren circunstancias modificativas [...], los tribunales impondrán la pena en [el] grado mínimo o medio atendiendo a la gravedad del hecho[,] y a la personalidad del delincuente (art. 61.4º del Código penal [de 1973]). Por tanto, A y B deben ser condenados a la pena de ocho años y un día de prisión mayor ([pues] este es el mínimo de pena permitido por la ley[, cuyo límite máximo son doce años de reclusión])”.

(ATIENZA RODRÍGUEZ, M. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 41)

<sup>133</sup> “Un argumento entimemático puede ponerse siempre en [una] forma deductiva, pero ello supone añadir premisas a las explícitamente formuladas, lo que significa reconstruir, [y] no reproducir, un proceso argumentativo” (ATIENZA RODRÍGUEZ, M. *Las razones...*, 1991, p. 42).

<sup>134</sup> ATIENZA RODRÍGUEZ, M. *Las razones...*, 1991, pp. 41-42.

cedente plantea raras dudas en nuestro ámbito, al menos respecto de las decisiones de concreción penal en las que “juega un papel fundamental el arbitrio judicial”<sup>135</sup>; en cambio, podría objetarse que ciertas operaciones para determinar las sanciones obedecen a un paradigma formalista<sup>136</sup> –propio de la mera subsunción típica<sup>137</sup>.

Entonces, es básico primero clarificar la estructura del proceso de la medición del castigo, antes de abordar el tema de su metodología jurídica. En lo que sigue sugiero una propuesta inicial de taxonomía de la individualización de las penas en los sistemas de Derecho contemporáneos, con el fin último de fijar el marco conceptual con el que operar a lo largo de mi tesis doctoral<sup>138</sup>. Ello me servirá al mismo tiempo para delimitar con mayor precisión el objeto de la investigación, y así poder centrarme en el estudio de la cuestión que nos ocupa, dejando para otro momento y lugar el tratamiento de aquellos asuntos anejos. En ese sentido, desarrollaré las precisiones terminológicas en tres estadios argumentativos<sup>139</sup>, que ofrecen perspectivas clasificatorias complementarias.

### 3. Una idea inicial: la concreción es labor sólo jurisdiccional

En primer lugar, desde el punto de vista de la delimitación funcional entre los órganos que intervienen en la imposición de una pena a un sujeto culpable, es posible identificar la presencia de las tres ramas del poder político<sup>140</sup> en los Estados de Derecho contem-

---

<sup>135</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>136</sup> Según Antonio HERNÁNDEZ GIL (*Metodología... Vol. I...*, 2ª ed., 1971, p. 402), es lo propio del formalismo la reducción de la ciencia del derecho a la “pura lógica jurídica, que a través de un procedimiento inductivo-deductivo integra en conceptos un determinado conjunto de normas (construcción) hasta escalar [todo] el sistema”.

<sup>137</sup> A través de la subsunción, “el juez equipara el supuesto de hecho que tiene que enjuiciar con otros casos anteriores ya conocidos y que ya han sido incluidos en el respectivo precepto legal. Lo que importa es que el nuevo caso que se tiene que juzgar coincida en sus aspectos jurídicos esenciales con los que ya han sido anteriormente juzgados” (JESCHECK, H.-H. *Tratado de Derecho penal. Parte general. Volumen primero*. Barcelona: Bosch, 1981, p. 206, nota 7).

En otras palabras, “la labor de subsunción consiste [...] en relacionar [los] preceptos jurídicos abstractos con el hecho real concreto. [Y] Para ello, ha[brá] sido necesario pasar por [...] la interpretación de la ley, merced a la cual se llega a conocer el sentido de la premisa mayor (la norma jurídica) que debe aplicarse” (VIDAURRI ARECHIGA, M. “La interpretación de la ley penal”, en VV.AA. *Liber Ad Honorem Sergio García Ramírez. Tomo I*. México, D.F.: UNAM, 1998, p. 746).

<sup>138</sup> En efecto, realizo ya mi primera aproximación clasificatoria, sin perjuicio de que la propuesta sobre el marco conceptual y la estructura del proceso se aborde en el epígrafe II.2.

<sup>139</sup> Sucesivamente, se hallan en los apartados I.3 –justo a continuación–, II.2 y II.3.

<sup>140</sup> En el constitucionalismo liberal, constituye un hito en la limitación del poder absoluto del monarca la formulación del dogma de la “separación de poderes” –o, mejor dicho, la división entre las tres fun-



poráneos. Así, el Parlamento aprueba el Código penal y legisla de este modo sobre los delitos tipificados y sus correspondientes sanciones, en forma de marcos abstractos; al mismo tiempo, establece una serie de reglas y criterios generales para determinar las horquillas punitivas. Luego el Poder Judicial aplica las normas a un caso concreto: en la individualización, ello se traduce en fijar la magnitud específica del castigo que debería cumplir un condenado. Finalmente, la Administración Penitenciaria<sup>141</sup> ejecuta la sentencia anterior y garantiza el buen funcionamiento de los servicios implicados.

Dicha división se funda en el criterio de competencia: quién hace qué en la estructura constitucional del Estado español al imponer penas. Además, se corresponde con la ya tradicional tripartición hecha por el civilista francés Raymond SALEILLES, quien distinguió

---

ciones principales que ejerce todo Estado moderno. Así, las ramas legislativa, ejecutiva y judicial del poder soberano deben quedar encomendadas a órganos diferenciados e independientes entre sí. Ello no evita la necesidad de que existan relaciones institucionales entre todos ellos, por el hecho de emanar de una única fuente legitimadora; sin embargo, las claves de tal principio jurídico-político son dos: (i) garantizar de modo formal la competencia y los procedimientos de cada organismo, evitando así intromisiones del resto; y (ii) equilibrar el funcionamiento del entramado estatal, con un sistema de controles eficaz y transparente.

El enunciado del dogma se atribuye históricamente a Charles-Louis de Secondat, barón de La Brède y de MONTESQUIEU, en su conocido tratado, titulada *“De l'esprit des lois”*, y publicado primero en Ginebra ya en el año 1748 (aquí emplearé la siguiente traducción al español: *El espíritu de las leyes*. Madrid: Istmo, 2002, pp. 245 y ss.) –al respecto, cfr. VALLET DE GOYTISOLO, J. B. *Montesquieu: leyes, gobiernos y poderes*. Madrid: Civitas, 1986, pp. 357-414.

Y, no obstante, es correcto interpretarlo como una desviación moderna de la idea de gobierno mixto (moderado o limitado) en la constitución de la *polis*, propia de la tradición occidental clásica –desde la griega (ARISTÓTELES. *Política*, VI, 11, 1295a25-1296b12), y hasta la medieval (DEMONGEOT, M. *El mejor régimen político según Santo Tomás*. Madrid: BAC, 1959)–; así, véase MCILWAIN, C. H. *Constitutionalism Ancient and Modern*. Nueva York: Ithaca, 2ª ed., 1947.

En los Estados Unidos, dicho postulado influyó en la creación originaria del complejo entramado de los llamados *“checks and balances”*, previstos en la Constitución americana de 1787 –cfr., según el orden cronológico, VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. Oxford: Clarendon Press, 1967; COHLER, A. M. *Montesquieu's Comparative Politics and the Spirit of American Constitutionalism*. Lawrence, KS: University Press of Kansas, 1988; y RAKOVE, J. N. *Original Meanings. Politics and Ideas in the Making of the Constitution*. Nueva York: Vintage, 1997, pp. 131-287.

Por otra parte, en un sentido crítico con el principio se han manifestado –entre muchos otros autores– KELSEN, H. *Teoría general del Estado y del Derecho*. México, D.F.: UNAM, 2ª ed., 1958, pp. 318-335; y CARRÉ DE MALBERG, R. *Teoría general del Estado*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2ª ed., 1998, pp. 741-863.

<sup>141</sup> En nuestro país, utilizamos esta expresión genérica para referirnos al conjunto de entes que ejercen funciones ejecutivas en el ámbito del cumplimiento de las sanciones privativas de libertad y de algunos derechos. Se trata, en la Administración General del Estado, de los órganos que dependen de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, adscrita al Ministerio del Interior; y, en Cataluña –en virtud del traspaso de las competencias efectuado mediante el Real Decreto 3482/1983, de 28 diciembre–, todos los organismos vinculados actualmente a la *Direcció General de Serveis Penitenciaris* y a la *Direcció General d'Execució Penal a la Comunitat i de Justícia Juvenil*, ambas integradas en el *Departament de Justícia del Govern de la Generalitat*.

entre tres tipos de individualización<sup>142</sup>: legal, judicial y administrativa. Ahora bien, apunta el jurista borgoñón que “en realidad no hay individualización legal<sup>143</sup>. La ley no puede prever más que especies, no conoce [a] los individuos”<sup>144</sup>; en consecuencia, aquélla “no es más que una falsa individualización[,] fundada sobre el hecho de la responsabilidad [subjettiva], y que no está tomada de la verdadera naturaleza [personal] del agente”<sup>145</sup>. Por el contrario, el juez es el único capaz de advertir la complejidad del caso particular, y adaptar así el castigo tipificado según las circunstancias reales.

En efecto, el Código penal establece (en general) las sanciones de una manera relativamente determinada<sup>146</sup> mediante marcos abstractos; sin embargo, también le corresponde al legislador dar normas y criterios que orienten la aplicación judicial de la pena. Es evidente, pues, que la ley condiciona el desempeño de las labores de individualización propiamente dichas –llevadas a cabo por los magistrados<sup>147</sup>. Lo que se materializa en el mayor o menor margen que se conceda al arbitrio de los jueces en la elección del *quantum* del castigo concreto; así, por ejemplo, no es lo mismo que las horquillas punitivas sean amplias o estrechas, que la Parte especial tipifique muchos o pocos delitos con sanciones alternativas, o que se prevean más o menos posibilidades de inejecución penitenciaria.

Lo anterior implica que la taxonomía competencial –aquí esbozada– se articula sobre la base de tres estados sucesivos y cumulativos, donde el primer nivel determina la suerte de los restantes y el segundo acota el ámbito del tercero<sup>148</sup>. Ello resulta un corolario di-

---

<sup>142</sup> Véase SALEILLES, R. *La individualización...*, 1914, p. 269: “Considerando las cosas desde lo alto, se puede, en rigor, considerar tres clases de individualización: una legal, hecha de antemano, por la ley; otra, y es la buena, la judicial, hecha por el juez; y, por fin, la tercera, hecha mientras se ejecuta la pena por la administración (la individualización administrativa)”.

<sup>143</sup> Así, “lo que se ha tomado como casos de individualización legal son [en realidad] motivos de atenuación ó de agravación de [la] pena[,] fundada en la mayor ó menor gravedad del delito [...]. Se trata de [una] individualización basada en la responsabilidad [...], y no hay nada más legítimo” (SALEILLES, R. *La individualización...*, 1914, p. 269) en nuestros ordenamientos.

<sup>144</sup> SALEILLES, R. *La individualización...*, 1914, p. 269.

<sup>145</sup> *Ibíd.*, p. 273.

<sup>146</sup> Luego el modelo predominante hoy en Occidente es el intermedio, a caballo entre un legalismo rígido y un sistema de sanciones indeterminadas por completo; véase LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *Tratado de Derecho penal. Parte general*. Pamplona: Civitas, 2010, pp. 1301-1302.

<sup>147</sup> En este sentido, observa bien GALLEGÓ DÍAZ (*El sistema...*, 1985, p. 218) que en un modelo de sanciones “relativamente determinadas, como [es] el nuestro, el proceso de determinación de la pena ha de venir configurado necesariamente a través de un equilibrio de funciones que en el mismo han de atribuirse a las instancias de la ley y del juez”.

<sup>148</sup> En efecto, y a modo de ejemplo, cuando el legislador permite aplicar (pero siempre de una manera facultativa) la suspensión de una condena al juez sentenciador –aunque sea sometido a una serie de criterios, e incluso rígidos– se abre el espacio decisorio de dicho magistrado en la segunda fase de la

recto de la supremacía del principio de legalidad<sup>149</sup> en materia penal: sólo pueden imponerse las sanciones establecidas por la ley para los delitos tipificados, y únicamente en la medida –magnitud– permitida por las reglas de aplicación de las mismas. Entonces, las labores de concreción judicial del castigo –en función de las peculiaridades fácticas y personales que concurren en cada caso– y las de ejecución administrativa de su cumplimiento –según se hayan cuantificado tales consecuencias jurídicas en sentencia– quedan sometidas a las (genéricas y abstractas) indicaciones legales.

Respecto del último momento de la imposición de las penas en el sistema, nos dice SALEILLES que tiene la función de completar la tarea “puramente aproximada, y, por tanto, insuficiente”<sup>150</sup> del magistrado<sup>151</sup> –y ello abarca la duración de la sanción y el régimen

---

imposición de las penas; y, también entonces, quedará afectado el cumplimiento del castigo, porque la inexecución penitenciaria se puede haber configurado como una sustitución por reglas de conducta controlables.

<sup>149</sup> Para una visión global, cfr. –por todos, y en orden cronológico inverso, como ya dije antes– PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, pp. 51-55; MIR PUIG, S. *Derecho penal...*, 10ª ed., 2015, pp. 114-126; MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal...*, 9ª ed., 2015, pp. 109 y ss.; DE VICENTE MARTÍNEZ, R. *El principio de legalidad penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004; JESCHECK, H.-H. / WEIGEND, T. *Tratado...*, 5ª ed., 2002, pp. 134 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER, E. *Principios constitucionales de Derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, pp. 43 y ss.; JAKOBS, G. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons, 2ª ed., 1997, pp. 77 y ss.; y BACIGALUPO ZAPATER, E. *Principios de Derecho penal. Parte general*. Madrid: Akal, 1990, pp. 32-43.

La formulación moderna del principio de legalidad (“*nullum crimen, nulla poena sine lege*”) se atribuye originariamente a Paul J. Anselm FEUERBACH (*Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. Giessen: G. F. Heyes, 1801), y desde entonces está siempre presente como uno de los fundamentos limitadores del ejercicio del *ius puniendi* estatal en el llamado “*gutes, altes, liberales Strafrecht*” (así lo afirma SILVA SÁNCHEZ, J.-Mª. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992, pp. 250-259).

Con una revisión crítica del mencionado dogma –junto a los desafíos presentes y futuros a los que se hace frente en la doctrina actual– véase en los últimos años MONTIEL FERNÁNDEZ, J. P. (ed.). *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?* Madrid: Marcial Pons, 2012.

En el marco de la actual investigación doctoral, y en cumplimiento de uno de los imperativos derivados del principio de legalidad penal, parece claro que un sistema de individualización del castigo que dependa mayoritariamente del contenido de los preceptos del Código sirve para “colmar las exigencias de seguridad jurídica propias de un Estado de Derecho” (BOLDOVA PASAMAR, M. Á. “Lección 6. Aplicación y determinación de la pena”, en GRACIA MARTÍN, L. [coord.]. *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 5ª ed., 2016, p. 109).

<sup>150</sup> SALEILLES, R. *La individualización...*, 1914, p. 345.

<sup>151</sup> Y, sobre ello, añade SALEILLES (*La individualización...*, 1914, pp. 346-347) lo siguiente:

“[...] la individualización judicial sólo constituye un diagnóstico [del delincuente]. Es una clasificación individual, [un] hecho (sic) sobre la realidad; es decir, sobre el sujeto real, en vez de serlo sobre la individualidad abstracta, que es el caso de la [...] legal. Pero en materia de tratamiento moral [...] el diagnóstico no basta; hay que aplicar el remedio, y éste varía para cada uno. Pero esto [...] no es [un] asunto del [órgano] que pronuncia la sentencia, sino del que la aplica”.

del cumplimiento de la misma. Postula así el jurista francés un modelo legal de sentencias totalmente indeterminadas<sup>152</sup>, al entender que la respuesta estatal al ilícito no debe ser el reproche sino la curación<sup>153</sup>. En los ordenamientos actuales, en cambio, la pena relativamente determinada necesita de una cuantificación temporal por parte del órgano competente para resolver. Pues la concreción del castigo individualizado es un asunto jurisdiccional<sup>154</sup> –y no administrativo– que corresponde al Poder Judicial; no así lo relativo al procedimiento para ejecutar las sanciones privativas de libertad (o de algunos derechos), que se confía por ley<sup>155</sup> a las instituciones penitenciarias.

En España, un esquema tripartito de competencias en la imposición de las penas es hoy una perspectiva generalmente<sup>156</sup> adoptada en la doctrina mayoritaria. En efecto, si-

---

<sup>152</sup> Según argumenta ya Raymond SALEILLES (*La individualización...*, 1914, pp. 355-356), el modelo de concreción del castigo quedaría así:

“[...] la sentencia judicial se desdoblaría en cierto modo. [...] Un primer juicio que tuviera por objeto la prueba del hecho y la elección de la [clase de] pena; luego, durante la [ejecución de la] pena, y á iniciativa de la administración penitenciaria, [se realizaría] un segundo juicio relativo á la duración y, por tanto, á la cesación de la pena. [...]

De este modo, se haría intervenir [indirectamente] á la autoridad judicial en la fijación de la duración de la pena; sólo intervendría dos veces: una primera vez para ordenar la entrada [en la prisión] y otra para permitir la salida. Así se responde á las objeciones que se habían formulado contra el peligro de la arbitrariedad [...] [.] si todo se dejase á la discreción de la Administración [Penitenciaria]”.

<sup>153</sup> “Si suprimimos esa fijación judicial de la duración de la pena, desaparecen las últimas huellas de la idea de sanción [retributiva] y de responsabilidad [del sujeto culpable]. Nada tiene que ver la noción de justicia. [Pues] Sólo se trata de cura moral y de hospitalización. En este sistema [...] la individualización se desdobra y se comparte entre dos autoridades. Una parte pertenece al juez, que ha de hacer la elección de la pena [...], y otra pertenece á la Administración, que ha de fijar la duración de la pena, es decir, hacerla cesar cuando juzga que es ya inútil [...]” (SALEILLES, R. *La individualización...*, 1914, pp. 350-351).

<sup>154</sup> A tal respecto, Carlos PÉREZ DEL VALLE (“La función...”, en VV.AA. *El arresto...*, 2002, p. 31) no duda en afirmar que la individualización de las penas –en un sentido amplio– es “una actividad de jurisdicción”.

<sup>155</sup> Una vez más, observamos aquí cómo opera la dicha completa dependencia de los sistemas post-ilustrados para el cumplimiento de las penas respecto de las previsiones del legislador; y así, sin poder prescindir de este corsé, apuesta Raymond SALEILLES (*La individualización...*, 1914, pp. 347) por el hecho de que “[...] la ley deje cierta iniciativa y elasticidad en la adaptación del régimen [vindicatorio] para que, á su vez, [la Administración] individualice la aplicación de la pena á las exigencias educativas de cada cual”.

En España, en esto consisten precisamente los programas de tratamiento a los que se someten los internos en las cárceles, para la llamada “individualización científica” de la ejecución penitenciaria (arts. 59-72 LOGP y arts. 110-153 RP).

<sup>156</sup> En ocasiones, en cambio, se utiliza una terminología limitada a las dos primeras fases del proceso de imposición del castigo estatal, sin incluir así lo penitenciario; en este sentido, cfr. –por todos– GALLEGU DÍAZ, M. *El sistema...*, 1985, p. 8:

“En un sentido amplio, [...] la determinación de la pena abarcaría la problemática relativa al momento legislativo, las diversas técnicas a [las] que cabe recurrir en el reparto de compe-

guiendo la estela de SALEILLES, lo más habitual resulta describir el sistema de determinación vigente en nuestro país como un proceso para la progresiva concreción del castigo en tres fases sucesivas<sup>157</sup>. Así, por ejemplo, MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN catalogan estos niveles de individualización: a) legal, con un marco penal genérico fijado en el Código, y reglas que limitan el arbitrio del tribunal en la siguiente etapa; b) judicial, para elegir el *quantum* de la sanción final cualitativa y cuantitativamente –la clase, el grado, la extensión, y una medida numérica específica–; y c) ejecutivo, con las modificaciones operadas durante el periodo de cumplimiento penitenciario de la misma<sup>158</sup>.

Pese a lo extendido del modelo explicativo en tres fases, no siempre existe una coincidencia respecto de las atribuciones encomendadas a cada instancia competencial; ello deriva en una confusión sobre el contenido esencial de estos niveles, y responde a deficiencias metodológicas o conceptuales que abordaré a continuación. Entre otras discrepancias, no es uniforme dónde se integra en el esquema la decisión sobre las for-

---

tencias entre legislador y juez[,] a los fines de la misma, las decisiones concretas llevadas a cabo por el juez dentro de los márgenes establecidos por el legislador hasta llegar a la medida concreta de la pena[,] e incluso aquellas otras numerosas cuestiones que aún quedan por decidir una vez fijada la concreta medida de la pena [–]y que pueden referirse tanto a la sustitución de la pena impuesta como a aquellas otras instituciones cuya aplicación es confiada a la discrecionalidad del juez[,] y que únicamente modifican la entidad de las consecuencias sancionatorias del delito ([i.e.,] remisión condicional [...], suspensión del fallo, perdón judicial, libertad condicional, concesión de plazos en la pena de multa, etc.)”.

Igualmente, en Alemania ya antes Ingeborg PUPPE (*Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen. Logische Studien zum Verhältnis von Tatbestand und Handlung*. Berlín: Duncker & Humblot, 1979, pp. 53 y ss.) había señalado que la concreción del castigo forma parte de un proceso de división del trabajo entre el legislador y el juez para el ejercicio estatal del *ius puniendi*.

<sup>157</sup> Por todos, véanse MIR PUIG, S. *Derecho penal...*, 10ª ed., 2015, pp. 757 y ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, F. / MENDOZA BUERGO, B. “Lección 10. La determinación de la pena, las instituciones individualizadoras y los substitutivos de las penas privativas de libertad”, en LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A. (coord.). *Introducción al Derecho penal*. Pamplona: Civitas, 2ª ed., 2015, pp. 325 y ss.; MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal...*, 9ª ed., 2015, pp. 571 y ss.; GÓMEZ RIVERO, Mª del C. (dir.). *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte general*. Madrid: Tecnos, 3ª ed., 2015, pp. 467 y ss.; ORTS BERENQUER, E. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Compendio de Derecho penal. Parte general*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 5ª ed., 2015, pp. 461 y ss.; QUINTERO OLIVARES, G. *Parte general...*, 5ª ed., 2015, pp. 633 y ss.; LANDECHO VELASCO, C. Mª / MOLINA BLÁZQUEZ, Mª C. *Derecho penal español. Parte general*. Madrid: Tecnos, 9ª ed., 2015, pp. 584 y ss.; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. “Lección 13. La determinación de la pena”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (coord.). *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Tomo I: Introducción al Derecho penal*. Madrid: lustel, 2ª ed., 2015, pp. 345 y ss.; CUELLO CONTRERAS, J. / MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho penal. Parte general*. Madrid: Tecnos, 3ª ed., 2015, pp. 339 y ss.; TÉLLEZ AGUILERA, A. *Derecho penal. Parte general*. Madrid: Edisofer, 2015, pp. 673 y ss.; ZARATE CONDE, A. / GONZÁLEZ CAMPO, E. *Derecho penal. Parte general*. Madrid: La Ley, 2015, pp. 483 y ss.; ROCA DE AGAPITO, L. *El sistema de sanciones en el Derecho penal español*. Barcelona: Bosch, 2007, pp. 307 y ss.; y LANDROVE DÍAZ, G. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Madrid: Tecnos, 5ª ed., 2002, pp. 97 y ss.

<sup>158</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal...*, 9ª ed., 2015, pp. 572-575.

mas sustitutivas de la ejecución: si en la individualización judicial *lato sensu* considerada<sup>159</sup>, o en la fase penitenciaria<sup>160</sup>; incluso hay autores que no la contemplan como parte del proceso<sup>161</sup>. Pero quizás el aspecto más problemático consiste en mezclar las funciones (legislativas) del establecimiento de las reglas para la determinación de la pena con las decisiones (judiciales) de la interpretación o aplicación de las mismas; y en ocasiones se intrincan dichos ámbitos de actuación, complicando el análisis sistemático.

En general, sí parece claro que los autores que optan por un enfoque tripartito asumen una relación de interdependencia y progresividad entre las fases; así, MIR PUIG integra los tres ámbitos estatales que intervienen al imponer sanciones en un *continuum* armónico: la determinación legal del marco penal y las reglas para su concreción prefiguran una elección judicial del castigo; y ya luego se suman las labores de la Administración Penitenciaria, que individualiza las formas de cumplimiento<sup>162</sup>. No obstante, no resulta sencillo identificar en la doctrina los criterios esenciales que sirven para delimitar el ámbito de los tres niveles implicados; e incluso cuando ello es explícito o implícito no hay acuerdo sobre el fundamento de este reparto funcional: la configuración legislativa del proceso, el margen de arbitrio o el contenido material de la decisión.

En lugar del esquema anterior, es también una postura frecuente en la doctrina española<sup>163</sup> concentrarse sencillamente en la función del órgano sentenciador<sup>164</sup>, concatenan-

---

<sup>159</sup> Así, véanse MIR PUIG, S. *Derecho penal...*, 10ª ed., 2015, p. 758; MOLINA FERNÁNDEZ, F. / MENDOZA BUERGO, B. "Lección 10...", en LASCURÁIN SÁNCHEZ, J. A. (coord.). *Introducción...*, 2ª ed., 2015, p. 352; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. "Lección 13...", en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (coord.). *Lecciones...*, 2ª ed., 2015, p. 346; y ROCA DE AGAPITO, L. *El sistema...*, 2007, p. 308.

<sup>160</sup> En tal sentido cfr. MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal...*, 9ª ed., 2015, p. 574; QUINTERO OLIVARES, G. *Parte general...*, 5ª ed., 2015, p. 636; LANDECHO VELASCO, C. Mª / MOLINA BLÁZQUEZ, Mª C. *Derecho penal...*, 9ª ed., 2015, pp. 584, 596 y ss.; GÓMEZ RIVERO, Mª del C. (dir.). *Nociones...*, 3ª ed., 2015, pp. 469, 485 y ss.; TÉLLEZ AGUILERA, A. *Derecho penal...*, 2015, pp. 677, 686 y ss.; y ZÁRATE CONDE, A. / GONZÁLEZ CAMPO, E. *Derecho penal...*, 2015, p. 486.

<sup>161</sup> Entre otros, véanse ORTS BERENGUER, E. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Compendio...*, 5ª ed., 2015, pp. 461 y ss.; CUELLO CONTRERAS, J. / MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso...*, 3ª ed., 2015, pp. 289 y ss., y 339 y ss.; y LANDROVE DÍAZ, G. *Las consecuencias...*, 5ª ed., 2002, pp. 97 y ss.

<sup>162</sup> Aunque no lo afirme directamente, ello subyace al tratamiento de la cuestión que el autor brinda en las lecciones 31 y 32 de su manual; cfr. MIR PUIG, S. *Derecho penal...*, 10ª ed., 2015, pp. 757-792.

<sup>163</sup> Al respecto, conviene precisar que es la aproximación dominante en las monografías que se dedican en exclusiva al estudio de la individualización; así, por ejemplo, BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 30-31; y DEMETRIO CRESPO, E. *Prevención...*, 1999, pp. 43-44.

<sup>164</sup> Y, sin embargo, MAPELLI CAFFARENA (*Las consecuencias...*, 5ª ed., 2011, pp. 283-284) matiza que "el juez no hace sino continuar la labor iniciada por el legislador de cara a individualizar las consecuencias jurídicas del delito [...]. Una [...] labor que más adelante continuarán las autoridades competentes en la fase de ejecución. Tres momentos [...] en los que no resulta difícil ver reflejados los tres grandes poderes sobre los que gravita el Estado moderno".

do la determinación legislativa –cómo interpreta y aplica los preceptos al efecto– y la individualización judicial<sup>165</sup>. Así están fuera del debate la crítica de *lege ferenda* sobre la validez y la coherencia de los criterios cuantificadores del Código<sup>166</sup> –sin perjuicio de las oportunas disquisiciones hermenéuticas sobre los artículos en liza–, y las labores admi-

---

<sup>165</sup> Véanse –por todos– PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, pp. 334 y ss.; LUZÓN CUESTA, J. M. *Compendio de Derecho penal. Parte general*. Madrid: Dykinson, 23ª ed., 2016, pp. 277 y ss.; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. “Lección 17. La individualización de la pena”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (dir.). *Lecciones de Derecho penal. Parte general*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2ª ed., 2015, pp. 259 y ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *Contestaciones al programa de Derecho penal. Parte general para acceso a las carreras judicial y fiscal. Tomo I*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 6ª ed., 2015, temas 20-21; BOLDOVA PASAMAR, M. Á. “Capítulo VI. Aplicación y determinación de la pena”, en GRACIA MARTÍN, L. (coord.). *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006, pp. 225 y ss.; y LLORCA ORTEGA, J. *Manual...*, 6ª ed., 2005, pp. 18 y ss.

En ocasiones, también se subdivide la fase de determinación legislativa en dos niveles complementarios de identificación del marco penal abstracto y cálculo del marco concreto; así, por ejemplo, lo hacen NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. “Lección 32. Aplicación y determinación de la pena”, en GIL GIL, A. *et alter. Curso de Derecho penal. Parte general*. Madrid: Dykinson, 2ª ed., 2015, pp. 845 y ss.; BOLDOVA PASAMAR, M. Á. “Lección 6...”, en GRACIA MARTÍN, L. (coord.). *Lecciones...*, 5ª ed., 2016, pp. 109 y ss.; QUINTANAR DÍEZ, M. / ORTIZ NAVARRO, J. F. *Elementos de Derecho penal. Parte general*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2ª ed., 2015, pp. 195 y ss.; BURGOS PAVÓN, F. *Derecho penal. Norma penal, penas y responsabilidad penal*. Madrid: CEF, 2015, pp. 241 y ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *Tratado...*, 2010, pp. 1301 y ss.; y OBREGÓN GARCÍA, A. “Determinación...”, en MOLINA BLÁZQUEZ, Mª C. (coord.). *La aplicación...*, 2005, pp. 75 y ss.

<sup>166</sup> Lo que se completa con monografías sobre fundamentos y dogmática de las circunstancias modificativas; al respecto, cfr. –entre otros– BORJA JIMÉNEZ, E. *La aplicación de las circunstancias del delito*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015; ARIAS EIBE, M. J. *Responsabilidad criminal. Circunstancias modificativas y su fundamento en el Código penal*. Barcelona: Bosch, 2007; MAZA MARTÍN, J. M. *Circunstancias que excluyen o modifican la responsabilidad criminal*. Madrid: La Ley, 2007; SALINERO ALONSO, C. *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código penal*. Granada: Comares, 2000; PUENTE SEGURA, L. *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*. Madrid: Colex, 1997; DEL RÍO FERNÁNDEZ, L. (coord.). *Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Cuadernos de Derecho Judicial, VII*. Madrid: CGPJ, 1995; y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*. Valencia: Universidad de Valencia, 1988.

En concreto, merecen especial mención estos estudios en profundidad sobre algunas atenuantes y/o agravantes, y sus consecuencias: AL-FAWAL PORTAL, M. *Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y enfermedad mental*. Barcelona: Bosch, 2013; GALAIN PALERMO, P. *La reparación del daño a la víctima del delito*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010; ASÚA BATARRITA, A. / GARRO CARRERA, E. (eds.). *Hechos...*, 2009; MONGE FERNÁNDEZ, A. *La circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena*. Barcelona: Bosch, 2009; GARRO CARRERA, E. / ASÚA BATARRITA, A. *Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitaria*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008; GUIASOLA LERMA, C. *Reincidencia y delincuencia habitual*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008; GARRO CARRERA, E. *Reparación...*, 2005; BORJA JIMÉNEZ, E. *Las circunstancias atenuantes en el ordenamiento jurídico español*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002; FARALDO CABANA, P. *Las causas de levantamiento de la pena*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. *La reincidencia...*, 1999; ALONSO FERNÁNDEZ, J. A. *Las atenuantes de confesión de la infracción y reparación o disminución del daño*. Barcelona: Bosch, 1999; OBREGÓN GARCÍA, A. *La atenuación...*, 1998; y CUERDA ARNAU, Mª L. *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*. Madrid: Ministerio de Justicia e Interior, 1995.

nistrativas de ejecución. Pero también en el marco de esa perspectiva teórica (estrictamente jurisdiccional) se constatan diferencias bastante relevantes a nivel terminológico-conceptual o estructural, y que afectan al contenido de cada ámbito decisorio<sup>167</sup>. Sobre las cuestiones aquí planteadas me ocupo, con detalle, en el siguiente capítulo, mientras trato de elaborar un modelo consecuente con el que operar en adelante.

Sea lo que fuere, tras este examen detenido y analítico de la distribución competencial, queda claro que la tarea de concretar y cuantificar las sanciones es sólo jurisdiccional. En efecto, la individualización final de las penas, adecuando su magnitud (temporal o pecuniaria) a las singularidades del fenómeno delictivo encausado –el ilícito y su agente–, corresponde en nuestro ordenamiento a los órganos competentes de la judicatura. Entonces, todo lo anterior (la legislación sobre marcos punitivos y reglas de aplicación) ordena esa labor del tribunal, y lo ulterior (la gestión penitenciaria del castigo impuesto en sentencia) desarrolla una decisión atribuida en exclusiva a aquél. Y es que, “[...] en el ámbito penal[,] la actividad jurisdiccional se manifiesta en tres funciones bien diferenciadas: valoración de la prueba, calificación de los hechos y determinación de las consecuencias [...]”<sup>168</sup> condenatorias –en su medida específica.

Desde un punto de vista genuinamente jurídico-penal el presupuesto esencial asumido *supra*, antes de elaborar el modelo propio, se sintetiza de la siguiente manera: el régimen español de sanciones relativamente determinadas implica un reparto competencial entre los tres niveles de ejercicio del *ius puniendi* estatal. Así el ámbito de individualización de las penas abarca, “como si se tratara de un *continuum*, los tres momentos [legislativo, judicial y administrativo] que conforma[n] dicho sistema. Cuando el legislador elige [...] castigar a quien comete un delito, comienza este proceso [...] que no concluye [totalmente] hasta que la responsabilidad [...] haya quedado extinguida por el cumplimiento”<sup>169</sup> de una sanción<sup>170</sup>. En el ínterin, el juez escogerá la consecuencia concreta

---

<sup>167</sup> Análogamente a lo que sucedía con los autores del sistema tripartito, aquí la mayor parte de la doctrina no incorpora la aplicación de las formas sustitutivas de la ejecución (incluida la suspensión de la condena), asumiendo de manera implícita que –en todo caso– éstas se sitúan en el ámbito penitenciario; tan solo PÉREZ DEL VALLE (*Lecciones...*, 2016, pp. 338-339) y NÚÑEZ FERNÁNDEZ (“Lección 32...”, en GIL GIL, A. *et alter*. *Curso...*, 2ª ed., 2015, p. 848) adoptan esa postura en sus manuales, ya sea en un sentido estricto o bien *lato sensu* –respectivamente.

<sup>168</sup> MAPELLI CAFFARENA, B. *Las consecuencias...*, 5ª ed., 2011, p. 283.

<sup>169</sup> *Ibid.*, p. 38.

<sup>170</sup> En este sentido, puntualiza MAPELLI CAFFARENA (*Las consecuencias...*, 5ª ed., 2011, p. 38) que “[...] la incidencia del factor individualizador del castigo es considerablemente mayor en el momento de la ejecución de las penas”. La misma línea argumental adopta –según expondré ya en seguida– el planteamiento de MIR PUIG, S. *Derecho penal...*, 10ª ed., 2015, pp. 759-760 y 777.



adecuada al culpable, a través de su arbitrio vinculado al derecho<sup>171</sup>, y luego los órganos penitenciarios ejecutan la pena final –con el control jurisdiccional oportuno<sup>172</sup>.

En una síntesis propositiva, refiero a continuación las atribuciones derivadas del reparto competencial entre los tres poderes del Estado hoy día implicados en el ejercicio del *ius puniendi*. En primer lugar, al legislador le corresponderán estas cuatro tareas relativas a la individualización del castigo: a) establecer los marcos abstractos –en forma de sanción única, con penas cumulativas u ofreciendo alternativas– para cada ilícito típico, con unos límites máximo y mínimo; b) prever las reglas para acotar o alterar esta horquilla, a través de elementos que concurren generalmente en las infracciones –tentativa, participación, concurso o circunstancias modificativas de la responsabilidad<sup>173</sup>–; c) permitir la inejecución de la pena privativa de libertad, en ciertos casos –con requisitos y/o condiciones–; y d) sentar las bases<sup>174</sup> de un cumplimiento administrativo de aquéllas, definiendo los contornos de la relación jurídico-penitenciaria<sup>175</sup>.

---

<sup>171</sup> Utilizo aquí el término “derecho” con la inicial en minúscula –en contraposición a la acepción de “Derecho” como ordenamiento positivo vigente– para significar que la juridicidad de la decisión no sólo se alcanza interpretando las reglas legalmente establecidas, sino también con pautas “no escritas” de razonabilidad práctica; véase –por todos– MAURACH, R. / GÖSSEL, K. H. / ZIPF, H. *Derecho penal. Parte general. Tomo II*. Buenos Aires: Astrea, 7ª ed., 1995, p. 795.

<sup>172</sup> Obviamente, me refiero aquí a la labor de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria; por la peculiaridad de las funciones a ellos asignadas en la LOGP, dedicaré algunas reflexiones al respecto de su competencia para determinadas tareas en el último epígrafe del Capítulo III.

<sup>173</sup> Incluyo aquí aquellos supuestos en los que el Código tipifica cláusulas de agravación o de atenuación del marco básico, que otorgan al tribunal la facultad de modular la penalidad; se trata de preceptos especiales de ponderación del castigo, que prevén “la elevación o degradación de la sanción en función de unos condicionamientos o factores de muy diversa índole” (LLORCA ORTEGA, J. *Manual...*, 6ª ed., 2005, p. 66). Por ejemplo, el art. 298.2 CP permite al juez imponer –en la receptación– la pena adicional de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión o industria, “atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales”; mientras que el art. 613.2 autoriza a subir un grado el marco inicial del delito cometido en un conflicto armado, “cuando el ataque, la represalia, el acto de hostilidad o la utilización indebida tengan por objeto bienes culturales o lugares de culto” bajo protección reforzada. En un sentido contrario, el art. 242.4 legitima (en el robo) la rebaja, “en atención a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas y valorando además las restantes circunstancias del hecho”; y el art. 565 faculta para descender el marco penal del tipo básico de tenencia ilícita de armas prohibidas, cuando “se evidencia la falta de intención de usar[las]”.

<sup>174</sup> En nuestro país, el mandato constitucional del art. 25.2 de la Carta Magna preside todo el modelo penitenciario: “Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y [la] reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a [...] prisión [...] gozará de [todos] los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad”.

Sobre los principios y las directrices principales de este entramado normativo, cfr. MATA Y MARTÍN, R. M. *Fundamentos del sistema penitenciario*. Madrid: Tecnos, 2016; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. / NISTAL BU-

Segundo, a un juez sentenciador se encomiendan las siguientes cuatro funciones, tras subsumir los hechos probados en juicio en un tipo de la Parte especial del Código interpretando al efecto los preceptos correspondientes: a) optar –en su caso– por las consecuencias jurídicas a imponer, cuando se prevean sanciones alternativas y/o facultativas; b) emplear las reglas de la determinación del marco abstracto que concurren en el supuesto, aplicándolas según el arbitrio otorgado, o bien imperativamente; c) elegir una magnitud específica del castigo merecido, individualizando así el *quantum* punitivo; y d) decidir sobre la no ejecución de una condena de prisión fijada, cuando ello sea posible. Finalmente, a la Administración Penitenciaria le compete “realizar” el cumplimiento de la pena privativa de libertad en condiciones de un tratamiento personalizado<sup>176</sup>, incidiendo para ello en régimen de vida<sup>177</sup>, clasificación<sup>178</sup>, beneficios<sup>179</sup>, y libertad condicional<sup>180</sup>.

---

RÓN, J. *Derecho penitenciario*. Pamplona: Thomson Aranzadi, 2016; y MIR PUIG, C. *Derecho penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*. Barcelona: Atelier, 3ª ed., 2015.

<sup>175</sup> Se trata de una vinculación “de especial sujeción” (“*besonderes Gewaltverhältnis*”), ya que el sometimiento del interno al *imperium* público tiene una extraordinaria intensidad; y “[...] la peculiaridad de tal categoría conceptual es lo que justifica una rebaja en las garantías jurídicas previstas para el afectado, [que están] fuera de lo común, cosa que puede traducirse en mayores limitaciones legítimas a sus derechos fundamentales” (NUEVO LÓPEZ, P. “Tema 12. Introducción al Derecho administrativo”, en CORTÉS PACHECO, C. [COORD.] / GONZÁLEZ DE LEÓN BERINI, A. [ed. y coord.]. *Introducción al Derecho. Parte general y Parte especial*. Madrid: Dykinson, 2015, p. 347). Entonces, hablamos siempre de algún estado de “libertad restringida” (cfr. MAYER, O. *Deutsches Verwaltungsrecht. Band I*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1895, pp. 108 y ss.; ya en este mismo sentido se manifiesta FORSTHOFF, E. *Lehrbuch des Verwaltungsrecht. Band I. Allgemeiner Teil*. Múnich: C. H. Beck, 1950, pp. 102 y ss.).

Como contrapartida a esta forma más estricta de dependencia, el Estado asume una posición de garante respecto de los presos: debe velar por su bienestar en los centros y tratar de materializar el mandato de la resocialización; véase ACOSTA GALLO, P. *Derecho de la seguridad, responsabilidad policial y penitenciaria*. Valencia: Instituto Nacional de Administración Pública, 2ª ed., 2015, pp. 230 y ss.

<sup>176</sup> El esquema de división de competencias entre los órganos del Estado que intervienen en el ejercicio del *ius puniendi* quedaría incompleto sin una referencia explícita al papel de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria. Según el art. 94.1 LOPJ, a ellos incumben “las funciones jurisdiccionales previstas en la Ley General Penitenciaria en materia de ejecución de penas privativas de libertad y medidas de seguridad, [la] emisión y ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea que les atribuya la ley, [el] control jurisdiccional de la potestad disciplinaria de las autoridades penitenciarias, [y el] amparo de los derechos y beneficios de los internos en los establecimientos penitenciarios”.

En concreto, el art. 76.1 LOGP señala que aquéllos tendrán “atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar [el sistema de vida de un preso,] con arreglo a lo prescrito en las Leyes y [los] Reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos[,] y corregir los abusos y [las] desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse”; y a ello se añaden especialmente las diez facultades listadas en las letras de la a) a la j) del art. 76.2 LOGP. Y, sin embargo, muchas de estas funciones no difieren en exceso de un control de la legalidad ordinaria que los tribunales de lo contencioso efectúan sobre los actos de las Administraciones Públicas; así pues, se trata (por lo general) de una labor jurisdiccional de protección, garantía y revisión.

<sup>177</sup> En el Título II LOGP se incluyen dentro del régimen penitenciario la organización general de los establecimientos –con reglas de vida diaria (separación, celdas, traslados, horarios, higiene, vestimenta,

De esta clasificación inicial extraigo, al menos, las siguientes dos conclusiones para la investigación en curso: a) me voy a centrar aquí sólo en analizar la fase de individualización judicial de las sanciones –y, por lo tanto, no constituye el objeto de la tesis ocuparse de cuestiones de la teoría de la legislación<sup>181</sup> (penal), ni de la estructura o el fun-

---

efectos personales, cacheos y registros)–, el trabajo, la asistencia sanitaria, la responsabilidad disciplinaria –infracciones y sanciones–, las recompensas, los permisos de salida, las comunicaciones y visitas, los servicios religiosos y educativos, la información sobre su situación en el centro, y el sistema para la formulación de quejas y recursos. En definitiva, “por régimen penitenciario se entiende el conjunto de normas o medidas que persiguen la consecución de una convivencia ordenada y pacífica[, lo] que permita alcanzar el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento[,] y [para] la retención y custodia de los reclusos” (art. 73.1 RP).

<sup>178</sup> En tal sentido, véanse –recientemente– CUTIÑO RAYA, S. “La clasificación en grados. Análisis crítico de la normativa penitenciaria”, en *Revista de Derecho y proceso penal*, N° 38, 2015, pp. 201-239; FERNÁNDEZ BERMEJO, D. *Individualización científica y tratamiento en prisión*. Madrid: Ministerio del Interior, 2014; FREIXA EGEA, G. “Régimen penitenciario/clasificación y art. 75 del Reglamento Penitenciario: ¿es el art. 75 RP un nuevo régimen de vida?”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, N° 14, 2012, pp. 1-24; ARANDA CARBONELL, M<sup>a</sup> J. “Una aproximación práctica a la clasificación penitenciaria”, en *Revista de estudios penitenciarios*, N° 252, 2006, pp. 37-76; LEGANÉS GÓMEZ, S. *La evolución de la clasificación penitenciaria*. Madrid: Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, 2005; y CERVELLÓ DONDERIS, V. “Los nuevos criterios de la clasificación penitenciaria”, en *La ley penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, N° 8, 2004, pp. 5-22.

<sup>179</sup> Según el art. 202.1 RP, son “aquellas medidas que permiten la reducción de la duración de la condena impuesta en sentencia firme o de la del tiempo efectivo de internamiento”: a día de hoy, el adelantamiento de la libertad condicional (art. 205 RP), y el indulto particular (art. 206 RP). En este sentido, “[...] los beneficios penitenciarios responden a las exigencias de la individualización de la pena en atención a la concurrencia de factores positivos en la evolución del interno, encaminados a conseguir su reeducación y reinserción social [...]” (art. 203.1 RP).

<sup>180</sup> A tal respecto, la Junta de Tratamiento correspondiente tramitará el expediente de concesión de la libertad condicional del preso conforme a los arts. 194 a 198 RP, y elevará una propuesta razonada de autorización al Juzgado de Vigilancia competente –con la suficiente antelación.

<sup>181</sup> Sobre ello es necesario profundizar aún más en los análisis iusfilosóficos; por el momento, y en el ámbito de lo penal, cfr. algunas observaciones interesantes en las siguientes obras: BECERRA MUÑOZ, J. / MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. / NIETO MARTÍN, A. (dirs.). *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*. Madrid: Marcial Pons, 2016; PAREDES CASTAÑÓN, J. M. *La justificación de las leyes penales*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013; Díez RIPOLLÉS, J. L. *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*. Madrid: Editorial Trotta, 2003; VOGEL, J. “Strafgesetzgebung und Strafrechtswissenschaft”, en SCHÜNEMANN, B. (coord.). *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*. Berlín: Walter de Gruyter, 2001, pp. 105-118; y POHL, K. “Strafgesetzgebungstheorie – Voraussetzung für die Effektivität von Strafnormen?”, en SCHÄFFER, H. / TRIFFTERER, O. (eds.). *Rationalisierung der Gesetzgebung. Jürgen Rödig Gedächtnissymposium*. Baden-Baden: Nomos, 1984, pp. 172-178.

Desde una perspectiva jurídica general, véanse –sobre todo– las aportaciones de HOMMERDING, A. N. *Teoría de la legislación y Derecho como integridad*. Curitiba: Juruá, 2012; MARCHILI, L. A. *Cómo legislar con sabiduría y elocuencia. El arte de legislar reconstruido a partir de la tradición retórica*. Buenos Aires: Dunken, 2009; MARCILLA CÓRDOBA, G. *Racionalidad legislativa*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), 2005; GARCÍA AMADO, J. A. “Razón práctica y teoría de la legislación”, en *Derechos y libertades*, Año V, N° 9, 2000, pp. 299 y ss.; ATIENZA RODRÍGUEZ, M. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas, 1997; VALLET DE GOYTISOLO, J. B. *Metodología jurídica*. Madrid: Civitas, 1988, pp. 378 y ss.; o también el ya clásico estudio de NOLL, P. *Gesetzgebungslehre*. Reinbek: Rowohlt, 1973.

cionamiento de la Administración Penitenciaria<sup>182</sup>; y b) me dedicaré específicamente al tipo de tareas que suponen un ejercicio de la potestad jurisdiccional<sup>183</sup> –esto es, todas las decisiones que aplican en exclusiva el derecho en el caso concreto, resolviendo así las controversias (de manera definitiva e irrevocable). Entonces, obviaré aquellas otras facultades de los tribunales españoles referidas a ciertos aspectos incidentales o conexos<sup>184</sup>; e incluiré el otorgamiento de la libertad condicional<sup>185</sup>, una institución que aplaza el juicio sobre la cuantía final del castigo –sometida a aspectos post-delictivos.

---

<sup>182</sup> En una aproximación global, cfr. MATA Y MARTÍN, R. M. *Fundamentos...*, 2016; JUANATEY DORADO, C. *Manual de Derecho penitenciario*. Madrid: Iustel, 3ª ed., 2016; DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (dir.). *Derecho penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015; RODRÍGUEZ YAGÜE, C. *El sistema penitenciario español ante el siglo XXI*. Madrid: Iustel, 2013; y CERVELLÓ DONDERIS, V. *Derecho penitenciario*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 3ª ed., 2012.

<sup>183</sup> Ex art. 117.3 CE, “el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde[rá] exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes [...]”. Para una visión panorámica acerca del término aquí utilizado, véanse ORTELLS RAMOS, M. “Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional en la Constitución Española”, en *Anuario de la Facultad de Derecho* (UEX), N° 3, 1984-1985, pp. 415-458; y PESQUEIRA ZAMORA, Mª J. “Tema 15. Introducción al Derecho procesal”, en CORTÉS PACHECO, C. (coord.) / GONZÁLEZ DE LEÓN BERINI, A. (ed. y coord.). *Introducción...*, 2015, pp. 419 y ss.

<sup>184</sup> En el proceso para concretar una pena, se trataría, por ejemplo, del atribuir un contenido específico a la prestación personal en la que consisten los trabajos en beneficio de la comunidad; algo de lo que, no en vano, se ocupa por lo general la Administración Penitenciaria.

<sup>185</sup> Regulada actualmente en los arts. 90, 91 y 92 CP –tras la derogación del art. 93, con la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo–, siempre se ha discutido en la doctrina sobre la naturaleza jurídica de la figura; cfr. mi toma de postura al respecto *infra*, en el tercer capítulo (III.3).

**CAPÍTULO II.**  
**APROXIMACIONES PRELIMINARES**  
**EN LA BUSCA DE UN NUEVO**  
**ENFOQUE DOGMÁTICO**



# 1. Una perspectiva metodológica: tres hipótesis principales

## 1.1 La actitud del sentenciador, desde la fenomenología del derecho

En el segundo apartado del capítulo anterior, se quedó en el aire una pregunta fundamental de esta investigación doctoral, pospuesta a la espera de clarificar la naturaleza jurisdiccional de cualquier proceso para cuantificar las sanciones penales: ¿cómo individualiza el juez el castigo? Después de formular esta propuesta inicial del trabajo, es el momento de abordar el tema, desde una necesaria perspectiva metodológica; y, con tal finalidad, adelanto (de manera preliminar) tres hipótesis principales, que sirven para delimitar una comprensión teórico-práctica de las operaciones decisorias para la medición penal. Además, justifico de este modo la recuperación de un planteamiento sistemático hace tiempo olvidado, en la ciencia jurídica; un paradigma que nunca llegó a tener gran acogida, pero que algunos autores han mantenido vivo en el debate.

Puede traerse ahora a colación esta apropiada observación de Antonio HERNÁNDEZ GIL: “la teoría del método implica una actitud previa ante el problema de la esencia, el origen y el fin del derecho. Y así, vendrá en gran medida determinada por la posición que [se] adopte ante él, aunque esto no sea un aspecto de la teoría del método, sino sólo un presupuesto”<sup>1</sup>. No constituye el objeto de la tesis evidenciar mi posición iusfilosófica; sin embargo, me parece que es imposible proseguir con el “hilo argumental” del epígrafe si no dejo entrever, al menos, ciertos ámbitos de una toma de postura sobre lo jurídico. En la línea del realismo de tradición aristotélico-tomista, un planteamiento iusnaturalista razonable en el mundo de hoy<sup>2</sup> sostiene esta premisa: el procedimiento para el análisis lo debe imponer la substancia del objeto científico a conocer<sup>3</sup>.

Entonces, para responder correctamente a la pregunta antes formulada es en cualquier caso imprescindible ser fiel a ese marco teórico y conceptual con el que he categorizado arriba la individualización de las penas. Al considerar la concreción del castigo como proceso decisorio realizado por el órgano sentenciador de manera prudencial –o “artística”–, mediante el cual escoge la clase y el *quantum* de la sanción en aquellos ámbitos en los que el Código le permite cierta discrecionalidad limitada, se ponen de manifiesto algunos aspectos con singular trascendencia metodológica. Primero, una aplicación del

---

<sup>1</sup> HERNÁNDEZ GIL, A. *Metodología... Vol. I...*, 2ª ed., 1971, p. 403.

<sup>2</sup> En este sentido, cfr. entre otros VILLEY, M. *Filosofía...*, 2003, pp. 19 y ss.

<sup>3</sup> Véase por todos HERNÁNDEZ GIL, A. *Metodología... Vol. I...*, 2ª ed., 1971, p. 404.

derecho en esta fase no se reduce a una mera labor de subsunción; así, las reglas no siempre se encuentran en el texto legal, e incluso cuando lo están quedarían en último término sometidas a la libre valoración del juez, para adaptarlas a las particularidades del supuesto y ponderar su influjo en la magnitud condenatoria.

En este sentido, en la tarea de la concreción de las penas primará –como es lógico– el componente personal: se pretende “convertir” el castigo en algo único y específico del sujeto<sup>4</sup> que perpetra el hecho delictivo. Ello no entraña la imposibilidad de obtener criterios generales que guíen las decisiones; precisamente eso pretendo defender y exponer aquí. Pero sí nos lleva a diferenciar la individualización de una imputación jurídico-penal del ilícito a su agente –como comportamiento típico, injustificado, y sin excusa<sup>5</sup>–; no en vano el estudio de aquélla se ubica (sistemáticamente) en la categoría dogmática de la culpabilidad<sup>6</sup>. En efecto, no se trata ya de atribuirle a alguien responsabilidad –de una forma normativa– por su obrar contrario a Derecho, sino de graduar<sup>7</sup> ese reproche social que la comunidad le dirige según su mayor o menor desprecio al bien común.

Más aún, el órgano sentenciador no se limita a un juicio retrospectivo sobre lo que ha sucedido hasta que dicta su resolución –sea en el momento del hecho o antes, e incluso después, por actos post-delictivos–; debe tomar en consideración también lo que está por venir. Al menos cuando la ley alude expresamente a ello, el magistrado no puede obviar –siquiera sea para no concederle valor alguno, si así lo cree conveniente– en su razonamiento el pronóstico futuro de peligrosidad y/o reinserción del condenado<sup>8</sup>. En realidad, esto es lo que marca la distinción entre las fases de individualización (*stricto*

---

<sup>4</sup> “La determinación de la pena se configura como un proceso de adaptación o [de] concreción [...]. A lo largo de este proceso se va acentuando progresivamente un desplazamiento desde la índole del delito a la del delincuente, por lo que desde esta perspectiva puede concebirse [...] como un proceso de individualización” (GALLEGO DÍAZ, M. *El sistema...*, 1985, p. 7).

<sup>5</sup> Sobre los fundamentos y el contenido dogmático de las varias categorías de la teoría del delito que aquí sigo, cfr. –con una gran profundidad– PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, pp. 93-219.

<sup>6</sup> Cfr. PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, pp. 228-229.

<sup>7</sup> En una línea bastante parecida, también admite que la culpabilidad puede escalonarse DÍEZ RIPOLLÉS (*Derecho penal...*, 4ª ed., 2016, pp. 747 y ss.), aunque no llega exactamente a las mismas conclusiones –ni, por lo tanto, a iguales tomas de postura sistemáticas.

<sup>8</sup> Esto sucede hoy en día en el régimen de suspensión: se otorga de modo facultativo “cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión [...] de nuevos delitos” (art. 80.1 CP); y las autoridades encargadas del control, durante el lapso fijado, informarán ya “de cualquier circunstancia relevante para valorar la peligrosidad” (art. 83.4). Por otra parte, también el Código supedita ahora el otorgamiento de la libertad condicional a criterios similares –así, “la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración” (art. 90.1)–, a los que se añaden parámetros de reinserción actual (i.e. “su conducta durante el cumplimiento de la pena, [o] sus circunstancias familiares y sociales”) y futura (los “efectos” previsibles de aquélla).



*sensu*) e inexecución de las sanciones, dentro de un proceso decisorio global. Dije antes que hay motivos materiales para una separación analítica entre ambas etapas: el “*universo*” de factores que el juez incorpora en la ecuación acrece de modo sucesivo.

Aunque es cierto que toda la concreción del castigo se dirige a cuantificar la medida de la culpabilidad, intra-sistemáticamente en la teoría del delito, la decisión no es unidireccional. En otras palabras, ni sólo entran en juego aspectos de la responsabilidad personal del reo<sup>9</sup>, ni la valoración se circunscribe a una interpretación cerrada e ideológica de aquélla<sup>10</sup>. Ello sucede, en primer término, porque el propio CP contiene reglas que obligan al tribunal a determinar un marco penal, en función del relato fáctico del caso<sup>11</sup> (art. 63), y normas que orientan el arbitrio judicial a lo largo del proceso –i.e. desde optar por los subtipos atenuados (art. 270.4) o agravados (art. 148), hasta suspender la ejecución penitenciaria. En segundo lugar, en una visión amplia e inclusiva de la culpabilidad como la aquí ponderada, un menor reproche explicará también, por ejemplo, la sustitución preceptiva de las condenas cortas a prisión<sup>12</sup> (art. 71.2).

Únicamente se puede perder de vista esa perspectiva personal por un imperativo legal, cuando el texto establece mandatos para determinar la horquilla penal o inexecutar una sanción, con independencia de elementos *culpabilísticos*. Y ello ocurre –como ya avan-

---

<sup>9</sup> De este modo, hay muchos preceptos que incorporan referencias “externas” al agente; sin ánimo de ser exhaustivo, enumero tres situaciones: “las circunstancias del menor” (art. 233.1 CP) víctima del delito de abandono, “facilitar el castigo de la amenaza” (art. 171.3) consistente en revelar o denunciar la comisión de una infracción penal, o “la menor entidad del peligro causado [por el incendio provocado] y las demás circunstancias del hecho” (art. 351).

<sup>10</sup> Pretendo evitar, con esta perspectiva metodológica, el callejón sin salida que denunciaré en el capítulo quinto: si el enfoque se circunscribe a una comprensión “reduccionista” de la culpabilidad –en el marco de una teoría de la pena–, perdemos la oportunidad de identificar y elaborar doctrinalmente factores concretos de medición del castigo que faciliten dicha labor.

<sup>11</sup> A veces, en cambio, el legislador dispone una pauta cuya aplicación quedará en manos del órgano sentenciador: éste podrá imponer la pena en su mitad superior a quien, dentro de los casos contemplados en la ley, practique algún aborto fuera de un centro público o privado acreditado (art. 145 bis.1 CP); o bien disminuir –en uno o dos grados– el marco inicial del delito terrorista enjuiciado, “cuando el hecho sea objetivamente de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido” (art. 579 bis.4).

<sup>12</sup> Aunque la doctrina mayoritaria en España justifica el mecanismo como de estricta prevención especial (esto es, contra la “desocialización” del reo; véase –por todos– MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal...*, 8ª ed., 2010, pp. 509 y ss.), tal argumento no es incompatible con mi idea: cuando la sanción privativa de libertad finalmente impuesta es inferior a tres meses, se pone de manifiesto la escasa medida de la culpabilidad que el resultado de las operaciones de concreción arroja. Y, de hecho, algo semejante parece ya apuntar así MIR PUIG (*Derecho penal...*, 10ª ed., 2015, p. 699): “[...] la única razón que hoy puede verse como fundamento válido de la evitación de las penas cortas de prisión [...] no [es] que sean *demasiado cortas* para resocializar, sino que son *demasiado graves*[...] para [castigar] delitos menores” (la cursiva es del autor).

cé— en los casos que PÉREZ DEL VALLE califica con acierto de “*impropios*”<sup>13</sup>: la rebaja en grado de tentativa o complicidad<sup>14</sup> y el reemplazo del castigo impuesto a extranjeros por expulsión del territorio nacional (art. 89 CP). Igual que acaece en otros supuestos de fijación del marco —abstracto o del hecho<sup>15</sup>— y de suspensión total o parcial, donde priman los factores ajenos a la mera responsabilidad individual. Pero incluso entonces cabe en ocasiones una interpretación extensiva de aquellos aspectos previstos en la norma, con tal de acomodarlos a la finalidad global del proceso.

Así lo sugiero, por ejemplo, cuando el tribunal puede aplicar los subtipos atenuados de los arts. 270.4 y 274.3 CP, “[...] atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico obtenido” o previsible; también si escoge no condenar a la medida de libertad vigilada en ciertos ilícitos terroristas<sup>16</sup>. Por lo general, pues, los elementos prevalentes (en la ley) no eclipsan totalmente la perspectiva personal, sino que se añaden al razonamiento judicial; al suspender la pena o concederse la libertad condicional, el órgano competente incorpora al análisis factores con los que completar el “poliedro” multifacético de la responsabilidad individual<sup>17</sup>. No es el caso, empero, de los preceptos que desplazan la singularidad del reo en la toma de decisiones, como sucederá en lo doméstico<sup>18</sup>. En cambio, las fases de determinación del marco específico e individualización cuantifican, en todo momento<sup>19</sup>, el grado de culpabilidad.

---

<sup>13</sup> Cfr. PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, pp. 228-229.

<sup>14</sup> Y no sólo por las cláusulas generales de los arts. 62 ó 63 CP (“atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado”), respectivamente, sino también “en los casos en [los] que la tentativa y la complicidad se hallen especialmente penadas por la Ley” (art. 64) —como pasa con el regicidio, donde se faculta —¡pero no se obliga!— al tribunal a descender un único grado (art. 485.3).

<sup>15</sup> Respectivamente, se trata —entre otras— de las penas accesorias de imposición facultativa en el art. 57.1 CP (“atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente”), o de las reglas para determinar la horquilla en los concursos —por ejemplo, cuando en las infracciones continuadas el juez puede imponer “la pena superior en uno o dos grados, [y] en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y [se] hubiere perjudicado a una generalidad de personas” (art. 74.2).

<sup>16</sup> Según el art. 579 bis.2 CP *in fine*, ello “cuando se trate de un solo delito que no sea grave, y su autor hubiere delinquido por primera vez, [...] en atención a su menor peligrosidad”. De igual modo se prevé en el vigente art. 192.1 *in fine* en relación con todas aquellas infracciones contra la libertad e indemnidad sexuales, sometido pues a idénticas consideraciones.

<sup>17</sup> Normalmente, teniendo en cuenta cuestiones biográficas —“la personalidad del penado, [o] sus antecedentes” (art. 90.1)—, post-delictivas —“su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado” (art. 80.1), o “que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables” (art. 80.4)— y prospectivas —“la probabilidad de comisión de delitos futuros” (art. 80.2), “los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que [le] fueren impuestas” (art. 90.1), o “la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad del sujeto” (art. 91.2).

<sup>18</sup> Por ejemplo, el art. 173.2 CP permite al sentenciador imponer una pena (cumulativa) de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad por tiempo de uno a cinco años; la decisión se to-

Por tanto, de lo anterior se deduce que, en las labores de concreción del castigo, no sólo valen métodos propios del formalismo positivista o del análisis dogmático *stricto sensu*<sup>20</sup>. En efecto, pues aquél se restringe a la subsunción –y, como máximo, a las tareas hermenéuticas ineludibles para ello– del objeto del enjuiciamiento en los tipos legales y las reglas aplicables; mientras que un examen sistemático de la teoría del delito (en los niveles sucesivos) se ciñe a categorías y conceptos elaborados doctrinalmente, con esa finalidad exclusiva de proceder a la imputación de una infracción a su agente<sup>21</sup>. Sin embargo, esto no significa que subsumir, interpretar y/o atribuir de manera normativa comportamientos y hechos sean operaciones intelectuales ajenas a la cuantificación de una sanción. Pero sí nos indica que todas ellas explican por separado una parte del proceso global, siendo insuficientes para dar razón de su carácter unitario.

Entonces, hace falta aquí una perspectiva metodológica que, al integrar dichas actividades judiciales, sea ya capaz de comprender la función del órgano competente en su conjunto, a la hora de concretar la pena. Esto es, siendo fiel a la naturaleza de esta singular labor, admitiendo los múltiples matices que la caracterizan, y respetando la división analítica entre fases enlazadas –por su potencial aclaratorio, y su rendimiento teórico-práctico. Un enfoque así lo hallamos, mediante PÉREZ DEL VALLE, en la tradición fenomenológica<sup>22</sup> (de la ciencia del derecho<sup>23</sup>), que origina un área discursiva lo bastante

---

ma de una manera discrecional, “cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o [de la] persona con discapacidad necesitada de especial protección”.

<sup>19</sup> Esto es así incluso en los supuestos de valoración normativa de atenuantes o agravantes, según vimos *supra*; y, para Carlos PÉREZ DEL VALLE (*Lecciones...*, 2016, p. 229), las circunstancias modificativas son siempre “contextos en los que la ley aprecia la existencia de una menor [o mayor] culpabilidad”. Entonces, aquéllas se plasman en reglas que el Código “ofrece para la cuantificación de la gravedad de la pena a imponer (fundamentalmente en el art. 66 CP), [...] como *medida de la culpabilidad* en el sentido indicado. Pero lo mismo sucede con el error de prohibición evitable (art. 14.3 CP), que ha de entenderse [...]” como pauta de atenuación sancionatoria vinculada a una escasa responsabilidad individual (la cursiva es del autor).

<sup>20</sup> En contra parece manifestarse SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. “La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo”, en *InDret* 2/2007, pp. 1-15; sin embargo, sobre la postura del autor, y su compatibilidad con mi propuesta, cfr. *infra* –en profundidad– en los epígrafes V.3 y VI.2, respectivamente.

<sup>21</sup> Para un mayor detalle, véase PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, pp. 75-78, junto con las numerosas referencias bibliográficas que allí se citan entre paréntesis.

<sup>22</sup> A un nivel filosófico, la fenomenología es una corriente nacida a raíz de la obra de Edmund HUSSERL (1859-1938) a comienzos del siglo XX. En las palabras de Sergio SÁNCHEZ-MIGALLÓN GRANADOS (“Fenomenología”, en FERNÁNDEZ LABASTIDA, F. / MERCADO MONTES, J. A. [eds.]. *Philosophica: Enciclopedia filosófica* on line. Pontificia Università della Santa Croce), la actitud humana del pensador moravo descansa en esta profunda convicción:

“[...] en la experiencia pueden encontrarse verdades necesarias; o dicho de otro modo, que en la conciencia de nuestro vivir pod[r]emos descubrir [...] esencias y sentidos ideales e intemporales. Frente al naturalismo materialista o vitalista (de las ciencias naturales o de [las]

extensa como para viabilizar lugares de encuentro útiles, y aceptables por todos los juristas implicados. Ya que “de otro modo, el enfrentamiento conceptual sobre la teoría de la pena hace imposible tanto el debate como la aplicación [...] de los criterios”<sup>24</sup>.

En este sentido, propongo “pensar”<sup>25</sup> todo el proceso de la concreción del castigo como un “*phaenomenon*”<sup>26</sup> sobre el que descubrir sus notas esenciales, y derivar así las consecuencias dogmáticas y pragmáticas en nuestro sistema penal vigente. Se trata, pues, de penetrar en esa trascendental tarea jurisdiccional “tal como es y se aparece, tal como se da” en la vida real. Para ello la actitud fenomenológica es clave: en la práctica forense, la decisión del sentenciador (respecto a la clase y la cuantía de la sanción) se va configurando, poco a poco, a lo largo del procedimiento señalado por la ley; en efecto, es el resultado de una actividad intelectual compleja a la vez que unitaria. El tribunal ha ido percibiendo las variadas y complementarias dimensiones del caso enjuiciado, como si fueran las aristas y los lados que se ensamblan moldeando un poliedro multifacético.

---

ideologías dominadoras) y al racionalismo que pretende imponerse ciegamente (como el hegeliano), pero también frente a la actual posmodernidad cínica, la fenomenología apuesta [...] por la inteligibilidad y por la posibilidad del conocimiento suprasensible, tanto para comprender el mundo como para dirigir la vida. [...] Así pues, la actitud fenomenológica no rehúye ni desprecia la realidad, sino que la quiere comprender tal como es y se aparece, tal como se [nos] da. Pero para ello no basta una simple descripción; es necesaria una depuración, que [...] no supone pérdida sino limpieza. [...] Y entonces, como ulterior rebasamiento o ampliación de la realidad bruta, [...] se vislumbran dimensiones por explorar: la misma vida, el tiempo en [el] que fluye, el propio yo, [...] los otros, el mundo como horizonte [...] de sentidos, la libertad y [la] responsabilidad que nos distingue y nos apremia, etc. Y no se excluye que aún se abran nuevas esferas abarcantes [sic] de todo lo anterior (acaso la historia, la creación, la salvación...”).

[disponible en: <<http://www.philosophica.info/voces/fenomenologia/Fenomenologia.html>>; última consulta: 15.07.2016].

<sup>23</sup> Desde una perspectiva iusfilosófica, la fenomenología jurídica no ha sido un terreno muy explorado en la historia del siglo XX; se echa en falta, pues, en nuestra ciencia del derecho, un desarrollo acorde a los interesantes postulados conceptuales de los teóricos incardinados en esa tradición (sobre todo Edmund HUSSERL y Martin HEIDEGGER, pero también el precursor Franz C. BRENTANO, y los sucesivos pensadores influidos por esta corriente, como los alemanes Max SCHELER, Edith STEIN, Nicolai HARTMANN o Dietrich VON HILDEBRAND, los franceses Michel HENRY, Emmanuel LÉVINAS o Paul RICOEUR, el austriaco Josef SEIFERT, e incluso se suele mencionar aquí al ecléctico español José ORTEGA Y GASSET). Ya entre los juristas, los autores más destacados que recogerán en su obra ciertas aportaciones fenomenológicas son Adolf REINACH (1883-1917), Gerhart HUSSERL –hijo del llamado “padre” del movimiento– (1893-1973), Felix KAUFMAN (1895-1949), Fritz SCHREIER (1897-1981), Carlos COSSÍO (1903-1987), Thomas WÜRTEMBERGER (1907-1989) y Miguel REALE (1910-2006). Y respecto de esta cuestión, volveré más adelante, extensamente en los epígrafes segundo y tercero del sexto capítulo.

<sup>24</sup> PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, p. 228.

<sup>25</sup> Con ese verbo empieza una famosa conferencia REINACH (*Sobre fenomenología*. Madrid: Encuentro, 2014, p. 17), para dejar claro desde el inicio que propugna un “método del filosofar”.

<sup>26</sup> A lo largo del trabajo utilizo esta expresión como sinónimo neutral de “fenómeno”, de tal manera que nada tiene que ver con el “dualismo” metodológico de KANT –i.e., “*phaenomenon*” versus “*noumenon*”.

Así las cosas, creo que sería conveniente plantear la concreción del castigo desde esta perspectiva: ya probada la responsabilidad individual del reo, en relación con su hecho delictivo analizado sistemáticamente, el juez recupera en primer plano la visión de conjunto sobre el fenómeno. El enfoque integral había quedado de un modo u otro relegado en las sucesivas categorías dogmáticas –ya con el fin de fundamentar la imputación personal del ilícito culpable–; pero es necesario (volver a) adoptar una mirada “panorámica”, para elegir la consecuencia jurídica más ajustada a la idiosincrasia del supuesto. Y a esto se refiere, según mi interpretación, el art. 66.1.6ª CP, cuando habla de atender a “las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho”; en un *quantum* condenatorio cristaliza entonces aquella deliberación global.

De esta manera, formulo la primera hipótesis procedimental de mi propuesta, que desarrollaré en el sexto capítulo; lo hago ahora con las palabras de PÉREZ DEL VALLE, para quien “una visión adecuada [del problema] puede estar favorecida por la aplicación del método de la fenomenología [en derecho<sup>27</sup>] a la jurisprudencia”<sup>28</sup>. Efectivamente, ya “no tiene sentido establecer una separación estricta entre imputación de comportamiento y consecuencia jurídica [sancionatoria] que vaya más allá de una cierta utilidad práctica”<sup>29</sup> –con carácter sistemático y/o pedagógico. El análisis integral<sup>30</sup> del órgano sentenciador conecta la atribución dogmática de responsabilidad personal por un delito con la individualización prudencial de las penas, en un *continuum* que abarca también esa decisión sobre eventuales mecanismos de inejecución penitenciaria<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> El autor cita las siguientes tres obras fundamentales del movimiento iusfilosófico con influencia en el tema que me ocupa: HUSSERL, G. *Recht und Zeit. Fünf rechtsphilosophische Essays*. Frankfurt a.M.: V. Klostermann, 1955; HUSSERL, G. “Recht und Welt (1929)”, en *Recht und Welt. Rechtsphilosophische Abhandlungen*. Frankfurt a.M.: V. Klostermann, 1964, pp. 77 y ss.; o WÜRTEMBERGER, T. “Zur Phänomenologie der richterlichen Erfahrung bei der Strafzumessung”, en WÜRTEMBERGER, T. (ed.) *Phänomenologie, Rechtsphilosophie, Jurisprudenz. Festschrift für Gerhart Husserl zum 75. Geburtstag*. Frankfurt a.M.: V. Klostermann, 1969, pp. 177 y ss.

<sup>28</sup> PÉREZ DEL VALLE, C. “La función...”, en VV.AA. *El arresto...*, 2002, p. 27.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>30</sup> Utiliza este adjetivo la traducción al español de una obra conjunta de gran interés sobre las relaciones entre los variados (aunque complementarios) ámbitos del complejo ordenamiento en nuestros Estados de Derecho contemporáneos; cfr. por todos WOLTER, J. / FREUND, G. (eds.). *El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*. Barcelona: Marcial Pons, 2004 –y también su versión original en alemán, que ya cité en la introducción: WOLTER, J. / FREUND, G. (eds.). *Straftat...*, 1996.

<sup>31</sup> “El planteamiento[.] desde una perspectiva metodológica[.] es claro: el fundamento de las diferentes medidas de sustitución de la pena que prevé el Código penal es [ya] el mismo que el de la individualización de la pena. Cuando el juez adopta una decisión sobre la suspensión en la ejecución de la pena [...] [.] o cuando sustituye la pena privativa de libertad por la de multa ([con el antiguo] art. 88.2 CP) adopta una decisión propia de individualización de la pena [...]” (PÉREZ DEL VALLE, C. “La función...”, en VV.AA. *El arresto...*, 2002, p. 29).

## 1.2 Un control de la decisión individualizadora en clave intersubjetiva

Pasamos ya a la segunda hipótesis metodológica, sobre la que se pronuncia así mismo PÉREZ DEL VALLE, al demarcar en su manual el ámbito teórico-práctico de la concreción del castigo para un ulterior debate fructífero. Al respecto, advierte el autor que conviene situar esta discusión en el nivel procesal, donde puede hacerse efectiva: esto es, “en la posibilidad de que un juez o un tribunal revisen la individualización de la pena realizada por otro”<sup>32</sup>. Este examen de la cuestión –vislumbrado hace décadas en la doctrina alemana<sup>33</sup>– es el más conforme a dicha mirada global (i.e., del órgano competente hacia el sistema) que postulo arriba; al tiempo que nos acerca a la singularidad de las tareas decisorias estudiadas: ¿cómo controlar el amplio margen de arbitrio que se concede?

Para abordar la pregunta, vuelvo a ejercer un enfoque panorámico del asunto. En resumen, el proceso de concreción de la sanción es una labor jurisdiccional compleja y determinante, pues señala la consecuencia normativa que el ordenamiento asigna a un delito –dentro de los contornos que fijará la legislación. Es así que se hace necesario ofrecerle al sentenciador un vasto abanico de posibilidades con las que ajustar la pena a las características del ilícito y de su autor; sólo él conoce, de primera mano, las circunstancias más relevantes que rodean un hecho delictivo y que configuran la situación personal del infractor<sup>34</sup>. E incluso aunque eso implique admitir espacios de inseguridad jurídica<sup>35</sup>, dentro del sistema: que existan resoluciones con fallos diferentes<sup>36</sup> –al imponer castigos concretos disímiles– frente a casos aparentemente<sup>37</sup> iguales.

---

<sup>32</sup> PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, p. 228.

<sup>33</sup> En primer lugar, ya en Alemania pusieron en liza el argumento Heinz ZIPF (*Die Strafmasrevision...*, 1969) o Wolfgang FRISCH (*Revisionsrechtliche...*, 1971), y desde entonces nunca se ha prescindido de dicho punto de vista.

<sup>34</sup> Entonces, únicamente el juez puede adaptar con sentido los preceptos legales a la realidad del supuesto concreto, tal como vimos antes. “En otras palabras, el juez prudente debe proponerse estudiar, comprender y atender con profundidad todos los elementos principales y secundarios que inciden en el caso objeto de su decisión. Es imposible y por demás ingenuo pretender encontrar algún principio absoluto, valedero para todos los casos y para todos los tiempos[,] que supla el deber de prudencia que exige la vocación de juez” (PLATAS PACHECO, M<sup>a</sup> del C. “El deber del juez prudente; elementos para una reflexión personal”, en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, N<sup>o</sup> 31, 2011, p. 53).

<sup>35</sup> Algo que, por otra parte, existe en todos los ámbitos del Derecho en el mundo contemporáneo; ello es tolerable siempre que resulte justificado y no se exceda de unos límites razonables. Al respecto, en nuestra disciplina véase BUENO ARÚS, F. *La ciencia del Derecho penal: un modelo de inseguridad jurídica*. Pamplona: Civitas, 2005; y, en una perspectiva general del postulado, cfr. –entre muchos otros– LUNA SERRANO, A. *La seguridad jurídica y las verdades oficiales del derecho*. Madrid: Dykinson, 2015; GARCÍA MANRIQUE, R. *El valor de la seguridad jurídica*. Madrid: Lustel, 2012; ÁVILA, H. *Teoría de la seguridad jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2012; y BERMEJO VERA, J. *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*. Pamplona: Civitas, 2005.

En efecto, porque lo problemático no resulta confiarle a un órgano competente la individualización de las sanciones –¿quién mejor habría para hacerlo, si aquél dominará los entresijos del objeto del enjuiciamiento?–, con amplios márgenes de discrecionalidad<sup>38</sup>, sino que dicha decisión sea arbitraria. Luego, lo importante es comprobar (en el marco del proceso) la razonabilidad de cada fallo, valorando así la corrección lógico-material de la deliberación prudencial que se refleja en una sentencia condenatoria. Obviamente, ello pone aquí de manifiesto cómo es crucial exigir el cumplimiento escrupuloso del deber de motivación de las resoluciones<sup>39</sup>; de tal manera que será necesario constatar que el tribunal, sin ambages, explicita las razones que justifican aquel *quantum*.

En este sentido, adquiere una especial trascendencia el análisis formal, estructural y de contenido de la argumentación del órgano competente; así se podrá revisar, en segunda instancia<sup>40</sup>, el uso de las libres potestades jurisdiccionales otorgadas por el legislador. Al respecto, nuestro Tribunal Supremo sostiene que “fundamentar [la sentencia] es dar cuenta[,] en términos comprensibles, de las razones que tenga el Juez, para justificar la decisión [penológica] adoptada[,] y que [entonces] esta [cavilación] pueda ser conocida [...] por cualquier persona que tenga acceso a la resolución [...]”<sup>41</sup>. En la normativa alimentaria, se habla de “trazabilidad”<sup>42</sup> para referirse a aquellos indicios identifica-

---

<sup>36</sup> Para una reflexión acerca de la igualdad de las sentencias condenatorias en relación con la individualización de la pena, véase JESCHECK, H.-H. / WEIGEND, T. *Tratado...*, 5ª ed., 2002, pp. 943-944 –con amplias referencias bibliográficas sobre la cuestión en la doctrina alemana.

<sup>37</sup> Digo esto porque es casi inverosímil que dos supuestos de hecho coincidan en su totalidad.

<sup>38</sup> En clara discordancia con la opción legislativa del Código penal actual se manifiesta MAPELLI CAFFARENNA (*Las consecuencias...*, 5ª ed., 2011, p. 284), quien cree que los “criterios valorativos difusos” que guían hoy en día tales labores de medición del castigo le otorgan una “excesiva discrecionalidad al órgano judicial”.

<sup>39</sup> Una obligación que se deriva –al menos– del texto de estos cuatro preceptos: los arts. 120.3 CE, 72 CP, y 240 y 417.15 LOPJ.

<sup>40</sup> Esto es, cuando proceda el control de la concreción del castigo realizada por el juez “[...] en las impugnaciones de la sentencia[,] si se entiende que una individualización incorrecta infringe la ley penal sustantiva” (PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, p. 322). Y ello puede llevarse a cabo mediante los correspondientes recursos de apelación o casación, sin olvidar que –subsidiariamente– es posible acceder al amparo constitucional cuando se vulnera algún aspecto de la tutela judicial efectiva.

<sup>41</sup> STS 594/2014, de 16 de julio, FJ 3º (citando la sentencia recurrida del TSJ de Madrid).

<sup>42</sup> El art. 3 del Reglamento (CE) N° 178/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria, y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria, define así la trazabilidad: “[...] la posibilidad de encontrar y seguir el rastro, a través de todas las etapas de producción, transformación y distribución, de un alimento, [de] un pienso, un animal destinado a la producción de alimentos[,] o una sustancia destinada a ser incorporada en un alimento o un pienso o con probabilidad de serlo”.

Por otra parte, según dice el Comité de Seguridad Alimentaria de la Asociación Española de Codificación Comercial (AECOC), la trazabilidad son los “[...] procedimientos preestablecidos y autosuficientes

dores de procesos que hacen variar el producto para el consumidor final<sup>43</sup>; propongo aplicar el concepto para monitorizar un adecuado ejercicio del arbitrio judicial<sup>44</sup>.

De esta manera el órgano *ad quem* examinará, en su caso, que en esa deliberación del *a quo* haya quedado suficientemente claro su *iter* argumentativo; en otras palabras, que se pueda rastrear la concatenación lógica de razonamientos intermedios que conducen –sin fisuras– a un específico fallo condenatorio. Para ello, es preciso que el sentenciador sea capaz, en su resolución, de “identificar el origen y las diferentes etapas de un proceso”<sup>45</sup> intelectual-volitivo que sólo él conoce –en su fuero interno–, pero cuyas “trazas” deberán ponerse a disposición de cualquiera con un interés legítimo. Por lo tanto, se trata de que los tribunales muestren, “negro sobre blanco”, los motivos de la elección del castigo impuesto, desvelando su raciocinio en las fases sucesivas.

En esta tesitura, en la que lo relevante es la razonabilidad de la decisión sobre la concreción de las sanciones, en España aflora una “inescapable” paradoja. Los jueces tienen un amplio contorno de discrecionalidad –y está bien que así sea, agrego–, que deberán ejercer explicitando los porqués de esa individualización propuesta; sin embargo, el sistema no les ofrece criterios prácticos –esto es, sobradamente operativos e idóneos para ajustarse a la casuística– que guíen esta compleja labor<sup>46</sup>. Ni las leyes, ni la jurisprudencia, ni la doctrina científica han llenado aún dicho vacío de un modo satisfactorio<sup>47</sup>, si bien existen intentos de solución en estos tres niveles –algunos más provecho-

---

que permiten conocer el histórico, la ubicación y la trayectoria de un producto o lote de productos a lo largo de la cadena de suministros en un momento dado, a través de unas herramientas determinadas” (*Guía de trazabilidad de productos envasados* [disponible en: <[http://www.aecoc.es/admin/web/documento\\_socio/Gu%C3%ADa%20trazabilidad%20productos%20envasados%202010.pdf](http://www.aecoc.es/admin/web/documento_socio/Gu%C3%ADa%20trazabilidad%20productos%20envasados%202010.pdf)>; última consulta: 21.07.2016]).

<sup>43</sup> Cfr. DE DIEGO MORILLO, A. *Diseño y organización del almacén*. Madrid: Paraninfo, 2015, pp. 15-18; y COUTO LORENZO, L. *Auditoría del sistema APPCC*. Madrid: Díaz de Santos, 2011, pp. 89-91.

<sup>44</sup> Más adelante desarrollaré esta idea, en los epígrafes 2 y 3 del capítulo cuarto.

<sup>45</sup> De tal modo se describe la primera acepción de la voz “trazabilidad” en el *Diccionario de la lengua española* [disponible en: <<http://dle.rae.es/?id=aY2C3FX>>; última consulta: 21.07.2016].

<sup>46</sup> En la misma línea arguye así BESIO HERNÁNDEZ (*Los criterios...*, 2011, p. 24): “El problema [...] no se encuentra en la discrecionalidad misma, esto es, en el hecho de que el juez goce de un espacio de libertad subjetiva para decidir cuál es la pena que considera más idónea para el delito y su autor [...]. El problema radica [...] en que no es claro cómo debe ser empleada dicha discrecionalidad en la medición penal, pues no se sabe a ciencia cierta –salvo intuiciones y aproximaciones muy generales– cómo debe llevarse a cabo esa tarea y qué finalidad persigue, qué circunstancias [...] resultan o no relevantes y, por ello, deben o no ser consideradas; y, de todas formas, en qué sentido deben operar en la fijación de la cuantía de la sanción”.

<sup>47</sup> Comparto aquí, pues, esta opinión de BESIO HERNÁNDEZ (*Los criterios...*, 2011, pp. 25-26), si bien el autor circunscribe su afirmación sólo al ámbito más discrecional de la individualización –que consiste en una medición puramente cuantitativa de la sanción, dentro del marco penal específico–: “[...] salvo



... que otros, pero todos ellos bienvenidos—, y que abordo críticamente en la presente tesis.

En cualquier caso, el proceso decisorio para la concreción de las sanciones penales pone de manifiesto que el binomio discrecionalidad-motivación caracteriza esa tarea de los tribunales, y según una relación directamente proporcional. En efecto, cuanto mayor sea el margen de maniobra (a la hora de aplicar el Derecho), más estricta debe ser la obligación de dilucidar las razones que fundamentan dicha operación. Porque sólo así se puede garantizar un correcto control de la individualización judicial de las penas del sentenciador por parte de un órgano superior<sup>48</sup> —y, por consiguiente, evitar una potencial indefensión<sup>49</sup> del reo. Como sintetiza BESIO HERNÁNDEZ, la justificación argumental bastante del fallo condenatorio nos hace posible controvertirlo, y “discutir su legitimidad, su adecuación normativa y su conveniencia”<sup>50</sup>.

No hay que olvidar tampoco aquí que la vigente legislación procesal española refuerza el requisito de motivar con claridad el razonamiento de quienes ejercen facultades jurisdiccionales, y muy especialmente en los ámbitos decisorios sobre los que me ocupo. En tal sentido, el art. 741.2º LECrim<sup>51</sup> reza hoy de esta manera: “Siempre que el Tribunal haga uso del libre arbitrio que para la calificación del delito o para la imposición de la pena [concreta] le otorga el Código [...], deberá consignar [en la sentencia] si ha tomado en consideración los elementos de juicio que el precepto aplicable de aquél obligue a tener en cuenta”<sup>52</sup>. Un precepto en virtud del cual, desde hace casi un siglo, se

---

muy contadas —y notables— excepciones no existe a su respecto un desarrollo dogmático ni jurisprudencial acorde a su relevancia”.

<sup>48</sup> “En resumen, el arbitrio judicial, como ejercicio de una facultad discrecional sometida a la ley[,] y vinculada a un conjunto de criterios valorativos, debe emplearse conforme a pautas de racionalidad, medida y proporcionalidad. Y si así no se hiciera, la decisión resultaría injusta y, por [lo] tanto, susceptible de [fundamentar un eventual recurso de] casación” (GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. “Arbitrio...”, en *Poder Judicial*, Nº 4, 1986, p. 145).

<sup>49</sup> Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el deber de motivación de las resoluciones —que abarca, como sabemos, la concreción de la pena— forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, consagrado en el art. 24.1 CE, como la garantía para una defensa técnica de los intereses propios; sobre ello, véanse —por todas— las SSTC 118/2006 (de 24 de abril), 58/1997 (de 18 de marzo), 24/1990 (de 15 de febrero) y 24/1981 (de 14 de julio).

<sup>50</sup> BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, p. 25.

<sup>51</sup> Acerca de la conexión normativa entre este precepto de la ley procesal y el deber de motivar todas las penas individualizadas, cfr. (verbigracia) RAMOS TAPIA, Mª I. “El control...”, en *CPC*, Nº 69, 1999, p. 622 (nota 27); y —ya con anterioridad— ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. “El derecho...”, en *Poder Judicial*, Nº 18, 1990, p. 138.

<sup>52</sup> El párrafo segundo del citado art. 741 fue introducido por el Real Decreto-Ley 1597/1928, de 8 de septiembre (publicado en la *Gaceta de Madrid* número 257, de 13 de septiembre de 1928), por el que se modifican los artículos 741, 849, 912 y 973 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

exige al juez el cometido que explicita (en la actualidad) el art. 72 CP, a partir de la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre<sup>53</sup>.

Y, sin embargo, aún resta camino por recorrer en este sendero indicado; a ello se dirige uno de los objetivos principales de mi investigación, para superar las trabas que supone una motivación defectuosa o inexistente. Porque “si quiere ganarse en seguridad jurídica e igualdad [efectiva] en la aplicación de las penas, es necesario todavía un esfuerzo doctrinal y jurisprudencial, en la fijación lo más concreta y pormenorizada posible de los factores que deben tenerse en cuenta para establecer cuáles son las circunstancias del autor o del hecho que justifican la imposición de una pena mayor o menor[,] dentro del marco legal”<sup>54</sup>. A tal respecto, acierta Manuel GALLEGO DÍAZ cuando indica que “[...] a la dogmática le corresponde también la elaboración, interpretación y ordenación sistemática y racional de los criterios [...]”<sup>55</sup> que los órganos competentes utilizarán para determinar e individualizar el castigo.

El catedrático ovetense Manuel ATIENZA RODRÍGUEZ lo sitúa en una perspectiva mucho más extensa –i.e., multidisciplinar–, con las siguientes lúcidas palabras: “[...] la obligación que se establece de «motivar» –[o de] justificar– las decisiones [judiciales], no sólo contribuye a hacerlas aceptables –y esto resulta especialmente relevante en [nuestras] sociedades pluralistas[,] que no consideran como [verdadera] fuente de legitimidad o de consenso cosas tales como la tradición o la autoridad–, sino también a que el Derecho pueda cumplir su función de guía de la conducta<sup>56</sup> humana”<sup>57</sup>. Una perspicaz reflexión

---

<sup>53</sup> El texto original de la norma, en el Código de 1995, decía que “cuando la pena señalada en la Ley no tenga una de las formas previstas especialmente en este Título, se individualizará y aplicará, en cada caso, haciendo uso analógico de las reglas anteriores”. Con la profunda modificación realizada en 2003, se reordenan y duplican las pautas dosimétricas del art. 66, y la expresión “razonándolo en la sentencia” –entonces confinada a dos apartados de aquel precepto– se generaliza para impregnar todas las operaciones de concreción del castigo.

<sup>54</sup> RAMOS TAPIA, M<sup>a</sup> I. “El control...”, en *CPC*, N<sup>o</sup> 69, 1999, pp. 621-622. En este mismo sentido se manifiestan –entre muchos otros autores– MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. *La reincidencia...*, 1999, pp. 138 y ss.; y PÉREZ DEL VALLE, C. “La individualización...”, en DEL ROSAL BLASCO, B. (ed.). *Estudios...*, 1997, pp. 63-64.

<sup>55</sup> GALLEGO DÍAZ, M. *El sistema...*, 1985, p. 5.

<sup>56</sup> Al respecto, PÉREZ DEL VALLE (*Lecciones...*, 2016, pp. 157 y 198) funda dogmáticamente las causas de justificación y de excusa en ciertos “*contextos de reconocimiento del derecho como fuente de normas de orientación de conductas [...]*” (la cursiva es original del autor). También admiten dicho cometido del ordenamiento jurídico –entre otros– HÖRNLE, T. “Subsidiariedad como principio limitador. Auto-protección”, en ROBLES PLANAS, R. (ed.). *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Barcelona: Atelier, 2013, p. 87; SOLANES CORELLA, Á. “El camino de la ética a la política: la sanción en Jeremy Bentham y John Stuart Mill”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, N<sup>o</sup> 23, 2006, p. 132; y VOGEL, K. “Legislación penal y ciencia del Derecho penal”, en *Revista de derecho penal y criminología*, N<sup>o</sup> 11, 2003, p. 262.

que me sirve ya para formular la tercera –y última– de las hipótesis metodológicas que avanzo en este epígrafe: la búsqueda de criterios y factores razonables para la concreción del castigo tiene que acreditar fuerza intersubjetiva; sólo así puede avalar soluciones prácticas que orienten las labores de los tribunales.

Otra vez, no se trata ahora de una ocurrencia “*ex novo*” o aislada; igual que antes, trato de atisbar respuestas al problema, sentado sobre “los hombros de gigantes”<sup>58</sup>. En este sentido, Carlos PÉREZ DEL VALLE apunta hacia dónde debe encaminarse la futura indagación doctrinal: “el objetivo, en el marco de la categoría de la culpabilidad, es procurar [una serie de] criterios de carácter intersubjetivo que puedan ser aceptados en un cuadro plural sobre los fines de la pena [...]”<sup>59</sup>. Y ello facilitaría a los jueces la imposición de consecuencias sancionatorias justas “de acuerdo con [...] el principio de proporcionalidad”<sup>60</sup>. Asimismo, el actual fiscal jefe del “*Oberlandesgericht*” (tribunal superior regional) en Karlsruhe, Cristoph REICHERT, se doctoró hace años con una tesis titulada “*Intersubjektivität durch Strafzumessungsrichtlinien*”, donde propugna encontrar patrones resolutivos en la misma dirección, a partir del sistema procesal norteamericano.

No obstante, existen voces autorizadas que recelan –con dosis de sano escepticismo, quizá secuela de las frustradas expectativas que nos regala la vida real– de una perspectiva como la que aquí mantengo y que luego desarrollaré. Frente a los varios intentos –que analizaré en el quinto capítulo– de lograr una correspondencia precisa, en base a las reglas jurídicas (o “materiales”) previstas en la ley y en la jurisprudencia, entre

---

<sup>57</sup> ATIENZA RODRÍGUEZ, M. *Las razones...*, 1991, p. 25.

<sup>58</sup> Esta famosa expresión, que aparece ligada a grandes personajes de la historia occidental, se atribuye originariamente a BERNARDO DE CHARTRES, filósofo neoplatónico, y canciller de la catedral de dicha localidad entre 1117 y 1124. Su discípulo JUAN DE SALISBURY escribe –en 1159– lo siguiente en el *Metalogicon* (III, 4): “Decía Bernardo de Chartres que somos como unos enanos aupados a los hombros de los gigantes; de manera que podemos ver más cosas y más lejanas que ellos, no por la agudeza de nuestra vista o por la elevada estatura de nuestro cuerpo, sino porque somos alzados por su inmensa altura” (“*Dicebat Bernardus Carnotensis nos esse quasi nanos, gigantium humeris incidentes, ut possimus plura eis et remotiora videre, non utique proprii visus acumine, aut eminentia corporis, sed quia in altum subvenimur et extollimur magnitudine gigantea*”; la traducción es mía).

La frase del erudito bretón cobró tal fortuna que fue repetida a menudo por pensadores medievales y renacentistas, como Diego DE ESTELLA o Robert BURTON. En el ámbito de la física, se suele considerar a Isaac NEWTON como el pionero de esa cita, pues en una carta remitida el 15 de febrero de 1676 al científico Robert HOOKE confiesa lo siguiente: “Si he visto más lejos es porque estoy sentado sobre los hombros de gigantes”. Para una indagación a fondo acerca de la cuestión –con un recorrido histórico, y repleto de referencias bibliográficas–, véase el libro del sociólogo estadounidense Robert K. MERTON (*On the Shoulders of Giants: A Shandean Postscript*. Nueva York: The Free Press, 1965), que ha sido después reeditado en varias ocasiones.

<sup>59</sup> PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, p. 228.

<sup>60</sup> *Ibid.*

las circunstancias del delito (o el autor) y el castigo más ajustado a todas éstas, nos advierte así JESCHECK de cómo se ve el horizonte en la praxis alemana: “[...] apenas parece posible averiguar esa pena «correcta» con una fuerza de convicción intersubjetiva”<sup>61</sup>. Pero incluso en esta crítica pesimista se halla explícita una esperanza, a la que aún no renuncio: buscar lugares (“*topoi*”<sup>62</sup>) de encuentro, sobre la base de elementos y factores que puedan generar criterios compartidos por muchos en la “*communis opinio*”.

Con tal intuición se cierra el círculo de las tres premisas metodológicas que he anticipado, y se conectan virtuosamente de este modo: al concretar la sanción, el juez adopta una actitud fenomenológica –integra los aspectos relevantes del caso en una visión global, configurando el objeto del proceso– para decidir, en sucesivas operaciones intelectual-volitivas, el *quantum* más justo. Esta compleja deliberación debe quedar trazada en la sentencia, motivándose con claridad el hilo argumental que conduce (sin rupturas) al fallo condenatorio. Y la dicha justificación sólo es factible con criterios de valoración y graduación de la culpabilidad del reo, que tengan potencial resolutivo y susciten acuerdo entre los juristas. Pautas de orientación que a su vez pueden formularse desde el enfoque total, mirando las múltiples facetas de los “*phaenomena*” delictivos<sup>63</sup>.

Entonces, la última hipótesis planteada nos devuelve al camino de las corrientes fenomenológicas, en la insistencia por conseguir legitimidad intersubjetiva a la hora de conocer el mundo objetivo. Pese a no ser un tema primordial en la obra de EDMUND HUSSERL, en algunos de sus escritos póstumos<sup>64</sup> el pensador moravo afirma que gracias al encuentro entre individuos es viable la constitución de un ámbito de sentido común, y la asociación personal comunicativa<sup>65</sup>. Esta sociedad transcendental se funda principal-

---

<sup>61</sup> JESCHECK, H.-H. / WEIGEND, T. *Tratado...*, 5ª ed., 2002, p. 948.

<sup>62</sup> Con esta palabra apunto también a una línea metodológica que desarrollaré en la tesis: la elaboración de patrones que guíen a los órganos competentes debe partir de la tópica jurídica; esto es, desde una búsqueda de respuestas punitivas satisfactorias y justas en grupos de casos cuya fenomenología presente suficientes similitudes relevantes. Sobre la validez de ese modelo de razonamiento, cfr. –por todos– ATIENZA RODRÍGUEZ, M. *Las razones...*, 1991, pp. 49 y ss.; o GARCÍA AMADO, J. A. *Teorías de la tópica jurídica*. Madrid: Civitas, 1988, *passim*.

<sup>63</sup> En una perspectiva complementaria, resulta interesante esta obra de HERRERO HERRERO, C.: *Fenomenología criminal y criminología comparada*. Madrid: Dykinson, 2011.

<sup>64</sup> I.e., aquellos recogidos y agrupados con el título de “Hacia una fenomenología de la intersubjetividad” en los volúmenes XIII, XIV y XV de la colección “Husserliana” –que reúne hoy en día 40 tomos de su obra–: *Zur Phänomenologie der Intersubjektivität. Texte aus dem Nachlass. Erster Teil: 1905-1920*. La Haya: Martinus Nijhoff, 1973; *Zur Phänomenologie der Intersubjektivität. Texte aus dem Nachlass. Zweiter Teil: 1921-1928*. La Haya: Martinus Nijhoff, 1973; y *Zur Phänomenologie der Intersubjektivität. Texte aus dem Nachlass. Dritter Teil: 1929-1935*. La Haya: Martinus Nijhoff, 1973.

<sup>65</sup> Véase, a este respecto, LÓPEZ SÁENZ, M<sup>a</sup> del C. “Intersubjetividad transcendental y mundo social”, en *Enrahonar. Quaderns de filosofia*, N<sup>o</sup> 22, 1994, pp. 33-61.

mente en la empatía connatural al hombre<sup>66</sup>; la emoción para-cognitiva nos impulsa, en relación con otros, a un genuino “intercambio de descripciones de los respectivos objetos, la ampliación de los puntos de vista y la búsqueda de consenso”<sup>67</sup>.

Por consiguiente, la comprensión de lo real es un logro interpersonal y comunicativo –al adoptar una mirada fenomenológica. En palabras de María del Carmen LÓPEZ SÁENZ, un encuentro tal entre prójimos “[...] no es un hecho originario, sino [que resulta] fundado en un acontecimiento más radical: el reconocimiento del otro<sup>68</sup> como sujeto que está intencionalmente relacionado con los objetos, y cuyo comportamiento indica y define [aquel]los mismos objetos que experimentan los otros”<sup>69</sup>. Más aún, en el pensamiento husserliano la pesquisa conjunta ha de asentarse en una base previa de “racionalidad compartida”; y, así, “la finitud del yo tiende a superarse mediante el contacto con los otros”<sup>70</sup>. De lo dicho se deduce que “la razón es el medio de la experiencia”<sup>71</sup> ontológica “[...]”<sup>72</sup>, en tanto que la objetividad del mundo es una realidad intersubjetiva.

En el ámbito de la teoría de la legislación, el filósofo alemán Jürgen HABERMAS defiende recientemente una perspectiva metodológica similar, al aplicar el resultado de sus productivas indagaciones sobre acción comunicativa o democracia deliberativa<sup>73</sup> a una legitimación formal y material del derecho. Tras indicar que la norma legal democrática es

---

<sup>66</sup> “[...] una empatía sentimental, afectiva, pero también intelectual, que no requiere demostración” (LÓPEZ SÁENZ, M<sup>a</sup> del C. “Intersubjetividad...”, en *Enrahonar*, N<sup>o</sup> 22, 1994, p. 43).

<sup>67</sup> LÓPEZ SÁENZ, M<sup>a</sup> del C. “Intersubjetividad...”, en *Enrahonar*, N<sup>o</sup> 22, 1994, p. 43.

<sup>68</sup> Desde planteamientos iusnaturalistas, la alteridad se suele además considerar uno de los prerrequisitos fácticos para la existencia del derecho como orden de las relaciones humanas. Así, dice HERVADA XIBERTA (*Introducción crítica al derecho natural*. Pamplona: EUNSA, 9<sup>a</sup> ed., 1998, p. 31) que ese “dar a cada uno lo suyo [...] exige siempre la alteridad o intersubjetividad; [esto es.] siempre reclama dos sujetos: aquel de quien es la cosa y aquel que, por tenerla (o por poder dañarla) se la devuelve, se la da (o se la respeta)”.

<sup>69</sup> LÓPEZ SÁENZ, M<sup>a</sup> del C. “Intersubjetividad...”, en *Enrahonar*, N<sup>o</sup> 22, 1994, p. 43.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 44.

<sup>71</sup> Según PÉREZ DEL VALLE (“La función...”, en VV.AA. *El arresto...*, 2002, p. 30), en la praxis judicial esta dimensión no es sólo “una relación de hechos más o menos importantes”, sino que se trata básicamente de “una experiencia «cualificada»” por parte de quien aplica el derecho (asimismo, véase WÜRTEMBERGER, T. “Zur Phänomenologie...”, en WÜRTEMBERGER, T. [ed.] *Phänomenologie...*, 1969, p. 180). Y ello concuerda con la opinión de Jürgen HABERMAS al respecto, para quien los estándares acreditados en la profesión son patrones para la racionalidad de las decisiones (cfr. GARCÍA AMADO, J. A. “La filosofía del derecho de Jürgen Habermas”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N<sup>o</sup> 13, 1993, p. 251).

<sup>72</sup> LÓPEZ SÁENZ, M<sup>a</sup> del C. “Intersubjetividad...”, en *Enrahonar*, N<sup>o</sup> 22, 1994, p. 44.

<sup>73</sup> Al respecto véanse –sobre todo– estas dos grandes obras sociológicas del autor: *Theorie des kommunikativen Handelns (Zwei Bände)*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1981; y *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1992.

fruto de la efectiva articulación de la racionalidad alcanzada tras un proceso interpersonal, el autor aún da un paso más, extendiendo el paradigma a labores jurisdiccionales. Entonces, “[...] esa búsqueda por el juez de la respuesta correcta ha de acontecer de modo discursivo y, por [lo] tanto, intersubjetivo”<sup>74</sup>. La sentencia condenatoria es, pues, una suerte de “empresa colectiva” que debe plasmar aquellos valores que tienen acogida en el debate ético –presuntamente público, aunque es algo ficticio– entre los ciudadanos; ello como garantía de objetividad y aceptabilidad<sup>75</sup> del dictamen<sup>76</sup>.

En definitiva, se necesitan acuerdos amplios sobre qué factores son relevantes, en general, para concretar el castigo. La exploración multidisciplinar es el camino que sugiero seguir en adelante, y muy especialmente al formular un catálogo abierto de los criterios que guíen la medición. Y es que no en vano “[...] la determinación de la pena constituye un tema complejo[,] que se presta a ser tratado desde perspectivas diversas”<sup>77</sup>: jurídico-dogmática, político-criminal, criminológica y procesal<sup>78</sup>. En efecto, “todavía quedan lagunas manifiestas en el tratamiento del tema”<sup>79</sup>: así pasa, por ejemplo, con la insuficiente valoración de los puntos de vista suministrados por otras ciencias auxiliares. Sólo de ese modo se puede responder a la urgente llamada de quienes –con clarividencia y sagacidad– reclaman un “marco teórico adecuado”<sup>80</sup> para individualizar las sanciones.

---

<sup>74</sup> GARCÍA AMADO, J. A. “La filosofía...”, en *Doxa*, Nº 13, 1993, p. 251.

<sup>75</sup> Sin embargo, la teoría del discurso hace depender la validez de la decisión no de la calidad de las razones aducidas por el juez, sino de la estructura de su proceso argumentativo. Queda entonces justificada la crítica de un excesivo formalismo en la postura iusfilosófica de Jürgen HABERMAS, cosa que limitaría el alcance de su propuesta; y acerca de ello, cfr. MUGUERZA CARPINTIER, J. “De la conciencia al discurso: ¿un viaje de ida y vuelta?”, en GIMBERNAT ORDEIG, J. A. (ed.). *La filosofía moral y política de Jürgen Habermas*. Madrid: Biblioteca Nueva, 1997, pp. 75 y ss.

Por su parte, ALÚTIZ COLORADO (“Una revisión y balance crítico de la teoría normativa postconvencional de J. Habermas”, en *Política y Sociedad*, Vol. 47, Nº 2, 2010, pp. 182-183) objeta al pensador alemán que sin comprometerse “[...] con ninguna definición del bien común, al final lo deja todo como estaba, pues [...] lo único que garantiza es la renuncia al recurso de la violencia para la solución de los conflictos, que además, por su estancamiento dialógico indefinido, siempre juega a favor de la situación vigente. La contrarréplica de HABERMAS seguirá sin ser muy convincente, pues únicamente apela a que la racionalidad comunicativa [...] se define por una [...] una disponibilidad [subjética] –la siempre polémica atribución motivacional de la buena voluntad– a dejarse convencer [...] por la fuerza de los mejores argumentos, frente a la defensa enconada de preferencias axiológicas y/o intereses egoístas”.

<sup>76</sup> Véase HABERMAS, J. *Faktizität...*, 1992, pp. 274-275.

<sup>77</sup> Más aún, GALLEGO DÍAZ (*El sistema...*, 1985, p. 5) señala que la función individualizadora posee repercusiones de gran significación política: es una “piedra de toque para constatar hasta qué punto los postulados del Estado democrático de Derecho concurren en el momento decisivo del castigo”.

<sup>78</sup> GALLEGO DÍAZ, M. *El sistema...*, 1985, p. 5. En el mismo sentido, cfr. (verbigracia) QUINTERO OLIVARES, G. “Determinación...”, en *CPC*, Nº 4, 1978, p. 57.

<sup>79</sup> GALLEGO DÍAZ, M. *El sistema...*, 1985, p. 3.

<sup>80</sup> PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, p. 322. Véanse también SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. “La teoría...”, en *InDret* 2/2007, p. 2; y GALLEGO DÍAZ, M. *El sistema...*, 1985, p. 6 –entre otros.

## 2. Una propuesta sistemática: marco conceptual y estructura

### 2.1 Concreción del castigo y la teoría de la imputación jurídico-penal

A partir de las premisas filosóficas (y las hipótesis metodológicas) expuestas en epígrafes previos –que condicionarán mis tomas de postura a lo largo de la tesis–, toca ahora plantear un esquema propio, donde situar la discusión y encuadrar las aportaciones que pretendo realizar. Se trata de clarificar el marco conceptual –pero también la terminología empleada, explicitando qué contenido abarcan las palabras– y de proponer una estructura omnicomprendiva del fenómeno jurídico de la individualización del castigo estatal. Para ello, adopto una perspectiva amplia<sup>81</sup> y no restringida al ordenamiento español; pese a que interpretaré el sistema del Código penal vigente conforme a estos parámetros, ofreciendo así inteligibilidad a la praxis judicial de nuestros tribunales, la idea es también formular sugerencias de *lege ferenda* –allá donde sea necesario.

Todo ello exige un análisis previo del statu quo de la discusión; así, el estudio de los autores que nos acompañan por esta investigación arroja una conclusión anticipada: aún predomina en la doctrina la heterogeneidad terminológica, y por consiguiente cierta imprecisión conceptual, mediante un uso ambivalente y confuso de las expresiones. Para empezar, algunos emplean como sinónimos los vocablos “determinación” e “individualización” en las exposiciones sobre tal tema<sup>82</sup>. Además, se utilizan nombres diversos para referirse al proceso global de imposición de las penas: unas veces “determinación”<sup>83</sup>,

---

<sup>81</sup> Por razones sistemáticas y discursivas, avanzo ahora uno de los elementos propositivos específicos de la investigación doctoral, para cerrar ya la Primera Parte del texto. Pero ello sin perjuicio de que la construcción de mi postura global (metodológica y material) se articulará, en profundidad, en el capítulo sexto del trabajo.

<sup>82</sup> En dicho sentido, cfr. MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal...*, 9ª ed., 2015, pp. 571 y ss.; GÓMEZ RIVERO, Mª del C. (dir.). *Nociones...*, 3ª ed., 2015, pp. 467 y ss.; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. “Lección 17...”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (dir.). *Lecciones...*, 2ª ed., 2015, pp. 259 y ss.; MAPELLI CAFFARENA, B. *Las consecuencias...*, 5ª ed., 2011, pp. 283 y ss., pese a que tal autor prefiere “determinación”; y LLORCA ORTEGA, J. *Manual...*, 6ª ed., 2005, *passim*.

<sup>83</sup> Véanse MIR PUIG, S. *Derecho penal...*, 10ª ed., 2015, pp. 757 y ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, F. / MENDOZA BUERGO, B. “Lección 10...”, en LASCURÁIN SÁNCHEZ, J. A. (coord.). *Introducción...*, 2ª ed., 2015, pp. 325 y ss.; QUINTERO OLIVARES, G. *Parte general...*, 5ª ed., 2015, pp. 633 y ss.; LANDECHO VELASCO, C. Mª / MOLINA BLÁZQUEZ, Mª C. *Derecho penal...*, 9ª ed., 2015, pp. 584 y ss.; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. “Lección 13...”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (coord.). *Lecciones...*, 2ª ed., 2015, pp. 345 y ss.; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. “Lección 32...”, en GIL GIL, A. *et alter. Curso...*, 2ª ed., 2015, pp. 845 y ss.; ZÁRATE CONDE, A. / GONZÁLEZ CAMPO, E. *Derecho penal...*, 2015, pp. 483 y ss.; ROCA DE AGAPITO, L. *El sistema...*, 2007, pp. 307 y ss.; y OBREGÓN GARCÍA, A. “Determinación...”, en MOLINA BLÁZQUEZ, Mª C. (coord.). *La aplicación...*, 2005, pp. 75 y ss.

otras “individualización”<sup>84</sup>; e incluso “aplicación”<sup>85</sup>, que es la palabra que contiene el capítulo correspondiente del Código. En esta tesitura, creo conveniente optar por un término específico, que catalogue –en conjunto– la operación jurídica que nos ocupa, pero sin que al mismo tiempo se identifique con los manejados para referirse a su estructura interna.

Dado que parece generalmente admitido en la doctrina española el uso de los vocablos “determinación” e “individualización” (en los ámbitos respectivos en que el juez sentenciador opera en sus decisiones), tomo la locución “concreción del castigo” como representativa del segundo nivel de actuación –en el reparto competencial ya asumido. Hay varios motivos para ello; primero, el término no suena extraño en el debate contemporáneo: no en vano algunos autores lo emplean en un sentido u otro<sup>86</sup>, o el flamante *Diccionario del español jurídico* lo reserva para definir la voz “individualización”<sup>87</sup>. Pero en

---

<sup>84</sup> Así, cfr. –entre muchos otros– PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, pp. 229, 334 y ss.; CUELLO CONTRERAS, J. / MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso...*, 3ª ed., 2015, pp. 339 y ss.; LUZÓN CUESTA, J. M. *Compendio...*, 23ª ed., 2016, pp. 277 y ss.; TÉLLEZ AGUILERA, A. *Derecho penal...*, 2015, pp. 673 y ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *Tratado...*, 2010, pp. 1301 y ss.; y LANDROVE DÍAZ, G. *Las consecuencias...*, 5ª ed., 2002, pp. 97 y ss.

<sup>85</sup> Véanse BOLDOVA PASAMAR, M. Á. “Lección 6...”, en GRACIA MARTÍN, L. (coord.). *Lecciones...*, 5ª ed., 2016, pp. 109 y ss.; ORTS BERENGUER, E. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Compendio...*, 5ª ed., 2015, pp. 461 y ss.; o BURGOS PAVÓN, F. *Derecho penal...*, 2015, pp. 267 y ss.

<sup>86</sup> Por ejemplo, MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN (*Derecho penal...*, 9ª ed., 2015, p. 572), QUINTERO OLIVARES (*Parte general...*, 5ª ed., 2015, p. 634), ZÁRATE CONDE / GONZÁLEZ CAMPO (*Derecho penal...*, 2015, p. 483), BOLDOVA PASAMAR (“Lección 6...”, en GRACIA MARTÍN, L. [coord.]. *Lecciones...*, 5ª ed., 2016, p. 109) y GALLEGU DÍAZ (*El sistema...*, 1985, p. 7) utilizan la palabra para definir el proceso global; GÓMEZ RIVERO (*Nociones...*, 3ª ed., 2015, p. 468) se refiere así a las operaciones para calcular la extensión del marco final, ya en los límites señalados a priori; CUELLO CONTRERAS / MAPELLI CAFFARENA (*Curso...*, 3ª ed., 2015, p. 339) califican con aquélla la opción legislativa por un castigo abstracto; MIR PUIG (*Derecho penal...*, 10ª ed., 2015, p. 765) la reserva a la aplicación de ciertas reglas del Código, previa a la fijación judicial del *quantum*; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS (“Lección 17...”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. [dir.]. *Lecciones...*, 2ª ed., 2015, p. 259) habla de “concreción del grado” de pena en la etapa de la determinación cualitativa; o BURGOS PAVÓN (*Derecho penal...*, 2015, p. 267) la usa para catalogar el último nivel operativo del tribunal, donde se elige finalmente la sanción exacta –con individualización discrecional. Más aún, ZÁRATE CONDE / GONZÁLEZ CAMPO (*Derecho penal...*, 2015, pp. 485-486) optan por el vocablo cuando tratan los dos momentos sucesivos de los que consta la fase judicial del proceso, y BOLDOVA PASAMAR (“Lección 6...”, en GRACIA MARTÍN, L. [coord.]. *Lecciones...*, 5ª ed., 2016, p. 110) lo vuelve a traer a colación para englobar las reglas legales –ya generales o especiales– que limitan ese margen de la decisión. Para acabar, GALLEGU DÍAZ (“Arbitrio...”, en *Revista de Derecho Penal*, Nº 35, 2012, pp. 11 y 26), FEIJOO SÁNCHEZ (“Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho”, en *InDret* 1/2007, p. 3) o DEMETRIO CRESPO (*Prevención...*, 1999, pp. 175, 196 y 200) también lo incluyen en su elenco de términos.

<sup>87</sup> Cfr. MUÑOZ MACHADO, S. (dir.). *Diccionario del español jurídico*. Barcelona: Espasa, 2016; en esa recientemente publicada obra de consulta se explica así la primera acepción general del término: “Concreción de un hecho, una sanción o [una] pena en atención a las circunstancias del sujeto sobre el que recae” (p. 925).



ningún caso se maneja del modo aquí propuesto, si bien es claro que resume a la perfección la finalidad principal del proceso judicial; y a ello apuntan, también, las múltiples referencias a la búsqueda de un marco penal o una sanción concretos en esta fase<sup>88</sup>.

Además de contribuir a la necesaria especificación del concepto que catalogue la labor de los tribunales en este ámbito –teniendo en cuenta para ello el fin al que se dirigen sus decisiones–, todavía hay otra razón que justifica mi opción. Concreción alude a las operaciones jurídicas con las que el ordenamiento pasa de normas abstractas e “impersonales” (dirigidas en general a todos los destinatarios posibles) a reglas de conducta que orientan a un individuo –con nombre y apellidos– singularmente interpelado por su contenido<sup>89</sup>. Entonces, prefiero usar esa palabra y no “aplicación” o “fijación”: la primera comprende tan solo la subsunción o “puesta en práctica [...] de una norma[,] cuando se produce el supuesto de hecho previsto en la misma”<sup>90</sup>; y la última no denota<sup>91</sup> –al menos necesariamente– el elemento individualizador propio de este nivel funcional.

En definitiva, llamo “concreción del castigo” al proceso decisorio del juez sentenciador que culmina con la elección de una consecuencia jurídica específica: el *quantum* de la pena –sea o no ésta finalmente ejecutable– adecuada a las circunstancias personales del autor, y a los condicionantes fácticos del ilícito. Por lo tanto, se trata de catalogar con dicha expresión el conjunto de las atribuciones confiadas al Poder Judicial, en el reparto competencial detallado *supra*. De entre los potenciales “candidatos”, es el término cuya connotación mejor refleja la “esencia” de las labores aquí incluidas, y sin ser ajeno a la reciente reflexión doctrinal. Precisamente por esas razones he descartado ya otras expresiones viables, como “realización”<sup>92</sup>, “medición”<sup>93</sup>, “cuantificación”<sup>94</sup>, o “adap-

---

<sup>88</sup> Emplean la expresión como adjetivo PÉREZ DEL VALLE (*Lecciones...*, 2016, p. 334), MOLINA FERNÁNDEZ / MENDOZA BUERGO (“Lección 10...”, en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. [coord.]. *Introducción...*, 2ª ed., 2015, p. 350), ORTOS BERENGUER / GONZÁLEZ CUSSAC (*Compendio...*, 5ª ed., 2015, p. 463), QUINTANAR DÍEZ / ORTIZ NAVARRO (*Elementos...*, 2ª ed., 2015, p. 200), TÉLLEZ AGUILERA (*Derecho penal...*, 2015, p. 682), LUZÓN CUESTA (*Compendio...*, 23ª ed., 2016, p. 277); MAPELLI CAFFARENA (*Las consecuencias...*, 5ª ed., 2011, p. 283), LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (*Tratado...*, 2010, p. 1303), ROCA DE AGAPITO (*El sistema...*, 2007, pp. 365 y ss.) u OBREGÓN GARCÍA (“Determinación...”, en MOLINA BLÁZQUEZ, Mª C. [coord.]. *La aplicación...*, 2005, p. 77), entre otros.

<sup>89</sup> En este sentido, sobre la teoría de las normas véase –por todos– SILVA SÁNCHEZ, J.-Mª. *Normas y acciones en Derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2003, pp. 15-39.

<sup>90</sup> MUÑOZ MACHADO, S. (dir.). *Diccionario...*, 2016, p. 172.

<sup>91</sup> En efecto, según el *Diccionario de la lengua española* de la RAE, la acepción correspondiente (la cuarta) del verbo “fijar” se define como “determinar, limitar, precisar, [o] designar de un modo cierto” [disponible en: <<http://dle.rae.es/?id=Ht3eBuJ>>; última consulta: 09.06.2016].

<sup>92</sup> Dicho término tiene un sentido demasiado filosófico, y no aparece en el debate actual sobre estas cuestiones. Pero a pesar de ello contiene una intuición clave: al concretar la pena, el juez convierte en “real” un marco abstractamente previsto para los autores de un delito.

tación<sup>95</sup>; y, sin embargo, todas ellas identifican aspectos inherentes al ejercicio del *ius puniendi* en esta etapa, que ya considero abarcados por aquél.

Tras esta aproximación conceptual surge una duda adicional: ¿en qué consiste dogmáticamente la concreción del castigo? En España, la doctrina mayoritaria no sitúa estas cuestiones en el marco analítico de la teoría del delito<sup>96</sup>; en efecto, lo relativo a la de-

---

Y así, por ejemplo, Rudolf VON IHERING (*El espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo*. Granada: Comares, 2011, §§ 4 y 43) hablaba de la realización del derecho como el “verdadero objetivo” de la ciencia jurídica. O Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (“Del Derecho abstracto al Derecho «real». Recensión a Günther Jakobs, *La pena estatal: significado y finalidad* [traducción y estudio preliminar de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez], Thomson-Civitas, Madrid, 2006, 182 págs.”, en *InDret* 4/2006, p. 4) se refiere a la persona “real” –constituida no sólo “por el sujeto de la comunicación ideal, sino también por el individuo sensible”– como destinataria del “dolor propio de la pena”, una vez ésta ya queda determinada de manera exacta.

Para acabar, con en una reflexión dogmática, PÉREZ DEL VALLE (“La función...”, en VV.AA. *El arresto...*, 2002, p. 31) afirma que la decisión jurisdiccional “realiza derecho” al aplicar normas en los tribunales; y de ello depende necesariamente el “rendimiento social” esperado por el legislador.

<sup>93</sup> Medir es “comparar una cantidad con su respectiva unidad, con el fin de averiguar cuántas veces la segunda está contenida en la primera” [disponible en: <<http://dle.rae.es/?id=Om9ZD VF>>; última consulta: 09.06.2016]. Luego el campo semántico del vocablo aparece restringido a cosas empíricamente mensurables, en la línea de una “dosimetría” penal que aquí rechazo, al comprometer en exceso la libre apreciación –y ponderación– judicial de aquellos elementos necesarios en el ejercicio de un sano arbitrio. No obstante, la “medida” en el sentido de “grado”, “proporción o correspondencia de algo con otra cosa” [disponible en: <<http://dle.rae.es/?id= OIAN0dp>>; última consulta: 09.06.2016] apunta a un elemento esencial de la concreción penal: la magnitud exacta del castigo debe guardar una relación (directamente) proporcional con la culpabilidad del autor.

En la doctrina española contemporánea utilizan la palabra “medición” –y con cierta frecuencia– en sus obras QUINTERO OLIVARES (*Parte general...*, 5ª ed., 2015, pp. 637 y ss.), OBREGÓN GARCÍA (“Determinación...”, en MOLINA BLÁZQUEZ, Mª C. [coord.]. *La aplicación...*, 2005, pp. 75 y ss.) y BESIO HERNÁNDEZ (*Los criterios...*, 2011, *passim*), entre algunos otros autores.

<sup>94</sup> Entendida como la acción y el efecto de “expresar numéricamente una magnitud de algo” [disponible en: <<http://dle.rae.es/?id=BS67y2r>>; última consulta: 09.06.2016], es el término que más se acerca a la opción escogida. No en vano PÉREZ DEL VALLE (*Lecciones...*, 2016, pp. 221 y 239) titula “Culpabilidad como cuantificación de la pena” las lecciones 10 y 11 de su manual, dedicadas a la individualización del castigo; e incluyen léxico similar GÓMEZ RIVERO (*Nociones...*, 3ª ed., 2015, p. 468) y ZÁRATE CONDE / GONZÁLEZ CAMPO (*Derecho penal...*, 2015, p. 493). Aun así, el vocablo se confunde con la locución “determinación cuantitativa”, muy extendida en el debate actual (cfr. *infra*, en la nota a pie número 147 de este Capítulo), pero circunscrita a ciertas operaciones del proceso.

<sup>95</sup> En el *Diccionario de la lengua española*, la segunda acepción del verbo se define como “hacer que un objeto o mecanismo desempeñe funciones distintas de aquellas para las que fue construido” [disponible en: <<http://dle.rae.es/?id=0hMBUwM>>; última consulta: 09.06.2016]. Dicha connotación (de una pérdida de la esencia de lo que se modifica) aleja mi preferencia por esta expresión –como significante global–, que empero es válida referida a “acomodar, [o] ajustar algo a otra cosa”. Usan de tal modo “adaptación”, por ejemplo, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS (“Lección 17...”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. [dir.]. *Lecciones...*, 2ª ed., 2015, p. 259), LANDROVE DÍAZ (*Las consecuencias...*, 5ª ed., 2002, p. 99) y GALLEGU DÍAZ (*El sistema...*, 1985, p. 7).

<sup>96</sup> Al respecto, cfr. MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal...*, 9ª ed., 2015, pp. 571 y ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, F. / MENDOZA BUERGO, B. “Lección 10...”, en LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A. (coord.). *In-*

terminación e individualización de las sanciones se ubica, casi sin excepciones, en una zona de “penumbra”, ya fuera del sistema (incluso aunque tenga lazos con éste). En el mejor de los casos, del tratamiento del asunto se concluye que son sólo ámbitos de la controvertida categoría de la “punibilidad”<sup>97</sup>, como cajón de sastre, o bien aspectos propios de las “consecuencias jurídicas” del ilícito<sup>98</sup>; a lo peor, ni siquiera se contempla en el índice –a veces exhaustivo– de algunos manuales<sup>99</sup>. Pero la opción dominante sigue

---

*Introducción...*, 2ª ed., 2015, pp. 325 y ss.; QUINTERO OLIVARES, G. *Parte general...*, 5ª ed., 2015, pp. 633 y ss.; CUELLO CONTRERAS, J. / MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso...*, 3ª ed., 2015, pp. 339 y ss.; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. “Lección 17...”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (dir.). *Lecciones...*, 2ª ed., 2015, pp. 259 y ss.; QUINTANAR DÍEZ, M. / ORTIZ NAVARRO, J. F. *Elementos...*, 2ª ed., 2015, pp. 195 y ss.; LUZÓN CUESTA, J. M. *Compendio...*, 23ª ed., 2016, pp. 277 y ss.; BURGOS PAVÓN, F. *Derecho penal...*, 2015, pp. 241 y ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *Derecho penal español. Parte general en esquemas*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 4ª ed., 2016, pp. 741 y ss.; o LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *Tratado...*, 2010, pp. 1301 y ss. –además del resto de autores citados en las notas a pie números 98 y 99 del presente epígrafe.

<sup>97</sup> Sobre la cuestión, véanse recientemente BUSTOS RUBIO, M. “Más allá del injusto culpable: los presupuestos de la punibilidad”, en *Estudios penales y criminológicos*, Nº 35, 2015, pp. 189-238; y MELENDO PARDOS, M. “Lección 25. La punibilidad como elemento del delito”, en GIL GIL, A. *et alter. Curso...*, 2ª ed., 2015, pp. 679-699. Además, cfr. estos dos estudios generales –al respecto de la dicha categoría–: BACIGALUPO ZAPATER, E. *Delito y punibilidad*. Buenos Aires: Hammurabi, 2ª ed. (revisada y ampliada), 1999; y GARCÍA PÉREZ, O. *La punibilidad en el Derecho penal*. Pamplona: Aranzadi, 1997.

<sup>98</sup> Ya en este sentido, véanse –por todos– MIR PUIG, S. *Derecho penal...*, 10ª ed., 2015, pp. 757 y ss.; ORTS BERENGUER, E. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Compendio...*, 5ª ed., 2015, pp. 461 y ss.; LANDECHO VELASCO, C. Mª / MOLINA BLÁZQUEZ, Mª C. *Derecho penal...*, 9ª ed., 2015, pp. 584 y ss.; GÓMEZ RIVERO, Mª del C. (dir.). *Nociones...*, 3ª ed., 2015, pp. 467 y ss.; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. “Lección 32...”, en GIL GIL, A. *et alter. Curso...*, 2ª ed., 2015, pp. 845 y ss.; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. “Lección 13...”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (coord.). *Lecciones... Tomo I...*, 2ª ed., 2015, pp. 345 y ss.; TÉLLEZ AGUILERA, A. *Derecho penal...*, 2015, pp. 671, 673 y ss.; ZÁRATE CONDE, A. / GONZÁLEZ CAMPO, E. *Derecho penal...*, 2015, pp. 480, 483 y ss.; BOLDOVA PASAMAR, M. Á. “Lección 6...”, en GRACIA MARTÍN, L. (coord.). *Lecciones...*, 5ª ed., 2016, pp. 107, 109 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (dir.). *Casos prácticos de Derecho penal. 1. Introducción y consecuencias jurídicas del delito*. León: Eolas, 2ª ed., 2015, pp. 51 y ss.; ROLDÁN BARBERO, H. *Manual de Derecho penal. Parte general*. Granada: Comares, 2012, pp. 217 y ss.; MAPELLI CAFFARENA, B. *Las consecuencias...*, 5ª ed., 2011, pp. 283 y ss.; BOLDOVA PASAMAR, M. Á. “Capítulo VI...”, en GRACIA MARTÍN, L. (coord.). *Tratado...*, 2006, pp. 223, 225 y s.; OBREGÓN GARCÍA, A. “Determinación...”, en MOLINA BLÁZQUEZ, Mª C. (coord.). *La aplicación...*, 2005, pp. 75 y ss.; o LANDROVE DÍAZ, G. *Las consecuencias...*, 5ª ed., 2002, pp. 97 y ss. En la doctrina alemana, también lo contemplan así JESCHECK, H.-H. / WEIGEND, T. *Tratado...*, 5ª ed., 2002, pp. 938 y ss., entre muchos otros.

<sup>99</sup> Por ejemplo, ello sucede en LUZÓN PEÑA, D.-M. *Lecciones de Derecho penal. Parte general*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 3ª ed., 2016; POLAINO NAVARRETE, M. *Lecciones de Derecho penal. Parte general. Tomo II*. Madrid: Tecnos, 2ª ed., 2016; MAQUEDA ABREU, Mª L. / LAURENZO COPELLO, P. *El Derecho penal en casos. Parte general. Teoría y práctica*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 4ª ed., 2016; GÓMEZ LANZ, J. / OBREGÓN GARCÍA, A. *Derecho penal. Parte general. Elementos básicos de teoría del delito*. Madrid: Tecnos, 2ª ed., 2015; y BOLDOVA PASAMAR, M. Á. / SOLA RECHE, E. / ROMEO CASABONA, C. Mª (coords.). *Derecho penal. Parte general. Introducción. Teoría jurídica del delito*. Granada: Comares, 2014. O en Alemania, por ejemplo, sorprende que ni Günther JAKOBS (*Derecho penal...*, 2ª ed., 1997) ni Claus ROXIN (*Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Pamplona: Thomson Aranzadi, 2ª ed., 2006; y *Derecho penal. Parte general. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*. Pamplona: Civitas, 2014) traten del asunto, sistemáticamente, en sus respectivos manuales de dogmática.

siendo no pronunciarse explícitamente sobre ello, abonando así la idea de que estamos en los dominios de las teorías de la pena.

Una postura discrepante tiene PÉREZ DEL VALLE, quien sí proyecta una solución dogmática; con su reciente manual, adopta una perspectiva original y sugerente: la concreción del castigo es el “contenido” específico de la categoría sistemática de la culpabilidad<sup>100</sup>. En la teoría de la imputación, aquélla “[...] sólo puede tener [...] una función [privativa]: la determinación de los criterios que conforman una cuantificación de la culpabilidad del autor de un injusto penal[,] y que, en consecuencia, permiten una correcta individualización”<sup>101</sup> de las sanciones. Entonces, propone PÉREZ DEL VALLE que “[...] el estudio de la fase de determinación [*lato sensu*] en el sistema español es, esencialmente, un examen de la culpabilidad en un sentido cuantitativo”<sup>102</sup>. Así, lo que se mide en cada caso, pues, es una manifestación (exteriorizada en un delito enjuiciado) del desprecio personal<sup>103</sup> y grave del reo por el fundamento de las normas jurídicas<sup>104</sup>.

En este momento, conviene dejar claro que excede del objeto de la tesis doctoral profundizar en el contenido material<sup>105</sup> y formal<sup>106</sup> de la culpabilidad –como categoría dog-

---

<sup>100</sup> Cfr. PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, pp. 221 y ss. En palabras del autor, “[...] la respuesta [a la cuestión de la individualización], en la perspectiva del sistema de [la] teoría del delito, es que el juez mide [el grado de] la culpabilidad” (pp. 225-226). Por tanto, el tribunal “[...] que ha de imponer una pena concreta [...] ha de precisar la medida de la culpabilidad” (p. 226).

<sup>101</sup> PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, p. 228.

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 229.

<sup>103</sup> De ese modo “[...] la culpabilidad constituye el vínculo real por el que el hecho punible (delito) puede ser considerado un comportamiento [propio] de la persona que actúa como [un] sujeto responsable” (PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, p. 227).

Luego “[...] el autor del injusto penal ha de ser sancionado [únicamente] por el hecho que se le imputa; pero la cuantificación de la culpabilidad no puede prescindir de la identidad del sujeto [...], y esto no es posible sin considerar la decisión del autor hacia el delito enmarcado en su propia vida como actitud hacia el derecho” (p. 228).

Por dicha razón, “[...] las críticas a la culpabilidad de carácter o a la culpabilidad por la conducción de la vida [véase JESCHECK, H.-H. / WEIGEND, T. *Tratado...*, 5ª ed., 2002, pp. 453 y ss.], que [se] contraponen frontalmente a la culpabilidad por el hecho, son injustificadas. Periodos más o menos largos de la vida del autor son siempre valorados en la individualización de la pena, porque lo evitable del posicionamiento del sujeto ante las normas jurídicas ([y,] por [lo] tanto, lo evitable del desprecio) en el hecho concreto sólo puede ponderarse en el examen de la actitud del sujeto ante el derecho como [un] sujeto con identidad biográfica” (p. 229).

<sup>104</sup> En este sentido, añade el autor que “[...] culpable es quien pone de manifiesto con su comportamiento [delictivo] un grave desprecio [...] por los valores básicos de la comunidad política [...]; y el juicio de culpabilidad deriva de la comprobación de un injusto penal [...]” (PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, p. 227).

<sup>105</sup> Sobre ello, cfr. –por todos– COUSO SALAS, J. *Fundamentos del Derecho penal de culpabilidad*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006; y DE LA CUESTA AGUADO, P. M<sup>a</sup>. *Culpabilidad. Exigibilidad y razones para la exculpación*. Madrid: Dykinson, 2004 (ambos con múltiples referencias bibliográficas).

mática del sistema del delito. Y, sin embargo, asumo como propio el modelo de Carlos PÉREZ DEL VALLE, a cuyo manual me remito para completar la explicación sobre el sustrato teórico<sup>107</sup> y las implicaciones metodológicas del concepto de culpabilidad allí manejado<sup>108</sup>. Por lo que aquí respecta, sólo es preciso formular del siguiente modo la premisa normativa con la que lleno de sentido mi propuesta terminológica: las decisiones judiciales sobre el *quantum* de la pena final sirven para graduar la medida de la responsabilidad personal del autor<sup>109</sup> manifestada en el supuesto de hecho, en base a criterios establecidos en la ley, y según un arbitrio razonablemente ejercido.

Asentado ya el primer elemento de mi propuesta, paso ahora a clarificar la estructura del proceso para la concreción del castigo. En primer lugar, conviene recordar que es una labor en exclusiva jurisdiccional, sin perjuicio de la interferencia –democráticamente legítima– que suponga una mayor o menor incidencia de las reglas previstas en el Código. Con ello rechazo, ya de entrada, la (aún habitual) referencia a los adjetivos “legal” y “judicial”, como calificativos de los dos momentos en los que se divide la operación intelectual del tribunal. Pese a que esta “confusa” aproximación conceptual<sup>110</sup> había sido, en ocasiones, correctamente denunciada<sup>111</sup>, lo cierto es que tal crítica no conseguía di-

---

<sup>106</sup> La distinción entre ambos niveles del concepto dogmático de la culpabilidad se encuentra originariamente en el manual de Hans-Heinrich JESCHECK (*Tratado... Volumen primero*, 1981, pp. 580-581), y ha sido después asumida por la doctrina mayoritaria de habla hispana y germánica, aunque sin demasiadas consecuencias prácticas.

<sup>107</sup> Al respecto, véase PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, pp. 224-228.

<sup>108</sup> Así, PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, pp. 228 y ss., y pp. 334 y ss.

<sup>109</sup> En una línea similar se manifiesta BOLDOVA PASAMAR (“Lección 6...”, en GRACIA MARTÍN, L. [coord.]. *Lecciones...*, 5ª ed., 2016, p. 140), cuando afirma que esta medida de la culpabilidad del reo es un “principio de justicia material”, que limita el prudente arbitrio del juez a la hora de elegir la pena exacta a imponer –ya en un ámbito sin reglas dosimétricas previstas.

<sup>110</sup> Con diferentes grados de incidencia en la exposición, admiten esta dicotomía dentro de la fase jurisdiccional MIR PUIG, S. *Derecho penal...*, 10ª ed., 2015, pp. 762-770; ORTS BERENGUER, E. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Compendio...*, 5ª ed., 2015, pp. 463-467; LANDECHO VELASCO, C. Mª / MOLINA BLÁZQUEZ, Mª C. *Derecho penal...*, 9ª ed., 2015, pp. 585-595; GÓMEZ RIVERO, Mª del C. (dir.). *Nociones...*, 3ª ed., 2015, pp. 467-469; LUZÓN CUESTA, J. M. *Compendio...*, 23ª ed., 2016, pp. 277-278; TÉLLEZ AGUILERA, A. *Derecho penal...*, 2015, pp. 676-684; y BOLDOVA PASAMAR, M. Á. “Lección 6...”, en GRACIA MARTÍN, L. (coord.). *Lecciones...*, 5ª ed., 2016, pp. 120-141 –entre otros.

En cambio, emplean los adjetivos para indicar adecuadamente el reparto competencial entre los poderes del Estado que ejercen el *ius puniendi* los siguientes autores: MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal...*, 9ª ed., 2015, pp. 572-575; MOLINA FERNÁNDEZ, F. / MENDOZA BUERGO, B. “Lección 10...”, en LASCURÁIN SÁNCHEZ, J. A. (coord.). *Introducción...*, 2ª ed., 2015, pp. 326-327; QUINTERO OLIVARES, G. *Parte general...*, 5ª ed., 2015, pp. 634-635; CUELLO CONTRERAS, J. / MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso...*, 3ª ed., 2015, pp. 339-340; ZÁRATE CONDE, A. / GONZÁLEZ CAMPO, E. *Derecho penal...*, 2015, pp. 484 y ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *Tratado...*, 2010, pp. 1302-1303; y LANDROVE DÍAZ, G. *Las consecuencias...*, 5ª ed., 2002, pp. 99-101.

<sup>111</sup> Por ejemplo, GALLEGU DÍAZ (*El sistema...*, 1985, p. 10) denuncia que “la delimitación entre determinación legal y [...] judicial de la pena, pese a ser la más generalizada, no es muy precisa, producién-

lucidar la aporía: lo relevante no es que “en todos los aspectos de la medición de la pena hay mezcla de actividad judicial y [de] prescripción legal”<sup>112</sup> sino que esa función es propia del juez, aunque lo haga con pleno sometimiento al derecho<sup>113</sup>.

Ya advirtió en su momento SALEILLES que no es correcto llamar “legal” al proceso para la concreción del castigo; en la misma línea GALLEGO DÍAZ afirma lo siguiente: “La ley no puede realizar una verdadera individualización de la pena, pero sí, en cambio, sentar las bases o [los] preliminares de la misma a través de una adecuada configuración de la extensión de los marcos penales[,] y del establecimiento de los criterios y [los] factores que hayan de ser tenidos en cuenta”<sup>114</sup> por el órgano sentenciador. Entonces, dicha fase del ejercicio del *ius puniendi* estatal “únicamente puede llevarse a cabo de forma eficaz y satisfactoria por medio de las concretas decisiones del juez, que es quien está en condiciones de [...] considerar las particularidades del caso [...] y la personalidad del delincuente”<sup>115</sup>, en virtud del principio de inmediación procesal.

Aquí empieza el segundo estadio argumentativo –de los tres que aludí en otro lugar– necesario para una completa taxonomía de la concreción de las sanciones. Asumida la clasificación competencial, y centrado ahora en el nivel estrictamente jurisdiccional, toca abordar la perspectiva estructural del proceso. Al respecto, sigue siendo hoy un “lu-

---

dose interferencias entre ambas. De una parte, la ley, al determinar la pena en abstracto, confía ya al juez algunas decisiones [–]como en los supuestos de tener que elegir entre varias penas alternativamente señaladas[–], y de otra, en la determinación judicial [...], la decisión final acerca de la medida concreta de la pena a imponer ha de efectuarse con arreglo a los criterios legales que vinculan y sirven de orientación al juez en el ejercicio de su arbitrio”.

En cualquier caso, el círculo “vicioso” se cierra al constatar que también en las reglas de aplicación de las sanciones previstas de modo explícito en la ley “se confían algunas decisiones a la discrecionalidad o [el] arbitrio del juez” (p. 11).

En el mismo sentido, cfr. MAPELLI CAFFARENA, B. “El insoportable...”, en VV.AA. *Estudios... Tomo I*, 2008, p. 1152, nota 11. Más aún, tal como bien argumenta René A. SUAZO LAGOS (*La evolución histórica del sistema de determinación de la pena en Alemania y Honduras*. Tesis inédita: Universidad Complutense de Madrid, 1979, p. 330), la tradicional distinción entre “*Strafbemessung*” y “*Strafzumessung*” tampoco es demasiado rigurosa: en el código germano, el primero de los términos parece utilizarse en una acepción global –así pues, para designar tanto la fase legal como la judicial en la concreción de las sanciones.

<sup>112</sup> OBREGÓN GARCÍA, A. “Determinación...”, en MOLINA BLÁZQUEZ, M<sup>a</sup> C. (coord.). *La aplicación...*, 2005, p. 84.

<sup>113</sup> “Aunque la ley penal se detiene de forma clara [tan solo] en la primera de estas fases, tanto una como otra se asientan en criterios legales, y estos criterios forman parte de la ley, cuando afectan a la primera fase de determinación (por ejemplo: art. 66 CP) y cuando afectan a la fase de individualización concreta de la pena, [sea] de forma explícita (entre otros, art. 72 CP [...]) o implícita (entre otros, art. 66.2 CP [...])” (PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, pp. 334-335).

<sup>114</sup> GALLEGO DÍAZ, M. *El sistema...*, 1985, p. 11.

<sup>115</sup> *Ibid.*

gar común” –compartido, con las precisiones oportunas– el dividir la labor de los tribunales en dos operaciones, cronológicamente sucesivas: determinar el marco penal concreto, a partir de las reglas legales que sean aplicables en el supuesto de hecho; e individualizar luego el *quantum* específico de la consecuencia dentro de los límites antes fijados<sup>116</sup>. Aunque con distintas nomenclaturas, es ésta una bipartición en general admitida en España<sup>117</sup>, y a la que empero sugiero una enmienda de adición.

En efecto, creo conveniente incorporar un tercer subapartado en la concreción del castigo, para englobar las varias formas de la inejecución de una sanción impuesta que se prevén en la ley<sup>118</sup>. Y hay dos motivos primordiales para hacerlo así: primero, o en una perspectiva temporal, existe un salto cualitativo relevante en la decisión del juez, cuando, ya elegida la pena específica, razona sobre si es adecuado otorgarle al reo la suspensión de condena –por ejemplo<sup>119</sup>. Además, el contenido de las operaciones intelectuales del órgano sentenciador es aquí sin duda singular: mientras en la individualización se pretende cuantificar la culpabilidad del autor manifestada en el delito, en este último periodo –en el que no siempre será posible entrar, en virtud del Código– se valora cuándo un sujeto no requiere de cumplimiento penitenciario, dadas ciertas condiciones.

---

<sup>116</sup> Según el estudio histórico –con una tesis inédita en nuestro país– de René SUAZO LAGOS (*La evolución...*, 1979, p. 330), en los códigos de tradición hispánica es fácil separar entre determinación y medición sancionatorias: “[...] mientras la primera se referiría a la indicación de la clase y [los] grados de la pena a imponer[,] en consideración a todas las circunstancias del delito [y del autor], la segunda se referiría, en cambio, a la indicación de los años, meses y días de la pena efectivamente impuesta en la sentencia”.

<sup>117</sup> Al respecto, véanse –entre otros– PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, pp. 229, 334 y ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, F. / MENDOZA BUERGO, B. “Lección 10...”, en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (coord.). *Introducción...*, 2ª ed., 2015, pp. 325 y ss.; ORTOS BERENGUER, E. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Compendio...*, 5ª ed., 2015, pp. 461 y ss.; GÓMEZ RIVERO, Mª del C. (dir.). *Nociones...*, 3ª ed., 2015, pp. 467 y ss.; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. “Lección 32...”, en GIL GIL, A. *et alter. Curso...*, 2ª ed., 2015, pp. 845 y ss.; QUINTANAR DÍEZ, M. / ORTIZ NAVARRO, J. F. *Elementos...*, 2ª ed., 2015, pp. 195 y ss.; TÉLLEZ AGUILERA, A. *Derecho penal...*, 2015, pp. 673 y ss.; BOLDOVA PASAMAR, M. Á. “Lección 6...”, en GRACIA MARTÍN, L. (coord.). *Lecciones...*, 5ª ed., 2016, pp. 109 y ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *Tratado...*, 2010, pp. 1301 y ss.; y OBREGÓN GARCÍA, A. “Determinación...”, en MOLINA BLÁZQUEZ, Mª C. (coord.). *La aplicación...*, 2005, pp. 75 y ss.

<sup>118</sup> En nuestro país, ya dijimos antes que sólo algunos autores incluyen tales instituciones en el ámbito de la concreción del castigo; cfr. *supra* –en las notas 159 ó 167 del Capítulo I. Y de entre ellos, únicamente añaden la libertad condicional –como suspensión parcial de la ejecución– a ese momento decisorio MOLINA FERNÁNDEZ / MENDOZA BUERGO (“Lección 10...”, en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. [coord.]. *Introducción...*, 2ª ed., 2015, p. 352) o NÚÑEZ FERNÁNDEZ (“Lección 32...”, en GIL GIL, A. *et alter. Curso...*, 2ª ed., 2015, p. 848); ello tras la reforma penal de 2015, aunque con un planteamiento muy crítico sobre la “mutación” legislativa del citado mecanismo penitenciario. En torno a dicho asunto volveré más adelante, ya en el apartado III.3.

<sup>119</sup> Este argumento no dejará de ser válido tampoco en aquellos casos en los que el tribunal debe –y, por lo tanto, la norma se enuncia imperativamente– sustituir una pena de prisión inferior a tres meses (ex art. 71.2 CP).

No obstante lo anterior, es evidente que la intuición latente sobre una previsible no ejecución de la pena condicionaría la selección cuantitativa del tribunal en el marco penal concreto: si la aplicación de la ley así lo permite, el órgano sentenciador optará por una magnitud inferior a los dos años de prisión anticipando el otorgamiento de la suspensión. Es por ello que PÉREZ DEL VALLE incluye esa elección en el ámbito de la individualización *stricto sensu*<sup>120</sup> –con buen criterio. Pero en el nivel argumentativo en el que nos hallamos pretendo sólo describir (de manera explicativa y analítica) el “engranaje” de la cuantificación del castigo en el sistema del Derecho positivo español. Mas para un planteamiento *de lege lata*, me parece útil atender a factores cronológicos –o de concatenación temporal del razonamiento, mejor dicho– en vez de materiales<sup>121</sup>, postergando mi desarrollo de la configuración global sobre el fenómeno que nos ocupa.

## 2.2 Las tres etapas de la concreción del castigo en el sistema español

En una perspectiva sistemática, el proceso decisorio –que no en vano se percibe como algo unitario, derivado de un ejercicio intelectual-volitivo del órgano competente (sea éste unipersonal o colegiado)– se divide ya en tres fases enlazadas. Así pues, paso aquí a delimitar el espacio de cada uno de esos estadios en los que fraccio, por motivos expositivos, la concreción judicial de las sanciones. Inicialmente la determinación supone fijar un marco penal específico que resulta de la combinación de los preceptos y las reglas dosimétricas del Código aplicables en el supuesto de hecho, después de realizar las oportunas labores de subsunción y de interpretación. Respecto de la clase de castigo a imponer, aquellos límites (los máximo y mínimo) establecidos en esta etapa serán, pues, los topes infranqueables para el órgano sentenciador de ahora en adelante.

A nivel interno, las distintas operaciones que integran dicho momento decisorio se suceden, a su vez, en tres ámbitos. En primer lugar, el tribunal debe fijar cuál es el marco abstracto, según establezca la penalidad<sup>122</sup> del tipo delictivo<sup>123</sup> prevista en la Parte es-

---

<sup>120</sup> Así, PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, p. 338.

<sup>121</sup> Luego profundizaré en tales diferencias de contenido; sobre todo en los epígrafes VI.2 y VI.3.

<sup>122</sup> Recupero ahora esta terminología de MIR PUIG (*Derecho penal...*, 10ª ed., 2015, p. 762); véase *supra* la nota 26 del Capítulo I. Al respecto, recordemos que la “penalidad” de un tipo puede consistir en una única sanción principal (además de las correspondientes accesorias), o en una suma de varias consecuencias jurídicas –por ejemplo, en los delitos (propios) de funcionarios, generalmente se añade la pena de inhabilitación para el empleo público a la prisión y/o multa que ya acarrea(n) el ilícito cometido (así sucede en el cohecho pasivo del art. 419 CP).

<sup>123</sup> “Un comportamiento es típico cuando puede afirmarse que está comprendido en el grupo de [los] casos que describe la ley penal y que se denomina tipo. En ese sentido, es conveniente diferenciar entre el tipo del delito (grupo o haz de casos comprendidos [en la infracción]) y [el] tipo legal (descrip-



pecial del Código. Aquí se trata de identificar el precepto en el que subsumir los hechos objeto de la calificación jurídica; esto supone, en función de la fenomenología del caso<sup>124</sup>, acudir al tipo básico o a cualquiera de los subtipos (atenuado o agravado) en el que encaje lo sucedido<sup>125</sup> –y debidamente probado en el marco del proceso acusatorio. Es entonces cuando tienen cabida, si se corresponde, algunas circunstancias modificativas de lo ilícito<sup>126</sup> que la ley convierte en elementos típicos<sup>127</sup>, bloqueando así la posterior aplicación en otras fases<sup>128</sup>. Como es obvio, en dichos instantes el órgano competente debería ser coherente con su valoración normativa del relato fáctico.

---

ción del grupo de casos en [...] la parte especial, bien sea en el CP, bien en una ley especial), porque la determinación de éste [sic] último (lo que usualmente se denomina interpretación) se ha de adecuar al primero” (PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, p. 113).

<sup>124</sup> “El proceso penal se desarrolla en torno a su objeto: un hecho sobre el que se debate si es delito [o no]. Este hecho es un conjunto de datos significativos para la decisión judicial que se refieren a un tipo legal de delito [...]. En la delimitación de los contornos de ese hecho, [...] se presenta como [algo] único e indivisible en el proceso [...]” (PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, p. 281). Entonces, todos los elementos aprehendidos –por el órgano competente, según el principio de intermediación– en las sucesivas etapas procesales ayudan a la configuración fenoménica de dicho “*institutional fact*” (acerca del multifacético concepto, cfr. MACCORMICK, N. / WEINBERGER, O. *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*. Dordrecht: Springer-Science+Business Media, 1986; y SEARLE, J. R. *The Construction of Social Reality*. Nueva York: Simon & Schuster, 1995) en el que consistirá el objeto del enjuiciamiento; véase *infra* el desarrollo de esta idea, en el marco de mi propuesta sobre el método pertinente para la concreción de las sanciones, en los epígrafes 2 y 3 del Capítulo VI.

<sup>125</sup> Por ejemplo, en el delito de detenciones ilegales, el tipo básico es el del art. 163.1 CP (“El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con [...] prisión de cuatro a seis años”); el subtipo atenuado se halla en el segundo apartado del citado precepto (“Si el culpable diera libertad al encerrado [...] dentro de los tres primeros días [...], sin haber logrado el objeto que se había propuesto, se impondrá la pena inferior en grado”), y el art. 166.1 señala uno de los múltiples subtipos agravados (“El reo [...] que no dé razón del paradero de la persona detenida será castigado con [...] prisión de diez a quince años [...]).”

<sup>126</sup> Se trataría, entre otras, de aquellas atenuantes o agravantes genéricas que cualifican ciertos tipos –como sucede con la alevosía, el precio, la recompensa o la promesa y el ensañamiento en el asesinato (art. 139.1 CP)–, pero también de las circunstancias modificativas especiales que se asocian en la ley a los subtipos correspondientes –así, por todos, los nueve supuestos que aumentan la pena del hurto en el art. 235.1 CP (sustraer cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico; poner a la víctima, o a su familia, en grave situación económica; etc.), o la reducción del marco abstracto a la mitad superior en las lesiones o en el maltrato de obra en un contexto de violencia doméstica (153.3 CP), “cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza”.

<sup>127</sup> A tal respecto, cfr. por ejemplo SALINERO ALONSO, C. *Teoría general...*, 2000, pp. 28 y ss.; la autora considera que esos elementos son sustanciales al tipo delictivo, y no ya meramente accidentales, como lo serían las circunstancias modificativas genéricas de la responsabilidad criminal.

<sup>128</sup> Ello en virtud del llamado “principio de inherencia”, que se deriva de este modo del art. 67 CP: “Las reglas del artículo anterior no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse”. Así pues, según el 485.2 CP *in fine*, si concurren en un magnicidio (por la muerte de cualquiera de los ascendientes o descendientes del

Más aún, a veces se confía al juez la elección de la “clase”<sup>129</sup> de castigo, cuando el legislador prevé en el delito diferentes sanciones de modo alternativo; también si se pueden asignar consecuencias cumulativas y accesorias<sup>130</sup>. Pese a no ser una técnica predominante en nuestro código<sup>131</sup>, sí existe un obstáculo inherente a la naturaleza del trabajo en beneficio de la comunidad (como pena privativa de otros derechos que requiere siempre el consentimiento del sujeto condenado). Es cierto que hace falta una salida tipificada ante el rechazo del reo, tras haber optado el tribunal por aquel castigo comunitario<sup>132</sup>; pero lo relevante aquí es que se trata de una primera decisión donde el margen de arbitrio del sentenciador se amplía –considerablemente–, hasta escoger a discreción la forma sancionatoria.

Segundo, el juez debe establecer el marco del hecho<sup>133</sup> objeto del enjuiciamiento, según la configuración fenoménica de aquellos grupos de casos que vienen ya predeter-

---

Rey o de la Reina, del consorte del Monarca, del Regente o bien de algún miembro de la Regencia) “dos o más circunstancias agravantes, se impondrá la pena de prisión de veinticinco a treinta años”; entonces, al juez ya no le será posible apreciar tales elementos accidentales en las sucesivas decisiones de la concreción del castigo.

<sup>129</sup> En ese sentido debe entenderse la expresión del art. 71.1 CP, como la tipología de sanción.

<sup>130</sup> Las alternativas se utilizan sobre todo en infracciones de escasa gravedad; por ejemplo, la venta ambulante de películas o de series sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual –conocida como “top manta”– está castigada con la pena de multa (de uno a seis meses) o la de trabajos en beneficio de la comunidad (de 31 a 60 días), “atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico obtenido” –o del potencial (art. 270.4 *in fine*). Por otra parte, las sanciones cumulativas de imposición facultativa son bastante infrecuentes en el Código vigente; sería el caso de la privación de la patria potestad –o de la inhabilitación especial para un empleo o cargo público (o bien para el ejercicio de profesión u oficio)– por un tiempo de seis meses a seis años, contenida en el art. 192.3 CP para todos los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales cuando ello resulte oportuno. Finalmente, la condena a ciertas penas accesorias queda en manos del sentenciador; así sucede en el art. 57.1, con las llamadas “prohibiciones victimológicas” del art. 48, o en el art. 55, con la privación de patria potestad como aneja a la prisión igual o superior a diez años.

<sup>131</sup> En un sistema de concreción del castigo –tradicionalmente– tan rígido como el español, sería una buena manera de seguir abriendo espacios al ejercicio de la discrecionalidad reglada del juzgador, en la línea de las últimas reformas del Código. A favor de extender este modelo de sanciones tipificadas con carácter disyuntivo se posicionan CID MOLINÉ, J. / LARRAURI PIJOAN, E. (coords.). *Jueces penales y penas en España*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002, pp. 114-115.

<sup>132</sup> Hay diversas variantes con las que el legislador articula alternativas para cubrir ese vacío. En las lesiones de menor gravedad, el maltrato de obra, las amenazas leves o las coacciones perpetradas en un entorno doméstico, se contempla la pena de trabajos en beneficio de la comunidad junto con la de prisión (arts. 153.1, 171.4 y 172.2 CP); por otra parte, aquélla unida a la multa se prevé en el robo o hurto de uso de vehículos (art. 244.1). E incluso las tres a la vez se hallan en algunos delitos contra la seguridad vial (arts. 379 y 384), precisamente en las situaciones donde mayor libertad se concede al juez durante esta fase decisoria.

<sup>133</sup> Utiliza dicho término Ramon RAGUÉS I VALLÈS (“§ 17 Anexo: la determinación de la pena”, en BALDÓ LAVILLA, F. [coord.]. *Casos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales. Parte general*. Barcelona: Bosch, 2ª ed., 1997, pp. 510-514), aunque sólo referido a la aplicación de los preceptos relati-

minados en la ley; para ello hay que aplicar las reglas dispuestas al efecto, y que el Código ordena en dos niveles. En el Libro II, en ocasiones existen cláusulas que modifican la horquilla abstracta a raíz de algunos elementos fácticos<sup>134</sup>. En el Libro I, los arts. 73 y siguientes acogen pautas especiales referidas a los concursos delictivos<sup>135</sup>, a la unidad típica de acción<sup>136</sup>, o a la acumulación jurídica de penas de prisión cumplidas de modo sucesivo<sup>137</sup> (con límites temporales máximos<sup>138</sup>). Y, asimismo, tres reglas generales se articulan sobre lo prescrito en el art. 61 CP, con el fin de adaptar el marco –inicialmente previsto para el autor de una infracción consumada– al grado de ejecución (art. 62) y/o participación (arts. 63 y 65.3) reflejado en el ilícito del supuesto.

Al respecto, nuestra doctrina mayoritaria señala que tales mandatos contienen normas para extender la tipicidad<sup>139</sup> a contextos que no son paradigmáticos de aquel castigo usualmente indicado en la ley. Pero no es la única interpretación posible: si circunscribimos el precepto a su ubicación sistemática, el art. 61 “se entiende” como mero patrón para aplicar las penas<sup>140</sup>, y no exigiría adoptar un “concepto restrictivo” de autor<sup>141</sup>. Así,

---

vos al elemento fáctico: la tentativa (art. 62 CP), el llamado “delito patrimonial masa” (art. 74.2 CP) y ciertas reglas del Libro II (*verbi gratia*, los actos preparatorios punibles).

<sup>134</sup> En el ámbito de la seguridad vial –tal como pasa en otros lugares–, los delitos previstos en los arts. 379, 383, 384 y 385 CP permiten “rebajar en un grado la pena de prisión en atención a la menor entidad del riesgo causado y a las demás circunstancias del hecho” (art. 385 ter).

<sup>135</sup> También hay reglas concursales adicionales dispersas por la ley; por ejemplo, “cuando con los actos sancionados en los artículos 379, 380 y 381 se ocasionare, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo constitutivo de delito [...], los Jueces o Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior [...]” (art. 382). Y lo mismo ocurre en el art. 343.2 CP, para delitos de riesgo catastrófico nuclear o radiactivo.

<sup>136</sup> Acerca de dicha cuestión, véanse –por todas– las siguientes dos monografías: CARRANZA TAGLE, H. A. *Introducción al concurso de delitos. Criterios sobre unidad y pluralidad delictiva*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2011; y SANZ MORÁN, Á. J. *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1986.

<sup>137</sup> Extensamente sobre ello, cfr. LÓPEZ CERRADA, V. M. “La acumulación jurídica de penas”, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Nº 250, 2004, pp. 9-72. Críticos con la postura mayoritaria escriben ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C. “La «nueva» refundición o acumulación de condenas: el olvido lamentable del principio de legalidad”, en *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 89, 2006, pp. 133-152; y MARTÍNEZ ARRIETA, A. “La refundición de penas: una interpretación alternativa”, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. / ZUGALDÍA ESPINAR, J. M<sup>º</sup>. (coords.). *Dogmática y ley penal (Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo). Volumen I*. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp. 473-482.

<sup>138</sup> En este caso excepcional se interrumpe bruscamente el proceso de concreción, fijado ya el castigo final en el tope previsto.

<sup>139</sup> Por todos, véanse LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *Derecho penal. Parte general. Volumen III: Los fundamentos de extensión de la tipicidad*. Madrid: Leynfor Siglo XXI, 2001, *passim*; y BACIGALUPO ZAPATER, E. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Hammurabi, 2<sup>a</sup> ed., 1999, p. 461 y ss.

<sup>140</sup> De acuerdo con esta conclusión se expresa PÉREZ DEL VALLE (*Lecciones...*, 2016, p. 335).

<sup>141</sup> En discrepancia con este planteamiento doctrinal casi hegemónico en España, cfr. PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, pp. 279 y ss.

comparto la postura de PÉREZ DEL VALLE, al considerar “impropia” la determinación del marco del hecho que modera la sanción en tipos de tentativa o complicidad<sup>142</sup>. En efecto, todas las reglas en tal fase decisoria –las específicas y genéricas– “no cuantifican la culpabilidad en [un] sentido estricto”<sup>143</sup>, sino que obligan al juez a ajustar ese reproche aún sin atender (de forma inmediata) al grado de desprecio manifestado por el derecho.

Ya en tercer lugar, compete al tribunal fijar el marco penal específico con el que operar en la individualización ulterior, según una medida de la responsabilidad personal del reo –cuando se adecúa a los baremos estandarizados por el legislador. Para ello hay que aplicar, pues, los preceptos dispuestos en la Parte general con dicho fin, y que se agrupan en cuatro ámbitos complementarios. Los arts. 68 (eximentes incompletas), 66.1.2ª (dos o más atenuantes sin agravantes, o una muy cualificada), 66.1.7ª (si concurren circunstancias de signo contrario, al persistir un fundamento de disminución de la culpabilidad) y 14.3 (error de prohibición evitable) CP se reúnen en el “*topos*” de una mitigación privilegiada de castigo. Aquí la técnica conlleva descender –pero no siempre del mismo modo– la horquilla del hecho (arriba determinada); también hay cláusulas especiales de “cuantificación” legal que alteran, a la baja, los topes anteriores<sup>144</sup>.

En cambio, existen dos reglas de acrecimiento extraordinario de las sanciones: los arts. 66.1.4ª (varias agravantes sin atenuante) y 66.1.5ª (multirreincidencia) CP abren al juez la vía de la subida en grado –aunque con límites en el primer caso<sup>145</sup>. Y todas las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal restantes –esto es, las que aún no se hayan aplicado– sirven para estrechar con mayor rigor el marco penal concreto, reduciendo así la extensión a recorrer en fase de individualización a la mitad superior o la inferior. Los términos se enuncian en las pautas 1ª (sólo con una atenuante), 3ª (simplemente una o dos agravantes) y 7ª (cuando confluyen elementos opuestos, si tras la obligatoria ponderación resulta acreditado un aumento de culpabilidad) del art. 66.1 CP, que preparan la horquilla definitiva –previa a la elección razonada del *quantum*.

---

<sup>142</sup> Según afirma –en su manual– Carlos PÉREZ DEL VALLE (*Lecciones...*, 2016, p. 335), tales preceptos responden únicamente a “[...] la definición de la pena a imponer para tipos de delitos distintos del delito consumado”.

<sup>143</sup> PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, p. 229.

<sup>144</sup> Entre otras, es la enunciada así en el art. 172.2 *in fine*: “[...] el Juez o Tribunal, razonándolo en [la] sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado” a la ya escogida (entre las dos alternativas del tipo legal). Una regla que se reproduce, de modo idéntico, en el actual art. 153.4 CP, respecto del delito de lesiones menos graves o maltrato de obra en el ámbito doméstico.

<sup>145</sup> “Cuando concurren más de dos circunstancias agravantes y no concorra atenuante alguna, podrán aplicar la pena superior en grado a la establecida por la ley, en su mitad inferior”.

Además, ante la ausencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, la regla sexta de la norma citada le otorga al tribunal libertad de movimientos, dentro del marco obtenido con las operaciones anteriores. En tal caso, pasaríamos a la segunda etapa de concreción del castigo, manejando una penalidad que (a veces) puede no haber variado desde la inicialmente prevista –por el tipo legal. Para zanjar esta fase de la determinación, el apartado octavo del art. 66.1 CP<sup>146</sup> contiene un criterio subsidiario, pero que (no obstante) rige en todo momento: al rebajar diversos grados –por aplicación de las pautas establecidas en el Código–, el juez ya no queda sometido a hacer ninguno de los ajustes internos en la horquilla final que vengán fijados por mandato legislativo. De ese modo, los elementos accidentales apartados pueden orientar en la individualización que se haga a posteriori.

De la exposición precedente se deduce que en ocasiones podrían concurrir varias reglas de determinación en un mismo supuesto de hecho. Ahora bien, tal coincidencia sólo implica un problema cuando aquéllas disponen operaciones “cualitativas” o “cuantitativas”<sup>147</sup> de un “signo” contrario<sup>148</sup>, y si debemos combinar pautas de distinta naturaleza

---

<sup>146</sup> El precepto se introdujo “*ex novo*” en la reforma penal operada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros; el Código incorporó así la línea jurisprudencial predominante en años anteriores, cuando el Tribunal Supremo abogaba por asignar este colosal margen de discrecionalidad al órgano sentenciador –véanse, por todas, las SSTS 163/1997, de 17 de enero; 431/1995, de 31 de enero; 7571/1991, de 27 de septiembre; o la de 14 de abril de 1989.

<sup>147</sup> La distinción entre operaciones cualitativas y cuantitativas de determinación penal es una postura extendida en la doctrina española, siguiendo el modelo expositivo de MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN (*Derecho penal...*, 9ª ed., 2015, pp. 573 y ss.) –y que ya analizamos *supra*, en el primer epígrafe del Capítulo I. Usada en el mismo sentido, adoptan también la terminología –por todos– GÓMEZ RIVERO, Mª del C. (dir.). *Nociones...*, 3ª ed., 2015, pp. 468 y ss.; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. “Lección 17...”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (dir.). *Lecciones...*, 2ª ed., 2015, pp. 259 y ss.; y BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 43 y ss. En cambio, ZÁRATE CONDE / GONZÁLEZ CAMPO (*Derecho penal...*, 2015, pp. 485 y ss.) reservan el adjetivo “cualitativa” para la elección del castigo a imponer –cuando hay alternativas, cumulativas o accesorias facultativas–, y amplían el ámbito de la concreción “cuantitativa” a todas las reglas de dosimetría establecidas en el Capítulo II del Título III del Libro I del Código.

<sup>148</sup> En efecto, salvo en contados preceptos –limitados a que el tope superior sea exactamente el doble del inferior, en todas las sanciones; entre otras, las penas cumulativas de prisión de uno a dos años y multa de seis a doce meses, en los arts. 261 y 514.2 CP– no será equivalente subir primero en grado y luego bajar que hacerlo a la inversa.

Veámoslo con un ejemplo: tomando el delito de homicidio como tipo legal básico (prisión de diez a quince años), si aumentamos (de quince años a veintidós años y seis meses) y reducimos –de manera sucesiva–, ese marco resultante es de siete años y seis meses a quince años. En cambio, si descendemos (de cinco a diez años) y a continuación elevamos, la horquilla definitiva quedará entre los diez y quince años –como lo era la inicial. Pero esta última casualidad me obliga a aclarar que las operaciones aritméticas contrarias no siempre se contrarrestan, volviendo al punto de partida: ya pasó en la primera opción planteada arriba, y sucede también en todos aquellos casos en los que el límite superior del marco abstracto no sea igual al inferior incrementado en un 50%.

aritmética<sup>149</sup>, pues no existe un orden –legalmente instaurado– para aplicar de manera cumulativa múltiples preceptos<sup>150</sup>. Y, por otra parte, en este periodo hay dos regímenes excepcionales: al cuantificar las sanciones de los delitos leves<sup>151</sup> o imprudentes el marco específico se fija prescindiendo de atenuantes y agravantes<sup>152</sup>. Entonces la ley amplía con buen criterio el margen de maniobra de los tribunales<sup>153</sup>; y eso mismo (aún en mayor medida) sucede con la multa proporcional, para cuya determinación arguyo que el art. 52 crea un procedimiento “autónomo”<sup>154</sup> sujeto a consideraciones *ad hoc*<sup>155</sup>.

Tras haber concretado un marco penal según los tres niveles explicados *supra*, el proceso decisorio entra en la segunda fase: toca ahora individualizar la sanción final que

---

Por otra parte, nunca quedará inalterada la horquilla inicial al recortarla dos o más veces –ni siquiera cuando en primer lugar se calcula la mitad inferior y después la superior, o viceversa–, y el orden de aplicación de las reglas tiene la misma importancia que antes, a los efectos penológicos: el reo se beneficia de dar prioridad al estrechamiento por abajo.

<sup>149</sup> Esto es, si concurren normas que prevén rebajas o subidas en grado junto con otras que establecen el manejo de alguna de las mitades del marco correspondiente. En tal tesitura, se verifican –e incluso se acentúan todavía más– las discrepancias existentes; y ello porque ya dije que las operaciones de reducción de las horquillas implican, por defecto, una alteración irreversible de los topes sobre los que se practica el cómputo sancionatorio. Algo que, dicho sea de paso, comprime la extensión penal en la que se mueve el libre margen judicial.

<sup>150</sup> En tanto que un ámbito que el Código deja en manos del órgano sentenciador, postergo mi propuesta de prelación (respecto del orden entre reglas de aplicación concurrente en el caso) al epígrafe III.2, dedicado al albedrío judicial en el vigente paradigma de la concreción penal.

<sup>151</sup> En base a la nueva categoría de ilícitos creada a partir de la reforma penal de 2015, y tras la eliminación de las faltas del sistema penal con la derogación del Libro III del Código.

<sup>152</sup> Así, el art. 66.2 CP señala que “los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior”.

<sup>153</sup> Según explica Carlos PÉREZ DEL VALLE (*Lecciones...*, 2016, p. 336) en su manual, acerca de estos ilícitos “[...] no hay reglas de determinación del marco penal de acuerdo con las circunstancias agravantes y atenuantes[,] que permiten una cuantificación de la culpabilidad [...]. En otras palabras: en delitos leves e imprudentes, el juez debe individualizar la pena sobre el marco previsto en la Parte especial”.

<sup>154</sup> PÉREZ DEL VALLE (*Lecciones...*, 2016, pp. 339-340) respalda con perspicacia –pero no exenta de visión crítica– la alta discrecionalidad ofrecida al tribunal: el modelo proporcional “carece de un mecanismo como la cuota diaria, [...] que logra este objetivo [adecuarse a la realidad pecuniaria del reo] de forma indirecta [...]. La duda surge en relación con el art. 62 CP, y no tanto por la atenuación como por la justificación de una pena de multa si el delito no ha causado daños o beneficios [–]y si no se ha afecta[do] a los derechos sobre el objeto del delito”.

<sup>155</sup> En la misma línea, PÉREZ DEL VALLE (*Lecciones...*, 2016, p. 339) afirma lo siguiente:

“[...] una consecuencia clara de este planteamiento es la exclusión del sistema [general] de determinación del marco penal previsto en los arts. 61 a 70 CP: el juez individualiza la pena sobre toda la extensión prevista para la multa en la Parte especial del CP para el delito en concreto; y, en esta decisión, el juez debe[erá] considerar [en su conjunto] la concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes[,] y la situación económica del condenado. Sin embargo, no está ligado por las reglas de determinación del marco penal en ningún caso, pero también existe la posibilidad de reducción de la cuantía de forma excepcional si empeora la situación económica [...] (art. 52.3 CP)”.

se impone al condenado, dentro de la horquilla específica resultante. Aquí el juez debe elegir (razonadamente<sup>156</sup>) el *quantum* del castigo, y ese dictamen ya está condicionando, de una manera necesaria, la posible apertura de la última etapa. En efecto, siempre y cuando la penalidad fijada en la determinación así lo permita, un órgano sentenciador puede abrir la puerta a una prisión inferior al mínimo señalado en la ley –en cada caso– para la sustitución o la suspensión. Pero a la hora de cuantificar la magnitud de las penas (principales y accesorias), en principio no existen cánones normativos a los que sujetarse de modo estricto<sup>157</sup>, más allá de la regla sexta del art. 66.1 CP.

“Cuando no concurren atenuantes ni agravantes[, los tribunales] aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, [y] en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho”, reza el referido precepto. Entonces, así enunciada esa pauta de concreción, una interpretación literal y sistemática nos llevaría a concluir que sólo debiera regir en aquellos supuestos taxativamente contemplados; esto es, si después de fijar el marco fáctico la fenomenología del caso no plantea ningún elemento accidental a considerarse en la determinación<sup>158</sup>. Sin embargo, es razonable sostener aquí una hermenéutica extensiva<sup>159</sup> que persuada al juez para apoyarse en los criterios arriba mencionados, como factores (subsidiarios) que dirijan su labor individualizadora.

En este sentido concuerda la doctrina mayoritaria en España<sup>160</sup>, que aboga por el uso lato de aquellos aspectos de juicio del art. 66.1.6ª CP; y ello en tanto son las “referen-

---

<sup>156</sup> En ese ámbito de la individualización se enuncia así el mandato del art. 72 CP: “Los jueces o tribunales, en la aplicación de la pena, con arreglo a las normas contenidas en este capítulo, razonarán en la sentencia el grado y extensión concreta de la impuesta”. Un precepto que sirve sin duda para reforzar ahora el deber genérico de motivación derivado del art. 120.3 CE.

<sup>157</sup> Directamente a favor de que el legislador español incorpore un catálogo de los criterios explícitos a partir de los cuales cuantificar las sanciones se han posicionado –desde siempre– Carlos María LANDECHO VELASCO y Concepción MOLINA BLÁZQUEZ (*Derecho penal...*, 9ª ed., 2015, p. 595), para quienes “habría sido conveniente” establecerse una disposición de carácter general con factores concretos de individualización, en la línea del § 46 StGB alemán.

<sup>158</sup> De igual modo, y en un sentido muy crítico con la regulación actual, Antonio OBREGÓN GARCÍA (“Determinación...”, en MOLINA BLÁZQUEZ, Mª C. [coord.]. *La aplicación...*, 2005, p. 95) entiende que la vigente regla del art. 66.1.6ª CP es difícilmente aplicable en todos los casos.

<sup>159</sup> Pero en contra de ello se expresan, o al menos de una manera implícita, Francisco MUÑOZ CONDE y Mercedes GARCÍA ARÁN (*Derecho penal...*, 9ª ed., 2015, p. 581) –aunque en ciertos lugares bien podría interpretarse otra cosa.

<sup>160</sup> A este respecto, cfr. –por todos– PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, p. 337; MIR PUIG, S. *Derecho penal...*, 10ª ed., 2015, p. 770; MOLINA FERNÁNDEZ, F. / MENDOZA BUERGO, B. “Lección 10...”, en LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A. (coord.). *Introducción...*, 2ª ed., 2015, p. 351; ORTS BERENGUER, E. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Compendio...*, 5ª ed., 2015, p. 467; GÓMEZ RIVERO, Mª del C. (dir.). *Nociones...*, 3ª ed., 2015, p. 469; Díez RIPOLLÉS, J. L. *Derecho penal...*, 4ª ed., 2016, pp. 766-767; NÚÑEZ FERNÁNDEZ,

cias específicas”<sup>161</sup> legalmente previstas para la cuantificación de la pena. Así pues, las circunstancias personales del reo y la gravedad de su ilícito se configuran como dos únicos cánones complementarios sobre los que hay acuerdo respecto de su consideración en fase de individualización del castigo. En dicho momento decisorio encuentra su máxima expresión la discrecionalidad judicial, puesto que el órgano sentenciador es libre de escoger la cifra que desee, sin más limitaciones que ceñirse a los topes inferior y superior. La obligatoria motivación es una garantía procesal y material a favor del condenado, que –no en vano– refuerza el componente prudencial<sup>162</sup> del fallo final.

Ya medidas las consecuencias sancionatorias, llegará la definitiva (y última) etapa de la concreción penal; así pues, y tras elegir el *quantum*, en ocasiones se permite al tribunal optar por alguna de las varias formas de inejecución legal del castigo. Agrupadas conceptualmente en dos instituciones de contornos heterogéneos –la sustitución y la suspensión–, nuestro ordenamiento prevé cinco alternativas al cumplimiento penitenciario, algunas de las cuales están divididas –a su vez– en modalidades específicas (y con regímenes propios). *Grosso modo*, el contraste sustantivo entre ambas figuras es a priori claro: la primera supone un “canje” en la naturaleza jurídica del castigo, que ya no será de prisión<sup>163</sup>; la segunda implica interrumpir el encarcelamiento, en diferentes fases del proceso.

Sin embargo, ni siquiera esta distinción es indiscutible: de los dos mecanismos de sustitución contemplados en el Código vigente, sólo el del art. 71.2 conlleva perder de vista la ejecución penitenciaria, y pasar a cumplir otra pena distinta<sup>164</sup>. Pero en cambio la ex-

---

J. “Lección 32...”, en GIL GIL, A. *et alter. Curso...*, 2ª ed., 2015, p. 876; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. “Lección 17...”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (dir.) *Lecciones...*, 2ª ed., 2015, p. 266; BOLDOVA PASAMAR, M. Á. “Lección 6...”, en GRACIA MARTÍN, L. (coord.) *Lecciones...*, 5ª ed., 2016, p. 141; QUINTANAR DÍEZ, M. / ORTIZ NAVARRO, J. F. *Elementos...*, 2ª ed., 2015, pp. 200-201; MAPELLI CAFFARENA, B. *Las consecuencias...*, 5ª ed., 2011, p. 303; BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 43, 49, 201 y ss.; ROCA DE AGAPITO, L. *El sistema...*, 2007, p. 366; BOLDOVA PASAMAR, M. Á. “Capítulo VI...”, en GRACIA MARTÍN, L. (coord.) *Tratado...*, 2006, pp. 284-285; y LLORCA ORTEGA, J. *Manual...*, 6ª ed., 2005, pp. 105 y ss.

<sup>161</sup> PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, p. 337.

<sup>162</sup> Para un análisis con mayor detalle, en torno a esta conexión entre el arbitrio judicial y la virtud de la prudencia, véase *infra* (en el epígrafe III.1).

<sup>163</sup> Entonces, la sentencia condena a cualquiera de las tres alternativas que escoja el juez (multa, trabajos comunitarios o localización permanente), y el procedimiento de ejecución será el correspondiente a la regulación del castigo sustitutivo.

<sup>164</sup> De tal modo que, ante la futura resistencia del reo, el quebrantamiento de condena lo será por la nueva sanción impuesta: si ésta es de multa o trabajos en beneficio de la comunidad, el art. 468.1 CP sólo permitiría castigar con otra pena pecuniaria –de doce a veinticuatro meses– ese delito cometido. Así, únicamente cuando la consecuencia inicial se sustituya por localización permanente, la interpre-



pulsión de extranjeros no permite dicha conclusión tan tajante, por dos motivos: cuando no sea posible efectuar ese “destierro”, la condena se realiza o se suspende normalmente en España (89.8); y, si el extranjero regresa antes de tiempo, cumplirá la prisión impuesta *ab initio*<sup>165</sup> (89.7). Es por eso que Carlos PÉREZ DEL VALLE cataloga este supuesto como algo “impropio”<sup>166</sup> y lo engloba en el ámbito del llamado “derecho de policía” –en terminología administrativa, son disposiciones para la protección estatal contra riesgos sociales identificables<sup>167</sup>.

La otra gran diferencia entre sustitución y suspensión atañe al componente de arbitrio judicial implicado: de entrada, los dos tipos de aquélla son obligatorias, mientras que las tres variantes de ésta son de una concesión facultativa (por el órgano competente). En efecto, en la prisión inferior a tres meses, el reemplazo es imperativo –eso sí, a escoger libremente entre multa, trabajo comunitario, o localización permanente–; y sobre los extranjeros, la reforma de 2015 constriñe la discrecionalidad en el modelo actual<sup>168</sup>, al introducir restricciones que han hecho ya de la expulsión un expediente ambiguo (y heterogéneo)<sup>169</sup>. Por el contrario, las interrupciones totales<sup>170</sup> o cautelares<sup>171</sup> de la ejecución

---

tación extensiva del precepto citado (“si estuvieran privados de libertad”) autoriza al sentenciador a asignar “prisión de seis meses a un año”.

<sup>165</sup> “[...] salvo que, excepcionalmente, el juez [...] reduzca su duración cuando su cumplimiento resulte innecesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la norma [...], en atención al tiempo transcurrido [...] y [a] las [restantes] circunstancias”.

<sup>166</sup> Véase PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, pp. 347-348.

<sup>167</sup> Así, frente al mecanismo para evitar las condenas cortas a prisión, el art. 89 CP contiene una medida de prevención de peligros genéricos. Sobre este último precepto, el citado autor acierta al desvincularlo de la concreción del castigo *stricto sensu* (esto es, la medida de la culpabilidad del autor): tal norma tiene “como única excepción a la expulsión que haya razones justificadas para el cumplimiento de la sentencia en un centro penitenciario español [...]; por [lo] tanto, al decidir [...] nada interesa una valoración individualizada del sujeto, que es característica del sistema penal [...]” (PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, p. 348).

<sup>168</sup> Con una visión crítica y multidisciplinar acerca de esta figura, cfr. –recientemente– BOZA MARTÍNEZ, D. *La expulsión de personas extranjeras condenadas penalmente: el nuevo artículo 89 CP*. Pamplona: Aranzadi, 2016.

<sup>169</sup> Más adelante profundizaré en la institución, junto con otras de esta fase de inejecución penitenciaria, por cuanto contienen elementos de libre decisión judicial; cfr. *infra*, el epígrafe III.3.

<sup>170</sup> El nuevo régimen unitario (ex arts. 80 a 87 CP) se divide en cuatro modalidades, cada una con particularidades, si bien hay requisitos y condiciones comunes, y reglas de aplicación general.

<sup>171</sup> Son dos los mecanismos estipulados: tras una solicitud de indulto (art. 4.4 *in fine* CP: “También podrá el Juez [...] suspender la ejecución de la pena, mientras no se resuelva sobre el indulto[,] cuando, de ser ejecutada la sentencia, la finalidad de éste pudiera resultar ilusoria”) y si pende la resolución de un recurso de amparo, según lo previsto en el art. 56 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional –en su párrafo segundo, reza así el precepto:

“Ello no obstante, cuando la ejecución del acto o sentencia impugnados produzca un perjuicio al recurrente que pudiera hacer perder al amparo su finalidad, la Sala, o la Sección en el supuesto del artículo 52.2 [LOTIC], de oficio o a instancia del recurrente, podrá disponer la

penitenciaria se dejan a juicio del órgano competente, mientras que las de carácter parcial<sup>172</sup> poseen un régimen mixto; de todo eso hablaré con más detalle en el próximo capítulo.

Antes de acabar el epígrafe, quiero poner de relieve una interesante aporía que se produce en la praxis forense, cuando el órgano competente para ejecutar una condena firme se encuentra ante determinadas situaciones de suspensión de la misma. Me refiero a casos donde se ha impuesto más de una pena en la sentencia, pues a la prisión principal acompañan otras, con distinta naturaleza jurídica. Entonces, ¿ha de interrumpirse también el cumplimiento de las sanciones diferentes a la de cárcel? De entrada, la respuesta varía en función de su tipología: si son cumulativas, no hay razón para defender que la inexecución penitenciaria de la privación de libertad acarrea *per se* la de castigos con índole disímil<sup>173</sup>; en cambio si son accesorias la solución es discutible, en tanto que su existencia se liga intrínsecamente a aquélla<sup>174</sup>. Sea como fuere, creo que los arts. 80 a 87 CP sólo explican la no reclusión del reo; cabría ejecutar lo “realizable” por vías alternativas, en forma directa o condicionada a la suspensión<sup>175</sup>.

### 3. Recapitulación: último paso hacia un “paradigma” diverso

Por el momento, en la Primera Parte de la tesis he tratado de justificar la necesidad de un cambio de arquetipo metodológico a la hora de abordar el estudio analítico y sistemático de la labor jurisdiccional de concreción del castigo. Así, corresponde ahora con-

---

suspensión, total o parcial, de sus efectos, siempre y cuando la [dicha] suspensión no ocasione perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido, ni a los derechos fundamentales o libertades de otra persona”.

<sup>172</sup> Existen ahora tres modalidades de la suspensión parcial: la del art. 60.1 CP (si, después de la sentencia firme, se aprecia en el reo “una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido” de su castigo), la del art. 99 (con el sistema vicarial, cuando alzadas las medidas resultaría contraproducente cumplir la condena), y la libertad condicional.

Sobre esta última, que ha sido novedosamente catalogada como clase de inexecución (“del resto de la pena de prisión”), en la doctrina se critica con amargura dicha “mutación” de su naturaleza jurídica. Sin embargo, en otro lugar trataré de hacer comprensible la legislación positiva (en sus cinco formas y con las exigencias allí contempladas), en el marco de la concreción discrecional del castigo.

<sup>173</sup> Por ejemplo, en el delito societario del art. 290 CP, si el sentenciador suspende la pena de prisión inferior a dos años, el reo habrá de pagar sin duda la multa a la que fue igualmente condenado.

<sup>174</sup> Verbigracia, ello sucede con la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de una condena (art. 56.1.2º CP) a privación de libertad que finalmente se inexecuta.

<sup>175</sup> Así, en efecto, el juez puede acordar cualquier tipo de prohibiciones y deberes (art. 83.1 CP), entre lo que se incluye –obviamente– obligar al reo a cumplir con otras penas (cumulativas o accesorias).

solidar lo antedicho y plantear un camino “alternativo” a recorrer<sup>176</sup>, con tal de abrir las puertas a lo que vendrá después. Para ello, me parece acertado recoger (justo a continuación), en dos esquemas sintéticos, las aportaciones más destacadas de mi propuesta conceptual y estructural –que, a la vez, resumen los niveles argumentativos explicados *supra*. Se trata de reforzar, con la perspectiva visual, dos conclusiones preliminares de la investigación: la elección del *quantum* penal es tarea exclusiva de los órganos correspondientes del Poder Judicial; y ésta se ejerce de modo “arbitrado”<sup>177</sup>, en un proceso decisorio global pero dividido a efectos dogmáticos en tres fases sucesivas.

**Esquema 1. TAXONOMÍA EN LA IMPOSICIÓN DE LA PENA,  
DESDE UNA APROXIMACIÓN COMPETENCIAL**

<b>Poder legislativo</b>	Promulgación de normas penales	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Penalidades abstractas en los tipos delictivos</li> <li>- Reglas de “aplicación” (generales y especiales)</li> </ul>
<b>Jurisdicción ordinaria</b>	<u>Concreción judicial de las sanciones</u>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Proceso decisorio para medir el <i>quantum</i> penal: grado de la culpabilidad</li> <li>- Método fenomenológico</li> </ul>
<b>Adm. Penitenciaria (y control del JVP)</b>	<i>Ejecución y cumplimiento penitenciario</i>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Clasificación y régimen (cerrado, ordinario y abierto)</li> <li>- Tratamiento penitenciario</li> <li>- Permisos y beneficios</li> </ul>

<sup>176</sup> No obstante, soy consciente de que mi postura no es del todo original ni revolucionaria; al contrario, pretendo recuperar un “equilibrio” entre elementos siempre presentes, pero que un enfoque positivista dominante había relegado al “olvido”. En efecto, nos advierte con gran tino NIETO GARCÍA (*El arbitrio...*, 2000, p. 17) de que “[...] en Derecho es imposible decir algo rigurosamente nuevo[,] y de lo que se trata, más bien, es de establecer conexiones modestamente inéditas de [algunos] viejos fenómenos [latentes,] que gracias a ellas pueden explicarse mejor”.

<sup>177</sup> Tomo la expresión de la genial monografía de Alejandro NIETO GARCÍA (*El arbitrio...*, 2000, p. 221), para significar una decisión adoptada mediante “el uso adecuado del arbitrio judicial” (p. 63).

**Esquema 2. UNA EXPOSICIÓN ANALÍTICA: LAS TRES FASES  
DEL PROCESO DE CONCRECIÓN DEL CASTIGO**

<b>Determinación del marco penal</b>	<i>Marco abstracto</i> (penalidad típica)	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Precepto de subsunción (tipo básico, o subtipos)</li> <li>- Sanciones alternativas, cumulativas y accesorias</li> </ul>
	<i>Marco del hecho</i> (configuración fenomenológica del caso)	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Reglas “impropias” de la Parte especial y general:                             <ul style="list-style-type: none"> <li>· cláusulas del Libro II</li> <li>· arts. 73 a 78 bis CP</li> <li>· arts. 62, 63 y 65.3</li> </ul> </li> </ul>
	<i>Marco específico</i> (“medida” legal de la culpabilidad)	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Atenuación privilegiada: arts. 14.3, 68, y 66.1.2ª y 7ª; y otras cláusulas del Libro II</li> <li>- Agravación cualificada: arts. 66.1.4ª y 5ª</li> <li>- Circunstancias restantes: arts. 66.1.1ª, 3ª y 7ª</li> <li>- Dos pautas subsidiarias: arts. 66.1.6ª y 8ª</li> </ul>
	<i>* Regímenes excepcionales</i>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Multa proporcional (art. 52 CP)</li> <li>- Delitos leves e imprudentes (61.2)</li> <li>- “Penas” de personas jurídicas (66 bis)</li> </ul>

<b>Individualización de la pena final</b>	Quantum <i>en la sentencia condenatoria</i>	- Dentro del marco específico, elección razonada y motivada (según los criterios orientadores del art. 66.1.6ª CP)
<b>Inejecución penitenciaria</b>	<i>Sustitución</i>	a) De penas cortas de prisión (71.2 CP)
		b) "Impropia": expulsión (89 y 108 CP)
	<i>Suspensión</i>	<u>Total</u> : cuatro modalidades (arts. 80-87 CP)
		<u>Parciales</u> : libertad condicional (90-92 CP), trastorno sobrevenido (60.1) y sistema vicarial (99)
<u>Cautelares</u> : indulto (4.4 CP) y amparo (56 LOTC)		

Antes de acabar el capítulo, toca emprender el tercer y último estadio clasificatorio –de los referidos en el epígrafe I.2–, para completar las precisiones terminológicas en torno a la cuestión que aquí nos ocupa. Entonces, desde una perspectiva estrictamente “formal”<sup>178</sup>, las decisiones que toma el tribunal (en cualesquiera fases del proceso de con-

<sup>178</sup> En el sentido de la “causa formal” de la filosofía aristotélica; esto es, entendida como esencia de la cosa: el modo en el que la materia de la que está hecha se ordena e individualiza, y hace de aquélla algo singular (pero a la vez común a todo elemento con igual carácter) –a este respecto, véase LLOYD, G. E. *Aristóteles. Desarrollo y estructura de su pensamiento*. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2008, pp. 57-58.

En nuestro objeto de estudio, las actividades para concretar el castigo tendrán contornos diferentes en función de si se permite el ejercicio de mayores o menores dosis de arbitrio –y de cómo dicha discrecionalidad se haya llevado a cabo efectivamente.

creación del castigo) se dividen en tres tipos, atendiendo al margen del arbitrio atribuido y ejercido<sup>179</sup>. En este sentido, los preceptos del Código desglosan así (en su interior<sup>180</sup>) las alternativas posibles: hay reglas que mandan al juez –en imperativo<sup>181</sup>– realizar alguna operación aritmética o material<sup>182</sup>, pautas que facultan (*potestas*) para modular la clase y/o una magnitud sancionatorias<sup>183</sup>, e incluso normas mixtas –que aúnan ambas orientaciones<sup>184</sup>.

Respecto del objeto principal de la investigación en mi tesis, es imprescindible introducir ahora también una locución que emplearé con mucha frecuencia en adelante. Se trata de la idea de “decisión individualizadora”, que (no en vano) ya ha sido utilizada en el debate sobre dichos asuntos –si bien no exactamente con los matices metalingüísticos que expondré a continuación. Por ejemplo, la obra de DEMETRIO CRESPO recurre a tales palabras en varias ocasiones<sup>185</sup>, como un sinónimo de la labor judicial desempeñada en el ámbito de mi segunda fase para la concreción del castigo –i.e. fijar el *quantum* penal.

---

<sup>179</sup> De este modo, identifico tres niveles de “intromisión” legislativa en la labor jurisdiccional de cuantificación penal, dentro de las etapas sucesivas arriba detalladas, en función de cuál sea el margen decisorio que finalmente se otorga el sentenciador.

<sup>180</sup> En un modelo similar, el penalista italiano Hugo CONTI diferenciaba entre determinación abstracta y concreta, dividiendo a su vez ambas en una genérica y otra específica; cfr. CONTI, H. “La commisurazione della pena”, en PESSINA, E. (ed.). *Enciclopedia del Diritto penale italiano. Raccolta di monografie. Volume IV*. Milán: Società Editrice Libreria, 1910, pp. 813 y ss. Entonces, según GALLEGUO DÍAZ (*El sistema...*, 1985, p. 10), “la *determinación abstracta genérica* comprendería todo lo relativo a las nociones, especies [...] y límites de la pena; la *específica*, a la asignación [...] a los particulares delitos, así como a la valoración de las circunstancias influyentes en los mismos. La *determinación concreta*, en cambio, haría referencia a la aplicación al autor [...] de la pena señalada al delito. Aquí la *determinación genérica* se referiría a aquellas normas y reglas que afectan al modo de aplicación [...] en general, y la *específica*, a la aplicación de la pena al caso singular; es decir, a la verdadera medición” del reproche (la cursiva es del autor).

<sup>181</sup> Se utiliza el futuro simple del modo indicativo, como un tiempo verbal que expresa mandato: “será sancionado” o “se impondrá” son sin duda dos de las locuciones más recurrentes en el Código. Igualmente pasa cuando la ley concede mayor libertad al juez, pero en tales situaciones se emplea la perífrasis construida con el auxiliar “poder” –así, “podrá acordar”, “podrán decretar”, “podrá ordenar”, “podrán ser castigados”, “podrá imponer o no”, etc.

<sup>182</sup> Por ejemplo, será el caso del apartado primero del art. 66.1 CP: “cuando concurra sólo una circunstancia atenuante, [los tribunales] aplicarán la pena en la mitad inferior [...]”.

<sup>183</sup> Entre otras, las diversas disposiciones del texto vigente que permiten imponer alguna sanción acumulativa, tal y como sucede hoy con la inhabilitación especial para el ejercicio de profesión o industria, en el art. 298.2 CP.

<sup>184</sup> Verbigracia, cuando el art. 62 CP obliga a reducir esa horquilla inicial, pero permite hacerlo en uno o dos grados; o también cuando el art. 71.2 manda la sustitución de la prisión corta, si bien entre alguna de las tres alternativas allí citadas.

<sup>185</sup> Véase DEMETRIO CRESPO, E. *Prevención...*, 1999, pp. 34, 183 y 190; e, incluso, en las pp. 46, 173 y 265 se usa la expresión “labor individualizadora”. Del mismo autor, cfr. también “Notas sobre la dogmática de la individualización de la pena”, en *Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Vol. 21, Nº 67, 1999, pp. 32, 35, 38 y 42.

Asimismo, un sector doctrinal<sup>186</sup> y jurisprudencial<sup>187</sup> se refiere a la elección de la medida sancionatoria de igual modo, indicando que, en ese momento, la competencia estatal (o *ius puniendi*) se delega por completo en el sentenciador<sup>188</sup>.

Tal como la usaré aquí, esta noción de “decisión individualizadora” se proyecta en dos niveles sucesivos y complementarios. *Stricto sensu*, se limita sólo a la tarea de cuantificar cada sanción, dentro de los límites (superior e inferior) del marco específico obtenido tras aplicar las reglas de determinación pertinentes. Empero –*lato sensu* considerada–, aquella expresión puede abarcar además casi todos los aspectos que sean legalmente influyentes a la hora de conceder los mecanismos de inejecución penitenciaria. En el fondo, porque en ambos casos hablamos de cómo el juez ajusta la respuesta final –i.e., lo que en la práctica cumplirá el condenado– a un grado de la culpabilidad de ese autor, manifestado en sus circunstancias personales y en la gravedad del hecho cometido<sup>189</sup>.

No obstante, lo que marca la diferencia entre un sentido pleno o limitado en el empleo de la locución es ya evidente: en la etapa ulterior para concretar un castigo, el órgano competente debe siempre atender a un conjunto de criterios (*positivizados* en el Código), y algunos sobrepasan la perspectiva “individual”. Ello sucede sin duda con la finalidad esencial que rige en la suspensión total: “evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos” (art. 80.1). Un elemento que podría interpretarse<sup>190</sup> –aunque no necesari-

---

<sup>186</sup> Al respecto, véanse (entre otros) VAN WEEZEL DE LA CRUZ, A. “Compensación racional de atenuantes y agravantes en la medición judicial de la pena”, en *Revista chilena de derecho*, Vol. 24, N° 3, 1997, p. 464; y GARCÍA RAMÍREZ, S. “Desarrollo de los sustitutivos de prisión”, en VV. AA. *Las penas sustitutivas de prisión. Cuadernos para la reforma de la justicia. Volumen 2*. México, D.F.: UNAM, 1995, p. 52.

<sup>187</sup> Cfr. –por todas– las SSTS 464/2015, de 7 de julio (FJ 8°); 490/2014, de 17 de junio (FJ 20°); 991/2013, de 20 de diciembre (FJ 2°); 657/2012, de 19 de julio (FJ 3°); ó 522/2011, de 1 de junio (FJ 3°). Y, además, igualmente se manifiesta la STC 170/2004, de 18 de octubre (FJ 4°).

<sup>188</sup> En efecto, arguye la STS 1058/2007, de 12 de diciembre, “[...] que la decisión individualizadora del tribunal [de instancia] se halla librada a su exclusiva discrecionalidad” (FJ 8°).

<sup>189</sup> Sobre ello, véanse PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, pp. 228-229 y 337-339; o PÉREZ DEL VALLE, C. “La función...”, en VV.AA. *El arresto...*, 2002, pp. 31 y ss.

<sup>190</sup> Así se deduciría de la postura sostenida por MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN (*Derecho penal...*, 8ª ed., 2010, p. 569; mantengo la cursiva):

“La decisión judicial sobre la alternativa a la privación de libertad supone la individualización de la sanción oportuna[,] desde un punto de vista preventivo-especial, y considerando si la pena en cuestión es suficiente como para evitar un nuevo delito; [así pues,] la renuncia a la privación de libertad en tales supuestos se basa en la consideración de que la mejor manera de resocializar es evitar la desocialización. Éste es el sentido [último] que preside la valoración de las diferentes orientaciones[,] resumibles en las circunstancias del *hecho* y del *autor*, aunque respecto a este último se haya introducido alguna otra restricción[,] como las relativas a su reincidencia o su habitualidad”.

riamente— en aras de prescindir de la mayor o la menor responsabilidad subjetiva, en la toma de la decisión<sup>191</sup>. Según creo, tal exégesis es incorrecta, ya que descontextualizaría ese dictamen sobre no ejecución penitenciaria; así, al disociar la última fase del proceso y su marco global, contenido de la categoría dogmática de la medición punitiva.

Más claro me parece el caso de tener que valorar, al otorgarse la libertad condicional, “la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito” (art. 90.1 CP). Pues será muy difícil reconducir un elemento con una connotación tan preventivo general<sup>192</sup> a cualquier fenómeno relativo a las circunstancias individuales del interno. Y algo similar acaece con las sendas referencias a los “efectos que quepa esperar” de una suspensión total o parcial del cumplimiento en prisión, por cuanto admiten una “lectura” únicamente *consecuencialista*. Ahora bien, casi todos los factores que la ley sugiere tener en cuenta en aquellos momentos<sup>193</sup> responden a una lógica de base personalista; en eso radica la conexión sustancial entre la elección del *quantum* de castigo y la eventual inejecución penitenciaria<sup>194</sup>.

Y con este ulterior enfoque analítico entramos de lleno en el terreno del “nuevo” paradigma con el que afrontar la labor jurisdiccional de cuantificación del reproche penal. En ese sentido, se trata de un proceso decisorio —por tanto, de un conjunto de operaciones intelectualivo-volitivas y concatenadas— donde tercia en gran medida la discrecionalidad del órgano competente. Luego, es razonable que el estudio se encamine a continuación

---

<sup>191</sup> En contra, cfr. —por ejemplo— JAÉN VALLEJO, M. “Suspensión y libertad condicionales: dos formas de inejecución de la pena privativa de libertad”, en CANCINO MORENO, A. J. (comp.). *Derecho penal y sistema acusatorio en Iberoamérica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 29-54.

<sup>192</sup> Sobre ello, recordemos que para Hans WELZEL (*Derecho penal alemán. Parte general*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed., 1976, p. 3), “la mera protección de bienes jurídicos tiene sólo una finalidad de prevención negativa”; y frente a eso defiende una versión “positiva” de lo preventivo-general: “la vigencia inquebrantable” de normas y valores propios del derecho. Recientemente, véanse —en igual línea— PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, pp. 359 y ss.; o FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2007, pp. 304 y ss.

En cambio, a favor de una identificación entre la protección de bienes jurídicos y la necesidad preventivo-general, en tanto que fundamento legitimador del sistema sancionatorio, cfr. —por todos— DURÁN MIGLIARDI, M. “La prevención general positiva como límite constitucional de la pena. Concepto, ámbitos de aplicación y discusión sobre su función”, en *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile), Vol. 29, N° 1, 2016, pp. 281 y 285; y DEMETRIO CRESPO, E. *Prevención...*, 1999, pp. 50 y 220.

<sup>193</sup> En el art. 80.1 CP, son “[...] las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, [o] sus circunstancias familiares y sociales [...]”. Mientras que en el art. 90.1 se mencionan “[...] la personalidad del penado, sus antecedentes, [...] su conducta durante el cumplimiento de la pena, [o] sus circunstancias familiares y sociales [...]” como aspectos a ponderar.

<sup>194</sup> Tal como lo indica con acierto PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, pp. 338-339.



hacia estos dos conceptos clave: actividad sentenciadora del juez, y márgenes de arbitrio a tal efecto. Dos cuestiones muy interrelacionadas (y todavía digo más: intrínsecamente dependientes según veremos después), que nos abocarán a ese “arquetipo” metodológico que desarrollaré en la siguiente parte de la tesis.

Baste ahora con avanzar una breve justificación de dicho “cambio” de modelo analítico<sup>195</sup>, que va retomando forma en los últimos tiempos, para sobreponerse a un “legalismo” estricto. Lejos de ocuparme aquí de la crítica<sup>196</sup> y la posible superación “intrasis-témica”<sup>197</sup> del positivismo, me interesa identificar uno de los dogmas fundamentales de esta “ideología” aún imperante en la conciencia colectiva<sup>198</sup> de nuestros operadores jurídicos. Así lo resume Alejandro NIETO: “El Derecho [...] es la Ley [...]: una Ley soberana que no admite competidor; omnipresente, que todo ha previsto y regulado, y también autoritaria, puesto que exige obediencia absoluta –y en la que se cifra, en fin, la Justicia [...]”<sup>199</sup>. En tal paradigma no ha lugar el arbitrio de los tribunales, algo que en el mejor de los casos se silencia y esconde como si resultase obsceno y vergonzante<sup>200</sup>.

Frente a tal mentalidad común reduccionista, ya hace años el insigne administrativista se hizo eco de “un movimiento más amplio que hoy patrocina la cultura jurídica occidental”<sup>201</sup> –en especial, desde un ámbito anglosajón<sup>202</sup>–, capaz de reubicar a lo discrecional

---

<sup>195</sup> Pero sabiendo, eso sí, que “el paradigma jurídico de relevo tampoco puede ser [...] totalmente original, puesto que de ordinario recoge y reverdece hilos intelectuales [...] conocidos antes, pero que vivían soterrados y que con el cambio salen a la luz, se combinan de diferente manera y adquieren una relevancia singular” (NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, p. 30).

<sup>196</sup> Véase una síntesis del “estado de la cuestión” contemporáneo en CONTRERAS PELÁEZ, F. J. “El debate sobre la superación del positivismo jurídico”, en *Crónica Jurídica Hispalense*, Nº 5, 2007, pp. 471-502; y un resumen analítico en NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, pp. 34 y ss.

<sup>197</sup> Así, cfr. JIMÉNEZ CANO, R. M. *Una metateoría del positivismo jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2008; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í. *La excusa del positivismo*. Madrid: Civitas, 2007; WALUCHOW, W. J. *Positivismo jurídico incluyente*. Madrid: Marcial Pons, 2007; BULYGIN, E. *El positivismo jurídico*. México, D.F.: Fontamara, 2006; y DORADO PORRAS, J. *Iusnaturalismo y positivismo jurídico. Una revisión de los argumentos en defensa del iuspositivismo*. Madrid: Dykinson, 2004 –por todos.

<sup>198</sup> “Desde hace varias décadas, el paradigma dominante viene siendo objeto de una crítica implacable [...]. No obstante lo cual, [aquél] sigue manteniéndose por inercia[,] y hasta goza aparentemente de buena salud. Pero lo que [lo] hace inexpugnable [...] no son [los] argumentos técnicos sino el estar enraizado en el subconsciente [...] de los [juristas] prácticos, quienes se encuentran [...] muy cómodos en él” (NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, p. 33).

<sup>199</sup> NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, p. 16; nótese el uso de mayúsculas a lo largo de la cita.

<sup>200</sup> Con ejemplos concretos, véase NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, pp. 33 y ss.

<sup>201</sup> NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, p. 16.

<sup>202</sup> Cfr., entre otros, GELSTHORPE, L. / PADFIELD, N. (eds.). *Exercising Discretion*. Devon: Willan Publishing, 2003; HAWKINS, R. K. (ed.). *The Uses of Discretion*. Oxford: Clarendon Press, 1992; BARAK, A. *Judicial Discretion*. New Haven: Yale University Press, 1989; y DAVIS, K. C. *Discretionary Justice. A Preliminary Inquiry*. Baton Rouge, LA: Louisiana State University Press, 1969.

en la vida real del derecho<sup>203</sup>. “Una actitud de modernidad dudosa, sin embargo, puesto que [...] lo que [...] se pretende [...] no es reintroducir el arbitrio en la práctica forense [...] sino librarle de la clandestinidad[,] y devolverle la condición legal que ahora frívolamente se le niega”<sup>204</sup>. Porque, nos guste o no, toda “[...] decisión judicial implica, salvo excepciones, ejercicio de un cierto arbitrio, que es necesario [-]y, por ende, lícito”<sup>205</sup>.

“Aceptar la inevitabilidad y trascendencia del arbitrio [...] se inscribe [...] en una nueva concepción global del Derecho [...] que apunta a una traslación del epicentro del mundo jurídico [...] desde el Legislador al Juez”<sup>206</sup>. Una postura que comparte –igual, pero con un enfoque sociológico– Niklas LUHMANN; en “*Das Recht der Gesellschaft*”, asevera que “la decisión del tribunal tiene una posición central en todo el sistema”<sup>207</sup>. Ello se explica por el imperativo de resolver –la prohibición de “*non liquet*” (art. 11.3 LOPJ)–, que carga sobre el órgano competente el manejo práctico de una paradoja inherente: inclusive cuando hay ámbitos de incertidumbre normativa, ésta deberá transformarse en un fallo concreto y determinado, para zanjar (en última instancia) el conflicto<sup>208</sup>.

En definitiva, se trata de asumir con realismo un paradigma jurídico en el que el arbitrio de los tribunales recobre su rol primordial en la ciencia del derecho, en equilibrio analítico con la legalidad vigente<sup>209</sup>; algo sin duda “renovador”<sup>210</sup> pero no revolucionario, como dije antes. En efecto, porque los problemas para resolver son siempre los mismos: “Las cuestiones se abordan, por [lo] tanto, desde perspectivas diferentes con objeto de responder de la manera más adecuada y actual a las exigencias que van aparecien-

---

<sup>203</sup> En España varios autores han iniciado una insigne labor desde muy diversos campos de la praxis jurídica, sobre todo en las ramas administrativa (GARCÍA DE ENTERRÍA, BELTRÁN DE FELIPE, ALONSO MAS o DESDENTADO DAROCA) y constitucional (EZQUIAGA GANUZAS, IGARTUA SALAVERRIA o FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ); sin olvidar las aportaciones merced a la iusfilosofía (GARCÍA AMADO, ATIENZA RODRÍGUEZ, DE ASÍS ROIG, HERNÁNDEZ MARÍN o IGLESIAS VILA).

<sup>204</sup> NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, p. 16.

<sup>205</sup> *Ibid.*, p. 15.

<sup>206</sup> *Ibid.*, p. 16. Y ya también Luis RECASÉNS SICHES (“La logique matérielle du raisonnement juridique”, en HUBIEN, H. [ed.]. *Le raisonnement juridique*. Bruselas: Bruylant, 1971, p. 140) señala que “el derecho completo [...] es únicamente el de las decisiones judiciales” (la traducción del original es mía). A lo que añadiré, en otro lugar, que “la norma general suministra las directrices [abstractas] para que el órgano jurisdiccional elabore la norma jurídica individualizada” (RECASÉNS SICHES, L. *Introducción al estudio del derecho*. México, D.F.: Porrúa, 11ª ed., 1995, p. 197).

<sup>207</sup> LUHMANN, N. *El derecho de la sociedad*. México, D.F.: Herder, 2ª ed., 2005, p. 369.

<sup>208</sup> Véase LUHMANN, N. *El derecho...*, 2005, pp. 382 y ss.; es a lo que este autor llama la “clausura operativa del sistema”.

<sup>209</sup> De hecho, NIETO GARCÍA (*El arbitrio...*, 2000, p. 15) inicia así la introducción a su obra sobre la discrecionalidad judicial: “El estudio del Derecho se encuentra en España gravemente desequilibrado en beneficio de las normas generales y a costa de las decisiones particulares”.

<sup>210</sup> NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, p. 28.

do”<sup>211</sup>. En lo que atañe a esta tesis, los próximos capítulos se apoyarán “en el viejo pilar”<sup>212</sup> de la discrecionalidad judicial, para tratar de explicar satisfactoriamente el proceso de concreción penal.

Por eso es pertinente, ya antes de dar el salto, finalizar esta Primera Parte con algunas consideraciones (generales) en torno a los asuntos que nos ocuparán en adelante. De entrada, advierto ahora al lector de que los términos de “arbitrio” y “discrecionalidad” se emplearán indistintamente a lo largo del presente trabajo, puesto que en nuestro contexto son intercambiables como sinónimos<sup>213</sup>. Sin embargo, es muy frecuente identificar ésta con la actuación gubernativa, y reservar aquél para la actividad judicial. Así lo hace, por ejemplo, el reciente *Diccionario del español jurídico*<sup>214</sup>, al distinguirse entre una “potestad atribuida a los órganos administrativos [...]”<sup>215</sup> y aquel “margen de apreciación con [el] que cuentan los [...] tribunales [...]”<sup>216</sup>.

Más aún, hoy en día las corrientes teóricas que rechazan la existencia del arbitrio en el Derecho son claramente minoritarias<sup>217</sup>; luego la mayoría académica occidental “admite

---

<sup>211</sup> *Ibid.*, p. 33.

<sup>212</sup> *Ibid.*, p. 72.

<sup>213</sup> Sin llegar tan lejos, la postrera edición –vigésimotercera (2014)– del *Diccionario de la lengua española* de la RAE incluye en la voz “arbitrio” dos locuciones interconectadas, que se refieren a los ámbitos administrativo y procesal: “facultad que la ley deja a los jueces o [las] autoridades para la apreciación de circunstancias o para la moderación de sus decisiones” [disponible en: <<http://dle.rae.es/?id=3QlevFP>>; última consulta: 20.10.2016].

Además, en esta misma línea se manifiestan en España muchos autores, recientemente; cfr. –por todos– ALISTE SANTOS, T.-J. *La motivación de las resoluciones judiciales*. Madrid: Marcial Pons, 2011, pp. 244 y ss.; SEGURA ORTEGA, M. *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2006, p. 9 (por considerar que ambos conceptos “expresan la misma idea” [nota 1]); y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R. *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*. Madrid: lustel, 2005, pp. 53 y ss.

<sup>214</sup> De un modo similar, Teodoro GONZÁLEZ BALLESTEROS (*Diccionario jurídico*. Madrid: Dykinson, 2011, p. 712) restringe su definición de “discrecionalidad” a aquella “forma de actuar de una Administración pública cuando un acto no está expresamente reglado”. Y también Alejandro NIETO (*El arbitrio...*, 2000, *passim*) parece que adopta esa división entre compartimentos estancos en función de los órganos institucionales habilitados para decidir; no obstante, en algún momento se le escapa –¿es de manera inconsciente?– un uso sinonímico (pp. 216-217 ó 361).

<sup>215</sup> MUÑOZ MACHADO, S. (dir.). *Diccionario...*, 2016, p. 682.

<sup>216</sup> *Ibid.*, p. 185.

<sup>217</sup> En nuestro país, sólo Joaquín RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑOZ (*Principios, fines y derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2000) sostiene esa postura –no sin dificultades–: el juez siempre puede encontrar una respuesta dentro del sistema y su deber jurídico es “aplicar el Derecho tal como le viene dado” (p. 15), salvo en casos excepcionales –en los que se admite cierta discrecionalidad (lagunas, antinomias e incertidumbre sobre el sentido de una norma aplicable).

Ya en el ámbito anglosajón, la iusfilosofía de Ronald M. DWORKIN (*Taking Rights Seriously*. Londres: Bloomsbury, 2013, pp. 48 y ss.) imposibilita la existencia del arbitrio judicial, pese a que dicho autor

que los jueces están llamados a modelar de un modo definitivo el contenido de las normas<sup>218</sup>. En este sentido, hace ya medio siglo que el iusfilósofo austriaco René MARCIC auguró el tránsito hacia un “Estado de la magistratura”<sup>219</sup>, en el que las profundas transformaciones socio-políticas han modificado sustancialmente la posición institucional de los distintos operadores jurídicos<sup>220</sup>. De tal manera que las mutaciones experimentadas por principios –tan arraigados en el liberalismo contemporáneo– como la separación de poderes y la vinculación estricta de los tribunales a la ley<sup>221</sup> ha liberado a éstos de las ataduras propias de la tradición ilustrada.

Y, por último, en palabras de Manuel SEGURA ORTEGA, “lo curioso es que este cambio de posición se ha realizado al margen de cualquier previsión normativa”<sup>222</sup>. En efecto, en los ordenamientos continentales aún subyace el dogma de la sumisión “mecánica”<sup>223</sup> del juez, aunque la práctica forense y el debate académico conviven sin problemas con

---

acepta una discrecionalidad “débil”. Sin embargo, este concepto no alude a ningún supuesto de auténtica libertad decisoria, sino a los problemas de vaguedad del lenguaje de las normas; porque –desde una perspectiva jurídica– en el fondo habrá “[...] una respuesta correcta o, al menos, una más correcta que cualquier otra” (PRIETO SANCHÍS, L. *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 116).

<sup>218</sup> SEGURA ORTEGA, M. *Sentido y...*, 2006, p. 11.

<sup>219</sup> Véase MARCIC, R. *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat. Recht als Mass der Macht. Gedanken über den demokratischen Rechts- und Sozialstaat*. Viena: Springer, 1957. Y, para un estudio en mayor profundidad sobre la figura y la doctrina de tal autor, cfr. PUIGPELAT I MARTÍ, F. *El derecho del ser y estado del juez. La filosofía jurídica de René Marcic*. Barcelona: Universitat de Barcelona, 1983.

<sup>220</sup> Al respecto, véanse (por todos) SEGURA ORTEGA, M. *La racionalidad jurídica*. Madrid: Tecnos, 1998, pp. 44 y ss.; ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1995, pp. 36 y ss., y 56; CALVO GARCÍA, M. *Los fundamentos del método jurídico. Una revisión crítica*. Madrid: Tecnos, 1994, pp. 260 y ss.; y PÉREZ LUÑO, A. E. *El desbordamiento de las fuentes del derecho*. Sevilla: Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, 1993, pp. 75 y ss. Cfr. asimismo PRIETO SANCHÍS, L. *Ideología e interpretación jurídica*. Madrid: Tecnos, 1987, p. 15, sobre las “consecuencias” teórico-prácticas de este planteamiento mayoritario: se “atribuye al razonamiento judicial un lugar privilegiado en la definición del [contenido del] Derecho [...]”.

<sup>221</sup> Véanse –entre muchos otros– EZQUIAGA GANUZAS (“Función legislativa y función judicial: la sujeción del juez a la ley”, en VV.AA. *La función judicial. Ética y democracia*. Barcelona: Gedisa, 2003, pp. 39-55), DE ASÍS ROIG (*Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*. Madrid: Marcial Pons, 1995, pp. 82-83) y ENGISCH (*Introducción al pensamiento jurídico*. Madrid: Guadarrama, 1967, p. 139); éste habla de un “relajamiento” en la subordinación de los operadores jurídicos al legislador: “quien aplica la ley adquiere mayor independencia frente a ella”.

En la dogmática penal, cfr. especialmente RODRÍGUEZ MOURULLO, G. “Principio de legalidad y arbitrio judicial”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Nº 1, 1997, p. 293; y HASSEMER, W. “Sistema jurídico y codificación. La vinculación del juez a la ley”, en VV. AA. *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid: Debate, 1992, pp. 203 y ss.

<sup>222</sup> SEGURA ORTEGA, M. *Sentido y límites...*, 2006, p. 27.

<sup>223</sup> En aquella gráfica metáfora del barón de La Brède y de MONTESQUIEU (*El espíritu...*, 2002, p. 253), “los jueces de la nación [...] no son más que la boca que pronuncia las palabras de la[s] ley[es], seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su severidad”.

esta realidad: los magistrados “crean” –o, mejor dicho, “realizan”<sup>224</sup>– derecho<sup>225</sup>. Así las cosas, parece que el nuevo paradigma se refleja estructuralmente; pese a esa obstinada “ceguera sobre los hechos” del legislador, el arbitrio ha vuelto a nuestro mundo para quedarse. Con términos de la sociología de Niklas LUHMANN, la decisión discrecional de los tribunales ocupa el verdadero “epicentro” del subsistema jurídico.

---

<sup>224</sup> Cfr. *supra* la nota a pie de página número 92, en el epígrafe inmediatamente anterior.

<sup>225</sup> Así, véanse –sobre todo– BERNAL CANO, N. (dir.). *El valor de la jurisprudencia como fuente creadora de derecho*. Madrid: Dykinson, 2012, pp. 69 y ss.; DE ASÍS ROIG, R. *Jueces y...*, 1995, pp. 275 y ss.; y PUIG BRUTAU, J. *La jurisprudencia como fuente del derecho*. Barcelona: Bosch, 1952, *passim*.



## **SEGUNDA PARTE.**

# **LA DECISIÓN INDIVIDUALI- ZADORA Y SU CONTROL EN VÍA DE RECURSOS**





**CAPÍTULO III.**  
**EL ARBITRIO JUDICIAL Y SU EJERCICIO**  
**EN EL MARCO DEL SISTEMA PENAL ESPAÑOL**



# 1. La facultad del juez: alcance (y límites) de lo discrecional

## 1.1 Indeterminación en el derecho, y espacios de la discrecionalidad

Con palabras de Alejandro NIETO, resulta acreditada<sup>1</sup> “la insuficiencia del paradigma jurídico tradicional[,] en cuanto que no sirve para explicar [...] lo que realmente está sucediendo en la vida del Derecho”<sup>2</sup>. Respecto de la concreción del castigo, la afirmación es evidente: las decisiones judiciales que cuantifican las penas no encajan –o al menos de una manera plena– en operaciones de “mera” subsunción e interpretación del ordenamiento. Eso no implica que la labor individualizadora del tribunal prescinda de dichas actividades (siempre necesarias, y más en nuestro ámbito), pero sí apunta a un déficit: el positivismo censura la presencia inevitable y legítima del arbitrio en las resoluciones<sup>3</sup>; margen que incluso existe en aquellas labores de pura “aplicación” de normas.

La constatación –realista<sup>4</sup>– de esos espacios de discrecionalidad judicial es una consecuencia lógica de dos premisas fácticas inherentes al fenómeno jurídico<sup>5</sup>. En primer lugar, la indeterminación rodea y “empapa” el mundo del derecho, de muy diversas formas. En este sentido, SEGURA ORTEGA identifica estos cuatro niveles<sup>6</sup>: a) la relativa im-

---

<sup>1</sup> A tal respecto el catedrático vallisoletano identifica las siguientes cuatro grandes “falacias” de la ideología positivista:

- (i) los cánones hermenéuticos, que disfrazan con rigor procedimental unas respuestas no deducibles directamente de la ley;
- (ii) la lógica jurídica, según la cual todo dictamen de los tribunales obedece a operaciones de estricta subsunción en la letra o el espíritu de las disposiciones vigentes;
- (iii) el “determinismo” legal, en cuya virtud sólo existirá una decisión judicial posible, la única que se contiene en la(s) norma(s) aplicable(s) al supuesto; y
- (iv) la invalidez de las sentencias ilegales, que ignora las aporías provocadas por las resoluciones incoherentes o “*contra legem*” pero que, sin embargo, surten plenos efectos jurídicos.

Véase el desarrollo de este esquema en NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, pp. 34-71.

<sup>2</sup> NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, p. 71.

<sup>3</sup> Y, por lo tanto, “[...] de lo que de veras se trata es de reparar el descarrilamiento que padecieron las jurisdicciones europeas cuando chocaron[,] a principios del siglo XIX[,] con el positivismo legalista[,] empeñado no tanto en eliminar el arbitrio como en silenciarlo, [y] dando lugar con ello a unas escandalosas aporías que pueden superarse, no obstante, sin más trabajo que el de volver a tomar en consideración [...]” lo olvidado (NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, p. 16).

<sup>4</sup> Para NIETO (*El arbitrio...*, 2000, p. 17), dicho realismo nos “[...] obliga a mirar las cosas de frente [...], [y] sobre todo cuando viene macerado por una larga experiencia, no produce pesimismo sino resignación y, a la postre, una reacción crítica positiva”; o una actitud vital, que se adopta con el fin de aportar “[...] un paso de progreso en la comprensión [global] de la vida jurídica”.

<sup>5</sup> Así pues, Manuel SEGURA ORTEGA (*Sentido...*, 2006, p. 23) nos indica que, “[...] con carácter general, la discrecionalidad formaría parte de la propia estructura [ontológica] del Derecho [...]”.

<sup>6</sup> Cfr. SEGURA ORTEGA, M. *Sentido...*, 2006, pp. 24-48.

precisión en el contenido de las disposiciones, que disminuye la subordinación jerárquica del juez a las leyes<sup>7</sup>; b) la llamada “textura abierta”<sup>8</sup> del lenguaje, en tanto las expresiones contenidas en normas son ambiguas y vagas<sup>9</sup> –los famosos “conceptos jurídicos indeterminados”<sup>10</sup>–; c) la autorización expresa o tácita –intencional por parte del legislador, en todo caso– para elegir entre diversas opciones válidas; y d) la facultad de eliminar los “fallos”<sup>11</sup> del sistema, mediante recursos que abren grandes esferas de libertad.

Por lo tanto, la actividad judicial incluye “elementos nuevos que complementan y desarrollan el contenido básico de las normas. El proceso decisorio incorpora o añade”<sup>12</sup> un plus a la pauta incierta; puesto que si “[...] la sentencia no contuviese algo nuevo, que no está determinado [ya] en la regla general, holgaría el fallo judicial, [y] no sería necesario formular una norma individualizada”<sup>13</sup>. La función “creativa”<sup>14</sup> de los tribunales es, en consecuencia, algo innegable: “[...] la interpretación del Derecho”<sup>15</sup> no sólo sirve para

---

<sup>7</sup> Acerca de esta menor vinculación de los principales operadores del derecho, el civilista finlandés Aulis AARNIO (*Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 33) sostiene que hoy en día la creación normativa es “[...] un trabajo en equipo del cuerpo que formula reglas (el parlamento o cualquier otra instancia reconocida) y el que administra justicia (los tribunales y la maquinaria administrativa)”.

<sup>8</sup> La formulación original es de H. L. A. HART (*The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 3ª ed., 2012, pp. 124 y ss.), quien popularizó este concepto: “*the open texture of law*”.

<sup>9</sup> En este sentido, véanse entre muchos otros ITURRALDE SESMA, Mª V. *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004, pp. 53 y ss.; RÓDENAS CALATAYUD, Á. “En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 24, 2001, pp. 64, 66 y ss.; y ROSS, A. *Sobre el Derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba, 5ª ed., 1994, pp. 108 y ss.

<sup>10</sup> Para una exposición detallada al respecto, cfr. –por todos– ORTEGA GUTIÉRREZ, D. *Los conceptos jurídicos indeterminados en la jurisprudencia constitucional española*. Madrid: Dykinson, 2009, pp. 11-12 y 25 y ss.; SÁINZ MORENO, F. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976, pp. 191 y ss.; y ENGISCH, K. *Introducción...*, 1967, pp. 137 y ss.

<sup>11</sup> Con dicha expresión, se refiere Manuel SEGURA ORTEGA (*Sentido...*, 2006, p. 41) a “[...] los defectos internos que inevitablemente están presentes en todos los ordenamientos jurídicos, y que se manifiestan a través de la existencia de lagunas y antinomias [...]”; aquella cursiva del texto es original del autor.

<sup>12</sup> SEGURA ORTEGA, M. *Sentido...*, 2006, p. 32.

<sup>13</sup> RECASÉNS SICHES, L. *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*. México, D.F.: Porrúa, 3ª ed., 1980, p. 215.

<sup>14</sup> Así, véase TARUFFO, M. “Jueces y política. De la subordinación a la dialéctica”, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Nº 22, 2005, p. 14: “[...] no se trata solamente de descifrar lo que la norma dice[,] desde un punto de vista literal, sino de atribuirle, una y otra vez, significados diferentes y variables[,] en los que se reflejan [sin duda] valores morales, necesidades sociales, [y] criterios de justicia de los que el juez es portador al realizar su función”.

<sup>15</sup> A tal respecto, cfr. –muy especialmente– GUASTINI, R. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 1999, pp. 217 y ss.; ALCHOURRÓN, C. E. / BULYGIN, E. *Análisis lógico y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 369 y ss.; y COSSÍO, C. *El derecho en el derecho judicial*. Buenos Aires: E. Kraft, 1945, pp. 84 y ss.

comprenderlo<sup>16</sup> sino, también, para configurar de alguna manera su propio contenido”<sup>17</sup>. Y eso va mucho más allá de la resolución de conflictos patentes (lagunas, antinomias, casos difíciles...), ubicados en los extremos de la experiencia jurídica, para abarcar así mismo las labores cotidianas de la práctica forense al manejar textos legales.

En efecto, sostengo aquí un concepto amplio de arbitrio, que no limita su ejercicio a los mecanismos de “integración” normativa –i.e., la analogía<sup>18</sup> y los principios generales del derecho<sup>19</sup>– o la respuesta frente a los polémicos “hard cases”<sup>20</sup>. En cambio, cierto grado de discrecionalidad se verifica “en todas las ocasiones”<sup>21</sup>, siempre que el juez lleve a cabo operaciones de interpretación y aplicación del derecho. Por tanto, descarto el contraste entre las variantes “fuertes” y “débiles”<sup>22</sup> del dicho fenómeno omnipresente; pese

---

<sup>16</sup> Entonces, según nos dice el iusfilósofo danés Alf Ross (*Sobre...*, 5ª ed., 1994, p. 176) la labor de aplicación de las leyes “[...] no se reduce a una mera actividad intelectual. Está arraigada en la personalidad total del juez, tanto en su conciencia jurídica formal y material como en sus opiniones y puntos de vista racionales. Se trata[, pues,] de una interpretación constructiva, [por lo] que es a la vez conocimiento y valoración, pasividad y actividad”.

<sup>17</sup> SEGURA ORTEGA, M. *Sentido...*, 2006, pp. 34-35.

<sup>18</sup> Sobre ello, véanse recientemente CASERO BARRÓN, R. *Interpretación de la norma jurídica: lógica, teleológica y analógica*. Pamplona: Aranzadi, 2016, pp. 191 y ss.; y CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I. *La analogía. Derecho y lógica*. Barcelona: Bosch, 2012, *passim*; también ITURRALDE SESMA, Mª V. *Aplicación...*, 2004, pp. 236 y ss.; SALGUERO SALGUERO, M. *Argumentación jurídica por analogía*. Madrid: Marcial Pons, 2002; y ATIENZA RODRÍGUEZ, M. *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*. Madrid: Civitas, 1986.

<sup>19</sup> En este sentido, cfr. –verbigracia– REINOSO BARBERO, F. (coord.). *Principios generales del derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*. Pamplona: Aranzadi, 2014; RODRÍGUEZ CALERO, J. M. *Principios del Derecho y Razonamiento Jurídico*. Madrid: Dykinson, 2011; TARDÍO PATO, J. A. *Los principios generales del Derecho*. Barcelona: Bosch, 2011; RODRÍGUEZ BOENTE, S. E. *Los Principios Generales del Derecho*. Santiago de Compostela: USC, 2008; y PRIETO SANCHÍS, L. *Ley, principios, derecho*. Madrid: Dykinson, 1998, pp. 50 y ss.

<sup>20</sup> Véanse –por todos– DWORKIN, R. *Taking...*, 2013, pp. 105 y ss.; HART, H. L. A. *The Concept...*, 3ª ed., 2012, pp. 136 y ss.; e IGLESIAS VILA, M. *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, pp. 211 y ss. La expresión fue acuñada por el pensador americano (DWORKIN, R. “Hard Cases”, en *Harvard Law Review*, Vol. 88, Nº 6, 1975, pp. 1057 y ss.), en los albores de una agria disputa con su homólogo inglés; cfr. dos extensos resúmenes: CONTRERAS PELÁEZ, F. J. *La filosofía del Derecho en la historia*. Madrid: Tecnos, 2ª ed., 2016, pp. 335-362; y RODRÍGUEZ GARAVITO, C. “Teoría del derecho y decisión judicial. En torno al debate entre H. L. A. Hart y Ronald Dworkin”, en VV.AA. *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Bogotá: Siglo del Hombre, 1997, pp. 15-86.

<sup>21</sup> SEGURA ORTEGA, M. *Sentido...*, 2006, p. 18. Continúa así el autor: “[...] creo que, con mayor o menor intensidad, el ejercicio del arbitrio está siempre presente en cualquier actuación de los jueces y, en consecuencia, negarlo sería darle la espalda a la realidad”.

<sup>22</sup> Para el origen de esta conocida dicotomía, cfr. DWORKIN, R. *Taking...*, 2013, pp. 48 y ss., y 390 y ss.; y WALUCHOW, W. J. “Strong Discretion”, en *The Philosophical Quarterly*, Vol. 33, Nº 133, 1983, pp. 321-339. Sin embargo, tal distinción ha sido criticada (entre otros) por LIFANTE VIDAL, I. “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 25, 2002, pp. 417-421; DESDENTADO DAROCA, E. *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*. Pamplona: Aran-

a que, obviamente, la intensidad de su empleo varía según sea la estructura de la regla abstracta –y las posibilidades que ésta deje para una “realización” en el caso concreto. Una intuición que nos conduce a la segunda premisa fáctica explicativa de la figura.

Al respecto, es hoy un lugar común admitido en la doctrina “la tesis de la pluralidad de soluciones correctas [derivadas de la misma norma escrita], de importancia basilar para [...] el uso adecuado del arbitrio judicial”<sup>23</sup>. Así, en 1971 Luis LEGAZ afirmaba que “quien aplica el Derecho puede decidir entre posibilidades diversas, dado que las interpretaciones desiguales son posibles y lógicamente correctas”<sup>24</sup>. Frente al dogma positivista<sup>25</sup> de la “única respuesta” válida<sup>26</sup>, NIETO GARCÍA sintetiza con claridad el paradigma académico dominante: el ordenamiento “abre de ordinario<sup>27</sup> un hueco[,] y encomienda al juez que coloque su decisión en cualquiera de los puntos del mismo”<sup>28</sup>.

---

zadi, 1997, pp. 45, 48 y ss.; o NINO, C. S. *La validez del derecho*. Buenos Aires: Astrea de A. y R. De palma, 1985, pp. 150 y ss.

<sup>23</sup> NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, p. 63.

<sup>24</sup> LEGAZ Y LACAMBRA, L. “Justification de la décision en droit”, en HUBIEN, H. (ed.). *Le raisonnement...*, 1971, p. 298; la traducción del original en francés es mía.

<sup>25</sup> De origen racionalista, inspirado en un principio del pensamiento cartesiano: “[...] siempre que dos [hombres] a propósito del mismo asunto llegan a puntos de vista distintos, es cierto que por lo menos uno de ellos se equivoca, e incluso ni siquiera el otro parece poseer la [verdadera] ciencia; pues si la razón de éste fuese cierta y evidente, de tal modo podría proponérsela a aquél que también convenciera finalmente a su entendimiento [...]” (DESCARTES, R. *Reglas para la dirección del espíritu*. Madrid: Alianza, 1984, p. 68).

<sup>26</sup> A día de hoy es una posición minoritaria, seguida sólo por Ronald DWORKIN (*Taking...*, 2013, pp. 335 y ss.; *A Matter of Principle*. Oxford: Clarendon, 1985, pp. 119 y ss.; y “No Right Answer?”, en HACKER, P. M. S. / RAZ, J. [eds.]. *Law, Morality and Society: Essays in Honour of H.L.A. Hart*. Oxford: Clarendon, 1977, pp. 58-84) y sus correligionarios.

Pero muy diferente, en cambio, es la postura adoptada por Robert ALEXI (*Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 302), para quien esa llamada “one right answer” es “un fin al que hay que aspirar”: i.e., una “idea regulativa” de carácter práctico que explica la pretensión de los operadores jurídicos, al obrar como si así fuera.

En esa misma línea, véanse ALONSO MAS, M<sup>a</sup> J. *La solución justa en las resoluciones administrativas*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1998, pp. 60 y ss.; AARNIO, A. “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N<sup>o</sup> 8, 1990, pp. 23-38; y ALEXI, R. “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N<sup>o</sup> 5, 1988, pp. 139-154.

<sup>27</sup> Salvo contadas excepciones; según Julia BARRAGÁN (“La respuesta correcta única y la justificación de la decisión jurídica”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N<sup>o</sup> 8, 1990, p. 63), “la posibilidad de una respuesta correcta única en el campo de la inferencia jurídica queda reducida al caso trivial de que todos los intérpretes coincidan [...] para siempre en la selección de las premisas y también en la aceptación de las reglas de derivación” del silogismo.

<sup>28</sup> NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, p. 69; cfr. asimismo la p. 28. De igual forma se pronuncian hoy en día –entre muchos otros– BUENAGA CEBALLOS, Ó. *Metodología del razonamiento jurídico-práctico. Elementos para una teoría objetiva de la argumentación jurídica*. Madrid: Dykinson, 2016, pp. 271 y ss.; y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R. *Del arbitrio...*, 2005, pp. 97 y ss.

Los dos elementos estructurales del derecho analizados *supra* nos conducen al meollo del asunto: la naturaleza jurídica de la discrecionalidad. Y sobre ello la doctrina mayoritaria comparte esta idea inicial: el arbitrio “implica una cierta libertad de acción por parte del sujeto que aplica normas [...] y que, por tanto, resuelve casos concretos”<sup>29</sup>. Luego el rasgo más característico es la posibilidad de optar entre alternativas múltiples<sup>30</sup>, siempre que tengan cabida (todas ellas) dentro del sistema<sup>31</sup>. Y a partir de aquí SEGURA ORTEGA define de este modo el concepto: sería la potestad que un ordenamiento otorga “a los jueces –explícita o implícitamente<sup>32</sup>– para elegir entre dos o más soluciones”<sup>33</sup>, y en cuyo ejercicio deben justificar las razones de esa decisión.

De manera análoga, hay unanimidad en la doctrina anglosajona<sup>34</sup> al conectar la discrecionalidad con una pluralidad de respuestas correctas, cuando los tribunales aplican el mismo material normativo. Y Alejandro NIETO GARCÍA argumenta así que “lo que distingue a un juez de un ordenador es su facultad de arbitrio, es decir, su capacidad de elegir entre varias opciones”<sup>35</sup>. Algo que, a juicio de dicho autor, es lo “propio” de su comportamiento: sin tales márgenes decisorios sería ya “imposible comprender la naturaleza de la función judicial<sup>36</sup> y las peculiaridades de su práctica”<sup>37</sup>. En definitiva, ello “[...] es una pieza esencial del sistema jurídico”<sup>38</sup> en nuestra cultura jurídica occidental, tanto

---

<sup>29</sup> SEGURA ORTEGA, M. *Sentido...*, 2006, p. 19.

<sup>30</sup> No importa, a dichos efectos, cuál sea el número de respuestas válidas: así pues, que “las alternativas sean dos, o tres, o cien, representa sólo un factor contingente[,] que no parece agregar nada al alcance explicativo del concepto” (RENTERÍA DÍAZ, A. *Discrecionalidad judicial y responsabilidad*. México, D.F.: Fontamara, 2001, p. 41); se trata, como vemos, de algo absolutamente irrelevante, al menos con respecto a la existencia del arbitrio *per se*.

<sup>31</sup> En ese sentido, cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R. *Del arbitrio...*, 2005, p. 98; LIFANTE VIDAL, I. “Dos conceptos...”, en *Doxa*, N° 25, 2002, p. 417; RENTERÍA DÍAZ, A. *Discrecionalidad...*, 2001, p. 37; NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, p. 207; y BARAK, A. *Judicial...*, 1989, p. 12.

<sup>32</sup> Por el contrario, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (*Del arbitrio...*, 2005, p. 57) lo restringe a una delegación expresa: “[...] el poder discrecional se vincula única y exclusivamente a las normas de fin, esto es, a las normas que se limitan a imponer a los llamados a aplicarlas un fin determinado absteniéndose de determinar de antemano la conducta a seguir para alcanzar éste”.

<sup>33</sup> SEGURA ORTEGA, M. *Sentido...*, 2006, p. 19.

<sup>34</sup> Véanse –por todos– MAIN, T. O. “Judicial Discretion to Condition”, en *Temple Law Review*, Vol. 79, N° 4, 2006, p. 1076; BARAK, A. *Judicial...*, 1989, p. 7; CHRISTIE, G. “An Essay on Discretion”, en *Duke Law Journal*, N° 5, 1986, p. 753; GALLIGAN, D. *Discretionary Powers. A Legal Study of Official Discretion*. Oxford: Clarendon, 1986, p. 7; y DAVIS, K. C. *Discretionary...*, 1969, p. 4.

<sup>35</sup> NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, p. 207.

<sup>36</sup> “La existencia del arbitrio judicial y la licitud de su ejercicio están fuera de dudas, ya que aparece con frecuencia en las leyes[,] y su tradición histórica [en Occidente] es venerable. El arbitrio siempre ha acompañado a la actividad judicial, aunque sea con una influencia variable [...]” a lo largo de los siglos (NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, p. 206).

<sup>37</sup> NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, pp. 208-209.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 203; más aún, “[...] es el espíritu que da vida a la actividad judicial” (p. 209).

ahora como antaño, que los órganos competentes usan incluso si no se les ha reconocido formalmente<sup>39</sup>.

¿Pero cómo encaja este aspecto –inherente a la actividad judicial– en la vida del derecho? Para NIETO, de ordinario el fallo será el “[...] resultado de dos elementos complementarios: uno legal y otro de arbitrio”<sup>40</sup>. Así, ambos se integran en una unidad inescindible: “la legalidad necesita del arbitrio para ser efectiva<sup>41</sup> tanto como el arbitrio necesita de la legalidad para ser lícito”<sup>42</sup>. Y, con todo ello, la potestad discrecional se erige en un contrapunto natural de la sujeción al ordenamiento<sup>43</sup>. Entonces, “[...] la determinación del hueco [abierto por la norma] –es decir, de los límites externos lícitos de la decisión– es una cuestión de [«estricta»] legalidad; mientras que la determinación del punto exacto donde va a situarse la decisión concreta [del juez] es una cuestión de arbitrio”<sup>44</sup>.

Más aún, añade NIETO GARCÍA que la conjunción de estos dos polos configura el fenómeno de la praxis jurídica: “[...] la ley se aplica flexiblemente, adaptándose a las peculiaridades del caso concreto, gracias al arbitrio; mientras que éste se legitima[rá]<sup>45</sup> por la circunstancia de no poder operar nunca en contra de la ley”<sup>46</sup>. En consecuencia, el ejercicio de la discrecionalidad judicial no es algo extraordinario<sup>47</sup> sino más bien un aspecto

---

<sup>39</sup> A raíz, sobre todo, de la ideología ilustrada y de su plasmación en el proceso codificador; una etapa caracterizada por la confianza absoluta –e ingenua– en una ley que era “capaz de resolver todas las cuestiones, incluso las no imaginadas por el legislador, sin otra ayuda que la de una interpretación sumisa del juez. [...] Un auténtico callejón sin salida que hab[r]ía de superarse con sutilezas hermenéuticas y [...] con mentiras piadosas e hipocresías manifiestas [...]” (NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, pp. 216-217).

<sup>40</sup> NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, p. 210.

<sup>41</sup> Así, concebir la jurisdicción “ateniéndose sólo a la ley y a la lógica es como trabajar con un cuerpo muerto en un laboratorio de anatomía. Hora es [...] de volver a juntar el arbitrio con la licitud[,] superando el largo eclipse del positivismo [...] de corte decimonónico, cuyas últimas tinieblas [...] no se han disipado por completo” (NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, p. 209).

<sup>42</sup> NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, p. 203.

<sup>43</sup> A este respecto, DAVIS (*Discretionary...*, 1969, p. 44) advierte que “en ningún sistema es posible excluir totalmente la discreción judicial por el principio de la legalidad; puesto que, por muy grande que sea la influencia de una ley, siempre tiene que existir un hueco para la justicia sin ella. [...] Las leyes por sí mismas no bastan, [...] y sólo gracias al arbitrio puede alcanzarse el objetivo [deseable] de una justicia individualizada” (la traducción es mía).

<sup>44</sup> NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, p. 69; por razones de estilo, elimino la cursiva original.

<sup>45</sup> En ese sentido, Alejandro NIETO (*El arbitrio...*, 2000, p. 204) contraponen claramente arbitrio y arbitrariedad, como conceptos antónimos: “En su consecuencia llamo «resolución arbitrada» a aquella que se ha adaptado utilizando el arbitrio lícito que corresponde al juez; y «resolución arbitraria» a la que es [el] resultado de un ejercicio ilícito del [dicho] arbitrio” (p. 212).

<sup>46</sup> NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, p. 210.

<sup>47</sup> Tal y como se entendió en algunos momentos históricos, especialmente durante la etapa del “*ius commune*” medieval; cfr. MECCARELLI, M. *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in*



habitual<sup>48</sup>; “la práctica cotidiana del arbitrio no es, en suma, una disfunción del sistema procesal [...] sino algo inherente [...] cuya erradicación es [...] poco recomendable, dado que deshumanizaría”<sup>49</sup> aquellas tareas. Y por eso rechazarlo implica de lleno “negar la condición ética”<sup>50</sup> de los magistrados.

En síntesis, la discrecionalidad es –junto con el ordenamiento– un criterio que guía la resolución por parte del juez; lo más frecuente es combinar ambos<sup>51</sup>, de modo que “la decisión es fijada con su arbitrio dentro de las posibilidades que le ofrece la legalidad”<sup>52</sup>. Como las normas escritas no dan, normalmente<sup>53</sup>, una respuesta precisa y unívoca a

---

*età di diritto comune*. Milán: Giuffrè, 1998, *passim*. Valgan ahora como ejemplo dos citas de autoridad: un comentario del jurista catalán Joan Pere FONTANELLA, ya por el siglo XVII (*Sacri Regii Senatus Cataloniae Decisiones. Tomus Primus*. Barcelona: P. Lacavalleria, 1639, Decisio CCLXXXVI, p. 754: “[...] *in prudentis Iudicis arbitrio diiudicare relinquendum puto, quia non est ita clarè in iure diffinitum*”), y una nota del consejero de Indias Gregorio LÓPEZ en su gran obra, editada en 1555 (*Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio. Tomo Segundo*. París: Lecointe y Lasserre, 1843, Partida Segunda, Título IX, Ley VII, glosa 7, p. 69: “[...] *unde relinquitur arbitrio Regis, nam quae à lege non sunt determinata, iudicis discretioni committuntur*”).

En efecto, en aquella época medieval, a pesar de la indudable polivalencia de la figura –de uso extendido y general–, el arbitrio era sólo un modo de solución subsidiario (i.e., empleado a falta de normas escritas) y “contrapuesto” al de las decisiones judiciales “*secundum legem*”; véase NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, pp. 209-212.

<sup>48</sup> Sobre ello, cfr. –en la literatura anglosajona– COHEN, M. R. *Reason and Law. Studies in Juristic Philosophy*. Glencoe, IL: The Free Press, 1950, pp. 11 y ss.; POUND, N. R. *An Introduction to Philosophy of Law*. New Haven, CT: Yale University Press, 1922, pp. 107, 109 y ss.; o CARDOZO, B. N. *The Nature of the Judicial Process*. New Haven, CT: Yale University Press, 1921, pp. 113 y ss.

<sup>49</sup> NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, p. 209.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 219.

<sup>51</sup> “Hasta muy avanzada la modernidad[,] se conservó la opinión de que legislar y juzgar eran dos variables de una sola tarea, la *jurisdictio*. [...] Esto cambia radicalmente en el siglo XVIII, y sólo hasta este momento[,] la diferenciación [...] adquiere la importancia que hoy conocemos” (LUHMANN, N. *El derecho...*, 2ª ed., 2005, pp. 362-363). Más aún, el genial sociólogo aventura una hipótesis explicativa –y para nada descabellada– de dicho fenómeno histórico: “En retrospectiva[,] resalta [sic] la impresión de que el riesgo de la decisión que lleva implícito el derecho se hubiera querido distribuir[,] en dos instancias[,] para hacerlo [más] llevadero” (p. 364).

Para el análisis detallado de aquella concepción medieval véanse por todos TIERNEY, B. *Religion, Law, and the Growth of Constitutional Thought (1150-1650)*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982, pp. 30 y ss.; y COSTA, P. *Jurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*. Milán: Giuffrè, 1969, *passim*.

E, incluso en pleno siglo XX, hay autores en el marco del *common law* que aún se hacen eco de esta estrecha relación entre las labores, como POUND (*An Introduction...*, 1922, p. 105: “*In other words, the judicial function and the legislative function run into one another*”) o CARDOZO (*The Nature...*, 1921, p. 119: “*Everywhere there is growing emphasis on the analogy between the function of the judge and the function of the legislator*”).

<sup>52</sup> NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, p. 219.

<sup>53</sup> “[...] dado que la naturaleza general y abstracta de la ley no le permite entrar en las peculiaridades del caso concreto [...]. Sin el arbitrio personal del juez, la ley no podría ser aplicada a un conflicto que ella no ha podido prever” (NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, p. 219).

todos los asuntos, se hace “imprescindible la intervención de un ser humano que conecte ambos polos de la relación”<sup>54</sup>. Y así, dichos márgenes son el “puente que enlaza lo abstracto y lo concreto, lo general y lo particular”<sup>55</sup>; en suma, el encaje de las reglas con el supuesto. O, según PUIG BRUTAU, ello consiste en la facultad de “aplicar el Derecho adaptándolo a las circunstancias”<sup>56</sup> [...] del caso que han de resolver”<sup>57</sup>.

De esta manera, las elecciones que fundan toda resolución son una mezcla heterogénea de sujeción al ordenamiento y libertad<sup>58</sup> del tribunal; la praxis aspira a “encontrar el punto óptimo en un hilo continuo cuyos polos opuestos son lo absolutamente reglado, o discrecional”<sup>59</sup>. Porque lo característico del debate actual es que el arbitrio se concibe hoy como “algo inseparable de la legalidad y presente en [...] todas las decisiones judiciales, aunque sea en grado diferente”<sup>60</sup>. Entonces, la balanza se inclinará (más o menos) de un lado u otro, según sea la previsión normativa; e incluso hay muchas zonas de convergencia entre ambas circunferencias secantes, según pasa en ciertas operaciones de subsunción e interpretación de las disposiciones aplicables al caso.

Así, Alejandro NIETO describe –de una manera gráfica– el fenómeno: el Derecho positivo no es algo macizo ni simétrico, sino “amorfo, flexible, con huecos y canales interiores y sin superficies rígidas [...]”<sup>61</sup>; un cuerpo esponjoso por el que circula permanentemen-

---

Con la misma opinión, cfr. GALLEGO DÍAZ, M. *El sistema...*, 1985, p. 5; y por el contrario, CARDOZO (*The Nature...*, 1921, p. 129) sostiene que “[...] *in countless litigations, the law is so clear that judges have no discretion. They have the right to legislate within gaps, but often there are no gaps*”.

<sup>54</sup> NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, p. 219. Luego la discrecionalidad sería “el factor humano que el juez añade a los datos [regulatorios] aportados por el ordenamiento jurídico”.

<sup>55</sup> *Ibid.*

<sup>56</sup> Esto es algo muy presente en la tradición jurídica occidental, que –no en vano– Alejandro NIETO (*El arbitrio...*, 2000, p. 212) cree “el núcleo originario del arbitrio”; véase ya una muestra de ello en el “*ius commune*”, en FONTANELLA, J. P. *Sacri... Tomus Primus*, 1639, Decisio CCXCIX, p. 761: “*et ideò prudentis iudicis arbitrio relinquendum est, qui attentis circumstantiis id diiudicer*”.

<sup>57</sup> PUIG BRUTAU, J. “Arbitrio judicial (voz)”, en PELLISÉ PRATS, B. (ed.). *Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo II*. Barcelona: Francisco Seix, 1950, p. 795.

<sup>58</sup> A este respecto, es muy sugerente la postura de Isabel LIFANTE VIDAL (“Dos conceptos...”, en *Doxa*, Nº 25, 2002, pp. 421 y ss.), quien aplica a esta discusión sobre la discrecionalidad los dos sentidos de “libertad” distinguidos ya en 1958 por Isaiah BERLIN (“Two Concepts of Liberty”, en *Four Essays on Liberty*. Oxford: Oxford University Press, 1969, pp. 118-172). Así, el verdadero arbitrio judicial es “un fenómeno central y necesario” (p. 437) en los sistemas jurídicos actuales, que no en vano se corresponde con la idea de libertad positiva, como responsabilidad –delegada por el legislador– de concretar los estándares (no prefijados en la norma) que guían la toma de decisión.

Más adelante, ya en el epígrafe IV.1, volveré sobre tal cuestión, con un planteamiento crítico.

<sup>59</sup> DAVIS, K. C. *Discretionary...*, 1969, p. 15; la traducción del original es mía.

<sup>60</sup> NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, p. 222. Y, en el mismo sentido, cfr. –por todos– GALLIGAN, D. I. *Discretionary...*, 1986, p. 11; o DAVIS, K. C. *Discretionary...*, 1969, p. 52.

<sup>61</sup> NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, p. 223.

te el margen de libertad del juez. La discrecionalidad germina en los espacios abiertos por la ley, “[...] pero también penetra [...] por las fisuras y [los] poros de los textos normativos [...] que nunca resultan impermeables”<sup>62</sup>. El fundamento legal de esta presencia inevitable<sup>63</sup> del arbitrio en las resoluciones es, pues, la propia estructura indeterminada del ordenamiento jurídico. No se trataría aquí de la estricta delegación de las funciones parlamentarias<sup>64</sup>; al contrario, el sistema reconoce (de un modo u otro) tal realidad inherente a las labores prácticas de aplicación de las disposiciones vigentes –aunque sea a regañadientes<sup>65</sup>.

Sin embargo, es cierto que los regímenes modernos contienen una habilitación general para el uso (al menos subsidiario) de la discrecionalidad, lo “que se articula a través de la prohibición del *non liquet*”<sup>66</sup>. En efecto, los tribunales tienen un deber inexcusable de acabar con la indeterminación del Derecho cuando sea necesario, “ateniéndose al sis-

---

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 224. Con una metáfora, “[...] el arbitrio es la sangre que recorre [...] el cuerpo de la legalidad vivificándolo. Son dos elementos que no pueden vivir independientemente”.

<sup>63</sup> Véanse ETCHEVERRY, J. B. “Capítulo 38. Discrecionalidad judicial”, en FABRA ZAMORA, J. L. / RODRÍGUEZ BLANCO, V. (eds.). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho. Volumen dos*. México, D.F.: UNAM, 2015, pp. 1391 y ss.; CASTILLO BLANCO, F. A. *La interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico público. Especial referencia al abuso del Derecho*. Madrid: INAP, 2007, pp. 20 y ss.; y OLLERO TASSARA, A. “La crisis del positivismo jurídico. (Paradojas teóricas de una rutina práctica)”, en *Persona y Derecho*, N° 28, 1993, p. 230 –entre muchos otros.

Aunque con un matiz muy importante: según la importancia en las diversas ramas del ordenamiento, por lo general se entiende que “el arbitrio judicial [...] es inevitable en lo criminal, y siempre en grande escala; mientras [que] es casi reducible en lo civil [...]” (ARRAZOLA GARCÍA, L. “Circunstancias [voz]”, en VV.AA. *Enciclopedia española de Derecho y Administración [o Nuevo Teatro Universal de la Legislación de España e Indias]. Tomo VIII: Cas - Ciu*. Madrid: Rius y Rossell, 1855, p. 651). En perspectiva histórica, cfr. SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J. *El Arbitrio Judicial en el Antiguo Régimen (España e Indias, siglos XVI-XVIII)*. Madrid: Dykinson, 2013, *passim*.

<sup>64</sup> Pero en cambio sí lo cree SEGURA ORTEGA (*Sentido...*, 2006, p. 51): “El poder que ejercen los jueces sólo puede entenderse como el resultado de [alg]una delegación normativa [...]”; son reglas “que amplía[n] lo que podríamos llamar sus *facultades ordinarias*” (p. 22; y la cursiva es del autor). De todos modos, lo frecuente es que este *prius* de legitimación “tenga un carácter implícito” (p. 51), más allá de las habilitaciones expresas del legislador –la “discrecionalidad intencional”. Y, en cualquier caso, aquel iusfilósofo español admite que los tribunales “no se arrogan facultades que no les corresponden[,] sino que simplemente ejercen su función [derivativa] al amparo de lo que las propias normas del sistema establecen” (p. 72).

<sup>65</sup> “Poco importa a estos efectos que las normas [...] digan lo contrario[,] porque la realidad es tozuda y acaba imponiéndose” (SEGURA ORTEGA, M. *Sentido...*, 2006, p. 75).

<sup>66</sup> SEGURA ORTEGA, M. *Sentido...*, 2006, p. 53; entonces, sucede que “es el propio ordenamiento jurídico el que ordena –en positivo– a los jueces que completen la obra del legislador [...]”. En la misma línea Niklas LUHMANN (*El derecho...*, 2ª ed., 2005, p. 369) nos sugiere que dicha regla imperativa es el origen de la posición central de los tribunales en el sistema jurídico: “La decisión siempre tiene que ver con una alternativa: uno o más senderos elegibles [...]. Sin embargo, la decisión misma [...] no es uno de los senderos”. Sea como sea, el juez está obligado a resolver sobre lo que conoce, y a veces sin una guía clara con la que orientar su dictamen.

tema de fuentes establecido” (art. 1.7 CC). Y, para cumplir con dicha obligación, se articulan mecanismos jurídicos –normas subsidiarias (las costumbres y los principios generales<sup>67</sup>), criterios interpretativos, analogía o equidad, etc.– que “[...] posibilitan siempre una elección entre alternativas diversas”<sup>68</sup>. Una paradoja de la Ilustración, que aún ahora no está correctamente zanjada: el dogma de la plenitud del ordenamiento choca con el de la separación de poderes.

En tanto que una facultad para adoptar decisiones distintas –pero legítimas– a partir de iguales reglas aplicables<sup>69</sup>, el alcance del arbitrio se proyecta en las diversas ramas del Derecho, si bien con una diferente intensidad<sup>70</sup>. Al respecto, existe un amplio consenso doctrinal<sup>71</sup> al colegirse que “[...] la legislación que abre mayores y más frecuentes huecos [...] es desde luego la procesal[,] y particularmente[,] a la hora de regular la práctica de las pruebas”<sup>72</sup>. Ello sucederá no sólo por establecer una “verdad jurídica”<sup>73</sup> mediante la libre valoración de los medios admitidos, sino también porque “el juez filtra toda la información[,] y selecciona [...] aquello que le parece importante”<sup>74</sup>; así, muchos autores reprochan la dificultad de controlar estas actividades sucesivas de “elaboración” del relato fáctico<sup>75</sup>.

---

<sup>67</sup> Al respecto, desde una vertiente histórica, LUHMANN (*El derecho...*, 2ª ed., 2005, p. 375) considera “[...] el discurso moderno sobre los [llamados] «principios jurídicos» (los romanos no necesitaron algo así) como un producto colateral de esta prohibición de la denegación de justicia”.

<sup>68</sup> SEGURA ORTEGA, M. *Sentido...*, 2006, p. 53.

<sup>69</sup> Por eso, lo básico para considerar que existe discrecionalidad “[...] es que exista la posibilidad de elección entre alternativas diferentes[,] y que tales [...] puedan justificarse jurídicamente” (SEGURA ORTEGA, M. *Sentido...*, 2006, p. 48).

<sup>70</sup> “[...] la libertad de la que goza el juez [...] no es siempre la misma[,] pero ello no afecta [...] a la propia existencia de la discrecionalidad” (SEGURA ORTEGA, M. *Sentido...*, 2006, p. 48).

<sup>71</sup> A excepción, por ejemplo, de la postura sostenida por Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (*Del arbitrio...*, 2005, pp. 91 y ss.), para quien la regla de la “sana crítica” conlleva una sujeción a implacables exigencias de lógica formal.

<sup>72</sup> NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, p. 227; véase además un desarrollo en profundidad de su planteamiento en las pp. 235-255.

Y en parecidos términos se expresan –por todos– FRANK, J. *Derecho e incertidumbre*. México, D.F.: Fontamara, 2ª ed., 1993, pp. 74 y ss. (quien denuncia la “soberanía” no controlable sobre los hechos); y BARAK, A. *Judicial...*, 1989, pp. 13-14, y 95 y ss.

<sup>73</sup> Cfr. RUIZ MIGUEL, A. “Creación y aplicación en la decisión judicial”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nº 1, 1984, pp. 7-32; véanse también recientemente VV.AA. *Derecho procesal: dilemas sobre la verdad en el proceso judicial*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana, 2014; y SUCAR, J. G. *Concepciones del derecho y de la verdad jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

<sup>74</sup> SEGURA ORTEGA, M. *Sentido...*, 2006, p. 62.

<sup>75</sup> Cfr. –entre otros– DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Barcelona: Ariel, 3ª ed., 2008, p. 230; y ANDRÉS IBÁÑEZ, P. “Acercas de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 12, 1992, p. 261.

En tal sentido, Manuel SEGURA ORTEGA (*Sentido...*, 2006, p. 64) advierte que aquellas normas procesales de un ordenamiento que condicionan las labores judiciales tienen carácter sólo formal, “[...] y por

Con el afán casuístico, Alejandro NIETO GARCÍA recopila varios ámbitos donde se ejercita la discreción judicial; y, al sistematizar sus aportaciones, resultan dos grandes mecanismos de la aparición del arbitrio en la praxis cotidiana<sup>76</sup>. Primero, “en los huecos de la legalidad” formal se abren múltiples modalidades de ese margen de libertad, por delegación expresa. En una escala gradual (de más a menos<sup>77</sup>), lo concluyente es si existen criterios normativos que guíen la decisión<sup>78</sup> y cuán precisos sean éstos –en un segundo plano. Así, tal licencia es colosal con ausencia de parámetros (como sucede en los arts. 260 CC<sup>79</sup> ó 66.2 CP<sup>80</sup>); mientras que se reduce en diversa medida, verbigracia, en los arts. 53.5 CP<sup>81</sup> ó 960 CC<sup>82</sup>.

Y por otra parte, la discrecionalidad se ejerce “a través de los intersticios de la legalidad estricta”; esto es, en las operaciones ordinarias de aplicación del Derecho positivo. Hay poros (o fisuras) por los que “penetra igualmente el arbitrio judicial[,] hasta llegar a afectar el espacio entero de la decisión”<sup>83</sup>. Así lo revela, por ejemplo, la subsunción del caso concreto en el tipo de la norma abstracta prevista; u otras varias manifestaciones de este fenómeno recurrente, como las lagunas, los conceptos indeterminados y las “categorías” jurídicas<sup>84</sup>. Pero sobre todo incluyo aquí la labor esencial –“*inescapable*”<sup>85</sup>, se pre-

---

eso no es frecuente encontrar fallos [en la actividad probatoria] que violen abiertamente este tipo de reglas”.

<sup>76</sup> Véase NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, pp. 224 y ss.

<sup>77</sup> A modo de ejemplo, en los extremos de este abanico de posibilidades se sitúan, por un lado, la fijación de la cuantía de indemnizaciones civiles por daños y perjuicios (arts. 1101 y ss. CC), y la concreción de las medidas de seguridad con los dos límites de la peligrosidad del autor y la duración de la pena abstractamente aplicable al delito cometido (art. 6.2 CP) –por el otro.

<sup>78</sup> “La orientación finalista es [sin duda hoy] la más común, sin perjuicio de que en ocasiones traiga no pocos problemas” interpretativos (NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, p. 226).

<sup>79</sup> “El juez podrá exigir al tutor la constitución de fianza que asegure el cumplimiento de sus obligaciones[,] y determinará la modalidad y [la] cuantía de la misma [...]”.

<sup>80</sup> “En los delitos leves y en los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior”.

<sup>81</sup> “Podrá ser fraccionado el pago de la multa impuesta a una persona jurídica, durante un período de hasta cinco años, cuando su cuantía ponga [...] en peligro la supervivencia de aquella o el mantenimiento de los puestos de trabajo [...], o [...] lo aconseje el interés general [...]”.

<sup>82</sup> “[...] Cuidará el juez [competente] de que las medidas [convenientes] que dicte [para evitar la suposición de parto] no ataquen al pudor ni a la libertad de la viuda [encinta]”.

<sup>83</sup> NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, p. 228.

<sup>84</sup> Cfr. SCHAUER, F. “La categorización, en el Derecho y en el mundo”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 28, 2005, pp. 307-320; véanse además SCHAUER, F. “The Generality of Law”, en *West Virginia Law Review*, Nº 107, 2004, pp. 217 y ss.; TVERSKY, A. / KAHNEMAN, D. “Judging Under Uncertainty: Heuristic and Biases”, en *Science*, Vol. 185, Nº 4157, 1974, pp. 1124 y ss.; FULLER, L. L. *The Morality of Law*. New Haven: Yale University Press, 1969, pp. 46-49; y HOLMES, O. W. “The Path of the Law”, en *Harvard Law Review*, Vol. 10, 1897, pp. 474-475.

<sup>85</sup> Al respecto, cfr. CORNELL, D. *The Philosophy of the Limit*. Nueva York: Routledge, 1992, pp. 91 y ss.; FISH, S. *Doing What Comes Naturally. Change, Rhetoric and the Practice of Theory in Literary and Le-*

cisa bien en la literatura anglosajona— de la interpretación de las disposiciones escritas, cuya necesaria textura abierta teje mallas “que nunca pueden ser tan densas como para impedir la actuación personal [...] del juez”<sup>86</sup>.

### 1.2 El arbitrio judicial como esfera esencial de aplicación de derecho

En efecto, la discrecionalidad es una herramienta imprescindible para adaptar las reglas genéricas a cada *quaestio facti*<sup>87</sup>, equilibrando así el sistema: “a más concreción normativa, menos arbitrio; [y,] a menos concreción normativa, más arbitrio”<sup>88</sup>. Luego esa facultad “[...] es [algo] omnipresente, puesto que no depende de que haya ley o no; sino del grado de inconcreción —que siempre ha de existir, poco o mucho— de la ley”<sup>89</sup>. Sea como fuere, es raro hallar disposiciones de aplicación totalmente preestablecida mediante criterios objetivados<sup>90</sup>; y, en cambio, la “borrosidad”<sup>91</sup> que es propia del lenguaje jurídico obliga a los tribunales a tomar decisiones —con las que eliminar la incertidumbre. De un modo u otro, pues, el arbitrio sirve “[...] de mecanismo que determina lo que por [su] naturaleza es indeterminado”<sup>92</sup>.

Por ello, queda claro que acatar el “imperio de la ley” y ejercer ciertos márgenes de libertad son dos factores integrantes de cualquier proceso resolutorio<sup>93</sup>, que se presen-

---

*gal Studies*. Durham, NC: Duke University Press, 1989, pp. 83-84, 87 y ss.; o DWORKIN, R. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986, pp. 45 y ss.

<sup>86</sup> NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, p. 229.

<sup>87</sup> Así, Adolf MERKL (*Teoría general del Derecho administrativo*. Granada: Comares, 2004, p. 229) señala que la discrecionalidad “[...] no es una institución arbitraria del Derecho positivo[,] ni tampoco una deficiencia inevitable de la técnica legal —[o,] más propiamente[,] del lenguaje legal— [...], sino una decisión fundada jurídico-teóricamente en la esencia de la ejecución[,] como concretización de una norma abstracta [...]”.

Ya con otra perspectiva, Juan CÓRDOBA RODA [“Presentación”, en CÓRDOBA RODA, J. / RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *Comentarios al Código penal. Tomo I (Artículos 1-22)*. Barcelona: Ariel, 1972, p. VII] afirma que “[...] la aplicación de la ley a la realidad es [siempre] producto de un complejo proceso de concreción. En virtud de la utilización de una serie de elementos[,] en importante medida no resultantes de la ley, sino introducidos por el propio juzgador, [...] desde su formulación abstracta a los particulares casos integrantes de la práctica [...]”.

<sup>88</sup> NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, p. 258; por razones estilísticas se elimina la cursiva.

<sup>89</sup> *Ibid.*

<sup>90</sup> Esto ocurre, por ejemplo, con el art. 315 CC, que fija la mayor edad a los 18 años cumplidos.

<sup>91</sup> Véase BASTIDA FREIJEDO, F. J. “La soberanía borrosa”, en *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho público e Historia constitucional*, N° 1, 1998, pp. 384-385 (nota 3).

<sup>92</sup> NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, p. 263. Y, entonces, “los jueces, en mayor o menor medida, según los casos, siempre han tenido que recurrir a su arbitrio para resolver los asuntos en los que la ley no les ofrece una respuesta unívoca prefabricada” (p. 264).

<sup>93</sup> En este sentido, POUND (*An Introduction...*, 1922, pp. 111-112) señala lo siguiente: “*Almost all of the problems of jurisprudence come down to a fundamental one of rule and discretion, of administration of*

tan con una saturación variable en la metafórica mezcla heterogénea. Entonces, “donde acaba la norma no empieza el despotismo sino la discrecionalidad, independientemente de que su práctica pueda ser [...] justa o injusta, razonable o arbitraria”<sup>94</sup>. Ahora lo decisivo será dilucidar qué hay más allá del Derecho positivo –i.e., cuando el magistrado se encuentra en la encrucijada de una pluralidad de soluciones válidas–; y en este sentido, identifico dos grandes corrientes de pensamiento doctrinal, cuyas implicaciones son antagónicas.

La primera de tales posturas fue expresada de este modo por Hans KELSEN: la aplicación del ordenamiento es una actividad que necesariamente supone actos de voluntad del intérprete<sup>95</sup>; así, “cuál sea la posibilidad «correcta» [...] no es una pregunta teórico-jurídica [o técnico-formal], sino que es un problema político”<sup>96</sup>. Y las diferentes opciones abiertas por el sistema normativo constituyen un espacio de juego para la discrecionalidad, que llena huecos acudiendo a aspectos ajenos a aquél. En la misma línea, Alejandro NIETO GARCÍA indica que en esos momentos “[...] ya nada más puede decir el Derecho[,] y es el juez quien ha de resolver con criterios extrajurídicos [...]”<sup>97</sup> –entre ellos, por ejemplo, las “máximas de experiencia”<sup>98</sup>, la equidad<sup>99</sup>, razones de oportunidad<sup>100</sup>, y la conciencia (social o individual)<sup>101</sup>.

Un planteamiento como el aludido incurre (sea de manera consciente, o no) en dos de las falacias muy habituales del positivismo. Por una parte, el ordenamiento está forma-

---

*justice by law and administration of justice by the more or less trained intuition of experienced magistrates*”. A lo que añade ya después que “both are necessary elements in the administration of justice[,] and [...] instead of eliminating either, we must partition the field between them”. E igualmente, DAVIS (*Discretionary...*, 1969, p. 25) sugiere desarrollar un deseable equilibrio entre la ley y el arbitrio judicial; véase también –por todos– CARDOZO, B. N. *The Nature...*, 1921, pp. 120-121.

<sup>94</sup> DAVIS, K. C. *Discretionary...*, 1969, p. 37; la traducción del original en inglés es mía.

<sup>95</sup> Cfr. KELSEN, H. *Teoría pura del derecho*. México, D.F.: UNAM, 1982, pp. 246 y ss., y 349 y ss.

<sup>96</sup> KELSEN, H. *Teoría...*, 1982, p. 353.

<sup>97</sup> NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, p. 232.

<sup>98</sup> Véanse IGARTUA SALAVERRÍA, J. *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. Lima: Palestra, 2009, pp. 148 y ss.; PARRA QUIJANO, J. *Manual de Derecho probatorio*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 15ª ed., 2006, pp. 78 y ss.; y STEIN, F. *El conocimiento privado del juez. Investigaciones sobre el Derecho probatorio en ambos procesos*. Pamplona: EUNSA, 1973, pp. 30 y ss.

<sup>99</sup> Recientemente, cfr. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I. *La equidad en el derecho privado*. Barcelona: Bosch, 2009; FALCÓN Y TELLA, Mª J. *Equidad, Derecho y Justicia*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2005; y RUIZ-GALLARDÓN GARCÍA DE LA RASILLA, I. *Una aproximación a la equidad desde la teoría y la dogmática jurídicas*. Madrid: Universidad Complutense, 2002.

<sup>100</sup> Sean éstas de un carácter político, económico o social, “[...] no pueden escandalizar a ningún jurista, ya que en ocasiones también penetran en el círculo de la legalidad, sin llegar a desfigurarla, a través de la interpretación” de las normas (NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, p. 269).

<sup>101</sup> En detalle, cfr. el repertorio casuístico de NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, pp. 266-270.

do por varias fuentes, más allá de la ley; en efecto, la costumbre<sup>102</sup> y los principios generales se aplican de un modo subsidiario, mientras que la jurisprudencia<sup>103</sup> tiene el valor complementario de lo anterior (art. 1 CC). Luego el derecho no se circunscribe a las disposiciones escritas, emanadas de los poderes legislativo o administrativo, sino que abarca elementos “ultra-legales”<sup>104</sup> –al concretar (interpretar, integrar...) metodológicamente el juez los preceptos en liza. Otrosí, dichos recursos son auténticas normas jurídicas reconocidas como tales por el propio entramado regulatorio; esto es, aquello que no se encuentra en los textos puede también ser llamado “*ius*” en un sentido estricto.

Entonces, aquí sostengo la segunda alternativa: allende el Derecho positivo no estamos –siempre– en el terreno de lo “extra-jurídico”. Antes al contrario, los mecanismos admitidos para adaptar las leyes al caso planteado (i.e., cuando la claridad de lo previsto en abstracto se diluye) son necesarios, y componen plenamente un ordenamiento vigente. Por lo tanto, las diversas soluciones válidas que el magistrado puede adoptar, a su discreción –y que procederán todas ellas de la aplicación aceptable del material normativo disponible–, son manifestaciones a priori equivalentes de un derecho que es “dúctil”<sup>105</sup>. Sin embargo, desde la perspectiva del método empleado (en ejercicio del arbitrio) sí es viable discernir entre mejores y peores versiones de aquellas respuestas, en esencia jurídicas.

Así pues, cuando el juez acude a la experiencia, a la equidad, o a su interpretación personal<sup>106</sup> de los criterios legalmente establecidos, no estaría yendo –nunca– más allá del ordenamiento. En cambio, completa éste con una decisión que concreta las normas co-

---

<sup>102</sup> Véase –por todos–, con una perspectiva muy actual, PÉREZ LUÑO, A. E. *El desbordamiento de las fuentes del derecho*. Madrid: La Ley, 2011, pp. 241 y ss.

<sup>103</sup> Cfr. –entre muchos otros– CLEMENTE DE DIEGO, F. *La jurisprudencia como fuente del Derecho*. Granada: Comares, 2016; BERNAL CANO, N. (dir.). *El valor...*, 2012; y PUIG BRUTAU, J. *La jurisprudencia como fuente del derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial*. (2ª edición con estudios introductorios [a cargo de ROCA TRIAS, E., CASAS VALLÉS, R. y FERRERES COMELLA, V.] Edición homenaje a D. José PUIG BRUTAU). Barcelona: Bosch, 2006.

<sup>104</sup> En un sentido puramente literal, teniendo en cuenta la etimología del prefijo, significa “más allá de” –o “al otro lado de”– las leyes.

<sup>105</sup> Sobre el origen de tal concepto, hoy muy extendido, véase la conocida obra del jurista italiano Gustavo ZAGREBELSKY. *El derecho...*, 1995, *passim* –especialmente en las pp. 131 y ss.

<sup>106</sup> Al respecto, es frecuente destacar este componente individual de la decisión arbitrada, algo que se difumina cuando hablamos de órganos colegiados.

Por ejemplo, Constancio BERNALDO DE QUIRÓS (“Arbitrio judicial [voz]”, en ALIER Y CASSI, L. M<sup>a</sup> [ed.]. *Enciclopedia jurídica española. Tomo III: Apre - Azu*. Barcelona: Francisco Seix, 1911, p. 299) lo describe como la “[...] facultad en los juzgadores, respecto á la aplicación de las leyes, de servirse de su criterio personal en cuanto no esté definido y medido por aquéllas”.

Para una mayor profundidad, cfr. *infra* en el epígrafe IV.1.



rrespondientes –en mayor o menor medida indeterminadas<sup>107</sup>–, para resolver el conflicto, y lo hace desde dentro del derecho (o “intra-sistémicamente”, con la terminología de LUHMANN<sup>108</sup>). La cuestión relevante, en consecuencia, pasa a ser metodológica: ¿cómo maneja el sentenciador este margen de discrecionalidad, abierto en los huecos (y a través de los resquicios) de las reglas escritas empleadas? Algo ha llevado al magistrado a inclinarse por una de las múltiples soluciones jurídicas correctas que caben al amparo de lo preceptuado; y saberlo nos permitiría evaluar –con cierta objetividad– cuán buena es la opción escogida.

Tal enfoque plasma la relación directamente proporcional entre arbitrio y motivación<sup>109</sup>: a más libertad, más argumentación –y viceversa. En efecto, porque cualquier decisión siempre irá precedida de una reflexión personal (o colegiada), y seguida “de una justificación [...] expresa que ha de ser, además, en Derecho<sup>110,111</sup>. Un juez dicta el fallo que considera como más adecuado –de entre las posibilidades válidas *ex lege*–, con plena autonomía, pero bajo condición de explicitar las razones que fundan la resolución<sup>112</sup>. En la actualidad, dicho deber de motivar no es sólo una obligación, de rango constitucional<sup>113</sup> y legal<sup>114</sup>, sino también se considera como una genuina exigencia sociopolítica<sup>115</sup>

---

<sup>107</sup> Dicha “[...] insuficiencia de la ley no está provocada ocasionalmente por el legislador[,] sino que es una cualidad intrínseca e inevitable [...]” (NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, p. 256).

<sup>108</sup> Cfr. LUHMANN, N. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Barcelona: Paidós, 1990, pp. 41 y ss.

<sup>109</sup> También MORILLAS CUEVA (“Valoración político-criminal sobre el sistema de penas en el Código penal español”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Nº 17, 2003, p. 57) habla del “binomio” arbitrio/motivación como elemento clave; véase más *infra* –en el apartado IV.2.

<sup>110</sup> Y aquí surge una –eventual– contradicción en el planteamiento teórico de Alejandro NIETO GARCÍA: pese a que la argumentación del órgano sentenciador debe ser siempre “en Derecho”, muchos de los criterios usados por aquél en el ejercicio de su lícita discrecionalidad son –en cambio– “extrajurídicos” (i.e., allende el ordenamiento).

<sup>111</sup> NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, p. 221. “En definitiva, [la resolución arbitrada] se trata, por tanto, de un acto de voluntad [del juez,] intelectualmente condicionado y justificado”.

<sup>112</sup> En este sentido, la STC 174/1985, de 17 de diciembre, señala lo siguiente: “Puede ocurrir que los mismos hechos probados permitan en hipótesis diversas conclusiones, o se ofrezcan en el proceso interpretaciones distintas de los mismos. En este caso el Tribunal debe tener en cuenta todas ellas y razonar por qué elige la que estima como conveniente” (FJ 6º).

<sup>113</sup> Según reza explícitamente el art. 120.3 CE (“Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública”), y al considerarse incluido en el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) en una reiterada jurisprudencia.

<sup>114</sup> Por un lado, el art. 417.15 LOPJ recoge como una falta muy grave –en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales– “la absoluta y manifiesta falta de motivación de las resoluciones judiciales que la precisen [...]”. Otrosí, el Código penal contempla varios preceptos que mandan –de modo expreso– justificar la decisión adoptada, como genéricamente hace el art. 72.

<sup>115</sup> Sobre ello, cfr. AARNIO, A. *Lo racional...*, 1991, pp. 28-29; y AARNIO, A. “La tesis...”, en *Doxa*, Nº 8, 1990, p. 26: “La gente pide más, y plantea una cuestión adicional: ¿por qué [se resuelve de esta manera]? La única respuesta [aceptable] a aquella cuestión es usar argumentos apropiados (razones)”.

(o democrática), que sirve para legitimar la función jurisdiccional del Estado. En el próximo capítulo retomaré todos estos aspectos, pero ahora toca tratar la discrecionalidad en el ámbito penal *stricto sensu*.

## 2. El arbitrio del sentenciador para la concreción del castigo

### 2.1 La discrecionalidad del juez, en su labor de determinación penal

Decía ya antes, en el epígrafe II.2, que nuestro ordenamiento jurídico no ofrece pautas normativas con las que dilucidar la prelación en el manejo de las diversas reglas concurrentes en un supuesto fáctico. Por tanto, la pregunta es evidente: ¿cómo actúa aquí el juez, al saber que las diferencias penológicas son enormes (en función del patrón acogido<sup>116</sup>), y suponen favorecer o perjudicar a un condenado<sup>117</sup>? Aunque es hoy un asunto marginal del debate (en la doctrina hispana), algunos autores que lo abordan aportan soluciones útiles para guiar esta decisión del tribunal<sup>118</sup>. En cualquier caso, tal ausencia de un rango legalmente establecido entre preceptos confluyentes para la determinación penal indica que ese es uno de los espacios donde se le deja mayores dosis de arbitrio al órgano competente; ello porque los efectos de su opción son muy significativos.

---

En la misma línea, NIETO GARCÍA (*El arbitrio...*, 2000, p. 325) añade que “[...] la mentalidad democrática moderna no aceptaría ya sentencias sin un esfuerzo de justificación”.

<sup>116</sup> Con ejemplos prácticos que muestran la magnitud del problema véase Díez RIPOLLÉS, J. L. *Derecho penal...*, 4ª ed., 2016, pp. 747-748; cfr. también OSINAGA LOZANO, I. *La relevancia jurídica del orden en la determinación de la pena*. TFG inédito: Universitat Rovira i Virgili (URV), 2014, pp. 13 y ss. [disponible en: <<http://nportal0.urv.cat:18080/fourrepo/rest/digitalobjects/DS?objectId=TFG%3A157&datastreamid=Mem%C3%B2ria&mime=application%2Fpdf>>; última consulta: 03.03.2017].

<sup>117</sup> Pongo este supuesto: al cómplice multirreincidente del robo especialmente grave en casa habitada (art. 241.4 CP), si luego repara el daño causado, se le abren tres posibles escenarios penológicos, ante el juez que aprecia la atenuante como muy cualificada. El más beneficioso deja el marco específico sólo entre doce y dieciocho meses de prisión, el intermedio lo sitúa de uno a dos años, mientras que el más gravoso quedará entre dieciocho meses y tres años. Así se hace evidente que las diferencias son muy importantes, y podrían llegar incluso a impedir –como en el ejemplo– el otorgamiento de una suspensión de la condena, si la sanción final se encuentra dentro de buena parte de la horquilla ulterior.

<sup>118</sup> Sobre ello, véanse MOLINA FERNÁNDEZ, F. / DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. “Capítulo 15. Penas. Sección 8. Reglas de determinación de la pena”, en MOLINA, F. (coord.). *Memento Penal 2016*. Madrid: Francis y Taylor, 2015, pp. 602-604; MOLINA FERNÁNDEZ, F. / MENDOZA BUERGO, B. “Lección 10...”, en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (coord.). *Introducción...*, 2ª ed., 2015, pp. 349-350; Díez RIPOLLÉS, J. L. *Derecho penal...*, 4ª ed., 2016, pp. 748 y 765-766; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *Contestaciones... Tomo I*, 6ª ed., 2015, tema 21, p. 9; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *Tratado...*, 2010, pp. 1316-1317; LLORCA ORTEGA, J. *Manual...*, 6ª ed., 2005, pp. 47, y 49-53; o RAGUÉS I VALLÈS, R. “§ 17 Anexo...”, en BALDÓ LAVILLA, F. (coord.). *Casos...*, 2ª ed., 1997, pp. 506 y ss.

En un planteamiento exhaustivo y coherente, Ramon RAGUÉS I VALLÈS propone cierta estructura<sup>119</sup> en el proceso de concreción de las sanciones, generando ya una clara jerarquía a la hora de aplicar múltiples pautas legales. Asimismo, dentro de cada fase sugiere adoptar el siguiente orden, cuando corresponda la observancia de varias (en un único supuesto): “Como norma general, deberán tenerse en cuenta en primer lugar las reglas que vengan dadas por la Parte Especial y, a continuación, las de la Parte General”<sup>120</sup>. Si en cambio las operaciones concurrentes se derivan de artículos de igual Libro del Código, habría que proceder “a una cuidadosa interpretación del sentido de los diversos tipos”<sup>121</sup>, tratando de averiguar cuál es el más taxativamente previsto.

Por otra parte, MOLINA FERNÁNDEZ advierte que, de entrada, “[...] no hay ninguna razón material para preferir un orden [«intra-sistemático»] a otro”<sup>122</sup>, pero el efecto sobre la pena es dispar<sup>123</sup>. Entonces, y frente a dicho silencio legal, “[...] las reglas habituales de transitar de lo simple a lo complejo, y de lo general a lo especial”<sup>124</sup>, [nos] permiten elaborar”<sup>125</sup> una estructura básica –con tres etapas. Tras identificar la penalidad abstracta del delito en el precepto *ad hoc*, se determinará el marco concreto, según los arts. 61 a 72 CP. Aquí tienen prioridad las rebajas en grado que se infieren de situaciones distintas a la existencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal<sup>126</sup>, y sólo posteriormente se valorarán las atenuantes o las agravantes comunes. Después, en su caso, un juez aplica los preceptos relativos a los concursos<sup>127</sup>, antes de proceder a individualizar el castigo.

---

<sup>119</sup> Desde la penalidad inicial, obtenemos cuatro marcos consecutivos (del hecho, de los intervinientes, abstracto y concreto), aplicando respectivamente las reglas que el autor coloca en cada nivel. Tras ello, el juez individualiza el castigo final e impone las sanciones accesorias; cfr. RAGUÉS I VALLÈS, R. “§ 17 Anexo...”, en BALDÓ, F. (coord.). *Casos...*, 2ª ed., 1997, p. 506.

<sup>120</sup> RAGUÉS I VALLÈS, R. “§ 17 Anexo...”, en BALDÓ, F. (coord.). *Casos...*, 2ª ed., 1997, p. 512.

<sup>121</sup> *Ibid.*, p. 513.

<sup>122</sup> Y, ello no obstante, el propio MOLINA FERNÁNDEZ (“Capítulo 15...”, en MOLINA, F. [coord.]. *Memento...*, 2015, p. 602) matiza lo siguiente: “Teóricamente, un sistema racional de determinación de la pena debería seguir el orden que se desprende de la posición [dogmática] en la teoría del delito de los diferentes elementos que configuran la responsabilidad penal”. Pero luego “dentro de cada nivel el orden [de aplicación] debería ser indiferente” (p. 603).

<sup>123</sup> MOLINA FERNÁNDEZ, F. “Capítulo 15...”, en MOLINA, F. (coord.). *Memento...*, 2015, p. 602.

<sup>124</sup> Igualmente, véase MOLINA FERNÁNDEZ, F. / MENDOZA BUERGO, B. “Lección 10...”, en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (coord.). *Introducción...*, 2ª ed., 2015, pp. 349-350.

<sup>125</sup> MOLINA FERNÁNDEZ, F. “Capítulo 15...”, en MOLINA, F. (coord.). *Memento...*, 2015, p. 603.

<sup>126</sup> El autor incluye en este grupo cuatro escenarios privilegiados: las reglas según el grado de ejecución de una infracción no consumada (art. 62 CP) o de participación en un ilícito (art. 63), el error de prohibición vencible (art. 14.3) y las eximentes incompletas (*ex* arts. 68 y 21.1ª).

<sup>127</sup> Al respecto, la continuidad delictiva es el contexto más complejo con estas tres alternativas:

a) En el ilícito patrimonial masa, el art. 74.2 CP permitiría “al menos tres posibles secuencias en la determinación [penal]” (MOLINA FERNÁNDEZ, F. “Capítulo 15...”, en MOLINA, F. [coord.]. *Memento...*,

Con un enfoque más formalista, DÍEZ RIPOLLÉS afirma que las operaciones derivadas del Libro II del Código preceden a las de la Parte general; y, en ésta, la jerarquía es clara<sup>128</sup>: ejecución e intervención, concurso<sup>129</sup>, circunstancias cualificadas, y resto de elementos modificativos<sup>130</sup>. O ya desde una perspectiva práctica, LLORCA ORTEGA dice que –cuando concurren causas de ascenso y descenso compatibles entre sí– tal cálculo inicia siempre empleando las reglas de elevación<sup>131</sup>; la única excepción será si un precepto especial degrada la “pena-base”, en cuyo caso aquél prima sobre esa progresiva fijación del marco específico<sup>132</sup>. Finalmente, también LÓPEZ BARJA DE QUIROGA hace alguna mínima referencia a la cuestión, al insinuarse esta prelación normativa<sup>133</sup>: las pautas relativas a la “imperfección” del delito, las que abordan la participación, y las correspondientes a las circunstancias modificativas.

En el contexto de mi propuesta conceptual y estructural, sugiero ahora un orden a seguir para aplicar conjuntamente varias reglas de determinación penal. Primero hay que respetar la división interna de dicha fase del proceso, con los tres niveles sucesivos: es-

---

2015, p. 603). Si uso aquí mi terminología, (i) en un marco abstracto –al principio del todo–, (ii) tras obtenerse una horquilla específica –i.e., justo antes de la individualización–, o (iii) con una solución intermedia: primero rebajamos si hay ejecución imperfecta o participación, luego elevamos en uno o dos grados (por ser un delito masa), “y finalmente concretamos atendiendo a las circunstancias” modificativas. Esta última opción concuerda entonces con mi propuesta, en la que (al coincidir los arts. 62, 63 y 74 CP para la fijación del marco del hecho), a priori se daría preferencia a las operaciones aritméticas de mitigación sancionatoria.

b) En los ilícitos patrimoniales no masa, sólo corresponde imponer la pena final “teniendo en cuenta el perjuicio total causado”. Por lo tanto, en estos casos “hay que tratar el hecho como cualquier otra infracción aislada” (p. 603), e individualizar el castigo según el daño global.

c) En el resto de delitos continuados –también en los patrimoniales en los que la regla del art. 74.1 CP sea necesaria para llegar a una sanción proporcionada a la gravedad del hecho–, “se parte del marco de pena ya concretado de la infracción más grave, y se [le] impone en su mitad superior, o [bien] se eleva [aquél] en grado y se impone la mitad inferior” (p. 604).

<sup>128</sup> Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *Derecho penal...*, 4ª ed., 2016, pp. 748 y 765-766.

<sup>129</sup> Mejor dicho, “las reglas del delito continuado o del concurso ideal y medial de delitos, que dan lugar a divisiones en mitades e incluso a ascensos de grado” (DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *Derecho penal...*, 4ª ed., 2016, p. 766). Sólo tras individualizar el castigo “se procede, si está pendiente, a la elección de la pena concreta del concurso ideal y medial a partir de los dos términos de la comparación” –según el art. 77 CP–, y finalmente se aplican las reglas del concurso real.

<sup>130</sup> En los dos últimos casos, se empieza por las atenuantes, “dado que ello puede beneficiar al reo si hay también agravantes” (DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *Derecho penal...*, 4ª ed., 2016, p. 766). Más aún, sugiere el autor que “debieran poder incluirse aquí las circunstancias genéricas vinculadas a ciertos tipos” de la Parte especial, cosa que no permite la dicción literal del art. 67 CP.

<sup>131</sup> Véase LLORCA ORTEGA, J. *Manual...*, 6ª ed., 2005, pp. 50-51.

<sup>132</sup> *Ibid.*, pp. 52-53. Tales supuestos, en mi propuesta de estructura y nomenclatura, quedarían encuadrados en la determinación de los marcos penales abstracto y del hecho.

<sup>133</sup> Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *Tratado...*, 2010, pp. 1316-1317. Véase –asimismo– LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *Contestaciones... Tomo I*, 6ª ed., 2015, tema 21, p. 9.

tablecer la penalidad abstracta del tipo, fijar el marco del hecho y conformar la horquilla específica; todo ello según dónde se sitúen las pautas legales al efecto. Ya dentro de cada etapa –por lo general se acumulan normas en la última–, la equivalencia sistemática y el vacío legal aconsejan optar (a priori, “*ceteris paribus*”) por el principio “*pro libertate*”<sup>134</sup>. Así, deberá elegirse el escenario sancionatorio menos afflictivo posible, de entre las combinaciones existentes. Entonces, habrá que anteponer siempre el precepto que decreta una operación (cualitativa) de bajada en grado, cualquiera que sea la reducción a la mitad; en cambio prevalece lo cuantitativo cuando toca una subida<sup>135</sup>.

Lo cual no obsta para que el órgano sentenciador, según la fenomenología del caso enjuiciado –captada gracias a la intermediación propia del proceso–, motive una prelación alternativa (esto es, más gravosa para el reo). En efecto, pues se trata de un momento “anticipado” de la medida de la culpabilidad del sujeto, y bien puede considerarse justificado hacerlo así. Sin embargo, no sería admisible que el tribunal altere los tres niveles sucesivos de la determinación penal a su antojo; ello parece indicar la jurisprudencia reciente<sup>136</sup>. En sentido contrario, al interior de cada estadio se confía la decisión al arbi-

---

<sup>134</sup> Acerca de ese interesante postulado, cfr. el clásico artículo de Peter SCHNEIDER: “In dubio pro libertate”, en VV.AA. *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages (1860-1960). Band II.* Karlsruhe: C. F. Müller, 1960, pp. 263-290.

En el Derecho penal actual, Tatjana HÖRNLE (“Theories of Criminalization”, en DUBBER, M. D. / HÖRNLE, T. [eds.]. *The Oxford Handbook of Criminal Law.* Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 698) vincula ese dogma al principio de la “*ultima ratio*”; igual que lo hace el Tribunal Supremo, en cuya Sentencia 1033/2000, de 13 de junio, señala que el criterio –político-criminal– de una “intervención mínima” se deriva “del principio liberal que aconseja que, en la duda, se adopte la interpretación más favorable a la libertad” (FJ 1º). Y, en la dogmática española, por ejemplo, Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (*El error sobre elementos normativos del tipo penal.* Madrid: La Ley, 2008, pp. 372 y 389) se sirve de ello como una regla hermenéutica “subsidiaria”.

Finalmente, ya en la reflexión constitucionalista, la máxima “*in dubio favor libertatis*” se contempla como una parte del proceso argumentativo a la hora de dilucidar cuál sea el verdadero sentido del “contenido esencial” de los derechos humanos; así, véanse –verbigracia– MUSHOFF, T. *Strafe - Maßregel - Sicherungsverwahrung. Eine kritische Untersuchung über das Verhältnis von Schuld und Prävention.* Frankfurt a.M.: Peter Lang, 2008, pp. 390-391; y ALEXY, R. *A Theory of Constitutional Rights.* Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 384-386.

<sup>135</sup> Un ejemplo práctico nos lo aclara: en delitos contra la Hacienda Pública, el tipo agravado del art. 305 bis prevé prisión de dos a seis años. Si concurren reglas que dicten dos operaciones de naturaleza (cualitativa o cuantitativa) distinta, las cuatro alternativas menos punitivas responden a dicha lógica. Primero disminuyendo en grado, los marcos quedan entre doce y quince meses –mitad inferior– o entre quince meses y dos años –mitad superior–, en vez de situarse respectivamente de uno a dos años o de dos a cuatro años, si lo hacemos a la inversa. Cuando hay que subir en grado, al anteponer el estrechamiento de la horquilla, el marco final se fija entre cuatro y seis años o entre seis y nueve años; mejor que viceversa, en cualquiera de las dos partes iguales en las que se dividiría una condena a prisión de seis a nueve años.

<sup>136</sup> Verbigracia, la STS 447/2014, de 4 de junio, casaba una resolución previa de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección Primera), por haberse alterado la estructura “legal” del proceso de

trio judicial, ejercido con razonabilidad –explicitando los porqués, luego susceptibles al control. No encuentro argumentos convincentes, empero, para primar (ante todo) las operaciones de índole cualitativa sobre lo cuantitativo<sup>137</sup>, o reglas especiales frente a las derivadas de preceptos del Libro I del Código<sup>138</sup>.

Después del excurso acerca del manejo de varias pautas, continuamos adelante: paso ahora a sistematizar –sobre la base de mi “*Methodé*”– el rol otorgado a la discrecionalidad judicial, en nuestro ordenamiento vigente. Para ello, sugiero otra distinción analítica de las decisiones que integran el proceso examinado, atendiendo al margen de arbitrio atribuido. Entonces, desde esta perspectiva, identifico tres niveles de “intrusión” legislativa en la labor jurisdiccional de la cuantificación penal, dentro de las etapas sucesivas arriba detalladas. Y, en dicho sentido, los preceptos del Código desglosan así (internamente<sup>139</sup>) las alternativas ofrecidas: hay reglas que mandan –en imperativo<sup>140</sup>– alguna operación (aritmética o material), pautas que facultan para modular la forma o la magni-

---

concreción. Según afirmaba el órgano *ad quem*, “de inmediato se aprecia el flagrante error en [el] que incurrió el Tribunal [*a quo*,] al invertir el orden en la delimitación de la pena, procediendo en primer término a la individualización judicial[,] y con posterioridad [al] acudir a la ley (art. 66 CP) para confirmar definitivamente la cantidad de [la] pena a imponer” (FJ 2º).

*A fortiori*, a los efectos de mi argumentación, deduzco de este razonamiento que el juez no puede modificar bajo ningún concepto el recorrido –a través de las tres fases sucesivas– planteado por mi propuesta.

<sup>137</sup> De acuerdo con tal jerarquía se manifiestan, por todos, MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN (*Derecho penal...*, 9ª ed., 2015, pp. 573-574) y BESIO HERNÁNDEZ (*Los criterios...*, 2011, pp. 42-43).

<sup>138</sup> En efecto, no estamos ahora en un contexto de concurso aparente de leyes, que se habría de resolver según el criterio de especialidad enunciado en el art. 8 CP. Lejos de eso, corresponde aplicar, a la vez, todas las reglas legales de determinación pertinentes; y, así, no veo oportuno acudir aquí a un principio que está previsto para solventar situaciones de disyunción normativa. En cambio, sí lo consideran algo adecuado RAGUÉS I VALLÈS (“§ 17 Anexo...”, en BALDÓ, F. [coord.]. *Casos...*, 2ª ed., 1997, p. 512) y DíEZ RIPOLLÉS (*Derecho penal...*, 4ª ed., 2016, pp. 748 y 765-766).

<sup>139</sup> En un enfoque similar, el penalista italiano Hugo CONTI diferenciaba entre determinación abstracta y concreta, dividiendo a su vez ambas en una genérica y otra específica; cfr. CONTI, H. “La commisurazione...”, en PESSINA, E. (ed.). *Enciclopedia... Volume IV*, 1910, pp. 813 y ss.

Entonces, según GALLEGÓ DÍAZ (*El sistema...*, 1985, p. 10),

“[...] la *determinación abstracta genérica* comprendería todo lo relativo a las nociones, especies [...] y límites de la pena; la *específica*, a la asignación [...] a los particulares delitos, así como a la valoración de las circunstancias influyentes en los mismos. La *determinación concreta*, en cambio, haría referencia a la aplicación al autor [...] de la pena señalada al delito. Aquí la *determinación genérica* se referiría a aquellas normas y reglas que afectan al modo de aplicación [...] en general, y la *específica*, a la aplicación de la pena [anterior] al caso singular; es decir, a la verdadera medición [del castigo]” (la cursiva es del autor).

<sup>140</sup> Se utiliza el futuro simple del modo indicativo, como tiempo verbal que expresa mandato: “será castigado” o “se impondrá” son, por ejemplo, dos de las locuciones más recurrentes en el Código. Igualmente pasa cuando la ley concede mayor libertad al órgano, pero en tales supuestos se emplea la perífrasis construida con el auxiliar “poder” –así, “podrá acordar”, “podrán decretar”, “podrá ordenar”, “podrán ser castigados”, “podrá imponer o no”, etc.

tud sancionatoria, e incluso normas mixtas que aúnan ambas orientaciones –y obligan, por ejemplo, a reducir la horquilla en uno o dos grados.

## 2.2 Arbitrio y decisión individualizadora en Derecho positivo español

A continuación, recopilo (del modo más sintético posible) todos aquellos lugares en los que el legislador español asigna algún ámbito de discrecionalidad al órgano competente, según mi propuesta estructural de concreción del castigo. En primer lugar, en la determinación del marco abstracto, la penalidad de una conducta típica puede completarse con sanciones accesorias de imposición facultativa. Así ocurre en el art. 55 CP, con una inhabilitación especial para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento –o la privación de aquélla– en las condenas largas a prisión, “cuando estos derechos hubieren tenido relación directa con el delito cometido”. Pero también con las llamadas “prohibiciones victimológicas” del art. 48 en ciertos ilícitos (hoy inclusive en los leves), “atendiendo a la gravedad de los hechos[,] o al peligro que el delincuente represente”; si bien aquí el art. 57.1 *in fine* limita –sólo en parte– el arbitrio<sup>141</sup>.

Y en otros lugares del Código hay referencias a la pena aneja de inhabilitación especial para ejercer patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento –y a la de privación de la primera–, que dejan al criterio del juez el proteger a sujetos pasivos esencialmente vulnerables, en esos casos no cubiertos arriba. Los arts. 173.2, 192.3, 220.4, 226.2 y 233.1 CP lo contemplan en los delitos menos graves perpetrados en el ámbito familiar o doméstico, en los supuestos donde un amparo adicional de ciertas víctimas depende de la discrecionalidad razonada<sup>142</sup> del sentenciador. Pues ahora el legislador supeditará la decisión a cómo estime un tribunal que deba realizarse ese interés del niño o de la persona con discapacidad afectados<sup>143</sup>. En paralelo, el art. 192.3 autoriza a inhabilitar para empleo o cargo público (y el desempeño de una profesión u oficio) en los ilícitos sexuales contra adultos<sup>144</sup>.

---

<sup>141</sup> En efecto, si el juez acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones junto a la condena a prisión, siempre “lo hará por un tiempo superior entre uno y diez años al de la duración” de esta pena privativa de libertad. Sin embargo, estas sanciones llamadas aquí “accesorias” son realmente unas medidas de seguridad post-penitenciarias, tal como ya explicaré más adelante.

<sup>142</sup> Concretamente, los arts. 192.3 y 226.2 CP utilizan expresiones en este sentido, mientras que el art. 233.1 habla de adoptar tales medidas sancionatorias siempre que ello se considere “oportuno”.

<sup>143</sup> Además, y para completar el amparo integral, en la Parte general el art. 46 CP reza que se podrán acordar dichas penas respecto de menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que estén al cuidado del reo, “en atención a las circunstancias [...]”.

<sup>144</sup> En cambio, si el sujeto pasivo del ilícito está por debajo de los 18 años, se le impone al autor “ [...] una pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido[,] que conlleve

Más aún, algunos preceptos del Libro II prevén la posibilidad de añadir penas acumulativas a una sanción principal; por ejemplo, la privación del derecho a conducir vehículos, portar o tener armas de fuego, en homicidio y lesiones por imprudencia menos grave mediante el uso de tales instrumentos (arts. 142.2 y 152.2 CP). O en la inhabilitación especial para el ejercicio de profesión o industria en el tráfico de bienes receptados y el blanqueo de capitales<sup>145</sup>, atendiendo a la gravedad del hecho y las “circunstancias personales” del delincuente (arts. 298.2 *in fine* y 301.1). Por otro lado, en los delitos contra el honor, si el acusado de calumnia o injuria reconociere ante la autoridad judicial la falsedad o falta de certeza de las imputaciones y se retractare de lo dicho, puede evitar un castigo relativo a su ocupación –pública o privada–, al criterio del juzgador (art. 214).

Aunque probablemente el momento de mayor arbitrio del sentenciador sea en aquellos tipos donde el legislador articula dos o más penas como disyuntivas; a día de hoy con escasa presencia, sería deseable multiplicar el mecanismo, en especial en las infracciones de menor relevancia del bien jurídico protegido<sup>146</sup>. En un sistema como el español, se trata de una excelente manera de introducir las alternativas a la prisión<sup>147</sup> como una sanción hegemónica. Ello no sólo ampliaría el rango de discrecionalidad judicial de nuestro Código, sino que también serviría para reducir la elevada tasa de población pe-

---

contacto regular y directo con menores de edad[,] por un tiempo superior entre tres y cinco años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, o por un tiempo de dos a diez años cuando no se hubiera impuesto una pena de prisión[; todo ello] atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los delitos cometidos[,] y a las circunstancias que concurren en el condenado”.

<sup>145</sup> Asimismo, y tras la reforma de 2015, los artículos 337.4 ó 337 bis CP complementan la tutela penal de los animales, en conductas como el maltrato cruel y el abandono con peligro para su vida o integridad: el sentenciador podrá sumar la inhabilitación especial de tres meses a un año para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con aquéllos –y para su tenencia.

En un sentido similar, pero ahora en el ámbito del terrorismo, el art. 578.1 CP permite al juez acordar, “[...] durante el período de tiempo que él mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas [...]” en el art. 57, en ilícitos de enaltecimiento del terrorismo, y de descrédito, menosprecio o humillación a sus víctimas.

Finalmente, el art. 616 faculta al tribunal para imponer la inhabilitación especial de empleo o cargo público, por tiempo de uno a diez años, al particular que perpetre un delito incluido en los Títulos XXIII y XXIV del Código, excepto los contemplados en los arts. 614 ó 615 bis.2 y 6 CP.

<sup>146</sup> En tal línea coinciden CID MOLINÉ / LARRAURI PIJOAN (*Jueces...*, 2002, pp. 114-115); y, por su parte, el Defensor del Pueblo nos recomienda “ampliar el ámbito de aplicación de la localización permanente, utilizándola como consecuencia jurídica [ya sea única o disyuntiva,] en más infracciones [...]” (*Informe Anual a las Cortes Generales (2013)*, p. 75 [disponible en: <<https://www.defensordelpueblo.es/informe-anual/informe-anual-2013>>; última consulta: 01.09.2016]).

<sup>147</sup> Sobre ello, véanse MORILLAS CUEVA, L. / BARQUÍN SANZ, J. (dirs.). *La aplicación de las alternativas a la pena de prisión en España*. Madrid: Defensor del Pueblo, 2013; y CID MOLINÉ, J. “La política criminal europea en materia de sanciones alternativas a la prisión y la realidad española: una brecha que debe superarse”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, Nº 30, 2010, pp. 55-83.



nitenciaría del país<sup>148</sup>; una cifra que se explica por el abuso de la privación de libertad en los delitos mayoritarios<sup>149</sup>. Pese a todo, actualmente la ley hace elegir el castigo al tribunal en ciertos preceptos del Libro II, con –al menos– seis clases de combinaciones.

La opción más habitual es una disyuntiva entre prisión o multa<sup>150</sup>, lo que sitúa a la sanción pecuniaria como la principal alternativa a la cárcel; aun así, ello se prevé tan solo en (aproximadamente) un 8% de los tipos penales hoy en día<sup>151</sup>. El legislador, en estos casos, amplía el arbitrio (ya en el marco abstracto) sobre todo en delitos menos graves “personales” –lesiones, amenazas, coacciones, acoso sexual, e impago de una pensión familiar, entre otros– o patrimoniales –por ejemplo, insolvencia punible, “favorecimiento” de acreedores, publicidad engañosa y acuerdos abusivos en perjuicio de los socios minoritarios. Las restantes combinaciones no resultan tan numerosas: cubren una quinceña de preceptos, pero sin embargo merecen algún comentario adicional.

Así, la disyuntiva entre privación de libertad o trabajos en beneficio de la comunidad se incorpora a partir del año 2003, para castigar ciertas conductas de violencia doméstica. Por un lado, el juez decide si imponer prisión o pena comunitaria en las lesiones menos graves o maltrato de obra (arts. 153.1 y 2 CP), amenazas o coacciones leves (171.4 y 5

---

<sup>148</sup> Con en torno a los 60.500 reclusos (en abril de 2017), la tendencia de los últimos años es a la baja, de manera progresiva, desde el tope de casi 77.000 a principios de 2010 –aún lejos de los 45.000 en 2000. Y la tasa de población penitenciaria es 132 presos por 100.000 habitantes, cifra todavía muy por encima de la media europea (y las ratios de países de nuestro entorno). Sólo el Reino Unido y Portugal superan, actualmente, los guarismos españoles; cfr. los datos en las páginas web de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (<http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/documentos/estadisticas.html>), y del *International Centre for Prison Studies* ([http://www.prisonstudies.org/research-publications?shs\\_term\\_node\\_tid\\_depth=27](http://www.prisonstudies.org/research-publications?shs_term_node_tid_depth=27)).

<sup>149</sup> En efecto, en España la mayoría de los reclusos lo son por delitos patrimoniales, lesiones, e ilícitos contra la seguridad colectiva; del total de estas infracciones registradas cada año, que suponen cerca del 80% de la criminalidad patria en la última década, son condenados a la cárcel el 86%, 62% y 27% de los autores respectivamente –a partir de mi elaboración y cálculo de los datos ofrecidos por el Instituto Nacional de Estadística (INE).

<sup>150</sup> Y eso sucede al menos en los siguientes 65 artículos del Código vigente: 146; 147.1; 152.1.1º; 154; 158; 171.1; 172 ter.1; 181.1; 183 ter.1; 184.1, 2 y 3; 185; 186; 189.6; 197.7; 197 bis.2; 197 ter; 206; 225; 226.1; 227.1; 258. 1 y 2; 258 bis; 259.3; 260.1; 264 ter; 282; 284; 289; 291; 294; 305.3 *in fine*; 306 *in fine*; 311 bis; 314; 315.1, 2 y 3; 323.1; 326.2; 332.1 y 3; 333; 334.1 y 3; 336; 386.3; 389 *in fine*; 414.1; 416; 463.1, 2 y 3; 494; 502.3; 514.4; 524; 526; 556.1; 557 ter.1 y 2; 558; y 561.

<sup>151</sup> Sobre el total de las algo más de 800 disposiciones penales que son ya intrínsecamente diferentes –esto es, que tipifican conductas diversas con sanciones particulares.

Dicho número lo ajusto a partir de un colosal trabajo estadístico de BARQUÍN SANZ y LUNA DEL CASTILLO (“En los dominios de la prisión”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 14-16, 2012, pp. 21-36), que arroja la cifra de 838 preceptos; ésta debe recalcularse tras la reforma de 2015 –según sospecho, será ligeramente inferior–, restando las faltas derogadas y sumando los nuevos artículos introducidos.

ó 172.2), y en el flamante ilícito de hostigamiento –o “*stalking*”<sup>152</sup>– (172 ter.2). Más aún, la ulterior modificación del Código permite al sentenciador optar por localización permanente, multa o trabajos en beneficio de la comunidad, en los arts. 171.7 *in fine*, 172.3 *in fine* y 173.4; una cláusula de cierre para amenazas, coacciones, e injurias o vejaciones leves. Ello evidencia la paulatina línea aperturista del legislador respecto a la discrecionalidad: crecen los ámbitos de punición, paralelamente a la confianza en la judicatura.

En la reforma de 2010, los delitos contra la seguridad vial vuelven a retocarse, tras los cambios operados en 2003 y 2007: por primera vez en el ordenamiento español, se introduce una triple alternativa –entre prisión, trabajo comunitario o pena pecuniaria–, en los arts. 379<sup>153</sup> y 384 CP. En cambio, con el art. 385 el tribunal optaría por cárcel, o por multa más TBC; aquí el legislador no extendió esa leve moderación sancionatoria, propia de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Finalmente, el Código manda un castigo económico o trabajos en beneficio de la comunidad en estas ocasiones: arts. 244.1 y 2, 270.4 *in fine*, y 274.3 *in fine*. En el hurto de uso de vehículos, desde 2003 se contempla la disyuntiva<sup>154</sup>; para ciertos ilícitos menores contra la propiedad intelectual o industrial (“top-manta”), ello se deja al arbitrio judicial a partir de 2015<sup>155</sup>.

Por otro lado, en ocasiones la ley tipifica la penalidad de una infracción autónoma otorgando un amplio margen al tribunal cuando fija el marco abstracto. Esto ocurre ya en el art. 143.4 CP, con la llamada “eutanasia activa directa”<sup>156</sup>, cuyo autor es castigado con la sanción inferior en uno o dos grados a lo dicho en los párrafos precedentes. Además,

---

<sup>152</sup> A tal respecto, cfr. el precursor estudio monográfico de VILLACAMPA ESTIARTE, C. *Stalking y Derecho penal. Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*. Madrid: Lustel, 2009.

<sup>153</sup> En los dos tipos penales del precepto –i.e., exceso de velocidad, y conducción bajo la influencia de sustancias tóxicas–, se añade la sanción de una “privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años”.

<sup>154</sup> Tal como indica la ley, sólo si el autor restituyera el bien, “[...] directa o indirectamente, en un plazo no superior a cuarenta y ocho horas, sin que, en ningún caso, la pena impuesta pueda ser igual o superior a la que correspondería si se apropiare definitivamente del vehículo”.

<sup>155</sup> Según los dos preceptos ya mencionados, las conductas de distribución, comercialización o venta –ambulante u ocasional– de productos plagiados podrán tener dicha penalidad alternativa, “atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico obtenido o que se hubiera podido obtener, siempre que no concorra ninguna de las circunstancias [...]” agravantes específicas establecidas en los arts. 271 y 276 CP –respectivamente.

<sup>156</sup> Sobre ello, véanse aquí –por todos– MENDES DE CARVALHO, G. *Suicidio, eutanasia y Derecho penal. Estudio del art. 143 del Código penal español y propuesta de lege ferenda*. Granada: Comares, 2009; GÓMEZ TOMILLO, M. / GUTIÉRREZ FUENTES, J. A. / LÓPEZ-IBOR, J. J. (dirs.). *Aspectos médicos y jurídicos del dolor, la enfermedad terminal y la eutanasia*. Madrid: Unión Editorial, 2008; OLMEDO CARDENETE, M. D. / BARQUÍN SANZ, J. “Artículo 143”, en COBO DEL ROSAL, M. (dir.). *Comentarios al Código Penal. Volumen V*. Madrid: Edersa, 1999, pp. 230-231, 240 y ss.; o ÁLVAREZ GÁLVEZ, Í. *La eutanasia voluntaria autónoma*. Madrid: Dykinson, 2002.

pasa así en el art. 386.2 *in fine*, donde el reproche establecido por poseer, recibir u obtener moneda falsa para su expedición, distribución o puesta en circulación se modula, atendiendo al valor de la misma, y a la connivencia con quien comete el ilícito principal. Asimismo, en delitos de terrorismo se prevé la rebaja de la horquilla en uno o dos niveles en tres disposiciones (576.4, y 579.1 y 2); o, excepcionalmente<sup>157</sup>, se adjudica igual libertad en la omisión pura por imprudencia grave del art. 615 bis.2.

Otra técnica aplicada en la fijación del marco abstracto es crear subtipos agravados en los que la discrecionalidad del tribunal juega un rol primordial –a la hora de subsumir los hechos. Por ejemplo, el art. 148 CP permite imponer prisión de dos a cinco años, en las lesiones básicas, “atendiendo al resultado causado o [al] riesgo producido”, si también converge algún otro factor adicional. Pero es más frecuente que la ley determine la horquilla inicial a partir de un precepto básico, con una fenomenología normativa que contempla tres operaciones aritméticas posibles. Por lo general, el arbitrio se concreta al elevar la pena a la escala inmediatamente mayor<sup>158</sup>; aunque el Código, a veces, faculta al juez para reducir el tramo a la mitad superior<sup>159</sup>, o bien le ordena elegir entre subir uno o dos grados para calcular los límites en esta primera fase<sup>160</sup>.

Viceversa, también sirven para fijar el marco abstracto los subtipos atenuados; la apreciación –y consiguiente aplicación– de algunos de éstos depende en exclusiva de la libertad del tribunal en tres ocasiones. En los arts. 286 bis.3 y 351, el sentenciador puede imponer la pena inferior en grado<sup>161</sup> –e incluso “reducir la de multa a su prudente ar-

---

<sup>157</sup> Digo “excepcionalmente” porque lo habitual en el Código es que los tipos imprudentes se sancionen en el Libro II con un marco penal propio, o con la rebaja obligatoria en un grado.

<sup>158</sup> Esto ocurre con los arts. 510.4 y 578.3 CP, si las conductas resultan idóneas “para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor” en la sociedad (o entre los integrantes de un grupo discriminado, por cualquier motivo). Y, ya en los arts. 177 bis.6 *in fine* y 318 bis.3, cuando se trate de jefes, administradores o encargados de organizaciones dedicadas a la trata de personas y/o al tráfico de extranjeros en situación irregular. Otros ejemplos de tal técnica normativa se contienen en ciertos delitos de detenciones ilegales (167.2), daños (264.2, 264 bis.1 y 323.2), financiación irregular de partidos (304 bis.3), terrorismo (573 bis.1.5ª y 577.2 *in fine*), y ataque contra bienes protegidos en caso de conflicto armado (613.2).

Sea como fuere, la mayoría de ocasiones el Código opta por una regla de determinación mixta: obliga al menos a reducir el marco abstracto a la mitad superior, dejando a criterio del juez el eventual ascenso en grado.

<sup>159</sup> A día de hoy, ello sólo se prevé en los arts. 145.1 y 145 bis.1.d) CP, cuando el aborto se ha realizado “fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado”.

<sup>160</sup> Únicamente el art. 370 CP obliga a los tribunales a incrementar en uno o dos tramos la horquilla de cualquiera de las dos modalidades del tráfico de drogas –las tipificadas en el art. 368–, cuando concurre alguna de las tres circunstancias específicas listadas en este subtipo agravado.

<sup>161</sup> En el delito de corrupción en los negocios, “[...] en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja [conseguida] y a la trascendencia de las funciones del culpable”; en el incendio con riesgos

bitrio” en el primer caso. Más aún, el art. 171.3 CP señala que, si la extorsión “consistiere en la amenaza de revelar o denunciar la comisión de algún delito” castigado con prisión superior a dos años, al juez se le autoriza a descender uno o dos niveles la horquilla sancionatoria<sup>162</sup>. Ya para acabar, este supuesto llama la atención: el art. 470.3 permite al órgano competente no castigar al particular que facilite la evasión de un condenado, preso o detenido por dicha conducta, cuando éste sea un familiar directo<sup>163</sup>.

Hasta aquí he analizado los campos de discrecionalidad que el legislador confiere a los tribunales en la primera fase de la concreción penal. Y, como hemos visto, es un lugar de progresivo crecimiento del arbitrio judicial, paralelamente a esa “expansión” del sistema punitivo<sup>164</sup>. En efecto, el número de los preceptos que agravan la responsabilidad criminal –en función del criterio manejado– es mayor que el de aquellos que la atenúan. Después de obtener la horquilla abstracta, y al determinar el marco del hecho, el Código prevé reglas impropias según la configuración fenomenológica que se haga de un caso; todo eso se contiene en dos ámbitos. En el Libro I, las disposiciones que le otorgan ciertos márgenes al sentenciador se refieren a la tentativa, la participación de sujetos “*extranei*” en ilícitos especiales<sup>165</sup>, y el llamado “delito patrimonial masa”.

Así, el art. 62 CP reza que la no consumación del hecho implica la pena inferior en uno o dos grados, “[...] en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento” y al nivel de ejecución alcanzado. Por otra parte, el art. 65.3 permite al juez, cuando el inductor o el cooperador necesario no reúnen las condiciones, las cualidades o las relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, rebajar un escalón la horquilla de la infracción tipificada, merced a su criterio. Finalmente, el art.

---

para la vida o la integridad física de seres humanos, según se valore “[...] la menor entidad del peligro causado y las demás circunstancias del hecho”.

<sup>162</sup> Además, si el delito con cuya revelación se chantajea conlleva una prisión de menos de dos años, “el ministerio fiscal podrá, para facilitar el castigo de la amenaza, abstenerse de acusar”.

<sup>163</sup> “Si se tratara de alguna de las personas citadas en el artículo 454, se les castigará con la pena de multa de tres a seis meses, pudiendo en este caso el Juez o Tribunal imponer tan sólo las penas correspondientes a los daños causados o a las amenazas o violencias ejercidas”.

<sup>164</sup> Un fenómeno que ya fue identificado hace años por SILVA SÁNCHEZ (*La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999), o lo que en el mundo anglosajón se conoce y se denuncia como “overcriminalization”; cfr. HUSAK, D. *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

<sup>165</sup> Al respecto de tan controvertido asunto, véanse –entre muchos otros autores– ROBLES PLANAS, R. (dir.) *La responsabilidad en los “delitos especiales”*. *El debate doctrinal en la actualidad*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2014, *passim*; ROBLES PLANAS, R. / RIGGI VALLEJOS, E. J. “El extraño artículo 65.3 del Código Penal. Un diálogo con Enrique Peñaranda sobre sus presupuestos dogmáticos y su ámbito de aplicación”, en *InDret* 4/2008, pp. 1-29; y ROBLES PLANAS, R. *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*. Barcelona: Atelier, 2007, pp. 105 y ss.

74.2 autoriza al tribunal para elevar uno o dos grados la sanción –y en la magnitud que estime conveniente– de los ilícitos continuados contra el patrimonio, de manera motivada, “[...] si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas”.

En la Parte especial, el Código penal castiga los actos preparatorios<sup>166</sup> de delitos contra bienes jurídicos muy relevantes, con la pena inferior en uno o dos grados a la prevista en cada caso; así ocurre con los arts. 141, 151, 168, 177 bis.8, 269, 304, 445, 477, 488, 519, 548<sup>167</sup>, 553, 579.3, 585 y 615 CP. De una manera excepcional, el legislador reprocha con rigor la tentativa de regicidio: el art. 485.3 únicamente concede al juez la opción de descender un nivel (en la horquilla típica inicial). Asimismo, incluyo en la determinación del marco fáctico<sup>168</sup> ciertas cláusulas –aplicables a varios tipos– que modifican los límites abstractos, a raíz de algunos elementos relativos a la conducta. Igual que sucedía en la primera fase, aquí el arbitrio se manifiesta de diversas formas, y en al menos once preceptos. Veamos cuáles son.

Con efectos sancionatorios, en ocasiones la ley permite al tribunal llegar hasta la pena superior en grado, más allá de la reducción obligada de un marco a su mitad alta. Esta regla mixta se ubica en los arts. 167.1<sup>169</sup>, 286 quáter.1, 304 ter.3, 325.2 *in fine*, 432.3 *in fine* y 438 CP; y la dicha apreciación a menudo depende de una “especial gravedad” de esos hechos enjuiciados. En un sentido contrario, nuestro Código contempla la atenuación facultativa en dos niveles paulatinos. A veces se autoriza al sentenciador a bajar al tramo inferior: así pasa en los robos con violencia o con intimidación (242.4) y en delitos contra la seguridad vial (385 ter), tras evaluar todas las circunstancias del supuesto<sup>170</sup>. En cambio, puede aquél optar entre disminuir –en cualquier caso– uno o dos peldaños en estos tres lugares: las lesiones consentidas<sup>171</sup> (155), la sedición sin secuelas (547) y el terrorismo leve (579 bis.4).

---

<sup>166</sup> Según los arts. 17 y 18 CP, generalmente se considerarán actos preparatorios punibles la provocación, la conspiración y la proposición para delinquir.

<sup>167</sup> “[...] salvo que llegue a tener efecto la sedición, en cuyo caso se castigará con la pena señalada en el primer apartado del artículo 545, y a sus autores se los considerará promotores”.

<sup>168</sup> Y en el mismo sentido lo hace, con muchos preceptos de ese estilo, Ramon RAGUÉS I VALLÈS (“§ 17 Anexo...”, en BALDÓ LAVILLA, F. [coord.]. *Casos...*, 2ª ed., 1997, pp. 510 y ss.).

<sup>169</sup> Por ejemplo “[...] la autoridad o [el] funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la ley, y sin mediar causa por delito, cometiere alguno de los hechos descritos en este Capítulo” (detenciones ilegales y secuestro), queda sometido a dicha decisión del órgano competente.

<sup>170</sup> En concreto, se cita la menor entidad de la violencia, la intimidación o el riesgo causado.

<sup>171</sup> Sobre ello, cfr. –por todos– ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B. *El consentimiento en Derecho Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014, pp. 97 y ss.; o LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *El consentimiento en Derecho Penal*. Madrid: Dykinson, 1999, Capítulo IV.

Sigo ahora con la tercera (y última) etapa para determinar el marco específico, en función de una medida de la culpabilidad legalmente valorada; para ello hay que tener en cuenta los baremos “estandarizados” por el Código. En la Parte general, ciertos preceptos asignan a la discrecionalidad judicial el practicar operaciones aritméticas que modulan la horquilla anterior. Así, el tribunal decide aplicar la pena inferior en uno o dos grados cuando concurren un error de prohibición vencible (art. 14.3), las eximentes incompletas<sup>172</sup> (68), o varias atenuantes<sup>173</sup> (66.1.2ª). Por el contrario, las reglas cuarta y quinta del art. 66.1 confían la subida de un tramo al criterio del sentenciador, si bien con algunas limitaciones<sup>174</sup>. Mas también los dos últimos apartados de dicha norma contienen pautas de concreción del castigo que amplían el arbitrio en esta fase, como ya expliqué arriba.

En el Libro II, cerca de veinte disposiciones albergan cláusulas de “cuantificación” legal de la culpabilidad del sujeto que alteran –y sólo a la baja– los topes precedentes. A veces, el Código somete a la ponderación de “las circunstancias personales del autor” un eventual descenso al nivel inferior del marco manejado hasta ese momento. Ello ocurre en los arts. 153.4, 171.6, 172.2<sup>175</sup>, 318 bis.6<sup>176</sup>, 368, 514.2<sup>177</sup> y 565<sup>178</sup>; e incluso permite menguar dos grados en el art. 156 bis.2. Por otra parte, el legislador premia diversos hechos posteriores al delito<sup>179</sup> con una disminución facultativa –uno o dos escalones– de la horquilla sancionatoria. Así sucede en los arts. 305.6, 307.5, 307 ter.6, 308.7, 376,

---

<sup>172</sup> En estos casos, y “atendidos el número y la entidad de los requisitos que falten” en relación con los supuestos contemplados en el apartado 1º del art. 21 CP, así como también “las circunstancias personales de su autor, sin perjuicio de la aplicación del artículo 66 [...]”.

<sup>173</sup> “Cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o [bien] una o varias muy cualificadas, y no concorra agravante alguna, [...] atendidos el número y la entidad [...]” de aquéllas.

<sup>174</sup> Primero, con múltiples agravantes y sin atenuantes, habría que tomar la mitad inferior de la horquilla elevada. Y ya en segundo lugar, la llamada “multirreincidencia” requiere “que el culpable [...] hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza”; a ese respecto, entonces “no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo”.

<sup>175</sup> Los tres primeros preceptos citados le asignan al órgano competente un deber reforzado de motivación, al explicitar la ley que aquél disminuirá la sanción impuesta “razonándolo en [la] sentencia”; igual que pasa en los arts. 376, 570 quáter.4 y 579 bis.3 CP.

<sup>176</sup> También se valoran aquí “la gravedad del hecho y sus circunstancias, [...] y la finalidad perseguida” por el culpable, en los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

<sup>177</sup> En concreto, habla el Código ahora de atender sobre todo a “los antecedentes del sujeto” que asiste a una reunión o manifestación con armas u otros medios igualmente peligrosos.

<sup>178</sup> Siempre que con ello “se evidencie la falta de intención de usar las armas con fines ilícitos”.

<sup>179</sup> Por ejemplo, satisfacer la deuda tributaria –o bien reintegrar la subvención defraudada– y reconocer la infracción (poco después de ser imputado), colaborar activamente para impedir algún delito u obtener pruebas decisivas, abandonar de manera voluntaria las actividades ilícitas, finalizar con éxito un tratamiento de deshabitación, reparar de modo efectivo e íntegro el perjuicio causado al patrimonio público, o confesar los hechos frente a las autoridades.

376 *in fine*, 434, 570 quáter.4 y 579 bis.3, aunque por razones (esencialmente) político-criminales<sup>180</sup>.

Ya en fase de individualización del castigo la discrecionalidad halla otro cénit: los jueces eligen con libertad el *quantum* numérico de cada pena, dentro de los límites máximo y mínimo que resultan de las operaciones pertinentes. Aquí se considera aplicable el art. 66.1.6ª CP: entonces, los tribunales impondrán las sanciones “en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho<sup>181</sup>”. Pero la ley sólo prevé explícitamente lo anterior en una situación fáctica: cuando no confluyan atenuantes ni agravantes. Como en el “telos” del texto original de 1995<sup>182</sup>, me parece razonable, sin embargo, extender el alcance de la norma<sup>183</sup>, para así abarcar en todo caso tal momento de la labor de concreción. Y dicha interpretación amplia coincide, además, con una unánime jurisprudencia<sup>184</sup>.

Por otro lado, también el legislador orienta al sentenciador cuando debe cuantificar ciertas consecuencias jurídicas; esto ocurre, por ejemplo, con la pena de multa. En ambas modalidades, el importe se fijará según “la situación económica<sup>185</sup> del reo” (arts. 50.5 y 52.2), y el Código permite al juez aplazar o fraccionar –“por causa justificada”– el pago. E incluso puede, “excepcionalmente”, recalcular la deuda si tras la condena empeorase la capacidad pecuniaria de aquél. Más aún, en la localización permanente se autoriza al tribunal para decidir que esa condena se cumpla de forma no continuada, en dos casos: cuando sea sanción principal<sup>186</sup> (37.1 *in fine*) o a instancia del culpable<sup>187</sup> (37.2). Y en la

---

<sup>180</sup> Como se concluye del listado recogido en la nota anterior, el objetivo principal de la norma no es guiar al tribunal para fijar la magnitud de la culpabilidad del responsable criminal, sino más bien lograr finalidades de utilidad pública, que el legislador premia con ventajas penales.

<sup>181</sup> En busca del contenido de esta expresión, véanse –entre otros– BESIO HERNÁNDEZ (*Los criterios...*, 2011, pp. 297-485) y DE LA MATA BARRANCO (*La individualización...*, 2008, pp. 119-179).

<sup>182</sup> Situada al inicio del precepto, la pauta análoga de la versión inicial decía que “cuando no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes o cuando concurren unas y otras, los Jueces [...] individualizarán la pena [...] en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho [...]”. Y, con esta redacción más amplia, fue razonable defender el uso de dicho canon en todos los supuestos de concreción del *quantum* numérico.

<sup>183</sup> Igualmente se manifiestan a favor de una aplicación extensiva de la regla del art. 66.1.6ª CP a todo supuesto de individualización penal los autores mencionados arriba –en la nota a pie número 157, del segundo epígrafe ya en el capítulo precedente.

<sup>184</sup> Así, cfr. –por todas– las siguientes SSTs: 888/2016, de 24 de noviembre; 109/2015, de 3 de marzo; 437/2014, de 28 de mayo; 85/2013, de 4 de febrero; ó 718/2012, de 2 de octubre.

<sup>185</sup> “[...] deducida de su patrimonio, [de sus] ingresos, obligaciones y cargas familiares[,] y [de las] demás circunstancias personales del mismo”.

<sup>186</sup> Los sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado, “atendiendo a la reiteración en la comisión de la infracción y siempre que así lo disponga expresamente el concreto precepto aplicable” del Código.

estafa, la ley lista los criterios<sup>188</sup> que guiarán al concretar la magnitud de la prisión. Aquí zanja el régimen de los delitos dolosos hasta la fase de individualizar los castigos; pero hay diversos ámbitos y lugares donde el arbitrio sigue presente.

### 3. Otras parcelas de la libertad judicial en el Código vigente

#### 3.1 El arbitrio del sentenciador en las restantes fases de concreción

Veamos primero los dos sistemas especiales para escoger el *quantum* penal. En infracciones leves, el modelo actual obliga al órgano competente a someterse a las llamadas “reglas de aplicación”, excepto las del art. 66.1 CP<sup>189</sup>. Entonces, el tribunal queda sólo desligado de las pautas de valoración legal de las circunstancias atenuantes y agravantes, pero no de las restantes, lo que comporta una doble conclusión. En las antiguas faltas convertidas hoy en delitos leves, el margen del juez ha menguado con la reforma de 2015, y se equipara a la imprudencia; en cambio, los ilícitos rebajados a la nueva categoría ganan en su discrecionalidad. Atina MOLINA FERNÁNDEZ al señalar que “[...] se ha producido en este punto [...] una agravación encubierta de la responsabilidad, que choca con la justificación esgrimida por el legislador para hacer desaparecer las faltas”<sup>190</sup>.

Lo anterior pasa también hoy con el castigo de infracciones imprudentes, para cuya determinación rigen todos los preceptos de aplicación de la pena (menos el art. 66.1 CP), pero “en la medida en que puedan darse sus presupuestos”<sup>191</sup>. En efecto, ello no sucede con las reglas relativas al grado de ejecución, pues en nuestro ordenamiento es atípica una tentativa no dolosa; y, sobre la participación, su operatividad aquí dependerá, en consecuencia, de la postura dogmática adoptada<sup>192</sup>. Aun así, es razonable sostener

---

<sup>187</sup> Según la ley, el juez goza de plena libertad a la hora de determinar el contenido concreto del castigo, “[...] si el reo lo solicitare y las circunstancias lo aconsejaren, oído el Ministerio fiscal [...]”.

<sup>188</sup> En virtud del art. 249, se ponderarán “el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre éste y el defraudador, los medios empleados por éste[,] y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción”.

<sup>189</sup> Del mismo modo argumenta recientemente Fernando MOLINA FERNÁNDEZ (“Capítulo 15...”, en MOLINA, F. [coord.]. *Memento...*, 2015, pp. 583 y 591).

<sup>190</sup> MOLINA FERNÁNDEZ, F. “Capítulo 15...”, en MOLINA, F. (coord.). *Memento...*, 2015, p. 591; por razones estilísticas, he eliminado la fuente negrita del texto original del autor.

<sup>191</sup> *Ibid.*, también sin la tipografía especial.

<sup>192</sup> Por ejemplo, en la doctrina española más reciente, Carlos PÉREZ DEL VALLE (*Lecciones...*, 2016, p. 292) considera posible la punibilidad de una intervención en los delitos imprudentes –siempre que estén expresamente sancionados en la Parte especial del Código penal–, en las siguientes condiciones:



que concretar las sanciones, “sin sujetarse” a la ponderación legal de las circunstancias modificativas, no obsta para que el juez recurra a esa valoración como criterio subsidiario a la hora de motivar su decisión<sup>193</sup> –tanto en delitos leves como imprudentes.

Además, resalto aquí que la multa proporcional tiene un sistema de determinación singular: se impone la pena dentro de los límites fijados para cada delito, pero considerándose –para calcular la cuantía– “no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente la situación económica” del condenado (art. 52.2 CP). Está claro que el legislador quiso ampliar el albedrío, para hacerlo sensible a un componente personal decisivo en dichos casos, e incluso hasta el punto de configurar un proceso de concreción del castigo separado<sup>194</sup>. Entonces, creo errónea la línea jurisprudencial predominante<sup>195</sup> aún en la actualidad, en la medida que somete a esta variedad de la sanción pecuniaria a los mismos preceptos generales y especiales que sirven para modular la horquilla<sup>196</sup>.

---

[...] de forma genérica cuando se trata de un deber negativo (libertad de organización); [y] con limitaciones cuando se trata de un deber positivo (instituciones [sociales básicas]).”

Sobre la dicha cuestión véanse –ya entre muchos otros– MIRÓ LLINARES, F. *Conocimiento e imputación en la participación delictiva*. Barcelona: Atelier, 2010; ROBLES PLANAS, R. *Garantes...*, 2007; DEL CASTILLO CODES, E. *La imprudencia: autoría y participación*. Madrid: Dykinson, 2007; BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. *La participación en el delito imprudente en el Código Penal español de 1995*. Madrid: Dykinson, 2007; FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. *Resultado...*, 2001; ROBLES PLANAS, R. “Participación en el delito e imprudencia”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Nº 6, 2000, pp. 223-251; y PÉREZ MANZANO, M. *Autoría y participación imprudente en el Código Penal de 1995*. Madrid: Civitas, 1999.

<sup>193</sup> Con ese criterio, MOLINA FERNÁNDEZ (“Capítulo 15...”, en MOLINA, F. [coord.]. *Memento...*, 2015, p. 591) mantiene que “[...] una adecuada interpretación teleológica apunta a entender que dichas reglas [las del art. 66.1.2ª, 4ª, 5ª y 7ª CP] no son de aplicación obligada, pero sí posible. Se trata [con la previsión legal] de ampliar el arbitrio judicial, no de disminuirlo”.

<sup>194</sup> De acuerdo se manifiesta PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, pp. 339-340. Y sin embargo, según MOLINA FERNÁNDEZ (“Capítulo 15...”, en MOLINA, F. [coord.]. *Memento...*, 2015, p. 592), no tiene ya sentido –ni un apoyo explícito en la literalidad del Código, que nada dice sobre ello– apartar una particular modalidad sancionatoria del régimen general de la concreción penal; y aun así el autor admite que tal redacción “hace pensar al menos en la inaplicación” del art. 66.

<sup>195</sup> A ese respecto, cfr. –por todas– las SSTS 156/2015, de 4 de marzo; 985/2013, de 27 de diciembre; 1044/2011, de 11 de octubre; 810/2010, de 30 de septiembre; y 1240/2009, de 2 de diciembre. Un criterio uniforme, gracias a la doctrina contenida en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2008. Así, acerca de la relevancia actual de tales dictámenes “unificadores”, véanse sobre todo MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. “¿Son vinculantes los Acuerdos del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS?”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y de Criminología*, Nº 10-02, 2008, pp. 1-25; ÍNIGO CORROZA, E. / RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, E. *Los Acuerdos de la Sala Penal del Tribunal Supremo: naturaleza jurídica y contenido (1991-2007)*. Barcelona: Atelier, 2007; y BENLLOCH PETIT, G. “¿Prevarica el juez que se aparta de la «doctrina consolidada del Tribunal Supremo»?”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Nº 11, 2003, pp. 305-338.

<sup>196</sup> No obstante, “[...] la inexistencia de una regla específica para determinar la pena superior en grado impide su imposición, sin perjuicio de las reglas especiales establecidas para algunos tipos delictivos” –como indica el mencionado Acuerdo del Pleno de 22 de julio de 2008.

Reanudo mi propuesta estructural con otro momento de gran arbitrio judicial: el tercer nivel en el proceso para concretar el castigo es la eventual inexecución de la condena. El Código actual regula un sistema “unitario” de la suspensión penitenciaria<sup>197</sup> –frente al modelo tripartito previo a la última reforma legal–, dividido a su vez en dos variantes<sup>198</sup>. Aquélla puede ser total o parcial (así, sólo sobre el tramo ulterior de la pena), según inicie (o no) el cumplimiento de la privación de libertad. En todo caso, cualquier forma de interrupción y de salida anticipada depende de una enorme discrecionalidad del órgano competente, que empero deberá acreditar la concurrencia de los requisitos legalmente establecidos.

Respecto de la suspensión de una condena *ab initio*, el Código contempla estos cuatro posibles escenarios: a) ordinaria, en prisión inferior a dos años, cuando “la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura [...] de nuevos delitos”<sup>199</sup> y siempre que se confirmen las exigencias del art. 80.2 CP<sup>200</sup>; b) excepcional, con menores condiciones normativas<sup>201</sup> para reos no habituales (art. 80.3); c) terapéutica, con los

---

<sup>197</sup> Cfr. –por todos– PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, pp. 352 y ss.; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. “Leción 32...”, en GIL GIL, A. *et alter. Curso...*, 2ª ed., 2015, pp. 886 y ss.; MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal...*, 9ª ed., 2015, pp. 614 y ss.; y BENITO LÓPEZ, R. “Capítulo 15. Penas. Sección 9. Instituciones individualizadoras y sustitutivos de las penas privativas de libertad”, en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (coord.). *Memento...*, 2015, pp. 612 y ss.

Para un mayor detalle sobre el modelo vigente, véase la monografía reciente de GARCÍA SAN MARTÍN, J. *Las medidas alternativas al cumplimiento de las penas privativas de libertad*. Madrid: Dykinson, 2015, *passim*.

<sup>198</sup> Hoy en día, la inexecución de las sentencias se bifurca en suspensión –total (*stricto sensu*), o parcial (libertad condicional)– y sustitución –penas de prisión cortas o expulsión de extranjeros. En cambio, antes de la última modificación del Código el sistema incluía suspensión de condena, sustitución (de cárcel por otras sanciones) y libertad condicional –como la última etapa del cumplimiento penitenciario, llamada de manera habitual “cuarto grado”.

<sup>199</sup> Se valoran aquí “las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas” (art. 80.1 *in fine*).

<sup>200</sup> De entre ellas destacaría “que el condenado haya delinquido por primera vez”. Sin embargo, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, suavizó el régimen en este punto: “A tal efecto[,] no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes o por delitos leves, ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo [...]. Tampoco [...] los [...] correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros”. Más aún, a día de hoy hay dos requisitos ineludibles –salvo en la modalidad humanitaria–: haber “satisfecho las responsabilidades civiles” originadas y que “se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia”.

<sup>201</sup> Entonces, “aunque no concurren las condiciones 1.ª y 2.ª del apartado anterior [art. 80.2], [...] podrá acordarse la suspensión de las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen”.

drogodependientes en tratamiento<sup>202</sup>, quienes pueden no cumplir sanciones de hasta cinco años (art. 80.5); o d) humanitaria, para culpables muy enfermos, y “sin sujeción a requisito alguno”<sup>203</sup> (art. 80.4). También queda al criterio del juez imponer reglas de conducta proporcionales a la peligrosidad del sujeto<sup>204</sup> (arts. 83.1 y 84.1), que al mismo tiempo dotan de un contenido de reproche a la interrupción penitenciaria<sup>205</sup>.

Más aún, existen otras manifestaciones de arbitrio en el vigente estatuto de tal institución; así, el tribunal fija el plazo de suspensión de la condena, entre dos y cinco años, atendiendo a los factores del art. 80.1 *in fine*. Durante ese tiempo, “a la vista de la posible modificación de las circunstancias valoradas”, el órgano competente puede alzar las obligaciones acordadas o bien reemplazarlas por otras nuevas [85 y 86.2.a)]; y se permitirá dictar el ingreso inmediato en prisión, pero sólo en casos tasados<sup>206</sup>. Finalmente, el Código autoriza al sentenciador a prorrogar el periodo inicial de la interrupción en dos ocasiones: a) hasta en un 50% adicional, cuando el reo incumpla de manera leve o esporádica las pautas impuestas [86.2.b)]; o b) un máximo de dos años, si cree necesaria la continuidad en el tratamiento de deshabitación para el sujeto no rehabilitado (87.2).

---

<sup>202</sup> Pero “[...] siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión”.

<sup>203</sup> Se autoriza a ineficacia cualquier sanción impuesta en el caso de que el reo “esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito [aquél] tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo”.

<sup>204</sup> No obstante, hay supuestos de aplicación preceptiva de ciertas obligaciones o prestaciones. En suspensiones excepcionales, el otorgamiento se supedita siempre a la reparación del daño –incluso tras un “acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación”–, y la imposición de multa o trabajos en beneficio de la comunidad –con una extensión mínima. Y, para ilícitos en el entorno doméstico, el art. 83.2 CP obliga a acordar (al menos) tres reglas de conducta.

<sup>205</sup> A este respecto, PÉREZ DEL VALLE (*Lecciones...*, 2016, p. 353) comenta que los mecanismos de ineficacia articulados por el legislador son –en realidad– un tipo de “medidas que implican individualización de la pena”: la forma en la que se concreta un castigo “está vinculada a la aplicación” de tales instituciones. Y “si a ello se añade que es el juez que dicta sentencia quien es competente para acordarlas, parece claro que se trata de una tarea propia de la individualización”; un juicio que se formula “sobre la base de la identidad del sujeto entendida como continuidad biográfica”.

Más aún, las reglas de conducta que se añaden a esta “remisión condicional” de la condena la acaban de convertir en una auténtica pena –alternativa a la prisión–, pero “con distinto contenido” retributivo y preventivo. Una “nueva” sanción, creada *ad hoc* por ese tribunal, y que “resuelve el problema [del delito] mejor que la inicialmente prevista para el hecho y el autor concretos” (PÉREZ DEL VALLE, C. “La función...”, en VV.AA. *El arresto...*, 2002, pp. 28-29). Entonces, la facultad de suspender o de sustituir un castigo “modula la reacción penal” (p. 32) del sistema, y así el ordenamiento confía en que un órgano jurisdiccional escoja a partir “de determinadas consideraciones de la experiencia” (p. 33) –i.e., las propias de su actividad profesional.

<sup>206</sup> Esto es, “[...] cuando [su encierro] resulte imprescindible para evitar el riesgo de reiteración delictiva, el riesgo de huida del penado[,] o asegurar la protección de la víctima” (art. 86.4 CP).

De otro lado, la libertad condicional se prevé hoy como una “suspensión de la ejecución del resto de la pena” (art. 90.1 CP); el nuevo régimen<sup>207</sup> incluye estas cinco modalidades: a) ordinaria, extinguidas tres cuartas partes de condena<sup>208</sup>; b) premial, para presos que han desempeñado actividades laborales o culturales con aprovechamiento, desde dos tercios del total –e incluso antes<sup>209</sup>– (90.2); c) excepcional, a partir de la mitad del cumplimiento, con los reos primarios y reinsertados<sup>210</sup> (90.3); d) “humanitaria”, independientemente del tiempo pasado, para internos mayores de 70 años o enfermos<sup>211</sup> (91); y e) la prisión permanente se revisa tras 25 años de reclusión<sup>212</sup>, si existe un pronóstico favorable de resocialización, con una resultante salida anticipada (92).

En todo caso, el órgano competente para resolver ese expediente es el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria predeterminado –tras “petición del penado<sup>213</sup>” (90.7 CP)–, y aquél puede denegarle la concesión por diversos motivos<sup>214</sup>. Asimismo, el tribunal posee igual

---

<sup>207</sup> Cfr. –por todos– TÉLLEZ AGUILERA, A. *Derecho penal...*, 2015, pp. 698 y ss.; BENITO LÓPEZ, R. “Capítulo 15...”, en MOLINA, F. (coord.). *Memento...*, 2015, pp. 621 y ss.; y ZÁRATE CONDE, A. / GONZÁLEZ CAMPO, E. *Derecho penal...*, 2015, pp. 549 y ss. Desde una perspectiva más práctica, véanse las siguientes dos monografías: DAUNIS RODRÍGUEZ, A. *Ejecución de penas en España. La reinserción social en retirada*. Granada: Comares, 2016, pp. 229 y ss.; y RÍOS MARTÍN, J. C. / PASCUAL RODRÍGUEZ, E. / ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X. *Manual sobre las consecuencias jurídicas del delito: su determinación y aplicación*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2016, pp. 333 y ss.

<sup>208</sup> Para resolver, se ponderan especialmente “la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración [...], su conducta durante el cumplimiento de la pena [en la prisión], sus circunstancias familiares y sociales[,] y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que [le] fueren impuestas”.

<sup>209</sup> “A propuesta de Instituciones Penitenciarias y previo informe del Ministerio Fiscal y de las demás partes, [...] el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá adelantar, una vez extinguida la mitad de la condena, la concesión de la libertad condicional [...] hasta un máximo de noventa días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de [la] condena. Esta medida requerirá que el penado [...] acredite, además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso”.

<sup>210</sup> Se trata de acreditar que la participación en actividades dentro de la cárcel ha acarreado en el preso “una modificación relevante y favorable de aquéllas de sus circunstancias personales relacionadas con su actividad delictiva previa [...]”.

<sup>211</sup> Más aún, cuando el peligro para la vida del reo sea patente, cabe la salida anticipada “sin necesidad de que se acredite el cumplimiento de ningún otro requisito y valorada la falta de peligrosidad relevante del penado” –tras analizarse el informe de pronóstico final remitido.

<sup>212</sup> Y “[...] sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 78 bis para [todos] los casos regulados en el mismo”. A partir de entonces “el tribunal deberá verificar, al menos cada dos años, el cumplimiento del resto de requisitos de la libertad condicional” (92.4).

<sup>213</sup> Además, y “[...] en el caso de que la petición no fuera estimada, el juez [...] podrá fijar un plazo de seis meses, que motivadamente podrá ser prolongado a un año, hasta que la pretensión pueda ser nuevamente planteada”; una facultad muy similar a la del art. 92.4 CP *in fine*.

<sup>214</sup> Generalmente porque no lo considere adecuado, y ello en virtud de un pronóstico de falta de peligrosidad del reo. Pero también hay supuestos tasados que autorizan a una resolución desfavorable:

margen de albedrío que con la inexecución total de condena, al decidir sobre el plazo de suspensión (de dos a cinco años<sup>215</sup>) y la imposición de reglas de conducta asociadas al tiempo de cumplimiento en libertad condicional. En efecto, el Código vigente declara aquí “aplicables las normas contenidas en los artículos 83, 86 y 87”, así como el procedimiento para modificar o alzar cualesquiera pautas antes dictadas (90.5, 91.4 y 92.3). La remisión subsidiaria al estatus de la interrupción *ab initio* es, pues, casi absoluta.

La doctrina actual ha criticado con dureza la “desnaturalización”<sup>216</sup> jurídica de la figura en la reforma de 2015: ya no es el cuarto grado penitenciario<sup>217</sup> sino la interrupción parcial de la ejecución de una condena. Tras esta aparente preocupación iusfilosófica hay, de fondo, un lamento razonable<sup>218</sup>: carece de sentido que el tiempo pasado en suspensión no compute como cumplimiento efectivo de la pena ante la eventual revocación del beneficio<sup>219</sup>. Sin embargo, de ello no se deduce una enmienda a la totalidad del régimen; cabría sin duda la modificación del precepto discutido (art. 90.6), sin necesidad de alterar los contornos normativos. Sea como fuere, el modelo *positivizado* origina una in-

---

dar información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio (o el paradero de bienes decomisados), no pagar las responsabilidades civiles *ex delicto* y eludir la reparación del daño económico causado a la Administración Pública en ciertos ilícitos (art. 90.4). O bien no abonar la deuda tributaria (o la que se tiene con la Seguridad Social), y no proceder al reintegro de las subvenciones o ayudas indebidamente recibidas o utilizadas (308 bis.1.2ª CP).

<sup>215</sup> Empero, en cualquier caso “[...] no podrá ser inferior a la duración de la parte de pena [que esté] pendiente de cumplimiento” (art. 90.5); asimismo, por otro lado, el periodo será entre cinco y diez años tras revisarse favorablemente la prisión permanente (92.3).

<sup>216</sup> Dicha terminología la emplean BENITO LÓPEZ, R. “Capítulo 15...”, en MOLINA, F. (coord.). *Memorato...*, 2015, p. 621; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. “Lección 32...”, en GIL GIL, A. *et alter. Curso...*, 2ª ed., 2015, p. 909; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. “Lección 13...”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (coord.). *Lecciones...*, 2ª ed., 2015, p. 317; LANDECHO VELASCO, C. Mª / MOLINA BLÁZQUEZ, Mª C. *Derecho penal...*, 9ª ed., 2015, p. 614; TÉLLEZ AGUILERA, A. *Derecho penal...*, 2015, p. 701; y GARCÍA SAN MARTÍN, J. *Las medidas...*, 2015, p. 139 –entre muchos otros.

En síntesis, MOLINA FERNÁNDEZ / MENDOZA BUERGO (“Lección 10...”, en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. [coord.]. *Introducción...*, 2ª ed., 2015, p. 369) concluyen que “este pretendido cambio en la naturaleza de la libertad condicional conduce a un nuevo endurecimiento de su régimen [general]”.

<sup>217</sup> Así se refieren a la figura todos los autores de la nota anterior, y del mismo modo todavía lo contempla el art. 72.1 LOGP, como última etapa de la progresiva “individualización científica” en la que consiste el tratamiento de un interno –mientras se ejecuta la pena privativa de libertad. Por lo tanto, la reforma de ese precepto parece impostergable, con el fin de adecuar la regulación penitenciaria española a las disposiciones actuales de nuestro Código –cfr. NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. “Lección 32...”, en GIL GIL, A. *et alter. Curso...*, 2ª ed., 2015, p. 909.

<sup>218</sup> También se añade el argumento de que ahora el liberado “[...] va a estar durante más tiempo que el que le quede por cumplir de pena sujeto a las condiciones que se le impongan” (LANDECHO VELASCO, C. Mª / MOLINA BLÁZQUEZ, Mª C. *Derecho penal...*, 9ª ed., 2015, p. 614).

<sup>219</sup> Según establece hoy el art. 90.6 CP: “La revocación de la suspensión de la ejecución del resto de la pena [...] dará lugar a la ejecución de la parte [...] pendiente de cumplimiento. El tiempo transcurrido en libertad condicional no será computado como tiempo de cumplimiento de la condena”.

coherencia evidente: definida la libertad condicional como ahora, el órgano competente para resolver sobre su concesión debería ser el sentenciador<sup>220</sup>.

No en vano PÉREZ DEL VALLE advierte que la salida anticipada “es una medida de prevención especial[,] cuya decisión [...] implica individualización”<sup>221</sup>. Pese a esa innegable cercanía con el sistema penitenciario –se otorga al cumplir parte de la pena, y en tercer grado de clasificación–, en lo sustancial “responde a los mismos presupuestos que la suspensión de condena”<sup>222</sup>. En mi diseño trifásico de concreción del castigo, la libertad condicional encaja al final, como una forma fragmentaria de inexecución<sup>223</sup> de la prisión. Pero su vínculo con la etapa antecedente es claro: los requisitos legales y la configuración del estatus exterior<sup>224</sup> (i.e., el haz de deberes) dependerán mucho de cómo el sentenciador haya cuantificado la sanción. Y entonces el Juez de Vigilancia evalúa *a posteriori* la medida subsistente –de algún modo, continúa y actualiza una labor “pospuesta”– de culpabilidad del reo, a través de criterios normativos que a veces sólo constata.

Hay dos instituciones más en nuestro ordenamiento que permiten no ejecutar una pena de prisión: la sustitución y la solicitud de un indulto. En el primer caso, el arbitrio judicial tiene hoy un alcance restringido en las sanciones cortas y en el régimen de la expulsión de los ciudadanos extranjeros. Así las cosas, el art. 71.2 CP le manda al sentenciador

---

<sup>220</sup> Igualmente, véase NÚÑEZ FERNÁNDEZ (“Lección 32...”, en GIL GIL, A. *et alter*. *Curso...*, 2ª ed., 2015, p. 909), quien además critica la falta de precisión al respecto, en los arts. 90 y 91.

<sup>221</sup> PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, p. 359.

<sup>222</sup> *Ibid.* En contra, cfr. –por todos– ORTS BERENGUER, E. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Compendio...*, 5ª ed., 2015, pp. 534-535; MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal...*, 9ª ed., 2015, p. 625; MOLINA FERNÁNDEZ, F. / MENDOZA BUERGO, B. “Lección 10...”, en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (coord.). *Introducción...*, 2ª ed., 2015, pp. 368-369; ZÁRATE CONDE, A. / GONZÁLEZ CAMPO, E. *Derecho penal...*, 2015, pp. 550-551; QUINTANAR DÍEZ, M. / ORTIZ NAVARRO, J.F. *Elementos...*, 2ª ed., 2015, p. 218; y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. “Lección 13...”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (coord.). *Lecciones ...*, 2ª ed., 2015, pp. 317-318.

Detalladamente –sobre las diferencias entre las dos figuras–, véase DAUNIS RODRÍGUEZ, A. *Ejecución...*, 2016, pp. 231-232.

<sup>223</sup> En la misma línea, cfr. –entre muchos otros– QUINTERO OLIVARES, G. *Parte general...*, 5ª ed., 2015, pp. 712 y 717 y ss.; GÓMEZ RIVERO, Mª del C. (dir.). *Nociones...*, 3ª ed., 2015, pp. 502-503, y 515; MAPPELLI CAFFARENA, B. *Las consecuencias...*, 5ª ed., 2011, p. 191; GRACIA MARTÍN, L. / ALASTUEY DOBÓN, C. “Capítulo IX. La ejecución de las penas privativas de libertad”, en GRACIA MARTÍN, L. (coord.). *Tratado...*, 2006, p. 366; CALDERÓN CEREZO, Á. / CHOCLÁN MONTALVO, J. A. *Manual de Derecho penal. Tomo I. Parte general*. Barcelona: Deusto Jurídico, 3ª ed., 2005, pp. 438 y ss.; y JAÉN VALLEJO, M. “Suspensión y libertad condicionales: dos formas de inexecución de la pena privativa de libertad”, en CANCINO MORENO, A. J. (comp.). *Derecho penal y sistema acusatorio en Iberoamérica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 29-54.

<sup>224</sup> Según PÉREZ DEL VALLE (*Lecciones...*, 2016, p. 359), “se altera el régimen de vida porque el condenado ya no vive en la prisión”, y por lo tanto se halla totalmente libre, bajo condición de someterse a las reglas de conducta que –en cada caso– le hayan sido impuestas.

permutar la cárcel inferior a tres meses “por multa, trabajos en beneficio de la comunidad, o localización permanente”, pero sin dar ulteriores indicaciones. Por otra parte, de entrada el art. 89 obliga a adoptar aquella medida en condenas superiores a un año; si bien, excepcionalmente<sup>225</sup>, el tribunal podrá dictar el cumplimiento de hasta los dos tercios<sup>226</sup> de castigo en territorio nacional –y con el límite de que el reo no reanude aquí su vida en libertad<sup>227</sup>.

Algo similar ocurre con la sustitución de las medidas de seguridad impuestas a los extranjeros que no sean residentes legalmente en España<sup>228</sup>: el art. 108.1 CP instaura la permuta automática, salvo que un órgano competente disponga lo contrario<sup>229</sup>. Para acabar con la inejecución penitenciaria, la última figura va ligada a la petición judicial de indulto. En tales casos, el sentenciador puede suspender una condena, mientras no se resuelva sobre aquél, en estas dos ocasiones: cuando resultaría vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, o bien para evitar que esa finalidad perseguida por dicho mecanismo administrativo de gracia se torne ya ilusoria (art. 4.4). Y hasta aquí se extiende un proceso ordinario de concreción del castigo.

### 3.2 La discrecionalidad del juez allende la decisión individualizadora

Pero existen otros ámbitos del Código donde se manifiesta la discrecionalidad de quien decide; a efectos expositivos, opto por agrupar esos preceptos en seis bloques temáticos<sup>230</sup>. En primer lugar, hay cuatro tipologías de consecuencias, con distinta naturaleza, cuya imposición pende muy frecuentemente del juez. Así, el régimen actual de medidas de seguridad contiene (a menudo) aspectos sujetos al arbitrio –tanto en la Parte general como especial. En el Libro I, el art. 60.1 permite decretar internamiento si, tras la

---

<sup>225</sup> Esto es, “[...] cuando [ello] resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito”.

<sup>226</sup> Cuando el total de las penas impuestas supere los cinco años de duración, el órgano competente está autorizado (incluso) a decretar la ejecución de toda la condena en nuestro país.

<sup>227</sup> Porque en cualquier caso se sustituye el resto del castigo por una expulsión del territorio nacional desde que el reo accede al tercer grado o disfruta de la libertad condicional.

<sup>228</sup> Dicho requisito ha desaparecido actualmente respecto de la expulsión de extranjeros por penas de prisión; en efecto, tras la reforma de 2015 sólo quedan fuera del ámbito de esta medida los ciudadanos comunitarios (con excepciones de orden público) y quienes demuestren tener suficiente arraigo en nuestro país –como para que el “destierro” sea desproporcionado.

<sup>229</sup> Sólo cuando el juez, “previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en España”.

<sup>230</sup> Añado aquí, “*off the record*”, que el órgano competente tiene margen para rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de menores o discapacitados, respecto de ilícitos contra tales sujetos –como causa de extinción de la responsabilidad criminal (art. 130.1.5°).

sentencia, el reo sufre una situación duradera de trastorno mental grave, “que le impida conocer el sentido de la pena”. Y, con el sistema vicarial,alzada la reclusión se autoriza a suspender el resto de condena –o aplicar una de las sanciones del art. 96.3<sup>231</sup>.

Conforme al modelo vigente, la adopción de medidas para inimputables queda siempre en manos del órgano competente, salvo en el caso de adicciones<sup>232</sup>. En general tiene margen para elegir si ordena o no cualquiera de las previstas, mientras que a raíz de una eximente del art. 20.2º sólo podría optar por la más adecuada –de entre ese listado. Un juicio que debe basarse en el pronóstico de peligrosidad del sujeto, cuando sea necesaria para evitar la futura comisión de delitos. Asimismo, el art. 105 CP permite al tribunal “imponer razonadamente una o varias medidas” no privativas de libertad en todo momento del proceso –*ab initio* y durante la ejecución–, si dicta internamiento. O también dispondrá aquél de amplias facultades<sup>233</sup> a lo largo del cumplimiento de una condena, en un régimen que se asemeja bastante al de la suspensión.

Y ya en la Parte especial, la discrecionalidad del sentenciador engloba la decisión sobre algunas sanciones posteriores al periodo penitenciario<sup>234</sup> –lo que PÉREZ DEL VALLE catalogaría como “medidas de seguridad asociadas a la finalización del cumplimiento de la condena en sujetos imputables”<sup>235</sup>. De entre ellas, hoy destaca la libertad vigilada al salir de la cárcel; el Código confía al juez su imposición –a la hora de concretar el castigo– en los arts. 140 bis, 156 ter y 173.2 *in fine*. Más aún, en los arts. 192.1 y 579 bis.2 puede prescindir de aquélla, para el caso de un solo ilícito leve cometido por un delincuente primario, “en atención a la menor peligrosidad del autor”. Y, si elige acordarla, se aplica subsidiariamente el estatuto general de los arts. 105 y 106 CP.

---

<sup>231</sup> El art. 99 CP así lo establece, si con la ejecución penitenciaria “se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través [...]” del desarrollo de la medida de seguridad.

<sup>232</sup> Los arts. 101.1 y 103.1 CP utilizan el verbo “poder”, confiando la decisión al sentenciador; en cambio, el art. 102.1 recurre al futuro simple del modo indicativo, como mandato imperativo. Por su parte, el art. 104.1 también deja plenamente a criterio del juez la aplicación de medidas a un semi-imputable, en cualquiera de los tres supuestos de eximente incompleta del art. 21.1º. E igual ocurre en el art. 107, con una sanción –accesoria– de inhabilitación para el ejercicio de derecho, profesión, oficio, industria, comercio, cargo o empleo, si no cabe imponerla como una pena principal.

<sup>233</sup> Así, los arts. 97, 100 y 106 CP regulan mecanismos de seguimiento, revisión o modificación de las medidas –mientras éstas se ejecutan–, y que quedan en manos del órgano competente. Por ejemplo, el art. 97 d) autoriza al sentenciador a suspender el cumplimiento “en atención al resultado ya obtenido con su aplicación”; o el art. 106.3 c) permite dejar sin efecto las sucesivas libertades vigiladas impuestas, “en vista del pronóstico positivo de reinserción que considere innecesaria o contraproducente [...]” la puesta en práctica de dicha sanción preventiva.

<sup>234</sup> Sobre ello, véase la obra de SALAT PAISAL, M. *La respuesta jurídico-penal a los delincuentes imputables peligrosos: especial referencia a la libertad vigilada*. Pamplona: Aranzadi, 2015.

<sup>235</sup> PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, p. 347. Por razones de estilo, se elimina la cursiva.



También hay otros dos lugares, en el Libro II, con medidas de seguridad post-penitenciarias sujetas al arbitrio del tribunal. El art. 558 *in fine* reza que una alteración grave del orden en ciertos espacios (juzgado, colegio electoral, oficina o establecimiento públicos, centros docentes y recintos deportivos o culturales) podría acompañarse de la privación de acudir a zonas, eventos o espectáculos de la misma naturaleza, hasta tres años más allá de la pena de prisión impuesta. Y el art. 570.1 permite sumar la pérdida del derecho a tener o portar armas, por un tiempo superior en tres años a la cárcel principal, en todos los tipos del capítulo correspondiente. Finalmente, cualquier sanción preventiva se somete a procesos de concreción para elegir su *quantum*; a veces de un modo similar a los castigos<sup>236</sup>, pero en general con criterios individualizadores propios<sup>237</sup>.

El segundo bloque temático (de los que hablé más arriba) donde se manifiesta la discrecionalidad en el órgano competente abarca las llamadas “penas” para personas jurídicas<sup>238</sup>. En los casos así previstos en el Código, lo habitual es que se deje en manos del sentenciador adoptar una (o varias) de las consecuencias descritas en las letras b) a g) del art. 33.7. Eso sucede en veintitantos preceptos del texto vigente<sup>239</sup>: el tribunal toma la decisión y concreta la medida según las reglas establecidas en el art. 66 bis. De entre tal listado, la intervención judicial es la “herramienta” que concede mayor margen, a la hora de imponer y ejecutarse la condena<sup>240</sup>. A veces, en cambio, la ley permite sólo decretar una sanción, como la clausura temporal o definitiva de un establecimiento empleado al delinquir<sup>241</sup>, y la prohibición de contratar con alguna Administración Pública<sup>242</sup>.

---

<sup>236</sup> De manera impropia, y en tanto que el Código trata muchas de estas consecuencias como “penas”, cabe aplicar las reglas genéricas o específicas de determinación e individualización.

<sup>237</sup> El pronóstico de peligrosidad es lo primordial, y así el art. 105 obliga al tribunal a “valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales encargados de asistir [...]” al reo. El art. 192.3, de otra parte, orienta esa decisión cuantificadora “atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los [...] cometidos y a las circunstancias que concurran en el condenado” –igual que los arts. 510.5, 511.4, 570 quáter.2, 579 bis.1, 607.2 y 607 bis.3.

<sup>238</sup> A tal respecto, cfr. –recientemente– AGUDO FERNÁNDEZ, E. / JAÉN VALLEJO, M. / PERRINO PÉREZ, Á. L. *Derecho penal de las personas jurídicas*. Madrid: Dykinson, 2016; y BAJO FERNÁNDEZ, M. / FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. / GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Pamplona: Aranzadi, 2016.

<sup>239</sup> De ese modo lo indican –siempre *in fine*– los arts. 156 bis.3, 177 bis.7, 189 bis, 197 quinqués, 251 bis, 258 ter, 261 bis, 264 quáter, 288.2º, 302, 304 bis.5, 318 bis.5, 319.4, 328, 343.3, 348.3, 366, 369 bis, 399 bis.1, 427 bis, 430, 510 bis y 576.5. Además, el art. 310 bis CP *in fine* reza igual, pero elimina la alternativa de imponer la medida del art. 33.7 g) –cfr. *infra*, en la nota 241.

<sup>240</sup> “[...] podrá afectar a la totalidad de la organización[,] o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez [...] determinará exactamente el contenido de la intervención y [...] quién se hará cargo [...] y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento [...]. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del [...] Fiscal”.

<sup>241</sup> Esto ocurre con los arts. 194, 298.2 *in fine* y 301.1 CP –para ciertas infracciones contra la libertad e indemnidad sexuales, la receptación de bienes ilícitos y el blanqueo de capitales.

Aunque, sin duda, la “pena” colectiva que más se asemejará al castigo individual es una multa, para cuya individualización el juez igualmente aplica esas pautas del art. 66.1 CP –salvo la quinta–, junto con lo dispuesto por el 66 bis. Eso sí, teniendo en cuenta ahora el régimen especial de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal para las personas jurídicas (arts. 31 ter y quáter). De otra parte, también se puede fraccionar el pago hasta cinco años<sup>243</sup>, cuando la cuantía ponga en peligro la “supervivencia” de la empresa (o los puestos de trabajo), o así “lo aconseje el interés general” (53.5). En todo caso dichas medidas –excepto la disolución, por razones obvias– requieren un proceso para cuantificar su magnitud, y a menudo con criterios individualizadores autónomos<sup>244</sup>.

De un modo parecido –pero incluido ya en aquel tercer apartado–, a las organizaciones sin personalidad jurídica se les puede imponer alguna consecuencia accesoria, “con el contenido previsto en las letras c) a g)” del art. 33.7 CP. Además, el art. 129.1 permite decretar “la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita”, como una sanción adicional. El Libro II autoriza expresamente para ello en los arts. 162, 262.2, 294 *in fine*, 318 y 386.4, respecto de los delitos correspondientes. También en el ámbito penal, la regulación actual del decomiso (127 y ss.) y la toma de muestras biológicas para registrar identificadores de ADN en bases de datos policiales (129 bis) confía casi siempre las medidas a esa discreción del tribunal.

Sin embargo, algunas consecuencias accesorias recogidas en el Código se proyectan en otras ramas del ordenamiento. Así, el art. 355 deja a criterio del sentenciador que “la calificación del suelo en las zonas afectadas por un incendio forestal no pueda modificarse en un plazo de hasta treinta años”<sup>245</sup>. Y, en delitos terroristas, el juez decide si re-

---

<sup>242</sup> Según el art. 310 bis *in fine*, en cualquier delito contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social se impondrá siempre “la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años”. Y por eso el precepto otorga luego al sentenciador la opción de elegir alguna otra “pena” de las letras b), c), d), e) y g) del art. 33.7 –pero no la f).

<sup>243</sup> Ahora bien, “si la persona jurídica condenada no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta en el plazo que se hubiere señalado, el Tribunal podrá acordar su intervención hasta el pago total de la misma”.

<sup>244</sup> La regla 1ª del art. 66 bis CP establece que se tengan ahora en cuenta la “necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos”, las “consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores”, o “el puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control”. Y, en el art. 130.2, la ley faculta al juez para moderar el traslado de la “pena” a la entidad resultante de los procesos de transformación, fusión, absorción o escisión –[...] en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella”.

<sup>245</sup> “[Igualmente [...] [,] que se limiten o supriman los usos que se vinieran llevando a cabo en las zonas afectadas [...], así como la intervención administrativa de la madera quemada [...].”

tirar los contenidos ilícitos accesibles a través de internet o servicios de comunicación electrónica (578.4 y 579.4). Más aún, el civil es un campo abonado al arbitrio del órgano competente. Ello se manifiesta en la eventual publicidad de la resolución condenatoria a costa del infractor (272.2 y 288), y en una reparación específica<sup>246</sup> del daño causado al territorio o al patrimonio histórico (319.3, 321 *in fine*, y 323.3).

La responsabilidad civil *ex delicto* es otro lugar –el cuarto– de gran discrecionalidad, en la línea de lo indicado *supra*, respecto de las consecuencias accesorias. De entrada, el tribunal establece libremente el contenido y carácter de las obligaciones unilaterales en las que consista subsanar el perjuicio ocasionado (art. 112 CP). También puede el sentenciador mitigar el importe de una debida indemnización, si la víctima ha contribuido de forma responsable a producir el resultado lesivo (114). Ya cuando los bienes del reo no sean bastantes para satisfacer todos los pagos, se permite aplazarlos y/o fraccionarlos sin límites<sup>247</sup> (125). Por su parte, en el ámbito de la suspensión de una condena, el juez “podrá solicitar las garantías que considere convenientes para asegurar” la deuda (80.2 *in fine*). Y, hoy en día, el abono de las cantidades civiles derivadas limitará la concesión potestativa de los principales mecanismos legales de inejecución del fallo<sup>248</sup>.

El quinto bloque temático de preceptos que otorgan arbitrio al órgano competente son las normas penitenciarias previstas en el Código. De manera impropia, dos figuras anticipan las decisiones sobre el *modus vivendi* del recluso al momento de dictar sentencia. Así, el art. 36.2 autoriza a señalar que la progresión al tercer grado de tratamiento no se realice hasta cumplida la mitad de la pena de prisión superior a cinco años<sup>249</sup>. Más aún, el art. 78.1 instaura como expediente facultativo el llamado “cumplimiento íntegro” de la

---

<sup>246</sup> En este sentido, el Código penal prevé –a cargo del autor, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a los terceros de buena fe que se vieran afectados por ello– la demolición de la obra y la reposición de la realidad física que fue alterada a su estado originario, o bien la reconstrucción y/o restauración del bien protegido afectado.

<sup>247</sup> Más allá de una exigencia de satisfacción de la responsabilidad civil *ex delicto* impuesta por el Código para optar a las diferentes vías alternativas al cumplimiento penitenciario de las penas de prisión, según indicaré en la siguiente nota a pie.

<sup>248</sup> Ocurre de este modo con la suspensión total (80.1.3º y 308 bis.1.1ª CP) y con la libertad condicional (90.1 *in fine*), pero también como causa de una postrera revocación de tales figuras [arts. 86.1.d), 90.4 y 308 bis.1.2ª].

<sup>249</sup> Conocido como el “periodo de seguridad”, cfr. al respecto DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. Mª. “Capítulo quinto. El nuevo sistema de penas a la luz de las últimas reformas”, en MORILLAS CUEVA, L. (dir.). *Estudios sobre el Código penal reformado. (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*. Madrid: Dykinson, 2015, pp. 144-150 y 156-158; FERNÁNDEZ BERMEJO, D. “El sistema de ejecución de condenas en España: el sistema de individualización científica”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. 35, 2015, pp. 170-174; y FUENTES OSORIO, J. L. “Sistema de clasificación penitenciaria y el «periodo de seguridad» del art. 36.2 CP”, en *InDret* 1/2011, pp. 5-23.

condena<sup>250</sup> –lo que alterará significativamente el régimen carcelario tras la acumulación jurídica de sanciones. Pero ambos casos reflejan, en realidad, cómo la ley pondera ciertos factores que exigen respuesta preventivo-general; el dilema aquí será que, al condicionar la fase ejecutiva, la prognosis de la peligrosidad se torna presunción *iuris tantum*.

Ya en el sentido estrictamente penitenciario, el mismo Código admite una futura prueba en contra de los supuestos planteados. Por un lado, el art. 36.3 deja en manos del juez de vigilancia<sup>251</sup> la clasificación en tercer grado de internos mayores (o muy enfermos), “por motivos humanitarios y de dignidad personal”. O aquél también puede acordar una aplicación del régimen general de cumplimiento a un reo sujeto al cómputo temporal extraordinario, si existe pronóstico individualizado y favorable de reinserción social<sup>252</sup>. Por otra parte, la ejecución de algunas sanciones le ofrece al órgano competente “áreas” de discrecionalidad. Esto pasa con el control geo-posicional por vía electrónica de localización permanente (37.4) o de prohibiciones victimológicas (48.4), y en la triple alternativa frente a incidencias graves en los trabajos comunitarios<sup>253</sup>.

Por último, las medidas cautelares conforman el sexto ámbito adicional donde se manifiesta el arbitrio judicial. En el Libro I, los arts. 33.7 *in fine* y 129.3 (para entes colectivos, con o sin personalidad jurídica), y 127 octies.1 (decomiso), así habilitan al instructor en la fase procesal oportuna. Además, el art. 89.8 permite al sentenciador ingresar al condenado en un centro de internamiento de extranjeros, “con el fin de asegurar la expulsión” mediante el trámite gubernativo. Ya en la Parte especial, el Código vigente autoriza a que se adopten ciertas diligencias precautorias en algunos de los delitos sexuales (189.8<sup>254</sup> y 194), terroristas (578.5 y 579.4) o contra la propiedad intelectual (270.3). Finalmente, en los ilícitos contra la Administración Pública<sup>255</sup> queda en manos del tribunal suspender la acción ejecutiva de cobro “con dispensa total o parcial de garantías”.

---

<sup>250</sup> En concreto, “[...] que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias” y no al límite máximo de cumplimiento efectivo.

<sup>251</sup> “[...] previo informe del Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, [...] valorando especialmente su escasa peligrosidad”.

<sup>252</sup> Según estime “[...] las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, [...] oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes [...]”.

<sup>253</sup> “Una vez valorado el informe [el de los servicios sociales], el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá acordar su ejecución en el mismo centro, enviar al penado para que finalice la ejecución de la misma [sanción] en otro centro o entender que [...] ha incumplido la pena [...]” (art. 49.6ª *in fine*).

<sup>254</sup> Y, en este caso, siempre “[...] a petición del Ministerio Fiscal”.

<sup>255</sup> Así se indica en los arts. 305.5, 307.4, 307 ter.4 y 308.6 CP, cuando se aprecie que dicho procedimiento puede “ocasionar daños irreparables o de muy difícil reparación”.

**CAPÍTULO IV.**  
**LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA, UN  
PROCESO ARGUMENTAL SUJETO A REVISIÓN**



# 1. La decisión individualizadora: arbitrio, prudencia y virtudes

## 1.1 Discrecionalidad y buenas “disposiciones” en la persona del juez

Hasta aquí llega mi exposición analítica acerca de los diferentes ámbitos de libertad judicial que confiere la actual legislación criminal. En cualquier caso, es indudable que dicha discrecionalidad alcanza uno de sus puntos álgidos en el momento de individualizar las penas –si bien hay manifestaciones, igualmente relevantes, en fases colindantes<sup>1</sup>. Y no en vano la tesis se centra, sobre todo<sup>2</sup>, en estudiar cómo debe el órgano competente precisar cada magnitud sancionatoria, tras establecerse los marcos específicos. Según vimos arriba, el art. 66.2 CP acrece (de manera notable) el margen del sentenciador al cuantificar el castigo de los ilícitos leves e imprudentes: la condena queda por entero “a su prudente arbitrio”. Por eso me parece ahora esencial dilucidar el significado de aquella expresión legal, para lo que recurro otra vez a fuentes filosóficas.

En el primer epígrafe del capítulo anterior, acoté la discrecionalidad como esa “facultad que las normas del sistema otorgan a los jueces –explícita<sup>3</sup> o implícitamente– para elegir entre dos o más soluciones”<sup>4</sup> válidas *per se*, cuando cualquiera es permitida, en el marco del ordenamiento. En otras palabras, es aquel factor individual (o colegiado) que llena los huecos (e intersticios) abiertos por el entramado regulatorio, en ámbitos donde la indeterminación, propia del derecho, se hace evidente. Dije también que es algo presente en todas las decisiones, aunque se manifiesta en grados diversos en función de la necesidad de adaptar unas pautas genéricas a la especificidad del caso planteado<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Especialmente a la hora de escoger entre penas alternativas cuando así lo prevé el tipo; una línea de investigación que dejo abierta. Lo que se extiende a la elección de una sanción sustitutiva de la prisión corta en el art. 71.2 CP, o la forma de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multas. En ese último caso, el castigo puede llegar a ejecutarse mediante la localización permanente (en los delitos leves) o unos trabajos en beneficio de la comunidad; y para la variante proporcional, ese *quantum* privativo lo fija el órgano competente, “según su prudente arbitrio” (53.1 y 2).

<sup>2</sup> De tal modo que, de ahora en adelante, el enfoque del texto será hacia la individualización *stricto sensu* de las sanciones –en esencia, la de la pena de prisión–, sin perjuicio de las referencias tangenciales y esporádicas a otras parcelas de la discrecionalidad de un tribunal.

<sup>3</sup> Al respecto, recuerdo aquí que el arbitrio del sentenciador en materia criminal se proyecta (en la legislación española) sobre los ámbitos ya analizados *supra*, en los epígrafes III.2 y III.3.

<sup>4</sup> SEGURA ORTEGA, M. *Sentido...*, 2006, p. 19.

<sup>5</sup> “Sea como fuere, el arbitrio se convierte en la pieza que encaja los elementos aparentemente contrarios del sistema[,] y [así] permite que éste funcione. Sin el arbitrio, la norma general se bloquearía en su abstracción y no podría dar el salto a lo singular y concreto que es la esencia de la decisión. Y de la misma manera, sin un arbitrio –que es tendencialmente controlable– la decisión se convertiría en pura arbitrariedad” (NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, p. 400).

Así pues, no sólo es inherente a la praxis forense, sino que, bien ejercido, “ayuda a la realización de la ley [positiva] y de la justicia [material]”<sup>6</sup>.

Ya en el marco de la concreción penal, tal discrecionalidad se define (a la hora de individualizar el castigo) como la “[...] facultad que se dispensa por la ley a los juzgadores para servirse de su criterio personal en la fijación de las sanciones, cuyas magnitudes extremas [la máxima y la mínima] se les prohíbe traspasar”<sup>7</sup>. En ese sentido, Alejandro NIETO GARCÍA reclama que “[...] el arbitrio hace que una sentencia sea una obra humana, y no el mero resultado de una ecuación lógica o de un proceso mecanicista”<sup>8</sup>. Ahora bien, dicho componente “subjetivo” –i.e., en tanto que es algo relativo a uno o varios sujetos, pero no porque resulte imposible de objetivar<sup>9</sup> y controlar<sup>10</sup>, como trato de demostrar en la tesis– genera dosis de inquietud: ¿de qué manera se ejercen estos márgenes de libertad? ¿O a qué tipo de elementos acude el magistrado, para “llenar” esos vacíos normativos?

Dije antes que la elección del juez entre múltiples soluciones igualmente válidas (conforme a un sistema regulatorio de referencia<sup>11</sup>) no implica la ausencia de estándares jurídicos que guíen el fallo<sup>12</sup>. Entonces, rechazo la postura de quien señala que la discrecionalidad conlleva una “[...] adopción de decisiones de forma desvinculada del orde-

---

<sup>6</sup> NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, p. 400.

<sup>7</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, V. “El arbitrio judicial y el Código penal vigente”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 4, Nº 2, 1951, p. 256.

<sup>8</sup> NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, p. 219.

<sup>9</sup> En contra se manifiesta claramente NIETO GARCÍA (*El arbitrio...*, 2000, p. 398): “En definitiva, hay que tomar conciencia resignada de la inevitable subjetividad de las decisiones judiciales” (por razones estilísticas, elimino la cursiva del original). Pero esta condición de la elección del sentenciador “no excluye que pueda intentarse [en vano] objetivarla de alguna manera[,] para poder [luego] convivir con ella con algún alivio de las tensiones psicológicas y sociales”.

<sup>10</sup> Sobre ello, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (*Del arbitrio...*, 2005, p. 102) es muy tajante: “[...] el poder discrecional en que el arbitrio judicial consiste es[,] en sí mismo, por su propia naturaleza, insusceptible [sic] de control alguno”.

En parecidos términos, aunque con algunos matices teórico-prácticos, se expresan hoy SEGURA ORTEGA (*Sentido...*, 2006, pp. 40 y 97-100) y NIETO GARCÍA (*El arbitrio...*, 2000, p. 270).

<sup>11</sup> Véanse HART, H. M. / SACKS, A. M. *The Legal Process. Basic Problems in the Making and Application of Law*. Westbury, NY: Foundation Press, 1994, p. 162; y BELL, J. “Discretionary Decision-Making: A Jurisprudential View”, en HAWKINS, R. K. (ed.). *The Uses...*, 1992, p. 92.

En esta línea, LIFANTE VIDAL (“Dos conceptos...”, en *Doxa*, Nº 25, 2002, p. 418) añade que “[...] el elemento de libertad [...] se presenta [...] como el rasgo central en la mayoría de los análisis [...]. [Y] Es también una idea unánimemente compartida el que [...] no es absoluta, sino que tiene ciertos límites, [...] impuestos por un «perímetro normativo» que rodea a la [dicha] libertad”.

<sup>12</sup> Sí lo creen –por todos– Alejandro NIETO (*El arbitrio...*, 2000, p. 232) y Hans KELSEN (*Teoría...*, 1982, p. 353); cfr. además, aunque en un estudio centrado con carácter exclusivo en el ámbito del Derecho administrativo, DESDENTADO DAROCA, E. *Discrecionalidad...*, 1997, pp. 48 y ss.



namiento [...]”<sup>13</sup>. Por el contrario, aquellos aspectos que el tribunal emplea han de caer –*lato sensu*– dentro del ámbito del derecho como un fenómeno dúctil. Así, al individualizar las penas no se trataría de “[...] introducir nuevas evaluaciones de intereses”<sup>14</sup>, con las que el sentenciador promovería (de manera ideológica) ciertos fines o valores políticos deseables<sup>15</sup>; nada más lejos de mi planteamiento que el “activismo” judicial.

Por eso el arbitrio es una facultad de seleccionar cuáles son los estándares que determinan las alternativas acordes con un ordenamiento<sup>16</sup>; y, de entre ellas, se opta libremente por la mejor solución adecuada al caso, explicitando las razones del proceso decisorio. Sin embargo, tanto los criterios de “discriminación” empleados como los argumentos que fundamentan el fallo deben ser jurídicos *per se*: una auténtica labor “en derecho”, aunque muchas veces sobre una base de carácter “ultra-positivo”<sup>17</sup>. Teniendo en cuenta que a menudo las normas del sistema sí fijan “directrices” que orientan al órgano competente –por muy vagas e imprecisas que sean. Eso ocurre, en efecto, con la individualización de la pena en España: según mi interpretación<sup>18</sup>, hoy el Código prevé al menos cuatro pautas regulatorias en dicha fase de la concreción del castigo.

Veamos, pues, a qué me refiero exactamente, antes de proseguir con un análisis detallado de estas cuestiones –en lo que queda de la tesis. Primero, el art. 72 CP manda a los tribunales razonar en sentencia el *quantum* (grado y extensión) de una condena impuesta; y, así, la motivación se convierte en un elemento normativo del proceso decisorio, sobre el que me ocuparé en el próximo epígrafe. En segundo lugar, el art. 66.1.6ª remite a “las circunstancias personales del delincuente y a la [...] gravedad del hecho”,

---

<sup>13</sup> LIFANTE VIDAL, I. “Dos conceptos...”, en *Doxa*, Nº 25, 2002, p. 418 –quien no comparte, sin embargo, una aproximación tan positivista al asunto. Pero sí lo hacen –entre muchos otros– SEGURA ORTEGA, M. *Sentido...*, 2006, pp. 65 y 75; y DAVIS, K. C. *Discretionary...*, 1969, p. 3.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 430.

<sup>15</sup> Pero esta es precisamente una propuesta –a modo de “conclusión”– que hace Isabel LIFANTE VIDAL (“Dos conceptos...”, en *Doxa*, Nº 25, 2002, p. 437): cuando un órgano competente ejerza una “discrecionalidad política”, tendría esa responsabilidad de “promocionar los intereses de ciertos grupos sociales” (p. 435). Ello ocurre si las llamadas “reglas de fin” (véase ATIENZA RODRÍGUEZ, M. / RUIZ MANERO, J. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel, 4ª ed., 2007, pp. 29, 30 y ss.) habilitadoras del arbitrio judicial son sólo directrices –y no normas, que fijan de antemano los objetivos perseguidos–, con las que el legislador otorga tales poderes a los tribunales, de un modo abierto. Al respecto, cfr. así mismo AGUILÓ REGLA, J. *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*. Barcelona: Ariel, 2000, p. 86.

<sup>16</sup> Véase LIFANTE VIDAL, I. “Dos conceptos...”, en *Doxa*, Nº 25, 2002, p. 423.

<sup>17</sup> Utiliza también dicho término, si bien en otro contexto distinto, ISENSEE, J. “El pueblo fundamento de la Constitución”, en *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, Vol. 6, 2005, pp. 346-347.

<sup>18</sup> Que en un sentido amplio no dista –me parece– de la postura sostenida por Carlos PÉREZ DEL VALLE, en su reciente manual (*Lecciones...*, 2016, pp. 334 y ss.).

una regla aplicable –por extensión<sup>19</sup>– a cualquier supuesto en el momento de expresar la magnitud penal. A dilucidar qué factores específicos quedan incluidos (o no) en tales cláusulas legales, y cómo operan en la casuística de la praxis forense, dedico una parte de los Capítulos V y VI.

Llegados a este punto, falta enunciar el último de los cuatro estándares legalmente establecidos que dije arriba; trato aquí sobre un aspecto que suele pasar desapercibido a la hora de abordar el tema de la individualización del castigo. El art. 66.2 CP reza que, para delitos leves e imprudentes, los jueces “aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior”. Previsto en principio para aquellas dos modalidades de ilícitos tipificados, defiendo ahora la interpretación amplia de dicho parámetro, igual que hace la doctrina mayoritaria en la mencionada pauta sexta. No en vano, el supuesto es análogo: cuando no haya normas tasadas para determinar el marco<sup>20</sup>, en la siguiente fase de concreción, el sentenciador decidirá ejerciendo una discrecionalidad guiada por la que es “virtud moral por excelencia”<sup>21</sup>.

Me centraré en este epígrafe en la *phronēsis* jurídica, como criterio positivizado –en el Código– con el que orientar las resoluciones sobre el *quantum* penológico. Al respecto, una idea inicial nos ayuda a contextualizar plenamente la discusión: es muy frecuente conectar libertad judicial y “*recta ratio agibillum*”<sup>22</sup>, en el ordenamiento<sup>23</sup>, la tradición ius-

---

<sup>19</sup> Cfr. *supra*, en los segundos apartados de los Capítulos II y III, con referencias bibliográficas.

<sup>20</sup> Sea porque la ley rechaza explícitamente su consideración (en delitos leves e imprudentes), o bien cuando ya se han empleado todas aquellas disposiciones aplicables al caso planteado en momentos anteriores del proceso de concreción del castigo.

<sup>21</sup> RHONHEIMER, M. *La perspectiva...*, 2000, p. 202; y, de igual forma, véanse *supra* mis apuntes acerca de la prudencia desde una óptica iusfilosófica –en el epígrafe I.2.

<sup>22</sup> Esta es la definición escolástica –aristotélico-tomista– de la considerada “*auriga virtutum*”, que se ha convertido después en punto de partida de la cuestión en los manuales de filosofía moral.

Cfr. TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theol.*, I-II, q. 3, a. 6, co.; q. 56, a. 3, co.; q. 57, a. 4, co.; q. 57, a. 5, ad 1; q. 58, a. 2, ad 1; q. 58, a. 3, ad 1; q. 65, a. 1, co.; y II-II, q. 47, a. 11, ad 1; q. 49, a. 2, co.; q. 55, a. 3, co.; q. 181, a. 2, co.; o ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*, VI, 7, 1141b8-22.

Y para un análisis exhaustivo de la materia, véase –por todos– PIEPER, J. *Prudencia y templanza*. Madrid: Rialp, 1969, pp. 39-109.

<sup>23</sup> A día de hoy, el Código penal contiene la expresión “prudente arbitrio” en cinco preceptos: los arts. 53.2 (la privación de libertad por impago de multa proporcional), 66.2, 118.1.3ª y 125 (responsabilidad civil *ex delicto*), y 286 bis (corrupción en los negocios). Sin embargo, la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, eliminó tal locución del segundo párrafo del art. 383, que permitía no sujetarse a las reglas de determinación del castigo en varias infracciones contra la seguridad vial.

Para una aproximación histórica en torno al alcance real de la discrecionalidad en el Derecho positivo español, cfr. –entre muchos otros– BELESTÁ SEGURA, L. “El artículo 66 del nuevo Código Penal y el arbitrio judicial”, en *Revista de derecho y proceso penal*, Nº 11, 2004, pp. 135 y ss.; GONZÁLEZ GARCÍA, V. “El arbitrio...”, en *ADPCP*, Vol. 4, Nº 2, 1951, pp. 268 y ss.; y GALLEGÓ DÍAZ, M. *El sistema...*, 1985, pp.

filosófica occidental<sup>24</sup> y la literatura científica actual<sup>25</sup>. Por ejemplo, NIETO GARCÍA alega, a su estilo metafórico, que “el arbitrio es fruto del árbol de la prudencia, madurado al sol de la justicia [...] con el transcurso de la experiencia”<sup>26</sup>. Y hace unas décadas, Juan DEL ROSAL señaló que la legislación española otorga “anchuroso margen”<sup>27</sup> a la discrecionalidad (ejercida mediante *dikastikē*<sup>28</sup>) en múltiples disposiciones.

Sobre dicha “*auriga virtutum*”<sup>29</sup>, resalta PLATAS PACHECO que nos “permite conjuntar la universalidad de una norma con la concreción de un hecho, a la vez que mantiene una cierta tensión entre ambos ámbitos”<sup>30</sup>. Y sólo así alguien será “capaz de formarse [...] una opinión verdadera, justa y buena, con base en la cual pueda tomar una decisión acertada en cada caso particular”<sup>31</sup>. En este sentido, recuerdo aquí que la *phronēsis* es

---

127 y ss., 218 y ss. Por otra parte, la jurisprudencia también conecta, en general, arbitrio y prudencia: véanse –recientemente– las SSTs 714/2016, de 26 de septiembre (FJ 8º); 409/2013, de 21 de mayo (FJ 4º); 919/2010, de 14 de octubre (FJ 7º); y 892/2008, de 26 de diciembre (FJ 18º) –siempre del ponente J. R. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE.

<sup>24</sup> “No pudiendo acudir a la ley –ya que no existe[,] o es vaga o confusa–, el juez ha de tomar su decisión acudiendo a la *prudentia* y a la *conscientia*”, dice NIETO GARCÍA (*El arbitrio...*, 2000, p. 212); en dicho sentido, cfr. las glosas que Gregorio LÓPEZ hace en su obra recopilatoria de *Las Siete Partidas del sabio Rey Don Alfonso el X. Tomo III*. Madrid: L. Amarita, 1830, Partida Sexta, Título IX, Ley XXIX, pp. 186-187.

<sup>25</sup> Al respecto, véanse –por todos– GALLEGUO DÍAZ, M. “Arbitrio...”, en *Revista de Derecho Penal*, Nº 35, 2012, pp. 11 y 26; DE LA MATA BARRANCO, N. J. *La individualización...*, 2008, pp. 70-71 y 306-307; FALCÓN Y TELLA, Mª J. *Equidad...*, 2005, pp. 169 y ss.; LLORCA ORTEGA, J. *Manual...*, 6ª ed., 2005, p. 106; o GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. “Arbitrio...”, en *Poder Judicial*, Nº 4, 1986, p. 150.

<sup>26</sup> NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, p. 219.

<sup>27</sup> DEL ROSAL FERNÁNDEZ, J. *Estudios penales*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1948, p. 230; cfr. asimismo la p. 242.

<sup>28</sup> Así llama ARISTÓTELES (*Ética a Nicómaco*, VI, 8, 1141b32, p. 95) a la “prudencia judicial” –un subtipo de dicha “*genitrix virtutum*” (TOMÁS DE AQUINO. *Super Sent.*, lib. 3, d. 33, q. 2, a. 5, co.).

Sobre la *dikastikē*, Jesús VEGA LÓPEZ (“Reglas prácticas y equidad en Aristóteles”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nº 30, 2014, p. 447) explica que –para el Estagirita– esta función de los tribunales es “[...] una suerte de «personificación» de esas reglas [jurídicas] (y también de la justicia), [o] es «intermediaria» entre la práctica del legislador y la práctica de los ciudadanos”.

<sup>29</sup> La expresión es original de PLATÓN (*Fedro*, 253c-256e), la sigue ARISTÓTELES (*Ética a Nicómaco*, VI, 13, 1144b14-1145a11), y ya después se reproduce en la tradición medieval –entre otros por ALBERTO MAGNO o SAN BUENAVENTURA–, desde la que llega a nuestros días; véase, acerca de ello, SELLÉS DAUDER, J. F. “La virtud de la prudencia según Tomás de Aquino”, en *Cuadernos de Anuario Filosófico. Serie Universitaria*, Nº 90, 1999, pp. 17-20.

En una buena síntesis contemporánea, para Josef PIEPER (*Prudencia...*, 1969, p. 47) “[...] la prudencia es causa, raíz, madre, medida, ejemplo, guía y razón formal de las [demás] virtudes morales; en todas [...] influye, sin excepción, suministrando a cada una el complemento que le permite el logro de su propia esencia [...]”.

<sup>30</sup> PLATAS PACHECO, Mª del C. *Filosofía del derecho. Prudencia, arte del juzgador*. México, D.F.: Editorial Porrúa, 2009, p. 126; “[...] el hombre fronético, [o] prudente, articula el saber teórico con la praxis vital”.

<sup>31</sup> *Ibid.*

siempre (ontológicamente) un “*habitus electivus*”<sup>32</sup>; o sea, una cierta “cualidad” de la razón práctica<sup>33</sup>, lo que –en sede forense– bien puede llamarse “arte”<sup>34</sup>. Y no en vano Javier HERVADA explica lo siguiente: “[...] la interpretación de las leyes exige una [...] prudencia del derecho; en latín, *iuris prudentia*, [o] de donde viene la palabra castellana *jurisprudencia*”<sup>35</sup>.

También es característico de todas las virtudes morales (entre ellas la *dikastikē*) el ser un “término medio”, entre dos extremos a evitar<sup>36</sup>. Por eso, generalmente se asocia un talante personal “moderado”<sup>37</sup> o ponderado con el desempeño de la labor jurisdiccional. En efecto, “quien dispone del arbitrio no debe fulminar ni exaltarse, ya que se entiende que le ha sido concedido para ejercerlo conforme al espíritu de la ley y a la razón”<sup>38</sup>. Pero tampoco entonces impondrá una pena tan “benévola” que fuese “inoperante para el culpable”<sup>39</sup> –y el bien común. En otras palabras, la buena discrecionalidad del magis-

---

<sup>32</sup> Cfr. ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*, II, 6, 1106b35-1107a1; y TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theol.*, I-II, q. 58, a. 1, ad 2; q. 58, a. 4, co.; y q. 65, a. 1, co.; *Sententia Ethic.*, lib. 2, l. 7, n. 4; y lib. 3, l. 1, n. 1; *Super Sent.*, lib. 2, d. 24, q. 3, a. 2, ad 3; y *Quaest. disp. De veritate*, q. 24, a. 12, co.

<sup>33</sup> “[...] dado que la ciencia del derecho, aunque se componga también de conocimientos especulativos [esto es, que reflejan una realidad tal como es, a modo de un espejo (“*speculum*”), sin construirla], es un saber esencialmente práctico, [y] ha de consistir en un *hábito* –habilidad o aptitud– de la razón práctica por el que [se] pueda llegar a conocer –en cada caso– cuál sea el derecho y cómo deba interpretarse la ley” (HERVADA XIBERTA, J. *¿Qué es...?*, 3ª ed., 2011, p. 105; mantengo la cursiva).

<sup>34</sup> En griego, es una “*téchnē*”, según vimos *supra* –en el epígrafe I.2. Y por eso Javier HERVADA (*¿Qué es...?*, 3ª ed., 2011, p. 28) dice que el jurista es “el *técnico de la justicia*, el que sabe de lo justo y de lo injusto” (la cursiva es del texto). Entonces, “saber [de] leyes, que es conocerlas e interpretarlas correctamente, constituye un arte, que no está al alcance de todos” (p. 105).

<sup>35</sup> HERVADA XIBERTA, J. *¿Qué es...?*, 3ª ed., 2011, p. 106; la cursiva está en el original del autor.

<sup>36</sup> Véase ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*, II, 6, 1106a22-1107a26: “[...] Llamo término medio [...] al que dista lo mismo de ambos extremos [exceso, o defecto] [...]; y, relativamente a nosotros, al que ni es demasiado ni demasiado poco, y éste no es ni uno ni el mismo para todos. [...] Es, por tanto, la virtud, un hábito selectivo que consiste en un término medio relativo a nosotros, determinado por la razón [...] por la cual decidiría el hombre prudente. [...]” (pp. 25-26). Cfr. también ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*, V, 4, 1132a18-32, p. 76, ya sobre la virtud de la justicia.

<sup>37</sup> Al respecto, GONZÁLEZ GARCÍA (“El arbitrio...”, en *ADPCP*, Vol. 4, Nº 2, 1951, pp. 299-300) indica que el sentenciador tiene que “interpretar la ley como [un] verdadero hombre, con el espíritu abierto al bien y al mal; [así,] no sentirla fríamente, como si estuvieran adormecidos los resortes de la caridad, del amor, [y] de la comprensión, [o] como si latiese un corazón [...] de fondo seco, sin posibilidad ninguna de discernir [...]. El juzgador[,] entonces[,] no se dejará arrastrar por el rigor inflexible del precepto, cual ocurre en ocasiones al pedir una pena que resultaría excesiva, ni se subordinará demasiado a los sentimentalismos y compasiones [...]”.

<sup>38</sup> IUSTINUS DE CASTELLO, A. “Tractatus syndicatus cum expositione inquisitionis generalis et querelarum porrectarum contra oficiales et eorum defensiones”, en VV.AA. *Tractatus de formatione libelli in syndicato quamplurium auctorum*. Venecia: H. Zenarum, 1586, § 147, p. 58: “*Qui habet arbitrium non debet fulminare vel furiare, quia intelligitur concedi secundum mentem legis et rationis*”; he adaptado la traducción de la versión de NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, p. 201.

<sup>39</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, V. “El arbitrio...”, en *ADPCP*, Vol. 4, Nº 2, 1951, p. 300.

trado depende de su “inteligencia y rectitud”<sup>40</sup>; además, es cardinal “cierto tacto y esmero”<sup>41</sup>, para que no padezca la utilidad social<sup>42</sup> a [la] que está proyectado<sup>43</sup> el castigo.

Recurriendo ahora a la cita de Gustav RADBRUCH<sup>44</sup>, un juez tiene que “encarnar” lo que GOETHE atribuye a Mahâdôh (Señor de la Tierra): “Tanto si debe castigar como si se ha tratar con dulzura, siempre debe mirar a los hombres humanamente”. Lo que nos remite a una intuición genial de Alf ROSS: la tarea de aplicar el derecho “[...] está arraigada en la personalidad total”<sup>45</sup> de quien resuelve ese supuesto. De igual modo, Alejandro NIETO incluso lo enuncia como “moraleja final” de su estudio sobre el arbitrio: “La decisión es el fruto de una ley fertilizada por la obra individual”<sup>46</sup> del sentenciador. Y por lo tanto se queja con razón SEGURA ORTEGA cuando denuncia que el carácter, la idiosincrasia y las aptitudes del sujeto se ignoran “con demasiada frecuencia en el ámbito de la actividad judicial”<sup>47</sup>, como factor influyente –al menos en parte– en la profesión<sup>48</sup>.

---

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 267.

<sup>41</sup> “Si es inexcusable, en su virtud, para el juzgador, el conocimiento del Derecho, en la misma medida, por lo menos, es conveniente que esté penetrado de las diversas manifestaciones que la vida [del ser humano] presenta. Con este bagaje[,] tamizará sabia y comprensivamente, a través del inconvencional texto de la ley [positiva,] y del cedazo de su conciencia [personal], aquellos supuestos, arrancados de la tangible realidad, que se le someten para su examen y [su] solución” (GONZÁLEZ GARCÍA, V. “El arbitrio...”, en *ADPCP*, Vol. 4, Nº 2, 1951, p. 299).

<sup>42</sup> Entendida aquí como bien común al que se orienta el ejercicio del *ius puniendi* estatal, según indiqué algo más arriba; véase PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, pp. 33 y ss. Para las raíces de ello en la doctrina medieval, cfr. TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theol.*, II-II, q. 108, a. 1, co.

<sup>43</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, V. “El arbitrio...”, en *ADPCP*, Vol. 4, Nº 2, 1951, p. 262.

<sup>44</sup> Véase aquí RADBRUCH, G. *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1930, p. 144; este es un pasaje que se ha reproducido a menudo en la doctrina penalista.

<sup>45</sup> ROSS, A. *Sobre...*, 5ª ed., 1994, p. 176; cfr. *supra*, en la nota número 16 del Capítulo III.

Véanse también SEGURA ORTEGA, M. “La argumentación judicial: control y responsabilidad de los órganos jurisdiccionales”, en *Telos. Revista iberoamericana de estudios utilitaristas*, Vol. 18, Nº 1-2, 2011, pp. 203-204; y DORADO PORRAS, J. *Iusnaturalismo...*, 2004, pp. 40-42.

<sup>46</sup> NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, p. 401. Así pues, con una dosis de resignado realismo (no pesimista), “hay que aceptar [...] la intervención personal del juez [...], aun a sabiendas de los riesgos provocados por sus deficiencias técnicas en el momento de interpretar las normas y, sobre todo, por el inevitable subjeti[v]ismo que acompaña al ejercicio de su arbitrio”.

<sup>47</sup> SEGURA ORTEGA, M. *Sentido...*, 2006, p. 74.

De una manera excepcional, cfr. –por ejemplo– estas dos aproximaciones en torno a la cuestión: NIETO GARCÍA, A. *Balada de la Ley y de la Justicia*. Madrid: Trotta, 2002, pp. 105 y ss.; y SOBRAL FERNÁNDEZ, J. / PRIETO EDERRA, A. *Psicología y Ley. Un examen de las decisiones judiciales*. Madrid: Eudema Universidad, 1994, *passim*.

<sup>48</sup> En efecto, porque “el juez es un ser humano. Detrás de la decisión que adopta se encuentra toda su personalidad. [...] Es un ser humano que presta cuidadosa atención a su tarea social tomando decisiones que siente como *correctas*, de acuerdo con el espíritu de la tradición jurídica y cultural” (ROSS, A. *Sobre...*, 5ª ed., 1994, p. 174; la cursiva es del autor).

O, sobre esta mencionada “influencia”, véanse –por todos– GALINDO AYUDA, F. “Jueces y Democracia. Criterios para una actividad judicial democrática”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nº 7, 1990, pp.

## 1.2 El carácter virtuoso del juez es garantía del sistema institucional

Hoy por suerte lejos del sueño ilustrado del juez-autómata<sup>49</sup>, en general nadie pone en duda –sea para bien, o para mal– el rol de la condición moral del magistrado en el ejercicio de sus funciones<sup>50</sup>. Se entiende así que éste desarrollará óptimamente el cargo si ostenta ciertos rasgos, “[...] que se traducen en hábitos de conducta [y] que le permiten cumplir de la mejor manera con sus deberes profesionales”<sup>51</sup>. Porque “el intento de eliminar toda intervención subjetiva<sup>52</sup> en el proceso de realización práctica del Derecho se ha mostrado como [una mera utopía] inviable”<sup>53</sup>. Sin embargo, ello se convertirá en una garantía de imparcialidad<sup>54</sup>, cuando esa predisposición caracterológica del sentenciador

---

166-167; y RODRÍGUEZ-AGUILERA, C. “Sobre la realización judicial del Derecho”, en *Cuadernos de la Facultad de Derecho* (UIB), N° 2, 1982, pp. 107-115.

<sup>49</sup> Tal como denunciaba Piero CALAMANDREI (*Proceso y democracia*. Buenos Aires: EJE, 1960, p. 77), no es “una máquina calculadora” programada para hacer labores mecanizadas.

Y, sin embargo, eso pretendieron los filósofos de la Ilustración; verbigracia, BECCARIA (*De los delitos y de las penas*. Madrid: Universidad Carlos III, 2015, p. 22) lo recomienda así de modo expreso: “En todo delito [...] debe hacer[se] un silogismo perfecto: la mayor debe ser la ley general, la menor la acción conforme o no a la ley, la consecuencia la libertad o la pena. Cuando [...] por fuerza o voluntad [se] quiere hacer más de un silogismo se abre la puerta a la incertidumbre”.

Pero en cambio, gracias a Dios, “[...] hoy nadie ve más en el juez a un [mero] autómata de la ley, que sólo necesita leer el texto de una norma para derivar [...] la decisión[,] en forma puramente deductiva” (KAUFMANN, A. *Filosofía del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 113; acerca de la interesante postura de tal autor, cfr. OLLERO TASSARA, A. “El papel de la personalidad del juez en la determinación del derecho. Derecho, historicidad y lenguaje en Arthur Kaufmann”, en *Persona y Derecho*, N° 47, 2002, pp. 279-324).

Además, véase esta reciente reflexión en primera persona: MARTÍN PALLÍN, J. A. *¿Para qué servimos los jueces?* Madrid: Los Libros de la Catarata, 2010.

<sup>50</sup> “[...] todas las doctrinas en la actualidad admiten en mayor o menor medida la influencia que ejerce la [...] personalidad del juez en [...] las decisiones que toma” (SEGURA ORTEGA, M. *Sobre la interpretación del Derecho*. Santiago de Compostela: USC, 2003, p. 45). Desde la iusfilosofía europea, véanse –entre otros– GÉNY, F. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Granada: Comares, 2000, pp. 50 y ss.; y ENGISCH, K. *Introducción...*, 1967, pp. 167 y ss.

<sup>51</sup> MIRAUT MARTÍN, L. “La paradoja del perfeccionamiento moral de la función judicial”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, N° 25, 2008-2009, pp. 63-64.

<sup>52</sup> En la doctrina sobre la metodología jurídica, cfr. por todos LARENZ, K. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1994; CALVO GARCÍA, M. *Los fundamentos...*, 1994; PRIETO SANCHÍS, L. *Ideología...*, 1987; y GARCÍA AMADO, J. A. “Del método jurídico a las teorías de la argumentación”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, N° 3, 1986, pp. 151-182.

En definitiva, porque “[...] la autorización [la del legislador al tribunal] para decidir según el propio criterio significa la entronización[,] en el campo de la concretización jurídica[,] de la personalidad que busca la realización de un sentido. [Ya] Por eso, lo subjetivamente justo puede ser lo verdaderamente justo” (ENGISCH, K. *Introducción...*, 1967, pp. 168-169).

<sup>53</sup> OLLERO TASSARA, A. *Interpretación del derecho y positivismo legalista*. Madrid: Edersa, 1982, p. 160; la praxis siempre muestra “una actividad subjetiva [del juez], incómoda por imprevista”.

<sup>54</sup> Y así, véanse MALEM SEÑA, J. F. “La vida privada de los jueces”, en OROZCO HENRÍQUEZ, J. J. / VÁZQUEZ CARDOZO, R. / MALEM SEÑA, J. F. (eds.). *La función judicial. Ética y democracia*. Barcelona: Gedi-

le permita “escapar a los caprichos [...] para poder afirmar sus decisiones en la razón objetiva”<sup>55</sup>.

Entonces, acierta Jorge MALEM SEÑA al intuir que el juez debería “[...] ser consciente de los datos que conforman su personalidad”<sup>56</sup>. Y, de igual modo, se hace responsable sobre cómo su “segunda naturaleza”<sup>57</sup> moral –que se labra a partir de las elecciones libres adoptadas a lo largo de su biografía vital– afecta en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales que han sido a él asignadas. En el fondo, se trata de actualizar (con la praxis forense del siglo XXI) un principio ético de la doctrina clásica: la llamada “unidad de las virtudes”<sup>58</sup>; o sea, que no es factible ser un magistrado prudente sin ser una “buena persona”<sup>59</sup> y viceversa<sup>60</sup>. Algo que el ilustre procesalista italiano Piero CALAMANDREI explica con la siguiente metáfora: “Los jueces son como los [miembros] que pertenecen a una orden religiosa. Cada uno de ellos tiene que ser un ejemplo de virtud, si no quieren que los creyentes pierdan la fe”<sup>61</sup>.

Una aproximación de este tipo no es ajena a la tradición española<sup>62</sup>: el sistema jurisdiccional de Castilla<sup>63</sup>, por ejemplo, se basaba en el control de la actuación genérica de los

---

sa, 2003, p. 177; DE LA TORRE DÍAZ, F. J. *Ética y deontología jurídica*. Madrid: Dykinson, 2000, p. 360; y RUIZ VADILLO, E. “La ética y los jueces”, en *ICADE. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, N° 33, 1994, p. 42.

<sup>55</sup> NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, p. 411.

<sup>56</sup> MALEM SEÑA, J. F. “La vida...”, en *VV.AA. La función...*, 2003, p. 177.

<sup>57</sup> Tomo la conocida expresión de ARISTÓTELES (*Categoriae*, 8, 9a4-5), y de TOMÁS DE AQUINO (*Quaest. disp. De virtutibus*, q. 1, a. 8, co.).

<sup>58</sup> Una idea indiscutible en PLATÓN (*Protágoras*, 329b-332a), ARISTÓTELES (*Ética a Nicómaco*, VI, 13, 1144b32-1145a2) y TOMÁS DE AQUINO (*Summa Theol.*, I-II, q. 61, a. 4, arg. 1 y ad 1).

Con un planteamiento actual acerca de la cuestión, cfr. SOLUM, L. B. “*Virtue jurisprudence*. Una teoría de la decisión judicial centrada en las virtudes”, en *Persona y Derecho*, N° 69, 2013, pp. 30, 32 y ss.; o POLO, L. “La voluntad y sus actos (II)”, en *Cuadernos de Anuario Filosófico. Serie Universitaria*, N° 60, 1998, pp. 34 y ss.

<sup>59</sup> “De [tal] modo que evidentemente es imposible ser [alguien] prudente no siendo bueno” (ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*, VI, 12, 1144a35-36, p. 100).

<sup>60</sup> “Resulta claro, por tanto, [...] que no es posible ser bueno en sentido estricto sin prudencia, ni prudente sin la virtud moral” (ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*, VI, 13, 1144b30-32, p. 101).

<sup>61</sup> CALAMANDREI, P. *Elogio de los jueces escrito por abogados*. Buenos Aires: EJE, 1989, p. 262.

<sup>62</sup> Verbigracia las Partidas describen a los magistrados como “[...] homes bonos que son puestos para mandar et facer derecho” (*Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio. Tomo II*. Madrid: Imprenta Real, 1807, Partida Tercera, Título IV, Ley I, p. 390). El modelo centraba su atención “en la persona –y no en la decisión– del juez, tal como consagraron los Reyes Católicos en las Ordenanzas dictadas para la Chancillería de Valladolid en 1489” [GARRIGA ACOSTA, C. A. / LORENTE SARIÑENA, M. M. “El juez y la ley. La motivación de las sentencias (Castilla, 1489 - España, 1855)”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N° 1, 1997, p. 111] –i.e., un texto que preveía requisitos individuales para el desempeño del cargo.

tribunales<sup>64</sup> para “[...] ofrecer a los litigantes una garantía moral”<sup>65</sup>. Tengo presente que la postura defendida aquí va en contra de una estricta separación –de raíz liberal– entre las esferas pública (profesional) y privada (personal)<sup>66</sup> de la vida de los funcionarios, así como del dogma de la neutralidad ética<sup>67</sup> de los Estados modernos<sup>68</sup>. Sin embargo, pre-

---

Dicha tendencia institucional se mantuvo hasta bien entrado el siglo XIX, ya en la España liberal, como muestra esta Circular del Ministerio de Gracia y Justicia, de 1841: “[...] este Gobierno exige que la moralidad, la rectitud y la imparcialidad, que siempre han formado la esencia de la buena administración de justicia, sean más austeras y más escrupulosamente observadas. Con estas c[ua]lidades, que suponen y envuelven la conducta más esmerada y decorosa, la vida más pura y arreglada de los magistrados y jueces, sus decisiones serán [así] indudablemente justas [...]” (*Colección Legislativa*, Tomo XXVII, p. 347). Y ello porque, según la síntesis de ORTIZ DE ZÚÑIGA y HERRERA (*Deberes y atribuciones de los Corregidores, Justicias y Ayuntamientos de España. Tomo Cuarto*. Madrid: Imprenta de T. Jordan, 1832, p. 19), “[...] la recta administración de justicia es inseparable de la integridad y pureza de los jueces”.

<sup>63</sup> Al respecto, véanse ALISTE SANTOS, T.-J. *La motivación...*, 2011, pp. 81 y ss.; RANIERI, F. “El estilo judicial español y su influencia en la Europa del Antiguo Régimen”, en PÉREZ MARTÍN, A. (coord.). *España y Europa, un pasado jurídico común*. Murcia: Instituto de Derecho común, 1986, pp. 101 y ss.; y ALONSO ROMERO, M<sup>a</sup> P. *El proceso penal en Castilla (siglos XIII al XVIII)*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1982.

<sup>64</sup> Lo explica de esta manera Alejandro NIETO (*El arbitrio...*, 2000, p. 146, nota 3): “[...] lo importante institucionalmente era contar con buenos jueces, para lo cual se armaban dos mecanismos [...] enérgicos: la exigencia de una estricta moralidad para la obtención del cargo[,] y la vigilancia de que así se mantuviera durante todo su ejercicio, sin contar con la severa responsabilidad a [la] que estaba sometido [asimismo cada magistrado], en particular después de haber cesado en su oficio, a través del [llamado] juicio de residencia”.

<sup>65</sup> GARRIGA, C. A. / LORENTE, M. M. “El juez...”, en *AFDUAM*, N<sup>o</sup> 1, 1997, p. 111.

<sup>66</sup> Pero tal antítesis “no pertenece esencialmente ni al orden moral ni al orden natural. Trátase de una división artificiosa[,] cuyo origen hay que buscarlo en las doctrinas sobre el Estado de naturaleza con las que se pretende justificar el Estado [...]. No obstante, el constitucionalismo, al establecer una separación legal entre lo público y lo privado, [...] determina una diferencia conflictiva [...]: parece que si el Estado tuviese [...] fines que sólo a él le incumben, o [también] que los individuos privados abrigan deseos [que son] absolutamente indiferentes respecto a la comunidad. Se introduce así una peligrosa escisión –que afecta incluso a la personalidad del actor–” (NEGRO PAVÓN, D. “Lo público y lo privado”, en *Revista de Estudios Políticos*, N<sup>o</sup> 197, 1974, p. 104).

<sup>67</sup> Sobre ello, cfr. ya RAWLS, J. *Political Liberalism. Expanded Edition*. Nueva York: Columbia University Press, 2011, pp. 153 y ss.; KLOSKO, G. / WALL, S. (eds.). *Perfectionism and Neutrality. Essays in Liberal Theory*. Lanham, MD: Rowman & Littlefield, 2003, *passim*; KYMLICKA, W. “Liberal Individualism and Liberal Neutrality”, en *Ethics*, Vol. 99, N<sup>o</sup> 4, 1989, pp. 883-905; RAZ, J. *The Morality of Freedom*. Oxford: Clarendon, 1986, pp. 110 y ss.; y ACKERMAN, B. A. *Social Justice in the Liberal State*. New Haven: Yale University Press, 1980, pp. 11 y ss., y 327 y ss.

En un sentido crítico con dicho postulado (de la filosofía política contemporánea), véanse –por todos– COLOMER MARTÍN-CALERO, J. L. “Libertad personal, Moral y Derecho. La idea de la «neutralidad moral» del Estado liberal”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N<sup>o</sup> 2, 1998, pp. 89-130; y FARRELL, M. D. “Algunas maneras de entender la neutralidad”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N<sup>o</sup> 15-16, 1994, pp. 179-197.

<sup>68</sup> No constituye el objeto de la presente tesis profundizar en la crítica de estos paradigmas, ni tampoco en la fundamentación y el alcance de mi hipótesis alternativa al respecto; acerca de dichas cuestiones, cfr. –por todos, sólo para una aproximación inicial– HONNETH, A. *El derecho de la libertad: esbozo de una eticidad democrática*. Madrid: Katz, 2014, pp. 425 y ss.; RHONHEIMER, M. *The Common Good of*



juicios aparte, me parece que “[...] nuestra conducta real no responde a postulados tan esquizofrénicos. Hay mucho más [de una] continuidad entre lo bueno y lo justo [...] que la que nos permite teóricamente”<sup>69</sup> mantener, hoy en día, el paradigma filosófico-político dominante.

Luego al juez no le bastará con aceptar y plasmar en decisiones técnico-jurídicas unos “criterios, valores y postulados [...] recogidos en el ordenamiento constitucional [...]”<sup>70</sup> vigente, con total independencia de su comportamiento moral en otros ámbitos<sup>71</sup>. Si para el correcto desempeño de sus funciones “resulta fundamental la personalidad individual”<sup>72</sup> –y coherente<sup>73</sup>– del magistrado, resultaría falaz desgarrar la armonía de la “narración”<sup>74</sup> vital de este sujeto. No en vano, el carácter es “[...] el conjunto organizado de [los] hábitos operativos”<sup>75</sup> del hombre; un camino de autodomínio o perfeccionamiento<sup>76</sup>

---

*Constitutional Democracy. Essays in Political Philosophy and on Catholic Social Teaching.* Washington, DC: Catholic University of America Press, 2013, pp. 32, 36 y ss.; APPIAH, K. A. *La ética de la identidad.* Madrid: Katz, 2007, pp. 148 y ss.; COLOMER MARTÍN-CALERO, J. L. “Autonomía y gobierno. Sobre la posibilidad de un perfeccionismo liberal”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 24, 2001, pp. 251-296; y VÁZQUEZ CARDOZO, R. (comp.). *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo.* Barcelona: Gedisa, 1998, *passim*.

<sup>69</sup> FERNÁNDEZ GARCÍA, E. “Los jueces buenos y los buenos jueces. Algunas sencillas reflexiones y dudas sobre la ética judicial”, en *Derechos y libertades*, N° 19, 2008 (Año XII), p. 31.

<sup>70</sup> MALEM SEÑA, J. F. “¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 24, 2001, p. 402; añade aquí el autor que tales postulados son –por lo general– “compatibles con la ética crítica” (p. 403), pero sin llegar a especificar en qué consiste ésta ni cuál sea su contenido.

<sup>71</sup> En esta misma línea, véanse ya DE LA TORRE DÍAZ, F. J. *Deontología de abogados, jueces y fiscales. Reflexiones tras una década de docencia.* Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2008, pp. 89-96, y 98 y s.; FERNÁNDEZ GARCÍA, E. “Los jueces...”, en *Derechos y libertades*, N° 19, 2008 (Año XII), pp. 29-35; SANCHO GARGALLO, I. “Ética Judicial: el paradigma del buen Juez”, en *ICADE. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, N° 72, 2007, pp. 117-138; y SOTO NIETO, F. “Necesidad en el Juez de una conciencia moral recta e ilustrada”, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, N° 743, 15 de agosto de 1967, pp. 3-9.

En contra de dicha postura –aunque con matices– se manifiesta MALEM SEÑA (“¿Pueden...”, en *Doxa*, N° 24, 2001, p. 403), para quien sólo “una mala persona definida en términos de su rechazo a este sistema de valores políticos no podría ser [...] un buen técnico[,] como juez”.

<sup>72</sup> NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, p. 28.

<sup>73</sup> Según ya dije antes, tan solo unos párrafos más arriba; cfr. *supra*, en las notas a pie 45, 48 y 49 del presente epígrafe.

<sup>74</sup> Al respecto de esta “estructura narrativa” de la identidad personal en la filosofía moral contemporánea, véanse –por todas– las siguientes obras: MACINTYRE, A. C. *After...*, 2013, pp. 237 y ss.; RICOEUR, P. *Sí mismo como otro.* Madrid: Siglo XXI, 3ª ed., 2006, pp. 106 y ss.; RICOEUR, P. *Historia y narrativa.* Barcelona: Paidós, 1999, pp. 183 y ss.; ARENDT, H. *The Human Condition.* Chicago: University of Chicago Press, 2ª ed., 1998, pp. 7-12; y TAYLOR, C. M. *Sources of the Self. The Making of the Modern Identity.* Cambridge: Cambridge University Press, 1992, pp. 47 y ss.

<sup>75</sup> ECHAVARRÍA, M. F. “Persona y personalidad. De la psicología contemporánea de la personalidad a la metafísica tomista de la persona”, en *Espíritu. Cuadernos del Instituto Filosófico de Balmesiana*, N° 139, 2010 (Año LIX), p. 246; por razones estilísticas he eliminado la cursiva.

que se alcanza a través del actuar libre, bueno y constante<sup>77</sup>. Siguiendo a ECHAVARRÍA, cualquier tarea que desarrolle alguien brota de –y, a la vez, conforma<sup>78</sup>– su genio, “la unidad operativa estable [...] en cuanto manifestativa y completiva de su ser [...]”<sup>79</sup>.

Pero la tesis de la integridad de la vida moral<sup>80</sup> no obsta para admitir, en paralelo, una diversidad de disposiciones (o potencias) “que nacen y se alteran”<sup>81</sup> en la autobiografía del sujeto. De igual modo, es posible identificar –tratando por separado– aquellos hábitos del obrar que coadyuvan al ejercicio de las labores profesionales. En nuestro caso concreto, dice ATIENZA que el buen magistrado “no es simplemente el que cumple ciertas normas de conducta [...] sino el que ha desarrollado [...] ciertos rasgos de carácter que constituyen las virtudes judiciales”<sup>82</sup>. Ya en los últimos tiempos, una reflexión sobre deontología ha abordado –con relativa profundidad, pese a lo incipiente del análisis– dicha materia<sup>83</sup>; y, según MIRAUT MARTÍN, “se explican así los intentos de establecer catálogos de virtudes que [...] le van a ayudar al juez a cumplir [con] sus deberes [...]”<sup>84</sup>.

---

<sup>76</sup> “A través de este actuar libre[,] nos hacemos más dueños de nosotros mismos, más individuales[,] y más personales. [...] Esta posición permite, además, superar la actitud según la cual, al ser la persona un puro proceso, no está orientada a ninguna perfección final. Por el contrario, no sólo todo movimiento, como acto de lo que está en potencia en tanto que está en potencia, supone un acto como término, sino que[,] además[,] ese término es una más plena participación en el ser” (ECHAVARRÍA, M. F. “Persona...”, en *Espíritu*, Nº 139, 2010, p. 246 –elimino la cursiva del original).

<sup>77</sup> Sobre dicho desarrollo progresivo de la “intensificación” del ser mediante los actos de la voluntad, cfr. MILLÁN-PUELLES, A. *El valor de la libertad*. Madrid: Rialp, 1995, pp. 167 y ss.

<sup>78</sup> “[...] la persona es el sujeto real de inherencia de la personalidad, y es afectada por ella de modo muy real. [...] Mis hábitos, mis conocimientos, el tesoro de mis recuerdos y experiencias, mis inclinaciones afectivas, sentimientos y gustos, mis decisiones, etc., forman parte de mí [...]. Yo soy y devengo a través de ellas [...] el tipo de persona que soy [–]y el individuo personal que soy” (ECHAVARRÍA, M. F. “Persona...”, en *Espíritu*, Nº 139, 2010, pp. 237-238).

<sup>79</sup> ECHAVARRÍA, M. F. “Persona...”, en *Espíritu*, Nº 139, 2010, p. 246 –he eliminado la cursiva.

<sup>80</sup> “La vida del hombre forma un «todo», de tal modo que cada uno de nuestros actos lleva en sí el peso de la vida entera” (LÓPEZ ARANGUREN, J. L. *Ética*. Barcelona: Altaya, 1998, p. 280).

<sup>81</sup> ECHAVARRÍA, M. F. “Persona...”, en *Espíritu*, Nº 139, 2010, p. 234. “La conciencia [personal] muestra que nuestra vida consiste en una multiplicidad de acciones y pasiones: percepciones, juicios de valor, recuerdos, emociones, decisiones, etc. [...] Pero la experiencia integral [*narrativa*] incluye también el sentimiento de la radicación de estos actos en un sujeto” (pp. 231-232).

<sup>82</sup> ATIENZA RODRÍGUEZ, M. “Ética judicial: ¿por qué no un código deontológico para jueces?”, en *Jueces para la Democracia*, Nº 46, 2003 (marzo), p. 44. O, en sentido parecido, véanse AMAYA NAVARRO, M<sup>a</sup> A. “Virtudes, argumentación jurídica y ética judicial”, en *Diánoia. Anuario de Filosofía*, Nº 67, 2011, pp. 135-142; SALDAÑA SERRANO, J. “Virtudes judiciales: principio básico de la deontología jurídica”, en *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, Nº 8, 2006, pp. 81-94; GABALDÓN LÓPEZ, J. “Reflexiones sobre la ética judicial”, en VV.AA. *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios sobre Deontología. Volumen II*. Murcia: Universidad Católica San Antonio, 2003, pp. 781-820; y SÁNCHEZ CÁMARA, I. “Ética y función judicial”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Nº 4, 2000, pp. 449-458 –entre muchos otros.

<sup>83</sup> Por todos, cfr. varios ejemplos recientes que proponen listados de buenas costumbres: LARIGUET, G. *Virtudes, ética profesional y derecho. Una introducción filosófica*. Buenos Aires: B de F, 2012, pp. 88 y

A tal efecto, en la actualidad la doctrina sostiene la íntima conexión entre arbitrio y moral personal, en los procesos electivos del sentenciador<sup>85</sup>; es una tendencia histórica en Occidente que no acalla ni con el “positivismo” –tamizado por la idiosincrasia anglosajona– de HART<sup>86</sup>. Con las palabras de VIGO, frente al inevitable espacio de libertad “uno de los remedios lo constituye la ética judicial”<sup>87</sup>, mediante la que se expiará un “pecado capital” del sistema democrático<sup>88</sup>: el carácter virtuoso<sup>89</sup> del juez causa comportamientos “[...] que favorecen la aceptación de las decisiones [...] fruto de cierta discrecionalidad por parte de sus destinatarios”<sup>90</sup>. Por ello, en la medida en que el magistrado siempre añade, en las decisiones, “[...] algo que excede del marco normativo”<sup>91</sup>, y que es de

---

ss.; PUJOL CAPILLA, P. *Guía de comportamiento en las actuaciones judiciales. Modos y formas ante los Tribunales*. Madrid: La Ley, 2007, pp. 139-155; VIGO, R. L. “Ética judicial e interpretación jurídica”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 29, 2006, pp. 273-294; DE URBANO CASTRILLO, E. “Deontología judicial: el arquetipo de juez, de nuestra época”, en *Manuales de Formación Continuada (CGPJ). Ética del juez y garantías procesales*, N° 24, 2004, pp. 395-466; y ATIENZA RODRÍGUEZ, M. “Virtudes judiciales. Selección y formación de los jueces en el Estado de Derecho”, en *Claves de razón práctica*, N° 86, 1998, pp. 32-42.

<sup>84</sup> MIRAUT MARTÍN, L. “La paradoja...”, en *AFD*, N° 25, 2008-2009, p. 64; así, se le exige la “[...] voluntad decidida de acercarse a un modelo virtuoso de profesional [...]”. Es evidente que un juez que las posea [virtudes] tendrá una mayor idoneidad para el ejercicio de su profesión”.

<sup>85</sup> En esa línea, véanse FERRAJOLI, L. “La ética de la jurisdicción penal”, en *Garantismo penal*. México, D.F.: UNAM, 2006, pp. 54 y ss.; DE ASÍS ROIG, R. *El juez y la motivación en el Derecho*. Madrid: Dykinson, 2005, pp. 112-113; e IGARTUA SALAVERRIA, J. “La moral en la justificación de las decisiones judiciales”, en VV.AA. *Jueces y Derecho. Problemas contemporáneos*. México, D.F.: Porrúa, 2004, p. 9.

<sup>86</sup> Los jueces despliegan virtudes “peculiares de la decisión jurídica [...]: imparcialidad y neutralidad al examinar las alternativas; consideración de los intereses de todos los afectados; y una preocupación por desarrollar algún principio general aceptable[,] como base razonada [...]” (HART, H. L. A. *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1963, p. 253).

<sup>87</sup> VIGO, R. L. “Ética...”, en *Doxa*, N° 29, 2006, p. 277.

<sup>88</sup> Me refiero aquí a la inseguridad jurídica y falta de legitimación “popular” que originan los fallos basados en la personalidad del juez. Según RUIZ RUIZ (“El desplazamiento de la discrecionalidad del legislador al juzgador: causas y recelos”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, N° 27, 2011, p. 201), “parece oportuno que se establezcan algunos mecanismos de control de la discrecionalidad de las decisiones de un órgano que [...] carece de legitimidad democrática directa [...], con el fin de evitar [...] que sus opciones ideológicas, políticas o morales prevalezcan sobre las de la sociedad”. Y, sobre el “riesgo evidente de quiebra de un principio tan básico como es el de seguridad jurídica” (p. 199), cfr. una sugerente posición conciliadora en ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. *De los derechos y el Estado de Derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 104.

<sup>89</sup> Acerca del buen juez, SOTO NIETO (“Necesidad...”, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, N° 743, 1967, p. 6) dice que “son cualidades indispensables un estricto sentido de moralidad personal y una intensa cultura jurídica”. Además, puntualiza que “ha de situarse en puesto de primacía la concurrencia de una íntegra formación moral, ya que cualquier mota que empañe su voluntad puede trascender desfavorablemente para la justicia” (p. 8).

<sup>90</sup> VIGO, R. L. “Ética...”, en *Doxa*, N° 29, 2006, p. 279.

<sup>91</sup> “No es que [el juzgador] se desvincule de su deber general de sometimiento [...], porque en última instancia el ordenamiento jurídico tiene también determinadas claves que ha de seguir [...] en las distintas fases del proceso de aplicación del derecho. Pero sí puede decirse que la personalidad del juez

su propio bagaje<sup>92</sup>, Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ urge “[...] extremar el (auto)control de ese plus [...]”<sup>93</sup>.

### 1.3 La prudentia iuris como la virtud más “cardinal” del sentenciador

Respecto del *êthos* “forense” –que no en vano consta de múltiples exigencias o de hábitos–, la prudencia es *a fortiori* también la *areté* por excelencia, en tanto que una recta inclinación de la *ratio operativa*<sup>94</sup>, al dirigir todas las acciones humanas. Y, en particular, la *dikastikē* (al ser una “especie”<sup>95</sup> de la *phronēsis*) se compone<sup>96</sup> de ocho elementos integrantes<sup>97</sup>; esos requisitos son esenciales, por lo que “necesariamente deben concurrir para el acto perfecto de la misma”<sup>98</sup>. Entonces, se trata de un conjunto de condiciones *sine qua non*, “como las paredes, el techo y los cimientos son partes de una casa”<sup>99</sup>. En otras palabras, son “cuasi-virtudes”<sup>100</sup> que, en el ámbito judicial, nunca pueden ser “muy distintas de las que caracterizan a otras profesiones o prácticas sociales”<sup>101</sup> e individuales –tal como indica ATIENZA RODRÍGUEZ, en otro contexto.

---

incide [...] a la hora de representarse un significado normativo concreto, coherente con la solución que quiere atribuir al caso que ante él se presenta[,] y [de] buscar el texto jurídico que le sirva de referencia” (MIRAUT MARTÍN, L. “Las opciones axiológicas de la función judicial”, en *Revista de Ciencias Jurídicas* [ULPGC], Nº 8-9, 2003-2004, p. 196).

<sup>92</sup> ANDRÉS IBÁÑEZ, P. “Ética de la función de juzgar”, en FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J. L. / HORTAL ALONSO, A. (comps.). *Ética de las profesiones jurídicas*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2002, pp. 79-80.

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 80.

<sup>94</sup> Una expresión que SANTO TOMÁS DE AQUINO utiliza en –al menos– estos tres lugares de su extensa obra: *Super Sent.*, lib. 1, d. 3, q. 3, a. 1, ad 2; *Summa Contra Gentiles*, lib. 3, cap. 97, n. 12; *Quodlibet*, III, q. 12, a. 1, co.

<sup>95</sup> Véanse MILLÁN-PUELLES, A. *Obras completas. Volumen II: Fundamentos de filosofía* (1955). Madrid: Rialp, 2012, pp. 470-472; y RHONHEIMER, M. *La perspectiva...*, 2000, pp. 231-232 –pese a que el término original (“*pars subiectiva*”) se halla en la doctrina aristotélico-tomista sobre las tres partes de las que consta dicha *virtutum* (TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theol.*, II-II, qq. 48-51). Y, respecto de aquella, “conviene aclarar que se denomina así a la prudencia según sea el sujeto o [los] sujetos sobre los que ella recaiga” (SELLÉS DAUDER, J. F. “La virtud...”, en *Cuadernos de Anuario Filosófico*, Nº 90, 1999, p. 50): personal, familiar, legislativa, política y militar.

<sup>96</sup> Hablo ahora de las “*partium integralium*” (TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theol.*, II-II, q. 48, co.).

<sup>97</sup> Para un tratamiento de la cuestión en profundidad, cfr. –por todos– SELLÉS DAUDER, J. F. “La virtud...”, en *Cuadernos de Anuario Filosófico*, Nº 90, 1999, pp. 53-79.

<sup>98</sup> TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theol.*, II-II, q. 48, co.

<sup>99</sup> *Ibid.*

<sup>100</sup> En efecto, “no son virtudes diversas de la prudencia, pero en cierto modo se comparan a ella como [sus] partes integrales [...]” (TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theol.*, I-II, q. 57, a. 6, ad 2).

<sup>101</sup> ATIENZA RODRÍGUEZ, M. “Ética...”, en *Jueces para la Democracia*, Nº 46, 2003, p. 44. Asimismo, algo parecido sostiene el autor, en el siguiente texto: “Virtudes judiciales. Sobre la selección y formación de los jueces en el Estado de Derecho”, en *Ideas para una Filosofía del Derecho. Una propuesta para el mundo latino*. Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2008, p. 125.

De manera breve, veamos en qué consisten las ocho exigencias de la *prudencia*, que a la vez se reconducen a los tres hábitos que SANTO TOMÁS llama aspectos “*potenciales*” de aquélla<sup>102</sup>. Así, la *eubulia* –o el aconsejarse bien antes de elegir– permite desarrollar estas tres disposiciones orientadas a lograr “información del pasado y visión del presente”<sup>103</sup>: memoria, deliberación<sup>104</sup> y docilidad<sup>105</sup>; pero a ello se le opone el vicio de la precipitación<sup>106</sup>. Luego la fidelidad al recuerdo personal es primordial: “[...] para conocer la verdad entre muchos factores es necesario recurrir a la experiencia”<sup>107</sup>. Más aún, la decisión virtuosa presupone “[...] una especie de búsqueda o inquisición acerca de lo contingente y operable por nosotros”<sup>108</sup>. Por último, nos hace falta disponer de humildad<sup>109</sup>, ante el magisterio<sup>110</sup> de quienes “han adquirido ya un criterio equilibrado sobre los fines de las actividades”<sup>111</sup>.

En segundo lugar, la virtud *aneja*<sup>112</sup> de la *synesis* (o sensatez) “entraña un juicio recto [...] en el plano de las acciones particulares”<sup>113</sup>; este hábito se perfeccionaría mediante circunspección y cautela, o disminuiría con inconsideración<sup>114</sup>. Según HERVADA, es pre-

<sup>102</sup> Cfr. SELLÉS DAUDER, J. F. “La virtud...”, en *Cuadernos de Anuario Filosófico*, N° 90, 1999, p. 79 –en relación con las enseñanzas de TOMÁS DE AQUINO, en *Summa Theol.*, II-II, qq. 48, 49 y 51.

<sup>103</sup> HERVADA XIBERTA, J. “Reflexiones...”, en *REDCan*, Vol. 16, N° 47-48, 1961, p. 435.

<sup>104</sup> En latín, TOMÁS DE AQUINO (*Summa Theol.*, II-II, q. 49, a. 5) habla de la “*ratio*”, en el sentido de que “[...] es necesario que un hombre razone bien” (co.). La palabra usada aquí la tomo de SELLÉS (“La virtud...”, en *Cuadernos de Anuario Filosófico*, N° 90, 1999, pp. 66-67); en cambio HERVADA (“Reflexiones...”, en *REDCan*, Vol. 16, N° 47-48, 1961, pp. 440-441) prefiere “sensatez” –i.e., el requisito por el cual el silogismo de la razón práctica es correcto–, que no obstante confunde al ser la traducción estándar del hábito potencial de la *synesis*. En otro lugar, empero, el autor se refiere a “usar hábilmente del conocimiento adquirido” como “razón industriosa” (p. 435).

<sup>105</sup> En la primera acepción del *Diccionario de la lengua española*, se define a una persona “dócil” como alguien “[...] que recibe fácilmente la enseñanza” [disponible en: <<http://dle.rae.es/?id=E3B5YRR>>; última consulta: 02.12.2016], capturando así la esencia de este requisito de la prudencia que PIEPER (*Las virtudes...*, 8ª ed., 2003, p. 49) resume con el “saber-dejarse-decir-algo”.

<sup>106</sup> También llamada “temeridad” –véanse TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theol.*, II-II, q. 53, a. 3; y SELLÉS DAUDER, J. F. “La virtud...”, en *Cuadernos de Anuario Filosófico*, N° 90, 1999, pp. 96-100.

<sup>107</sup> TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theol.*, II-II, q. 49, a. 1, co.

<sup>108</sup> SELLÉS DAUDER, J. F. “La virtud...”, en *Cuadernos de Anuario Filosófico*, N° 90, 1999, p. 67.

<sup>109</sup> Cfr. PIEPER, J. *Las virtudes...*, 8ª ed., 2003, p. 49: “la simple voluntad de conocimiento real”.

<sup>110</sup> Véase HERVADA XIBERTA, J. “Reflexiones...”, en *REDCan*, Vol. 16, N° 47-48, 1961, p. 438.

<sup>111</sup> TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theol.*, II-II, q. 49, a. 3, co.; y “sobre todo de los ancianos”. O, de igual modo, ARISTÓTELES (*Ética a Nicómaco*, VI, 11, 1143b11-13, p. 99) recomienda hacer caso de la gente mayor, “[...] pues la experiencia les ha dado vista, y por eso ven rectamente”.

<sup>112</sup> Utilizan la expresión –entre otros– RHONHEIMER, M. *La perspectiva...*, 2000, p. 232; HERVADA XIBERTA, J. “Reflexiones...”, en *REDCan*, Vol. 16, N° 47-48, 1961, pp. 442 y ss.; y PALACIOS RODRÍGUEZ, L. E. “La prudencia política”, en *Revista de Estudios Políticos*, N° 13-14, 1944, p. 108.

<sup>113</sup> TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theol.*, II-II, q. 51, a. 3, co.

<sup>114</sup> Respecto de este vicio en particular, cfr. TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theol.*, II-II, q. 53, a. 4.; y SELLÉS DAUDER, J. F. “La virtud...”, en *Cuadernos de Anuario Filosófico*, N° 90, 1999, pp. 100-104.

ciso cultivar esa “mirada exploradora hacia todas las circunstancias de la realidad social[,] para que la norma se ajuste a ellas”<sup>115</sup>. Y aquí es donde la tradición moral escolástica mejor conecta con la dogmática penal o la reflexión sobre la praxis forense. El arbitrio judicial –en especial cuando se individualiza el castigo– es una “libertad para apreciar [...] algo que en la ley no consta”<sup>116</sup>: las peculiaridades fácticas y personales<sup>117</sup> del art. 66.1.6ª CP. Finalmente, por la *cautio* “[...] el jurisprudente se precave contra las [falsas] apariencias de justicia o de orden[,] que en realidad no son tales”<sup>118</sup>.

Tercero, el hábito llamado “*gnome*” es una “cierta perspicacia de juicio”<sup>119</sup>, o ese “saber sentenciar en casos especiales”<sup>120</sup>, y a lo que se opone la “rigidez”<sup>121</sup>; con palabras de HERVADA, es “la resolución<sup>122</sup> equitativa [...] más allá de las reglas comunes”<sup>123</sup>. A este particular ingenio –que discierne en función de “*illa altiora principia*”<sup>124</sup>– corresponden el intelecto<sup>125</sup>, la solercia<sup>126</sup>, o la providencia<sup>127</sup>. Y, así, un fallo judicial será la “síntesis de la inteligencia de los principios [generales] y de la intuición de lo concreto”<sup>128</sup>. Pero tam-

---

<sup>115</sup> HERVADA XIBERTA, J. “Reflexiones...”, en *REDCan*, Vol. 16, Nº 47-48, 1961, p. 441.

<sup>116</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, V. “El arbitrio...”, en *ADPCP*, Vol. 4, Nº 2, 1951, p. 256.

<sup>117</sup> Para RADBRUCH (*Introducción...*, 1930, p. 134) el delito es “[...] producto de dos factores: del carácter y de la situación; esto es, de la individualidad y del medio”. Entonces, cualquier juez “[...] tiene que evaluar, si ésta [su pena] ha de ser una ecuánime consecuencia, las cualidades morales y materiales del hombre que delinquiró[,] y el ambiente en [el] que se fué forjando su voluntad [...]” (GONZÁLEZ GARCÍA, V. “El arbitrio...”, en *ADPCP*, Vol. 4, Nº 2, 1951, p. 299).

<sup>118</sup> HERVADA XIBERTA, J. “Reflexiones...”, en *REDCan*, Vol. 16, Nº 47-48, 1961, p. 442.

<sup>119</sup> TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theol.*, II-II, q. 51, a. 4, co.

<sup>120</sup> SELLÉS DAUDER, J. F. “La virtud...”, en *Cuadernos de Anuario Filosófico*, Nº 90, 1999, p. 96.

<sup>121</sup> *Ibid.*, p. 104.

<sup>122</sup> Y lo mismo dice SELLÉS (“La virtud...”, en *Cuadernos de Anuario Filosófico*, Nº 90, 1999, p. 51).

<sup>123</sup> HERVADA XIBERTA, J. “Reflexiones...”, en *REDCan*, Vol. 16, Nº 47-48, 1961, p. 442; el autor es fiel a la postura de SANTO TOMÁS (*Summa Theol.*, II-II, q. 48, co.), quien habla de facultad “para juzgar aquellas circunstancias en las que es conveniente, a veces, apartarse de las leyes comunes”.

<sup>124</sup> TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theol.*, II-II, q. 51, a. 4, co.

<sup>125</sup> Javier HERVADA (“Reflexiones...”, en *REDCan*, Vol. 16, Nº 47-48, 1961, p. 437) lo traduce del latín original (“*intellectu vel intelligentia*”, en TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theol.*, II-II, q. 49, pr.) como “intuición”: una comprensión “penetrante y viva de lo que pasa en los casos concretos”.

<sup>126</sup> El propio TOMÁS DE AQUINO reconoce que adapta tal vocablo del libro de las *Etimologías* de SAN ISIDORO (en *Summa Theol.*, II-II, q. 47, a. 9, co.; ó q. 49, a. 4, s.c.), y menciona también el antecedente de la “*anchinoia*” en la obra del Filósofo –la habilidad para una rápida captación del término medio–; véase ARISTÓTELES. *Analytica Posteriora*, I, 34, 89b10-21.

O, por otra parte, el diccionario de la Real Academia Española la describe hoy de esta manera: “Industria, habilidad y astucia para hacer o tratar algo” [disponible en: <<http://dle.rae.es/?id=YHJSUUr>>; última consulta: 07.12.2016].

<sup>127</sup> De dicha *pars integralis* toma el nombre la virtud global de la prudencia –así, cfr. TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theol.*, II-II, q. 49, a. 6, ad 1–: en efecto, etimológicamente, aquella palabra viene del verbo latino “*provideo*”, que significa ver de lejos o prever, es decir anticiparse al futuro antes de que éste tenga lugar.

<sup>128</sup> HERVADA XIBERTA, J. “Reflexiones...”, en *REDCan*, Vol. 16, Nº 47-48, 1961, p. 438.

bién a veces hace falta “visión sagaz y objetiva frente a lo inesperado”<sup>129</sup>: una “agilidad mental”<sup>130</sup>, que capacita para “captar de una sola ojeada la situación imprevista[,] y tomar al instante”<sup>131</sup> la nueva decisión [...]”<sup>132</sup> –lo “*conveniente*”<sup>133</sup>.

Sobre la prudencia jurídica, argumenta HERVADA que tal clarividencia se trata de aquella facultad “para encontrar la norma aplicable al caso concreto con rapidez”<sup>134</sup>. Sin embargo, creo que este enfoque plantea un problema, no deseado por el autor: puede llegar a reducir, en demasía, el radio de acción de la *solertia* –en tanto que “la adquisición de opiniones rectas por iniciativa individual”<sup>135</sup>–, que no se limita (únicamente) a descubrir el Derecho positivo. En suma, el conocimiento<sup>136</sup> que guía a un hombre prudente se alcanza “de las dos únicas maneras posibles: o por tradición [con *eubulia*] o por hallazgo”<sup>137</sup>. De ahí que la pesquisa (“necesaria porque no siempre hay ocasión de contrastar nuestro propio juicio con el de otra persona”<sup>138</sup>) se definiera antaño como “*bona coniecturatio, per inventionem*”<sup>139</sup>.

Y, por último, la previsión es requisito dominante en la *phronēsis*<sup>140</sup>: ordena ciertos medios –así, las realidades pronosticadas del futuro contingente– al fin perseguido. En la concreción del castigo, la *providentia* orienta al sentenciador, por ejemplo, cuando decide si suspende la ejecución penitenciaria, atendiendo a la prognosis de no reincidencia

---

<sup>129</sup> PIEPER, J. *Las virtudes...*, 8ª ed., 2003, p. 46.

<sup>130</sup> Emplean la expresión MILLÁN-PUELLES [*Obras... Volumen VII: Léxico filosófico (1984)*. Madrid: Rialp, 2015, p. 506], HERVADA (“Reflexiones...”, en *REDCan*, Vol. 16, Nº 47-48, 1961, p. 440) y PALACIOS (*La prudencia política*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1946, p. 173) –verbigracia.

<sup>131</sup> “Acontece de ordinario que podemos detenernos a deliberar durante bastante tiempo en una acción a acometer. Y eso es lo más recomendable. Pero algunas veces se requiere ser diligentes en la resolución para dar paso de modo rápido a la acción. Ahora bien, para que tal actuación no sea precipitada[,] en casos imprevistos que nos espolean a reaccionar prontamente, Tomás de Aquino dice que la prudencia se ayuda [entonces] de una virtud aneja: la *solercia*” (SELLÉS DAUDER, J. F. “La virtud...”, en *Cuadernos de Anuario Filosófico*, Nº 90, 1999, p. 63).

<sup>132</sup> PIEPER, J. *Las virtudes...*, 8ª ed., 2003, p. 45.

<sup>133</sup> “[...] *quod convenit*” –afirma SANTO TOMÁS (*Summa Theol.*, II-II, q. 49, a. 4, co.)–, que implica “algo adecuado al fin” (“*aliquid accommodum ad finem*”) –o, en otras palabras, “lo que de suyo corresponde al fin” (“*quod est per se conveniens fini*”, en *Summa Theol.*, II-II, q. 49, a. 7, ad 3).

<sup>134</sup> HERVADA XIBERTA, J. “Reflexiones...”, en *REDCan*, Vol. 16, Nº 47-48, 1961, p. 440.

<sup>135</sup> TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theol.*, II-II, q. 49, a. 4, co.

<sup>136</sup> Recordemos esto aquí: tal discernir es algo propio de la razón práctica, no la especulativa.

<sup>137</sup> HERVADA XIBERTA, J. “Reflexiones...”, en *REDCan*, Vol. 16, Nº 47-48, 1961, p. 440.

<sup>138</sup> MILLÁN-PUELLES, A. *Obras... Volumen VII...*, 2015, p. 506.

<sup>139</sup> Véanse –por todas– varias referencias en ARISTÓTELES (*Ética a Nicómaco*, VI, 9, 1142a33-b5; y *Analytica Posteriora*, I, 34, 89b10-21) o SANTO TOMÁS (*Summa Theol.*, II-II, q. 48, co.; y q. 49, a. 4, co. y ad 2; *Sententia Ethic.*, lib. 6, l. 8, n. 4; y *Super Sent.*, lib. 3, d. 33, q. 3, a. 1, qc. 4, co.).

<sup>140</sup> Cfr. TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theol.*, II-II, q. 49, a. 6, ad 1: “*Et secundum hoc providentia est principalior inter omnes partes prudentiae [...]*”.

y “los efectos que quepa esperar” de su concesión (art. 80.1 CP). A modo de síntesis, las ocho *partes potenciales* (cognoscitivas o preceptivas<sup>141</sup>) aquí referidas son “virtudes adjuntas”<sup>142</sup> previas al acto, por tanto dispuestas hacia el precepto o imperio que constituye esencialmente la prudencia<sup>143</sup>; y a dicho mandato se opone la inconstancia<sup>144</sup>.

## 2. La racionalidad de la sentencia: motivación, y trazabilidad

### 2.1 Naturaleza jurídica del deber de motivar una resolución judicial

Hoy en día, la doctrina de habla hispana –en especial, desde un ámbito iusfilosófico– suele reconocer dos grandes “remedios” contra el inevitable “mal” del arbitrio<sup>145</sup>: la ética profesional del juez y una exigencia normativa de motivación. Algo similar ocurría ya en nuestro Derecho histórico, cuando tales postulados caracterizaban (respectivamente, o de un modo alternativo) a los sistemas procesales de los reinos castellanos y catalano-aragoneses<sup>146</sup>, con raíz romano-canónica<sup>147</sup>. Pero la presunta dicotomía<sup>148</sup> en realidad

---

<sup>141</sup> Así, nos explica el *Doctor Angelicus* (*Summa Theol.*, II-II, q. 48, co.) que “[...] cinco pertenecen a la prudencia en tanto que es cognoscitiva –o sea, la memoria, la deliberación, el intelecto, la docilidad y la solercia–; mientras que las otras tres corresponden a su dimensión preceptiva, que aplica dicho conocimiento a las obras –es decir, la providencia, la circunspección y la cautela”. Acerca de este asunto, véanse PIEPER, J. *Las virtudes...*, 8ª ed., 2003, pp. 44 y ss.; y SELLÉS DAUDER, J. F. “La virtud...”, en *Cuadernos de Anuario Filosófico*, Nº 90, 1999, pp. 53 y ss.

<sup>142</sup> TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theol.*, II-II, q. 48, co.: “*virtutes adiunctae*”; si bien en el pasaje se califican como tales sólo las “*partes autem potenciales*” (*eubulia, synesis y gnome*) de la *prudencia*.

<sup>143</sup> “[...] el hábito que perfecciona la razón práctica en orden al precepto, imperio o mandato se denomina propiamente prudencia” (SELLÉS DAUDER, J. F. “La virtud...”, en *Cuadernos de Anuario Filosófico*, Nº 90, 1999, p. 48). En este mismo sentido, cfr. TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theol.*, I-II, q. 58, a. 5, ad 3; q. 61, a. 3, co.; q. 65, a. 1, co.; y q. 68, a. 7, co.; y II-II, q. 51, a. 3, co.; *Sententia Ethic.*, lib. 6, l. 9, n. 6; y lib. 7, l. 10, n. 3; y *Super Sent.*, lib. 3, d. 35, q. 2, a. 4, qc. 2, ad 3.

<sup>144</sup> Sobre ello, véanse especialmente TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theol.*, II-II, q. 53, a. 5.; y SELLÉS DAUDER, J. F. “La virtud...”, en *Cuadernos de Anuario Filosófico*, Nº 90, 1999, pp. 105-107.

<sup>145</sup> Pese a tener planteamientos distintos y una sistemática diferente, coinciden en este análisis –por todos– ETCHEVERRY, J. B. “Capítulo 38...”, en FABRA ZAMORA, J. L. / RODRÍGUEZ BLANCO, V. (eds.). *Enciclopedia... Volumen dos*, 2015, pp. 1406-1413; HERNÁNDEZ GARCÍA, J. “Exigencias éticas y motivación”, en VV.AA. *Ética judicial: reflexiones desde “Jueces para la Democracia”*. Madrid: Fundación Antonio Carretero, 2009, pp. 43-54; MIRAUT MARTÍN, L. “La paradoja...”, en *AFD*, Nº 25, 2008-2009, pp. 66-78; y VIGO, R. L. “Ética...”, en *Doxa*, Nº 29, 2006, pp. 277-279.

<sup>146</sup> Con una aproximación en profundidad, cfr. MURILLO VILLAR, A. “Antecedentes históricos de la obligación de motivar las decisiones judiciales en el derecho español”, en *Teoría e Storia del Diritto Privato*, Nº 5, 2012, pp. 1-65; ALISTE SANTOS, T.-J. *La motivación...*, 2011, pp. 58 y ss.; NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, pp. 140 y ss.; GARRIGA, C. / LORENTE, M. M. “El juez...”, en *AFDUAM*, Nº 1, 1997, pp. 97-142; TOMÁS Y VALIENTE, F. *Manual de Historia del Derecho español*. Madrid: Tecnos, 4ª ed., 1996, pp. 160 y ss.; RANIERI, F. “El estilo...”, en PÉREZ MARTÍN, A. (coord.). *España...*, 1986, pp. 101 y ss.; y



no existió; según nos ha demostrado ALISTE, en el Antiguo Régimen convivieron ambas garantías legales<sup>149</sup>. Aunque también es cierto que el razonamiento en sentencia –con una doble perspectiva complementaria, en tanto que regla imperativa (teoría), y realidad forense (praxis<sup>150</sup>)– gozó a la sazón de un *status* heterogéneo en la península<sup>151</sup>.

---

MENÉNDEZ PIDAL Y DE MONTES, J. “Sobre la motivación de las resoluciones judiciales”, en *Revista de Derecho Procesal*, 1953, pp. 3-28.

<sup>147</sup> En torno a esa influencia del *ius commune* y *canonicum*, véanse PÉREZ MARTÍN, A. *El Derecho procesal del “ius commune” en España*. Murcia: Universidad de Murcia, 1999, *passim*; MURILLO VILLAR, A. “La motivación de la sentencia en el proceso civil romano”, en *Cuadernos de Historia del Derecho*, N° 2, 1995, pp. 8-9 y 11-46; LLOBELL TUSET, J. *Historia de la motivación de la sentencia canónica*. Zaragoza: Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Zaragoza, Aragón y Rioja, 1985, pp. 40 y ss.; LALINDE ABADÍA, J. *Derecho histórico español*. Barcelona: Ariel, 3ª ed., 1983, pp. 561 y ss.; y MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORO, J. “Líneas de influencia canónica en la Historia del proceso español”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, N° 23, 1953, pp. 467-494.

Así, nos dice ALISTE SANTOS (*La motivación...*, 2011, p. 135) que en la península el *ius commune* “[...] restaura [...] la garantía de la motivación judicial[,] elaborada por el Derecho romano. De este modo, primero se forma un cuerpo romano-canónico de doctrina y legislación abierto a la fundamentación [...] y, posteriormente, una práctica procesal canónica medieval [...] que influye [...] en la doctrina secular [...], convencidos de las bondades [...]” de aquélla.

<sup>148</sup> Basada en la creencia errónea de que el Derecho castellano tradicional no exigía –e incluso prohibía a menudo– la motivación de las resoluciones; cfr. el origen de esa idea, todavía hoy muy extendida, en ORTIZ DE ZÚÑIGA, M. “Fundamentación de las sentencias”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Vol. 14, N° 29, 1866, pp. 113-126. En la actualidad, véanse COLOMER HERNÁNDEZ, I. *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, pp. 60 y ss.; RODRÍGUEZ BOENTE, S. E. *La justificación de las decisiones judiciales. El art. 120.3 de la Constitución Española*. Santiago de Compostela: USC, 2003, pp. 200 y ss.; NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, pp. 143 y ss.; GARRIGA, C. A. / LORENTE, M. M. “El juez...”, en *AFDUAM*, N° 1, 1997, pp. 102 y ss.; FERNANDO PABLO, M. M. *La motivación del acto administrativo*. Madrid: Tecnos, 1993, pp. 43-44 y ss.; DE BENITO FRAILE, E. J. “Notas para el estudio de la sentencia en el proceso civil ordinario desde la recepción del Derecho común hasta la Ley de enjuiciamiento civil de 1881”, en *Glossae. European Journal of Legal History*, N° 1, 1988, pp. 135-159; y ORTELLS RAMOS, M. “Origen histórico del deber de motivar las sentencias”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, N° 4, 1977, pp. 899-932.

<sup>149</sup> Cfr. ALISTE SANTOS, T.-J. *La motivación...*, 2011, pp. 81 y ss. Tras el estudio, el autor concluye que es “exagerado afirmar que éste [el modelo jurisdiccional castellano] fuese completamente subjetivo y no ponderase también las garantías de la decisión judicial [...]” (p. 104) –basadas en la motivación de las sentencias. Por ejemplo, la obra sigue el rastro histórico de dicha exigencia argumental en el *Liber iudiciorum* (654), el Fuero Real (1255) y las Siete Partidas (1265), antes la prohibición tardía y temporal mediante la Real Cédula de Carlos III de 23 de junio de 1778 (incluida en la Novísima Recopilación de 1805). La sugerente interpretación que ALISTE hace de tal orden se aparta de la postura mayoritaria: ese mandato pretende cesar “una mala praxis forense, que al servicio de intereses profesionales determinados [el cobro de aranceles por parte de los escribanos a los litigantes, en función de la extensión escrita], desfigura completamente la obligación de motivar[,] vaciándola de su significado original” (p. 135).

<sup>150</sup> Para ALISTE SANTOS (*La motivación...*, 2011), “la tesis [predominante] acerca de la inexistencia de la motivación judicial en Castilla no deja de tener un transfondo (sic) de verdad [...]” (p. 93). La confusión existente, pues, trae causa del uso habitual de formularios escuetos en el dictado de sentencias, donde no se hacía mención expresa de argumentos a favor del fallo adoptado. Sin embargo, aquel lacónismo no implicaba *per se* falta de fundamentación (pp. 99-100); al contrario, “la decisión judicial que

No obstante lo anterior, todavía genera cierta controversia cuál es el origen de la obligación de motivar las decisiones de las autoridades públicas en la tradición jurídica del mundo occidental. Versus la postura –cada vez más extendida– que mantiene la continuidad del mandato<sup>152</sup> (desde su génesis en Derecho romano<sup>153</sup> y hasta nuestros días), sigue siendo mayoritario otro análisis. Según NIETO, aquella exigencia “es característica de una determinada coyuntura histórica”<sup>154</sup>, gracias a una total sumisión del juez a la ley propugnada por la Ilustración<sup>155</sup>. Un “*topos*” bastante asumido –sin apenas cuestionamiento– a partir de la obra de TARUFFO<sup>156</sup>, que sitúa al racionalismo en el germen de ese deber. Sin embargo, y a nuestros efectos, me parece realista concluir (junto a ALISTE<sup>157</sup>) que el sentenciador ejerce sus amplias facultades discrecionales a través de una disposición ética personal (*dikastikē*), exteriorizada en la *ratio decidendi*.

Con un enfoque parecido, ahora Manuel ATIENZA acostumbra a incluir la motivación de las resoluciones en el catálogo de las virtudes que acompañarían a un buen magistra-

---

condena o absuelve no es muda en razones, ni mucho menos arbitraria, sino que, implícitamente, acoge total o parcialmente, siempre de forma obligatoria, las razones argüidas por [...] las partes procesales[,] haciéndolas suyas” (p. 97).

En la misma dirección doctrinal, véase LEVAGGI, A. “La fundamentación de las sentencias en el Derecho indiano”, en *Revista de Historia del Derecho*, N° 6, 1978, pp. 45-73.

<sup>151</sup> En efecto, el desequilibrio se mantuvo hasta la codificación. Así, en la Corona de Aragón el deber se recogió en varias disposiciones normativas; e incluso, en Cataluña, fue respetado por Felipe V tras los Decretos de Nueva Planta (cfr. por todos NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, pp. 146-148; y ORTELLS RAMOS, M. “Origen...”, en *RDPIber*, N° 4, 1977, pp. 901-902). En cambio, frente a ello está la costumbre generalizada en Castilla de obviar las razones del fallo, con una muy breve “fórmula” decisoria. Lo cual no obsta para reconocer, en tal sistema procesal, “la constatación de una praxis judicial proclive a la motivación de sus resoluciones, aunque no se fundaran explícitamente en muchos casos [...]” (ALISTE SANTOS, T.-J. *La motivación...*, 2011, p. 101).

<sup>152</sup> El primer capítulo del brillante libro de ALISTE (*La motivación...*, 2011, pp. 33-136) sintetiza esta línea crítica de la visión todavía hegemónica –y con múltiples referencias bibliográficas.

<sup>153</sup> Al respecto, véanse MURILLO VILLAR, A. “La motivación...”, en *CHD*, N° 2, 1995, pp. 11-46; SCAPINI, N. “Il problema della motivazione della sentenza nel diritto processuale romano”, en *Studi Parmensi*, Vol. 33, 1983, pp. 233-257; y VISKY, K. “Urteilsbegründung im römischen Zivilprozess”, en *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, N° 18, 1971, pp. 735-759 –verbigracia.

<sup>154</sup> NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, p. 141. “El pensamiento ilustrado abraza [...] la bandera de la motivación. [...] [Es] corolario de un cambio ideológico más importante: [...] las sentencias dejan de entenderse como resultado de la prudencia personal del juez para convertirse en un producto de la ley obtenido a través de una operación lógica de subsunción” (p. 148).

<sup>155</sup> Acerca del cambio de paradigma que supuso el constitucionalismo liberal, cfr. COING, H. “La contribución de las naciones europeas al Derecho común”, en PÉREZ MARTÍN, A. (coord.). *España...*, 1986, pp. 53 y ss.; y SAUVEL, T. *Histoire du jugement motivé*. París: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1955. En nuestro país, tratan el tema los autores de la nota a pie número 148 de este epígrafe.

<sup>156</sup> Véanse TARUFFO, M. “L’obbligo di motivazione della sentenza civile: tra diritto comune e illuminismo”, en *Rivista di Diritto processuale*, Vol. XXIX (II Serie), 1974, pp. 265-295; también en TARUFFO, M. *La motivación de la sentencia civil*. Madrid: Trotta, 2011, pp. 293 y ss.

<sup>157</sup> Por lo dicho sobre todo en *La motivación...*, 2011, pp. 96-104 y 134-136.

do<sup>158</sup>. En el fondo, porque las perspectivas moral y argumental<sup>159</sup> se integrarán armónicamente en el juez prudente: quien tiene razones para fallar en el sentido fijado, y así lo hace, no olvidará mencionarlas en su escrito. Vista antes la primera de estas pautas jurídicas (*positivizadas* en el Código) que dirigen la conducta del órgano competente, a la hora de concretar los castigos, en el resto del capítulo trato la dimensión penal (o mejor, individualizadora) del art. 120.3 CE. Para ello, abordo el tema –desarrollado con creces en la literatura actual<sup>160</sup>– sin ánimo exhaustivo, y a fin de esbozar un panorama general relativo al estado de la cuestión, en el marco del *leitmotiv* de mi tesis.

De este modo, voy a estructurar la exposición en cuatro apartados: naturaleza (¿qué es motivar una sentencia?), contenido (¿en qué consiste dicho deber?), límites (¿cuándo o hasta dónde sería posible revisar las decisiones judiciales?), y patologías (¿cómo se incumplen las exigencias del mandato?). A continuación, me ocuparé de los dos primeros puntos enunciados, dejando los ulteriores para el epígrafe siguiente. Y, en cualquier caso, reitero aquí la importancia de contextualizar bien la discusión: sin renunciar (metodológicamente) a un planteamiento multidisciplinar –pues no en vano es lo más propio del asunto entre manos–, pretendo elucidar qué significado o alcance tiene el art. 72 CP acerca del *quantum* de los castigos; y cuáles son las implicaciones, materiales o formales, de dicho precepto.

---

<sup>158</sup> Según este autor, uno de los tres “principios rectores” de la ética judicial es la motivación, algo que “se conecta especialmente con la virtud de la prudencia [...]” (ATIENZA RODRÍGUEZ, M. “Ética...”, en *Jueces para la Democracia*, Nº 46, 2003, p. 44). Más aún, añado que la *phronēsis* tiene relevancia superior, por ser “una especie de síntesis” de todos los restantes hábitos buenos (ATIENZA RODRÍGUEZ, M. “Virtudes...”, en *Claves de razón práctica*, Nº 86, 1998, p. 39).

<sup>159</sup> Lo ético (*ethos*: ἦθος) y lo dianoético (*diánoia*: διάνοια), en las expresiones originales de ARISTÓTELES (*Ética a Nicómaco*, VI, 1, 1138b35-1139a3), que en el ser humano conforman una “unidad indisoluble de excelencias [...]” (MAS TORRES, S. “El tema de la virtud: A. MacIntyre, lector de Aristóteles”, en *Revista de Filosofía*, 3ª época, Vol. 9, Nº 15, 1996, p. 177).

<sup>160</sup> Cfr. –entre muchos otros autores– el tratamiento desde diversas perspectivas: iusfilosófica (BUENAGA CEBALLOS, Ó. *Metodología...*, 2016, pp. 199 y ss.; MALEM SEÑA, J. F. *El error judicial y la formación de jueces*. Barcelona: Gedisa, 2008, pp. 27 y ss.; SEGURA ORTEGA, M. *Sentido...*, 2006, pp. 75 y ss.; DE ASÍS ROIG, R. *El juez...*, 2005; HERNÁNDEZ MARÍN, R. L. *Las obligaciones básicas de los jueces*. Madrid: Marcial Pons, 2005, pp. 145 y ss.; y RODRÍGUEZ BOENTE, S. E. *La justificación...*, 2003, pp. 199 y ss.), constitucional (RUIZ-RICO RUIZ, G. / CARAZO LIÉBANA, Mª J. *El derecho a la tutela judicial efectiva*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012, pp. 468 y ss.; IGARTUA SALAVERRÍA, J. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003; NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, pp. 137 y ss.), procesal (ALISTE SANTOS, T.-J. *La motivación...*, 2011; URIARTE VALIENTE, L. Mª / FARTO PIAY, T. *El proceso penal español: jurisprudencia sistematizada*. Madrid: La Ley, 2007, pp. 725 y ss.; y COLOMER HERNÁNDEZ, I. *La motivación...*, 2003), penal (BESIO HERNÁNDEZ, A. *Los criterios...*, 2011, pp. 487 y ss.; e IACOVIELLO, F. M. *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*. Milán: Giuffrè, 1997) o civil (TARUFFO, M. *La motivazione della sentenza civile*. Pádua: CEDAM, 1975; y COBO PLANA, J. J. *La sentencia civil. Forma, contenido, motivación*. Madrid: Dykinson, 1995).

Primero tocaría, pues, una pregunta sobre la naturaleza jurídica de la motivación en las resoluciones penales. En España ello se configura como un “*deber-derecho*”<sup>161</sup> –para el órgano competente y los justiciables, respectivamente–, de doble rango normativo. Así, por un lado, la Carta Magna sitúa tal obligación en la arquitectura procesal de nuestro Estado democrático, otorgándole un “anclaje” constitucional reforzado –y de un carácter dual. En efecto, de una manera explícita lo insta el art. 120.3 CE<sup>162</sup> (“Las sentencias serán siempre motivadas [...]”); pero también se ha considerado integrado, ex art. 24.1, en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva<sup>163</sup>. Por debajo, la regulación legal precisa el mandato: en sendos lugares de la LOPJ y la LEC<sup>164</sup>, mientras que en lo criminal el Código vigente prevé al menos treinta disposiciones referidas a la temática<sup>165</sup>.

Veamos ahora, en concreto, qué estatuto jurídico posee la mencionada exigencia en el ordenamiento patrio. Constitucionalmente forma parte del contenido esencial del art. 24 –según interpretan una línea jurisprudencial consolidada<sup>166</sup> y la doctrina mayoritaria<sup>167</sup>–:

---

<sup>161</sup> Según una línea jurisprudencial consolidada; a ese respecto, véanse el contenido de las sentencias citadas en los siguientes tres tomos de la *Revista Jurídica de Cataluña*: Vol. 92, 1993, p. 187; Vol. 93, 1994, pp. 102 y 184; Vol. 97, 1998, p. 792.

<sup>162</sup> Haciéndose eco del parágrafo sexto del art. 111 de la Constitución italiana de 1947: “*Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati*”; una norma fundamental que también es el antecedente directo de la positivización en España del mandato resocializador (cfr. art. 27.3º), merced a su influencia en el debate constitucional de 1978.

<sup>163</sup> De este modo lo expresa con claridad ALISTE SANTOS (en *La motivación...*, 2011, p. 146).

<sup>164</sup> Sobre las sentencias, el art. 248.3 LOPJ puntualiza que “se formularán expresando, tras un encabezamiento, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho, [los] hechos probados, en su caso, los fundamentos de derecho y, por último, el fallo”. Además, “al notificarse la resolución a las partes se indicará si la misma es o no firme y, en su caso, los recursos que procedan, [el] órgano ante el que deben interponerse y [el] plazo para ello” (248.4).

Por otra parte, el art. 218.2 LEC señala que “las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, [y] ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón”.

<sup>165</sup> En efecto, el legislador utiliza dos tipos de expresiones que refuerzan, en sendos distintos momentos, aquel deber general –con rango constitucional. Se habla de motivar (en especial) algunas resoluciones o decisiones judiciales, en los arts. 37.1, 45, 50.5, 52.4, 74.2, 80.1, 90.7, 98.3, 108.1, 129.1, 132.2.1ª, 226.2, 319.3, 321 y 579 bis.4 CP. O, ya en sentido similar, hay varias referencias al hecho de razonar ciertas actuaciones en los arts. 36.2, 72, 78.2, 87.2, 105, 107, 115, 153.4, 171.6, 172.2, 192.3, 376, 385 ter, 570 quáter.4 y 579 bis.3. Lógicamente, el “denominador común” de los preceptos es esa presencia de un considerable margen de arbitrio en las labores del órgano.

<sup>166</sup> Ya a partir de la STC 174/1985, de 17 de diciembre, en cuyo FJ 7º se lee lo siguiente: “[...] cuando el art. 120.3 [...] requiere que las sentencias sean «motivadas», elevando así a rango constitucional lo que antes era [un] simple imperativo legal, ha de entenderse que esta motivación en el caso de la prueba indiciaria tiene por finalidad expresar públicamente no sólo el razonamiento jurídico[,] por medio del cual se aplican a unos determinados hechos [...] las normas jurídicas correspondientes [...], sino también las pruebas practicadas[,] y los criterios racionales que han guiado su valoración, pues

el deber de motivar es una manifestación del derecho a obtener amparo real, en ejercicio de pretensiones e intereses legítimos. Más aún, se conecta con tres elementos adicionales del precepto: a) la prohibición de indefensión, porque es necesario conocer el argumentario del juez que condena para fundar un recurso pertinente<sup>168</sup>; b) el “*due process of law*”, en tanto que hacer públicas las razones que justifican la decisión adoptada es garantía adjetiva<sup>169</sup>; y c) la presunción de inocencia<sup>170</sup>, en la medida que desvirtuarla entraña una valoración libre<sup>171</sup> –eso sí, disipando toda duda– de la prueba de cargo.

En definitiva, la tutela judicial efectiva quiere decir gozar de acceso expedito a una resolución fundada en derecho, cosa que sólo puede lograrse con motivación suficiente<sup>172</sup>. Así las cosas, explicitar la *ratio decidendi* es el instrumento de la plena sujeción de los

---

[...] es imprescindible una motivación expresa para determinar [...] si nos encontramos ante una verdadera prueba de cargo, [...] o ante un simple conjunto de sospechas [...] que no pueden desvirtuar la presunción de inocencia”. De manera reciente y en parecidos términos, cfr. –verbigracia– las SSTC 149/2016, de 19 de septiembre; 33/2015, de 2 de marzo; 81/2014, de 28 de mayo; ó 97/2010, de 15 de noviembre.

<sup>167</sup> Sobre ello, véanse –por todos– PÉREZ ROYO, J. *Curso de Derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 15ª ed., 2016, pp. 380 y ss.; DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. Mª. *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Civitas, 4ª ed., 2013, pp. 409 y ss.; ALISTE SANTOS, T.-J. *La motivación...*, 2011, pp. 145 y ss.; RODRÍGUEZ BOENTE, S. E. *La justificación...*, 2003, pp. 226 y ss.; y FIGUERUELO BURRIEZA, A. *El derecho a la tutela judicial efectiva*. Madrid: Tecnos, 1990, pp. 120 y ss.

<sup>168</sup> En la misma línea, cfr. BUENAGA CEBALLOS, Ó. *Metodología...*, 2016, p. 199; GOIG MARTÍNEZ, J. M. “De la primeridad a la primariedad en la tutela de los derechos. La tutela a través de la tutela”, en *RDUNED. Revista de Derecho UNED*, Nº 10, 2012, pp. 295 y ss.; y RODRÍGUEZ BOENTE, S. E. *La justificación...*, 2003, pp. 228-229. Además, la doctrina administrativista vincula el art. 24.1 CE al control de la actuación de los poderes públicos –véanse ALONSO MAS, Mª J. *La solución...*, 1998, pp. 641-644; y FERNANDO PABLO, M. M. *La motivación...*, 1993, pp. 25 y ss.

<sup>169</sup> Al respecto, cfr. –entre otros– GOIG MARTÍNEZ, J. M. “De la primeridad ...”, en *RDUNED*, Nº 10, 2012, p. 298; ALISTE SANTOS, T.-J. *La motivación...*, 2011, pp. 137-139; DÍAZ SAMPEDRO, B. “La motivación de las sentencias: una doble equivalencia de garantía jurídica”, en *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. Nueva Época*, Nº 5, 2007, pp. 84-85; RODRÍGUEZ BOENTE, S. E. *La justificación...*, 2003, pp. 199-200; y NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, p. 139.

<sup>170</sup> En torno a esta conexión entre ambas cuestiones, véanse –por todos– URIARTE VALIENTE, L. Mª / FARTO PIAY, T. *El proceso...*, 2007, pp. 705-706; IGARTUA SALAVERRÍA, J. “Motivación de las sentencias, presunción de inocencia, «in dubio pro reo»”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Nº 2, 2001, pp. 459-480; y LÓPEZ GUERRA, L. Mª. “Presunción de inocencia, tutela judicial y motivación de sentencias penales”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Nº 5, 1992, pp. 141-161.

<sup>171</sup> Así pues, Marina GASCÓN ABELLÁN (*Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 3ª ed., 2010, p. 199) señala que la motivación “[...] permite un control sobre ese irreductible espacio de discrecionalidad que es el ámbito [propio] de la libre valoración” de las pruebas practicadas en juicio. E igualmente, cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, J. *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995, pp. 143-144, 147 y ss.; o ANDRÉS IBÁÑEZ, P. “Acerca...”, en *Doxa*, Nº 12, 1992, pp. 288 y ss.

<sup>172</sup> Véase BUJOSA VADELL, L. M. / RODRÍGUEZ GARCÍA, N. “Algunos apuntes sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia constitucional”, en *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 2, 1999, pp. 1828-1840.

magistrados “únicamente al imperio de la ley” (art. 117.1 CE), dogma que consagra el liberalismo positivista<sup>173</sup>. Y, en este sentido, por lo general quienes abordan la cuestión hablan de las dos grandes vertientes<sup>174</sup> en las que se proyectaría dicha obligación –hoy constitucionalizada. En su dimensión endoprocesal, motivar afecta *coram partibus* (para que los justiciables conozcan el porqué de su fallo, y puedan impugnarlo, si lo estiman oportuno) y *coram proprio iudice* (sobre todo con el fin de permitirle al órgano *ad quem* efectuar un control de legalidad). O hacia el exterior<sup>175</sup> (*coram populo*), aquella exigencia *barriza* con legitimidad democrática –si bien indirecta<sup>176</sup>– al Poder Judicial.

Sin embargo, no está claro (en las normas, la jurisprudencia o la doctrina) qué quiere decir exactamente el art. 120.3 CE<sup>177</sup>. Hay acuerdo, empero, al entender que ello “implica justificar la decisión haciendo explícitas las diversas inferencias lógicas [realizadas], es decir, el cuerpo argumentativo [...] que conduce el razonamiento de las premisas a la conclusión”<sup>178</sup>. Se trata, pues, de facilitar ese acceso al conjunto de “los crite-

---

<sup>173</sup> Una idea que expone con detalle ALISTE SANTOS (en *La motivación...*, 2011, pp. 140-144).

<sup>174</sup> Acerca de ello, cfr. en especial TARUFFO, M. *La motivación...*, 2011, pp. 333 y ss.; ALISTE SANTOS, T.-J. *La motivación...*, 2011, pp. 155 y ss.; GASCÓN ABELLÁN, M. *Los hechos...*, 3ª ed., 2010, pp. 178 y ss.; PRIETO SANCHÍS, L. *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho*. Lima: Palestra, 2007, pp. 228 y ss.; IGARTUA SALAVERRIA, J. *La motivación...*, 2003, pp. 25 y ss.; COLOMER HERNÁNDEZ, I. *La motivación...*, 2003, pp. 124 y ss.; NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, pp. 163 y ss.; y FERRAJOLI, L. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995, p. 623.

<sup>175</sup> En concreto, véanse por ejemplo PÉREZ ROYO, J. *Curso...*, 15ª ed., 2016, p. 381; TARUFFO, M. *La motivación...*, 2011, pp. 359-366; GASCÓN ABELLÁN, M. *Los hechos...*, 3ª ed., 2010, pp. 170-171; COLOMER HERNÁNDEZ, I. *La motivación...*, 2003, pp. 139-141; AARNIO, A. “Democracia y discurso racional. Una perspectiva iusfilosófica”, en *Derecho, racionalidad y comunicación social. Ensayos sobre Filosofía del Derecho*. México, D.F.: Fontamara, 1995, pp. 79-80; BERGHOLTZ, G. “*Ratio et Auctoritas*: algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 8, 1990, pp. 80-85; y ZIPPELIUS, R. *Teoría general del Estado (Ciencia de la política)*. México, D.F.: UNAM, 1985, pp. 111 y 125-126.

<sup>176</sup> En este sentido, cfr. AARNIO, A. *Lo racional...*, 1991, pp. 26-27; y TARUFFO, M. “L’obbligo...”, en *Rivista di Diritto processuale*, Vol. XXIX (II Serie), 1974, p. 271. Dando todavía un paso adelante, ALISTE SANTOS (*La motivación...*, 2011, p. 159) afirma lo siguiente: “Fijémonos bien en la importancia [...] extraprocesal de la motivación. Además de permitir el control de razonabilidad de las decisiones judiciales por un auditorio general e indeterminado, faculta también la elaboración de elementos de crítica[,] que [...] revierten en una mayor eficiencia [...], al tiempo que conlleva una auténtica función didáctica [...] ante la opinión pública, acentuándose, a través [...] de la motivación, las perspectivas retórica y dialéctica de la argumentación [...]”.

<sup>177</sup> Un problema de vaguedad que ya denunciaron hace algunos años HERNÁNDEZ MARÍN, R. L. *Las obligaciones...*, 2005, p. 168; e IGARTUA SALAVERRIA, J. “La motivación de las sentencias”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, Nº 31, 1991, p. 145.

<sup>178</sup> ALISTE SANTOS, T.-J. *La motivación...*, 2011, p. 156. Y, según Alejandro NIETO (*El arbitrio...*, 2000, p. 149), “por ello es útil la motivación: [...] gracias a ella, separando las fases del silogismo, las partes y el juez superior pueden comprobar siempre si el *iter mental* seguido por el juez decisor ha sido [el] correcto”. Tal es la tesis principal sostenida, entre muchos otros autores, por IGARTUA SALAVERRIA, COLOMER HERNÁNDEZ, RODRIGUEZ BOENTE, AARNIO o TARUFFO.

rios jurídicos que fundamentan<sup>179</sup> la sentencia, para mostrar *erga omnes* cómo se ha aplicado el sistema de fuentes establecido, en base a los hechos declarados probados. El deber de motivación es, en síntesis, una garantía adjetiva que –ya en nuestro modelo procesal– permite un control sustantivo del contenido de las resoluciones; por cuanto materializa, *ad casum*, la plena sumisión (formal) del juez al derecho<sup>180</sup>.

Una conexión crucial recorre aquí varios conceptos, que muchas veces se usan como sinónimos en el debate actual; no en vano son caras del mismo poliedro. De este modo nos lo hace ver Chaïm PERELMAN: “Motivar es justificar la decisión tomada[,] proporcionando una argumentación<sup>181</sup> convincente e indicando lo bien fundado de las opciones que el juez efectúa<sup>182</sup>. En línea similar, Alejandro NIETO GARCÍA llama “motivación jurídica” a la justificación *legal*<sup>183</sup>: i.e., que un fallo sea visto como algo “admisibile dentro de los conocimientos y [de las] reglas del Derecho<sup>184</sup>. Por ello, argumentar es la forma de expresar o defender esas razones que sustentan la parte dispositiva; así, el método (o

---

Asimismo, la jurisprudencia mayoritaria también ha acogido dicha concepción –recientemente, véanse (verbigracia) las SSTC 16/2016, de 1 de febrero; 99/2015, de 25 de mayo; 48/2014, de 7 de abril; 108/2013, de 6 de mayo; y 13/2012, de 30 de enero.

<sup>179</sup> STC 251/2004, de 20 de diciembre, FJ 2º.

<sup>180</sup> Para NIETO (*El arbitrio...*, 2000, p. 139) “[...] el objetivo de la motivación es permitir la comprobación de que la sentencia, en efecto, no se ha salido del margen de actuación concedido [...]; [...] [porque el juez] ha de rendir cuentas a la ley y al Derecho justificando lo que ha hecho”.

<sup>181</sup> Sobre teorías y visiones de la argumentación jurídica, cfr. –por todos– BUENAGA CEBALLOS, Ó. *Metodología...*, 2016; GASCÓN ABELLÁN, M. (coord.). *Argumentación jurídica*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014; MORESO I MATEOS, J. J. *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho*. Barcelona: UOC, 2014; MEYER, M. *Principia Rhetorica. Una teoría general de la argumentación*. Buenos Aires: Amorrortu, 2013; ATIENZA RODRÍGUEZ, M. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta, 2013; GARCÍA AMADO, J. A. *Razonamiento jurídico y argumentación. Nociones introductorias*. León: Eolas, 2013; ORTEGA GARCÍA, R. (coord.). *Teoría del derecho y argumentación jurídica. Ensayos contemporáneos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013, pp. 260 y ss.; ALISTE SANTOS, T.-J. *La motivación...*, 2011, pp. 235 y ss.; MARTÍNEZ ZORRILLA, D. *Metodología jurídica y argumentación*. Madrid: Marcial Pons, 2010; GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, F. *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*. Granada: Comares, 2009, pp. 23 y ss.; ATIENZA RODRÍGUEZ, M. *El Derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel, 2006; PERELMAN, C. / OLBRECHTS-TYTECA, L. *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*. Madrid: Gredos, 2006; PUY MUÑOZ, F. / GUILLERMO PORTELA, J. (coords.). *La argumentación jurídica. Problemas de concepto, método y aplicación*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2004; ALEXY, R. *Teoría...*, 1997; AARNIO, A. / MACCORMICK, N. (coords.). *Legal Reasoning. (Volumes I & II)*. Aldershot: Dartmouth, 1992; AARNIO, A. *Lo racional...*, 1991; ATIENZA RODRÍGUEZ, M. *Las razones...*, 1991; PECZENIK, A. *On Law and Reason*. Dordrecht: Kluwer, 1989, pp. 119 y ss.; MACCORMICK, N. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon, 1978; y LEVI, E. H. *An Introduction to Legal Reasoning*. Chicago: University of Chicago Press, 1949.

<sup>182</sup> PERELMAN, C. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid: Civitas, 1979, pp. 213-214.

<sup>183</sup> Véase NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, pp. 155 y 162. Con dicha expresión, se pone de manifiesto su identificación entre Derecho –con mayúscula inicial: ordenamiento positivo– y derecho –en minúscula: lo jurídico, fenómeno que brota de varias fuentes complementarias.

<sup>184</sup> NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, p. 157.

las “herramientas”) que están a la disposición del sentenciador. En consecuencia, ahora vuelve al primer plano una relación proporcional entre márgenes de arbitrio y necesidad de legitimar las resoluciones.

Al respecto, ALISTE SANTOS alega que la garantía procesal del art. 120.3 CE “es un poderoso instrumento que cualitativamente sirve como criterio efectivo de control de la discrecionalidad judicial”<sup>185</sup>. Entonces, aquel deber de motivar es hoy el único medio<sup>186</sup> para verificar que las libres facultades se han ejercido de manera razonable<sup>187</sup>. Ello incluso al adoptar esa versión renovada –susceptible de un acuerdo intersubjetivo–, que expuse antes, de la pre-liberal exigencia ético-individual del magistrado, encarnada con su *phronēsis*. Tal es la posición de VÁZQUEZ SOTELO: la *prudentia iuris*, que guía el uso del arbitrio, sólo puede revisarse mediante una constatación ulterior de cómo se aplicaron ciertas reglas “metajurídicas”<sup>188</sup> al caso concreto<sup>189</sup>. En consecuencia, la *ratio decidendi* tendrá que explicitar y argüir los aspectos ponderados hasta llegar al fallo final.

Más aún, en el específico ámbito (que aquí nos ocupa) de la individualización, la jurisprudencia se manifiesta ya en los mismos términos. Verbigracia, la STC 108/2001, de 23 de abril, afirma lo siguiente (FJ 3º): “Así pues, en principio, será el margen de arbitrio judicial [...] para imponer la pena que corresponda al delito cometido, [aquello que fije] la medida de la motivación constitucionalmente exigible”<sup>190</sup>. En suma, el art. 72 CP –un complemento, por ley, del mandato de rango superior– refuerza tal obligación genérica de razonar “el grado y [la] extensión” del *quantum* de castigo escogido tras el proceso para su concreción, “con arreglo a las normas” previstas al efecto. Todo ello dentro de la estructura formal que (para las sentencias) instaura ya el art. 142 LECrim<sup>191</sup>: hay que

---

<sup>185</sup> ALISTE SANTOS, T.-J. *La motivación...*, 2011, p. 160.

<sup>186</sup> Tras descartarse, por el liberalismo, la garantía subjetiva de la probidad personal del juez.

<sup>187</sup> Al respecto, cfr. –*verbi gratia*– NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, p. 206; IGARTUA SALAVERRIA, J. “Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, Nº 46, 1996, p. 101; y TARUFFO, M. *La motivazione...*, 1975, pp. 405 y ss.

<sup>188</sup> Nótese que el autor utiliza el prefijo “meta-” (del griego μετα), lo que “significa «junto a», «después de», «entre», «con»[,] o «acerca de»” [disponible en: <<http://dle.rae.es/?id=P4Cj7Rg>>; última consulta: 14.12.2016]. En cualquier caso, el término aquí empleado excluye entender que los criterios alegados en ejercicio del arbitrio sean extra-jurídicos, tal y como ya dije arriba. Por otra parte, es justo reconocer que NIETO GARCÍA (*El arbitrio...*, 2000, p. 64) también usa esa palabra, pero que luego la reduce a una acepción muy limitada: “más allá de la ley” (p. 322).

<sup>189</sup> Véase así VÁZQUEZ SOTELO, J. L. “Discrecionalidad y Derecho procesal”, en *Justicia. Revista de Derecho procesal*, Año 1995, Nº 3-4, pp. 51-61.

<sup>190</sup> Y, en este mismo sentido, cfr. las SSTC 68/2011, de 16 de mayo; 196/2007, de 11 de septiembre; 5/2006, de 16 de enero; 108/2005, de 9 de mayo; ó 20/2003, de 10 de febrero –entre otras.

<sup>191</sup> Sobre dicho precepto, interpreta GIMENO SENDRA (*Derecho procesal penal*. Madrid: Civitas, 2ª ed., 2015, p. 833) que deberían estimarse derogados los tradicionales “Resultandos” y “Considerandos”, a



consignar, en párrafos numerados, todos “los fundamentos doctrinales y legales determinantes”<sup>192</sup> de esa condena; i.e., también la magnitud.

Intentemos ahora dilucidar dónde debería el juez integrar en gran parte la justificación de la decisión individualizadora. Si se trata de fijar la medida de una pena –entre los límites de un marco obtenido en la fase previa–, atendiendo a los factores relevantes de gravedad y de circunstancias personales, me parece que en este momento su elección discrecional se apoya esencialmente en *quaestio facti*. Aquellos elementos (que, a criterio del órgano competente, van a incidir sobre el grado de la culpabilidad del autor) sin duda pertenecen a una libre e inmediata valoración de las evidencias practicadas en la sala<sup>193</sup>. De modo que los magistrados habrán de cargar –en lo criminal– con un esfuerzo argumental más intenso en la declaración de los hechos probados<sup>194</sup>, por cuanto la convicción bien fundada del relato “está en íntima relación con la presunción de inocencia”<sup>195</sup>.

Finalmente, todavía en torno al concepto de motivar las sentencias, interesa la siguiente precisión: la conexión entre arbitrio y justificación *en derecho* implica su consecuente relación antitética con la arbitrariedad. Entonces, si los márgenes de discrecionalidad se ejercen de manera legítima cuando hay razones para sustentar una decisión, lo prohibido *ex art. 9.3 CE*<sup>196</sup> es que el juez prescinda de dicho deber. Así, sin fundamentación jurídica alguna (sea legal o doctrinal) en defensa de las conclusiones del fallo, sobre las que destaca la concreción de una pena impuesta. Como bien afirma NIETO<sup>197</sup>, arbitrio y

---

favor de un uso (de manera sucesiva) de los enunciados “antecedentes de hecho”, “hechos probados” y “fundamentos de derecho” que indica el art. 248.3 LOPJ. Sin embargo, el art. 142 LECrim sigue vigente, tras el olvido por parte de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial. Porque ésta, en efecto, “al tiempo que elimina la referencia [...] a los «considerandos» y [los] «resultandos» respecto a los autos, inexplicablemente los conserva[,] como reliquias normativas anacrónicas [...]”, para las sentencias (ALISTE SANTOS, T.-J. *La motivación...*, 2011, p. 177).

<sup>192</sup> En torno a esta locución, la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 28 de junio de 1991 (ponente Enrique BACIGALUPO ZAPATER) señala que “los fundamentos doctrinales y legales consisten [...] en los resultados de la interpretación de la[s] ley[es] que el Tribunal entiende aplicable[s] al caso” (FJ 1º). Entonces, me parece claro que se incluyen aquí los pronunciamientos de la jurisprudencia y la *communis opinio* de los autores, en apoyo de la *ratio decidendi* del fallo.

<sup>193</sup> Así lo dicen, por ejemplo, las SSTC 25/2011, de 14 de marzo; 205/2009, de 23 de noviembre; 26/2006, de 30 de enero; y 136/2003, de 30 de junio –invocando la STC 47/1998, de 2 de marzo: “Esos datos básicos del proceso de individualización de la pena han de inferirse de los hechos probados, sin que sea constitucionalmente exigible ningún ulterior razonamiento [...]” (FJ 6º).

<sup>194</sup> Véase –por todos– GIMENO SENDRA, J. V. *Derecho procesal...*, 2ª ed., 2015, pp. 833-835.

<sup>195</sup> ALISTE SANTOS, T.-J. *La motivación...*, 2011, p. 178.

<sup>196</sup> “La Constitución garantiza [...] la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

<sup>197</sup> Cfr. NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, pp. 204 y 212.

arbitrariedad son (por lógica) términos contrapuestos; una idea que tiene hoy acogida en el debate<sup>198</sup>. También la jurisprudencia<sup>199</sup> interpreta en tal sentido la dicotomía: tutela efectiva es resolver con argumentos normativos, para excluir abusos. Luego el art. 120.3 CE es un mandato dirigido a garantizar la interdicción de lo “despótico”.

## 2.2 El contenido esencial y complementario de la dicha obligación

Tras las reflexiones anteriores acerca de la naturaleza jurídica de esa exigencia motivadora, incumbe aún a este epígrafe abordar el tema de su contenido: ¿en qué consiste la obligación? De entrada, señala Alejandro NIETO que “no existe, en definitiva, una estructura formalizada [...] ni tampoco es fácil establecer una tipología clasificadora de la casuística”<sup>200</sup>. Guiado por la advertencia, me centro (con prudencia) en delimitar el haz de deberes específicos en los que se desglosa la justificación racional de aquel proceso decisorio que culmina en el *quantum* de castigo. Ni más ni menos, se trata de establecer cuáles son todos los elementos fácticos o personales considerados relevantes para individualizar la pena (discrecionalmente), y de qué modo gradúan la culpabilidad; ello con alusión expresa –pública– a “los fundamentos doctrinales y legales determinantes”.

Visto ya el objeto material sobre el que se proyectará la motivación de la sentencia que nos atañe, toca esclarecer el tenor del art. 120.3 CE, en el dicho ámbito. Al respecto, la “*communis opinio*” suele hablar de suficiencia<sup>201</sup> y completitud<sup>202</sup> como criterios concéntricos –cumulativos–, para controlar el cumplimiento de la obligación. En la jurispruden-

---

<sup>198</sup> Al respecto de esta cuestión, véanse –entre otros– ALISTE SANTOS, T.-J. *La motivación...*, 2011, pp. 160-163, y pp. 246-249; SEGURA ORTEGA, M. *Sentido...*, 2006, p. 40; RODRÍGUEZ BOENTE, S. E. *La justificación...*, 2003, p. 273; COLOMER HERNÁNDEZ, I. *La motivación...*, 2003, p. 147; IGARTUA SALAVERRÍA, J. *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*. Madrid: Civitas, 1998, pp. 51 y s.; IGARTUA SALAVERRÍA, J. “Discrecionalidad...”, en *RVAP*, N° 46, 1996, p. 101; o FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R. *Arbitrariedad y discrecionalidad*. Madrid: Civitas, 1991, p. 106.

<sup>199</sup> Ya desde la STC 23/1987, de 23 de febrero: “[...] una decisión judicial que fuese arbitraria, irrazonada e irrazonable no estaría fundada en Derecho [...]” (FJ 3º). Recientemente, cfr. –por ejemplo– las SSTC 83/2016, de 28 de abril; 222/2015, de 2 de noviembre; 50/2014, de 7 de abril; y 133/2013, de 5 de junio. En la jurisdicción penal, véanse también las SSTS 812/2016, de 28 de octubre; 149/2015, de 11 de marzo; 318/2013, de 11 de abril; ó 1140/2010, de 29 de diciembre.

<sup>200</sup> NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, p. 178.

<sup>201</sup> Cfr. –verbigracia– ALISTE SANTOS, T.-J. *La motivación...*, 2011, pp. 164-170; SEGURA ORTEGA, M. *Sentido...*, 2006, pp. 82 y ss.; DE ASÍS ROIG, R. *El juez...*, 2005, pp. 77 y ss.; COLOMER HERNÁNDEZ, I. *La motivación...*, 2003, pp. 353-365; y RODRÍGUEZ BOENTE, S. E. *La justificación...*, 2003, p. 273.

<sup>202</sup> Véanse TARUFFO, M. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009, pp. 522-526; IGARTUA SALAVERRÍA, J. *El razonamiento...*, 2009, pp. 42 y ss.; DE ASÍS ROIG, R. *El juez...*, 2005, pp. 77 y ss.; COLOMER HERNÁNDEZ, I. *La motivación...*, 2003, pp. 345-349; y NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, pp. 170 y ss. –por todos.

cia, el enfoque pragmático dominante<sup>203</sup> defiende que basta con satisfacer el primer requisito<sup>204</sup>; y, de hecho, el análisis se verifica *a contrario sensu*: ¿cuál es la extensión argumental mínima, a fin de no vulnerar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva<sup>205</sup>? Pero el estándar resultante me parece laxo: una resolución se adecúa a lo exigible si nos es posible conocer las razones por las que alguien ha sido condenado<sup>206</sup> (i.e., la llamada “*ratio decidendi*”), en base a las fuentes aplicables de un ordenamiento –o el soporte normativo–; pero ello independientemente de que el discurso dado sea exhaustivo o lacónico<sup>207</sup>.

Con tino, un sector de la doctrina pretende superar estos planteamientos, y así propone elaborar un concepto omnicomprensivo que reúna las diversas manifestaciones del fenómeno. Según mantienen DE ASÍS ROIG<sup>208</sup> o HERNÁNDEZ MARÍN<sup>209</sup>, lo esencial será una idea de corrección, en los dos niveles analíticos complementarios: formal y material. En otras palabras, el deber de motivar una sentencia se colma justificando sus pronunciamientos, con una doble perspectiva<sup>210</sup>: a) interna, fruto de inferencias lógicas que llevan desde las premisas a la conclusión<sup>211</sup>; y b) externa, consecuencia de mostrar la verdad

---

<sup>203</sup> Con el fin entendible de “limitar el acceso en amparo [constitucional] de muchas demandas alegando insuficiencia de motivación” (ALISTE SANTOS, T.-J. *La motivación...*, 2011, p. 169).

<sup>204</sup> Según denuncia COLOMER HERNÁNDEZ (*La motivación...*, 2003, pp. 361), esa línea interpretativa es susceptible de crítica: la flexibilización por parte del TC “puede producir un pernicioso efecto de generalizar la aplicación de los criterios de suficiencia[,] [...] tanto en [la] protección de la legalidad ordinaria, como para la tutela de los derechos fundamentales”.

<sup>205</sup> Sobre este asunto, cfr. las SSTC 9/2015, de 2 de febrero; 126/2013, de 3 de junio; 25/2011, de 14 de marzo; 160/2009, de 29 de junio; ó 144/2007, de 18 de junio –entre otras.

<sup>206</sup> El canon lo fijó ya pronto la STC 55/1987, de 13 de mayo; luego la línea doctrinal se consolida, especialmente en el ámbito del proceso penal –véanse las SSTC 163/2002, de 16 de septiembre; 66/2009, de 9 de marzo; 68/2011, de 16 de mayo; y 177/2014, de 3 de noviembre.

<sup>207</sup> Así, un juez no está obligado “a dar respuesta a todas las alegaciones presentadas por las partes, ni tampoco se le puede exigir [...] explicar [...] por qué deja de aplicar normas consideradas por las partes de relevancia para el caso [...]” (ALISTE SANTOS, T.-J. *La motivación...*, 2011, pp. 165-166). Y la razón es muy clara: hay que ponderar el deber de motivación con la “deseable celeridad de los procesos” (STC 180/1993, de 31 de mayo, FJ 5º). A tal respecto, cfr. las SSTC 34/2011, de 28 de marzo; 17/2009, de 26 de enero; ó 170/2000, de 26 de junio.

<sup>208</sup> DE ASÍS ROIG, R. *El juez...*, 2005, pp. 32, 131 y ss.

<sup>209</sup> HERNÁNDEZ MARÍN, R. L. *Las obligaciones...*, 2005, pp. 133 y ss.

<sup>210</sup> La distinción originaria es ya de Jerzy WRÓBLEWSKI (“Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision”, en *Rechtstheorie*, Nº 5, 1974, pp. 33-46); y, de este autor, véase luego también “Justification of Legal Decisions”, en *Revue Internationale de Philosophie*, Nº 127-128, 1979, pp. 277 y ss. En España, cfr. –verbigracia– ITURRALDE SESMA (*Aplicación...*, 2004, pp. 257 y ss.), RODRÍGUEZ BOENTE (*La justificación...*, 2003, pp. 122 y ss.) y NIETO (*El arbitrio...*, 2000, pp. 170 y ss.).

<sup>211</sup> Usando parámetros sólo formales, corremos el riesgo de caer en lo que denuncia de esta manera Rafael HERNÁNDEZ MARÍN (*Las obligaciones...*, 2005, p. 253): “La obligación de motivar se convierte así en la mera exigencia de rellenar un hueco en un impreso, aunque sea mediante un discurso deslavado e incluso farfullero”.

de las proposiciones últimas<sup>212</sup> que sustentan la trama argumentativa. Obviamente, tal adecuación material es “la labor más importante”<sup>213</sup> del juez; sin embargo, no hay unanimidad a la hora de entender qué sea lo admisible en aquel plano gnoseológico.

WRÓBLEWSKY sostiene en este particular una postura interesante: la validez de las premisas depende del conocimiento científico, el sentido común y la experiencia compartida<sup>214</sup>. Entonces, la pauta que permite una justificación externa de la decisión es un alto nivel de acuerdo sobre los enunciados propositivos<sup>215</sup>. Algo similar postula AARNIO<sup>216</sup>: el mejor criterio para la aceptabilidad racional de la conclusión –el fallo– es la anuencia, en torno a los fundamentos legales y doctrinales del discurso. Una actitud epistémica que tiene raíces contemporáneas en la filosofía práctica de Jürgen HABERMAS<sup>217</sup>, cuan-

---

Por eso el TC se reserva la facultad de impugnar “aquellas resoluciones judiciales que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual [...], se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas[,] o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas[,] de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas” (STC 59/2006, de 27 de febrero, FJ 3º). De igual modo, véanse las SSTC 159/2014, de 6 de octubre; 133/2013, de 5 de junio; 191/2011, de 12 de diciembre; ó 134/2008, de 27 de octubre.

<sup>212</sup> Para una aproximación inicial, cfr. –por todos– HERNÁNDEZ MARÍN, R. L. *Las obligaciones...*, 2005, pp. 134 y ss.; ATIENZA RODRÍGUEZ, M. *Las razones...*, 1991, pp. 19-48, y 235 y ss.; o NINO, C. S. *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. Barcelona: Ariel, 1989, pp. 117 y ss.

Si bien, en cualquier caso, la jurisprudencia es aquí formalista (o escéptica), por la economía procesal. Por ejemplo, la STC 132/2007, de 4 de junio, establece que, al “[...] examinar[se] si un pronunciamiento judicial ha incurrido en un vicio [...] susceptible de tutela a través del recurso de amparo[,] es necesario partir [...] de que la validez de un razonamiento desde el plano puramente lógico es independiente de la verdad o falsedad de sus premisas y de su conclusión [...]” (FJ 4º).

<sup>213</sup> ALISTE SANTOS, T.-J. *La motivación...*, 2011, p. 243. En ese mismo sentido –la primacía de lo material– se manifiestan, entre muchos otros, RODRÍGUEZ BOENTE (*La justificación...*, 2003, p. 128) o SEGURA ORTEGA (*La racionalidad jurídica*. Madrid: Tecnos, 1998, pp. 79 y 117).

<sup>214</sup> Véase WRÓBLEWSKI, J. “Sentido” y “hecho” en el Derecho. San Sebastián: UPV, 1989, p. 48.

<sup>215</sup> En la terminología que empleo en la tesis, nos importa hallar “*topoi*” intersubjetivos, que puedan ser plausibles y válidos para una gran mayoría, incluso desde posiciones teóricas opuestas.

<sup>216</sup> Cfr. AARNIO, A. “La tesis...”, en *Doxa*, Nº 8, 1990, p. 44.

<sup>217</sup> En el origen véanse “Wahrheitstheorien”, en FAHRENBACH, H. (ed.). *Wirklichkeit und Reflexion. Festschrift für Walter Schulz zum 60. Geburtstag*. Pfullingen: G. Neske, 1973, pp. 211-265; y “Wahrheitstheorien”, en *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1984, pp. 127-183. Pero Jürgen HABERMAS toma (y ya luego adapta a su “cosmovisión” sociológica global) algunas ideas previas de Kuno LORENZ (“Der dialogische Wahrheitsbegriff”, en VV.AA. *Neue Hefte für Philosophie. Heft 2/3: Dialog als Methode*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1972, pp. 111-123), que más adelante fueron también “reelaboradas” por Karl-Otto APEL (“Fallibilismus, Konsensstheorie der Wahrheit und Letztbegründung”, en VV.AA. *Philosophie und Begründung*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1984, pp. 116-211). Cfr. una síntesis crítica y actual, en torno a tales planteamientos, en SEIFERT, J. *De veritate – Über die Wahrheit. Wahrheit und Wahrheitstheorien. Band 2: Der Streit um die Wahrheit*. Frankfurt a.M.: Ontos, 2009, pp. 199-274. Y, ya específicamente acerca del ámbito de lo jurídico, véanse ya los desarrollos posteriores de Jürgen HABERMAS, en estas dos obras: *Wahrheit und Rechtfertigung. Philosophische Aufsätze. Erweiterte Ausgabe*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp Verlag, 1999, pp. 138 y ss.; y *Faktizität...*, 1992, pp. 151 y ss.

do traza los cimientos consensuales de las verdades que rigen en la vida pública. Empero, hay quien no renuncia al genuino “realismo” metafísico<sup>218</sup>: la auténtica corrección material significa la concordancia plena entre los argumentos y la esencia de las cosas allí planteadas<sup>219</sup>.

Recordemos, no obstante, que mi objetivo es ahora más modesto; intento aclarar cómo se efectúa la motivación, si bien sólo la referida a “la elección de una concreta consecuencia jurídica [ya] dentro de las alternativas legales”<sup>220</sup>. Estaremos siempre, pues, en aquel libre “espacio de juego” abierto por el mismo Código, donde *per se* existen numerosas respuestas válidas en derecho<sup>221</sup>. Y, así, el juez queda obligado *erga omnes* –las partes, los órganos *ad quem*, y la comunidad– a articular (en su sentencia) un discurso justificativo cabal de las razones por las que condenará a ese *quantum* del castigo impuesto. Sobre ello, puntualiza ALISTE lo siguiente: fundar la decisión “sería una actividad tópica propia del *ars inveniendi*”<sup>222</sup>, una búsqueda de las premisas en las que se ancla [...]”<sup>223</sup> el argumentario. Lo que sin duda introduce la necesidad de explicitar cómo tal resolución individualiza “la dimensión axiológica”<sup>224</sup> de un *ideal* de lo “*iustus*”.

---

<sup>218</sup> Me refiero aquí a la concepción tradicional, de raigambre aristotélico-tomista, según la cual la verdad es “*adaequatio rei et intellectus*” (TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theol.*, I, q. 16, a. 1, co.; y *Quaest. disp. De veritate*, q. 1, a. 6, co.) –o, de manera más sencilla, “la realidad de las cosas” (BALMES I URPIÀ, J. *El criterio*. Barcelona: Imprenta de A. Brusí, 2ª ed., 1846, p. 5).

<sup>219</sup> Véase ALISTE SANTOS, T.-J. *La motivación...*, 2011, p. 243: porque una justificación externa “[...]” no viene determinada por el criterio del consenso, sino por la mayor plausibilidad que tenga el cuerpo de argumentos expresado en la motivación[,] en función de la certeza moral existente sobre la verdad de los hechos allí contenida”.

Asimismo, en una línea similar se expresan, verbigracia, ITURRALDE SESMA (“Justificación judicial y valoraciones”, en *Isegoría*, Nº 35, 2006, pp. 210 y s.), RODRÍGUEZ BOENTE (*La justificación...*, 2003, p. 20: “[...] podemos deducir [ya] un concepto aproximado de justificación como el resultado [...] de la acción de «volver justo» lo injusto o, al menos, aquello de cuya justicia se dudaba”) y TARUFFO (*La motivazione...*, 1975, pp. 147-148).

<sup>220</sup> ITURRALDE SESMA, Mª V. *Aplicación...*, 2004, p. 257.

<sup>221</sup> En contra de lo que defiende la teoría de la “*Punktstrafe*”, según la cual sólo existe una pena exacta para cada caso –y si casi siempre es imposible (o muy difícil) de determinar, ello será a causa de los defectos cognitivos humanos. Al respecto, cfr. en detalle *infra* –en el epígrafe V.2.

<sup>222</sup> Con esta locución latina describió VIEHWEG (*Tópica y jurisprudencia*. Madrid: Taurus, 1986, pp. 50 y 58) la tópica jurídica –merced a una famosa distinción, que CICERÓN realizó entre las *artes iudicandi* e *inveniendi*. En efecto, se trataría de reconocer que la clave de un razonamiento (en el derecho) no se encuentra en cómo pasar de las premisas a la conclusión, sino en establecer esas primeras proposiciones del discurso justificativo.

Desde un enfoque iusfilosófico, véanse (por ejemplo) CASTAÑEDA Y GRANADOS, D. H. “En torno al fundamento de la *ars inveniendi* en la razón práctica”, en *Ars Iuris*, Nº 31, 2004, pp. 305-321; y GONZÁLEZ ORDOVÁS, Mª J. “Leer o no leer, ésa es la cuestión”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nº 20, 2003, pp. 159-164.

<sup>223</sup> ALISTE SANTOS, T.-J. *La motivación...*, 2011, p. 242.

<sup>224</sup> *Ibid.*, p. 244.

Y, en el fondo, estas aportaciones no difieren del principio general de completitud que defiende TARUFFO<sup>225</sup>: sin caer en la retórica superflua, la racionalidad de un fallo se logra al desplegar aquellos criterios normativos, hermenéuticos, cognoscitivos o valorativos –pero “jurídicos” todos– que fundan su contenido. Desde dicho punto de vista<sup>226</sup>, el civilista italiano nos formula pautas para controlar materialmente las convicciones de un juez<sup>227</sup>, a modo de catálogo *numerus apertus*<sup>228</sup>, que también ha de servir en la concreción penal. Destacan estos tres cánones evaluativos: a) un uso adecuado de cualquier dato *empírico* disponible, e incluso los que sean falibles, como la prognosis de peligrosidad o el perfil de personalidad; b) las “máximas de experiencia”<sup>229</sup> (o nociones equivalentes), en tanto eslabones que conectan las inferencias argumentales; y c) las reglas probabilísticas<sup>230</sup> en apoyo de las inducciones realizadas.

---

<sup>225</sup> Cfr. TARUFFO, M. *La motivazione...*, 1975, pp. 450 y ss.

<sup>226</sup> “El problema [aquí] se refiere al peligro [...] de que la discrecionalidad en la valoración [...] se convierta en arbitrariedad subjetiva del juez que usa las pruebas. [...] [Pero] existen controles aplicables también allí donde no opera la regulación legal específica [...] y éstos parecen idóneos, al menos en principio, para evitar que la discrecionalidad del juez se traduzca en arbitrariedad” (TARUFFO, M. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2ª ed., 2005, pp. 420-421).

<sup>227</sup> Véase TARUFFO, M. *La prueba...*, 2ª ed., 2005, pp. 420-427.

<sup>228</sup> De tal manera que el no hallarse “un concepto absoluto de racionalidad no implica que no se puedan indicar criterios razonables [...], [...] que no deben ser entendidos como un elenco completo y taxativo, sino [...] como [...] condiciones en cuya ausencia resulta probablemente imposible hablar de valoración racional” (TARUFFO, M. *La prueba...*, 2ª ed., 2005, p. 423).

<sup>229</sup> Para una exposición ponderada sobre el valor probatorio de las mismas, cfr. TARUFFO, M. *La prueba...*, 2ª ed., 2005, pp. 424-425:

Como son “[...] reglas de contenido muy diverso, dotadas de estructura lógica y significados cognoscitivos distintos[,] y a menudo vagos e indefinibles, parece evidente que no todo razonamiento basado en [las] máximas de experiencia es ya sólo por ello aceptable. Resulta necesario, en cambio, pensar en un criterio de racionalidad [...], que podría formularse así: por un lado, tienen que utilizarse únicamente las máximas sobre las que se disponga de un amplio consenso en la cultura media del lugar y del momento [...]; [y,] por otro lado, la inferencia tiene que tomar en cuenta la naturaleza [...] de la máxima que se utiliza, de modo que, por ejemplo, no se pueden efectuar inferencias «ciertas» sobre la base de máximas no generales, ni inferencias «cognoscitivas» mediante las máximas que expresen [...] valoraciones. [O] En resumen, la validez racional de las inferencias basadas en máximas de experiencia depende del análisis crítico de las [...] que en cada caso sean utilizadas”.

<sup>230</sup> Acerca de la cuestión, cfr. –por todos– ALISTE SANTOS, T.-J. *La motivación...*, 2011, pp. 298-309; GASCÓN ABELLÁN, M. “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 28, 2005, pp. 127-139; TARUFFO, M. *La prueba...*, 2ª ed., 2005, pp. 167-240; CORBERÁN SALVADOR, Á. / MONTES TUBIO, F. “Perversiones y trampas de la Probabilidad”, en *Gaceta de la Real Sociedad Matemática Española*, Vol. 3, Nº 2, 2000, pp. 198-229; y NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, pp. 236-237.

Más aún, en torno a los fundamentos teóricos del cálculo probabilístico aplicado al mundo de lo jurídico, véanse –entre muchos otros– TILLERS, P. / GREEN, E. (eds.). *Probability and Inference in the Law of Evidence. The Uses and Limits of Bayesianism*. Dordrecht: Kluwer, 1988; SCHREIBER, R. *Theorie des Beweiswertes für Beweismittel im Zivilprozess*. Berlín: Springer, 1968; y EKELÖF, P. O. “Free evaluation of evidence”, en *Scandinavian Studies in Law*, Vol. 8, 1964, pp. 45-66.

En suma, una decisión individualizadora del sentenciador, en base a las circunstancias personales del autor y la gravedad del delito, se sustenta en elementos de la *quaestio facti* del caso. Y, en ese sentido, “[...] motivar los hechos significa explicitar, con la forma de una argumentación justificativa, el razonamiento que permite atribuir una eficacia determinada a cada medio de prueba”<sup>231</sup> relevante. Para ello, recorro aquí otra vez a un concepto que avancé en el epígrafe II.1: la trazabilidad; adaptado a nuestro ámbito, implica “[...] la posibilidad de encontrar y [de] seguir el rastro, a través de todas las etapas [...]”<sup>232</sup> de un proceso intelectual-volitivo efectuado por el juez<sup>233</sup>, en relación con esos móviles explicativos del *quantum* de castigo finalmente elegido. Entonces, el art. 72 CP manda consignar el orden lógico-deductivo del silogismo<sup>234</sup> penológico y fundamentar sus premisas –en especial aquellas meta-legales.

Lo que nos remite a la usual distinción de carácter analítico entre contextos de descubrimiento o justificación<sup>235</sup>; con ingenio, ALISTE SANTOS la trae a colación para establecer el nexo “sinalagmático” entre arbitrio y motivación, por cuanto se enmarcan en uno u otro (de manera respectiva)<sup>236</sup>. Así las cosas, en el discurso judicial, el deber del art. 120.3 CE obliga a mostrar las «razones para» tomar una decisión; cuando ésta sea discrecional, ello supone explicitar las «razones por» las que se ha optado por una u otra respuesta legalmente admisible<sup>237</sup>. Pero no olvidemos que se trata sólo de una partición instrumental: en el fondo son sólo las dos caras de la misma moneda<sup>238</sup>. Pues en la labor individualizadora de un magistrado prudente coinciden ambas perspectivas –i.e., se

---

<sup>231</sup> TARUFFO, M. *La prueba...*, 2ª ed., 2005, p. 436.

<sup>232</sup> Art. 3.15) del Reglamento (CE) N° 178/2002, de 28 de enero.

<sup>233</sup> Pero sin caer aquí en una aproximación meramente “psicológica”, bien rechazada ya por ALISTE (*La motivación...*, 2011, pp. 238-240) o NIETO (*El arbitrio...*, 2000, pp. 154-155 y 161).

<sup>234</sup> La cursiva apunta el siguiente matiz: me refiero a ello en el sentido amplio, como argumento estructurado en proposiciones y conclusión; y no en tanto paradigma formalista de subsunción de hechos en normas, que reduce las premisas mayores a los preceptos legales –según denuncian ALISTE (*La motivación...*, 2011, pp. 252-258) o TARUFFO (*La motivazione...*, 1975, pp. 149-169).

<sup>235</sup> Cfr. ya por todos RODRÍGUEZ BOENTE, S. E. *La justificación...*, 2003, pp. 157 y ss.; IGARTUA SALAVERRÍA, J. *Teoría analítica del derecho. La interpretación de la ley*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1994, p. 95; o ATIENZA RODRÍGUEZ, M. *Las razones...*, 1991, pp. 22 y ss. Para conocer los orígenes de la división conceptual, véanse REICHENBACH, H. *Experience and Prediction. An Analysis of the Foundations and the Structure of Knowledge*. Chicago: University of Chicago Press, 1938, pp. 6 y ss.; y POPPER, K. *Logik der Forschung*. Viena: Springer, 1935, pp. 55 y ss.

<sup>236</sup> Cfr. ALISTE SANTOS, T.-J. *La motivación...*, 2011, pp. 251-252.

<sup>237</sup> Sobre esta diferencia, véase BAYÓN MOHINO, J. C. *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 43 y ss.

<sup>238</sup> En una línea similar se sitúa ALISTE (*La motivación...*, 2011, p. 260), cuando no secunda esa dicotomía que VIEHWEG planteaba entre *ars inveniendi* y *ars iudicandi*. “En este sentido [...], la concepción tópica del razonamiento jurídico y la sistemático-deductiva, lejos de contraponerse pueden complementarse, reportando beneficios en el ámbito de la motivación judicial”.

arguye lo aprehendido como justo—, mientras que lo contrario revelará alguna tacha de arbitrariedad<sup>239</sup>.

### 3. En detalle, sobre el control *ad quem* de una cuantía penal

#### 3.1 Una motivación “efectiva”: el sistema de recursos en España

Después de reflexionar en torno al sentido y contenido del imperativo constitucional de motivar, tocará, en este último epígrafe, abordar sus límites (¿cuándo es viable escrutar la magnitud de sanción?) y patologías (¿cómo se incumplen las órdenes del mandato?). Hay un principio común a esos aspectos relacionados: “la función de control de aquella discrecionalidad [con la que se concretan los castigos], obligando al juez a justificar sus propias elecciones[,] y haciendo posible un juicio posterior sobre ellas, en el proceso[,] y fuera del proceso”<sup>240</sup>. Empero, ahora sólo me voy a ocupar de la primera tarea indicada: la llamada “revisabilidad”<sup>241</sup> de una decisión individualizadora por parte de un órgano jerárquicamente superior al ente *a quo* que la dictó.

Acerca de ello, que se trate de una cuestión (en esencia) procesal condiciona el debate merced a un par de elementos que son estructurales e irrenunciables. De un lado, cualquier eventual examen alrededor del *quantum* de la pena que realicen los tribunales *ad quem* debe incardinarse siempre en algún recurso —planteado por quien está legitimado— previsto en normas adjetivas<sup>242</sup>. Así, el pronunciamiento no podrá exceder de lo peticionado en tiempo y forma, según la regulación: las causas de impugnación allí establecidas delimitan el ámbito objetivo de las controversias. Verbigracia, para la casación hay que alegar la infracción de ley respecto de los arts. 72 y 66.1.6ª CP —o por los arts. 24.1 y 120.3 CE<sup>243</sup>. Más aún, las facultades de enjuiciamiento del órgano competente

---

<sup>239</sup> Vuelve a surgir ahora aquella antonimia entre discrecionalidad y arbitrariedad, como dos conceptos excluyentes, indicada *supra* —cfr., por todos, NIETO GARCÍA (*El arbitrio...*, 2000, pp. 204 y 212) o TARUFFO (*La prueba...*, 2ª ed., 2005, pp. 420-421), y los autores de la nota 198 de este capítulo.

<sup>240</sup> TARUFFO, M. *La prueba...*, 2ª ed., 2005, pp. 436.

<sup>241</sup> El término se origina en la doctrina alemana con la tesis de Werner NEBRICH (*Die Revisibilität der Strafzumessung*. Dresden: Dittert, 1939), y se generaliza tras la obra de Wolfgang FRISCH (*Revisionsrechtliche...*, 1971), para calificar esa facultad de control que tiene el órgano *ad quem*.

<sup>242</sup> Me refiero, obviamente, a los recursos de apelación (arts. 219 y ss., 790-792, 803, u 846 bis y ter LECrim), casación (arts. 847 y ss. LECrim), revisión (arts. 954-961 LECrim) o amparo (arts. 41 y ss. LOTC) —interpuestos contra sentencias, recaídas en su correspondiente fase procesal.

<sup>243</sup> Según disponen actualmente los arts. 849 y 852 LECrim, de modo correlativo para ambos casos.



son restringidas; y, en particular, en la valoración de la prueba, fiada al libre albedrío del *a quo*<sup>244</sup>.

Sin ánimo de exhaustividad, veamos (brevemente) cómo se articula el sistema español de revisión de sentencias penales condenatorias<sup>245</sup> –las únicas que nos interesan aquí, en tanto cuantifican castigos. Tras la reforma procesal operada por la Ley 41/2015<sup>246</sup>, el recurso de apelación se prevé contra toda resolución<sup>247</sup> obtenida *ab initio*, y la competencia recae en el órgano superior en cada caso<sup>248</sup>. Resulta pues implantado, por fin<sup>249</sup>, un modelo de acceso generalizado a la *doble* instancia, en base a la interpretación maximalista<sup>250</sup> de lo prescrito en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>251</sup>. Pero ello no supondrá (de una manera necesaria) la repetición del juicio<sup>252</sup>,

---

<sup>244</sup> En torno a esta cuestión, véanse –entre muchos otros– COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M. “Capítulo I. La presunción de inocencia”, en RIVES SEVA, A. P. (coord.). *La prueba en el proceso penal. Tomo I*. Pamplona: Aranzadi, 2016, pp. 72 y ss.; DE MIRANDA VÁZQUEZ, C. “Valoración de la prueba. La prueba indiciaria”, en RICHARD GONZÁLEZ, M. / ABEL LLUCH, X. (dirs.). *Estudios sobre prueba penal. Volumen III*. Madrid: La Ley, 2013, pp. 337 y ss.; URIARTE VALIENTE, L. M<sup>a</sup> / FARTO PIAY, T. *El proceso...*, 2007, pp. 684 y ss.; PÉREZ DEL VALLE, C. *Estudios sobre la independencia judicial y el proceso penal*. Lima: Grijley, 2005, pp. 79 y ss.; y JAÉN VALLEJO, M. *Tendencias actuales de la jurisprudencia constitucional penal*. Madrid: Dykinson, 2002, pp. 113 y ss.

<sup>245</sup> Frente a las resoluciones absolutorias arbitrarias cabe la apelación (art. 790.2 LECrim), aunque con reenvío de la causa al tribunal *a quo*, para que sea éste quien corrija el defecto (792.2).

<sup>246</sup> Hasta entonces, la apelación sólo era posible para delitos castigados con pena privativa de libertad inferior a 5 años, multa o cualquier otra sanción que no excediera de 10 años. Sobre las novedades procesales introducidas con la ulterior legislación, véase JAÉN VALLEJO, M. / PERRINO PÉREZ, Á. L. *La reforma procesal penal de 2015*. Madrid: Dykinson, 2015, *passim*.

<sup>247</sup> Salvo las especialidades previstas –incluso en esta materia– para los sujetos aforados.

<sup>248</sup> Esto es, la Audiencia Provincial, respecto de las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Penal; y también por los de Instrucción, en procesos por delitos leves, en cuyo caso el órgano correspondiente se constituye con un magistrado. La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma, frente a las resoluciones emanadas en primera instancia de las Audiencias Provinciales. Y, finalmente, en la Audiencia Nacional, la Sala de lo Penal, contra sentencias dictadas por un Juez Central de lo Penal; o bien la Sala de Apelación, contra las recaídas en procedimientos sustanciados *ab initio* ante dicho órgano especializado.

<sup>249</sup> Después de la infructuosa vigencia de las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de reforma de la LOPJ, que nunca fueron plenamente operativas.

<sup>250</sup> En cambio, para Manuel JAÉN (“Recursos contra sentencias penales”, en *Lefebvre-El Derecho*, 21.03.2016 [disponible en: <[http://www.elderecho.com/tribuna/penal/Recursos-sentencias-penales\\_11\\_931930001.html](http://www.elderecho.com/tribuna/penal/Recursos-sentencias-penales_11_931930001.html)>; última consulta: 11.01.2017]), el mencionado acuerdo de 1966 “[...] no reconoce ningún derecho a una segunda instancia, sino un derecho, no por ello menos efectivo, a la revisión del fallo condenatorio y la pena mediante un recurso efectivo ante un Tribunal superior. Algo que puede cumplirse perfectamente a través de una casación ampliada[,] como la que venimos teniendo hasta el momento”. Pero a favor de extender la apelación, cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, J. *Valoración...*, 1995, pp. 131 y ss.; o GIMENO SENDRA, J. V. “La casación y el derecho a los recursos”, en *Justicia. Revista de Derecho procesal*, Año 1988, N<sup>o</sup> 3, pp. 547-560.

<sup>251</sup> “Toda persona [...] tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena [...] sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”. Según la jurisprudencia, el mandato estaba ya

que en España se reserva únicamente a los supuestos excepcionales de nulidad por vicios esenciales de forma.

Hoy en día, en apelación pueden efectuarse alegaciones sobre quebrantamiento de las garantías procesales, error en la apreciación de la prueba, o la infracción de normas del ordenamiento. Respecto de la individualización penal, cabe encuadrar un recurso por la incorrecta configuración de la *quaestio facti* –lo relevante a ese tenor–, e indebida aplicación de los arts. 72 y 66.1.6ª CP. Si bien con el límite que introduce en esta sede el principio de inmediación, que luego abordaré: ¿hasta dónde es capaz de revisar quien no ha presenciado lo actuado en la vista oral? Asimismo, y en cuanto a la práctica de nuevas diligencias, sólo entran aquellas que no pudieron proponerse en instancia, las denegadas sin motivo, o las que fueron admitidas mas no practicadas (por razones ajenas al recurrente).

Por otra parte, la casación se ha de concebir ahora como un verdadero recurso extraordinario<sup>253</sup>, al que acceden sentencias que han sido previamente impugnadas. Entonces, su objeto queda restringido al control de aspectos de derecho derivados de resoluciones dictadas en apelación<sup>254</sup> –por el órgano competente. Ello por las causas instauradas en la LECrim: infracción de ley (arts. 849 y 852) o quebrantamiento de forma (arts. 850 y 851). En relación al *quantum* penal, se puede aducir la inobservancia o la inadecuada aplicación de los preceptos que regulan el proceso de concreción del castigo, incluido ese mandato de motivar la decisión individualizadora. Y también varios defectos referidos a la *quaestio facti*, que no en vano es materia jurídica<sup>255</sup> –v. gr., un error en la apreciación de pruebas, o la negativa indebida sobre diligencias pertinentes.

---

cumplido con la regulación de la casación en España (desde las SSTC 76/1982, de 14 de diciembre, FJ 5º; y 57/1986, de 14 de mayo, FJ 2º; hasta la 9/2011, de 28 de febrero, FJ 4º).

<sup>252</sup> Y, precisamente por este motivo, Manuel JAÉN VALLEJO (“Recursos...”, en *Lefebvre-El Derecho*, 21.03.2016) no cree adecuado catalogar el expediente como una plena segunda instancia.

<sup>253</sup> Véanse –verbigracia– ARMENTA DEU, Mª T. *Lecciones de Derecho procesal penal*. Madrid: Marcial Pons, 9ª ed., 2016, p. 111; y GIMENO SENDRA, J. V. *Derecho procesal...*, 2ª ed., 2015, p. 833.

<sup>254</sup> Con dos excepciones: a) las sentencias emanadas en única instancia por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, que acceden directamente al TS; y b) la posible inadmisión a trámite del recurso –mediante una sucinta providencia motivada, “siempre que haya unanimidad[,] por carencia de interés casacional” (art. 889 LECrim)–, respecto de las resoluciones dictadas por un Juez de lo Penal e impugnadas en apelación ante la AP. En dicho sentido, el preámbulo de la Ley 41/2015 señala que habría “interés casacional” en al menos estos tres casos: si la sentencia recurrida se opone a la doctrina consolidada del Tribunal Supremo, cuando permitirá resolver cuestiones sobre las que haya jurisprudencia contradictoria de los órganos inferiores, o bien si no existiera línea interpretativa alguna en torno de lo planteado.

<sup>255</sup> Así lo afirman hoy –entre muchos otros autores– JAÉN VALLEJO (“Recursos...”, en *Lefebvre-El Derecho*, 21.03.2016) o IGARTUA SALAVERRÍA (*Valoración...*, 1995, pp. 125 y ss.).

Queda así actualmente delineado un panorama procesal novedoso en nuestro país<sup>256</sup>, lo que no obstante suscita numerosas dudas, en torno a aspectos cruciales de la transición entre ambos modelos. De entrada, generalizar una apelación contra las sentencias de primera instancia restaría alcance a la labor del Tribunal Supremo; una competencia que, en cambio, se amplía al poder analizar cualesquiera resoluciones –salvo que haya *desinterés*– emanadas de órganos *ad quem*. O, en la casación, se mantienen las razones para impugnar, pero varía el objeto formal del recurso: ya no será lo recaído *ab initio* sino la (segunda) resolución que se pronuncia al respecto<sup>257</sup> –excepto con los aforados. Sea como fuere, la profunda reforma estructural incide sobremanera en el debate que me ocupa en la tesis, obligando a tamizar las valiosas reflexiones doctrinales y/o jurisprudenciales.

Volviendo al meollo del asunto, en lo que afecta al control de la cuantificación penal, las decisiones del sentenciador son revisables hoy en un doble nivel. Por infracción de ley, cuando se discuta cómo se han seleccionado (y elaborado en el relato) todos los elementos fácticos relevantes, o en qué sentido se ha valorado su influencia al graduar la medida de la culpabilidad del autor. Sobre tales extremos, ya dije arriba que el discurso justificativo del órgano *a quo* acerca de la *ratio decidendi* es el expediente idóneo para que el *ad quem* proyecte su examen; de ahí la importancia de la motivación “completa”<sup>258</sup>. Más aún, alegar un quebrantamiento de forma es el cauce procesal oportuno para introducir –aunque sólo en los términos señalados en la vigente LECrim– nuevo material probatorio con incidencia potencial en la concreción del castigo.

Igualmente existen, en tanto garantía del ordenamiento, dos mecanismos adicionales para impugnar una incorrecta individualización de las sanciones impuestas en una sentencia condenatoria. En primer lugar, el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional cabe frente a una eventual vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial

---

<sup>256</sup> Sobre ello, cfr. por todos MONTERO AROCA, J. *et alter*. *Derecho Jurisdiccional*. Vol. III. *Proceso Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 24ª ed., 2016, pp. 458 y ss.; DELGADO SANCHO, C. D. *Los recursos en el proceso penal*. Madrid: Gomilex, 2016, *passim*; o MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho procesal penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 7ª ed., 2015, pp. 578 y ss.

<sup>257</sup> Obviamente, de una manera indirecta el Tribunal Supremo también podría llegar a controlar –y, en su caso, enmendar– los defectos de aquellas resoluciones condenatorias obtenidas en la primera instancia, pero siempre a través del tratamiento que le haya dado a la cuestión el órgano apelador.

<sup>258</sup> Para una aproximación general al principio de completitud, véase en especial TARUFFO, M. *La motivazione...*, 1975, pp. 450 y ss.

En cambio, conviene recordar aquí que DE ASÍS ROIG (*El juez...*, 2005, pp. 131 y ss.) y HERNÁNDEZ MARÍN (*Las obligaciones...*, 2005, pp. 133 y ss.) prefieren hablar de “motivación correcta”. De ese modo, el primer autor propone un útil y exhaustivo listado de dieciséis “referentes básicos” que han de servir para justificar bien una decisión (pp. 149-150).

efectiva (art. 24 CE), a causa de no haberse fundado como es debido la magnitud penológica<sup>259</sup> (ex arts. 72 CP y 120.3 CE), incluido por haberse denegado la práctica de alguna prueba pertinente a tal fin. O segundo, la extraordinaria revisión de esas resoluciones que hubieran adquirido firmeza<sup>260</sup> permite –siquiera a costa de la seguridad jurídica– integrar en nuestro sistema los fallos de la corte de Estrasburgo que declaren infringido el Convenio europeo de 1950.

Una cuestión problemática –según creo, todavía no bien resuelta en doctrina o jurisprudencia– recorre (transversalmente) el tema que aquí trato, al delimitar el alcance del control multinivel sobre el *quantum* penal. En efecto, el principio de inmediación<sup>261</sup> de lo actuado en la vista nos condiciona, de un modo u otro, qué tipo de examen y posible enmienda será admisible respecto de la decisión individualizadora. Hasta la fecha, la postura mayoritaria en España aún sigue otorgando preponderancia, *prima facie*, a dicha garantía del “*due process*”<sup>262</sup>, de tal manera que esa revisión legítima se habría de ceñir a las graves infracciones en las labores de aplicación del derecho. Esto es, no a la hora de apreciar o percibir los hechos probados, sino frente a una incorrecta “*creación*” discursiva de la *quaestio facti*, lo que engloba atribuirle un valor sancionatorio (gradual) a aquéllos.

No obstante, tal planteamiento es fruto de una evolución histórica, que refiero ahora con brevedad. Tradicionalmente, nuestro Tribunal Supremo defendió la plena “soberanía” del sentenciador sobre la elección del castigo concreto<sup>263</sup>, que era así del todo irrefutable. Los argumentos a favor se aglutinan en dos planos superpuestos. Por un lado, la

---

<sup>259</sup> En tal sentido se manifiesta la jurisprudencia –cfr., entre otras, las SSTC 25/2011, de 14 de marzo (FJ 6º); 91/2009, de 20 de abril (FJ 7º); y 258/2007, de 18 de diciembre (FFJJ 7º y 11º).

<sup>260</sup> Véanse MARTÍNEZ ARRIETA, A. / ENCINAR DEL POZO, M. Á. *El recurso de casación y de revisión penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 3ª ed., 2016, pp. 509 y ss.; y ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. (dir.). *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015*. Barcelona: Atelier, 2016, pp. 339 y ss.

<sup>261</sup> Acerca de dicho tema, cfr. v. gr. HERNÁNDEZ GARCÍA, J. (dir.). *93 cuestiones básicas sobre la segunda instancia penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 505 y ss.; CABEZUDO RODRÍGUEZ, N. *Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010; SUAU MOREY, J. *Inmediación y apelación en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, 2010; y HERRERA ABIÁN, R. *La inmediación como garantía procesal*. Granada: Comares, 2006.

<sup>262</sup> En tal sentido, se alega “la imposibilidad de sentar un criterio que mida lo que, de suyo, no es susceptible de medición” (véanse las SSTC 98/2005, de 18 de abril, FJ 2º; 136/2003, de 30 de junio, FJ 3º; y 47/1998, de 2 de marzo, FJ 6º), reservándose el *quantum* al parecer del juez *a quo*.

<sup>263</sup> Según la STS de 20 de marzo de 1986, “[...] la determinación exacta de la pena corresponde al Tribunal de instancia en el ejercicio de un arbitrio, que si teóricamente no es absoluto, en la práctica sí lo es[,] en cuanto tal determinación [...], y ello porque [...] goza de un conocimiento directo de todo el elenco circunstancial –material y personal– coexistente en el hecho, [...] [i.e.] los factores criminológicos y objetivos que han de darle la pauta y servirle de módulo”.

competencia privativa y excluyente del órgano *a quo* para ajustar<sup>264</sup> *ad casum* su pena al reo, como tarea propia e insustituible de quien ha *relatado* las circunstancias fácticas y personales del delito, en ejercicio del arbitrio concedido. De otra parte, y a consecuencia de lo anterior, la inmediata aprehensión sensorial (en un primer término) de esos factores relevantes en la graduación de la culpabilidad, en tanto sólo ello le habilitaría luego para poder acometer operaciones intelectivo-volitivas de cuantificación.

Motivar la decisión individualizadora tomada con absoluta libertad era, pues, innecesario en tal asunto, si aquélla nunca iba a ser susceptible de revisión –en instancias superiores. Tras décadas de hegemonía jurisprudencial en este sentido<sup>265</sup>, el impulso crítico de la doctrina<sup>266</sup> coadyuvó a implantar el sospechado –pero parcial– giro en el enfoque del Alto Tribunal. Los tímidos precedentes<sup>267</sup> de la nueva línea hermenéutica cuajaron definitivamente a partir de la sentencia de 25 de febrero de 1989, donde se advierte que “la discrecionalidad nunca se puede confundir con la arbitrariedad” que comporta obviar el mandato del art. 120.3 CE. Así, el “silencio fundamentador” acerca de cuáles hayan sido las variables influyentes en un *quantum* penal deviene recusable.

Con dicho criterio, pronto ratificado y consolidado<sup>268</sup>, se allanó el camino para formular estándares mínimos de cuál debe ser una motivación exigible al respecto. De entrada, la ausencia total de razonamiento justificativo, o la no sujeción a los parámetros legales

---

<sup>264</sup> Nótese que, en la primera acepción del *Diccionario de la lengua española* –de la Real Academia–, ello implica “[...] hacer y poner algo de [tal] modo que case y venga justo con otra cosa” [disponible en: <<http://dle.rae.es/?id=1PKzxcm>>; última consulta: 13.01.2017]; una definición que incorpora entonces el elemento de justicia sin duda presente en la etimología del vocablo, y que aquí reivindico para esta decisión.

<sup>265</sup> Cfr. por todas las SSTS de 9 de mayo de 1951, 16 de marzo de 1956, 18 de mayo de 1963, 21 de junio de 1965, 2 de octubre de 1967, 9 de febrero de 1968, 15 de noviembre de 1971, 6 de julio de 1972, 9 de febrero de 1984, 21 de diciembre de 1985, 17 de febrero de 1986, 20 de marzo de 1986, 11 de noviembre de 1986, 12 de marzo de 1987, 28 de diciembre de 1987, 20 de enero de 1988, 14 de junio de 1988, ó 28 de octubre de 1988. Incluso tras virar la tendencia, los ecos de aquel predominio aún se oyeron, verbigracia, en las SSTS de 20 de abril y 3 de octubre de 1989.

<sup>266</sup> En especial, véanse SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. “La revisión...”, en *Poder Judicial*, N<sup>o</sup> 6, 1987, pp. 137 y ss.; y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. “Arbitrio...”, en *Poder Judicial*, N<sup>o</sup> 4, 1986, pp. 141 y ss.

<sup>267</sup> Al respecto, cfr. –básicamente– las SSTS de 24 de diciembre de 1986 (FJ 1<sup>o</sup>), 10 de junio de 1988 (FFJJ 3<sup>o</sup> y 4<sup>o</sup>), 5 de octubre de 1988 (FJ 2<sup>o</sup>), y 10 de octubre de 1988 (FJ 2<sup>o</sup>).

<sup>268</sup> En los siguientes años, véanse (por ejemplo) las SSTS 67/1991, de 10 de enero (FJ 1<sup>o</sup>); 3144/1993, 29 de septiembre (FJ 1<sup>o</sup>); 1281/1995, de 27 de abril (FJ 2<sup>o</sup>); 832/1996, de 11 de noviembre (FJ 3<sup>o</sup>); 1264/1998, de 20 de octubre (FJ 4<sup>o</sup>); 1009/1999, de 21 de junio (FJ 1<sup>o</sup>); 821/2003, de 5 de junio (FJ 6<sup>o</sup>); 409/2005, de 24 de marzo (FJ 10<sup>o</sup>); 215/2008, de 9 de mayo (FJ 1<sup>o</sup>); ó 919/2010, de 14 de octubre (FJ 7<sup>o</sup>). Y, recientemente, asimismo se pronuncian las SSTS 714/2016, de 26 de septiembre (FJ 8<sup>o</sup>); 505/2016, de 9 de junio (FJ 6<sup>o</sup>); 309/2015, de 22 de mayo (FJ 19<sup>o</sup>); 115/2015, de 5 de marzo (FJ 5<sup>o</sup>); 539/2014, de 2 de julio (FJ 13<sup>o</sup>); ó 115/2014, de 25 de febrero (FJ 3<sup>o</sup>).

que orientan al concretar el castigo, son dos límites infranqueables cuyo rebasamiento abre (expedita) la vía de la casación. Entendida también la individualización como proceso que aplica el ordenamiento<sup>269</sup>, es claro que habrá de ser apto para impugnación y control jurisdiccional. Entonces, y pese a que “el juez sea el que mejor conozca el entramado circunstancial del caso [...], sus decisiones no pueden quedar al margen”<sup>270</sup> del sistema de recursos institucionalmente establecido –desde apelación hasta la Corte Europea de Derechos Humanos.

Tras quedar fijada la nueva postura jurisprudencial llegó el turno del Tribunal Constitucional, que cobijó sin problema la operación cuantificadora bajo el requisito del “deber reforzado de motivación”<sup>271</sup>; i.e. un estándar mayor, idóneo si “se atañe de alguna manera a la libertad como valor superior”<sup>272</sup>. Lo que implica que “la posibilidad de aumentar, reducir, suspender o sustituir las penas [...] precisa de una justificación más detallada y pormenorizada [...]”<sup>273</sup> donde se exterioricen las razones que fundan el fallo. Los márgenes de discrecionalidad del juez no constituyen *per se* una apología suficiente; “por el contrario, el ejercicio [legítimo] de dicha facultad viene condicionado estrechamente por la exigencia de que la resolución esté motivada, pues *sólo* así puede procederse a su control posterior, en evitación de toda arbitrariedad”<sup>274</sup>.

El planteamiento jurisprudencial, que tuvo gran acogida por la doctrina, halló reflejo luego en el Código, con la reforma del art. 72 (Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre). Sin embargo, el panorama vigente –aun mejorando lo anterior– genera tensiones o aporías que son difíciles de solventar, al menos por el momento. En efecto, el *equilibrio* entre el principio de inmediación (al elaborar el relato fáctico, y valorar el peso específico de aquellos factores relevantes para el *quantum* penal) o una eventual enmienda de tal decisión (al corregirse, en instancias superiores) es frágil. En concreto, si la individualización justa ha de graduar la culpabilidad en base a elementos probados, la

---

<sup>269</sup> Así, cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. “La revisión...”, en *Poder Judicial*, N<sup>o</sup> 6, 1987, p. 140.

<sup>270</sup> GALLEGO DÍAZ, M. “Arbitrio...”, en *Revista de Derecho Penal*, N<sup>o</sup> 35, 2012, p. 17.

<sup>271</sup> Véanse SSTC 193/1996, de 26 de noviembre (FJ 3<sup>o</sup>); 43/1997, de 25 de enero (FJ 2<sup>o</sup>); 47/1998, de 2 de marzo (FJ 6<sup>o</sup>); 139/2000, de 29 de mayo (FJ 4<sup>o</sup>); 108/2001, de 23 de abril (FJ 4<sup>o</sup>); 20/2003, de 10 de febrero (FJ 6<sup>o</sup>); 170/2004, de 18 de octubre (FJ 2<sup>o</sup>); y 148/2005, de 6 de junio (FJ 4<sup>o</sup>).

<sup>272</sup> STC 116/1998, de 2 de junio, FJ 4<sup>o</sup>; cfr. también las SSTC 226/2015, de 2 de noviembre (FJ 4<sup>o</sup>); 43/2008, de 10 de marzo (FJ 4<sup>o</sup>); 5/2002, de 14 de enero (FJ 2<sup>o</sup>); y 2/1997, de 13 de enero (FJ 3<sup>o</sup>).

<sup>273</sup> SEGURA ORTEGA, M. *Sentido...*, 2006, p. 79.

<sup>274</sup> STC 91/2009, de 20 de abril, FJ 7<sup>o</sup>; la cursiva es mía. Véanse así mismo las SSTC 145/2011, de 26 de septiembre (FJ 4<sup>o</sup>); 76/2007, de 16 de abril (FJ 7<sup>o</sup>); 170/2004, de 18 de octubre (FJ 2<sup>o</sup>); ó 136/2003, de 30 de junio (FJ 3<sup>o</sup>). Y, por su parte, RAMOS TAPIA (“El control...”, en *CPC*, N<sup>o</sup> 69, 1999, p. 615) señala que “[...] a la exigencia de motivación de la individualización de la pena va inescindiblemente ligada la posibilidad de su control [...] en la vía de los recursos”.

posición mayoritaria hoy sostiene que únicamente aspectos objetivos –por aplicar el derecho, ex art. 741.2º LECrim– se revisarían en casación o amparo<sup>275</sup>.

Igual que sucede en cualquier dilema jurídico, hay que ponderar bien los pros y contras, siendo conscientes de las renunciaciones, que empero deben ser sólo parciales. Descartados los extremos, el actual término medio no estará libre de problemas –que todavía lo alejan de ser virtuoso. Por ejemplo, es difícil separar la mera apreciación directa de las pruebas, de entrada incontrolable, y “[...] la observancia de las reglas de la lógica y de los principios de la experiencia, así como de los conocimientos científicos no controvertidos, que no dependen ya de la intermediación”<sup>276</sup>. Al respecto, creo que el parámetro de lo *subjetivo*<sup>277</sup> (o el fuero interno del juez) no es aquí satisfactorio; pues el sentido valorativo de medida del reproche –otorgado a las variables fácticas selectas– no es algo “íntimo”, sino que ha de ajustarse a criterios de racionalidad, evaluables *ex post*.

De un estudio retrospectivo, concluyo que (para la jurisprudencia) lo nuclear sería cómo deslindar la discrecionalidad lícita de la ejercida al margen del derecho<sup>278</sup>. Según PÉREZ DEL VALLE, en el fondo, “se trata de revisar las posibles infracciones de la prohibición de arbitrariedad, en la que puede enmarcarse el *principio* de culpabilidad<sup>279</sup> en la determinación de la medida de la pena”<sup>280</sup>. No obstante, pronto se confirma que una tarea más crítica aún pende: la clave es delimitar “qué [...] son aspectos reservados a la inmedia-

---

<sup>275</sup> Cfr. –por todos– GALLEGU DÍAZ, M. “Arbitrio...”, en *Revista de Derecho Penal*, Nº 35, 2012, pp. 17-18; BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 500 y ss.; MAPELLI CAFFARENA, B. *Las consecuencias...*, 5ª ed., 2011, pp. 298 y ss.; DE LA MATA BARRANCO, N. J. *La individualización...*, 2008, pp. 259 y ss.; LLORCA ORTEGA, J. *Manual...*, 2006, pp. 327 y ss., 333 y ss.; RAMOS TAPIA, Mª I. “El control...”, en *CPC*, Nº 69, 1999, p. 620; y JAÉN VALLEJO, M. “Arbitrio judicial: individualización de la pena, motivación y principios constitucionales”, en VV.AA. *Estudio y aplicación práctica del Código penal de 1995. Tomo I*. Madrid: Colex, 1997, pp. 165-166.

<sup>276</sup> JAÉN VALLEJO, M. “Arbitrio...”, en VV.AA. *Estudio... Tomo I*, 1997, p. 165.

<sup>277</sup> Así pues, dicho aspecto de la operación decisoria “[...] no es controlable, ni en casación ni en amparo, pues sería imposible entrar a enjuiciar el sentido íntimo que el juzgador le ha dado a una determinada prueba; p. ej., a las manifestaciones ante él realizadas por un testigo o un perito” (JAÉN VALLEJO, M. “Arbitrio...”, en VV.AA. *Estudio... Tomo I*, 1997, p. 165).

<sup>278</sup> Igualmente coincide la doctrina mayoritaria; véanse –entre muchos otros– PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, pp. 337-339; MIR PUIG, S. *Derecho penal...*, 10ª ed., 2015, p. 759; MAPELLI CAFFARENA, B. *Las consecuencias...*, 5ª ed., 2011, pp. 298 y s.; DE LA MATA BARRANCO, N. J. *La individualización...*, 2008, p. 261; PÉREZ ALONSO, E. J. *Teoría...*, 1995, p. 325; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. “Arbitrio...”, en *Poder Judicial*, Nº 4, 1986, p. 150; y GALLEGU DÍAZ, M. *El sistema...*, 1985, p. 228.

<sup>279</sup> Sobre ello, cfr. PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, p. 46: “[...] básicamente se trata de la exclusión de la imposición de la pena a aquellos casos en los que no hay responsabilidad personal, [...] como presupuesto del derecho penal [...]. Es necesario, no obstante, diferenciar el principio de culpabilidad de la categoría dogmática [así llamada] «culpabilidad» [...]”.

<sup>280</sup> PÉREZ DEL VALLE, C. “La individualización...”, en DEL ROSAL, B. (ed.). *Estudios...*, 1997, p. 43; añadido yo el matiz de la cursiva, para resaltar lo explicado en la nota a pie anterior.

ción[,] y qué cuestiones pueden ser expresadas en la fundamentación de la sentencia y ser [luego] objeto de un control normativo”<sup>281</sup>. Por ello, creo que dicho afán metodológico ha de dirigir mis reflexiones de ahora en adelante; v. gr., mostrando situaciones conflictivas que arrojen luz a tal fin, de la mano de la praxis forense.

### 3.2 Análisis de las carencias más habituales en el razonamiento

Siendo conscientes de las lindes –todavía en construcción, máxime después de las reformas procesales en 2015– *difusas* que tiene la revisión del *quantum* concreto del castigo, veamos qué nos aporta un examen de las patologías frecuentes al dictarse resoluciones condenatorias. Para empezar, el Tribunal Supremo ha ido elaborando “constelaciones de casos relacionados con deficiencias en la individualización de la pena[, y] que conllevan distintos efectos[,] en casación”<sup>282</sup>. Así, RAMOS TAPIA identifica estos dos grupos de carencias: a) la concreción incorrecta, “con inobservancia de los criterios legales o [un] uso irracional o ilógico de los mismos”<sup>283</sup>; y b) un *quantum* no motivado, con varios niveles de incumplimiento del mandato *ex arts.* 120.3 CE y 72 CP. La división propuesta es muy útil, por lo que voy a emplearla en mi análisis a continuación.

Por un lado, y aceptado que (a falta de cánones expresamente *positivizados*<sup>284</sup>) aquí rige, con interpretación extensiva –o analogía<sup>285</sup>–, el art. 66.1.6ª CP, es una infracción de ley omitir la valoración sobre factores relativos a la gravedad del hecho y las circunstancias personales del reo. Esto es, elegir la cuantía del castigo atendiendo a consideraciones ajenas a ese repertorio de variables, que por su amplitud ofrecen al sentenciador un deseable arbitrio<sup>286</sup>. O bien hacerlo con una incorrecta aplicación de tal precepto

---

<sup>281</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>282</sup> RAMOS TAPIA, Mª I. “El control...”, en *CPC*, N° 69, 1999, p. 616.

<sup>283</sup> *Ibid.*

<sup>284</sup> En la doctrina española, no obstante, se ha reivindicado algunas veces la conveniencia de introducir en la ley un catálogo (que seguramente habría de ser *numerus apertus*) de esos criterios que –con carácter general– el juez haya de atender para concretar las sanciones, al estilo del § 46 StGB alemán o del art. 133 CP italiano.

Al respecto véanse –por ejemplo– LANDECHO VELASCO, C. Mª / MOLINA BLÁZQUEZ, Mª C. *Derecho penal...*, 9ª ed., 2015, p. 595; GALLEGUO DÍAZ, M. *El sistema...*, 1985, p. 489; y BACIGALUPO ZAPATER, E. “La individualización...”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, N° 3 (extraordinario), 1981, p. 60.

<sup>285</sup> Así, cfr. QUESADA MORILLAS, Y. Mª. “La individualización judicial de la pena en la reforma penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 88, 2006, pp. 239 ó 250-251; y ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (dir.). *Derecho penal. Parte general*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2ª ed., 2004, pp. 311 y ss.

<sup>286</sup> “[...] la individualización judicial de la pena no puede prescindir del arbitrio del Juez o [el] Tribunal de instancia que ha conocido, con [aquella] nota de inmediación, todo el elenco de circunstancias que determinan la capacidad de culpabilidad del sujeto, medida y primer fundamento de la pena [...]” (STS



—en base a una exégesis irrazonable—, incluyendo en el elenco aspectos de ningún modo reconducibles a esa cláusula. También abarcaría hoy los eventuales mecanismos de impugnación, por supuesto, el caso de pena contradictoria con la motivación<sup>287</sup>, cuando el fallo (o la conclusión del proceso decisorio) no se sigue —por lógica— de las premisas.

Asimismo, se incluye en dicho primer grupo la individualización que sea manifiestamente desmesurada con relación a los criterios legales o a los postulados constitucionales que deberían guiarla<sup>288</sup> —como un espacio más, al interdecir la arbitrariedad judicial. En efecto, la jurisprudencia consolidada<sup>289</sup> señala que el principio de proporcionalidad<sup>290</sup> ha de orientar ahora al sentenciador, en tanto un mecanismo graduable de adecuación del castigo a la responsabilidad personal del sujeto. Y, en torno a ello, la Sala Segunda del Supremo reitera que el órgano *a quo* ha de computar el desvalor de la culpabilidad, expresando los elementos “que toma en cuenta para *concretar* una mayor o menor reprochabilidad de los hechos. Esta gravedad debe ser traducida en una cantidad de pena [...] dentro del marco [...] establecido en la Ley para el delito”<sup>291</sup> específico.

Yendo un paso adelante, la pregunta es obvia: ¿qué consecuencias acarrea una práctica que sea incorrecta? O, en otras palabras, ¿hasta dónde y cómo puede enmendarse una decisión individualizadora por las infracciones de ley arriba indicadas? A pesar del giro copernicano que supuso a finales de los años 80 abrir la puerta a la revisión casacional de aquella libre facultad —antaño privativa e inescrutable—, institucionalmente aún sigue primando la autonomía de quien haya presenciado la vista. Y con tal de “optimizar”<sup>292</sup> ese rol inmediato que ostenta el sentenciador, sostiene el TS que (por regla ge-

---

3144/1993, de 29 de septiembre, FJ 1º). De manera similar se pronuncian las SSTS 785/1996, de 30 de octubre (FJ 8º); ó 390/1998, de 21 de marzo (FJ único).

<sup>287</sup> Véanse, sobre ello, GALLEGO DÍAZ, M. “Arbitrio...”, en *Revista de Derecho Penal*, Nº 35, 2012, p. 26; y DE LA MATA BARRANCO, N. J. *La individualización...*, 2008, pp. 262 y ss.

<sup>288</sup> Cfr. —verbigracia— las SSTS 919/2016, de 7 de diciembre (FJ 13º); 420/2015, de 26 de junio (FJ 2º); 677/2013, de 24 de septiembre (FJ 1º); 56/2009, de 3 de febrero (FJ 9º); 1169/2006, de 30 de noviembre (FJ 9º); 1098/2003, de 21 de julio (FJ 4º); y 390/1998, de 21 de marzo (FJ único).

<sup>289</sup> Así, véanse —por todas— las SSTS 505/2016, de 9 de junio (FJ 6º); 84/2015, de 18 de febrero (FJ 5º); 430/2014, de 27 de mayo (FJ 5º); 37/2013, de 30 de enero (FJ 14º); 178/2012, de 12 de marzo (FJ 9º); 370/2010, de 29 de abril (FJ 11º); y 620/2008, de 9 de octubre (FJ 4º).

<sup>290</sup> Según PÉREZ DEL VALLE (*Lecciones...*, 2016, pp. 46-47), la proporcionalidad entre conducta delictiva imputada y sanción penal se deriva —de forma necesaria— del principio de culpabilidad. Más adelante, en los Capítulos V y VI, me ocuparé de dicha cuestión con gran detalle.

<sup>291</sup> STS 919/2016, de 7 de diciembre, FJ 13º; la cursiva es mía, para resaltar el uso de este verbo, que coincide con mi propuesta conceptual. En la misma línea, cfr. recientemente las SSTS 669/ 2016, de 21 de julio (FJ 3º); 309/2015, de 22 de mayo (FJ 19º); y 159/2014, de 11 de marzo (FJ 2º).

<sup>292</sup> Para ALEXY (*A Theory...*, 2002, pp. 47 y ss.), los principios son “mandatos de optimización”: normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible. Y aquí me sirve ya su idea del juicio de

neral) su labor de control “no se extenderá [...] a la traducción numérica de los respectivos juicios”<sup>293</sup> acerca de la medida sancionatoria, salvo cuando se constate algún déficit de los precedentes.

La jurisprudencia parte, pues, de esta idea cardinal: la función de concretar un castigo compete –en exclusiva, *prima facie*– al juez de la primera instancia. Ello obligará al *ad quem* a ser muy cauteloso al enmendar un fallo condenatorio; no en vano, “[...] sólo de forma excepcional ha accedido el Alto Tribunal a anular y [a] sustituir la pena”<sup>294</sup>, en los casos anteriores. Las más de las veces<sup>295</sup> se arguye allí una palmaria (i.e., no cualquier cosa) desproporción entre gravedad de culpabilidad y reproche. U otras se reputan ciertos *datos* como irrelevantes al fijar la sanción; verbigracia la procedencia extranjera de la droga<sup>296</sup>, la posición orgánica de un sujeto en el esquema delictivo<sup>297</sup>, la edad del autor<sup>298</sup> o el lugar de la comisión<sup>299</sup>. Pero también es habitual ni siquiera entrar a valorar esos aspectos obviados por el *a quo* en su momento, sean o no oportunos<sup>300</sup>.

Fundamentalmente, y según la jurisprudencia actual, en el ámbito de la casación puede plantearse revisar el *quantum* si el sentenciador cae en alguno de estos tres errores tasados: (i) acudir a fines penales no admisibles, (ii) apreciar factores de individualización

---

ponderación proporcional entre los derechos fundamentales, como un “mecanismo” metodológico idóneo para hallar la armonía entre la inmediatez *a quo* y el control *ad quem*.

<sup>293</sup> STS 909/2016, de 30 de noviembre, FJ 10º. O, de igual modo, véanse –entre otras– las SSTS 159/2014, de 11 de marzo (FJ 2º); 809/2012, de 26 de octubre (FJ 9º); 1052/2009, de 28 de octubre (FJ 5º); 259/2006, de 6 de marzo (FJ 7º); y 1073/2002, de 5 de junio (FJ 5º).

<sup>294</sup> RAMOS TAPIA, Mª I. “El control...”, en *CPC*, Nº 69, 1999, p. 620.

<sup>295</sup> Así, cfr. –por ejemplo– las SSTS 208/2014, de 10 de marzo (FJ 3º); 178/2012, de 12 de marzo (FJ 9º); 28/2009, de 23 de enero (FJ 6º); ó 1098/2003, de 21 de julio (FJ 4º).

<sup>296</sup> “[...] no parece [...] que resulte más gravoso para el bien jurídico que la droga sea introducida [...] sorteando los controles de las aduanas [...]” (STS 208/2014, de 10 de marzo, FJ 3º).

<sup>297</sup> “[...] la condición de «jefe de la operación» que la sentencia asigna al acusado carece del más mínimo desarrollo que permita comprender dicha expresión que, por lo demás, carece de significación propia a efectos agravatorios [...]” (STS 1098/2003, de 21 de julio, FJ 4º).

<sup>298</sup> “[...] la edad queda fuera del campo de la regla 4ª del art. 61 del Código [de 1973,] porque tiene un tratamiento penal específico [...]” (STS 3144/1993, de 29 de septiembre, FJ 1º). Y, sin embargo, luego veremos que la jurisprudencia posterior sí concede importancia a este dato.

<sup>299</sup> En la STS 1195/2002, de 24 de junio, frente a la habitualidad del tráfico de sustancias en la zona como factor individualizador –al alza–, se arguye que “[...] es natural que las ventas de pequeñas cantidades de droga se realicen en determinados lugares y no en otros [...]” (FJ 3º). En un sentido similar, la STS 344/2005, de 18 de marzo, otorga poca relevancia a “[...] la situación de dejar abandonada a la víctima en un lugar escondido, de difícil acceso [...]”, puesto que un delito contra la libertad sexual requiere generalmente –por su propia naturaleza– de tales circunstancias de alejamiento (FJ 4º).

<sup>300</sup> Cuando la labor del juez *a quo* alcanza unos mínimos exigibles, se desatienden sin más las alegaciones del recurrente para tomar en consideración otros elementos de graduación penal; véanse sobre ello las SSTS 185/2011, de 15 de marzo (FJ 15º); ó 94/2007, de 14 de febrero (FJ 4º).

incorrectos, o (iii) concretar la medida de castigo con patente arbitrariedad<sup>301</sup>. De manera abrumadora, la Sala Segunda confirma la magnitud impugnada, validando así los criterios empleados *ab initio* –y sus efectos sobre aquélla. Incluso cuando en alguna ocasión la corrige (por aplicar una “*lex posterior*” más favorable, verbigracia), acata la ponderación de la Audiencia Provincial<sup>302</sup>. No obstante, a menudo se despacha el asunto, al verificar que una resolución “contiene los elementos mínimos suficientes”<sup>303</sup> para estar justificada; ello manifiesta el celo con el que se trata de salvaguardar la inmediatez.

Veamos, en cambio, en qué supuestos el Alto Tribunal sí accede a modificar la condena, defendiendo un límite material muy garantista a la libre facultad del juzgador, frente a los casos de una doble valoración de los aspectos fácticos “*contra reum*”<sup>304</sup>. Con frecuencia eso ocurre al tener en cuenta el monto de estupefacientes como algo que denota mayor gravedad del hecho, si su “notoria importancia” ya ha determinado subsumir tal delito en el subtipo<sup>305</sup>. En una interpretación extensiva<sup>306</sup> del art. 67 CP, se descarta aplicar “las reglas del artículo anterior”<sup>307</sup>. Y “[...] la razón es clara: cuando el legislador ha contemplado en la descripción típica una circunstancia [...], también ha considerado [aunque sea sólo en abstracto] su concurrencia al fijar la consecuencia jurídica [...]”<sup>308</sup>. Sin motivos ulteriores para alzar la pena, se opta pues por el mínimo del marco específico; pero en fechas recientes la Sala modera dicha postura<sup>309</sup>.

---

<sup>301</sup> Cfr. las SSTs 888/2016, de 24 de noviembre (FJ 13º); 793/2015, de 1 de diciembre (FJ 5º); 208/2014, de 10 de marzo (FJ 3º); 540/2013, de 10 de junio (FJ 4º); 195/2012, de 20 de marzo (FJ 2º); 436/2011, de 13 de mayo (FJ 3º); 958/2010, de 10 de noviembre (FFJJ 4º y 5º); 56/2009, de 3 de febrero (FJ 9º); 892/2008, de 26 de diciembre (FJ 18º); y 344/2005, de 18 de marzo (FJ 4º).

<sup>302</sup> Ello acaece, por ejemplo, en la STS 946/2011, de 14 de septiembre, FJ 4º.

<sup>303</sup> STS 689/2014, de 21 de octubre, FJ 33º; véanse también las SSTs 878/2013, de 3 de diciembre (FJ 11º); 157/2012, de 7 de marzo (FJ 7º); y 644/2011, de 30 de junio (FJ 8º).

<sup>304</sup> Así, cfr. –entre otras– las SSTs 713/2009, de 18 de junio (FJ 3º); 667/2008, de 5 de noviembre (FJ 11º); 51/2008, de 6 de febrero (FJ 6º); 759/2006, de 13 de julio (FJ 4º); 1511/2005, de 27 de diciembre (FJ 1º); 344/2005, de 18 de marzo (FJ 4º); 552/2003, de 8 de abril (FJ 2º); 2012/2002, de 20 de diciembre (FJ 3º); 507/1998, de 28 de mayo (FJ 4º); ó la de 6 de junio de 1989 (FJ A.3º).

<sup>305</sup> Como un paradigma de razonamiento véase ya la STS 1511/2005, de 27 de diciembre (FJ 1º): “[...] la cantidad de sustancia estupefaciente intervenida ya ha sido tenida en cuenta para configurar el tipo agravado del art. 369.3 CP, y [...] no supera el doble de la establecida por esta Sala, en el acuerdo no jurisdiccional de 19.10.2001, para la aplicación de esta agravante específica”.

<sup>306</sup> Personalmente comparto la postura del TS en este ámbito; no obstante, habría que ser conscientes de que se trata sólo de una exégesis posible, sin descartar la viabilidad de otras lecturas restrictivas.

<sup>307</sup> Nótese que, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio –que añadió el art. 66 bis como precepto de concreción sancionatoria para las personas jurídicas–, el legislador alteró (de manera involuntaria, seguro) la referencia normativa del art. 67 CP a “las reglas del artículo anterior”.

<sup>308</sup> STS 344/2005, de 18 de marzo, FJ 4º. En la misma línea, cfr. –por todas– las SSTs 713/2009, de 18 de junio (FJ 3º); 667/2008, de 5 de noviembre (FJ 11º); ó 507/1998, de 28 de mayo (FJ 4º).

<sup>309</sup> Así, véanse –entre muchas otras resoluciones– las SSTs 888/2016, de 24 de noviembre (FJ 13º); 251/2013, de 20 de marzo (FJ 10º); 185/2011, de 15 de marzo (FJ 15º); 370/2010, de 29 de abril (FJ

Bien mirado, con perspectiva, la cuestión girará en este nivel –el de la corrección material, podemos decir– en torno a dilucidar qué elementos caben hoy en una lectura adecuada de aquella cláusula genérica del art. 66.1.6ª CP. O sea, cuáles son esos factores (preferiblemente autónomos, para evitar el problema del “*bis in idem*”) que, derivados de la mayor o menor gravedad del hecho y de las circunstancias personales del autor, permiten graduar el reproche –en proporción a su culpabilidad. Lo mismo apuntaba PÉREZ DEL VALLE hace dos décadas, al propugnar que toda nueva configuración de las reglas de individualización pasa por “[...] determinar el punto de atención de acuerdo con el que se quieren formular las líneas directivas”<sup>310</sup>. Aún ahora la tarea no se ha completado; mas en otra parte analizaré algunas de las soluciones intentadas al respecto<sup>311</sup>.

En segundo lugar, hay fallas revisables por un órgano superior que traen causa de la motivación ofrecida por el sentenciador, como soporte de su decisión. En efecto, la doctrina<sup>312</sup> y la jurisprudencia<sup>313</sup> aprueban actualmente dos supuestos, donde sería legítimo enmendar una resolución de instancia: (i) en ausencia total de discurso justificativo o (ii) frente al argumentario insuficiente e incompleto<sup>314</sup>. Así, existe una escala progresiva de déficits en la fundamentación del *quantum* penal que luego se pueden corregir “*intrasis-témicamente*” por la vía de los recursos. Se trata, entonces, de varios niveles sucesivos de incumplimiento del mandato *ex arts.* 120.3 CE y 72 CP, pero cuyas fronteras casuísticas son difusas; a continuación, abordaré de manera sintética los dos grupos planteados.

De entrada, lo más grave es la absoluta carencia de motivación, ante la que sin embargo caben tres remedios viables<sup>315</sup>, en función del grado de inobservancia de ese deber y del encaje procesal utilizado. Si el silencio es tal que no es posible siquiera inferir del

---

11º); ó 94/2007, de 14 de febrero (FJ 4º). En los Capítulos V y VI abordaré la presente “incertidumbre” acerca de esta cuestión problemática, con ánimo explicativo y propositivo respectivamente.

<sup>310</sup> PÉREZ DEL VALLE, C. “La individualización...”, en DEL ROSAL, B. (ed.). *Estudios...*, 1997, p. 71.

<sup>311</sup> Para un estudio pormenorizado de esta cuestión, hay que acudir –en especial– *infra* a los epígrafes V.2 y V.3.

<sup>312</sup> Sobre ello, cfr. verbigracia GALLEGU DÍAZ, M. “Arbitrio...”, en *Revista de Derecho Penal*, Nº 35, 2012, pp. 15 y ss.; DE LA MATA BARRANCO, N. J. *La individualización...*, 2008, pp. 262 y ss.; o RAMOS TAPIA, Mª I. “El control...”, en *CPC*, Nº 69, 1999, pp. 622 y ss.

<sup>313</sup> Véanse por ejemplo las SSTC 108/2005, de 9 de mayo (FJ 1º); ó 108/2001, de 23 de abril (FFJJ 2º, 3º y 4º); también las SSTS 888/2016, de 24 de noviembre; 793/2015, de 1 de diciembre; 208/2014, de 10 de marzo; ó 540/2013, de 10 de junio.

<sup>314</sup> En ocasiones resulta difícil deslindar bien los casos de motivación incorrecta –la que aplica mal el ordenamiento–, ya analizada, de aquellos otros en los que se cumple el deber a medias.

<sup>315</sup> Cfr. las SSTS 930/2016, de 14 de diciembre (FJ 5º); 413/2015, de 30 de junio (FJ 19º); 285/2014, de 8 de abril (FJ 5º); 703/2013, de 8 de octubre (FJ 8º); 347/2012, de 24 de abril (FJ 9º); 378/2011, de 17 de mayo (FJ 7º); 540/2010, de 8 de junio (FJ 8º); ó 455/2002, de 13 de marzo (FJ 2º).

relato fáctico el razonamiento individualizador del juez *a quo*, surgen aquí dos alternativas. Primero, subsumir el vicio en un quebrantamiento de forma<sup>316</sup> –ex art. 851.1º LE-Crim<sup>317</sup>–; ello implica devolver “la causa al Tribunal de que proceda para que, reponiéndola al estado que tenía cuando se cometió la falta, la sustancie y termine con arreglo a *derecho*” (art. 901 bis a). En nuestro país esa fue la respuesta inicial del Supremo<sup>318</sup> al abrirse el control, en sintonía con la praxis común en Alemania<sup>319</sup>.

No obstante, desde ya hace unos años se prefiere optar por la vía de la infracción de ley<sup>320</sup>, con el fin último de dictarse una segunda sentencia que case la impugnada e imponga la sanción en la base mínima del marco específico. El fundamento de dicho cambio de tendencia es básicamente pragmático: en aras de la economía de los actos procesales realizados, la tutela judicial efectiva requiere evitar la dilación sin duda suscitada al retrotraer los trámites. Así, en casos extremos, de nula justificación del *quantum* del castigo, “procede excluir la exasperación punitiva no [...] motivada”<sup>321</sup>. En el fondo, porque se aplica “una regla de individualización de la pena implícita”<sup>322</sup>: si en instancia no se incluyen elementos fácticos relevantes cuya valoración omitida permita graduar la culpabilidad del reo, la única solución irrefutable sería la extensión inferior<sup>323</sup>.

Un argumento que –enunciado de ese modo, o con un alcance limitado– en principio no plantea problemas, pero que se torna discutible formulado a la inversa, y con una pre-

---

<sup>316</sup> Salvo lo dispuesto en el art. 240.2.2º LOPJ, tras la reforma de 2003: “En ningún caso podrá el [...] tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada [...], salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que [le] afectare [...]”.

<sup>317</sup> *Lato sensu*, “cuando en la sentencia no se exprese clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideren probados, o resulte manifiesta contradicción entre ellos [...]”.

<sup>318</sup> Y, así, véanse –por todas– las SSTS 1026/1998, de 21 de septiembre (FJ 2º); 1654/1998, de 22 de diciembre (FJ 3º); 906/1999, de 7 de junio (FJ único); 1267/1999, de 18 de septiembre (FJ 3º); 678/2000, de 17 de abril (FJ 4º); 1153/2004, de 19 de octubre (FFJJ 5º y 6º); ó 509/2005, de 22 de abril (FFJJ 2º y 3º). Empero, la STS 1029/1999, de 25 de junio (FJ 2º), inaugura una nueva línea –i.e., imponer la pena en el mínimo legal–, luego confirmada con creces; cfr. *infra*, en la nota 320.

<sup>319</sup> Sobre ese particular, véase por ejemplo SCHÄFFER, G. *et alter. Praxis der Strafzumessung*. Múnich: C. H. Beck, 4ª ed., 2008, pp. 57 y ss.; a partir de lo previsto explícitamente en la ley procesal germana (§ 267.3º StPO).

<sup>320</sup> Recientemente, cfr. las SSTS 229/2016, de 17 de marzo (FJ 4º); 859/2015, de 28 de diciembre (FJ 7º); 93/2014, de 13 de febrero (FJ 6º); ó 441/2012, de 5 de junio (FJ 4º). Y, ya antes, véanse las SSTS 809/2008, de 26 de noviembre (FJ 5º); 1047/2005, de 15 de septiembre (FJ 3º); 92/2003, de 29 de enero (FJ 4º); 2188/2002, de 26 de diciembre (FJ 6º); ó 1806/2001, de 9 de octubre (FJ 2º).

<sup>321</sup> STS 1101/2003, de 22 de julio, FJ 13º; igualmente, cfr. verbigracia la STS 1029/1999, de 25 de junio (FJ 2º).

<sup>322</sup> RAMOS TAPIA, Mª I. “El control...”, en *CPC*, N° 69, 1999, p. 631.

<sup>323</sup> En la doctrina española, esta es una idea que ya expuso en su momento ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. “El derecho...”, en *Poder Judicial*, N° 18, 1990, p. 139.

tensión de validez “universal”. Esto es, cuando la jurisprudencia defiende –y lo hace sin reparos– que (de cara a un eventual control *ad quem*) no es exigible cumplir el deber ex arts. 120.3 CE y 72 CP, mientras el sentenciador elija el castigo que se prevé como legalmente menor<sup>324</sup>. Aunque es cierto que, a favor de tal doctrina, se podría invocar con razón el principio “*pro libertate*”<sup>325</sup>, no me parece correcto dispensar con ligereza la observancia de la obligación de cimentar en derecho un fallo condenatorio<sup>326</sup>. El resultado indeseable<sup>327</sup> de todo ello ha sido generalizar una práctica “descuidada”, y poco idónea para personalizar; so pretexto del estándar excepcional<sup>328</sup>, que ahora selecciona el juez *a quo*<sup>329</sup>.

También goza de similar tratamiento, sorteándose así la devolución de la causa, el siguiente nivel de déficits “motivacionales”. Entonces, frente a un *quantum* penal no fundamentado –de manera suficiente o completa, según se aleje (más o menos) del *suelo* de marco específico<sup>330</sup>–, el Tribunal Supremo subsana el vicio parcial. Sólo si la sentencia de instancia le facilita –casi siempre implícitamente– los elementos necesarios para justificar luego la individualización impugnada. En consecuencia, se ratifica una misma extensión de castigo, ya bien argumentada; o se impone cualquier otra magnitud

---

<sup>324</sup> Así, véanse –por todas– las SSTS 568/2016, de 28 de junio (FJ 8º); 835/2015, de 23 de diciembre (FJ 1º); 885/2014, de 30 de diciembre (FJ 7º); 526/2012, de 26 de junio (FJ 10º); 461/2011, de 25 de mayo (FJ 22º); 304/2010, de 29 de marzo (FJ 5º); 963/2009, de 7 de octubre (FJ 4º); 154/ 2008, de 8 de abril (FJ 14º); 594/2006, de 16 de mayo (FJ 2º); y 44/2000, de 25 de enero (FJ 5º).

<sup>325</sup> Al respecto, cfr. *supra*, en la nota a pie de página número 134 del tercer capítulo.

<sup>326</sup> Según vaticina RAMOS TAPIA (“El control...”, en *CPC*, N° 69, 1999, p. 625), tal postura tiene un riesgo “pernicioso”: “[...] relajar el cumplimiento de sus obligaciones [...] por los tribunales de instancia, en cuanto los «libera» del esfuerzo de motivación expresa de la pena concreta elegida, [...] y con la tranquilidad de que [...] no se deriva responsabilidad personal alguna”.

<sup>327</sup> Por el contrario, RAMOS TAPIA (“El control...”, en *CPC*, N° 69, 1999, p. 632) entiende ahora que la tendencia jurisprudencial de imponer el castigo mínimo “supone un incentivo para la observancia del deber de motivación de la fijación de la pena por el [...] sentenciador”.

<sup>328</sup> El Alto Tribunal admite que ello “procede únicamente[,] y de forma excepcional[,] cuando [...] de la sentencia no resulten elementos que permitan al juzgador *ad quem* la individualización de la pena” (SSTS 497/2016, de 9 de junio, FJ 6º; 413/2015, de 30 de junio, FJ 19º; 95/2014, de 20 de febrero, FJ 3º; 116/2013, de 21 de febrero, FJ 4º; y 264/2012, de 3 de abril, FJ 3º).

<sup>329</sup> El argumento más aducido aquí es del todo abstracto y generalizador: “[...] la imposición del mínimo no precisa de una especial motivación[,] en cuanto que se trata de una ineludible consecuencia de la calificación jurídica de los hechos [...]” (STS 717/2016, de 27 de septiembre, FJ 5º; o véase también –verbigracia– en las SSTS 651/2015, de 3 de noviembre [FJ 2º]; 449/2014, de 3 de junio [FJ 3º]; 609/2012, de 11 de julio [FJ 3º]; y 435/2009, de 27 de abril [FJ 4º]).

<sup>330</sup> Pues una interpretación jurisprudencial hoy muy consolidada señala que, “[...] en la medida en que se aleje del mínimo legal[,] se hará más patente la necesidad de explicar fundadamente la razón de la pena que se impone” (SSTS 947/2016, de 15 de diciembre, FJ 11º; 158/2016, de 29 de febrero, FJ 8º; 351/2012, de 7 de mayo, FJ 7º; 112/2010, de 15 de enero, FJ 8º; 252/2008, 22 de mayo, FJ 10º; 76/2007, de 30 de enero, FJ 6º; 201/2006, de 1 de marzo, FJ 10º; y 1312/2005, de 7 de noviembre, FJ 5º –entre muchas otras).

(dentro de la horquilla final), estimada mejor *ad casum*<sup>331</sup>. De modo que el órgano revisor, hoy la apelación, completa esa labor inacabada del juez *a quo*, sobre la base de lo actuado a priori, en la medida que lo permita el relato ofrecido.

Cabe decir que la jurisprudencia acoge, y con entusiasmo, esta solución desde hace tiempo<sup>332</sup>; una doctrina que, según RAMOS TAPIA, “es conforme con la naturaleza del recurso de casación por infracción de ley [...]”<sup>333</sup>. Algo que indicó, en la tesis doctoral de 1971, Wolfgang FRISCH como propuesta de *lege ferenda* a la norma adjetiva: si la tacha afecta simplemente a la motivación exigible, procede confirmar el fallo, cuando los hechos probados fundamentan *per se* la decisión sobre la pena<sup>334</sup>. En definitiva, el superior jerárquico explicita esos criterios tácitos de la sanción concreta, “que el tribunal de instancia debió expresar en su sentencia”<sup>335</sup>. Por supuesto que subsanar las carencias aporta “economía procesal y [la] evitación de dilaciones que a nadie, ni al propio acusado, benefician en forma alguna”<sup>336</sup>, pero tales ventajas acarrearán contrapartida.

RAMOS TAPIA critica, y con agudeza, que toda enmienda *ex post* “priva al recurrente de la posibilidad de discutir la adecuación a la legalidad de las razones, para él desconocidas, en virtud de las cuales [...]”<sup>337</sup> se optó –en su momento– por el *quantum* impugnado. Así las cosas, de una manera indirecta se lesionan otras dos manifestaciones de la tutela judicial efectiva: el derecho de defensa y el principio de contradicción como garantías del “*due process of law*”. Entonces, se resta al condenado una oportunidad institucional de refutar argumentos de *cargo*, incluso ahora que aún dispone de casación y amparo después de apelar. Además, el hecho de que intervenga un órgano de control, el *ad quem*, que revisa los aspectos de la *quaestio facti* (con incidencia en la magnitud de castigo) aleja esa aprehensión inmediata del juez *a quo*.

---

<sup>331</sup> Tales supuestos encajarán bien en lo que Alejandro NIETO GARCÍA (*El arbitrio...*, 2000, pp. 223 y s.) caracteriza –con agudeza– como un mecanismo institucionalizado de “sustitución” de un ejercicio lícito de la discrecionalidad judicial, en base a una superior posición jerárquica que tiene el órgano *ad quem* en el sistema.

<sup>332</sup> Así, sobre ello, cfr. por ejemplo las SSTs 492/2016, de 8 de junio (FJ 57º); 682/2013, de 19 de julio (FJ 2º); 584/2011, de 14 de junio (FJ 7º); 60/2010, de 3 de febrero (FJ 1º); 1044/2009, de 3 de noviembre (FJ 7º); 783/2007, de 1 de octubre (FJ 15º); 634/2006, de 2 de junio (FJ 1º); 1099/2004, de 7 de octubre (FJ 3º); 1503/2003, de 24 de septiembre (FJ 5º); 1478/2001, de 20 de julio (FJ 5º); 483/2000, de 21 de marzo (FJ 2º); 296/1997, de 8 de marzo (FJ 2º); 3768/1994, de 23 de diciembre (FJ 1º y único); 1750/1993, de 21 de mayo (FJ 3º); y 1794/1991, de 10 de mayo (FJ 2º).

<sup>333</sup> RAMOS TAPIA, M<sup>a</sup> I. “El control...”, en *CPC*, N<sup>o</sup> 69, 1999, p. 625.

<sup>334</sup> Véase FRISCH, W. *Revisionsrechtliche...*, 1971, p. 332.

<sup>335</sup> RAMOS TAPIA, M<sup>a</sup> I. “El control...”, en *CPC*, N<sup>o</sup> 69, 1999, p. 625.

<sup>336</sup> STS de 20 de diciembre de 1994, FJ 3º. Igualmente, cfr. –con las mismas palabras– las SSTs de 9 de febrero de 1996 (FJ 3º), de 2 de octubre de 1995 (FJ 2º); y de 6 de marzo de 1995 (FJ 5º).

<sup>337</sup> RAMOS TAPIA, M<sup>a</sup> I. “El control...”, en *CPC*, N<sup>o</sup> 69, 1999, p. 625.

Hay que reforzar aquí, pues, la importancia de *evidenciar* en la sentencia cómo se fundamenta una decisión individualizadora, para cumplir el mandato constitucional y legal eludiendo con ello la vulneración jurídica de las partes afectadas. Un deber extensible a estos tres ámbitos adicionales en la concreción sancionatoria, en tanto implican el ejercicio de amplios márgenes de arbitrio: a) al aplicar tipos que contienen penas alternativas, y/o las cumulativas opcionales; b) al rebajar el marco, facultativamente, uno o dos grados; y c) al decidir sobre mecanismos de inejecución penitenciaria, en especial la suspensión<sup>338</sup>. Cuando se elige lo menos gravoso para el reo, sin argüir de modo lógico y razonable el porqué, el riesgo es *desvirtuar* el fallo. Hasta el punto de cuestionar el tenor de una resolución que no obstante puede ser prudente y acertada *ad casum*.

Más allá de la prisión, también es censurable el uso generalizado de una cuota diaria estándar (en torno a los 6 €<sup>339</sup>) para determinar las multas ordinarias. Pese a existir motivos entendibles –problemas probatorios o la falta de medios materiales y personales–, jurisprudencia y doctrina han de seguir trabajando en busca de respuestas, que satisfagan los arts. 120.3 CE y 72 CP. En el castigo pecuniario, hoy se manejan a menudo criterios inferidos de “máximas de experiencia” propias de la praxis forense<sup>340</sup>. Por ejemplo, estos dos indicios tangenciales que aumentarían tal baremo de conversión: un alto coste de los bienes que sean conocidos en la causa (verbigracia, un vehículo de plena propiedad en delitos de tráfico<sup>341</sup>), o una libre asistencia letrada cuyos honorarios se estiman elevados<sup>342</sup>.

Sea como fuere, es hoy pacífico que ningún superior jerárquico “puede sustituir al tribunal sentenciador, pues sólo a éste le concede la ley el arbitrio para valorar la cantidad

---

<sup>338</sup> Apunto aquí un asunto tangencial, y que no en vano tiene gran trascendencia práctica. La suspensión de una pena privativa de libertad no arrastra a las sanciones accesorias, aunque la naturaleza de éstas las haga –*prima facie*– dependientes de la principal. Pues se trata de un instrumento de inejecución carcelaria, cuyo fin es evitar el ingreso en prisión, pero no detiene el cumplimiento efectivo de consecuencias anejas; precisamente porque subyace la realización extra-penitenciaria del castigo. Por otra parte, algunas de tales penas accesorias pueden convertirse en reglas de conducta (ex art. 83.1 CP) que graven con reproche el plazo acordado.

<sup>339</sup> Tal canon extendido de concreción se reputa como correcto “[...] aun cuando no existiesen actuaciones específicas destinadas a determinar el patrimonio e ingresos del penado, porque se trata de una cifra muy próxima al mínimo legal [...]” (STS 1377/2001, de 11 de julio, FJ 5º).

<sup>340</sup> Empero, ello no va a ser objeto de la investigación posterior en la tesis, que en cambio voy a centrar en las líneas maestras sobre cómo elaborar a futuro un catálogo de criterios tópicos, útil para individualizar la pena privativa de libertad –o controlar *ex post* su bondad *ad casum*.

<sup>341</sup> Al respecto, véase SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. “Artículo 50”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.). *Comentarios...*, 2010, p. 316.

<sup>342</sup> Dicho dato ha sido acogido sin mayor reparo; cfr. –entre muchas otras– las SSTs 996/2003, de 7 de julio (FJ 3º); 559/2002, de 27 de marzo (FJ 2º); y 1342/2001, de 29 de junio (FJ 2º).



de pena que corresponde imponer [...]”<sup>343</sup>. Sobre ello señala ROXIN que la última fase decisoria al medir el reproche “pertenece a uno de los campos no plenamente accesible a la casación”<sup>344</sup>. Topamos siempre con ese límite de la inmediación de quien presencié la vista, al seleccionar y evaluar qué datos fácticos son relevantes para graduar la sanción. Ahora bien, salvo que quisiéramos retrotraer el expediente a la apertura del juicio oral<sup>345</sup>, el contacto directo ya se ha perdido por el camino; es el precio a pagar, en pro de la revisión *ad quem*. Ni siquiera anulando lo actuado –por un vicio formal– recobraría el juez del todo su rol: basta con una nueva resolución de instancia, esta vez fundada.

Primará entonces el principio de competencia en el sistema procesal: así como incumbe al sentenciador escoger el *quantum* penal, es misión propia de los órganos facultados corregir *ex post* un ejercicio ilícito de la discrecionalidad. Y, para cubrir escenarios irregulares, sería conveniente que la norma adjetiva (cuando fija los motivos de impugnación por infracción de derecho) señalara de manera explícita las deficiencias relativas a la concreción sancionatoria<sup>346</sup>. Pero aún falta otro salto cualitativo en aras de perfeccionar el método<sup>347</sup>. En suma, cómo armonizar esos dos polos a priori opuestos –la inmediación versus la revisión–, gracias a la motivación, dependerá de elaborar factores tópicos<sup>348</sup> y operativos para mesurar *ad casum* la culpabilidad. Por lo tanto, el deseado equilibrio necesita previamente “una cierta ordenación de criterios[,] que permita garantizar un control jurídico racional”<sup>349</sup>; tarea a la que me dedicaré el resto de la tesis.

---

<sup>343</sup> RAMOS TAPIA, M<sup>a</sup> I. “El control...”, en *CPC*, N<sup>o</sup> 69, 1999, p. 619.

<sup>344</sup> ROXIN, C. *Strafverfahrensrecht*. Múnich: C. H. Beck, 25<sup>a</sup> ed., 1998, p. 444; la traducción del original en alemán es mía.

<sup>345</sup> Ello ha de ocurrir sólo cuando se constatan defectos muy graves –por una negligencia o una ilegalidad patentes del órgano– durante la celebración de la vista, cosa que no parece aplicar a los supuestos planteados generalmente en la praxis.

<sup>346</sup> Tal fue la propuesta –tiempo ha– de Wolfgang FRISCH (*Revisionsrechtliche...*, 1971, p. 332): abrir la casación también “cuando la pena impuesta, teniendo en cuenta la limitada inmediación, no está justificada en razón de los hechos probados”.

Una recomendación de *lege ferenda* a la que se suma hoy RAMOS TAPIA, M<sup>a</sup> I. “El control...”, en *CPC*, N<sup>o</sup> 69, 1999, p. 619.

<sup>347</sup> Para Manuel GALLEGO DÍAZ (*El sistema...*, 1985, p. 5), si la determinación de un castigo es siempre “[...] un acto de aplicación del Derecho, la solución al problema habrá que encontrarla necesariamente a través de un método jurídico-dogmático o de orientación racional”.

<sup>348</sup> Utilizo ahora el término –igual que en todo el trabajo– en el sentido de “lugares comunes” (“*topoi koinoi*”) inferidos del análisis casuístico, y que puedan suscitar el acuerdo intersubjetivo.

<sup>349</sup> PÉREZ DEL VALLE, C. “La individualización...”, en DEL ROSAL, B. (ed.). *Estudios...*, 1997, p. 43.



**TERCERA PARTE.**

**ALTERNATIVA A LOS MODELOS  
VIGENTES: PROPUESTA DE UN  
MÉTODO INTERSUBJETIVO**



**CAPÍTULO V.**  
**LA DISCRECIONALIDAD LÍCITA AL CUANTI-**  
**FICAR UNA PENA, EN LA DISCUSIÓN ACTUAL**



## 1. Hipótesis: en torno al arbitrio y la motivación de lo fáctico

Inicio ahora el último bloque de mi investigación con una síntesis propositiva, a modo de conclusiones preliminares acerca de lo dicho; también con el fin de poder contrastar tales ideas con la presente “*communis opinio*”, y abrir luego la vía para formular las líneas maestras de un enfoque metodológico alternativo. Según vimos arriba, la decisión individualizadora pone fin a un proceso complejo (concretar la pena) de carácter intelectual-volitivo, cuyo margen de libertad requiere un ejercicio lícito –o conforme a derecho: no arbitrario–, susceptible de revisión. Al respecto, señala TARUFFO que “[...] en la motivación de la sentencia se encuentra, precisamente, el trámite esencial para el control sobre la racionalidad de la convicción del juez”<sup>1</sup>. Parece, pues, que la única manera de examinar el *quantum*, y en su caso enmendarlo, es a partir del discurso justificativo.

Así, el órgano de instancia estará obligado a explicitar las razones que fundan la magnitud del fallo condenatorio, en consecuencia normativa (*ex arts. 120.3 CE y 72 CP*) de la potestad exclusiva<sup>2</sup> –al menos, *prima facie*– para fijar una sanción. Pero no se trata de una facultad absoluta o excluyente: salvaguardando (mejor aún, optimizando) el principio de inmediación de quien ha presenciado la vista, un tribunal *ad quem* puede fiscalizar la graduación penológica, si advirtiese algún defecto material o formal. Esto es, por la incorrecta aplicación del ordenamiento, incluida la manifiesta inobservancia de postulados constitucionales como la proporcionalidad, o bien a causa de vicios referentes al argumentario, estándar que acrece cuanto más alejado se sitúe el mínimo legal.

Tras una larga etapa histórica en la que el Supremo rechazó arrogarse funciones de control sobre la individualización del castigo –un ámbito privativo del juez *a quo*–, desde hace ya casi tres décadas la jurisprudencia asume que se pueden revisar las decisiones arbitrarias o inmotivadas. Y, pese a ciertos vaivenes doctrinales de la Sala Segunda, hoy en día es mayoritario un camino que reconduce toda tacha (sean sustantivas o meramente adjetivas, a falta de justificación) a la casación por infracción de ley. Entonces, se abren dos vías: (i) dictar nueva sentencia, que supla un ejercicio ilícito de la potestad discrecional, a menudo con la elección del *suelo* del marco específico<sup>3</sup>; o (ii) con-

---

<sup>1</sup> TARUFFO, M. *La prueba...*, 2ª ed., 2005, p. 436.

<sup>2</sup> Así lo reconoce de una manera unánime la jurisprudencia; véanse –por todas– las SSTS 663/2016, de 20 de julio (FJ 5º); 689/2014, de 21 de octubre (FJ 33º); 746/2012, de 10 de octubre (FFJJ 6º y 7º); 480/2009, de 22 de mayo (FJ 20º); ó 104/2005, de 31 de enero (FFJJ 6º y 7º).

<sup>3</sup> “Para imponer el mínimo legal[,] una muy poderosa razón es carecer de motivos para su elevación. No encontrar, ni exponer por tanto, razones para otra opción más grave, implícitamente supone un ar-

firmar el *quantum* de instancia al subsanarse el déficit, por parte del superior jerárquico, aquí sólo completando –si es viable inferir razones implícitas– tal tarea inacabada.

En cualquier caso, ambas opciones tienen la ventaja de evitar las dilaciones en la solución definitiva de la controversia, ofreciendo así un cauce procesal apto para economizar los actos realizados hasta ese momento. No obstante, seamos conscientes de que, al menos por vicios que afectan a una argumentación nula o insuficiente, correspondería –en esencia<sup>4</sup>– retrotraer la causa al órgano *a quo*. Y, de hecho, el Alto Tribunal concede recientemente que “[...] esta será la *única* salida posible cuando la queja, siendo atendible, proviene de una acusación”<sup>5</sup>. O sea, que queda vedado enmendar un fallo en contra del reo (la *reformatio in peius*)<sup>6</sup>, también ahora en sede de su concreción penal<sup>7</sup>. Pues “[...] lo que es admisible desde el prisma de la defensa, se hace inaceptable desde la otra perspectiva”<sup>8</sup>: usurpa, sin fundamento, una competencia (originaria) de la instancia, y priva al condenado de rebatir el *petitum* adverso en un estadio impugnatorio<sup>9</sup>.

---

gumento de enorme fuerza jurídica: el *favor libertatis*. En la duda hay que estar por el más amplio grado de libertad. [Y] No es [ya] legalmente posible una pena más benigna” (STS 846/2013, de 12 de noviembre, FJ 4º; ponente Antonio DEL MORAL GARCÍA).

<sup>4</sup> “En rigor[,] la solución más acorde con la naturaleza de la infracción [i.e., carencia absoluta de razonamiento], de carácter predominantemente procesal, aún [sic] con relieve constitucional, sería la anulación en es[t]e particular con [la consiguiente] devolución al Tribunal *a quo*, para subsanación del defecto y [una] nueva individualización [que esté] debidamente motivada” (STS 205/2015, de 10 de marzo, FJ 13º; ponente Antonio DEL MORAL GARCÍA).

<sup>5</sup> STS 179/2016, de 3 de marzo, FJ 1º; ponente Antonio DEL MORAL GARCÍA. La cursiva es mía, para resaltar la contundente afirmación: nunca podría haber una senda alternativa a recorrer.

<sup>6</sup> Y, sin embargo, el máximo intérprete de la Carta Magna ha reiterado, sin cesar, que “para que pueda apreciarse la existencia de [una] reforma peyorativa, constitucionalmente prohibida, el empeoramiento de la situación del recurrente ha[bría] de resultar de su propio recurso, sin mediación de [la] pretensión impugnatoria de otra parte, y con excepción del daño que derive de la aplicación de normas de orden público procesal [...]” (STC 223/2015, de 2 de noviembre, FJ 2º; cfr. también –entre muchas otras– las SSTC 126/2010, de 20 de noviembre [FJ 3º]; 141/2008, de 30 de octubre [FJ 5º]; 249/2005, de 15 de noviembre [FJ 5º]; 28/2003, de 10 de febrero [FJ 8º]; 70/1999, de 26 de abril [FJ 5º]; y 15/1987, de 11 de febrero [FJ 4º]).

*Sensu contrario*, si alguna de las acusaciones se opone a un fallo condenatorio del órgano *a quo*, solicitándose de esta manera una individualización penal que fuere más gravosa, el art. 902 LECrim autorizaría –ya entonces– al Tribunal Supremo a perjudicar a un reo, según “proceda conforme a derecho”. Sobre aquel principio de carácter adjetivo, véase (con un gran detalle) RUIZ MORENO, J. M<sup>a</sup>. *La prohibición de reformatio in peius en el proceso penal español: su consideración a la luz de la jurisprudencia*. Pamplona: Aranzadi, 2010.

<sup>7</sup> “En ocasiones esta Sala se ha inclinado por casar la sentencia [de la instancia,] e imponer el mínimo legal, si el recurso proviene de la defensa. Esta fórmula evita retrasos, pero no es extrapolable a la falta de motivación de una rebaja penológica. Es [algo] absurdo e inasumible que[,] cuando es la acusación quien protesta por esa deficiencia[,] la solución sea anudar a la anorexia motivadora la eficacia de una «agravante» (¡!)” (STS 179/2016, de 3 de marzo, FJ 1º).

<sup>8</sup> STS 179/2016, de 3 de marzo, FJ 1º. En este mismo sentido, la STS 692/2013, de 29 de julio (FJ 1º; ponente Antonio DEL MORAL GARCÍA), dice lo siguiente en relación al estándar de argumentación requere-



Dicha limitación garantista del sistema español de recursos sirve, además, para contextualizar la tendencia jurisprudencial que *relaja* la obligación de motivar, en el supuesto de que el sentenciador haya escogido el mínimo legal<sup>10</sup>. No conviene cubrir las espaldas a quien incumple sus deberes, con criterios generalizadores, aunque bienintencionados; el riesgo de poner en marcha una pendiente resbaladiza sugiere acotar mejor el alcance de esa postura doctrinal. En cambio, me resulta acertado entender –como sostiene a veces el Supremo– que la decisión sancionadora menos gravosa sólo entraña que no se dejó indefenso al acusado<sup>11</sup>, respetándose su derecho fundamental en el art. 24.1 CE. Por lo tanto, es razonable que tales cuestiones no accedan a la casación<sup>12</sup>, en aras de optimizar la inmediación *a quo* y un principio “*favor libertatis*”<sup>13</sup>.

Y, sin embargo, las consideraciones previas no zanján el asunto: queda todavía una crítica, en este caso referida a la nueva resolución de la Sala Segunda que, por ausencia de justificación (explícita o implícita) en la instancia, elige el *suelo* del marco específico. Frente a esa salida –aún hoy relativamente usual–, se arguye que pese a ser “[...] ajustada[,] en ocasiones singulares, presenta [...] reparos: acaba[ría] convirtiendo la falta de motivación en una suerte de *superatenuante*[,] que obliga a imponer no [ya] la mitad inferior como las [...] ordinarias [...], sino el mínimo legal [magistrado ponente: DEL MORAL GARCÍA]”<sup>14</sup>. Y luego concluye el alegato: tal atajo minusvalora la debida individualización

---

ruido al juez *a quo*: “El nivel de exigencia y las consecuencias [por su inobservancia] han de ser sensiblemente diferentes cuando quien se queja de la ausencia de motivación es la acusación, que cuando lo hace una defensa”.

<sup>9</sup> Aunque, en la actualidad, este rol desventajoso no es tan dramático como antaño: la reforma procesal de 2015 nos permite todavía la casación, tras una apelación inicial contra la instancia.

<sup>10</sup> Cfr. *supra*, en la nota a pie de página número 324 del Capítulo IV.

<sup>11</sup> “[...] es claro que la falta de razonamiento al respecto [del *quantum*] no produce [una] indefensión al reo cuando se impone en el mínimo legal permitido[,] o en [alguna] cuantía próxima a dicho límite [...]” (STS 44/2000, de 25 de enero, FJ 5º; ponente Joaquín DELGADO GARCÍA).

<sup>12</sup> “Esto no significa que desde posiciones acusadoras sea [*per se*] inimpugnable la concreta individualización[,] por deficiencias en su justificación; pero sí que será más difícil que ese tipo de razonamiento se abra paso en casación” (STS 179/2016, de 3 de marzo, FJ 1º; ponente Antonio DEL MORAL GARCÍA), especialmente cuando se obró en beneficio del reo.

<sup>13</sup> La jurisprudencia conecta así tal postulado con la noción de proporcionalidad de las penas: “Los valores de libertad y justicia a los que se refiere el art. 1.1 de la CE son los pilares básicos [...] del principio de proporcionalidad. La libertad[,] en cuanto [que es una] opción valorativa de realización preferente, dota de contenido al principio de proporcionalidad, ya que en caso de duda, habrá que estar por la vigencia del *favor libertatis*” (STS 620/2008, de 9 de octubre, FJ 4º; ponente Joaquín GIMÉNEZ GARCÍA). Acerca de ello, en el mismo sentido véanse –después– las SSTs 480/2009, de 22 de mayo (FJ 20º); y 370/2010, de 29 de abril (FJ 11º). En suma, se trata de llevar a la práctica la siguiente argumentación: el “[...] no contar con ningún motivo para superar el mínimo legal no deja de ser una muy buena razón para quedarse ahí” (STS 179/2016, de 3 de marzo, FJ 1º).

<sup>14</sup> STS 859/2013, de 21 de octubre, FJ 5º; ponente Antonio DEL MORAL GARCÍA –he mantenido la cursiva del texto citado. Igualmente, aunque hablando (en su lugar) de una “atenuante innominada”, cfr. por

penológica “desde la óptica de las partes acusadoras[,] que también tienen el derecho a una [correcta] respuesta [...] a su pretensión”<sup>15</sup>.

Sea de un modo u otro, creo que aquí se planteará siempre un mismo problema: ¿qué tratamiento habría que dar a defectos vinculados al razonamiento insuficiente o incompleto, en función de su naturaleza jurídica? En este sentido, una idea clave nos la aporta un reciente sector jurisprudencial, cuando discute que un “acrobático salto de lo procesal a lo sustantivo no parece muy lógico”<sup>16</sup>. Pone el dedo en la llaga, obviamente, en lo que atañe a reconducir por sistema al ámbito de la infracción de ley un vicio que será más acorde con el abordaje metodológico de un quebrantamiento adjetivo. Empero, no acaba de darse un paso definitivo, de nuevo en aras de evitar dilaciones; tocará entonces “recuperar la instancia[,] para dictar [la] segunda sentencia en casación[,] *asumiendo* la tarea de [...] individualización [...]”<sup>17</sup>.

Cabe hacer un postrero apunte respecto al arbitrio y la motivación de las decisiones sobre la medida de castigo, a la luz de una “*communis opinio*” mayoritaria en España. Dos órganos institucionales básicos de nuestro andamiaje jurídico-político coinciden: “En el terreno de la concreción última del *quantum* penológico[,] no es exigible una expresión *imposible* de unas reglas que justifiquen de forma apodíctica y con exactitud matemática la extensión elegida”<sup>18</sup>. Así las cosas, tanto el Tribunal Constitucional<sup>19</sup> como el Tribunal Supremo<sup>20</sup> respaldan la “soberanía” del juez *a quo* al individualizar las sanciones, en ejercicio de amplios márgenes de discrecionalidad; i.e. potestad que, si bien reglada, “[...] en su más nuclear reducto no es fiscalizable en casación”<sup>21</sup>.

---

ejemplo las SSTS 878/2012, de 12 de noviembre (FJ 5º); ó 927/2010, de 4 de noviembre (FJ 3º). Así, el imponer en casación el mínimo legal, “sin datos para ello, constituye un ataque al principio de proporcionalidad de las penas y [al derecho fundamental] de la tutela judicial efectiva, que también alcanza a las partes acusadoras (pública y privada) [...]. No es posible [–o mejor dicho, deseable–] unir[,] a una negligencia judicial del tribunal de origen, otro desafuero del superior jerárquico en trance de controlar la corrección jurídica ([la] errónea y equivocada) del arbitrio ejercido por el inferior, premiando al condenado con la reducción de la pena” (STS 161/2009, de 25 de febrero, FJ 2º; ponente José Ramón SORIANO SORIANO).

<sup>15</sup> STS 205/2015, de 10 de marzo, FJ 13º.

<sup>16</sup> STS 859/2013, de 21 de octubre, FJ 5º. Ya en otro nivel, así mismo, la STS 277/2015, de 3 de junio (FFJJ 36º, 40º y 60º) reprocha un infundado paso de premisas formales a conclusión material.

<sup>17</sup> STS 179/2016, de 3 de marzo, FJ 1º; la doble cursiva es mía, con el fin de hacer hincapié en la concepción que opera tras el uso de tales verbos: la labor de concreción es algo propio del juez *a quo*.

<sup>18</sup> STS 205/2015, de 10 de marzo, FJ 13º; añadido la cursiva como refuerzo del calificativo.

<sup>19</sup> En torno a esa cuestión, véanse –por todas– las SSTC 91/2009, de 20 de abril (FJ 7º); 21/2008, de 31 de enero (FJ 3º); 170/2004, de 18 de octubre (FJ 2º); y 136/2003, de 30 de junio (FJ 3º).

<sup>20</sup> Al respecto, cfr. las resoluciones citadas en la nota a pie de página número 2 del presente apartado.

<sup>21</sup> STS 205/2015, de 10 de marzo, FJ 13º.

Resulta innegable que –en el fondo– todo ello es fruto de verificar esa dificultad excepcional que tiene la labor de graduar (*ad casum*) la culpabilidad del delincuente, máxime cuando hay que traducir ese *algo* intangible en una cifra específica –temporal o económica. En efecto, no existe una única pena “*puntualizada*”, según el derecho: es inviable “[...] sentar un criterio que mida lo que, de suyo, no es susceptible de medición”<sup>22</sup>. Y, de tal manera se explica que, en virtud del conocimiento inmediato del sentenciador en la vista, habiendo presenciado *ab initio* la práctica de la prueba, la cuantificación se le reserve a su instancia. Luego “las facultades discrecionales [...] no son revisables [...]”<sup>23</sup>, allende arbitrariedad manifiesta o ausencia de discurso argumentativo; aunque se crea que hay muchas otras decisiones igualmente (inclusive más) razonables y legales<sup>24</sup>.

Haciendo memoria de lo dicho en otro lugar, recordemos ahora que la doctrina se halla en perfecta sintonía con esa línea jurisprudencial: la potestad individualizadora compete –*prima facie*– al órgano *a quo*, sin perjuicio de un eventual escrutinio normativo *ex post* por parte de un superior jerárquico<sup>25</sup>. Verbigracia, en un manual de reciente publicación, BERNAL DEL CASTILLO afirma que por lo general se dejan “en manos del juez”<sup>26</sup> las operaciones para concretar un *quantum* definitivo de castigo; una esfera de libertad que no es absoluta, sino sujeta a reglas jurídicas, “y ajustada a determinados principios [...]”<sup>27</sup>. Así también lo vislumbra JESCHECK, cuando (en premeditada retórica hiperbólica) habla de fijar la extensión de las consecuencias del delito como el genuino “cénit” de la actividad judicial<sup>28</sup>. O, conforme destaca PÉREZ DEL VALLE, ello será tarea propia del foro –ya no legislativa–, en una prudente realización del derecho<sup>29</sup>.

---

<sup>22</sup> STC 47/1998, de 2 de marzo, FJ 6º.

También el Alto Tribunal acoge en España esa interpretación, muy escéptica con la idea de hallar –y menos aún, con facilidad– una “*Punktstrafe*” para cada delito; como una muestra paradigmática, véase la STS 464/2009, de 28 de abril, FJ 4º: “[...] en materia de la individualización judicial de la pena, para fijar una cuantía exacta no existen criterios o parámetros incontestables a los que acudir, pues es imposible legalmente una cuantificación exacta de la sanción a imponer, dada la imposibilidad de adoptar un módulo o referente que intente medir lo que[,] de suyo[,] no es susceptible de medición” (ponente José Ramón SORIANO SORIANO).

<sup>23</sup> SSTS 290/2014, de 21 de marzo, FJ 19º; y 977/2012, de 30 de octubre, FJ 8º.

<sup>24</sup> Cfr. –sólo en fechas recientes– las SSTS 715/2016, de 26 de septiembre (FJ 8º); 179/2016, de 3 de marzo (FJ 1º); 205/2015, de 10 de marzo (FJ 13º); y 872/2013, de 31 de octubre (FJ 5º).

<sup>25</sup> Para una visión de conjunto sobre la postura teórica de los autores, véase *supra*, a lo largo del primer capítulo de la tesis, y en especial los epígrafes I.1 y I.3.

<sup>26</sup> BERNAL DEL CASTILLO, J. “Capítulo VII. Determinación de la pena”, en ROCA DE AGAPITO, L. (dir.). *Las consecuencias jurídicas del delito*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017, p. 93.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 94.

<sup>28</sup> Cfr. JESCHECK, H.-H. *Tratado... Volumen segundo*, 1981, p. 1190. Además, la expresión ha cuajado en un sector jurisprudencial, que no duda en usar la cita entrecomillada –pero sin mencionar al autor–; así lo hacen recientemente, por ejemplo, las SSTS 289/2016, de 7 de abril (FJ único); 109/2015, de 3

Queda claro, en cualquier caso, que toda individualización penal debería estar correctamente motivada, explicitando las razones que fundan tal medida sancionatoria. En este punto, y a falta de un precepto *ad hoc* que encauce las facultades discrecionales que nos ocupan, jurisprudencia y doctrina concuerdan en nuestro país que la regla sexta del art. 66.1 CP se erige en la guía legal que habría de orientar al sentenciador. Con otras palabras, una interpretación amplia de aquélla ofrece dos criterios –siquiera sean vagos e imprecisos– válidos en el momento de cuantificar el reproche estatal: la gravedad del hecho y el contexto personal del reo. Entonces, el órgano *a quo* seleccionará cuáles de las circunstancias fácticas e individuales son relevantes a efectos de graduar la culpabilidad, al tiempo que otorga un “peso” valorativo a las mismas.

Bien trabado así un discurso justificativo, el juez de la instancia cumpliría, sin duda, con sus obligaciones dimanadas de los arts. 120.3 CE y 72 CP, en conexión con el derecho fundamental de las partes a una tutela “plena”. La clave estará, pues, en identificar esos elementos de la *quaestio facti* estimados significantes, para una decisión sobre el *quantum*, y argumentar qué impacto penológico (agravatorio o mitigador) tienen al fijar la extensión numérica de un castigo. El estándar exigible *ad casum* varía, respecto del deber universal de la motivación: así, un razonamiento válido habrá de ser parco, suficiente o completo, en función de la distancia que con el mínimo legal tenga la sanción impuesta. Y, de todos modos, esa cautela que caracteriza aquí la praxis de los tribunales superiores convierte a menudo las tachas en aceptables –ello optimizando algunos postulados procesales.

Las observaciones anteriores conducen a una pregunta incómoda: ¿en realidad, de qué sirve motivar las resoluciones? Como un límite al ejercicio del arbitrio, SEGURA ORTEGA se muestra escéptico con dicha exigencia: por su carácter sólo formal, muy arduamente puede erigirse en un “medio eficaz para el control”<sup>30</sup>. Lo que se pone de relieve en la actividad probatoria, y de una manera especial; según Alejandro NIETO GARCÍA, no tendría sentido dar razones sobre una constatación personal de lo fáctico, pues el principio de la inmediación es “un obstáculo insuperable”<sup>31</sup>, al revisarse la fijación adjetiva de los

---

de marzo (FJ 15º); 56/2014, de 6 de febrero (FJ 4º); 257/2013, de 26 de marzo (FJ 7º); 1015/2010, de 17 de noviembre (FJ 3º); 174/2007, de 9 de marzo (FJ 7º); ó 433/2004, de 2 de abril (FJ 3º).

<sup>29</sup> Véase PÉREZ DEL VALLE, C. “La función...”, en VV.AA. *El arresto...*, 2002, pp. 31 y ss. Y, al respecto, estas dos son las expresiones alemanas que sustentan mi afirmación: “*strukturell Rechtsanwendung*” (BRUNS, H.-J. *Leitfaden...*, 1980, p. 20), o bien “*rechtlich gebundenes Ermessen*” (STREE, W. “§ 46...”, en SCHÖNKE, A. / SCHRÖDER, H. [eds.]. *Strafgesetzbuch...*, 29ª ed., 2014, p. 777).

<sup>30</sup> SEGURA ORTEGA, M. *Sentido...*, 2006, p. 40.

<sup>31</sup> NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, p. 182.

hechos. A tales recelos se suma ya una parte de la doctrina<sup>32</sup> y la jurisprudencia<sup>33</sup>, en una senda abocada (encorsetada) a admitir la “inutilidad radical”<sup>34</sup> de la argumentación en sede forense.

Gracias a Dios, esta resignación<sup>35</sup> no es una tónica habitual en el debate actual, ni mucho menos un aspecto sistémico en España. Por ejemplo, desde la judicatura, un sector –nunca silenciado, y quizás en auge últimamente– sostiene que el carácter constitucional del deber de motivación le dota de un implícito trasfondo sustantivo, manifestación del contenido fundante de la decisión. Si bien enunciado en otro ámbito (qué es correcto al enervar la presunción de inocencia), el Supremo sintetiza la idea con claridad: “La necesidad de plasmar[, por escrito,] el razonamiento [...] no es un protocolo formal, sino una exigencia material [magistrado ponente: DEL MORAL GARCÍA]”<sup>36</sup>. Sólo así se permite al interesado –y a la sociedad, en general– acceder a los porqués del fallo de un órgano de la instancia, facilitando el venidero examen *ad quem*<sup>37</sup>.

---

<sup>32</sup> Verbigracia, SEGURA ORTEGA (*Sentido...*, 2006, p. 90) señala que, en las *quaestio facti*, “[...] resulta muy difícil –por no decir imposible– que el juez pueda motivar suficientemente lo que constituye una mera manifestación de su íntima convicción respecto de los hechos”. Y de un modo semejante, NIETO GARCÍA (*El arbitrio...*, 2000, p. 190) comparte esta actitud tan recelosa: “El análisis jurídico es en último extremo un «saber intransmisible», algo que carece de «objetividad intersubjetiva». Los operadores jurídicos saben –*rectior*, creen saber– cuál es la decisión correcta, mas no pueden transmitir eficazmente su conocimiento a los demás”.

<sup>33</sup> En esta línea, la STC 225/1997, de 15 de diciembre, afirmó que, en relación con las fuentes probatorias alegadas por la sentencia de instancia (declaraciones de la víctima y testimonios utilizados, que se reputaron creíbles), “[...] la convicción del juzgador se fundamentó en percepciones inherentes a la intermediación judicial que son de difícil comunicación” (FJ 7º). Y la STC 47/1998, de 2 de marzo, certifica –de una manera categórica– “[...] la imposibilidad de sentar un criterio que mida lo que, de suyo, no es susceptible de medición” (FJ 6º). Estamos ante un principio después asumido por el Supremo, en la tendencia jurisprudencial consolidada; así lo hacen, en fechas recientes, las Sentencias 394/2015, de 17 de junio (FJ 7º); 611/2014, de 22 de septiembre (FJ 3º); ó 854/2013, de 30 de octubre (FJ 4º).

<sup>34</sup> NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, p. 187.

<sup>35</sup> “En definitiva, se reconoce expresamente a los jueces un poder casi absoluto respecto de la valoración de la prueba[,] salvo que [...] pueda considerarse irrazonable o arbitraria[,] lo cual [...] sucede en muy pocas ocasiones” (SEGURA ORTEGA, M. *Sentido...*, 2006, p. 91).

<sup>36</sup> STS 277/2015, de 3 de junio, FJ 41º. Y, en otro lugar, (STS 457/2013, de 30 de abril, FJ 17º; ponente Antonio DEL MORAL GARCÍA), profundizando en este tema, la Sala Segunda advierte de lo siguiente:

“[...] la ausencia de motivación fáctica es algo más que un defecto formal; puede ser también la exteriorización de deficiencias en el proceso de valoración probatoria y decisión, [o sea] de quiebras en la lógica del razonamiento que no solo se subsanarán [...] con el enriquecimiento de la fundamentación [...] de la sentencia, sino eventualmente con una decisión distinta resultante de la disciplina mental motivadora. Esta es mucho más que un [simple] deber de «cortesía» con las partes. Es una de las garantías, si no necesariamente del acierto de la decisión, al menos sí de que no es arbitraria. Al mismo tiempo es [una] fórmula idónea para minimizar los desaciertos”.

<sup>37</sup> Y en torno a ello, cfr. –por todas– las SSTS 724/2014, de 13 de noviembre (FJ 1º); 666/2010, de 14 de julio (FJ 1º); 544/2007, de 21 de junio (FJ 3º); ó 357/2005, de 20 de abril (FJ 10º).

Más aún, también cierta doctrina defiende la viabilidad del control sustantivo. Verbigracia, Michele TARUFFO mantiene que “la motivación como justificación racional del juicio [...] encuentra un apoyo particular en la [...] utilización y en la valoración de las pruebas [...]”<sup>38</sup>. Luego el sentenciador tiene que comunicar, *erga omnes*, sus criterios de selección del bagaje fáctico relevante en el relato, y hacer comprensible cómo evaluó en derecho dichos elementos. En todo caso ello implica ofrecer buenas razones, que le “[...] permitan llegar a la certeza moral suficiente para el conocimiento de los hechos y su calificación jurídica”<sup>39</sup>. Pues hay que lograr una “correspondencia”<sup>40</sup> entre la determinación judicial de los hechos y los eventos del mundo real[, que es] a los que la decisión se refiere [...]”<sup>41</sup>; una metodología prudencial, en la busca de una “máxima aproximación a la verdad [...] asumiendo las limitaciones del conocimiento humano”<sup>42</sup>.

Para ALISTE, la perspectiva más adecuada en el tratamiento de esta cuestión la brinda (desde hace siglos) la doctrina canonista<sup>43</sup>: el *quid* es recuperar y actualizar su baremo *objetivo* de la “certeza moral”<sup>44</sup>. En el proceso penal de hoy, tal estándar de convicción a la hora de estimar lo obrado en juicio queda a medio camino entre una certidumbre

---

<sup>38</sup> TARUFFO, M. *La prueba...*, 2ª ed., 2005, p. 436.

<sup>39</sup> ALISTE SANTOS, T.-J. *La motivación...*, 2011, p. 244.

<sup>40</sup> “[...] existen buenas razones [de orden epistemológico] para sostener que esa teoría [i.e., la verdad como «correspondencia»] está mejor situada que otras, y produce mejores resultados, en el contexto representado por el proceso. Siendo así, el problema se desplaza y pasa a ser el de los límites y los criterios con los que se puede alcanzar[, en el proceso[, un conocimiento que [...] produzca descripciones de esa realidad [empírica] que se puedan considerar verdaderas” (TARUFFO, M. *La prueba...*, 2ª ed., 2005, p. 176). Y acerca de seis versiones “correspondentistas” contemporáneas, véase una completa recopilación de textos en NICOLAS MARÍN, J.-A. / FRÁPOLLI SANZ, Mª J. (eds.). *Teorías de la verdad en el siglo XX*. Madrid: Tecnos, 1997, pp. 63-262.

<sup>41</sup> TARUFFO, M. *La prueba...*, 2ª ed., 2005, p. 171.

<sup>42</sup> ALISTE SANTOS, T.-J. *La motivación...*, 2011, p. 244 (nota 36).

<sup>43</sup> Para una aproximación general, cfr. DE DIEGO-LORA, C. “Comentarios al *Titulus VII. De iudicis pronuntiationibus*”, en VV.AA. *Código de Derecho Canónico. (Edición bilingüe y anotada)*. Pamplona: Ed. EUNSA, 6ª ed., 2001, pp. 991-998; ACEBAL LUJÁN, J. L. “Comentario al canon 1608”, en VV.AA. *Código de Derecho Canónico. Edición bilingüe comentada*. Madrid: BAC, 4ª ed., 2005, pp. 835 y ss.; LLOBELL TUSET, J. “La certezza morale nel processo canonico matrimoniale”, en *Il Diritto ecclesiastico*, Vol. 109, Nº 4, 1998, pp. 758-802; GROCHOLEWSKI, Z. “La certezza morale como chiave di lettura delle norme processuali”, en *Ius ecclesiae*, Vol. 9, Nº 2, 1997, pp. 417-450; y DELLA ROCA, F. *Saggi di Diritto processuale canonico*. Padua: CEDAM, 1961, pp. 275 y ss.

<sup>44</sup> Según reza ahora el can. 1608 § 1 (*Liber VII, Pars II, Titulus VII*) del *Codex Iuris Canonici* de 1983: “*Ad pronuntiationem cuiuslibet sententiae requiritur in iudicis animo moralis certitudo circa rem sententia definiendam*”; véase ALISTE SANTOS, T.-J. *La motivación...*, 2011, pp. 309 y ss.

No obstante, conviene aquí puntualizar que el precepto está dirigido a la prueba practicada para decidir sobre las sentencias de nulidad matrimonial, con sus dificultades. Aun así, el propio ALISTE SANTOS (“Relevancia del concepto canónico de «certeza moral» para la motivación judicial de la «quaestio facti» en el proceso civil”, en *Ius ecclesiae*, Vol. 22, Nº 3, 2010, pp. 651-671) trata de aplicar el criterio a lo civil, por lo que no hay razón para oponerse a una “relectura” desde el ámbito del procedimiento penal.

absoluta y una mera probabilidad<sup>45</sup>. O, con otras palabras, es la exclusión de “*all reasonable doubt*”<sup>46</sup>, que incluso supera el famoso aforismo anglosajón<sup>47</sup> aun sin descartarse totalmente algún potencial error. En suma, sería un estado mental<sup>48</sup>, en torno a la veracidad de los hechos, cuyo rango de conocimiento alcanzado –en su conjunto, o sea, “*ex actis et probatis*”<sup>49</sup>– impide que “[...] surja en contra una duda prudente en el hombre de sano juicio”<sup>50</sup>. Entonces, se consideraría requisito necesario y suficiente al pronunciar la sentencia.

O también la certeza moral permite justificar, más que el cálculo probabilístico, un “concepto clave en materia de motivación”<sup>51</sup>: las inferencias, que los jueces emplean en sus discursos argumentativos<sup>52</sup>. De todas ellas, la abducción (o razonamiento hipotético) es primordial para esa *quaestio facti* controvertida; así, los indicios<sup>53</sup> que fundan la *verdad* adjetiva –declarada en el foro– deben “persuadirnos de que estamos ante la mejor explicación posible sobre los hechos”<sup>54</sup>. Y, por lo tanto, según ALISTE, aquel baremo es el criterio básico para apreciar “si el arbitrio judicial ha sido ejercido de forma lícita”<sup>55</sup> en tal ámbito. De tal modo que el control de la decisión individualizadora abarcaría, en primer término, el nivel de correspondencia entre enunciados probados y realidad histórica<sup>56</sup>, respecto de las circunstancias significativas al mesurar la culpabilidad.

---

<sup>45</sup> De tal modo lo formuló Pío XII en su discurso al Tribunal de la Rota en octubre de 1942: “*Tra la certezza assoluta e la quasi-certezza o probabilità sta, come tra due estremi, quella certezza morale [...]*” (“Entre la certeza absoluta y la cuasi-certeza –o la probabilidad– se sitúa, como si estuviera entre dos extremos, la llamada certeza moral”) [disponible en: <[https://w2.vatican.va/content/pius-xii/it/speeches/1942/documents/hf\\_p-xii\\_spe\\_1942-1001\\_roman-rot.html](https://w2.vatican.va/content/pius-xii/it/speeches/1942/documents/hf_p-xii_spe_1942-1001_roman-rot.html)>; última consulta: 04.01.2017].

<sup>46</sup> En términos comparativos, véase (por todos) ABEL LLUCH, X. “La dosis de prueba: entre el «common law» y el «civil law»”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 35, 2012, pp. 173-200.

<sup>47</sup> Así, cfr. LLOBELL TUSET, J. “La sentencia canónica en las causas de nulidad matrimonial”, en *Ius Canonicum*, Vol. XXIX, Nº 57, 1989, pp. 159-160.

<sup>48</sup> Desde el punto de vista filosófico, con una perspectiva muy tradicional de esta cuestión, véase –por ejemplo– ORTÍ Y LARA, J. M. *Lógica*. Madrid: Imprenta de Tejado, 1867, pp. 69-73.

<sup>49</sup> Can. 1608 § 2 (*Liber VII, Pars II, Titulus VII*) del *Codex Iuris Canonici* de 1983.

<sup>50</sup> DE DIEGO-LORA, C. “Comentarios al *Titulus VII...*”, en *VV.AA. Código...*, 6ª ed., 2001, p. 992.

<sup>51</sup> ALISTE SANTOS, T.-J. *La motivación...*, 2011, p. 285.

<sup>52</sup> “Es decir, aquellas relaciones de dependencia convincentes entre [un conjunto de] datos ciertos y la conclusión a la que llegamos” (ALISTE SANTOS, T.-J. *La motivación...*, 2011, p. 277).

<sup>53</sup> El singular, eso viene del latín “*indicium*” (indicación), a veces llamado “*signum*” (señal) o “*vestigium*” (rastro o huella) –así, cfr. QUINTILIANO. *Institutiones oratorias. Tomo primero* (Lib. V, Cap. IX). Madrid: Imprenta de la Administración del Real Arbitrio de Beneficencia, 1799, p. 281.

<sup>54</sup> ALISTE SANTOS, T.-J. *La motivación...*, 2011, p. 285.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 287.

<sup>56</sup> Al respecto, véanse –verbigracia– LLOBELL TUSET, J. *Historia...*, 1985, pp. 157 y ss.; TARUFFO, M. “Il giudice e lo storico: considerazioni metodologiche”, en *Rivista di Diritto processuale*, Vol. XXII (II Serie), 1967, pp. 438-465; y CALAMANDREI, P. “Il giudice e lo storico”, en *Rivista di Diritto processuale civile*, Vol. XVI, Nº 1, 1939, pp. 105-128.

Una vez elaboradas, *ad casum*, las aseveraciones fácticas que estima verdaderas, un juez selecciona y evalúa<sup>57</sup> todo lo relevante para concretar el castigo merecido, “a través de una operación eminentemente valorativa”<sup>58</sup>. Es pues un encargo racional –o intelectivo-volitivo–, de integración plena de los aspectos (necesarios y suficientes) que cimientan la elección de una hipótesis: la que, “[...] con las pruebas disponibles, tiene un grado de confirmación lógica más elevado”<sup>59</sup>. Al motivarse un fallo condenatorio, el sentenciador da cuenta de los datos empíricos, las inferencias argumentales, y los criterios normativos<sup>60</sup>, que conducen al *quantum*. De esta manera enlazan<sup>61</sup>, en un *continuum* temporal, la toma de decisión *a quo* (el llamado “contexto de descubrimiento”: *coram proprio iudice*), su justificación discursiva (*coram partibus*), y la eventual revisión (*coram populo*).

Vemos entonces cómo, gracias a dicho estándar *objetivo* de la certeza moral, se hacen realizables –y no sólo en teoría– los potenciales exámenes *ad quem* sobre cuestiones (*prima facie*) reservadas a la intermediación del órgano de la instancia. Así, “[...] las operaciones de selección y valoración del material probatorio están sujetas a un control [jurisdiccional] efectivo”<sup>62</sup> –i.e., de carácter cualitativo. Ello tiene implicaciones ciertas, a la hora de fijar la magnitud numérica de una sanción, en la medida que “los datos básicos del proceso de individualización de la pena han de inferirse de los hechos [...]”<sup>63</sup> contenidos en el relato fáctico. Luego la motivación (referida a los elementos aptos para atribuir culpabilidad y cuantificar el reproche oportuno) es una exigencia jurídica mixta, o adjetivo-sustantiva, dirigida *ab initio* a los tribunales *a quo*; de tal forma que delimita, *ex post*, el alcance del régimen de recursos.

---

<sup>57</sup> “Se trata del momento más importante de [...] la actividad jurisdiccional de enjuiciamiento y, paradójicamente, a pesar de los esfuerzos del paradigma positivista que consagra el imperio de las leyes, el más oscuro, porque aquí se evidencia, acaso como en ningún otro lugar, el ejercicio del arbitrio” (ALISTE SANTOS, T.-J. *La motivación...*, 2011, p. 298).

<sup>58</sup> ALISTE SANTOS, T.-J. *La motivación...*, 2011, pp. 291-292.

En el mismo sentido se manifestaron antes COLOMER (*La motivación...*, 2003, pp. 189 y ss.) y NIETO (*El arbitrio...*, 2000, pp. 86 y ss.).

<sup>59</sup> TARUFFO, M. *La prueba...*, 2ª ed., 2005, p. 436.

<sup>60</sup> Cfr. TARUFFO, M. *La prueba...*, 2ª ed., 2005, p. 436.

<sup>61</sup> Sobre ello, véanse (por todos) GASCÓN ABELLÁN, M. *Los hechos...*, 3ª ed., 2010, p. 186; LLOBELL TUSSET, J. *Historia...*, 1985, pp. 55 y ss.; y TARUFFO, M. *La motivazione...*, 1975, pp. 144-145.

<sup>62</sup> ALISTE SANTOS, T.-J. *La motivación...*, 2011, p. 298.

<sup>63</sup> STC 47/1998, de 2 de marzo, FJ 6º. Posteriormente, el máximo intérprete de la Carta Magna ha ratificado dichas ideas, en las Sentencias 108/2001, de 23 de abril (FJ 3º); 20/2003, de 10 de febrero (FJ 6º); 98/2005, de 18 de abril (FJ 2º); 26/2006, de 30 de enero (FJ 15º); 196/2007, de 11 de septiembre (FJ 7º); 205/2009, de 23 de noviembre (FJ 5º); ó 25/2011, de 14 de marzo (FJ 7º).

Y, ya por otro lado, también el Alto Tribunal asume sin ambages la doctrina; así, cfr. –por ejemplo– las SSTS 394/2015, de 17 de junio (FJ 7º); 586/2014, de 23 de julio (FJ 25º); 567/2013, de 8 de mayo (FJ 14º); 264/2012, de 3 de abril (FJ 3º); 1228/2011, de 16 de noviembre (FJ 2º); 797/2005, de 21 de junio (FJ 7º); 532/2003, de 19 de mayo (FJ 9º); y 59/2000, de 28 de enero (FJ 3º).



Nadie duda hoy ya, pues, que una justificación de fondo –esto es, en derecho– es un requisito absolutamente cardinal para abrir expeditas las vías de apelación, casación y amparo (incluso la etapa posterior en Estrasburgo). Porque, según afirma Carlos PÉREZ DEL VALLE, “[...] si no existe un cumplimiento del deber material de fundamentación de la sentencia [...] no es posible este control<sup>64</sup>[;] y por [lo] tanto, resulta correcto entender que también en ese punto la actividad judicial está afectada por el art. 120.3 CE”<sup>65</sup>. No en vano, ello explica las colosales dificultades resolutivas que plantea, a los superiores jerárquicos, la nefasta praxis de ausencia total del argumentario. Igual que tornaría más *digeribles* las pérdidas –constitucionales (indefensión de las acusaciones) y procesales (inmediación)– que acarrea la salida ahora mayoritaria en esos casos, al imponerse el mínimo.

Finalmente, es preciso recuperar aquí la conclusión que en su momento apuntaba PÉREZ DEL VALLE, asimismo como la pauta de trabajo que marcará una línea de investigación principal de mi tesis –en adelante. En aras de lograr una plena y operativa función revisora, por parte de los órganos *ad quem*, le incumbe a la doctrina la elaboración y “ordenación de criterios [normativos concretos,] que permita[n] garantizar un control jurídico *racional*”<sup>66</sup>, en la fase individualizadora. Sólo de tal modo aspiramos a matizar –o canalizar– esta máxima, aún vigente: el sistema constitucional no exige, en base a los hechos probados, “[...] ningún ulterior razonamiento que los traduzca en una cuantificación [...] exacta [...]”<sup>67</sup>. El objetivo es aportar algo de justicia y calidad discursiva a un terreno que, estando lejos de mediciones empíricas infalibles, sí que admite distinciones *ad casum* entre fallos mejores o peores (dentro de lo aceptable).

Zanjo el primer epígrafe de este capítulo actualizando una premisa hipotética, que expuse en otro lugar<sup>68</sup>, y allano así el terreno de lo que vendrá a continuación. Acogido el estándar –con tendencia objetiva– de certeza moral, en la convicción requerida a quien fija la magnitud penal, la debida motivación seguirá siendo el único cauce disponible para acceder a los fundamentos reales de aquella. Entonces, dicha obligación de justificar la sentencia es una herramienta formal que habilita a dirigir la atención a factores materiales evaluables; en manos de magistrados *a quo* o *ad quem*, sirve a los fines apologéticos o fiscalizadores respectivamente. Si, además, *apud* NIETO, argumentar en derecho

---

<sup>64</sup> En tal sentido, véase en especial FRISCH, W. *Revisionsrechtliche...*, 1971, pp. 26 y 284.

<sup>65</sup> PÉREZ DEL VALLE, C. “La individualización...”, en DEL ROSAL, B. (ed.). *Estudios...*, 1997, p. 42.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 43; la cursiva es mía: en este contexto prefiero siempre usar el vocablo “razonable”, ya que apunta a un análisis más abierto y casuístico, según expondré *infra* –en el apartado VI.4.

<sup>67</sup> STC 47/1998, de 2 de marzo, FJ 6º; cfr. igualmente las sentencias citadas *supra*, en la nota 62.

<sup>68</sup> Véase *supra*, en la parte final del segundo epígrafe del primer capítulo.

es siempre un problema de método<sup>69</sup>, se enfoca mi tema hacia esta pregunta: ¿cómo y cuándo es válido un discurso acerca de los elementos que sustentan la decisión?

Junto con lo intuitivo –en un par de ocasiones<sup>70</sup>– por PÉREZ DEL VALLE, entiendo que una perspectiva provechosa en el tratamiento del asunto que nos ocupa la brinda la fenomenología, en un doble sentido. Desde el punto de vista del órgano de instancia, articula y estructura este espacio de prudencia y razonabilidad, inherente al proceso intelectual-volitivo de concreción del castigo. O, en la esfera competencial de los superiores jerárquicos, facilita un control jurídico de las operaciones relativas a la elección del *quantum* sancionatorio. Sin embargo, antes de construir mi propuesta metodológica, conviene aprehender bien de qué manera se procede, en la actualidad, a la hora de individualizar una pena, en dos hábitats complementarios (doctrina y tribunales<sup>71</sup>).

## 2. La hegemonía de los fines penales (en el debate reciente)

Avancemos, pues, en la dirección señalada, para lo cual inicialmente abordaré –de un modo sintético, con tal de resumir y no reiterar la bibliografía existente sobre la materia– las posturas que (en el ámbito académico) mantienen los autores. De entrada, una mirada global al estado dogmático de la cuestión arroja la siguiente conclusión preliminar: hoy en día, en una tendencia ya prolongada en el tiempo, el debate gira en torno a la incidencia de las llamadas “teorías de la pena”<sup>72</sup> en los momentos de fijar la magnitud del reproche. Ello acontece sin duda en España<sup>73</sup>, aunque en gran parte por el tradicio-

---

<sup>69</sup> Cfr. NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, p. 185.

<sup>70</sup> Así, véanse –al respecto– PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, p. 228; o PÉREZ DEL VALLE, C. “La función...”, en VV.AA. *El arresto...*, 2002, pp. 27 y 31-32.

<sup>71</sup> Empero, el carácter metodológico de la tesis conlleva tratar la jurisprudencia sólo tangencialmente.

<sup>72</sup> Sobre ello, cfr. –recientemente– RUBIO LARA, P. Á. *Teoría de la pena y consecuencias jurídicas del delito. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017, pp. 15 y ss.; PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, pp. 33-36; SÁNCHEZ LÁZARO, F. G. *Una teoría principialista de la pena*. Madrid: Marcial Pons, 2016; y SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. *En busca del derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2015, pp. 111 y ss.

<sup>73</sup> Verbigracia, véanse –entre muchos otros– MIR PUIG, S. *Derecho penal...*, 10<sup>a</sup> ed., 2015, p. 768; MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal...*, 9<sup>a</sup> ed., 2015, p. 574; MAPELLI CAFFARENA, B. *Las consecuencias...*, 5<sup>a</sup> ed., 2011, pp. 285-286; BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 41 y ss., 149 y ss., y 181 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER, E. “La individualización de la pena en la reforma penal”, en *Teoría... Tomo II*, 2009, pp. 933 y ss.; GALLEGUO DÍAZ, M. “El sistema...”, en VV.AA. *Estudios penales...*, 2003, pp. 348-349; DEMETRIO CRESPO, E. *Prevención...*, 1999, pp. 45 y ss., 73 y ss.; o GARCÍA ARÁN, M. *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*. Pamplona: Aranzadi, 1997, p. 61.

nal influjo alemán<sup>74</sup>, generándose una situación de primacía en la “*communis opinio*”<sup>75</sup>; y, así, las voces discrepantes nadan todavía a contracorriente.

Dicho dominio no es más que otra secuela de una idea creciente en el discurso universitario de los años 60<sup>76</sup>, que plasmó (magistralmente) Claus ROXIN con su opúsculo de 1970 –intitulado “*Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*”. La etapa de transición se puede considerar completa, confirmado el cambio de paradigma, cuando GALLEGO DÍAZ escribe en su tesis que “[...] toda solución dogmática [...] ha de operar con los criterios de la política criminal, y en la determinación [...] de forma directa y en conexión con la teoría de los fines de la pena”<sup>77</sup>. Descartada la esencia retributiva del castigo estatal<sup>78</sup>, tras un agónico destierro académico, el renovado *consecuencialismo* auspició un arraigo de las nociones preventivas, con muchas variantes; empero, la discusión sobre concreción sancionatoria tomó un cariz resocializador apenas disputado.

Inclusive Carlos PÉREZ DEL VALLE, quien ha defendido planteamientos críticos con una postura mayoritaria, a la sazón se hizo eco de la tendencia hegemónica, si bien sólo para darle una cabida fragmentaria. Poco después de promulgado el Código “de la democracia”<sup>79</sup>, señalaba el autor que “en la fase de individualización [...] deberían ser consi-

---

<sup>74</sup> Por todos, cfr. ya JESCHECK, H.-H. / WEIGEND, T. *Tratado...*, 5ª ed., 2002, pp. 944 y ss.; GRIBBOHM, G. “Vorbemerkungen zu den §§ 46 bis 50”, en VV.AA. *Leipziger Kommentar StGB. Band 2*. Berlín: Walter de Gruyter, 11ª ed., 1995, pp. 103-104; ALBRECHT, H.-J. *Strafzumessung...*, 1994, pp. 24 y ss.; FRISCH, W. “Gegenwärtiger... (Teil I)”, en *ZStW*, Vol. 99, N° 3, 1987, pp. 349 y ss.; BRUNS, H.-J. *Das Recht...*, 2ª ed., 1985, pp. 81 y ss.; HIRSCH, G. “Vorbemerkungen zu den §§ 46”, en VV.AA. *Leipziger Kommentar StGB*. Berlín: Walter de Gruyter, 1985, 10ª ed., pp. 9-10; y BRUNS, H.-J. *Strafzumessungsrecht...*, 2ª ed., 1974, pp. 193 y ss.

<sup>75</sup> Pues también en la jurisprudencia se constata tal primacía; véanse –verbigracia– las SSTS 28/2009, de 23 de enero; 252/2008, de 22 de mayo; 174/2007, de 9 de marzo; 197/2006, de 28 de febrero; ó la 145/2005, de 7 de febrero.

<sup>76</sup> Así, el paradigma es el llamado “*Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*”, el texto presentado en 1966 por un grupo (cada vez más influyente) de catedráticos alemanes y suizos, en mitad de ese candente debate para la aprobación de la ulterior reforma global del Código penal germano, que vio la luz –dividida en dos partes– en el año 1969.

<sup>77</sup> GALLEGO DÍAZ, M. *El sistema...*, 1985, p. 5.

Y ya en esta misma línea, cfr. –entre muchos otros– LUZÓN PEÑA, D. M. *Medición...*, 1979, pp. 17-18; ó ZIPF, H. *Die Strafmasrevision...*, 1969, p. 9.

<sup>78</sup> Fruto de malentendidos en su formulación teórica, que suele limitarse aún hoy a las aportaciones de los dos grandes representantes del idealismo alemán (KANT y HEGEL), olvidándose con ello de contribuciones anteriores (la filosofía moral de la tradición occidental pre-moderna –como la doctrina de la *vindicatio* penal con la *Suma Teológica* de SANTO TOMÁS–) y posteriores (en especial, desde la cultura jurídica anglosajona, o merced a los planteamientos iusnaturalistas).

<sup>79</sup> Disconforme con la aplicación de la etiqueta en la actualidad, véase ACALE SÁNCHEZ, M. “Del Código penal de la Democracia al Código penal de la Seguridad”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (coord.). *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004, pp. 1197-1226.

derados básicamente los efectos secundarios de la pena<sup>80</sup>: el miedo a sus efectos (la prevención general negativa) y la cimentación cognitiva<sup>81</sup> del derecho en el autor (prevención especial [positiva])<sup>82</sup>. Así, resulta clara esa cierta preferencia de criterios relativos al “contexto personal” del condenado<sup>83</sup>, y sin que ello implique renunciar a circunstancias ajenas. En el fondo, por una sencilla razón: si se trata de cuantificar una medida de un reproche, en base a la culpabilidad manifestada en el delito, es lógico que primen las consideraciones “individuales”.

Todavía hoy sigue vigente, en cualquier caso, el mismo enfoque operativo que abrevia con tino QUINTERO OLIVARES: “[...] el arbitrio judicial tendrá que acomodarse a una serie de principios que varían en función de la estructura básica político-criminal del sistema [...]”<sup>84</sup>. La preeminencia de los “fines” del castigo es, pues, abrumadora en tal esfera; a lo sumo, únicamente otro tipo de argumentaciones teóricas han matizado y complementado este debate doctrinal, con una perspectiva algo más vasta sobre los fundamentos filosófico-jurídicos del Derecho penal. Me refiero aquí a unas valiosas reflexiones acerca de cómo los postulados constitucionales, que limitan el ejercicio del *ius puniendi* estatal, se han de ponderar también a la hora de establecer la magnitud sancionatoria. En concreto, dos han sido ya los elementos con el mayor rendimiento práctico en nuestro campo de estudio: la culpabilidad, y la proporcionalidad<sup>85</sup>.

Entonces, dicha hegemonía (respecto de las consideraciones en torno a los cimientos y a las finalidades del régimen) ha gozado de buena salud, perpetuándose en el tiempo, gracias a una coincidencia casi unánime desde puntos de vista muy variopintos. Así, en Alemania y España los autores que se ocupan de este asunto –ya sea de una manera tangencial, o con detalle y profusión– difícilmente cruzarán las fronteras que demarcan estas tres ideas clave, ahora en liza: prevención (general o especial)<sup>86</sup>, culpabilidad por

---

<sup>80</sup> En palabras de Carlos PÉREZ DEL VALLE (*Lecciones...*, 2016, pp. 33-34), la razón primaria del castigo penal es una “expiación” social de infracciones culpables de normas esenciales para la protección del bien común. Y, como un efecto reflejo de la sanción, hay una serie de consecuencias deseables –que pueden reconducirse a las conocidas aproximaciones preventivas.

<sup>81</sup> Según apunta el autor, la terminología empleada se corresponde con una traducción fidedigna de la expresión original de JAKOBS (*Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*. Berlín: Walter de Gruyter, 2ª ed., 1991, p. 57): “kognitive Untermauerung”.

<sup>82</sup> PÉREZ DEL VALLE, C. “La individualización...”, en DEL ROSAL, B. (ed.). *Estudios...*, 1997, p. 59.

<sup>83</sup> En un sentido amplio, lo que abarcaría a todas las esferas de la experiencia vital del ser humano.

<sup>84</sup> QUINTERO OLIVARES, G. *Parte general...*, 5ª ed., 2015, p. 649.

<sup>85</sup> Recordemos que, en PÉREZ DEL VALLE (*Lecciones...*, 2016, pp. 45-47), la proporcionalidad entre delitos y penas no es más que una manifestación del principio de culpabilidad.

<sup>86</sup> Para un panorama general de los autores que han sostenido estos puntos de vista, cfr. BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 62 y ss., ó 150 y ss.; y DEMETRIO CRESPO, E. *Prevención...*, 1999,

el hecho<sup>87</sup>, y proporcionalidad<sup>88</sup>. No obstante, o aunque todas las aportaciones han enriquecido la discusión en las últimas décadas, y pueden seguir haciéndolo en el futuro, hay dos problemas metodológicos asociados –que reclaman una atención urgente. Ello nos permitirá rentabilizar al máximo los conocimientos adquiridos, alejando el riesgo de quedar atrapados en un estéril “*cul-de-sac*”.

Primero, y como consecuencia directa de su carácter abstracto, las nociones filosóficas son siempre complicadas de aterrizar en orientaciones prácticas, que sean de utilidad en esa labor prudencial de aplicación judicial del derecho. En efecto, más allá de la necesaria cobertura argumental –con la que sería posible “vestir” un buen número de decisiones alternativas, a veces en las antípodas–, el potencial individualizador real de los fines y los principios penales al uso es dudoso<sup>89</sup>. O, en otras palabras, dos magistrados disidentes pueden elegir en el mismo caso los extremos de la horquilla legal, justificando ambos la magnitud con razones preventivas. No en vano la ingente literatura sobre los fundamentos del *ius puniendi* abre múltiples interpretaciones, aun opuestas; frente a eso, ¿qué criterios nos sirven para evaluar la corrección material de un fallo?

---

pp. 133 y ss. –ambos con numerosas referencias ulteriores. Hoy son minoritarias, en cambio, las posturas de quienes defienden (de un modo directo) tesis preventivo-generales en sede individualizadora, según compendia DEMETRIO CRESPO (*Prevención...*, 1999, pp. 146 y ss.).

<sup>87</sup> Véase el origen de este principio básico, aplicado a la concreción del castigo, en STRATENWERTH, G. *Tatschuld und Strafzumessung*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1972, *passim* (y la posterior traducción al español, por Enrique BACIGALUPO ZAPATER: “Culpabilidad por el hecho y medida de la pena”, en *El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad*. Madrid: Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1980, pp. 42-84).

Ya a posteriori, cfr. también –por todos– FRISCH, W. “Die «verschuldeten» Auswirkungen der Tat”, en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, Vol. 119, Nº 7, 1972, pp. 321-322; BRUNS, H.-J. *Strafzumessungsrecht...*, 2ª ed., 1974, pp. 404 y ss.; o ZIPF, H. *Die Strafzumessung...*, 1977, pp. 23 y ss.

Y, en un sentido crítico con la incidencia real de tal postulado en la individualización penal, véase (muy recientemente) PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, pp. 229-230.

<sup>88</sup> En un primer momento, Günther ELLSCHEID y Winfried HASSEMER (“Strafe ohne Vorwurf. Bemerkungen zum Grund strafrechtlicher Haftung”, en LÜDERSSEN, K. / SACK, F. [eds.]. *Seminar: Abweichendes Verhalten II – Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität. Band 1. Strafgesetzgebung und Strafrechtsdogmatik*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1975, pp. 266-292) apostaron por medir la pena sin recurrir a la culpabilidad, acudiendo en su defecto al principio –estrictamente jurídico, y no metafísico como lo es aquélla– de proporcionalidad. Una postura que fue pronto rechazada por KAUFMANN, Arthur. “Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeits-grundsatz”, en WARDA, G. *et aliter* (eds.). *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag*. Berlín: Walter de Gruyter, 1976, pp. 26-38.

<sup>89</sup> “A la vista del gran número de personas que son tratadas con reglas jurídicas imprecisas en la determinación de la pena, no puede sorprender que supuestos semejantes sean castigados de forma diferente en distinto tiempo y lugar. [...] Y así, por ejemplo, en el periodo 1985/86, de los autores de un delito de hurto en un caso especialmente grave (§§ 242, 243 [StGB]) que poseían antecedentes penales, se beneficiaron de una suspensión condicional de la pena un 7,9% en el ámbito de jurisdicción del LG [“Landgericht”] Hanau y[, de otro lado,] un 56,1% en el (cercano) de LG Limburg” (JESCHECK, H.-H. / WEIGEND, T. *Tratado...*, 5ª ed., 2002, p. 943; he eliminado la negrita original, por motivos estilísticos).

Y al hilo de lo anterior, en segundo lugar, circunscribir este tema a las grandes teorías del Derecho penal, que a menudo remiten a “cosmovisiones” iusfilosóficas, sólo contribuye a encorsetar el debate, anclándolo así en algo “identitario”. O peor todavía, intuyo que el peligro estaría en bloquear, *ab initio*, los eventuales acuerdos intersubjetivos en torno a elementos concretos que midan la culpabilidad, a los cuales sería viable llegar en la ausencia de condicionamientos maximalistas. Por ello, mi “trazado” metodológico toma un rumbo diferente: no será ya deducir a partir de proposiciones abstractas, sino buscar un catálogo (*numerus apertus*<sup>90</sup>) de lugares comunes –o “*topoi*”–, inferidos de la reiterada observación fenomenológica de aquellas situaciones procesales parejas.

Como bien explica PÉREZ DEL VALLE, ahora un objetivo fundamental de la doctrina es ya elaborar (y ordenar) una serie de factores relevantes para la cuantificación del castigo, “[...] que puedan ser aceptados[,] en un cuadro plural sobre los fines de la pena [...]”<sup>91</sup>. Pues “[...] de otro modo, el enfrentamiento conceptual [...] hace imposible tanto el debate como la [prudente] aplicación [...] de los criterios”<sup>92</sup>, en un contexto de razonabilidad discursiva. De forma análoga, incluso JESCHECK sugiere adoptar mecanismos que promuevan el entendimiento entre distintas instancias competentes<sup>93</sup>, en aras de aunar las decisiones individualizadoras ampliamente admitidas<sup>94</sup> –por la “*communis opinio*”. Y con mayor motivo si cabe en esa materia de una trascendencia colosal para el reo<sup>95</sup>, en la que nos incumbe optimizar la seguridad jurídica.

---

<sup>90</sup> Esto es, de entrada, no exhaustivo, y desde luego sujeto a evolución posterior por aportaciones doctrinales y jurisprudenciales.

<sup>91</sup> PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, p. 228.

<sup>92</sup> *Ibid.*

<sup>93</sup> “Esto puede llevarse a cabo informalmente[,] a través del simple intercambio de información o, por ejemplo, a través de seminarios judiciales [–]celebrados regularmente. Pero también es imaginable la elaboración de [algunas] *pautas* que evalúen y unifiquen la individualización de la pena que sea usual en la práctica[,] o [la] que sea considerada adecuada para supuestos que se dan con frecuencia. Tales instrucciones serían [...] valiosas aunque no poseyeran un carácter vinculante[,] en la medida en que los criterios suministrados en ellas descansa[ría]n sobre un posible y amplio consenso[,] entre la práctica [forense] y la doctrina” (JESCHECK, H.-H. / WEIGEND, T. *Tratado...*, 5ª ed., 2002, p. 944; mantengo la cursiva empleada por el autor).

<sup>94</sup> Así, cfr. –muy especialmente– PFEIFFER, C. / OSWALD, M. (eds.). *Strafzumessung...*, 1989, pp. 88-90, 120 y 290; WEIGEND, T. “Richtlinien für die Strafzumessung”, en VV.AA. *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*. Colonia: Heymann, 1988, pp. 591-602; y STRENG, F. *Strafzumessung und relative Gerechtigkeit*. Heidelberg: Decker & Müller, 1984, pp. 304-312.

<sup>95</sup> La dogmática “[...] ha descuidado por completo durante décadas el campo de la medición de la pena, a pesar de que para el acusado –en muchos casos– la pregunta acerca de la determinación [*quantum*] de la pena es la decisión judicial más importante; mientras que los presupuestos de [la] punibilidad (determinante para la pregunta sobre si se «condena o absuelve») en la práctica generalmente no plantean problemas especiales, dado que el porcentaje de absolución en Alemania se encuentra [ya]

Sin ánimo de reproducir aquí lo dicho por todos aquellos autores que tomaron postura en este asunto<sup>96</sup>, resulta muy oportuno presentar un “estado de la cuestión”, con tal de plasmar (en un sumario valorativo) dónde se enmarcaría mi propuesta alternativa. En el ámbito alemán surgen tres aportaciones capitales que han “permeado” en nuestro país, pre-configurando así la manera de entender las cosas. De un lado, y de gran importancia a la hora de contribuir a racionalizar las operaciones de concreción de la pena, recupero “la distinción técnica”<sup>97</sup> entre los factores reales, finales o lógicos<sup>98</sup>; desde que SPENDEL la enunciara<sup>99</sup>, ha gozado de buena acogida en la doctrina, salvo algunas excepciones<sup>100</sup>. De ellos, el aspecto terminante es el potencial teleológico que se confiere a la reflexión sobre los fundamentos y límites del *ius puniendi* estatal.

Respecto de la decisión individualizadora dentro de la horquilla específica, no es menos crucial para nuestra discusión la noción de “*Spielraum*”<sup>101</sup> –o espacio de juego–, absolutamente extendida hoy en día. Esta teoría tiene origen jurisprudencial, al aplicar el § 46 StGB<sup>102</sup>: en cada caso, la sanción adecuada a la culpabilidad<sup>103</sup> del reo es irreducible a

---

por debajo del 4% [...]” (SCHÜNEMANN, B. “Prólogo”, en HÖRNLE, T. *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*. Buenos Aires: F. J. Di Plácido Editor, 2003, p. 17).

<sup>96</sup> Para un tratamiento en profundidad, véanse –por todos– los estudios de BESIO HERNÁNDEZ (*Los criterios...*, 2011, pp. 88 y ss.), DEMETRIO CRESPO (*Prevención...*, 1999, pp. 44 y ss.) y ZIFFER (*Lineamientos de la determinación de la pena*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2ª ed., 1999, pp. 27 y ss.).

<sup>97</sup> BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, p. 48.

<sup>98</sup> Cfr. *supra* en el apartado primero del Capítulo I.

<sup>99</sup> Véase SPENDEL, G. *Zur Lehre...*, 1954, pp. 191 y ss.

<sup>100</sup> Por ejemplo, Patricia ZIFFER (*Lineamientos...*, 2ª ed., 1999, pp. 95-96) nos advierte –con buen tino– de que tales categorías han tenido un efecto perverso, de desplazar “la atención del punto decisivo de la determinación de la pena: la graduación del ilícito culpable” (p. 96).

<sup>101</sup> Con gran detalle sobre la evolución de estos planteamientos, cfr. DEMETRIO CRESPO (*Prevención...*, 1999, pp. 188 y ss.), quien sitúa un antecedente indirecto en la obra del penalista hegeliano Albert F. BERNER (*Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. Leipzig: B. Tauchnitz, 18ª ed., 1898, pp. 7-8).

Y para una perspectiva crítica, véanse muy especialmente BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 51 (nota 43), 137 y ss.; ZIFFER, P. *Lineamientos...*, 2ª ed., 1999, pp. 49 y ss.; HÖRNLE, T. *Determinación...*, 2003, pp. 39 y ss.; o SCHÜNEMANN, B. “Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht”, en SCHÜNEMANN, B. (coord.). *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*. Berlín: Walter de Gruyter, 1984, pp. 187 y ss.

<sup>102</sup> Así reza el precepto citado, en su versión auténtica (sin traducción):

“§ 46. Grundsätze der Strafzumessung.

(1). *Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe. Die Wirkungen, die von der Strafe für das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu erwarten sind, sind zu berücksichtigen.*

(2). *Bei der Zumessung wägt das Gericht die Umstände, die für und gegen den Täter sprechen, gegeneinander ab. Dabei kommen namentlich in Betracht:*

- *die Beweggründe und die Ziele des Täters, besonders auch rassistische, fremdenfeindliche oder sonstige menschenverachtende,*

un *quantum* exacto o matemático (“*Punktstrafe*”<sup>104</sup>); en cambio, hay una zona de penas posibles –a priori, igual de justas<sup>105</sup>–, desde un mínimo, lo que ya compensa su responsabilidad personal por el hecho, hasta un máximo aún proporcional a ello. En el interior del abanico, el sentenciador escoge la medida numérica, en función de consideraciones preventivas, y con especial atención al catálogo (abierto) de criterios enumerados en la ley.

Hay otra *deuda* principal hacia la dogmática germana en la materia, esta vez con carácter esencialmente metodológico. Ya en 1954, Günter SPENDEL sugirió un modelo tripartito, para sistematizar el proceso de individualización<sup>106</sup>; algo que BRUNS reformuló con su (conocido) esquema de cinco fases<sup>107</sup>, adoptado casi sin fisuras<sup>108</sup> en el debate posterior<sup>109</sup>. A grandes rasgos, la propuesta se basa en optar por los fines penales con una incidencia en la concreción del castigo, para después asignar la oportuna dirección valorativa a los elementos “reales” selectos; y todo ello antes de ponderar tales exigencias –en ocasiones contradictorias entre sí–, que se convierten en una magnitud condenatoria. Tras esa breve síntesis de lo *fraguado* en Alemania, a continuación vuelvo la mirada a nuestro ámbito académico más cercano.

- 
- *die Gesinnung, die aus der Tat spricht, und der bei der Tat aufgewendete Wille,*
  - *das Maß der Pflichtwidrigkeit,*
  - *die Art der Ausführung und die verschuldeten Auswirkungen der Tat,*
  - *das Vorleben des Täters, seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse sowie*
  - *sein Verhalten nach der Tat, besonders sein Bemühen, den Schaden wiedergutzumachen, sowie das Bemühen des Täters, einen Ausgleich mit dem Verletzten zu erreichen. [...]“.*

<sup>103</sup> En tanto que, para el Código, se trata de la “directriz principal y rectora de la tarea de individualización judicial de la pena [...]” (BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, p. 138).

<sup>104</sup> Originariamente, cfr. KAUFMANN, Arthur. *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*. Heidelberg: Winter Verlag, 1961, pp. 65 y ss.; o BRUNS, H.-J. “Der «Bestimmtheitsgrad» der Punktstrafe im Strafzumessungsrecht”, en *Neue Juristische Wochenschrift*, Vol. 32, N° 6, 1979, pp. 289 y ss. Empero, y con un sentido crítico, véanse HOFFMANN, N. D. *Punktstrafe und Spielraumtheorie. Wahrheit und Vertretbarkeit im Recht*. Frankfurt a.M.: Grin Verlag, 2008, *passim*; o ZIPF, H. *Die Straf-massrevision...*, 1969, p. 192.

<sup>105</sup> Y, entonces, el ejercicio del arbitrio judicial no es susceptible de una revisión *ad quem*; cfr. BRUNS, H.-J. *Strafzumessungsrecht...*, 2ª ed., 1974, pp. 267 y ss.; o GRÜNWARD, G. “Tatrichterliches Ermessen bei der Strafzumessung?”, en *Monatsschrift für Deutsches Recht*, Vol. 13, 1959, pp. 713-717.

<sup>106</sup> Así, véase SPENDEL, G. *Zur Lehre...*, 1954, pp. 191 y ss.

<sup>107</sup> Cfr. BRUNS, H.-J. *Strafzumessungsrecht...*, 2ª ed., 1974, pp. 6 y ss.

<sup>108</sup> Por el contrario –verbigracia–, Franz STRENG (*Strafzumessung...*, 1984, p. 46) sí que se lamenta de que dicha clasificación no ayude a solventar los problemas reales del juez en la última fase de concretar el castigo, aunque le reconoce potencial explicativo y pedagógico.

<sup>109</sup> En Alemania, véase (por todos) MONTENBRUCK, A. *Abwägung und Umwertung. Zur Bemessung der Strafe für eine Tat und für mehrere Taten*. Berlín: Duncker & Humblot, 1989, pp. 20 y ss. O en el ámbito hispano, cfr. –entre otros– los autores citados en la nota a pie número 114 del presente epígrafe.



*Grosso modo*, un estudio transversal y analítico de la bibliografía existente en la doctrina hispana nos permite llegar a tres conclusiones cardinales. Primero, “[...] no cabe duda de que los fines del Derecho penal<sup>110</sup> resultan relevantes para la individualización [...], en tanto factores finales de [la] decisión”<sup>111</sup>. Entonces, el tenor literal de los dos criterios generales establecidos en el art. 66.1.6ª CP únicamente logra su sentido “lógico-valorativo” a la luz de aquéllos<sup>112</sup>. Pues sólo así puede interpretarse qué circunstancias del hecho o del autor orientan a un juez, y cómo equilibrar su correspondiente gradualidad en el *quantum* de castigo<sup>113</sup>. Según afirma BACIGALUPO ZAPATER, la elección sobre la medida del reproche se obtiene de transformar los elementos considerados en una específica expresión numérica para cada sanción, atribuyéndoles luego su influjo (mitigador o agravatorio), en función del enfoque teórico sostenido<sup>114</sup>.

---

<sup>110</sup> Acerca de ello, ya Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (*Aproximación...*, 1992, p. 180) nos advirtió —en su momento— de que es preferible esta expresión, más amplia, puesto que “[...] el Derecho penal no sólo se explica por la pena (o la medida de seguridad), ni reduce sus fines en sociedad a lo que éstas puedan cumplir”.

Y en cambio, Santiago MIR PUIG (*Derecho penal...*, 10ª ed., 2015, p. 84) sí cree que “la función del Derecho penal depende de la función que se asigne a la pena y a la medida de seguridad, como medios más característicos de [su] intervención [...]” (elimino la negrita original, por razones estilísticas).

<sup>111</sup> BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, p. 49.

<sup>112</sup> En dicha línea, véanse —entre otros— MIR PUIG, S. *Derecho penal...*, 10ª ed., 2015, p. 768; MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal...*, 9ª ed., 2015, p. 528; MAPELLI CAFFARENA, B. *Las consecuencias...*, 5ª ed., 2011, p. 245; BACIGALUPO ZAPATER, E. *Teoría... Tomo II*, 2009, p. 933; GALLEGRO DÍAZ, M. “El sistema...”, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. / GUARDIEL SIERRA, M. / CORTÉS BECHIARELLI, E. (coords.). *Estudios...*, 2003, p. 348; y DEMETRIO CRESPO, E. *Prevención...*, 1999, pp. 44 y 73.

<sup>113</sup> “La determinación de qué fines persigue la pena, en qué momento, y con qué intensidad en cada momento[,] en la intervención del sistema penal, es la clave a partir de la cual se obtiene [una] respuesta tanto a la cuestión de la dirección valorativa de los factores reales que concurre en la I.J.P. [individualización judicial de la pena], como a la del peso de los mismos en la pena final a imponer” (DEMETRIO CRESPO, E. *Prevención...*, 1999, p. 73).

<sup>114</sup> Así, Enrique BACIGALUPO ZAPATER (*Teoría... Tomo II*, 2009, pp. 933 y ss.) señala que la concreción del castigo supone una operación intelectual que se lleva a cabo en estos cuatro niveles sucesivos:

- (i) seleccionar y jerarquizar los fines de la pena atendibles, sin que ello venga predeterminado legal o constitucionalmente;
- (ii) fijar los elementos fácticos o personales que se tendrán en cuenta, *ad casum*, en conexión con esas premisas anteriores;
- (iii) valorar tales criterios concretos, ponderando su uso (sea a favor o en contra del reo) dentro del marco específico; y
- (iv) convertir tales consideraciones precedentes en una magnitud numérica, la que corresponda para cada sanción a imponer.

A dicho planteamiento se adhiere —casi sin reservas— José Antonio CHOCLÁN MONTALVO (*Individualización...*, 1997, pp. 172 y ss.), si bien reconduce los pasos a sólo dos, a partir de la unión de algunos de los anteriores. O de una forma similar, Patricia ZIFFER (*Lineamientos...*, 2ª ed., 1999, pp. 93 y ss.) divide el proceso de determinación en fases, que pivotan en torno a la opción por los fines penales; éstos constituyen el “[...] marco conceptual ineludible, y permite[n] realizar una selección previa del material a ser tomado en cuenta[,] y un primer lineamiento acerca de cuál es la importancia [...] que se otorgue [...]” (p. 94).

Más aún, la jurisprudencia se une gustosa a dicha corriente, y admite una clara proyección de los fines de la pena<sup>115</sup>, en el proceso de concreción, a través de modelos basados en la “*Spielraumtheorie*”<sup>116</sup>. Ahora bien, en sede casacional, los pronunciamientos sobre esta materia surgen al hilo del deber de motivar (arts. 120.3 CE y 72 CP) las resoluciones condenatorias –explícitamente, la extensión del castigo<sup>117</sup>. Y, en tal contexto, el Tribunal Supremo apela al potencial justificativo que las tradicionales doctrinas del *ius puniendi* brindan al juez, para que cimente su argumentación en derecho<sup>118</sup>. Una línea abierta a cualquier discurso filosófico, incluso retributivo o intimidatorio<sup>119</sup>; sin embargo, hay una cierta primacía de lo preventivo-especial<sup>120</sup>. Por ejemplo, diversas sentencias avalan, amparando las razones de instancia, que el carácter peligroso del autor repercute al alza en la individualización<sup>121</sup>.

Una última consideración en este primer nivel merece la llamada “antinomía” de los fines de la pena<sup>122</sup>, que podría generar diferencias sustanciales<sup>123</sup> al graduar el *quantum*

---

<sup>115</sup> También en otras instituciones jurídico-penales utiliza el Tribunal Supremo argumentos relativos al ámbito de las teorías iusfilosóficas; esto ocurre, por ejemplo, con la prescripción o la acumulación de condenas –cfr. BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 165-169.

<sup>116</sup> Véase BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 172 y ss. –con amplias referencias.

<sup>117</sup> Y, precisamente, a ello se refiere Carlos PÉREZ DEL VALLE (*Lecciones...*, 2016, p. 228) cuando afirma que “[...] es conveniente situar el debate teórico [...] en la posibilidad de que un juez o un tribunal revisen la individualización de la pena realizada por otro [...]. Este marco procesal [...] es el adecuado para el examen de la cuestión”.

<sup>118</sup> Una vez más, aquí se pone de manifiesto que el sometimiento de los magistrados al “imperio de la ley” lo es a todo el ordenamiento, en su complejo sistema de fuentes. Y, por lo tanto, cabe interpretar las normas escritas –aunque sea sólo subsidiariamente– con la ayuda de los principios jurídicos o las reflexiones teórico-dogmáticas, para resolver los casos de la mejor manera posible. Algo parecido a lo que pasa con la Administración Pública española, cuyo objetivo es servir al interés general con sujeción plena “a la ley y al Derecho” (art. 103.1 CE).

<sup>119</sup> Cfr. BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 164 y ss. –con muchas referencias jurisprudenciales en tal sentido. Igualmente, en Alemania se constata un discurso preventivo-general en los tribunales, según explica con gran detalle DEMETRIO CRESPO (*Prevención...*, 1999, pp. 134-138).

<sup>120</sup> En este sentido, véanse –por todas– las SSTs 28/2009, de 23 de enero; 252/2008, de 22 de mayo; 174/2007, de 9 de marzo; 197/2006, de 28 de febrero; ó 145/2005, de 7 de febrero; así como también otras citadas en BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 172 y ss.

<sup>121</sup> Verbigracia, cfr. así la STS 683/2009, de 15 de junio, FJ 5º: “Los factores de la individualización invocados por la Audiencia son correctos, pues se explican desde la perspectiva de la prevención especial, dado que revelan una actitud del acusado de resistencia ante la actuación policial, y de aumentada desconsideración hacia la víctima, que efectivamente incrementa la gravedad de los hechos”.

<sup>122</sup> Al respecto, véanse especialmente GRIBBOHM, G. “Vorbemerkungen...”, en VV.AA. *LK-StGB. Band 2*, 11ª ed., 1995, p. 107; LUZÓN PEÑA, D.-M. *Medición...*, 1979, pp. 16 y ss., 58 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER, E. “Significación y perspectiva de la oposición «Derecho penal - Política criminal»”, en *Revue Internationale de Droit Pénal*, N° 1, 1978, pp. 16 y ss.; MÜLLER-DIETZ, H. *Strafvollzugsrecht*. Berlín: Walter de Gruyter, 1977, pp. 62 y ss.; MIR PUIG, S. *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método*. Barcelona: Bosch, 1976, pp. 83 y ss.; HASSEMER, W. *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*. Reinbek: Rowohlt, 1974, pp. 56 y ss.; CALLIESS, R.-P. *Theorie der Strafe im demokratischen und sozia-*

de castigo<sup>124</sup>. En efecto, los criterios de medición elegidos y su operatividad (a favor o en contra) práctica toman rumbos en ocasiones opuestos, si los deducimos a partir de posturas puramente ideológicas<sup>125</sup>; verbigracia, la “alarma social” suele acarrear un olvido de la reinserción. Aunque todo ello emana de un problema mayor, y que DEMETRIO CRESPO recapitula así: la coexistencia de los principios de culpabilidad y prevención –u orientación a las consecuencias– en el fundamento del sistema provoca una cierta irracionalidad<sup>126</sup>. A su vez ésta “se eleva a su máxima expresión”<sup>127</sup> en el terreno que nos ocupa, donde atendemos a los aspectos procedentes de ambos axiomas en apariencia irreconciliables<sup>128</sup>.

No en vano, advierte Eduardo DEMETRIO que los posicionamientos teóricos condicionan las opciones en materia de la individualización, pues sólo unos fines admisibles en las bases del Derecho penal habrán de proyectarse en tal fase<sup>129</sup>. Entonces, no será lógico defender planteamientos retributivos<sup>130</sup> (“*Schuldausgleich*”) para concretar un reproche,

---

*len Rechtsstaat. Ein Beitrag zur strafrechtsdogmatischen Grundlagendiskussion.* Frankfurt a.M.: Fischer Taschenbuch, 1974, pp. 75 y ss.; y AMELUNG, K. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage.* Frankfurt a.M.: Athenäum, 1972, pp. 358 y ss.

<sup>123</sup> Según afirma LUZÓN PEÑA (*Medición...*, 1979, p. 38), la individualización de la pena es “el campo de tensión” donde a menudo se enfrentan las exigencias contrapuestas de las dos caras de la prevención, en tanto que fase intermedia entre la conminación y la ejecución.

<sup>124</sup> Así, para un abordaje –muy exhaustivo– de los múltiples conflictos teórico-prácticos que suscitan los habituales fines penales, cfr. DEMETRIO CRESPO, E. *Prevención...*, 1999, pp. 77-91.

<sup>125</sup> No obstante, Enrique BACIGALUPO ZAPATER (“Sobre la ideología de las teorías de la pena”, en *Circunstancia*, N° 16, 2008 [disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2655077>>; última consulta: 03.03.2017]) reivindica la presencia de un “verdadero discurso ideológico” en torno a los límites del *ius puniendi* estatal, algo que –no en vano– “existió siempre” en la tradición del pensamiento occidental. Y también Eduardo DEMETRIO CRESPO (*Prevención...*, 1999, p. 48 [nota 41]) reconoce que “[...] es un tema político”.

<sup>126</sup> Acerca de ello, véase BAURMANN, M. C. *Zweckrationalität und Strafrecht. Argumente für eine tatbezogenes Maßnahmenrecht.* Opladen: Westdeutscher Verlag, 1987, *passim*.

<sup>127</sup> DEMETRIO CRESPO, E. *Prevención...*, 1999, p. 32.

<sup>128</sup> Cfr. –por todos– GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. “Racionalidad...”, en *RFDUCM*, N° 3 (extraordinario), 1980, pp. 129-194; y VV.AA. *Pönometrie...*, 1977, *passim*.

<sup>129</sup> Véase DEMETRIO CRESPO, E. *Prevención...*, 1999, p. 48. Sin embargo, no sucede igual a la inversa: que un fin del Derecho penal sea elemento legitimador del sistema “no implica necesariamente la admisión de su virtualidad como factor de la I.J.P. [...]”.

Para una distinción entre niveles argumentales, cfr. HART, H. L. A. *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law.* Oxford: Oxford University Press, 2ª ed., 2008, pp. 1-27; SCHAEFERDIEK, S. *Die kurze Freiheitsstrafe im schwedischen und deutschen Strafrecht.* Berlin: Duncker & Humblot, 1997, pp. 198 y ss.; ALBRECHT, H.-J. *Strafzumessung...*, 1994, pp. 24-25; y HIRSCH, G. “Vorbemerkungen...”, en VV.AA. *LK-StGB*, 1985, 10ª ed., p. 6.

<sup>130</sup> Empero, así lo hacen –entre otros– SCHAEFERDIEK, S. *Die kurze...*, 1997, pp. 205 y ss.; BRUNS, H.-J. *Das Recht...*, 2ª ed., 1985, p. 82; y KÖHLER, M. *Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung.* Heidelberg: Decker & Müller, 1983, *passim*.

si antes se han desechado para una legitimación externa<sup>131</sup> –y viceversa. En suma, esta asunción (que es, en esencia, político-criminal, o acaso subsidiariamente dogmática) de nociones iusfilosóficas se erige en “una determinación previa y necesaria a la cuantificación”<sup>132</sup> sancionatoria. En el ordenamiento español vigente, la gravedad del hecho y las circunstancias personales del autor se interpretan, pues, en clave teleológica, por su integral dependencia valorativa<sup>133</sup> con el llamado “*triángulo mágico*”<sup>134</sup> de la “*Praxis der Strafzumessung*”.

La segunda conclusión tiene que ver con la incidencia real de los factores finales en la decisión individualizadora, lo que sucederá cuando se atribuye a aquéllos “[...] la virtualidad de [...] operar específicamente [...] [,] permitiendo mayores o menores medidas de pena”<sup>135</sup>. Y en dicho punto verifico un acuerdo muy amplio en la doctrina hispana, sólo alterado por leves –a veces, insignificantes– alejamientos del enfoque común<sup>136</sup>; empero, ya desde hace años hay interesantes novedades, y que han servido para vivificar el debate<sup>137</sup>. De entrada, aún es habitual rechazar papel alguno para retribución o prevención general<sup>138</sup>, así como utilizar, de un modo prioritario, consideraciones resocializadoras y/o *peligrosistas*<sup>139</sup>. No obstante, la influencia de éstas se encuadraría dentro de las

---

<sup>131</sup> En una línea similar, véase la crucial crítica de Michael C. BAURMANN (*Folgenorientierung und subjektive Verantwortlichkeit*. Baden-Baden: Nomos, 1981, pp. 7 y ss.): resulta esquizofrénico rechazar un fundamento retributivo del sistema penal y, al mismo tiempo, basar la distribución concreta de los castigos en el principio de culpabilidad.

<sup>132</sup> BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, p. 49.

<sup>133</sup> Luego “[...] los fines del Derecho penal tendrán incidencia sobre los factores reales[,] en el sentido de posibilitar una interpretación respecto de qué circunstancias de hecho se incluyan en esos conceptos y, muy especialmente, [...] para dilucidar cómo operan en la práctica [...] de su ponderación, como una valoración negativa ([i.e.] que importe una mayor pena) o positiva (menor pena) para el delincuente” (BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, p. 50).

<sup>134</sup> ZIPF, H. “Principios fundamentales de la determinación de la pena”, en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 17, 1982, p. 353; la cursiva es del autor, en el texto traducido.

<sup>135</sup> BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, p. 89.

<sup>136</sup> Que implican, por ejemplo, la posibilidad –“*extra legem*”– de sobrepasar el límite mínimo del marco penal inicial, por razones preventivo-especiales.

<sup>137</sup> Véanse –por todos– los autores citados en el próximo epígrafe (V.3), y que se encuadran en un enfoque *stricto sensu* dogmático de las labores individualizadoras del juez sentenciador.

<sup>138</sup> En torno a dichos planteamientos, cfr. –respectivamente– LUZÓN PEÑA, D.-M. *Medición...*, 1979, pp. 24 y ss.; o DEMETRIO CRESPO, E. *Prevención...*, 1999, pp. 35, 49, 133 y ss. (con referencias ulteriores). Más aún, BESIO HERNÁNDEZ (*Los criterios...*, 2011, pp. 150-164) resume las críticas principales formuladas a ambas teorías de la pena, con numerosas citas bibliográficas.

<sup>139</sup> Véanse –entre muchos otros– MIR PUIG, S. *Derecho penal...*, 10ª ed., 2015, pp. 771 y ss.; QUINTERO OLIVARES, G. *Parte general...*, 5ª ed., 2015, pp. 720 y ss.; DE LA MATA BARRANCO, N. J. *El principio...*, 2007, pp. 308 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. *Retribución...*, 2007, pp. 727 y ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (dir.). *Derecho penal. Parte general*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2ª ed., 2004, pp. 62 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. *Estudios penales*. Madrid: Colex, 2001, pp. 32-33, 37 y ss.; DEMETRIO CRESPO, E. *Preven-*

lindes de un sub-marco intra-típico<sup>140</sup>, lo que reflejaría *ad casum* la compensación equitativa del “daño” para la comunidad (i.e., la lesividad poseería un potencial cuantificador superior<sup>141</sup>).

En línea con lo afirmado aquí, conviene hacer también un matiz “cardinal”: pese al aparente predominio teórico de lo “individual” en la “*Strafzumessung*” –pues nadie discute el rol crucial de las circunstancias personales del delincuente<sup>142</sup>–, la gravedad del hecho mantiene todavía vivas las perspectivas estabilizadoras. Y, en puridad, las múltiples variantes de la “*positive Generalprävention*”<sup>143</sup> nunca han dejado de estar presentes en el debate contemporáneo sobre la aplicación práctica de los fines del Derecho penal<sup>144</sup> (bien sea en Alemania<sup>145</sup> o España<sup>146</sup>), incluso en sede de concreción del castigo<sup>147</sup>. En

---

*ción...*, 1999, pp. 35 y ss., 93 y ss., 328 y ss.; GARCÍA ARÁN, M. *Fundamentos...*, 1997, pp. 75, 81 y ss.; o CHOCLÁN MONTALVO, J. A. *Individualización...*, 1997, pp. 85 y ss.

<sup>140</sup> Excepto para MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN (*Derecho penal...*, 9ª ed., 2015, pp. 537 y ss.), quienes no se pronuncian explícitamente sobre la operativa recíproca entre factores finales concurrentes en la individualización, el resto de autores españoles analizados asumen diversas versiones de la teoría del espacio de juego. Ello supone dar una cierta primacía metodológica a la prevención general positiva, que *crea* la segunda intra-horquilla –de penas proporcionales al delito.

<sup>141</sup> Cfr. BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 139-140.

<sup>142</sup> Así, véase especialmente DEMETRIO CRESPO, E. *Prevención...*, 1999, p. 90.

<sup>143</sup> Sobre los modelos teóricos de la prevención general –o integradora– como fin de la pena, cfr. –por todos– DEMETRIO CRESPO, E. *Prevención...*, 1999, pp. 109 y ss. (con un gran aparato crítico) o también las pp. 126 y ss. (para una perspectiva crítica global al respecto de la cuestión).

<sup>144</sup> Verbigracia, véase –recientemente– VON HIRSCH, A. / SEELMANN, K. / WOHLERS, W. (eds.). *Mediating principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*. Baden-Baden: Nomos, 2006 (y su traducción al español: ROBLES PLANAS, R. [ed.]. *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Barcelona: Atelier, 2012).

<sup>145</sup> Entre muchos otros, cfr. SCHÄFER, G. *Praxis...*, 2ª ed., 1995, pp. 168 y ss.; KUNZ, K.-L. “Prävention oder gerechte Zurechnung. Überlegungen zur normativen Kontrolle utilitaristischer Strafbegründung”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 98, Nº 4, 1986, pp. 823 y ss.; STRENG, F. *Strafzumessung...*, 1984, *passim*; BAUMANN, J. *Grundbegriffe und System des Strafrechts*. Stuttgart: Kohlhammer, 1979, pp. 56 y ss.; SCHNELLE, K. *Die Funktion generalpräventiver Gesichtspunkte bei der Strafzumessung*. Göttingen: Jur. Diss., 1977, pp. 165 y ss.; CALLIESS, R.-P. *Theorie...*, 1973, pp. 191 y ss.; BRUNS, H.-J. “Die «Generalprävention» als Zweck und Zumessungsgrund der Strafe? Eine Analyse der Rechtsprechung”, en WELZEL, H. *et alter* (eds.). *Festschrift für Hellmut von Weber zum 70. Geburtstag*. Bonn: Ludwig Röhrscheid, 1963, pp. 75-97; HARDWIG, W. “Tat- und Täterstrafrecht im Lichte der Strafrechtsreform”, en *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, Vol. 42, Nº 1, 1959, pp. 1-25; y NOWAKOWSKI, F. “Freiheit, Schuld, Vergeltung”, en HOHENLEITNER, S. *et alter* (eds.). *Festschrift für Theodor Rittler zu seinem 80. Geburtstag*. Aalen: Scientia, 1957, pp. 55 y ss.

<sup>146</sup> Por ejemplo, véanse –por todos– PÉREZ MANZANO, M. *Culpabilidad y prevención. Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación y de la pena*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1990, pp. 259 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, S. *Sobre el concepto del Derecho penal*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1981, p. 368; y MIR PUIG, S. *Introducción...*, 1976, p. 160.

<sup>147</sup> Para un repaso exhaustivo sobre esa materia, cfr. –muy especialmente– DEMETRIO CRESPO, E. *Prevención...*, 1999, pp. 146 y ss. (con numerosas citas y referencias ulteriores).

efecto, de entre los paradigmas considerados tradicionales, muchos autores que en sus planteamientos sistemáticos usan las tres nociones de “*Spielraum*”<sup>148</sup>, “*Stellenwert*”<sup>149</sup> y “*sozialen Gestaltungsaktes*”<sup>150</sup> luego defienden una labor judicial orientada parcialmente a la integración normativa.

Por ejemplo, en tiempos más recientes destacan las aportaciones de HÖRNLE<sup>151</sup> y FEIJOO<sup>152</sup>: ambos conectan –de un modo u otro, con engarce heterogéneo– su postura iusfilosófica a la elaboración dogmática de las cuestiones relativas a la individualización. Para la discípula de SCHÜNEMANN<sup>153</sup>, el quid es transformar *ad casum* los criterios del § 46 StGB en una medida numérica de penas, con base a una escala proporcional al daño real para los bienes jurídicos<sup>154</sup>. Y, en cambio, el catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid apuntala su propuesta analítica<sup>155</sup> acerca del proceso de cuantificación

---

<sup>148</sup> A tal respecto, véanse GRIBBOHM, G. “Vorbemerkungen...”, en VV.AA. *LK-StGB. Band 2*, 11ª ed., 1995, pp. 107 y ss.; ALBRECHT, H.-J. *Strafzumessung...*, 1994, p. 37; NEUMANN, U. “Zur Bedeutung von Modellen in der Dogmatik des Strafzumessungsrechts («Punktstrafe», «Spielraumtheorie», «Normanfall»)”, en SEEBODE, M. *et alter* (eds.). *Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992*. Berlín: Walter de Gruyter, 1992, pp. 443 y ss.; HIRSCH, G. “Vorbemerkungen...”, en VV.AA. *LK-StGB*, 1985, 10ª ed., pp. 12 y ss.; ROXIN, C. “Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht”, en KAUFMANN, A. (ed.). *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978*. Múnich: C. H. Beck, 1979, pp. 306 y ss.; LACKNER, K. *Über neue Entwicklungen in der Strafzumessungslehre und ihre Bedeutung für die richterliche Praxis*. Heidelberg: C. F. Müller, 1978, pp. 12 y ss.; BRUNS, H.-J. *Strafzumessungsrecht...*, 2ª ed., 1974, pp. 264 y ss.; SCHAFFSTEIN, F. “Spielraum-Theorie, Schuldbegriff und Strafzumessung nach den Strafrechtsreformgesetzen”, en LACKNER, K. *et alter* (eds.). *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973*. Berlín: Walter de Gruyter, 1973, pp. 107 y ss.; ZIPF, H. *Die Strafmassrevision...*, 1969, pp. 55 y ss.; y DREHER, E. “Zur Spielraumtheorie...”, en *JZ*, Vol. 22, Nº 2, 1967, pp. 41-46.

<sup>149</sup> Introducida *ab initio* por Heinrich HENKEL (*Die “richtige”...*, 1969, pp. 49-50), luego fue “reelaborada” dogmáticamente por Eckhart HORN (“Wider die «doppelspurige Strafhöhenzumessung», en GRÜNWARD, G. [ed.]. *Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag am 28. Juli 1975*. Göttingen: J. Schwartz, 1975, pp. 241-254) y complementada –desde una perspectiva criminológica– por Heinz SCHÖCH (“Kriminologie und Strafgesetzgebung”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 92, Nº 1, 1980, pp. 143-184; o “Grundlagen und Wirkungen der Strafe. Zum Realitätsgehalt des § 46, Abs. I, StGB” en GRÜNWARD, G. [ed.]. *FS-Schaffstein...*, 1975, pp. 255-273).

<sup>150</sup> La formulación original de la expresión se debe a Eduard DREHER (*Über die gerechte...*, 1947, pp. 64 y ss., 127 y ss.; “Zur Spielraumtheorie...”, en *JZ*, Vol. 22, Nº 2, 1967, pp. 41-46; o “Rationalere...”, en VV.AA. *Pönometrie...*, 1977, pp. 37-48). Posteriormente fue asumida por Hans-Heinrich JESCHECK y Thomas WEIGEND (*Tratado...*, 5ª ed., 2002, pp. 940 y ss.) –entre muchos otros.

<sup>151</sup> Así, cfr. *Tatproportionale...*, 1999, *passim*; “Kriterien für die Herstellung von Tatproportionalität”, en FRISCH, W. / VON HIRSCH, A. / ALBRECHT, H.-J. (eds.). *Tatproportionalität...*, 2003, pp. 99 y ss.; y *Determinación...*, 2003, *passim*.

<sup>152</sup> Véanse *Retribución...*, 2007, pp. 677 y ss.; e “Individualización...”, en *InDret 1/2007*, *passim*.

<sup>153</sup> La influencia de su maestro se hace en ella evidente; cfr. *infra*, al inicio del próximo epígrafe (V.3).

<sup>154</sup> Tal y como siempre ocurre con este tipo de aproximaciones, el problema radica en fijar los topes inferior y superior de la horquilla proporcional; así, véanse DEMETRIO CRESPO, E. *Prevención...*, 1999, pp. 203 y ss.; o ALBRECHT, H.-J. *Strafzumessung...*, 1994, pp. 39 y ss.

<sup>155</sup> Cfr. aquí especialmente FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. *Retribución...*, 2007, pp. 677 y ss.

en una lectura funcional o simbólica del régimen *vindicatorio* estatal<sup>156</sup>. Sin embargo, el mérito común es intentar superar aquel enfoque aún mayoritario, que fía las decisiones a un método teleológico *stricto sensu*, en esencia controvertido; así, dicho avance señala el camino para mi investigación en curso.

BESIO HERNÁNDEZ, por su parte, nos ayuda a vislumbrar la conexión entre los factores reales y finales a la hora de concretar un castigo según nuestro Código. En una ausencia de criterios explicitados en el texto, se acostumbra a sostener lo siguiente: gravedad del hecho y circunstancias personales del autor traducen las exigencias de proporcionalidad (de la pena, con un ilícito culpable) y de prevención especial –respectivamente<sup>157</sup>. Esta concepción es hoy mayoritaria en el debate<sup>158</sup>, lo que muestra el *statu quo* de la reflexión sobre los fundamentos y los límites del *ius puniendi*<sup>159</sup>. En tal ámbito, las teorías retributivas cumplen, en la actualidad, un rol de legitimación “negativa”<sup>160</sup> (o mejor, garantista<sup>161</sup>) del sistema, mientras las bases que justifican su existencia son de contenido consecuencialista.

---

<sup>156</sup> Ya antes, aunque desde un planteamiento metodológico distinto, en una línea similar se manifiesta REICHERT, C. *Intersubjektivität...*, 1999, pp. 255 y ss.

<sup>157</sup> De manera clara lo sostiene BESIO HERNÁNDEZ (*Los criterios...*, 2011, pp. 50 [nota 41], 135, ó 201-205). Y, sin embargo, ello no excluye diferentes interpretaciones posibles en derecho acerca de dichas cláusulas legales (*ex art. 66.1.6ª CP*), ni tampoco manifiesta una postura unánime en la doctrina; con una aproximación a distintos puntos de vista, véase *infra*, ya en el próximo epígrafe (V.3).

<sup>158</sup> Así, cfr. ya –verbigracia– MIR PUIG, S. *Derecho penal...*, 10ª ed., 2015, pp. 771-772; MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal...*, 9ª ed., 2015, p. 537; BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 297-299 y 407-408; DE LA MATA BARRANCO, N. J. *La individualización...*, 2008, pp. 155-156; MAPELLI CAFFARENA, B. “El insoportable...”, en VV.AA. *Estudios... Tomo I*, 2008, pp. 1162-1163; CASTELLÓ NICÁS, N. *Arbitrio...*, 2007, pp. 168 y ss.; GALLEGUO DÍAZ, M. “El sistema...”, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. / GUARDIEL SIERRA, M. / CORTÉS BECHIARELLI, E. (coords.). *Estudios...*, 2003, pp. 331 y 349; JORGE BARREIRO, A. “La motivación en la individualización judicial de la pena”, en VV.AA. *Problemas específicos de la aplicación del Código penal. Manuales de Formación Continuada (Nº 4)*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 71 y ss.; DEMETRIO CRESPO, E. *Prevención...*, 1999, pp. 329-330; LUZÓN PEÑA, D.-M. “Observaciones sobre culpabilidad y pena en el Código Penal español de 1995”, en VV.AA. *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*. Granada: Comares, 1999, pp. 165-166; GARCÍA ARÁN, M. *Fundamentos...*, 1997, pp. 82-83; y CHOCLÁN MONTALVO, J. A. *Individualización...*, 1997, pp. 172 y 193.

<sup>159</sup> En mayor profundidad, si bien sólo en relación con el tema tratado aquí, véanse –por todos– BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 53-84; y DEMETRIO CRESPO, E. *Prevención...*, 1999, pp. 51-90.

<sup>160</sup> A este respecto, cfr. –por todos– MAPELLI CAFFARENA, B. *Las consecuencias...*, 5ª ed., 2011, pp. 48-49; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Introducción al Derecho penal*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 4ª ed., 2006, p. 249; BACIGALUPO ZAPATER, E. “Principio de culpabilidad e individualización de la pena”, en VV.AA. *El nuevo...*, 1999, pp. 33 y ss.; DEMETRIO CRESPO, E. *Prevención...*, 1999, p. 62; y CHOCLÁN MONTALVO, J. A. *Individualización...*, 1997, pp. 65 y ss.

<sup>161</sup> Mediante los límites que introducen ya el principio de culpabilidad y sus postulados derivados (dignidad, humanidad, *ultima ratio*, necesidad, etc.); véanse MORILLAS CUEVA, L. “La función de la pena en el Estado social y democrático de derecho”, en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Nº

Zanjo ahora la segunda observación conclusiva de las que enuncié arriba, otra vez con perspectiva sintética, y apoyado en la exhaustiva tarea recopilatoria de la obra de BESIO –quien tampoco escatima lo propositivo<sup>162</sup>. Sentado que “[...] los criterios legales de individualización [...] pueden y *deben* ser interpretados en clave de fines de la pena”<sup>163</sup>, y con la sola ayuda indirecta del art. 66.1.6ª CP, el “triángulo *mágico*” toma forma aquí de modo singular. La gravedad del hecho manifiesta ciertas pretensiones preventivo-generales<sup>164</sup>, de encaje entre lesividad y sanción, aunque restringidas (*favor dignitatis*<sup>165</sup>) por las garantías materiales neo-retributivas<sup>166</sup>; las circunstancias personales incluyen objetivos resocializadores<sup>167</sup> o *peligrosistas*<sup>168</sup>. Sobre aquéllas, la divergencia se sitúa en un nivel práctico<sup>169</sup>: ¿cómo graduamos la condena?; y los autores en España se decantan mayoritariamente por patrocinar una incidencia a la baja, pero nunca al alza<sup>170</sup>.

---

4, 2013, pp. 47-72; o BACIGALUPO ZAPATER, E. *Teoría y práctica del Derecho penal. Tomo I*. Madrid: Marcial Pons, 2009, pp. 795 y ss.

<sup>162</sup> Cfr. muy especialmente BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 275-296, 350-355, 587 y ss.

<sup>163</sup> BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, p. 181; la cursiva es mía.

<sup>164</sup> Véanse –entre muchos otros– FREUND, G. “La determinación de las consecuencias jurídico-penales como sistema”, en ASÚA BATARRITA, A. / GARRO CARRERA, E. *Hechos...*, 2009, pp. 51-52; ALCÁCER GUIRAO, R. “Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 51, Nº 1-3, 1998, pp. 464 y s.; y SILVA SÁNCHEZ, J.-Mª. *Aproximación...*, 1992, p. 216.

<sup>165</sup> La crítica más letal para la fundamentación preventivo-general del *ius puniendi* es la de que instrumentaliza al delincuente, en aras de la consecución de fines sociales en beneficio de la colectividad –y a costa del reo–; así lo afirman SILVA SÁNCHEZ (*Aproximación...*, 1992, pp. 235 y ss.) y MIR PUIG (*Introducción...*, 1976, pp. 137, 139-140). E igualmente ROXIN (*Derecho penal... Tomo I...*, 2ª ed., 2006, nm. 3/51) considera que dicha mediatización es del todo inevitable, pues “[...] el condenado es siempre el objeto del poder coercitivo del Estado”. Por este motivo se establecerán límites a su ejercicio, sobre la base de los principios de dignidad, culpabilidad y necesidad.

<sup>166</sup> Hasta el punto de que esas restricciones introducidas convierten en jurídico-políticamente tolerable “una cierta instrumentalización del delincuente” (BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, p. 193); lo que se admite hoy en día por razón de “las garantías materiales de proporcionalidad, humanidad, dignidad [...], igualdad y resocialización” (p. 191).

<sup>167</sup> Entonces, según BESIO (*Los criterios...*, 2011, p. 205), a través de las circunstancias personales del reo “[...] deben ser valorados todos aquellos elementos de corte individual, de muy diversa índole, que puedan justificar racionalmente una disminución de la cuantía de [la] pena[,] en orden a la evitación de la desocialización del sujeto activo”.

<sup>168</sup> Si bien, como afirma Martín BESIO HERNÁNDEZ (*Los criterios...*, 2011, p. 420), “[...] la concepción del factor real de circunstancias personales en términos de peligrosidad futura viene dada no por el significado natural de dicha expresión –que [...] es ajena a la idea de peligrosidad–[,] sino [...] por su interpretación en clave preventivo-especial (que se vincula a la evitación de la reincidencia[,] y opera por medio de una prognosis futura de comportamiento)”.

<sup>169</sup> En torno a las discrepancias, cfr. aquí –sobre todo– BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 196 y ss., 297 y ss., ó 407 y ss. (con múltiples referencias bibliográficas).

<sup>170</sup> Así, véanse –por todos– BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 197-205, 410 y ss.; CASTELLÓ NICÁS, N. *Arbitrio...*, 2007, pp. 169 y ss.; SALINERO ALONSO, C. *Teoría...*, 2000, pp. 162-163; DEMETRIO CRESPO, E. *Prevención...*, 1999, pp. 90, 328 y ss.; y CURY URZÚA, E. “La prevención especial como límite de la pena”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 41, Nº 3, 1988, pp. 696 y ss.



Veamos en tercer lugar cómo la doctrina plantea en España la operatividad de los fines penales en función de lo señalado por cada marco específico. De una manera ordinaria, posturas diferentes llegan a una estructura similar para el proceso individualizador<sup>171</sup>: desde la búsqueda de un espacio de juego –interior a la horquilla legal– y hasta la elección de un *quantum* numérico, normalmente dentro de aquél. En cualquier caso, dicho “*Spielraum*” se construye a partir de un principio de proporcionalidad<sup>172</sup> (entre gravedad delictiva y aflicción de la sanción), y luego son consideraciones preventivo-especiales las que influyen en la medida del reproche. Así, un modelo paradigmático es el que sugiere emplear MIR PUIG<sup>173</sup>: la lesividad del ilícito fija el máximo de castigo adecuado a la culpabilidad del reo, pero el mínimo bien puede traspasarse, en aras de fomentar –o no obstaculizar<sup>174</sup>– su ulterior acción conforme a derecho.

Otros autores usan variantes del mismo esquema<sup>175</sup>, cuya característica distintiva es el “peso” mitigador otorgado a las circunstancias personales de un sujeto, como el factor

---

<sup>171</sup> Sobre ello, cfr. BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 88-134.

<sup>172</sup> Normalmente dicha idea trae causa de una aproximación culpabilística, como último reducto de las teorías retributivas. Y, no obstante, LUZÓN PEÑA (*Medición...*, 1979, pp. 24 y ss.) entiende que la proporcionalidad entre delito y sanción es una exigencia inherente a la orientación intimidatoria del sistema, en tanto que ello es un fin superior a la retribución o al principio de igualdad –véase asimismo LUZÓN PEÑA, D.-M. “Prevención general y psicoanálisis”, en MIR PUIG, S. (ed.). *Derecho penal y Ciencias sociales*. Barcelona: UAB, 1982, pp. 145 y ss.

<sup>173</sup> Cfr. MIR PUIG, S. *Derecho penal...*, 10ª ed., 2015, pp. 767 y ss.

<sup>174</sup> Esto es, cuando el sujeto ya se encuentra bien integrado en la comunidad (trabajo, familia, amigos, etc.), y la privación de libertad podría tener efectos muy perjudiciales para su desarrollo en el futuro, al alejarle de un entorno adecuado. O según mantiene DEMETRIO CRESPO (*Prevención...*, 1999, p. 90), “la prevención especial sólo puede conducir [...] a reducciones de la pena en función de las necesidades de resocialización del autor, y a la idea global de [...] la medición de la pena (en la que hay que tener en cuenta las circunstancias personales del delincuente, [pero] precisamente en su favor)”.

<sup>175</sup> Por ejemplo, DEMETRIO CRESPO (*Prevención...*, 1999, pp. 48 y ss., y 160 y ss.; y “Análisis de los criterios de la individualización judicial de la pena en el nuevo Código penal español de 1995”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 50, Nº 1-3, 1997, pp. 323-362) logra llegar a un “sistema operativo” coincidente, aunque desde un posicionamiento teórico más comprometedor. En efecto, afirma el autor que la prevención especial es ahora la única causa final legítima en fase individualizadora, mientras que el influjo anterior y posterior de las consideraciones estabilizadoras sólo determina la decisión cuantitativa del juez de forma indirecta, al haberse delimitado (de antemano) los extremos insuperables y el tope para la suspensión.

O también CHOCLÁN MONTALVO (*Individualización...*, 1997, pp. 67 y ss., 173 y ss.) articula un régimen semejante, con estos dos matices: (i) la gravedad de un hecho se manifiesta en el carácter graduable de la culpabilidad –así, véase “La pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad”, en *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 6, 1996, pp. 1514-1524–, que para cada caso concreto permite fijar una horquilla (dentro del marco legal) de castigos proporcionales al delito; y (ii) si los rasgos destacables de la personalidad del autor aconsejaran situarse por debajo de tal suelo, eventualmente podría llegar a tener incidencia la prevención general positiva, mediante esa barrera infranqueable impuesta por la llamada “defensa del ordenamiento jurídico” –en alemán, “*Verteidigung der Rechtsordnung*”.

propio de la individualización penal en clave resocializadora<sup>176</sup>. Según DEMETRIO CRESPO, la cláusula del art. 66.1.6ª CP obliga al juez a estimar los elementos relevantes que sirvan para “una valoración proyectada al futuro sobre los efectos [...] en la vida [...] del reo en sociedad”<sup>177</sup>, siempre *favor libertatis*<sup>178</sup>. En cambio, hay quienes no limitan la incidencia de la prevención especial a rebajar el *quantum* (ya sea dentro o fuera del marco ajustado a la culpabilidad), sino que asumen la doble consecuencia de tales aspectos<sup>179</sup>. Verbigracia, LUZÓN PEÑA sostiene que en el interior de una horquilla proporcional caben múltiples opciones: de recorrer toda la extensión<sup>180</sup> a renunciar al castigo<sup>181</sup>.

---

<sup>176</sup> Y en esta línea formula BESIO (*Los criterios...*, 2011, p. 135) una conclusión preliminar de su análisis crítico de los modelos doctrinales en España: “[...] la prevención especial[,] en todos los autores referidos[,] se constituye como criterio o factor final de medición penal”. Incluso LUZÓN (*Estudios...*, 1991, pp. 318 y ss.), pese a las peculiaridades de su régimen, coincide en darle preferencia –“*ceteris paribus*”– a dicha exigencia, en sede de la concreción penal, dentro de los límites necesarios para que no sufra merma la estabilización normativa de la comunidad. Yendo un paso adelante, DEMETRIO CRESPO (*Prevención...*, 1999, p. 90) señala que aquélla es el “único factor final de la pena en sentido estricto [...] [o] directamente atendible en la I.J.P. [...]”.

<sup>177</sup> DEMETRIO CRESPO, E. *Prevención...*, 1999, p. 329.

<sup>178</sup> Sobre ello, cfr. –en especial– BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 197 y ss.; y DEMETRIO CRESPO, E. *Prevención...*, 1999, pp. 328 y ss.

<sup>179</sup> Por ejemplo, Francisco MUÑOZ CONDE admite la posibilidad práctica de aumentar la magnitud penal que habría de imponerse –*ad casum*–, en base a las necesidades preventivo-especiales; al respecto, véanse MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal...*, 9ª ed., 2015, pp. 545 y ss.; o HASSEMER, W. / MUÑOZ CONDE, F. *Introducción a la Criminología*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011, p. 256.

Del mismo modo, GÓMEZ BENÍTEZ (*Estudios...*, 2001, pp. 49 y ss.) plantea la operatividad bilateral de esos aspectos “subjetivos” –o circunstancias personales– con incidencia, pero siempre dentro del ámbito sancionatorio determinado por la integración normativa –o la gravedad del hecho–; i.e., un abanico de castigos adecuados a la nocividad social y al perjuicio ocasionado.

Ya recientemente, FEJOO (*Retribución...*, 2007, p. 747) advierte de que, si optamos por “[...] tomar en consideración[,] a efectos de la determinación de la pena[,] las ponderaciones preventivo-especiales o basadas en la peligrosidad criminal, se debe asumir que éstas puedan actuar en contra del reo (dentro del marco [...] correspondiente), aunque [...] pretendan el efecto contrario”.

<sup>180</sup> En efecto, LUZÓN PEÑA (*Curso de Derecho penal. Parte general. Volumen I*. Madrid: E. Universitas, 1996, pp. 49 y ss.; “Prevención...”, en MIR PUIG, S. [ed.]. *Derecho...*, 1982, pp. 149 y ss.; y *Medición...*, 1979, pp. 22 y ss.) dibuja un panorama más flexible; así, dando lugar para que los elementos “individuales” incrementen o disminuyan la cuantía, en función de algún fin social que se pretenda potenciar (resocialización, amenaza, o aseguramiento). No obstante, defiende la superioridad de la prevención general sobre la especial, si es que son irreconciliables; y ello por la primacía de la comunidad frente a intereses particulares –cfr. LUZÓN PEÑA, D.-M. *Medición...*, 1979, pp. 64-65. E igualmente en dos obras posteriores (*Curso... Volumen I*, 1996, p. 85; y *Estudios...*, 1991, pp. 308 y ss.) justifica aumentar una pena, sin desbordar el máximo fijado por la gravedad del hecho, en los delitos que se repiten con una cierta frecuencia, para tratar de evitar su proliferación en el futuro. Aquí se constataría un mayor desvalor objetivo –si bien “extrínseco”– de la acción, apoyado en la alarma social que genera un miedo a su repetición, en tanto que una respuesta legítima del Estado con perspectiva intimidatoria.

<sup>181</sup> “[...] si [ello] es necesario o aconsejable desde ese punto de vista [uno preventivo-especial]” (LUZÓN PEÑA, D.-M. “Prevención...”, en MIR PUIG, S. [ed.]. *Derecho...*, 1982, p. 156). Aduce el autor que, en tales casos, no hay “colisión” real entre el bien social y el del infractor, pues la estabilización normativa sería ya eficaz con la mera posibilidad *ex ante* de que una pena se imponga –salvo excepciones.

Frente a la acogida doctrinal –aún mayoritaria– de la “*Spielraumtheorie*”, Martín BESIO HERNÁNDEZ censura muy agudamente la validez de este “mecanismo” en nuestro país. Así, sólo con base en una interpretación del § 46 StGB “[...] tiene sentido como estructura de razonamiento judicial [...] la teoría del espacio de juego [...]. Sin embargo, en la legislación española no existe una norma de esa naturaleza [...]”<sup>182</sup>, ni por tanto una jerarquía expresa y *positivizada* para los criterios orientadores<sup>183</sup>. Es erróneo pues el predominio de la gravedad del hecho en las decisiones individualizadoras, por encima de las circunstancias personales del autor<sup>184</sup>. Allende la reflexión de *lege lata*, la praxis de la “*communis opinio*” apunta a una curiosa paradoja: ni revistiéndola de prevención estabilizadora pierde la culpabilidad (en versión funcionalista) su contenido retributivo.

Queda un ulterior comentario crítico, con tal de cerrar mi panorama global de esta parte de la discusión reciente sobre el método aplicado al proceso de concreción del castigo. Al respecto, me sumo a la conclusión de BESIO HERNÁNDEZ<sup>185</sup>: los modelos existentes no son más que propuestas formales para sistematizar el proceso de la toma de decisiones, pero no definen –materialmente– los factores precisos que el juez habrá de emplear en la busca del *quantum* adecuado. Esa vaguedad caracteriza también a la “*Spiel-*

---

Lo que ocurre es que, de *lege lata*, en España sólo se podría llegar tan lejos mediante una petición razonada de indulto tras la sentencia condenatoria (*ex art. 4.4 CP*), al contrario de lo que ocurre en otros países de nuestro entorno, donde se regulan mecanismos judiciales de renuncia a las sanciones. En cambio, sí será viable superar el límite inferior del marco abstracto, todavía en fase de determinación, a través de atenuantes analógicas –que incluso pueden estimarse como “muy cualificadas”, rebajando entonces hasta dos grados la horquilla. Tal idea apunta a la necesidad de manejar un concepto amplio de “decisión individualizadora”, que reúna los varios momentos del proceso de concreción del castigo donde el sentenciador acude, primordialmente, a consideraciones relativas a la medida de la culpabilidad del reo. Y, más aún, en este sentido arguye Diego-Manuel LUZÓN PEÑA que la posibilidad de la no ejecución penitenciaria de la prisión –i.e., sustituir o suspender tal sanción– conlleva asimismo atender a criterios personales (p. 156).

<sup>182</sup> BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 138-139. Pero también Gonzalo QUINTERO OLIVARES (*Parte general...*, 5ª ed., 2015, p. 733) lamenta que un sector numeroso de autores patrios haya “[...] seguido miméticamente los pasos de la doctrina alemana en el tema de la relación entre culpabilidad y pena, olvidando una importante diferencia entre los respectivos sistemas [...]”.

<sup>183</sup> Igualmente, véase –por todos– MIR PUIG, S. *Derecho penal...*, 10ª ed., 2015, p. 772: “No decide, en cambio, nuestro Derecho la jerarquía de los distintos criterios a los que alude –la gravedad del hecho y las circunstancias personales del sujeto como principios generales, y las circunstancias modificativas como manifestaciones particulares de los mismos–. Si en estos factores pueden verse representados los distintos fines de la pena, cabe considerar [ya] compatible con la regulación vigente toda teoría que combine de algún modo, en ambas fases de la determinación judicial –en sentido estricto y en sentido amplio– dichos fines” (elimino en la cita la negrita del autor, por motivos estilísticos).

<sup>184</sup> Esto es algo habitual en nuestra jurisprudencia; así, cfr. BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 172 y ss.: “La interpretación que realiza el Tribunal Supremo se inclina [...] por una primacía de los fines preventivo-generales [i.e., gravedad del hecho], encomendando a la etapa de ejecución penitenciaria de la sanción el cumplimiento del objetivo resocializador” (p. 172).

<sup>185</sup> Véase BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 48-49, y 188-189.

*raumtheorie*<sup>186</sup>, inclusive con el catálogo enumerado en el Código alemán, y por consiguiente se arrastra en el debate<sup>187</sup>. Luego faltará, en todo caso, traducir los fines de la pena y las cláusulas legales en “*topoi*” específicos que gradúen (sea al alza, o a la baja) el reproche, justificando su operatividad sancionatoria real.

### 3. El enfoque “dogmático”: una alternativa actual y de futuro

#### 3.1 Planteamientos que surgen de las teorías de la proporcionalidad

Tras examinar y evaluar, en el epígrafe anterior, la hegemonía de las tradicionales teorías del castigo, toca abordar otras perspectivas, a veces discordantes, que se agrupan en torno a dos principios fundamentales. Como ya dije arriba, hay autores que amplían el “instrumental” utilizado en sede individualizadora, de manera que se enriquece el estudio científico de la cuestión –y con aportaciones sugerentes. Entonces, es ahora un lugar común entender que algunos postulados constitucionales (limitadores en el ejercicio del *ius puniendi* estatal) se deben ponderar asimismo para fijar la magnitud penal. Se trata, en particular, de la llamada “culpabilidad por el hecho”<sup>188</sup>, y de la proporcionalidad; especialmente ésta ha experimentado un gran auge en los últimos años.

Interesa aquí, pues, empezar con el análisis crítico de la doctrina que defiende una correspondencia directa entre delito y sanción, también en el ámbito de la medida del re-

---

<sup>186</sup> Cfr. HÖRNLE, T. *Determinación...*, 2003, pp. 27 y ss. En una línea similar, BESIO HERNÁNDEZ (*Los criterios...*, 2011, p. 51 [nota 43]) señala que “[...] las exigencias derivadas de la gravedad del hecho son susceptibles de una traducción aproximada (no exacta) de[ ] tiempo de condena (que es la que delimita el espacio de juego[ ]) y que tiene un límite superior y uno inferior [...]”.

<sup>187</sup> “[...] los modelos ordenados conforme a la estructura de la teoría del espacio de juego [...], pese a una cierta ordenación general del razonamiento judicial, no provee[n] al juez de reglas objetivas y uniformes para, precisamente, fijar la cuantía específica de sanción. Así se advierte, por ejemplo, tanto en la tarea de construcción del sub-marco adecuado (proporcional) a la culpabilidad del autor (gravedad del hecho) como en la fijación exacta de la cantidad de pena en su interior” (BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, p. 147).

<sup>188</sup> En contraposición, claro está, a una concepción sobre la responsabilidad criminal con carácter personalista, mantenida por quienes defienden un llamado “Derecho penal de autor”; ya en pleno periodo nacionalsocialista, donde tales perspectivas estuvieron muy en auge, una exposición detallada y pormenorizada se encuentra en la sugerente obra de BOCKELMANN, P. *Studien zum Täterstrafrecht. Bände I & II*. Berlín: Walter de Gruyter, 1939/1940.

Para una visión general al respecto de la cuestión véase (por todos) GÓMEZ MARTÍN, V. *El Derecho penal de autor. Desde la visión criminológica tradicional hasta las actuales propuestas del Derecho penal de varias velocidades*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007, *passim*.

proche. De origen escandinavo<sup>189</sup>, con antecedentes y una buena acogida en el mundo anglosajón<sup>190</sup>, en fechas recientes la dogmática hispánica se ha hecho eco de las tesis *proporcionalistas*<sup>191</sup>, inaugurando una tendencia de revisión metodológica en el terreno que nos ocupa. Sin ánimo de reproducir los argumentos esgrimidos por los autores de un modo aséptico o expositivo<sup>192</sup>, me centraré sólo en sintetizar las contribuciones destacables acerca del proceso para la concreción del castigo –sobre todo, en la fase individualizadora–, y en valorar su rendimiento práctico.

Asumida inicialmente en la corriente político-criminal del “*Neoklassizismus*”<sup>193</sup>, esa idea de “*Tatproportionalität*” pronto se extendió, en los años 90, abarcando la cuantificación penal. Según DEMETRIO, los partidarios de dicho principio mantienen que toda magnitud sancionatoria se adapte “[...] a la gravedad del hecho[,] de acuerdo con la nocividad del comportamiento y la culpabilidad<sup>194</sup> del autor”<sup>195</sup> –manifestada en aquél–; ello con tal de lograr igualdad y equidad en el sistema<sup>196</sup>. Parece así que el enfoque habrá de ir atado a posturas retributivas; sin embargo, ya antes SCHÜNEMANN abogó por una perspectiva

---

<sup>189</sup> En su primera formulación –al menos en el ámbito que nos ocupa–, cfr. VON HIRSCH, A. / JAREBORG, N. *Strafmass und Strafgerechtigkeit. Die deutsche Strafzumessungslehre und das Prinzip der Tatproportionalität*. Bonn: Forum Verlag, 1991.

<sup>190</sup> A modo de precedentes, véanse estas dos monografías de Andrew VON HIRSCH: *Doing Justice. The Choice of Punishments*. Nueva York: Hill & Wang, 1976; o *Past or Future Crimes. Deservedness and Dangerousness in the Sentencing of Criminals*. New Brunswick: Rutgers University Press, 1985. Y ya posteriormente aquella misma tendencia se ha mantenido, verbigracia, en VON HIRSCH, A. / ASHWORTH, A. *Proportionate Sentencing. Exploring the Principles*. Oxford: Oxford University Press, 2005; o FRISCH, W. / VON HIRSCH, A. / ALBRECHT, H.-J. (eds.). *Tatproportionalität...*, 2003.

<sup>191</sup> Cfr. –por todos– PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, pp. 46 y ss., MAÑALICH, J. P. “La pena como retribución”, en *Estudios Públicos*, Nº 108, 2007, pp. 117-205; y FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. “Individualización...”, en *InDret* 1/2007, pp. 7 y ss.

<sup>192</sup> Para un resumen (crítico), véanse FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. “Individualización...”, en *InDret* 1/2007, pp. 5 y ss.; o DEMETRIO CRESPO, E. *Prevención...*, 1999, pp. 203 y ss.

<sup>193</sup> Sobre ello, cfr. VON HIRSCH, A. / JAREBORG, N. *Strafmass...*, 1991, pp. 4 y ss.; VON HIRSCH, A. / JAREBORG, N. “«Neoklassizismus» in der skandinavischen Kriminalpolitik. Sein Einfluss, seine Grundprinzipien und Kriterien”, en ESER, A. / CORNILS, K. (eds.). *Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik, Beiträge zu einem deutsch-skandinavischen Strafrechtsskolloquium*. Friburgo: Max-Planck-Institut, 1987, pp. 35-64; VON TROTHA, T. *Distanz und Nähe. Über Politik, Recht und Gesellschaft zwischen Selbsthilfe und Gewaltmonopol*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1987, pp. 83 y ss.; CHRISTIE, N. “Die versteckte Botschaft des Neoklassizismus”, en *Kriminologisches Journal*, Vol. 15, Nº 1, 1983, pp. 14-33; y WEIGEND, T. “«Neoklassizismus» –ein transatlantisches Missverständnis–”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 94, Nº 4, 1982, pp. 801-814.

<sup>194</sup> “[...] la exigencia de [la] proporcionalidad entre pena y gravedad del hecho no es más que un mandato al juez para que busque la pena proporcional a la culpabilidad” (GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. “Racionalidad...”, en *RFDUCM*, Nº 3 [extraordinario], 1980, p. 183).

<sup>195</sup> DEMETRIO CRESPO, E. *Prevención...*, 1999, p. 203; elimino la cursiva, por razones de estilo.

<sup>196</sup> Así, véase –muy especialmente– SCHAEFERDIEK, S. *Die kurze...*, 1997, pp. 205 y ss.; o VON HIRSCH, A. / JAREBORG, N. *Strafmass...*, 1991, pp. 5 y ss.

análoga con fundamentos preventivos<sup>197</sup>, tras haber rechazado la “*Spielraumtheorie*”<sup>198</sup>. Pero en vano fueron estos loables intentos de racionalización de la labor judicial, al no superar en ese momento las carencias metodológicas del esquema dominante.

Siguiendo una estela de planteamientos precursores, HÖRNLE ha reformulado la noción de “*Tatproportionalität*” usada al concretar el castigo, ahora con una lectura retrospectiva<sup>199</sup>, propia de la fase individualizadora. Se trata, pues, de una orientación del modelo a la teoría del delito: el *quantum* penal únicamente estriba en la gravedad del hecho<sup>200</sup> (o el desvalor del resultado lesivo<sup>201</sup>, en clave victimológica<sup>202</sup>). Allende las críticas doctrinales<sup>203</sup>, los autores que patrocinan la correspondencia entre infracción y sanción hoy comparten una idea meritoria: el abordaje científico más cabal, para lograr una “*Strafzumessung*” por fin justificada<sup>204</sup>, será –en esencia– sistemático<sup>205</sup>. Luego esas categorías dogmáticas han de proyectarse en la magnitud del reproche, en tanto que “[...] una diferenciación gradual de los diversos aspectos relevantes de aquélla[s]”<sup>206</sup>.

De todas las ventajas (materiales<sup>207</sup>) que brinda dicho enfoque<sup>208</sup>, lo decisivo es facilitar una búsqueda de factores específicos que integren el catálogo de los datos a tomar en

---

<sup>197</sup> En tal sentido, cfr. SCHÜNEMANN, B. “Plädoyer für eine neue Theorie der Strafzumessung”, en ESER, A. / CORNILS, K. (eds.). *Neuere...*, 1987, pp. 209-238; y SCHÜNEMANN, B. “*Summum ius = summa iniura* in der Strafzumessung”, en VV.AA. *Pönometrie...*, 1977, pp. 73-78.

<sup>198</sup> Véase SCHÜNEMANN, B. “Plädoyer...”, en ESER, A. / CORNILS, K. (eds.). *Neuere...*, 1987, pp. 210-212.

<sup>199</sup> De tal manera lo cree FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. “Individualización...”, en *InDret* 1/2007, p. 7.

<sup>200</sup> Cfr. HÖRNLE, T. *Tatproportionale...*, 1999, pp. 143 y ss., ó 389 y ss.

<sup>201</sup> En general, sobre su capacidad de influir en la magnitud sancionatoria a través de una de las cláusulas legales, véase BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 375 y ss.

<sup>202</sup> Al respecto, cfr. con detalle HÖRNLE, T. “Kriterien...”, en FRISCH, W. / VON HIRSCH, A. / ALBRECHT, H.-J. (eds.). *Tatproportionalität...*, 2003, pp. 120 y ss.; y HÖRNLE, T. *Determinación...*, 2003, pp. 79 y ss.

<sup>203</sup> En torno a ello, véanse por todos FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. “Individualización...”, en *InDret* 1/2007, pp. 7-13; o DEMETRIO CRESPO, E. *Prevención...*, 1999, pp. 205-206, y 209-210. Más aún, en concreto acerca de la postura de HÖRNLE, se objeta que “la teoría de la proporcionalidad por el hecho parte de una concepción extremadamente individualista de la lesividad que fundamenta[ría] la responsabilidad penal, no teniendo suficientemente en cuenta la dimensión intersubjetiva o social del hecho o la lesividad de lo común” (FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. “Individualización...”, en *InDret* 1/2007, p. 8). E igual lo indica PAWLIK, M. *Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe*. Berlín: Duncker & Humblot, 2004, p. 92.

<sup>204</sup> Algo que según dice Hans-Heinrich JESCHECK (*Tratado... Volumen segundo*, 1981, pp. 1190-1191) ha brillado por su ausencia, desde hace mucho tiempo: “La praxis de la determinación de la pena[,] en los tribunales alemanes, vive, a causa de la falta de una teoría desarrollada [...], en una saturación de crisis permanente, que con su rápida sucesión y sus extremas oscilaciones pendulares ha contribuido no poco a dañar la confianza de la comunidad en la Administración de justicia”.

<sup>205</sup> Así, en España, cfr. –entre otros– SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. “La teoría...”, en *InDret* 2/2007, pp. 8 y ss.; y FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. *Retribución...*, 2007, pp. 695 y ss.

<sup>206</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. *Retribución...*, 2007, p. 696.

<sup>207</sup> Tal y como advierte SILVA SÁNCHEZ (“La teoría...”, en *InDret* 2/2007, pp. 8-9), tiene aquí gran importancia la relación entre la concreción del castigo y el llamado “concepto material” del delito: “Expresa-

consideración, así como fundar en derecho su operatividad a la baja o al alza para la medición penal. En ese sentido, se fomenta una normativización<sup>209</sup> de los criterios aquí empleados, fruto indirecto del excelso nivel de refinamiento que ha alcanzado en nuestro campo la “*Zurechnungslehre*”<sup>210</sup>. Y al mismo tiempo ello serviría para depurar el proceso de imperfecciones –lo que no sea por naturaleza dogmático– acumuladas durante años de travesía por la tortuosa senda iusfilosófica. No obstante, existen al menos dos críticas de gran calado sobre esas posturas, que reclaman un examen en profundidad.

En primer lugar, se objeta habitualmente a las diversas variantes de las teorías *proporcionalistas* (sean con ascendencia retributiva –“*desert-based*”<sup>211</sup>–, o preventivo-general) la dificultad práctica de establecer los puntos de anclaje (superior e inferior) de la escala<sup>212</sup>. Ni siquiera cuando disponemos de unos topes, fijados por la horquilla legal, ha de obviarse la reflexión; pues a menudo se pretenderá construir un sub-marco de penas ya

---

do brevemente: el método de cuantificación del injusto tiene que ver con el concepto de injusto de que se parta; y otro tanto sucede [...] en el caso de la culpabilidad. En función del concepto de partida, adquirirán relevancia cuantificadora unas circunstancias u otras (o lo harán en medida diversa)”.

<sup>208</sup> En tal sentido, cfr. –por todos– HÖRNLE, T. *Determinación...*, 2003, pp. 79 y ss.

<sup>209</sup> Sin embargo, Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (“La teoría...”, en *InDret 2/2007*, p. 7 [nota 19]) puntualiza que no en vano de lo que se trata es de lo contrario: “[...] una teoría dogmática, si es teleológica, dará cuenta de aquellos principios [iusfilosóficos, sobre la legitimación del Derecho penal], pero los concretará, los desnormativizará y posibilitará su aplicación más segura y fiable”.

<sup>210</sup> Precisamente de este desequilibrio se lamenta SILVA SÁNCHEZ (“La teoría...”, en *InDret 2/2007*, p. 3; mantengo la cursiva del texto original): “La teoría de la individualización judicial de la pena, esto es, la determinación del *cuánto* [...] dentro del marco legal quedaba, en cambio, al margen de ese desarrollo y refinamiento [...] propios de la dogmática. En este sentido, explica el autor que resulta dudoso si ha existido un tradicional desinterés por esta materia o, por el contrario, una inercia doctrinal de “autorrestricción” –a causa del usual enfoque teleológico sobre la “*Strafzumessung*”. Sostienen la primera opinión mencionada, entre algunos otros, Günter SPENDEL (“Der hypothetisch gleiche oder schwerere Deliktserfolg als Strafmassproblem”, en *Für Vernunft und Recht. Zwölf Studien*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004, pp. 191-192) y Bernd SCHÜNEMANN (“Prólogo”, en HÖRNLE, T. *Determinación...*, 2003, p. 17).

<sup>211</sup> Así, cfr. –por todos– MURPHY, J. G. *Punishment and the Moral Emotions. Essays in Law, Morality, and Religion*. Nueva York: Oxford University Press, 2012; TADROS, V. *The Ends of Harm. The Moral Foundations of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011; ZAIBERT, L. *Punishment and Retribution*. Aldershot: Ashgate, 2006; DUFF, R. A. *Punishment, Communication, and Community*. Nueva York: Oxford University Press, 2001; MOORE, M. S. *Placing Blame. A Theory of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 1997; DAVIS, M. *To Make the Punishment Fit the Crime*. Boulder, CO: Westview Press, 1992; HUSAK, D. “Why Punish the Deserving?”, en *Noûs*, Vol. 26, 1992, pp. 447-64; DUFF, R. A. *Trials and Punishments*. Cambridge: Cambridge University Press, 1986; VON HIRSCH, A. *Past...*, 1985; SADURSKI, W. *Giving Desert its Due*. Dordrecht: D. Reidel Publishing & Co., 1985; BURGH, R. W. “Do the Guilty Deserve Punishment?”, en *Journal of Philosophy*, Vol. 79, 1982, pp. 193-210; DAVIS, M. “How to Make the Punishment Fit the Crime”, en *Ethics*, Vol. 93, N° 4, 1982, pp. 726-752; VON HIRSCH, A. *Doing Justice...*, 1976; KLEINIG, J. *Punishment and Desert*. La Haya: Martinus Nijhoff, 1973; FEINBERG, J. *Doing and Deserving*. Princeton: Princeton University Press, 1970; o MORRIS, H. “Persons and Punishment”, en *The Monist*, Vol. 52, 1968, pp. 475-501.

<sup>212</sup> Véase –muy especialmente– DEMETRIO CRESPO, E. *Prevención...*, 1999, pp. 204-205.

y aún adecuadas a la gravedad del hecho<sup>213</sup>, en cuyo interior la decisión del juez prima las circunstancias personales del autor<sup>214</sup>. Además, exista o no un espacio de juego, en cualquier caso queda sin resolver el aspecto crucial de un modelo de individualización: a la hora de concretar el castigo, ya en una magnitud numérica, ¿qué patrones guían la conversión y cómo se traducen en esa cifra mayor o menor?

Con una vocación abiertamente categorial, y en la línea de los avances que –al respecto– han ido trayendo los “vientos” alemanes a la península, Jesús-María SILVA SÁNCHEZ esbozó hace justo una década los trazos definitorios para una visión “realista”<sup>215</sup> de la “*Strafzumessung*”, en tanto que una “materia-puente”<sup>216</sup>. Según aquél, la palmaria labor político-criminal del sentenciador debería canalizarse siempre por vías dogmáticas; así pues, y en la medida de lo posible, ello implicaría crear reglas de individualización, que especifiquen lo abstraído en el plano de los principios<sup>217</sup>. Luego la determinación penal ha de manifestarse, “ante todo, como la dimensión cuantitativa (o de grado) de un sistema de la teoría del delito”<sup>218</sup> –que, por otra parte, no puede continuar aquí siendo algo binario<sup>219</sup>.

Y, de esta manera, sin adscribirse formalmente<sup>220</sup> a la corriente *proporcionalista*, SILVA SÁNCHEZ allana el rumbo hacia la necesaria búsqueda de racionalidad en el proceso de

---

<sup>213</sup> En cambio, BESIO HERNÁNDEZ (*Los criterios...*, 2011, p. 142) nos propone acotar ese “*Spielraum*” en función de consideraciones preventivo-especiales: “[...] es posible fijar un ámbito de penas proporcional a las circunstancias personales del delincuente [...] ya y todavía adecuadas [...]” a éstas.

<sup>214</sup> Cfr. –verbigracia– MIR PUIG, S. *Derecho penal...*, 10ª ed., 2015, pp. 771 y ss.

<sup>215</sup> Sobre el significado y el alcance global de esa expresión (en la perspectiva del mencionado autor), véase –fundamentalmente– SILVA SÁNCHEZ, J.-Mª. *En busca...*, 2015, *passim*.

<sup>216</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.-Mª. “La teoría...”, en *InDret 2/2007*, p. 3. Y así, “[...] en ella se combinaría la concreción del contenido delictivo del hecho (que no se sabe a ciencia cierta cómo abordar) con la entrada en juego de [unas] consideraciones político-criminales generales sobre el hecho realizado o la persona del autor. Estas últimas, basadas en buena medida en pronósticos u otros juicios empíricos, carecerían [sin embargo] de un sistema de reglas que posibilitara una traducción siquiera aproximada en conclusiones cuantitativas”.

<sup>217</sup> Un ejemplo de tal modo de proceder, con reglas que plasman mandatos precisos a partir de postulados generales, lo hallamos –en el marco de un debate sobre las bases y los límites del *ius puniendi* estatal– en la innovadora monografía de SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. *Fundamentos de Política criminal. Un retorno a los principios*. Madrid: Marcial Pons, 2012, *passim*.

<sup>218</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.-Mª. “La teoría...”, en *InDret 2/2007*, p. 5. Y al mismo tiempo el autor reconoce la “deuda” con el planteamiento de HÖRNLE, T. *Tatproportionale...*, 1999, pp. 144 y ss.

<sup>219</sup> A tal respecto, cfr. –ya tres años antes– SILVA SÁNCHEZ, J.-Mª. “Introducción: dimensiones de la sistematicidad en la teoría del delito”, en WOLTER, J. / FREUND, G. (eds.). *El sistema...*, 2004, pp. 15 y ss.; y SILVA SÁNCHEZ, J.-Mª. “Straftatsystematik deutscher Prägung: Unzeitgemäss?”, en *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, Vol. 151, Nº 12, 2004, pp. 679 y ss.

<sup>220</sup> No obstante, sí admite SILVA SÁNCHEZ (“La teoría...”, en *InDret 2/2007*, p. 6) que “[...] el referente próximo de cuanto aquí se indica es la denominada «teoría de la proporcionalidad con el hecho» [...]”.



la concreción del castigo<sup>221</sup>. Las categorías de injusto, culpabilidad y punibilidad son entonces conceptos sin duda “escalonables”<sup>222</sup>, mientras que las decisiones judiciales materializan –*ad casum*– el desvalor propio de dichos ámbitos dogmáticos, con una extensión numérica de condena<sup>223</sup>. Es evidente que llevar tal sistematización “hasta los últimos detalles resulta de una enorme complejidad”<sup>224</sup>; habría que acometer con éxito estas dos tareas: a) establecer los diversos sub-niveles, dentro de cada esfera, en función de los criterios de ordenación empleados<sup>225</sup>; y b) cuantificar –de un modo absoluto y relativo<sup>226</sup>– las múltiples variables fácticas, desde las perspectivas analíticas, o a la luz de parámetros estimativos<sup>227</sup>.

---

En esta línea, pretende insistir en la necesidad de abordar la sistematización de las variables fácticas contenidas en los diferentes hechos concretos que realizan el tipo, con el fin de posibilitar una individualización [en esencia] «dogmática» de la pena”. Y también apunta a dicha conexión BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, p. 88.

<sup>221</sup> Acerca de los intentos de una búsqueda doctrinal de racionalización en la “*Strafzumessung*”, véase DEMETRIO CRESPO, E. *Prevención...*, 1999, pp. 182 y ss.

<sup>222</sup> Igualmente, cfr. –por todos– HÖRNLE, T. *Determinación...*, 2003, p. 49; y KRAHL, M. *Tatbestand und Rechtsfolge. Untersuchungen zu ihrem strafrechtsdogmatisch-methodologischen Verhältnis*. Frankfurt a.M.: V. Klostermann, 1999, p. 34.

<sup>223</sup> Véase KRAHL, M. *Tatbestand...*, 1999, pp. 45 y ss.

<sup>224</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. “La teoría...”, en *InDret* 2/2007, p. 6.

<sup>225</sup> Así, cfr. HÖRNLE, T. *Tatproportionale...*, 1999, p. 148.

<sup>226</sup> No olvidemos ahora que esa es una terminología que ya Eduardo DEMETRIO CRESPO (*Prevención...*, 1999, p. 204) utiliza en sentido crítico con las teorías de la proporcionalidad con el hecho:

“La proporcionalidad relativa se refiere a la pregunta por la equivalencia entre las penas correspondientes a los diferentes delitos, de modo que aquellas personas que hubieran cometido delitos equiparables deberían recibir [igualmente] penas equiparables (salvo [la] concurrencia de especiales circunstancias atenuantes o agravantes, que modifican la nocividad o la reprochabilidad del comportamiento), y [esas] personas que hubieran cometido delitos no equiparables, deberían recibir penas graduadas conforme a su gravedad. Por el contrario[,] la proporcionalidad absoluta se referiría a la dimensión y al punto inicial de una determinada escala penal. Es decir, una vez que se hubiera determinado la pena de otros delitos, podría determinarse proporcionalmente la [horquilla] del resto, pero el problema radica en hallar el punto inicial conforme al cual se fija la pena del delito de referencia. [Y] Para este último no existe una única pena merecida, motivo por el cual la proporcionalidad absoluta, al contrario que la proporcionalidad relativa, sólo fija [unas] fronteras”.

Véase también VON HIRSCH, A. / JAREBORG, N. “«Neoklassizismus»...”, en ESER, A. / CORNILS, K. (eds.). *Neuere...*, 1987, pp. 59-62.

<sup>227</sup> En este sentido se manifiesta FRISCH, W. “Individualprävention und Strafbemessung”, en ALBRECHT, H.-J. (ed.). *Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht. Festschrift für G. Kaiser zum 70. Geburtstag. Band II*. Berlín: Duncker & Humblot, 1998, pp. 781-782. Para el aludido autor, y a pesar de la dificultad, dicha tarea es asumible si se dispone de “términos de comparación” (“*Vergleichssachverhalte*”), que permitan valorar un caso como más o menos grave que otro; la pretensión es efectuar valoraciones aproximadas, sobre la magnitud de pena ajustada a cada caso. Todo lo contrario de lo que sucede con las consideraciones político-criminales directas –y, muy en particular, con las preventivo-especiales–; dado que faltan los necesarios conocimientos empíricos, su proyección real sobre el acto judicial de medición de la pena resulta poco menos que imposible (sobre ello, cfr. HÖRNLE, T. *Determinación...*, 2003, pp. 37-42).

Recordemos nuevamente la primera crítica contra toda teoría de la “*Tatproportionalität*” (¿cómo se cifra la medida penal, *aterrizando* las dos cláusulas legales en una expresión numeral cardinal?), a la que las orientaciones dogmáticas procuran hallar la réplica. Para SILVA SÁNCHEZ, habría que fijar “una escala cuantitativa de subtipos (clases de realizaciones típicas)”<sup>228</sup>, ubicados según su gravedad; y ello mediante criterios de examen de los casos en clave estructural y material. Al fin, la aplicación sistemática de tales factores de “valoración-ordenación” permitiría obtener un esquema de estudio general, con el que clasificar los supuestos de hecho en niveles matemáticos del mayor o menor reproche *vindicatorio*<sup>229</sup>. Sin embargo, la ansiada graduación puntual “sólo podrá llevarse a cabo en términos aproximados”<sup>230</sup>.

Haciendo aún más concreto su régimen de la individualización penal, y pese a ser únicamente un “esbozo”<sup>231</sup> inicial, SILVA sugiere un catálogo normativo de aquellos factores plausibles al cuantificar un injusto<sup>232</sup>. Respecto de lo objetivo, hay que diferenciar entre dos aspectos complementarios de análisis: a) *ex ante*, a través de (i) la probabilidad de riesgo lesivo<sup>233</sup> para el bien jurídico protegido, (ii) la infracción de un deber especial<sup>234</sup> u

---

<sup>228</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. “La teoría...”, en *InDret 2/2007*, p. 10.

<sup>229</sup> “[...] según valores (idealmente) numéricos, por ejemplo en base 10. [...] de un caso A cabría afirmar que su injusto objetivo es de 5, frente a [I] otro caso B[,] cuyo injusto sería de 7; [y,] en cambio, el mismo caso A tendría un injusto subjetivo de 8, mientras que al caso B se le asignaría un injusto subjetivo 5. [...] Un problema [...] abierto es el de si las valoraciones derivadas del análisis de los casos conforme a los criterios de un determinado nivel pueden compensarse con las resultantes del examen [...] a otro nivel. Esto es, [...] de modo que un caso A con un injusto objetivo 5 y un injusto subjetivo 7 «pese» lo mismo que un caso B con un injusto objetivo 7 y un injusto subjetivo 5” (SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. “La teoría...”, en *InDret 2/2007*, p. 10).

Respecto de la dicha cuestión, véase HÖRNLE, T. *Tatproportionale...*, 1999, p. 220; la autora asume tal compensación, entre las medidas que se derivan de los injustos de la acción y el resultado, al entender que éstos son conceptos tipológicos. Por consiguiente, el resultado es que dos casos fenomenológicamente distintos pueden llegar a tener la misma consecuencia jurídica.

<sup>230</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. “La teoría...”, en *InDret 2/2007*, p. 10. Esto es, que no es razonable pretender –ingenuamente– “[...] contar aquí con valores exactos” o indiscutibles.

<sup>231</sup> Y así lo enuncia el propio autor, ya en el título de su artículo; una contribución que –no obstante su reducida extensión– atesora un enorme potencial jurídico-dogmático y práctico, pues pone manos a la obra en la ineludible tarea de buscar soluciones operativas al problema que nos ocupa. Efectivamente, el mérito principal de esta obra ha sido abrir la puerta en España a un innovador camino metodológico, que sin duda fructificará en los próximos años.

Sin embargo, avanzo en estos momentos que mi postura se distancia (al menos en parte) de la de mi maestro –aunque las diferencias son no en vano reconducibles a matices iusfilosóficos, según explicaré en los epígrafes VI.1 y VI.2.

<sup>232</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. “La teoría...”, en *InDret 2/2007*, pp. 11-14.

<sup>233</sup> Desde la certeza absoluta hasta la mera imposibilidad, pasando por varios niveles de contingencia; entre otros elementos, en estos momentos pueden considerarse la aptitud del medio empleado, el lapso de tiempo que mediará entre la acción y el resultado pretendido, la distancia en el espacio, una eventual incidencia de cursos salvadores, etc.

otras variables con cierta relevancia simbólica<sup>235</sup>, o (iii) las llamadas “consecuencias extratípicas previsibles”<sup>236</sup>; y b) *ex post*, lo que alcanza (también) a lo obrado después del delito<sup>237</sup>, en función de la magnitud efectiva del daño, y la negación al derecho<sup>238</sup>. Ya en la imputación subjetiva, el autor dispone (del mayor al menor desvalor personal) de hasta ocho “géneros” conductuales<sup>239</sup> estimando intención y grados de conocimiento<sup>240</sup>.

*Grosso modo*, queda así sintetizado el sistema para la concreción del castigo que dibujó SILVA SÁNCHEZ diez años atrás, una propuesta que supone –obviamente– un avance doctrinal<sup>241</sup>. No obstante, todavía habrá una segunda objeción a formular contra las teo-

---

<sup>234</sup> Véase HÖRNLE, T. *Tatproportionale...*, 1999, pp. 278 y ss. Empero, los deberes no relacionados directamente con la infracción penal (por ejemplo, la simple condición de miembro de la carrera judicial) dan lugar a casos difíciles de justificar en sede individualizadora (p. 281).

<sup>235</sup> Entre ellas, SILVA SÁNCHEZ (“La teoría...”, en *InDret* 2/2007, p. 12) incluye los motivos de un autor, “[...] que con frecuencia no sólo eleva[rán] la probabilidad de la lesión[,] sino también la medida de [su] negación de la norma” (nota 38).

<sup>236</sup> Se trata de las afectaciones colaterales a bienes que no se protegen penalmente, o a aquellos que –pese a sí gozar de dicho amparo, en general, no se involucran (*ad casum*) en la estructura del hecho cometido–; allende, por supuesto, de las situaciones regladas por un concurso delictivo.

De todos modos, como advierte HÖRNLE (*Tatproportionale...*, 1999, p. 200), no deja de ser problemático –para una teoría con pretensiones dogmáticas– que las “*außertatbestandliche Folgen*” influyan en la determinación de las penas, cuando por definición no integran un injusto “típico”; en tal sentido, cfr. igualmente las pp. 252 y ss., a propósito de los “*Folgeschäden*”.

<sup>237</sup> Puesto que el injusto objetivo o subjetivo del resultado lesivo no puede contemplarse ahora de una forma tan solo estática, sino que ha de prolongarse en el tiempo –así, véase HÖRNLE, T. *Tatproportionale...*, 1999, pp. 297 y ss.

<sup>238</sup> Aquí SILVA SÁNCHEZ recurre al concepto material de delito que mantiene Wolfgang FRISCH: la esencia del injusto penal radica en la puesta en cuestión, el no reconocimiento o la desatención del Derecho, entendido no únicamente como un orden abstracto, sino en tanto que integra la relación jurídica con la víctima y con la generalidad. Entonces, lo que legitima el reproche estatal no es el daño provocado, ni tampoco las consideraciones preventivas, sino “[...] *die in der Tat liegende Infragestellung des Rechts, der Abfall vom Recht, der die Geltung des Rechts in Frage stellt, der Norm Schaden zufügt*” (FRISCH, W. “Unrecht und Schuld im Verbrechensbegriff und in der Strafzumessung”, en BRITZ, G. *et aliter* [coords.]. *Grundfragen staatlichen Strafens. Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*. Múnich: C. H. Beck, 2001, p. 253; cfr. asimismo aquí FRISCH, W. “Strafkonzept, Strafzumessungstatsachen und Maßstäbe der Strafzumessung in der Rechtsprechung des BGH”, en CANARIS, C.-W. *et aliter* (coords.). *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*. Múnich: C. H. Beck, 2000, pp. 269 y ss.

<sup>239</sup> Su paradigma, ciertamente muy particular y distintivo, se aleja de la sugerencia de Tatjana HÖRNLE (*Tatproportionale...*, 1999, p. 263), para quien el dolo directo es –de suyo– más grave que el eventual, si bien no hay diferencias entre las dos modalidades específicas de aquél.

<sup>240</sup> Y por tanto, afirma Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (“La teoría...”, en *InDret* 2/2007, p. 13 [nota 45]) que “[...] no se puede afirmar taxativamente que todo caso de[ll] dolo directo de segundo grado sea menos grave que uno de primer grado, ni al revés. La ordenación cumple aquí una función analítica. Es [entonces] necesario considerar [...] la dimensión de probabilidad propia del tipo objetivo”.

<sup>241</sup> De este modo lo reconoce –verbigracia– PERALTA, J. M. “Dogmática del hecho punible, principio de igualdad y justificación de segmentos de pena”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 31, 2008, pp. 614-615.

rías de influjo *proporcionalista*. La crítica se apoya en un planteamiento filosófico, lo que implica profundas consecuencias, pues trae causa de “soslayar” esta premisa científica fundamental: el método de investigación lo dicta el objeto. En nuestro caso, las visiones dogmáticas de la “*Strafzumessung*”, que patrocinan el desarrollo de criterios para medir el injusto culpable a partir del contenido material de categorías estructurales<sup>242</sup>, caen en una disyuntiva de muy difícil arreglo: “sí o no” *versus* “cuánto”.

Mientras que las instituciones jurídico-penales que manejamos a lo largo de la “*Verbrechenslehre*” son inherentemente alternativas<sup>243</sup>, a fin de poder cargarle a alguien con un hecho (por razones normativas), en la individualización se examinaría la mera vertiente cuantitativa de tal proceso. En efecto, aquéllas siempre canalizan una pregunta sobre la existencia –o no– de los requisitos que justifican la atribución social de responsabilidad criminal a un sujeto por su obrar frente al derecho. Y por tanto *tertium non datur*<sup>244</sup>: una conducta de un imputable es –o no– relevante, típica, dolosa o imprudente, antijurídica, y sin (o con) excusa<sup>245</sup>. En cambio, la magnitud numérica del reproche se decide según el grado de su culpabilidad, expresada en las circunstancias fácticas y personales que rodean lo ocurrido –como “*phaenomenon*” unitario.

Pero acabamos de ver que SILVA SÁNCHEZ huye de una lectura binaria<sup>246</sup> de las categorías dogmáticas, en coherencia con su propuesta del vínculo sistemático entre la teoría del delito y la praxis judicial de determinación de las sanciones. Aun así, mis reflexiones anteriores siguen siendo totalmente válidas: si bien es cierto que, a lo largo del estudio secuencial de los casos, vamos advirtiendo (en ocasiones, sólo por intuición) diferentes niveles de desvalor, en el fondo allí se trata de afirmar o negar –y en su conjunto<sup>247</sup>– la

---

<sup>242</sup> Véanse SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. “La teoría...”, en *InDret* 2/2007, pp. 8-9; y FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. *Retribución...*, 2007, pp. 694-695.

<sup>243</sup> En ese sentido PÉREZ DEL VALLE (*Lecciones...*, 2016, pp. 77-78) señala lo siguiente: “La verificación de que un comportamiento es delito es de carácter analítico-sistemático[,] y responde, desde un punto de vista lógico, a la idea de regla-excepción [...]”. Ello se constata incluso para la categoría dogmática de la culpabilidad (como medida de la pena), aunque en este caso –a diferencia de los niveles anteriores– el mecanismo aplique tan solo “[...] en su fundamentación [...]”.

<sup>244</sup> Por el contrario, FEIJOO SÁNCHEZ (*Retribución...*, 2007, p. 694) también cree en una existente conexión sistemática entre las categorías dogmáticas y la individualización: “Sólo si sabemos por qué definimos una conducta como delito es posible graduar la pena adecuada a un hecho concreto”.

<sup>245</sup> Sigo aquí el esquema categorial de PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, *passim*.

<sup>246</sup> Así, cfr. también –por todos– FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. *Retribución...*, 2007, pp. 693 y ss.; y HÖRNLE, T. *Tatproportionale...*, 1999, pp. 143 y ss.

<sup>247</sup> De modo que el estudio categorial responde a necesidades analíticas, para facilitar el examen de la responsabilidad criminal; entonces, la compartimentación tiene un objetivo meramente instrumental, al servicio de la afirmación “global” de imputación de un hecho a su agente. En sentido similar, PÉREZ DEL VALLE (*Estudios sobre los fundamentos del Derecho penal*. Madrid: Dykinson, 2007, pp. 130 y ss.) ex-

responsabilidad penal del autor. De tal manera que tras haber pasado, sin excepciones, por cada uno de los *cajones* ordenadores de la “*Verbrechenslehre*”, llegamos a la conclusión de que el sujeto es, por consiguiente, culpable de su hecho. Y entonces, ¿cómo encajan aquí los elementos que han ido modulando la intensidad de la imputación?

La “integración” del problema se halla en el planteamiento dogmático de PÉREZ DEL VALLE: cualesquiera aspectos relativos a la medida personal del reproche contra el encausado se alojan en el último momento analítico del esquema<sup>248</sup>, e integran precisamente el contenido material de dicha categoría. Por tanto, el concretar un castigo es la función intra-sistemática propia de la culpabilidad, en tanto lugar donde los factores que revelan la mayor o la menor orientación del reo por parte del derecho<sup>249</sup> se traducen en una extensión numérica de pena adecuada. El proceso de cuantificación se articula en las tres fases sucesivas que desarrollé *supra*<sup>250</sup>, según la presencia de pautas estrictas o flexibles que guíen esas labores del sentenciador. De forma que, a veces, será el legislador quien valore el grado de oposición a la norma que ostenta el delincuente, utilizando para ello criterios estandarizados<sup>251</sup> y operaciones automáticas.

No en vano, todas estas apreciaciones del Código reflejan, de un modo u otro, cuál es el nivel de responsabilidad personal del autor, por su hecho, según parámetros socialmente establecidos –i.e., las reglas de determinación–, que sirven para retocar el marco sancionador fijado *ab initio*. Sin embargo, recordemos que (incluso en la primera etapa) a menudo se deja en manos del juez esa decisión sobre si emplear o no los preceptos ahora aplicables<sup>252</sup>, y también el alcance ulterior de algunas maniobras penológicas que

---

plica que el método sistemático es una de las estrategias docentes más propias para enseñar el Derecho penal en las facultades universitarias.

<sup>248</sup> Sobre ello, cfr. PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, pp. 228 y ss.

<sup>249</sup> Aquí con palabras de PÉREZ DEL VALLE (*Lecciones...*, 2016, p. 338), “[...] un juicio de la culpabilidad por el hecho concreto no puede prescindir de [esos] aspectos de la identidad del autor que disminuyen su responsabilidad o la aumentan, pues es un sujeto imputable cuya continuidad biográfica [nos] permite medir su culpabilidad[,] a través de la pena. Si se prescindiese de estos elementos se olvidaría un factor decisivo –en la mayor parte de los casos, además, en la atenuación de la pena [a imponer]– para el pronunciamiento de un juicio justo sobre su culpabilidad”.

<sup>250</sup> Al respecto, véanse los epígrafes II.2 y II.3.

<sup>251</sup> El ejemplo más claro de esa técnica son las llamadas “circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal” –a las que no en vano Santiago MIR PUIG (*Derecho penal...*, 10ª ed., 2015, p. 772) cataloga como “manifestaciones particulares” de los criterios generales de individualización establecidos en el art. 66.1.6ª CP.

<sup>252</sup> Así pues, cuando la ley utiliza el verbo auxiliar “poder” antes del enunciado de una regla, de manera que se deja margen de discrecionalidad al sentenciador para atender o no al mandato. Ello sucede, por ejemplo, en el art. 65.3 CP: “Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces

son obligatorias<sup>253</sup>. En este ámbito, al igual que en sede individualizadora, compete al órgano de la instancia realizar las estimaciones pertinentes acerca de la medida de culpabilidad, a través de variables que atenúen o agraven el reproche. Más adelante, en el próximo capítulo, abordaré con detalle cómo ejercer tal discrecionalidad<sup>254</sup>.

Basta, en este punto, con poner de manifiesto la siguiente idea: hay una cierta analogía metodológica entre las pautas *positivizadas* de determinación y las tareas para cuantificar un castigo en concreto. Así pues, eso mismo que hace la ley –a la hora de plasmar, con indicaciones paradigmáticas, qué grupos de casos son merecedores de una mayor o menor sanción– debe orientar al sentenciador en su esfera de libertad. Ello es consecuencia (necesaria) de la premisa dogmática precedente: si en la categoría sistemática de la culpabilidad graduamos la responsabilidad personal del reo, ninguna cuestión ahí analizada quedaría fuera de dicha función<sup>255</sup>. Lo cual no obsta, en cambio, para llamar “impropias”<sup>256</sup> a esas operaciones que el Código manda hacer, con independencia de si revelan –en el hecho enjuiciado– la actitud del sujeto frente al derecho<sup>257</sup>.

Otros autores han defendido posturas similares a las de HÖRNLE y SILVA en los últimos años, marcando una línea que parece tender a prolongarse en el tiempo<sup>258</sup>. Y, en nuestro país, sobresale la obra de FEIJOO SÁNCHEZ<sup>259</sup>, quien ha intentado materializar algu-

---

o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate”.

<sup>253</sup> Verbigracia, cfr. la regla segunda del art. 66.1 CP: “En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, [...] cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy calificadas, y no concorra agravante alguna, [los jueces o tribunales] aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes”.

<sup>254</sup> Así, véase mi propuesta metodológica especialmente en los apartados VI.2, VI.3 y VI.4.

<sup>255</sup> En efecto, por eso incluyo las tres fases del proceso judicial en el concepto global de la “concreción del castigo”, en cuyo seno las decisiones individualizadoras tienen el cometido específico de mensurar –de un modo u otro– la culpabilidad del autor.

<sup>256</sup> Cfr. PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, pp. 335-337.

<sup>257</sup> Esto ocurre, sin duda, con el art. 62 CP: “A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada [...] para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado”.

<sup>258</sup> Ya recientemente, véanse –por todas– las siguientes monografías: TEIXEIRA, A. *Teoria da aplicação da pena. Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015; TEIXEIRA, A. *Grundlagen einer tatproportionalen Strafzumessungslehre. Ein Beitrag unter besonderer Berücksichtigung des Problems der Rückfallschärfung*. Baden-Baden: Nomos, 2014, pp. 37 y ss.; GIANNOULIS, G. *Studien...*, 2014; FRISCH, W. / VON HIRSCH, A. / ALBRECHT, H.-J. (eds.). *Tatproportionalität...*, 2003, *passim*; y KOHLSCHÜTTER, H. *Entweder “Schuld des Täters” oder “Tatproportionalität” als Grundlage für die Strafzumessung, eine echte Alternative? Die Eliminierung der Quantums der strafwertigen Sanktion*. Aachen: Shaker, 2001.

<sup>259</sup> Cfr. *Retribución...*, 2007, pp. 677 y ss.; e “Individualización...”, en *InDret* 1/2007, *passim*.

nas posibles proyecciones de la teoría del delito en el momento de la individualización penal<sup>260</sup>. Principalmente, pone el acento en el potencial que tienen los aspectos del injusto (objetivo o subjetivo), para medir<sup>261</sup> un reproche de contenido “comunicativo”<sup>262</sup>. Y, además, sugiere definir los factores relevantes –en ese nivel– según las características presentes en supuestos prácticos estándar<sup>263</sup>, siempre de manera normativa<sup>264</sup>. Verbigracia, los “casos-límite” de tipicidad<sup>265</sup> implicarían un *quantum* reducido, o la infracción de un deber “reforzado” aconsejaría intensificar la sanción<sup>266</sup>.

Una aportación (sin duda) notable, pero no exenta de críticas<sup>267</sup> e incluso leves contradicciones internas<sup>268</sup>; en suma, el modelo de FEIJOO va en línea con la actual tendencia

---

<sup>260</sup> “[...] la teoría de la determinación de la pena no es más que una teoría sobre los factores relacionados con el injusto y la culpabilidad que configuran el significado comunicativo del hecho concreto” (FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. *Retribución...*, 2007, p. 693).

<sup>261</sup> De este modo, “[...] la determinación de la pena no es más que una graduación del injusto culpable” (FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. *Retribución...*, 2007, p. 695).

<sup>262</sup> “Los comportamientos delictivos se imputan en la medida en la que comunicativamente se apartan de una regla intersubjetiva de conducta[ que está] garantizada mediante una pena” (FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. *Retribución...*, 2007, p. 703). Acerca de la postura iusfilosófica del autor, véanse –muy especialmente– *La legitimidad de la pena estatal. Un breve recorrido por las teorías de la pena*. Madrid: lustel, 2014, pp. 120 y ss.; o *Retribución...*, 2007, pp. 701 y ss.

Sin ánimo de extenderme en dicho punto –pues no en vano queda lejos del alcance de esta investigación–, tomo una cita que refleja su planteamiento (FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. *Retribución...*, 2007, pp. 707-708; mantengo la cursiva del texto original):

“Propongo [...] desarrollar una *teoría comunicativa de las normas* que permita una síntesis superadora de una discusión tradicional donde deberes y bienes jurídicos se han presentado como elementos [...] incompatibles. [...] La lesividad del hecho se entiende [...] comunicativa y no puramente fáctica ([pues] lo fáctico no es que no interese, sino que interesa en una dimensión comunicativa y, en este sentido, es una construcción normativa)”.

<sup>263</sup> Así, cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. *Retribución...*, 2007, p. 699.

<sup>264</sup> Respecto de tal cuestión, vastamente tratada en la doctrina alemana, véanse –por todos– MAURER, M. *Komparative...*, 2005, pp. 102 y ss.; AHLERS-GRIZIBIEK, U. *Der normative Normalfall in der Strafzumessung*. Hamburgo: Dr. Kovac Verlag, 2003, pp. 202 y ss.; HÖRNLE, T. *Tatproportionale...*, 1999, pp. 378 y ss.; NEUMANN, U. “Zur Bedeutung...”, en SEEBODE, M. *et alter* (eds.). *FS-Spendel*, 1992, pp. 447 y ss.; FRISCH, W. “Gegenwärtiger... (Teil II)”, en *ZStW*, Vol. 99, Nº 4, 1987, pp. 791-792; o BRUNS, H.-J. *Das Recht...*, 2ª ed., 1985, pp. 61-62.

<sup>265</sup> Por ejemplo, si en el supuesto de hecho se verificase una intervención (relevante) del sujeto pasivo, en un contexto tal que –sin embargo– ello no permite negar la imputación objetiva del resultado a su infractor; cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. *Retribución...*, 2007, p. 700. Pues “[...] la conducta de la persona definida como víctima también puede tener relevancia a [los] efectos de determinación de la pena, siempre que no se trate de personas irresponsables” (p. 718). En esta línea, véase FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. *Resultado lesivo e imprudencia*. Barcelona: Bosch, 2001, pp. 340 y ss.

<sup>266</sup> Los pocos casos paradigmáticos que pone el autor los mencionaré *infra*, en el epígrafe V.4.

<sup>267</sup> Y, en dicho sentido, reproduzco las observaciones “instrumentales” que Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (“La teoría...”, en *InDret* 2/2007, p. 7 [nota 19]) formula al planteamiento que ahora nos ocupa:

“Por lo demás, es curioso que FEIJOO SÁNCHEZ [*Retribución...*, 2007] afirme que la individualización de la pena no deja[rá] de ser una concreción de la teoría de los fines de la pena,

—así pues, la dogmática<sup>269</sup> como el único método adecuado para concretar el castigo<sup>270</sup>. También desde una perspectiva *proporcionalista*<sup>271</sup>, José Milton PERALTA invoca el principio de igualdad<sup>272</sup> para fundar que la determinación penal haya de ser un “reflejo de la teoría del delito”<sup>273</sup>, y en base a ello recurre a elementos del injusto o de la culpabilidad que nos permitan graduar el reproche<sup>274</sup>. En cualquier caso, sólo podemos dar razón de “segmentos” (más o menos amplios) dentro del marco legal; para aquél, sería ingenua otra pretensión, y ni siquiera esto es ya viable sin acudir a categorías sistemáticas, con un gran “esfuerzo argumental”<sup>275</sup>.

---

sosteniendo al tiempo que aquélla no es más que una teoría sobre los factores relacionados con el injusto y la culpabilidad que configuran el significado comunicativo del hecho. [Pues] Lo uno y lo otro no significan lo mismo. Lo primero parece apelar a una teoría de la individualización de la pena [construida] a partir de los principios de legitimación del Derecho penal; [pero] lo segundo, en cambio, apunta a una determinación de la pena basada en reglas dogmáticas”.

<sup>268</sup> Sorprende especialmente que —en párrafos consecutivos, y sin mediar matización alguna— el autor admita imponer la sanción mínima, “[...] para evitar los efectos desocializadores de una pena adecuada a la gravedad del hecho”, y luego (a la vez) indique que “[...] los factores preventivo-instrumentales [...] sólo operan en el marco de la determinación [...] en sentido amplio; es decir, [que] no determinan la pena adecuada al injusto culpable, sino sus posibilidades de sustitución o suspensión” —conforme a la ley (FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. *Retribución...*, 2007, p. 700).

<sup>269</sup> Entendida aquí como “*Verbrechenslehre*”, aunque con el refinamiento y desarrollo evolutivo que le otorgan sus dos siglos de fructífera existencia; en cambio, a la hora de fundamentar mi propuesta sostendré un concepto más amplio del término —así, cfr. *infra*, en el epígrafe VI.2.

<sup>270</sup> No obstante, Bernardo José FEIJOO SÁNCHEZ (*Retribución...*, 2007, pp. 701-702) aclara de este modo la separación teórica entre su planteamiento y el proporcionalismo:

“Una de las principales diferencias de la posición mantenida aquí con la teoría de la proporcionalidad reside en la diferente concepción del injusto [criminal], en la medida en la que los proporcionalistas tienen una visión fáctica del mismo; es decir, los partidarios de la teoría de la proporcionalidad del hecho en la doctrina alemana ([v.gr.] SCHÜNEMANN, [o] HÖRNLE) definen el injusto o el hecho punible como [una] conducta lesiva socialmente, pero reducen esa lesividad [(como algo sólo empírico)] a la [estricta] lesión de bienes [jurídicos]” (p. 701).

<sup>271</sup> Para un panorama general acerca del postulado, orientado sobre todo (al menos en un primer término) a las labores del legislador penal, véanse DE LA MATA BARRANCO, N. J. *El principio...*, 2007, pp. 35 y ss., y 52-53; o RAMOS TAPIA, M<sup>a</sup> I. / WOISCHNIK, J. “Principios constitucionales en la determinación legal de los marcos penales. Especial consideración del principio de proporcionalidad”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2001, pp. 143-156.

<sup>272</sup> Así, cfr. FRISCH, W. “Einleitung-Hintergrund, Grundlinien und Probleme der Lehre von der tatproportionalen Strafe”, en FRISCH, W. / VON HIRSCH, A. / ALBRECHT, H.-J. (eds.). *Tatproportionalität...*, 2003, pp. 1-22; o VON HIRSCH, A. “Proportionality in the Philosophy of Punishment”, en TONRY, M. (ed.). *Crime and Justice. A Review of Research. (Volume 16)*. Chicago: University of Chicago Press, 1992, pp. 55-98.

Ya de igual manera, Luigi FERRAJOLI (*Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 5<sup>a</sup> ed., 2004, p. 404) alega que precisamente el principio de igualdad sustenta “la graduación equitativa de la medida de la pena, para cada hecho singular”.

<sup>273</sup> PERALTA, J. M. “Dogmática...”, en *Doxa*, N<sup>o</sup> 31, 2008, p. 614.

<sup>274</sup> Véase PERALTA, J. M. “Dogmática...”, en *Doxa*, N<sup>o</sup> 31, 2008, pp. 615 y ss.

<sup>275</sup> PERALTA, J. M. “Dogmática...”, en *Doxa*, N<sup>o</sup> 31, 2008, p. 623.



### 3.2 La idea de “culpabilidad por el hecho” en sede individualizadora

Queda todavía analizar un enfoque, distinto al *proporcionalista*, generado en la doctrina alrededor del principio de la “culpabilidad por el hecho”<sup>276</sup>, si bien la conexión entre ambos postulados teóricos siempre se ha resaltado –formal<sup>277</sup> y materialmente<sup>278</sup>. Con un planteamiento iusfilosófico de carácter retributivo<sup>279</sup>, KÖHLER desarrolla su “*Strafzumessungslehre*”<sup>280</sup> sobre un concepto “pre-positivo” del Derecho penal, con tal de salvar las antinomias de los fines sancionatorios. Entonces, su rechazo a una instrumentalización *consecuencialista*<sup>281</sup> (preventivo-general o especial) del reo obliga a la lectura restrictiva del § 46 StGB: el castigo se mide con referencia a la simple “*Tatschuldausgleich*”, compensando la responsabilidad personal del infractor. Y, de este modo, el autor logra justificar aumentos<sup>282</sup> o descensos en un *quantum*, a través de “*Unrechtsdifferenzierung*”<sup>283</sup>.

---

<sup>276</sup> En sede de concreción del castigo, se acoge un significado amplio o extensivo del término; al respecto, cfr. CHOCLÁN MONTALVO, J. A. *Individualización...*, 1997, p. 176: “[...] la culpabilidad por el hecho como medida de la pena no contiene sólo la culpabilidad en el sentido dogmático del concepto de delito, sino también la gravedad del injusto del hecho realizado”.

<sup>277</sup> Una vez más, véase aquí PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, pp. 46-47 y 228.

<sup>278</sup> Así, y según argumenta CALLIESS (*Theorie...*, 1973, pp. 186-193), la proporcionalidad de la sanción con la lesividad de un hecho es lo equivalente a las exigencias del llamado “principio de culpabilidad”, entendido éste ahora en tanto que un conjunto de las garantías (jurídico-procedimentales) para el individuo frente al régimen sancionador –y que se derivan, en nuestros Estados de Derecho, de una Carta Magna.

<sup>279</sup> En torno a dicho fundamento, cfr. –especialmente– KÖHLER, M. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Berlín: Springer, 1997, pp. 38, 577-578, 598 y ss.; y KÖHLER, M. *Der Begriff der Strafe*. Heidelberg: Decker & Müller, 1986, *passim*.

<sup>280</sup> Véase KÖHLER, M. *Über den Zusammenhang...*, 1983, *passim*.

<sup>281</sup> I.e., que esos fines preventivos de la pena no tienen relevancia en la legitimación externa o interna del sistema, en ninguno de los niveles. Luego los efectos que razonablemente se derivan de la imposición del castigo estatal –i.e., la estabilización de la confianza de la población en la vigencia del ordenamiento jurídico, la intimidación de potenciales delincuentes, o la reinserción del condenado– son tan sólo accidentales, y nunca sustanciales, a la *vindictio*. Otra cosa sería utilizar al reo como medio para la consecución de objetivos sociales, aun deseables.

En este sentido, cfr. KÖHLER, M. *Über den Zusammenhang...*, 1983, pp. 47 y ss.

<sup>282</sup> Y sobre tal cuestión se articula esta crítica de DEMETRIO CRESPO (*Prevención...*, 1999, pp. 212-213):

“Desde mi punto de vista[,] la argumentación de KÖHLER es contradictoria, y por lo mismo[,] acaba siendo antigarantista. [...] no tiene sentido defender un concepto de Derecho Penal que ampara un determinado ámbito de libertad intersubjetiva, para acabar violándolo a través de la legitimación de [ciertas] agravaciones de la pena, fundamentadas en criterios externos al ámbito de autonomía de la persona ([...] preventivo-generales), aunque a esto se le llame algo tan ambiguo como [la] «perturbación de la paz jurídica de la generalidad» [en alemán, “*Rechtsfriedensstörung der Allgemeinheit*”], y se justifique a través de un incremento en la gravedad del tipo del injusto”.

<sup>283</sup> Por ejemplo, así lo hace KÖHLER (*Über den Zusammenhang...*, 1983, pp. 49 y ss.), con un probado aumento en la frecuencia de comisión efectiva de un delito: ello puede reformularse desde el punto de vista de una estricta culpabilidad por el hecho, como “diferenciación del injusto”. En efecto, se trata del “creciente significado general” de la infracción (“*gesteigerte Allgemeinbedeutung der Tat*”); una valora-

Vemos, en cambio, cómo la mayoría de veces las posturas no son más que una defensa funcional del principio de culpabilidad, según la interpretación usual: en tanto que límite liberal del sistema punitivo, “lo que queda”<sup>284</sup> de aquél son las conquistas que contribuyen a humanizar y moderar la *vindicatio* estatal<sup>285</sup>. Así, entre quienes no renuncian plenamente al contenido material de esta idea, SCHÜNEMANN sostiene que es una “ficción necesaria”<sup>286</sup> –establecida “*favor rei*”–: avala la impunidad de ciertas conductas leves sin responsabilidad personal y fija el tope máximo del reproche. Luego en el ámbito de la individualización los frutos serán relevantes e insuficientes<sup>287</sup>, al mismo tiempo: no cabe rebasar la magnitud superior de un hipotético sub-marco<sup>288</sup> (interno a la horquilla legal), pero faltan criterios precisos para efectuar dicho acotamiento, y desentrañar el castigo concreto –¿una “*Punktstrafe*”?– que satisfaga exigencias mixtas<sup>289</sup>.

---

ción negativa que se explica por la dimensión intersubjetiva del injusto, manifestada ahora no ya en la lesión de un bien jurídico sino en el grave trastorno provocado para la paz jurídica de la comunidad.

<sup>284</sup> Tomo la expresión prestada de ROXIN, C. “Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig?”, en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, Vol. 104, Nº 3, 1987, pp. 356-376.

<sup>285</sup> Acerca de la cuestión, véanse –entre muchos otros autores– BACIGALUPO ZAPATER, E. “Principio...”, en VV.AA. *El nuevo...*, 1999, pp. 35 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER, E. *Principios constitucionales...*, 1999, pp. 45 y ss.; HIRSCH, H.-J. “Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 106, Nº 4, 1994, pp. 746 y ss.; SCHÜNEMANN, B. “La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo”, en SCHÜNEMANN, B. / SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. (eds.) *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario*. Madrid: Tecnos, 1991, pp. 147-150; BACIGALUPO ZAPATER, E. *Principios...*, 1990, pp. 32 y ss.; PÉREZ MANZANO, M. *Culpabilidad...*, 1990, pp. 57 y ss.; ROXIN, C. “Was bleibt...”, en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, Vol. 104, Nº 3, 1987, pp. 358 y ss.; ROXIN, C. *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*. Madrid: Reus, 1981, pp. 188-189; CÓRDOBA RODA, J. *Culpabilidad y pena*. Barcelona: Bosch, 1977, pp. 18-20; o ROXIN, C. “Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip”, en *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, Vol. 56, 1973, pp. 316 y ss.

Recientemente, Carlos PÉREZ DEL VALLE (*Lecciones...*, 2016, pp. 45-47) se refiere a todas esas derivaciones del principio de culpabilidad como manifestaciones concretas del postulado general, que luego –algunas veces– han ido adquiriendo en la doctrina una cierta autonomía conceptual.

<sup>286</sup> De este modo lo aduce SCHÜNEMANN, B. “La función...”, en SCHÜNEMANN, B. / SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. (eds.) *El sistema...*, 1991, pp. 152-154.

<sup>287</sup> Así, cfr. –por todos– STRENG, F. *Strafzumessung...*, 1984, pp. 301 y ss.

Según DEMETRIO CRESPO (*Prevención...*, 1999, p. 92), “[...] parece imposible poder determinar de [un] modo absoluto la pena adecuada a la culpabilidad”.

<sup>288</sup> Véanse GRIBBOHM, G. “Vorbemerkungen...”, en VV.AA. *LK-StGB. Band 2*, 11<sup>a</sup> ed., 1995, pp. 106 y ss.; SCHÄFER, G. *Praxis...*, 2<sup>a</sup> ed., 1995, pp. 161 y ss.; HIRSCH, G. “Vorbemerkungen...”, en VV.AA. *LK-StGB*, 1985, 10<sup>a</sup> ed., pp. 9 y s.; STRATENWERTH, G. *Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Die Straftat*. Berna: Stämpfli, 1982, pp. 43-44; SCHÖNEBORN, C. “Schuldprinzip und generalpräventiver Aspekt”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 88, Nº 3, 1976, pp. 352 y 359; HAAG, K. *Rationale...*, 1970, pp. 21 y ss.; HENKEL, H. *Die “richtige”...*, 1969, pp. 42 y ss.; o KAUFMANN, Arthur. “Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht”, en *Juristen Zeitung*, Vol. 22, Nº 11, 1967, p. 555 –verbigracia.

<sup>289</sup> Otra vez se evidencian aquí las aporías entre fines penales, cuando se intentan compaginar diversos enfoques iusfilosóficos en sede de concreción del castigo. En el caso del ordenamiento patrio, lo explica Eduardo DEMETRIO CRESPO (*Prevención...*, 1999, p. 357) con las siguientes palabras:

En busca de acallar las críticas sobre la vaguedad del modelo “*schuldorientiert*”, la doctrina ha elaborado teorías acerca de qué factores sirven en la graduación de una pena; aquí siempre también con razonamientos dogmáticos. Por ejemplo, es un lugar común considerar que las categorías de injusto y culpabilidad pierden su significado sistemático “autónomo” en la “*Strafzumessung*”, uniéndose pues (para ese análisis cuantitativo) en un íntegro “*verschuldetes Unrecht*”<sup>290</sup>. En tal contexto, BRUNS<sup>291</sup> defiende que ambos conceptos tienen “capacidad ascensional”: ordenan de menos a más los niveles de responsabilidad criminal, de manera que todo lo ahora estimable ya se vio en un examen previo del caso. Y SCHÄFFER<sup>292</sup> completa este esquema, sugiriendo una lista de ítems a tener en cuenta, agrupados bajo dos etiquetas –desvalor de resultado y de acción<sup>293</sup>.

---

“El Derecho penal español no plantea, [...] en los criterios generales para la I.J.P., a saber, la gravedad del hecho y las circunstancias personales del delincuente, la antinomia entre prevención general y prevención especial, sino la antinomia entre retribución y prevención especial. Adopta, por lo tanto, una teoría mixta de la pena en la I.J.P., que es contradictoria «a conciencia». El criterio de la gravedad del hecho, pese a ser susceptible de una determinada lectura preventivo general (la pena adecuada a la gravedad del hecho es probablemente la pena preventivo[-]generalmente más eficaz), es en esencia una exigencia de proporcionalidad vinculada al principio de la culpabilidad por el hecho. El criterio de las circunstancias personales del delincuente obliga al juez a individualizar la pena, a tener en cuenta una serie de factores de carácter preventivo especial, desde la personalidad del delincuente, hasta sus circunstancias personales, económicas, y profesionales, así como su concreta «sensibilidad a la pena»; que en definitiva deben contribuir a una valoración proyectada al futuro sobre los efectos de la pena en la vida futura del reo en sociedad”.

<sup>290</sup> A tal respecto, cfr. LACKNER, K. “Grundsätze der Strafzumessung”, en LACKNER, K. / KÜHL, K. (eds.). *StGB. Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*. Múnich: C. H. Beck, 21ª ed., 1995, pp. 276-277; GRIBBOHM, G. “Vorbemerkungen...”, en VV.AA. *LK-StGB. Band 2*, 11ª ed., 1995, p. 104; ERHARD, C. *Strafzumessung bei Vorbestraften unter dem Gesichtspunkt der Strafzumessungsschuld. Zugleich ein Beitrag zur Struktur der in § 46 StGB verwendeten Systemkategorie “Schuld”*. Berlín: Duncker & Humblot, 1992, pp. 159 y ss.; BRUNS, H.-J. *Strafzumessungsrecht...*, 2ª ed., 1974, pp. 392 y ss.; o STRATENWERTH, G. “Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht”, en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, Vol. 79, Nº 2, 1963, pp. 253-256.

<sup>291</sup> En torno a esta cuestión, véase BRUNS, H.-J. *Strafzumessungsrecht...*, 2ª ed., 1974, p. 394: tanto el injusto penal como la culpabilidad del autor son “*Steigerungsbegriffe*”.

En un sentido similar, cfr. también SCHÄFFER, G. *Praxis...*, 2ª ed., 1995, pp. 106-109; y HIRSCH, G. “Vorbemerkungen...”, en VV.AA. *LK-StGB*, 1985, 10ª ed., pp. 29-30.

<sup>292</sup> Véase SCHÄFFER, G. *Praxis...*, 2ª ed., 1995, pp. 106 y ss.

<sup>293</sup> Así, entiende el autor que la medida de la “*Schuld*” –para la “*Strafzumessung*”– se obtendrá tras un examen analítico, a través del cual un juez ha confrontado sistemáticamente cada hecho cometido con el siguiente esquema, en dos niveles (cfr. SCHÄFFER, G. *Praxis...*, 2ª ed., 1995, pp. 108-109):

1. Desvalor del resultado
  - i. Resultado conforme al tipo (con sus posibles modificaciones: co-causación o reparación)
  - ii. Consecuencias del hecho externas al tipo, ya sean comprendidas por la norma o no
2. Desvalor de la acción
  - i. Acción típica
    - a. Parte subjetiva (motivos, “energía criminal”, culpabilidad disminuida...)
    - b. Parte objetiva (gravedad de la violación del deber y forma de ejecución empleada)

Igualmente, en España los autores admiten (de forma mayoritaria) que, al individualizar las penas, la noción de la “*Tatschuld*” se interpreta en un sentido amplio<sup>294</sup>: el reproche habría de medirse en referencia a la suma total del injusto y de la culpabilidad, analizados ya en la teoría del delito<sup>295</sup>. Es así como se conectarán los dos principios investigados en este epígrafe, de modo que dicha exigencia de proporcionalidad de la *vindicatio* quedará en relación con el contenido dogmático que muestra el “*verschuldetes Unrecht*” del reo (en cada supuesto de hecho)<sup>296</sup>. Lo señalado en estos momentos plantea –en la práctica forense– los siguientes dos problemas añadidos: a) precisar el rol que adoptan las categorías sistemáticas, en la fase de la concreción del castigo; y b) explicar la operatividad –sea al alza, y/o a la baja– de aquellos elementos propios de ambos estadios, pero con incidencia en esta fase.

A ello tratan de darle una respuesta, respectivamente y sintetizando las posiciones muy arraigadas en la doctrina actual, HÖRNLE y BESIO HERNÁNDEZ. De acuerdo con la primera, es necesario obviar una referencia directa o exclusiva del § 46 StGB a lo visto en el nivel dogmático de la “*Schuld*”<sup>297</sup>. En cambio, es capital “averiguar la medida del injusto de resultado, y qué facetas de la conducta del autor influyen en el injusto de acción”<sup>298</sup>, pero también cabría aquí atender a ciertos aspectos residuales de su culpabilidad<sup>299</sup>. Y, según indica el profesor chileno, sólo sería legítimo utilizar estos factores “individuales” relevantes para graduar una sanción con secuelas favorables<sup>300</sup>. Por tanto, la gravedad

---

ii. Comportamiento no típico anterior al hecho (antecedentes, “conducción de la vida”...)

iii. Comportamiento no típico posterior al hecho (arrepentimiento, confesión, reincidencia...)

<sup>294</sup> Sobre las diferentes acepciones y los posibles usos del término “culpabilidad”, véase –verbigracia– MIR PUIG, S. “Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena”, en *Estado, pena y delito*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2006, pp. 199-200.

<sup>295</sup> Cfr. –por todos– GARCÍA ARÁN, M. “La concepción de la pena y los límites constitucionales a la prevención en la reforma penal”, en VV.AA. *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz. Volumen I*. Valencia: Universitat de Valencia, 1998, pp. 808-809.

<sup>296</sup> Y en un sentido similar, véase BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, p. 203: “[...] a mi juicio, la exigencia de proporcionalidad existe, en principio, sólo respecto del *injusto*, pues toda la gravedad del delito radica en el injusto penal [...]. Con proporcionalidad con el injusto y la *culpabilidad* [...] me refiero a una medida de pena proporcional con el desvalor del injusto penal que ha sido previamente filtrado por la [categoría dogmática] culpabilidad [...]” (la cursiva es del autor).

<sup>297</sup> Así cfr. HÖRNLE, T. “La concepción anticuada de la culpabilidad en la jurisprudencia y doctrina tradicionales de la medición de la pena”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 54, 2001, pp. 407-410.

<sup>298</sup> *Ibid.*, p. 409.

<sup>299</sup> Se trata, no obstante, de un asunto algo “espinoso” (HÖRNLE, T. “La concepción...”, en *ADPCP*, Vol. 54, 2001, p. 410). E igualmente SCHÜNEMANN (“Plädoyer...”, en ESER, A. / CORNILS, K. [eds.]. *Neuere...*, 1987, p. 227) se muestra también escéptico con este tipo de elementos.

<sup>300</sup> Véase BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 197 y 424. Por el contrario, “[...] la ponderación del componente individual del delincuente para los efectos [...] de una mayor responsabilidad cri-

del reproche no puede aumentar allende el techo (preventivo-general) contenido en un tipo<sup>301</sup>, mientras que los aspectos derivados de las circunstancias personales del sujeto –en clave resocializadora– siempre tendrán una función mitigadora<sup>302</sup>.

Junto a las perspectivas anteriores, surgen lógicamente más objeciones, que se clasifican en torno a dos grandes áreas argumentativas. En primer lugar, desde un punto de vista iusfilosófico, se niega la idoneidad de la retribución para legitimar (hoy en día) a el Derecho penal<sup>303</sup>, en cualesquiera de sus dimensiones y manifestaciones. Eso evidencia el carácter polémico o controvertible de la discusión sobre la labor individualizadora, si queda reducida a una toma de postura “maximalista”<sup>304</sup>. Y, de otra parte, en términos dogmáticos, HORN sintetiza así la inutilidad de la culpabilidad a efectos de medir la sanción<sup>305</sup>: aquélla sólo es un cedazo por el que ha de pasar el injusto –lo único relevante–,

---

minal (de un aumento de la pena) importa directamente un juicio propio de Derecho penal de autor” (p. 413), algo “[...] proscrito en una estructura punitiva liberal y garantista orientada al hecho [...]” (p. 423).

<sup>301</sup> Sí que cabe, en cambio, establecer escalas de mayor o menor medida de reproche, ya dentro de la horquilla legal, sobre la base del injusto: “[...] habrá siempre en relación a un mismo tipo penal hechos más graves que otros (delitos cuyo desvalor de injusto es superior a otros), hechos menos graves que otros (desvalor de injusto menor) y hechos delictivos que no serán ni más ni menos graves en comparación al resto, sino de gravedad [...] media” (BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, p. 598).

De acuerdo con usar esta técnica intra-comparativa, cfr. –entre muchos otros– FREUND, G. “La determinación...”, en ASÚA BATARRITA, A. / GARRO CARRERA, E. *Hechos...*, 2009, pp. 33 y ss.; PERALTA, J. M. “Dogmática...”, en *Doxa*, N° 31, 2008, pp. 615-617; SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. “La teoría...”, en *InDret* 2/2007, pp. 8 y ss.; FRISCH, W. “Einleitung-Hintergrund...”, en FRISCH, W. / VON HIRSCH, A. / ALBRECHT, H.-J. (eds.). *Tatproportionalität...*, 2003, pp. 5 y ss.; o ZIFFER, P. *Lineamientos...*, 2<sup>a</sup> ed., 1999, pp. 101 y ss.

<sup>302</sup> Así, véase la conclusión de BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, p. 612: el juez sentenciador ha de atender a “[...] cualquier elemento de componente individual que sea capaz de explicar y justificar de forma plausible una disminución de la cuantía de pena[,] bajo la orientación preventivo-especial de evitar en la medida de lo posible la desocialización del autor del delito”.

<sup>303</sup> Por todos, cfr. MIR PUIG, S. *Derecho penal...*, 10<sup>a</sup> ed., 2015, p. 87; FERRAJOLI, L. *Derecho...*, 5<sup>a</sup> ed., 2004, pp. 256 y ss.; JESCHECK, H.-H. / WEIGEND, T. *Tratado...*, 5<sup>a</sup> ed., 2002, pp. 75 y ss.; ALCÁCER GUIRAO, R. “Los fines...”, en *ADPCP*, Vol. 51, N° 1-3, 1998, p. 377; SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. *Aproximación...*, 1992, p. 199; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. *Fundamentos de Derecho penal*. Granada: Universidad de Granada, 1990, p. 62; LUZÓN PEÑA, D. M. *Medición...*, 1979, pp. 21-22; o ROXIN, C. “Sentido y límites de la pena estatal”, en *Problemas básicos del Derecho penal*. Madrid: Reus, 1976, pp. 12 y ss.

<sup>304</sup> Y, sin embargo, me remito en estos momentos al próximo capítulo, donde trato –con ánimo crítico y constructivo– de fundamentar el contenido material de una noción de culpabilidad que sea acorde con mi propuesta metodológica; véase *infra*, en los epígrafes VI.2 y VI.3.

<sup>305</sup> En este sentido, Eckhard HORN (*Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit. Eine systematische Grundlagentheorie der Schuldtheorie*. Berlín: Duncker & Humblot, 1969, p. 139 [nota 104]) sostiene lo siguiente: “[...] el *quantum* de culpabilidad no tiene un peso propio en la evaluación de la medida de la pena; [o] no se añade nada nuevo que no estuviese ya ahí procedente de lo injusto. La culpabilidad es sólo un cedazo por el que tiene que pasar[,] en su camino a la medida de culpabilidad[,] el «*quantum*» –único relevante– de lo injusto. [Entonces,] Con un *quantum* de culpabilidad sólo se determina el [...] espesor de malla del cedazo” (tomo la traducción de la obra de GIMBERNAT ORDEIG, E. “El sistema del Derecho penal en la actualidad”, en *Estudios de Derecho penal*. Madrid: Civitas, 2<sup>a</sup> ed., 1981, p. 148 [nota 44]).

en su camino hacia la concreción del *quantum*<sup>306</sup>. *A fortiori*, la “*Tatschuld*” en ocasiones atenúa o impide el castigo, si bien nunca puede agravarlo<sup>307</sup>.

Finalmente, me conviene hacer una observación adicional acerca del principio jurídico-penal que nos ocupa, de la mano de DEMETRIO CRESPO: “[...] es innegable que la referencia de los textos legales [...] a la gravedad del hecho esconde una medición culpabilístico-retributiva”<sup>308</sup> de la responsabilidad personal. Eso lo afirma alguien que rechaza a las claras una fundamentación “*desert-based*” de la *vindicatio* estatal<sup>309</sup>; pero entonces, ¿cómo se interpretará dicha referencia legal “contra-intuitiva”? En línea con la tendencia iniciada por ROXIN<sup>310</sup>, se acepta que la “*Schuld*” quedará determinada<sup>311</sup> por un sentido preventivo<sup>312</sup>, exigencia inherente a un “*demokratischer und sozialer Rechtsstaat*”<sup>313</sup>. Lo

---

<sup>306</sup> Sobre ello, Santiago MIR PUIG señala que la imputación personal no tiene una gravedad propia, por lo que la culpabilidad no puede servir para medir la cuantía de la pena; ésta vendría determinada sólo por la gravedad del injusto, y se gradúa conforme al principio de proporcionalidad *stricto sensu* –a este respecto, cfr. *Derecho penal...*, 10ª ed., 2015, pp. 544 y s.; *Estado...*, 2006, pp. 206-207; o *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994, p. 88.

Más aún, afirma en otro lugar el autor que “[...] la culpabilidad no aumenta la gravedad del hecho [...], sino que solamente condiciona la posibilidad de imputar dicho hecho [al agente], con su gravedad, ya sea completamente (este es el límite máximo)[...] o en forma disminuida” (MIR PUIG, S. “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal”, en VV.AA. *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Prof. Tomás Salvador Vives Antón. Vol. 2*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009, p. 1382).

En la misma línea se manifiesta –verbigracia– BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, p. 203: “[...] en el sistema español[...] el efecto de filtro [...] del injusto que desempeña la categoría [de la] culpabilidad se verifica principalmente en un estadio *anterior* a la decisión cuantitativa de pena, a saber, a través de los efectos modificativos propios de las atenuantes [...] en la modulación del marco penal concreto [...]” (mantengo la cursiva del original).

<sup>307</sup> Así véanse –por todos– BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 197 y 205; DEMETRIO CRESPO, E. *Prevención...*, 1999, pp. 242-243; MIR PUIG, S. “Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho”, en *El Derecho...*, 1994, p. 88; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. “Racionalidad...”, en *RFDUCM*, N° 3 (extraordinario), 1980, p. 183; o LUZÓN PEÑA, D. M. *Medición...*, 1979, p. 38.

<sup>308</sup> DEMETRIO CRESPO, E. *Prevención...*, 1999, p. 33. Y, en cambio, Mercedes GARCÍA ARÁN (*Fundamentos...*, 1997, p. 90) objeta a esta idea que “las circunstancias personales no inciden en la mayor o menor gravedad del hecho, lo que resulta coherente con el rechazo de la culpabilidad de autor”.

<sup>309</sup> Sin lugar a las dudas, cfr. DEMETRIO CRESPO, E. *Prevención...*, 1999, pp. 48 y ss.

<sup>310</sup> Al respecto, véanse los diversos artículos recopilados –y traducidos al español por MUÑOZ CONDE– en su obra *Culpabilidad...*, 1981, pp. 41 y ss.

<sup>311</sup> Y ello sucede de estas dos formas: (i) indirectamente, por cuanto la culpabilidad es entendida en la concreción penal como “*verschuldetes Unrecht*”, de tal modo que su contenido dependería también de razones preventivo-generales; y (ii) directamente, a través de amenazas sancionatorias incongruentes con el injusto típico, pero que se contemplan en la ley para cuantificar el castigo.

<sup>312</sup> Cfr. especialmente HART-HÖNIG, K. *Gerechte und zweckmäßige Strafzumessung. Zugleich ein Beitrag zur Theorie positiver Generalprävention*. Berlín: Duncker & Humblot, 1992, pp. 31 y ss.; y FRISCH, W. “Gegenwärtiger... (Teil I)”, en *ZStW*, Vol. 99, N° 3, 1987, pp. 388 y ss.

<sup>313</sup> En España, en tal sentido véase MIR PUIG, S. “La teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho”, en *Estado...*, 2006, pp. 162-163.

que implica, por ende, vaciarla de contenido<sup>314</sup> –más allá de su función garantista<sup>315</sup>–, y deja una única salida en nuestra tarea: echar la vista atrás, hacia el injusto.

Zanjo así el presente epígrafe, con un recordatorio importante: el vínculo de la doctrina alemana con la noción (iusfilosófica, dogmática y político-criminal) de culpabilidad en la fase de “*Strafzumessung*” está condicionada por su Derecho positivo<sup>316</sup>. En efecto, el § 46 StGB insta –expresamente– aquélla como la base (“*die Grundlage*”) jurídica en la que se asienta una decisión judicial sobre la individualización de la pena. No obstante, HÖRNLE<sup>317</sup> lamenta que – pese a la claridad de la ley– en su país se empezara a producir tarde<sup>318</sup> una potente y fértil reflexión hermenéutica, en torno al significado o alcance del precepto. Empero, el estudio de los factores concretos allí catalogados ha tenido un mayor desarrollo en autores y tribunales<sup>319</sup>, igual que sucede en España (ex art. 66.1.6ª CP); a su estudio me dispongo a continuación.

---

<sup>314</sup> Para ello fueron esenciales, primero en Alemania, las aportaciones de varios de los grandes profesores del último tercio del siglo XX, quienes se dedicaron a dotarle de un contenido preventivo a la noción de la culpabilidad, reinterpretando su esencia para incluir un enfoque consecuencialista. Y en esa radical transformación, que ha tenido múltiples derivaciones para nuestra ciencia, destacan –sobre todo– las obras de Claus ROXIN (*Derecho penal... Tomo I...*, 2ª ed., 2006, § 19) o Günther JAKOBS (*Derecho penal...*, 2ª ed., 1997, pp. 565 y ss.).

Y en España, por otra parte, dicho papel se plasma paradigmáticamente en los manuales de Santiago MIR PUIG (*Derecho penal...*, 10ª ed., 2015, pp. 554 y ss.), o Francisco MUÑOZ CONDE y Mercedes GARCÍA ARÁN (*Derecho penal...*, 8ª ed., 2010, pp. 349 y ss.).

Además, y con un abordaje mucho más completo acerca de esta cuestión cfr. –por todos– MARTÍN LORENZO, M. *La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009, pp. 113 y ss.; COUSO SALAS, J. *Fundamentos...*, 2006, pp. 221 y ss.; o PÉREZ MANZANO, M. *Culpabilidad...*, 1990, *passim*.

<sup>315</sup> Recordemos que esa es una postura mayoritaria hoy en día; así, en España véanse –entre muchos otros– MIR PUIG, S. *Derecho penal...*, 10ª ed., 2015, pp. 134 y ss.; QUINTERO OLIVARES, G. *Parte general...*, 5ª ed., 2015, pp. 75 y ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. “Límites al poder punitivo del Estado (VII)”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (dir.). *Derecho penal...*, 2ª ed., 2004, pp. 312 y ss.; o BACIGALUPO ZAPATER, E. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Hammurabi, 2ª ed., 1999, pp. 160 y ss.

<sup>316</sup> Cfr. BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, p. 208: “[...] pero [esa conexión] no necesariamente constituye un objetivo [...] en el sistema legal español, que opera al menos explícitamente a través de otros baremos de individualización judicial de la pena [...]”.

<sup>317</sup> Véase –con detalle– HÖRNLE, T. “La concepción...”, en *ADPCP*, Vol. 54, 2001, p. 402:

“Teniendo en cuenta el enorme significado práctico del § 46 StGB (este precepto debe emplearse en cada condena jurídico-penal), sorprende el más bien subdesarrollado estado de la discusión. Especialmente llamativo es lo poco que se ocuparon las exposiciones más antiguas de la operacionalización [sic] de la culpabilidad en la medición de la pena [...]. En la obra de BRUNS, [que ha sido] dominante en esta materia durante mucho tiempo, se encuentra muy poco sobre este punto. [...] Por esta razón falta un debate de años sobre el concepto de culpabilidad del § 46 [...] StGB[,] que pueda compararse a la [correspondiente] discusión [...] en la teoría del delito”.

<sup>318</sup> A partir de la obra de SCHÄFER, G. *Praxis...*, 2ª ed., 1995, pp. 225 y ss.

<sup>319</sup> De este modo lo reconoce Tatjana HÖRNLE (“La concepción...”, en *ADPCP*, Vol. 54, 2001, p. 402).

#### 4. Algunos criterios individualizadores de “*communis opinio*”

A raíz de lo visto en los dos epígrafes anteriores, llego a dos conclusiones preliminares en mi investigación –todavía en curso. Por un lado, las diversas “finalidades” del *ius puniendi* son *per se* demasiado abstractas (el concepto material de la culpabilidad), vagas (un principio de proporcionalidad) o polémicas (las teorías de la pena) como para lograr pautas precisas y útiles con las que cuantificar el castigo. Luego los aspectos a tener en cuenta por parte del órgano sentenciador, y su operatividad real –ya al alza o a la baja– a la hora de graduar una sanción, no pueden depender –al menos, no directamente– de tales consideraciones<sup>320</sup>. En cambio, la búsqueda de una consecuencia *vindictoria* que manifieste un reproche adecuado a la responsabilidad personal del delincuente es “una cuestión propia de la razón práctica”<sup>321</sup>.

Entonces, en la decisión individualizadora no se trata de plasmar mediante deducciones lógicas una serie de reglas derivadas de postulados generales<sup>322</sup>, sino del ejercicio lícito del arbitrio judicial, merced a la virtud de la prudencia (*phronēsis*)<sup>323</sup>. En otras palabras, lo razonable aquí será –a lo sumo– defender *ad casum* una tendencia valorativa interna a la horquilla legal, con la que fijar un sub-marco reducido<sup>324</sup>; i.e., un abanico de magni-

---

<sup>320</sup> En contra –y sin ambages–, cfr. BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, p. 149: “[...] los criterios a evaluar dentro de cada concepto [i.e., aquellas cláusulas del art. 66.1.6ª CP] y, por ello, la capacidad de cada uno para imponer aumentos o rebajas en la cuantía concreta de [la] pena [...] dependerá principalmente de los fines del Derecho penal que se asuman como legítimos en la fase de [la] individualización judicial de la sanción”. Empero, hoy en día se muestran a favor de excluir su uso SILVA SÁNCHEZ (“La teoría...”, en *InDret* 2/2007, pp. 4-5) y FEIJOO (*Retribución...*, 2007, pp. 696 y ss.; o “Individualización...”, en *InDret* 1/2007, pp. 8 y ss.).

<sup>321</sup> STRATENWERTH, G. “Culpabilidad...”, en *El futuro...*, 1980, p. 83; y coincide también, en la expresión aquí utilizada, ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. “El derecho...”, en *Poder Judicial*, N° 18, 1990, p. 139. Más aún, según interpreto, eso mismo alude Martín BESIO HERNÁNDEZ (*Los criterios...*, 2011, pp. 589-590) cuando expone su “concepción de la individualización de la pena como un proceso racional de toma de decisiones”; y ello supone “la instauración de un determinado método o estructura de razonamiento [...]”, que sirve para excluir –en la medida de lo posible– la arbitrariedad judicial. Sin embargo, no se elimina (en general, salvo contadas excepciones legales) el margen de discrecionalidad del órgano sentenciador, ni por ende “[...] cualquier expectativa de una respuesta única [...] correcta, como podría esperarse si se tratara de un procedimiento [...] matemático, sujeto a reglas inamovibles e indiscutibles”.

<sup>322</sup> Para un tratamiento en profundidad acerca de la correcta metodología jurídica aplicable al proceso de concreción de la pena, véase *infra*, en los apartados VI.1 y VI.2.

<sup>323</sup> Así, según las reflexiones que hice *supra* en torno a esa cuestión, a lo largo de los Capítulos III y IV –en especial, en el primer epígrafe de ambos.

<sup>324</sup> Y en un sentido similar se manifiesta –recientemente– BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, p. 597: “Aquí no me parecen posibles soluciones aritméticas, pero sí ponderaciones aproximadas (en esto, no cabe duda, sí tiene razón la teoría del espacio de juego) [...]”. Algo parecido a lo que sostiene Karl LARENZ (*Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. Madrid: Civitas, 1985, pp. 113-114):



tudes todas ellas ajustadas a la culpabilidad del reo. Y, sin embargo, habría que asumir también una premisa metodológica que plantea BESIO: “[...] los conceptos de gravedad del hecho y circunstancias personales del autor pueden y deben ser traducidos en cada caso concreto en unidades ordinales aproximadas de tiempo de [la] condena ([ya] sean días, meses o años) lo más específicas posibles”<sup>325</sup>. Veamos, pues, de qué manera hay que *aterrizar* lo previsto en el art. 66.1.6ª CP.

Como decía al acabar el apartado anterior, la doctrina y la jurisprudencia han abordado –en mayor o menor medida, aunque con perspectivas heterogéneas– la cuestión de los criterios individualizadores (precisos) con los que el juez ha de cuantificar el castigo del infractor. En España, dichas reflexiones giran en torno a qué factores se incluyen en las dos cláusulas abstractas establecidas ahora por el legislador penal. Y, según mostré en su momento, hoy en día lo habitual es sostener lo siguiente<sup>326</sup>: (i) la gravedad del hecho se manifiesta en el desvalor del injusto típico –graduable al alza o a la baja– y la normal o debilitada culpabilidad del autor, proporcionalmente<sup>327</sup> consideradas; y (ii) las circunstancias personales del delincuente engloban aquellos elementos “individuales” a través de los cuales se puede fundamentar una disminución del *quantum* sancionatorio.

---

“Nos deberíamos esforzar en estrechar dentro de lo posible este espacio de juego, de manera tal que el juez se viera en la necesidad de dar cuenta de los motivos de la cuantificación de la pena; pero [dicho margen de libertad] nunca queda[rá] completamente eclipsado, pues la transformación de lo cualitativo en cuantitativo (el importe de una pena pecuniaria, [o] la duración de una privación de libertad) no puede producirse como si se tratara de una cuenta”.

Cfr. también PERALTA, J. M. “Dogmática...”, en *Doxa*, Nº 31, 2008, pp. 615 y ss. (quien habla de justificar varios “segmentos” de pena dentro de la horquilla); y SILVA SÁNCHEZ, J.-Mª. “La teoría...”, en *InDret* 2/2007, pp. 8 y ss. (con su propuesta de construir escalas graduales de manifestaciones típicas).

<sup>325</sup> BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, p. 140. Igualmente, véase BACIGALUPO ZAPATER, E. *Teoría... Tomo II*, 2009, p. 934.

<sup>326</sup> Sobre ello, cfr. –ya por todos– BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 201 y ss.; o DEMETRIO CRESPO, E. *Prevención...*, 1999, pp. 329-330. Por su interés, en este punto de mi investigación, reproduzco la “conclusión final” del último autor, a modo de resumen de su tesis principal:

“El criterio de la gravedad del hecho, pese a ser susceptible de una [...] lectura preventivo-general (la pena adecuada a la gravedad del hecho es probablemente la pena preventivo-generalmente más eficaz), es en esencia una exigencia de proporcionalidad[,] vinculada al principio de la culpabilidad por el hecho. El criterio de las circunstancias personales del delincuente obliga al juez a individualizar la pena, a tener en cuenta factores de carácter preventivo-especial, desde la personalidad del delincuente, hasta sus circunstancias personales, económicas, y profesionales, así como su concreta «sensibilidad a la pena», que en definitiva deben contribuir a una valoración proyectada al futuro[,] sobre los efectos de la pena en la vida [...] del reo en sociedad” (elimino las negritas y las cursivas del texto original, por razones estilísticas).

<sup>327</sup> Así, el principio de proporcionalidad constituirá ya un fin en sí mismo, y no un simple límite derivado de la retribución que se impone a la operatoria preventiva en el sistema penal; véase SILVA SÁNCHEZ, J.-Mª. *Aproximación...*, 1992, pp. 217, 249 y ss.

Sin ánimo de recoger con exhaustividad todas las aportaciones doctrinales sobre la materia<sup>328</sup>, pues no en vano el objetivo principal de la tesis es metodológico, me basta con hacer un breve repaso de los aspectos de más frecuente uso en sede de concreción del castigo. Por ejemplo, QUESADA MORILLAS explica así cuál es el influjo de los factores legales aplicados por analogía en esta fase decisoria<sup>329</sup>: la lesividad fáctica tiene incidencia en los grados de responsabilidad criminal del sujeto<sup>330</sup>, igual que las cuestiones personales que permiten juzgar sobre la mayor o la menor exigibilidad del cumplimiento de las normas<sup>331</sup>. En la misma línea, JAÉN VALLEJO señala lo siguiente: “En cualquier caso, el principio de culpabilidad debe ser tomado en consideración en el momento de [la] individualización de la pena<sup>332</sup>, en busca de un ejercicio proporcional de la *vindictio*.”

#### 4.1 La individualización de las penas según la “gravedad del hecho”

Ya en particular, acerca de la cláusula legal de “gravedad del hecho”, existe un acuerdo amplio en nuestro país a la hora de incluir aquí una serie de elementos que muestran el desvalor subjetivo de la conducta –en aras de medir el reproche penal correspondiente. De entre ellos, la diferenciación por las clases de dolo es “uno de los criterios más recurrentes formulados en [la] doctrina [...]”<sup>333</sup> española, a tales efectos<sup>334</sup>; luego en función de si concurre uno u otro nivel de imputación personal, la sanción habrá de ser mayor o menor<sup>335</sup>. En general, se asume una clasificación tripartita (de primer o segundo grado, y eventual) –presuntamente enumerada en términos de su lesividad fáctica–, si bien es difícil extraer una suficiente fundamentación material al respecto<sup>336</sup>. Como explico en el

---

<sup>328</sup> Para una aproximación global al asunto, cfr. las monografías de Martín BESIO HERNÁNDEZ (*Los criterios...*, 2011, pp. 297 y ss., 405 y ss., 594 y ss.) o Eduardo DEMETRIO CRESPO (*Prevención...*, 1999, pp. 267 y ss., 328 y ss.); ambas con numerosas referencias bibliográficas a quien ha trabajado este tema.

<sup>329</sup> Así, véase QUESADA MORILLAS, Y. M<sup>a</sup>. “La individualización...”, en *CPC*, N<sup>o</sup> 88, 2006, pp. 239-240.

<sup>330</sup> En la medida en que quien se decide por hechos más graves ha de vencer mayores contramotivos.

<sup>331</sup> Verbigracia, son situaciones de marginación social (deficiencias sanitarias o educacionales, inadaptación al entorno...), problemas laborales, abandono juvenil, frustración o maltratos familiares, etc.

<sup>332</sup> JAÉN VALLEJO, M. “Arbitrio...”, en *VV.AA. Estudio... Tomo I*, 1997, pp. 163-164.

<sup>333</sup> BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, p. 299.

<sup>334</sup> También acerca de este asunto, véanse con otra perspectiva los epígrafes V.3 y VI.2.

<sup>335</sup> Al respecto, cfr. –por todos– BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 331 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. *Retribución...*, 2007, pp. 720 y ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (dir.). *Derecho penal...*, 2<sup>a</sup> ed., 2004, pp. 504, 919 y ss.; SALINERO ALONSO, C. *Teoría...*, 2000, p. 164; JORGE BARREIRO, A. “La motivación...”, en *VV.AA. Problemas...*, 1999, p. 84; FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. *Homicidio y lesiones imprudentes. Requisitos y límites materiales*. Madrid: Edijus, 1999, p. 31; GARCÍA ARÁN, M. *Fundamentos...*, 1997, p. 76; o LUZÓN PEÑA, D.-M. *Curso... Vol. I*, 1996, p. 343. Y, en cambio, Ramon RAGUÉS I VALLÈS (*El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1999, pp. 180-181) rechaza –explícitamente– la posibilidad de que los diversos grados del tipo subjetivo influyan en la decisión cuantitativa de la pena.

<sup>336</sup> En efecto, “[...] salvo notables excepciones, sólo se enuncia el criterio[,] sin desarrollar las razones que justificarían dicha consideración” (BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, p. 300).

próximo capítulo, no creo que puedan ordenarse en abstracto los géneros de tipo subjetivo, sino que ello dependerá de cuánta culpabilidad se manifieste *ad casum*.

Más allá de las críticas dogmáticas<sup>337</sup> a la dicha subdivisión, BESIO HERNÁNDEZ también rechaza justificar su tratamiento gradual, en fase de individualización de la pena. Y para hacerlo así, objeta la aplicación intra-sistemática de razones objetivas<sup>338</sup> o subjetivas<sup>339</sup> por las que el delito doloso tiene mayor sanción que el imprudente, de modo que no distingue entre clases de desvalor personal de la conducta en sede cuantificadora<sup>340</sup>. En el fondo, estamos ante la misma sospecha que esbozaba RAGUÉS I VALLÈS: “[...] quien se decide contra los bienes jurídicos muestra una mayor maldad o insensibilidad y, por este motivo, debe ser [...] gravemente castigado”<sup>341</sup>. Entonces, según el profesor chileno, que el sentenciador introduzca componentes “internos” en la decisión sobre el *quantum* “constituye un aliciente [...] de la –cuestionable, pero real– arbitrariedad judicial”<sup>342</sup>.

De una manera muy peculiar, parte de la doctrina española engloba los porqués del autor en el factor real de la lesividad del hecho, en tanto un criterio legítimo para medir las

---

<sup>337</sup> Así, por ejemplo, un sector de la doctrina pone de manifiesto que una clasificación tripartita del dolo sólo tiene sentido a partir del elemento volitivo –dependiendo de la intensidad con la que se manifieste *ad casum*–; véanse LUZÓN PEÑA, D.-M. “Dolo y dolo eventual: reflexiones”, en ARROYO ZAPATERO, L. A. / BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (coords.). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. In memoriam. *Volumen I*. Cuenca: Ediciones de las Universidades de Castilla-La Mancha y Salamanca, 2001, pp. 1113 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER, E. *Derecho penal...*, 2ª ed., 1999, p. 314; y CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho penal español. Parte general. Volumen II*. Madrid: Tecnos, 6ª ed., 1998, p. 146. Además, se manifiesta en contra de la división dogmática –ya por muy diversas razones– RAGUÉS I VALLÈS, R. *El dolo...*, 1999, pp. 177 y ss.

<sup>338</sup> Cfr. especialmente MIR PUIG, S. *Derecho penal...*, 10ª ed., 2015, pp. 179-180 y 771-772; MIR PUIG, S. *Estado...*, 2006, pp. 147, 186, 204-205, 274 y 350; LUZÓN PEÑA, D.-M. “Dolo...”, en ARROYO ZAPATERO, L. A. / BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (coords.). *Homenaje... Vol. I*, 2001, p. 1111, y 1127-1128; o LUZÓN PEÑA, D.-M. *Curso... Vol. I*, 1996, pp. 406-407.

<sup>339</sup> Al respecto, véanse por todos MIR PUIG, S. *Derecho penal...*, 10ª ed., 2015, pp. 179 y 771-772; MIR PUIG, S. *Estado...*, 2006, pp. 146-147, 205, 212-216, 275; y 349-350; FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. “La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo”, en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 65, 1998, pp. 273, 304 y ss.; DÍAZ PITA, Mª del M. *El dolo eventual*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1994, pp. 184 y ss., 302 y ss.; PÉREZ MANZANO, M. *Culpabilidad...*, 1990, p. 119; o GIMBERNAT ORDEIG, E. “¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?”, en *Estudios de Derecho penal*. Madrid: Tecnos, 3ª ed., 1990, pp. 142 y ss.

<sup>340</sup> Así, cfr. BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 332 y ss.

Por un lado, el argumento de una mayor peligrosidad de la conducta según el tipo de dolo “sólo resulta válido y razonable en el momento conminativo”, pero “pierde [la] operatividad *ex post*” (p. 332). De otra parte, las referencias de índole individual siempre comportarán “[...] necesariamente una ponderación de la persona y de su fuero interno[,] que no resulta [nunca] lícita en un modelo de Estado que respeta [...] la autonomía moral [...]” de los ciudadanos (p. 334).

<sup>341</sup> RAGUÉS I VALLÈS, R. *El dolo...*, 1999, p. 39.

<sup>342</sup> BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, p. 336.

penas<sup>343</sup>. Dejando de un lado la discutida materia (*stricto sensu* dogmática) acerca de si todo ello habría de incluirse en el injusto o la culpabilidad<sup>344</sup>, BESIO HERNÁNDEZ vuelve a refutar tal tipo de consideraciones en la labor individualizadora, con una argumentación análoga: en clave agravatoria resultan ilícitas –desde la óptica de un Estado liberal<sup>345</sup>. E igualmente alega el peligro de propagar el ejercicio inadecuado de la discrecionalidad, a la hora de apreciar aspectos de contenido ético evidente<sup>346</sup>. Otra vez se advierte aquí la influencia alemana en nuestro país, al hilo del § 46.2 StGB, donde el legislador respalda que un magistrado pondere los móviles y la “actitud interna” del reo (eso sí, “*die aus der Tat spricht*”).

No obstante, una cosa bien distinta sería plantear el debate con efectos mitigadores del castigo. En ese caso el mismo BESIO HERNÁNDEZ deja la puerta abierta y acepta la incidencia de componentes subjetivos, aunque de la lectura de su obra concluyo que el lugar sistemático correcto para dicha acogida sería la cláusula de las “circunstancias personales del delincuente”<sup>347</sup>. Visto así, la ilegitimidad de una valoración meramente “individual” del condenado desaparece en tanto opera en su beneficio; esto es, si se articula como “[...] un fundamento racional de disminución de la cuantía de sanción [...]. En esa medida seguirá, por cierto, siendo un juicio propio de Derecho penal de autor, pero [...] legítimo y admisible”<sup>348</sup> –en la versión *favor libertatis*. En línea similar coinciden FREUND

---

<sup>343</sup> Véanse –ya entre muchos otros– ROXIN, C. *Derecho penal... Tomo I...*, 2ª ed., 2006, nnmm. 10/78 y ss.; JESCHECK, H.-H. / WEIGEND, T. *Tratado...*, 5ª ed., 2002, pp. 506-509 y 956-959; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. *La reincidencia...*, 1999, pp. 263, 268 y ss.; JORGE BARREIRO, A. “La motivación...”, en VV. AA. *Problemas...*, 1999, pp. 83-84, 86 y s.; ZIFFER, P. *Lineamientos...*, 2ª ed., 1999, pp. 131 y 133-135; CHOCLÁN MONTALVO, J. A. *Individualización...*, 1997, pp. 183-184; o LUZÓN PEÑA, D.-M. *Curso... Vol. I*, 1996, pp. 396-398.

<sup>344</sup> Sobre ese tema, cfr. el tratamiento completo de la cuestión en BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 342 y ss.

<sup>345</sup> “Las razones por las que un sujeto comete un delito resultan [ya] irrelevantes para fundar la pena o su agravación en un Derecho penal garantista[,] que no asume como [su] función la educación [moral] de los ciudadanos[,] por medio de la fuerza, o que no se configura al alero de una concepción retribucionista de la pena” (BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 350-351).

De acuerdo con lo anterior, véase –muy especialmente– NINO, C. S. *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*. Buenos Aires: Astrea, 1980, p. 331.

<sup>346</sup> En el mismo sentido se manifiestan MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN (*Derecho penal...*, 8ª ed., 2010, p. 359): “[...] el carácter predominantemente subjetivo de muchos de estos elementos [personales] acrecienta sus dificultades probatorias, y su indeterminación los convierte en grave fuente de arbitrariedad en el momento de la determinación de la pena”.

Ya en Alemania, formulan también sus reparos –entre otros–, por razones procesales, ROXIN (*Derecho penal... Tomo I...*, 2ª ed., 2006, nm. 10/78), o JESCHECK y WEIGEND (*Tratado...*, 5ª ed., 2002, pp. 506 y ss.).

<sup>347</sup> Así se desprende de la interpretación coherente de BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 332-336, 350-354, 409 y ss.

<sup>348</sup> BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, p. 416.

o DEMETRIO CRESPO<sup>349</sup>, pese a no conceder en sus trabajos (al menos de forma explícita) que ello acarrea un sustrato material de “*Täterstrafrecht*”<sup>350</sup>.

También se considera dentro del factor real de la gravedad del hecho –y con mayor motivo, creo– el llamado “desvalor objetivo de la conducta”<sup>351</sup>, i.e. los elementos que configuran la estructura típica de la infracción. Aquí la doctrina atiende, básicamente, a estos tres criterios, en cuanto sean relevantes en la fenomenología de un supuesto fáctico: el modo de ejecución delictiva<sup>352</sup>, el grado de instrumentalización de la víctima (según sea su vulnerabilidad)<sup>353</sup>, o la alarma social generada por la difusión del suceso<sup>354</sup>. Empero, este último aspecto es hoy aún controvertido<sup>355</sup>, sobre todo en la medida en que signifique un aumento punitivo –a través del reproche que merece una cierta disposición subjetiva del autor. En cualquier caso, BESIO concluye que el juez sólo puede estimar ahora cuestiones previstas ex profeso en la ley<sup>356</sup> –ya sea en la descripción normativa o como circunstancia modificativa genérica que cualifica a la acción<sup>357</sup>.

Lo anterior nos aboca a uno de los ámbitos más interesantes en la discusión doctrinal y jurisprudencial del tema tratado: ¿es lícita una doble valoración de factores previstos en el Código, cuando se emplean a la vez para tipificar el hecho (o alguna de sus variantes atenuantes o agravatorias) y cifrar la pena? Un sector amplio rechaza de plano esta po-

---

<sup>349</sup> Respectivamente, cfr. FREUND, G. “La determinación...”, en ASÚA BATARRITA, A. / GARRO CARRERA, E. *Hechos...*, 2009, p. 47; y DEMETRIO CRESPO, E. *Prevención...*, 1999, pp. 90, 328 y ss.

<sup>350</sup> En torno a ello, Víctor GÓMEZ MARTÍN (*El Derecho...*, 2007, pp. 25 y 317) entiende que una determinada lectura actual –i.e., restringida– del llamado “Derecho penal de autor” puede encajar (sin problemas) en un sistema *vindictorio* liberal y respetuoso con el principio de la culpabilidad por el hecho.

<sup>351</sup> Para una visión panorámica acerca de la cuestión –y de su influjo en sede de concreción del castigo–, véase BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 355 y ss.

<sup>352</sup> Sobre ello cfr. –verbigracia– AGUDO FERNÁNDEZ, E. *Principio de culpabilidad y reincidencia en el Derecho español*. Tesis doctoral inédita: Universidad de Granada, 2005, p. 311; y CHOCLÁN MONTALVO, J. A. *Individualización...*, 1997, p. 182.

<sup>353</sup> En dicho sentido véanse ZIFFER, P. *Lineamientos...*, 2ª ed., 1999, p. 128; o GARCÍA ARÁN, M. *Los criterios...*, 1982, p. 219.

<sup>354</sup> Así, cfr. –por todos– GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Introducción...*, 4ª ed., 2006, p. 249; LUZÓN PEÑA, D.-M. *Curso... Vol. I*, 1996, p. 85; y LUZÓN PEÑA, D.-M. *Estudios...*, 1991, p. 308.

<sup>355</sup> Entre otros, se muestran críticos con la ponderación BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 373-374; CASTELLÓ NICÁS, N. *Arbitrio...*, 2007, p. 177; JORGE BARREIRO, A. “La motivación...”, en VV.AA. *Problemas...*, 1999, pp. 70-71; DEMETRIO CRESPO, E. *Prevención...*, 1999, p. 298; CUERDA ARNAU, Mª L. “Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho penal”, en VV. AA. *Estudios... Vol. I*, 1998, pp. 485 y ss.; GARCÍA ARÁN, M. *Los criterios...*, 1982, p. 220; o MIR PUIG, S. *Introducción...*, 1976, p. 89.

<sup>356</sup> Véase BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 355 y ss. En la misma línea se sitúan FEJOO SÁNCHEZ, B. J. *Retribución...*, 2007, pp. 715 y ss.; o ZIFFER, P. *Lineamientos...*, 2ª ed., 1999, p. 131.

<sup>357</sup> Respectivamente, ello sucede –por ejemplo– en los arts. 578.1 CP (para “el enaltecimiento o la justificación públicos” de los delitos de terrorismo) ó 148.3º CP (en las lesiones, “si la víctima fuere menor de doce años o persona con discapacidad necesitada de [una] especial protección”).

sibilidad, en aras de salvaguardar la competencia del legislador en las tareas de conmiación preventivo-general<sup>358</sup>. Así lo entiende DEMETRIO<sup>359</sup>, quien –sin embargo– abre la puerta a una operativa *favor libertatis* en fase individualizadora; ello excluye, lógicamente, la apreciación dual de elementos que cualifiquen al delito o a su agente. En cambio, otros autores admiten dicho solapamiento, y no sólo si beneficia al reo, en tanto que los jueces están habilitados para ejercer los márgenes de arbitrio con libertad, hasta el punto de ratificar<sup>360</sup> con su labor la decisión previa del Parlamento<sup>361</sup>.

Para la jurisprudencia española, existe una desvinculación total entre los factores reales de concreción penal y las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal<sup>362</sup>. Según el Tribunal Supremo, la lesividad del hecho que afecta a la medida de castigo no es aquella “[...] ya contemplada por el legislador para fijar la banda cuantitativa [...] que atribuye a tal delito”<sup>363</sup>. Al contrario, habría que atender únicamente a los aspectos concomitantes –“de todo orden”<sup>364</sup>– no previstos ex profeso (en los arts. 21, 22 y 23 CP)<sup>365</sup>. Empero, *a fortiori* sí que pueden valorarse las “*quaestio facti*” que no alcanzaron a integrar atenuante, agravante o elemento típico accidental algunos<sup>366</sup>. Mas esta postura no es unánime, sino que permite modular la regla en ciertos casos con relevancia práctica; por ejemplo, un colosal alijo de droga merecería doble reproche *vindicatorio*: la cantidad “de notoria importancia” (art. 369.1.5ª) y una ulterior “*Strafzumessung*” al alza<sup>367</sup>.

---

<sup>358</sup> Cfr. SALINERO ALONSO, C. *Teoría...*, 2000, p. 147; ZIFFER, P. *Lineamientos...*, 2ª ed., 1999, pp. 110 y ss.; DEMETRIO CRESPO, E. *Prevención...*, 1999, pp. 139-141, 213, 269 y 278; CHOCLÁN MONTALVO, J. A. *Individualización...*, 1997, pp. 173-174; o GARCÍA ARÁN, M. *Fundamentos...*, 1997, pp. 79-80.

<sup>359</sup> En efecto, véase DEMETRIO CRESPO, E. *Prevención...*, 1999, pp. 291 y ss.

<sup>360</sup> Según BESIO (*Los criterios...*, 2011, p. 279), “la apreciación en fase de medición cuantitativa [...] de las circunstancias genéricas y específicas configuradas normativamente no importa una lesión del *non bis in idem*, pues no se trata de una doble valoración [...] con sentido agravatorio, sino que sólo su actualización o traducción al caso concreto[,] en una medida [numérica] de pena [...]”.

<sup>361</sup> En esa línea, cfr. FUENTES CUBILLOS, H. “El principio de proporcionalidad en Derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena”, en *Revista Ius et Praxis*, Vol. 14, Nº 2, 2015, pp. 37-38; BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 156, 276 y ss.; DE LA MATA BARRANCO, N. J. *La individualización...*, 2008, p. 120; o CASTELLÓ NICÁS, N. *Arbitrio...*, 2007, p. 51. También ZIFFER (*Lineamientos...*, 2ª ed., 1999, pp. 111-112) estaría de acuerdo en que a veces –siquiera sea muy excepcionalmente– no existe una infracción del “*ne bis in idem*”.

<sup>362</sup> Así, véase BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 284 y ss.

<sup>363</sup> STS 960/2009, de 16 de octubre.

De igual forma, cfr. –por todas– las SSTS 569/2008, de 19 de septiembre; 783/2007, de 1 de octubre; 674/2006, de 21 de junio; 222/2005, de 24 de febrero; ó 1348/2004, de 25 de noviembre.

<sup>364</sup> STS 480/2009, de 22 de mayo; véanse igualmente las sentencias de la nota a pie anterior.

<sup>365</sup> De acuerdo con este razonamiento jurisprudencial, cfr. CASTELLÓ NICÁS, N. *Arbitrio...*, 2007, pp. 175 y ss.; o LLORCA ORTEGA, J. *Manual...*, 6ª ed., 2005, p. 106.

<sup>366</sup> En tal sentido, véanse verbigracia las SSTS 84/2010, de 18 de febrero; ó 255/2008, de 24 de julio.

<sup>367</sup> A este respecto, cfr. –entre muchas otras– las SSTS 468/2009, de 30 de abril; ó 94/2007, de 14 de febrero.

Volviendo al hilo principal de mi investigación en este punto, el llamado “desvalor de resultado” es el criterio “más natural y obvio”<sup>368</sup> con el que graduar el injusto según la gravedad del hecho, a fin de hallar una concreta pena proporcional. Sobre ello hay un consenso generalizado en la doctrina española<sup>369</sup>: la afectación del bien jurídico, como algo objetivamente cuantificable, es un factor lícito a la hora de individualizar el castigo. Para BESIO HERNÁNDEZ, “el casuismo en la materia es amplísimo”<sup>370</sup>; por ello la interpretación teleológica de cada delito ha de permitir extraer el fundamento material de su tutela *vinindicatoria*, y tal *ratio legis* crea una guía adecuada para medir la sanción<sup>371</sup>. Por otra parte, algunos autores abarcan aquí también las eventuales consecuencias extra-típicas<sup>372</sup> –causadas a posteriori de la consumación– e incluso situaciones agrupadas bajo la etiqueta “déficits marginales” de condena.

*Grosso modo*, lo último alude a la posibilidad de apreciar con efecto perjudicial (en fase de concreción penal) estos dos fenómenos específicos: las circunstancias modificativas “sobrantes” para la configuración normativa del supuesto<sup>373</sup>, y el total de los hechos que integran el delito continuado<sup>374</sup>. En el primer caso se engloban los tipos que prevén una

---

<sup>368</sup> BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, p. 375.

<sup>369</sup> Por todos, véanse MIR PUIG, S. *Derecho penal...*, 10ª ed., 2015, pp. 771 y ss.; BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 376 y 385; SALINERO ALONSO, C. *Teoría...*, 2000, p. 165; CHOCLÁN MONTALVO, J. A. *Individualización...*, 1997, pp. 181-182; o LUZÓN PEÑA, D.-M. *Curso... Vol. I*, 1996, p. 343.

<sup>370</sup> BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, p. 375.

<sup>371</sup> Y así lo cree BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 379 y ss. Pero hay infracciones difícilmente susceptibles de someterse a una escala gradual de injustos objetivos. Verbigracia, el homicidio, cuyo bien jurídico inconmensurable (vida) no permite fácil división valorativa, entre situaciones de mayor o menor gravedad fáctica –si atendemos sólo a su resultado lesivo. Aunque sea por distintas razones, también los delitos de peligro abstracto son complejos de calibrar con baremos comparativos.

<sup>372</sup> Sobre esta cuestión, cfr. AGUDO FERNÁNDEZ, E. *Principio...*, 2005, p. 310; SALINERO ALONSO, C. *Teoría...*, 2000, p. 165; CHOCLÁN MONTALVO, J. A. *Individualización...*, 1997, p. 182; y GARCÍA ARÁN, M. *Los criterios...*, 1982, pp. 219-220. Sin embargo, en contra del criterio argumenta explícitamente CASTELLÓ NICÁS, N. *Arbitrio...*, 2007, pp. 176-177.

Por su parte, Martín BESIO HERNÁNDEZ (*Los criterios...*, 2011, p. 393) puntualiza lo siguiente:

“[...] me parece que para delimitar qué consecuencias derivadas del hecho pueden ser consideradas jurídicamente como *resultado* a ponderar en la decisión cuantitativa de pena, debe recurrirse a las reglas propias de la imputación objetiva (en tanto reglas de atribución del resultado a la conducta típica), especialmente al criterio relativo a la finalidad de protección de la norma [...] o al ámbito de protección del tipo [...]” (mantengo la cursiva original).

En ese mismo sentido ahora indicado, véanse –mucho antes– LUZÓN PEÑA, D.-M. *Curso... Vol. I*, 1996, p. 382; o ZIFFER, P. *Lineamientos...*, 2ª ed., 1999, p. 124: “[...] evitar que la víctima pierda su trabajo no puede ser considerada, en principio [i.e., “*ceteris paribus*”], una consecuencia [que esté] amparada por la norma que prohíbe el hurto [...]”.

<sup>373</sup> Acerca de ello cfr. JORGE BARREIRO, A. “La motivación...”, en VV.AA. *Problemas...*, 1999, pp. 85-86; y CHOCLÁN MONTALVO, J. A. *Individualización...*, 1997, p. 182.

<sup>374</sup> Así, véanse por todos BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 402 y ss.; LLORCA ORTEGA, J. *Manual...*, 6ª ed., 2005, pp. 219 y ss.; JESCHECK, H.-H. / WEIGEND, T. *Tratado...*, 5ª ed., 2002, pp. 769 y

pluralidad de hipótesis alternativas de agravación, si concurren dos o más de las allí establecidas; así sucede, por ejemplo, en los arts. 183.4, 235.1, 250.1, 369 ó 390.1 CP<sup>375</sup>, donde sería válido que un juez utilizare los restantes aspectos *positivizados* como factor cuantificador al alza. Con una línea similar, es razonable recurrir al aumento potestativo del castigo en aplicación del art. 74.1: “[...] a mayor número de infracciones mayor será, por regla general, el desvalor del injusto [...]”<sup>376</sup>.

#### 4.2 Circunstancias personales del autor en la concreción del castigo

Hasta aquí las consideraciones en torno a la lesividad fáctica, con sus respectivas pautas operativas para la decisión individualizadora. Paso ahora pues a estudiar brevemente la cláusula legal de “las circunstancias personales del delincuente”, de la mano de los autores en España. Según ya dije *supra*<sup>377</sup>, la doctrina ha interpretado esa locución –en general– como el “receptáculo adecuado e idóneo para cobijar”<sup>378</sup> pretensiones preventivo-especiales<sup>379</sup>, a priori capaz de fundamentar subidas o bajadas penológicas. En dicho sentido, la tendencia actual es postular que los elementos subjetivos y del contexto vital sólo pueden ponderarse *favor libertatis*, en beneficio del reo<sup>380</sup>, en aras de alejar el

---

ss.; SANZ MORÁN, Á. J. “Las reglas relativas a la unidad y pluralidad de delitos en el Código penal de 1995”, en VV.AA. *El nuevo...*, 1999, p. 512; CHOCLÁN MONTALVO, J. A. *Individualización...*, 1997, pp. 182-183; o CUERDA RIEZU, A. R. *Concurso de delitos y determinación de la pena. Análisis legal, doctrinal y jurisprudencial*. Madrid: Tecnos, 1992, pp. 113 y ss.

<sup>375</sup> Sobre tres de los preceptos mencionados conviene hacer algunas precisiones. En el delito de hurto agravado, la reforma de 2015 introdujo un párrafo segundo: “La pena señalada en el apartado anterior se impondrá en su mitad superior cuando concurrieran dos o más de las circunstancias previstas en el mismo”. En segundo lugar, ya en las estafas, el vigente art. 250.2 CP prevé un tratamiento diferenciado, al verificarse la presencia conjunta de ciertos elementos cualificados. Y, finalmente, arguye Alberto JORGE BARREIRO (“La motivación...”, en VV.AA. *Problemas...*, 1999, p. 86) que “tendría menos fundamento” aplicar este criterio en las modalidades establecidas para la falsedad documental.

<sup>376</sup> BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, p. 404.

<sup>377</sup> A tal respecto, cfr. *supra* –muy especialmente– el epígrafe V.2, y los autores mencionados allí.

<sup>378</sup> BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, p. 409.

<sup>379</sup> En cambio, un sector doctrinal –minoritario hoy en día– entiende que la referencia legislativa alberga otro tipo de consideraciones político-criminales (de estabilización normativa, por ejemplo) o dogmáticas (dentro de la categoría de la culpabilidad), allende la resocialización o la corrección del sujeto. En esta línea, véanse –verbigracia– MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. “Lección 17...”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (dir.). *Lecciones...*, 2ª ed., 2015, pp. 222-223; BOLDOVA PASAMAR, M. Á. “Aplicación...”, en GRACIA MARTÍN, L. (coord.). *Lecciones...*, 5ª ed., 2015, pp. 252, 282 y ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. “El principio de culpabilidad en las reformas penales”, en VV.AA. *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid: Civitas, 2005, p. 1097; FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. *Retribución...*, 2007, pp. 688 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER, E. “Principio...”, en VV.AA. *El nuevo...*, 1999, pp. 36-38; o MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. *La reincidencia...*, 1999, pp. 264 y ss.

<sup>380</sup> Así, es paradigmática la reciente obra de Martín BESIO HERNÁNDEZ (*Los criterios...*, 2011, pp. 410 y ss.), de la que extraigo el siguiente fragmento:



*fantasma* de un antiliberal “*Täterstrafrecht*”. Empero, otro sector aprueba el influjo agravatorio de lo interno<sup>381</sup>, dentro del “*Spielraum*”<sup>382</sup>, cuando “las características [...] son en sí reprochables [...]”<sup>383</sup>.

Una pregunta adicional surge tras el panorama general esbozado en el párrafo anterior: ¿qué criterios específicos<sup>384</sup> maneja la doctrina al amparo del primer<sup>385</sup> factor real mencionado ex art. 66.1.6ª CP, en aras de medir un grado de culpabilidad del infractor? Obviamente, lo más paradigmático sigue siendo hoy la personalidad del delincuente –aun dos décadas después de su explícito “*destierro*” legislativo<sup>386</sup>. Entre otras cosas, porque

---

“[...] un aumento de la cuantía de pena fundado en exigencias preventivo-especiales supone necesariamente una instrumentalización prohibida del delincuente [...].

No obstante ello, la ilegitimidad de la valoración de la persona del condenado sólo se configuraría, como es obvio, en la medida de que se utilice para fundar un aumento de la cuantía de la pena, esto es, cuando opera en perjuicio del delincuente, pero desaparece [...] cuando opere en beneficio del condenado. En esa medida seguirá [...] siendo un juicio propio de Derecho penal de autor, pero, me parece, [ahora ya] legítimo y admisible” (pp. 412 y 416).

<sup>381</sup> En tal sentido, por ejemplo, destaca la postura de Víctor GÓMEZ MARTÍN (*El Derecho...*, 2007, pp. 25 y 317), para quien la noción de “*Täterstrafrecht*” en un sentido amplio o limitado –i.e., sobre la base del hecho ejecutado, pero incorporando la peligrosidad del autor, en la graduación del castigo– “puede resultar compatible con los principios inspiradores del Derecho penal de un Estado liberal [...]”.

<sup>382</sup> A tal respecto cfr. –por todos– ROXIN, C. *Derecho penal... Tomo I...*, 2ª ed., 2006, nm. 6/21; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. “Límites... (VII)”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (dir.). *Derecho penal...*, 2ª ed., 2004, pp. 313-314; CHOCLÁN MONTALVO, J. A. *Individualización...*, 1997, p. 177; GARCÍA ARÁN, M. *Fundamentos...*, 1997, p. 90; o LUZÓN PEÑA, D.-M. *Estudios...*, 1991, p. 318.

Y, de hecho, BESIO HERNÁNDEZ (*Los criterios...*, 2011, p. 415) cree que “[...] la incidencia de la culpabilidad por la conducción de la vida en el juicio de responsabilidad criminal [...] sólo tiene sentido y *utilidad real* al interior [...] del espacio de juego, en el contexto del § 46 StGB, pues a su alero impide que las consideraciones preventivo-especiales que estipula expresamente dicha norma (por ejemplo, la vida anterior del condenado, sus circunstancias personales y económicas, [o] su comportamiento posterior al delito) puedan ser desmesuradas [...], conteniéndolas, en consecuencia, a través del límite máximo demarcado por la *culpabilidad* del autor [...]” (mantengo la cursiva del texto citado).

<sup>383</sup> MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. *La reincidencia...*, 1999, p. 266.

<sup>384</sup> Puesto que esa “[...] referencia legal a las circunstancias personales del delincuente constituye una expresión demasiado genérica y abstracta[,] que es necesario aterrizar a través de criterios concretos de valoración” (BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, p. 409).

<sup>385</sup> Tiene importancia resaltar ahora –siquiera sea a pie de página– que la reforma penal de 1995 invirtió el orden de los baremos legales de individualización, anteponiéndose las circunstancias personales a la gravedad del hecho, como bien advierte BESIO HERNÁNDEZ (*Los criterios...*, 2011, p. 405 [nota 2]). En base a dicha permuta, ya en su momento Eduardo DEMETRIO CRESPO (*Prevención...*, 1999, p. 281) interpretó teleológicamente el precepto, y concluye entonces que existe una “preferencia de la prevención especial sobre la prevención general [...] en nuestro ordenamiento” jurídico –al menos en sede de la concreción del castigo.

<sup>386</sup> Por supuesto, me refiero aquí a la significativa reforma en las reglas de aplicación de las penas que comportó la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en cuya virtud se sustituyó el tradicional criterio de “la personalidad del delincuente” (ex art. 61.4ª del texto refundido de 1973) por la vigente locución. Una expresión que no en vano se emplea hoy en otros veinte preceptos (arts. 4.3,

(según CÓRDOBA RODA) una realización plena del art. 25 CE exigirá introducir en el proceso este análisis individualizador; “[...] cometido que, por supuesto, nada tiene que ver con un Derecho penal de autor”<sup>387</sup>. Y lo mismo apunta GALLEGO DÍAZ cuando le atribuye “especial importancia” a todos “los datos aportados por las investigaciones empíricas de las ciencias criminológicas”<sup>388</sup>, para el imprescindible examen de la idiosincrasia.

BRUNS –por su parte– arguye así el llamado “*Täterprinzip*” en la concreción *vindictoria*: “[...] no hay que castigar el hecho sino al agente”<sup>389</sup>, o la sanción justa y correcta únicamente puede encontrarse a través de la adecuación de su medida a la personalidad del condenado”<sup>390</sup>. Para aquél, esos elementos relativos a la “*Persönlichkeit*” se evalúan en una consideración global (“*Ganzheitsbetrachtung*”) del fenómeno delictivo –lo que no en vano es algo propio de la fase cuantificadora del enjuiciamiento criminal<sup>391</sup>. Sólo entonces será capaz el órgano sentenciador de ponderar de forma proporcional e individualizada las circunstancias vitales del reo, para la decisión individualizadora<sup>392</sup>. Ahora bien, tales factores deben analizarse siempre en íntima conexión con el “*Tatbestand*”, a fin de evitar excesos<sup>393</sup> –en la línea de una rechazable “*Lebensführungsschuld*”.

---

36.2 *in fine*, 50.5, 68, 78.2, 80.1 y 3, 89.4 y 5, 90.2, 91.2, 95.1.2<sup>a</sup>, 153.4, 171.6, 172.2, 235.1.6<sup>a</sup> –pero aquí habla de la víctima–, 298.2, 301.1, 307 ter.1 y 368), diez veces más que en la primera versión. Acerca de la modificación, la doctrina se pronunció mayoritariamente a favor, aludiendo la amplitud del término; así, véase –por todos– MAPELLI CAFFARENA, B. “El insoportable...”, en VV.AA. *Estudios... Tomo I*, 2008, p. 1158.

En cambio, CHOCLÁN MONTALVO (*Individualización...*, 1997, p. 199) entiende que era mejor mantener el vocablo anterior, puesto que las necesidades preventivo-especiales relevantes a valorar “no se agotan en las circunstancias estrictamente personales del reo”.

<sup>387</sup> CÓRDOBA RODA, J. “La pena y sus fines en la Constitución española de 1978”, en *Papers. Revista de Sociología*, Nº 13, 1980, pp. 137-138.

<sup>388</sup> GALLEGO DÍAZ, M. *El sistema...*, 1985, p. 6. Hasta el punto de que “[...] la teoría de la determinación de la pena deberá elaborarse teniendo en cuenta [...]” dichas contribuciones caracterológicas.

<sup>389</sup> En otras palabras: al exigir responsabilidad penal, sólo interesa el injusto de personas culpables.

<sup>390</sup> BRUNS, H.-J. *Strafzumessungsrecht...*, 2<sup>a</sup> ed., 1974, p. 384; adapto –ligeramente– la traducción del alemán tomada de DEMETRIO CRESPO, E. *Prevención...*, 1999, p. 306.

<sup>391</sup> Al respecto, cfr. mi toma de postura metodológica *infra*, sobre todo en los epígrafes VI.2 y VI.3.

<sup>392</sup> “[...] einer Gesamtschau der Tatumstände im weitesten Sinne sowie der Persönlichkeit des Täters. Ohne deren Kenntnis lassen sich weder das Maß der persönlichen Schuld eines Täters noch Maß und Art seiner Resozialisierungsbedürftigkeit, insbesondere seine Strafeempfindlichkeit nicht beurteilen. Es stellt deshalb einen Verstoß gegen das sachliche Recht dar, wenn das Gericht bei der Str[af]Z[umessung] ausschließlich die Tatumstände verwertet und die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters überhaupt nicht erörtert” (BRUNS, H.-J. *Das Recht...*, 2<sup>a</sup> ed., 1985, p. 191).

<sup>393</sup> Puesto que “die Würdigung der Täterpersönlichkeit muß aber «tatbezogen» bleiben, die Individualisierung sich innerhalb bestimmter Grenzen halten, deshalb besteht Anlaß, vor Übertreibungen zu warnen. Es gibt nicht nur prozessuale Schwierigkeiten, die Persönlichkeit eines Angeklagten in einer relativ kurzen Hauptverhandlung richtig zu erfassen, sondern auch naheliegende Besorgnisse über eine zu weitgehende, oft bis zur «seelischen Entkleidung» führende «Durchleuchtung» des Täters. Wegen der «tatbezogenen» Würdigung der Täterpersönlichkeit darf ihre Berücksichtigung bei der Festsetzung des

Independientemente de la posición iusfilosófica o político-criminal que alguien respalde, BRUNS cree el “*Täterprinzip*” es asumible por todos, a la hora de cuantificar el castigo<sup>394</sup>. No obstante, en la doctrina española y alemana es tradicional interpretar esta referencia a la personalidad del autor en clave preventivo-especial<sup>395</sup>, según sean las necesidades resocializadoras o de corrección. A ello alude (por ejemplo) GARCÍA ARÁN, al sugerirle al juez que contemple también al delincuente en una perspectiva individual, atendiendo al “conjunto de factores existenciales que configuran su actitud [vital] ante lo protegido por el Derecho penal”<sup>396</sup>. Lo cual no impide que otros sectores –hoy minoritarios– defiendan visiones “*zweckorientiert*” alternativas sobre dicho criterio de graduación, ya de carácter retributivo<sup>397</sup> o estabilizador<sup>398</sup>.

Mas formulada de modo teleológico, resulta esa expresión demasiado abstracta y genérica: ¿qué se entiende cabalmente por personalidad, y cuáles son los rasgos relevantes a los efectos de la concreción del castigo –en tanto medida de la culpabilidad<sup>399</sup>–? Ver-

---

*Strafmaßes nicht auf eine Allgemeinabrechnung mit der gesamten Lebensführung[sschuld] des Angeklagten hinauslaufen*” (BRUNS, H.-J. *Das Recht...*, 2ª ed., 1985, p. 192).

<sup>394</sup> En efecto, nos dice BRUNS (*Strafzumessungsrecht...*, 2ª ed., 1974, p. 479) lo siguiente: “*Das Täterprinzip ist an sich mit allen Strafzwecken vereinbar, wird von den verschiedensten kriminalpolitischen Strömungen getragen, führt im Einzelnen aber zu unterschiedlichen, oft abweichenden Folgerungen*”.

<sup>395</sup> Así, véanse –por todos– BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 407 y ss. (con múltiples referencias bibliográficas); DEMETRIO CRESPO, E. *Prevención...*, 1999, pp. 306 y ss.; GRIBBOHM, G. “*Vorbemerkungen...*”, en VV.AA. *LK-StGB. Band 2*, 11ª ed., 1995, pp. 104-105; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. “*El derecho...*”, en *Poder Judicial*, N° 18, 1990, pp. 138-139; o GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. “*Arbitrio...*”, en *Poder Judicial*, N° 4, 1986, pp. 149-150.

<sup>396</sup> GARCÍA ARÁN, M. *Los criterios...*, 1982, p. 224.

<sup>397</sup> Verbigracia, esta línea argumentativa aparece de manera paradigmática en la obra de BRUNS, H.-J. *Strafzumessungsrecht...*, 2ª ed., 1974, pp. 384 y ss., 479 y ss. Recientemente, en España también parece apuntar en el sentido indicado PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, p. 338.

<sup>398</sup> En tal sentido se manifiesta, por ejemplo, JAVIER DE VICENTE REMESAL (*El comportamiento postdelictivo*. León: Universidad de León, 1985, pp. 367-386):

“Quién es el autor, sobre qué motivos de su personalidad se asentó la decisión de cometer el delito, [o] cómo se manifiesta su actitud frente al ordenamiento jurídico [...]. Son aspectos todos ellos que, en la medida en que pueden ser captados por la comunidad, influyen sobre sus reacciones [psicológicas] ante la conminación y, en su caso, [la] imposición y ejecución de una pena por el Estado”.

Igualmente, ya antes el propio BRUNS (*Strafzumessungsrecht...*, 2ª ed., 1974, pp. 386 y ss.) había admitido que la prevención general y la personalidad del autor no son criterios contrapuestos e independientes; por el contrario, es evidente que la opinión pública reacciona de una manera diferente en función de cómo se perciba en la colectividad el carácter más o menos antisocial del reo.

<sup>399</sup> Precisamente en esa línea se orientan las críticas sobre la indeterminación de la postura de BRUNS; cfr. entre otros ERHARD, C. *Strafzumessung...*, 1992, pp. 142-144; o FRISCH, W. “*Gegenwärtiger... (Teil I)*”, en *ZStW*, Vol. 99, N° 3, 1987, p. 377. Ya en la doctrina española, DEMETRIO CRESPO (*Prevención...*, 1999, p. 236) lamenta que este autor “[...] no ha[ya] procedido a realizar una exposición general sobre los criterios en función de los cuales se puede decidir cuándo y bajo qué circunstancias [normativas] la personalidad es relevante para la culpabilidad”. Ni tampoco se encuentran, en su obra, patrones preci-

bigracia, parece que un contenido material (de ordinario) atribuido a tal noción es la actitud interna del reo expresada en el hecho<sup>400</sup>, en virtud de lo dispuesto en el § 46 StGB: “*die Gesinnung, die aus der Tat spricht, und der bei der Tat aufgewendete Wille*”. Así no hay duda de que el órgano sentenciador realizará un juicio de naturaleza ético-social<sup>401</sup>, en torno a cómo se revela en un delito la postura vital del sujeto frente al derecho<sup>402</sup>; y, en base a ello, se pueden escalonar los sucesivos niveles de reproche merecido. Luego la conclusión es clara: a mayor oposición individual contra el fundamento de las normas protegidas, más elevada será la pena, y viceversa<sup>403</sup>.

Recientemente de acuerdo con esta idea, SILVA SÁNCHEZ mantiene que ello “constituye la pieza central del injusto entendido en sentido ideal”<sup>404</sup> —una dimensión complementaria a la base empírica de peligro o lesión de un bien jurídico. De tal forma que la actitud interna ha de tenerse en cuenta, por su aspecto simbólico de negación del ordenamiento, como un factor intersubjetivo trascendente a efectos de medir la respuesta *vindicatoria* del Estado. Lo único que marcaría la diferencia, desde el punto de vista *stricto sensu* dogmático, es la operatividad de las reglas prácticas que se desee emplear: los móviles agravatorios atañen siempre al ámbito sistemático del “*Unrecht*”<sup>405</sup>, mientras que los mitigadores pueden considerarse también en sede de la culpabilidad<sup>406</sup>. Mas en todo caso ambas tienen cabida en la “*Strafzumessung*”, al ser ésta reflejo de la teoría del delito.

---

sos “que señalen cuándo una «consideración global» del tipo es todavía «referente al hecho», y cuándo deja[ría] de serlo” (p. 237).

En relación con el texto vigente de nuestro Código penal, BESIO HERNÁNDEZ (*Los criterios...*, 2011, pp. 407 y ss.) o DE LA MATA BARRANCO (*La individualización ...*, 2008, pp. 156-157) advierten recientemente sobre una colosal indeterminación acerca del significado y el contenido de la cláusula legal de las “circunstancias personales del delincuente”.

<sup>400</sup> De esta forma, véase JESCHECK, H.-H. / WEIGEND, T. *Tratado...*, 5ª ed., 2002, pp. 958-959.

<sup>401</sup> “[...] y nunca como moral individual, pues el Derecho impone sus exigencias a las personas tan solo en atención al bien común[,] y sólo demanda [entonces], si bien [lo hace] de [un] modo permanente, aquello que puede ser esperado del ciudadano de acuerdo con su posición en la sociedad” (JESCHECK, H.-H. / WEIGEND, T. *Tratado...*, 5ª ed., 2002, p. 261).

<sup>402</sup> Con ejemplos concretos de algunos elementos de la actitud interna que se recogen en el “tipo de la culpabilidad” de ciertos delitos, y que describen así comportamientos anímicos “contrarios a la moral”, cfr. JESCHECK, H.-H. / WEIGEND, T. *Tratado...*, 5ª ed., 2002, pp. 508-509.

<sup>403</sup> A dicha línea argumental se orienta sin ambages la flamante toma de posición de PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, pp. 228-229 y 338.

<sup>404</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. “La teoría...”, en *InDret 2/2007*, p. 12.

<sup>405</sup> En opinión de Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (“La teoría...”, en *InDret 2/2007*, p. 9), el *statu quo* dogmático en la actualidad plantea una disyuntiva dual, en la que “[...] habría que escoger necesariamente una de las siguientes opciones alternativas: [...] se niega el efecto agravatorio de los móviles; o bien se reconstruye el injusto[,] dando cabida en él a consideraciones tales que permitan integrar en él una valoración de los móviles del sujeto activo”.

<sup>406</sup> Respecto de tales pautas específicas, véanse —entre otros— FRISCH, W. “Unrecht...”, en BRITZ, G. *et alter* (coords.). *Grundfragen...*, 2001, pp. 257-258; o HÖRNLE, T. *Tatproportionale...*, 1999, p. 269.

Otro elemento específico que la doctrina suele destacar (a la hora de individualizar una pena) es la orientación finalista que el autor demuestra con su obrar antinormativo, algo que –no en vano– podría valorarse positiva o negativamente<sup>407</sup>. A este último respecto, los motivos reprochables del infractor son un signo del mayor grado de responsabilidad personal que aquél tiene sobre su acto contrario a derecho<sup>408</sup>. Y, en cambio, una disposición ética del sujeto que sea catalogada como favorable puede influir en la medida de la culpabilidad, para reducirla (ya en el ámbito de la “*Strafzumessung*”). No obstante, tales pautas cuantificadoras implican “el abandono de las [indiscutidas] premisas liberales que guían la comprensión de los elementos subjetivos del injusto”<sup>409</sup>.

Ahora bien, un amplio sector doctrinal se manifiesta claramente en contra de atender al fuero interno del delincuente<sup>410</sup>, puesto que “la entidad del injusto no puede ser alterada por consideraciones a la personalidad individual”<sup>411</sup>. Así, todos aquellos datos sin vinculación directa con el hecho no deben ser objeto de ponderación, en la busca del castigo proporcional, por lo menos para aumentar la pena –y sobrepasar el límite trazado por la lesividad fáctica<sup>412</sup>. Desde una perspectiva operativa, pues, HÖRNLE lamenta los efectos perjudiciales exagerados que podría tener un examen procesal cuantitativo de la culpabilidad por el carácter, al no establecerse “ningún límite hacia arriba a la reprochabilidad de la actitud interna”<sup>413</sup>. Sin olvidar las críticas enunciadas por razones pragmáticas, por

---

<sup>407</sup> Así, en España, cfr. –por todos– CEREZO MIR, J. *Curso... Vol. II*, 6ª ed., 1998, pp. 44-45; o CHOCLÁN MONTALVO, J. A. *Individualización...*, 1997, pp. 60 y ss., y 179. De forma similar, Ernst VON BELING (*Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht*. Leipzig: Engelmann, 1908, pp. 62 y ss.) señala que la medida penal se orienta a la cantidad de “inhibiciones internas” que el autor tuvo que superar.

<sup>408</sup> Véanse especialmente estas tres obras de PERALTA, J. M.: *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*. Madrid: Marcial Pons, 2012, pp. 121 y ss.; “Motive im Strafrecht”, en HEINRICH, M. *et alter* (eds.). *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011. Band I*. Berlín: Walter de Gruyter, 2011, pp. 257-271; o “Dogmática...”, en *Doxa*, N° 31, 2008, pp. 620 y ss.

<sup>409</sup> PERALTA, J. M. “Elementos subjetivos del ilícito en la determinación de la pena”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 63, N° 1, 2010, p. 275.

<sup>410</sup> Sobre ello (en Alemania), cfr. –por todos– HÖRNLE, T. “La concepción...”, en *ADPCP*, Vol. 54, 2001, pp. 415 y ss.; ERHARD, C. *Strafzumessung...*, 1992, pp. 235 y s.; FRISCH, W. “Gegenwärtiger... (Teil I)”, en *ZStW*, Vol. 99, N° 3, 1987, pp. 349, 381 y ss.; SCHÜNEMANN, B. “Die Funktion...”, en SCHÜNEMANN, B. (coord.). *Grundfragen...*, 1984, pp. 191-192; STRATENWERTH, G. *Tatschuld...*, 1972, pp. 28 y ss.; o ZIPF, H. *Die Strafmasrevision...*, 1969, p. 119.

<sup>411</sup> FUENTES CUBILLOS, H. “El principio...”, en *Revista Ius et Praxis*, Vol. 14, N° 2, 2015, p. 37.

<sup>412</sup> Así, véanse (verbigracia) FUENTES CUBILLOS, H. “El principio...”, en *Revista Ius et Praxis*, Vol. 14, N° 2, 2015, pp. 37-38; BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 409 y ss.; o HÖRNLE, T. “La concepción...”, en *ADPCP*, Vol. 54, 2001, pp. 423-424.

<sup>413</sup> HÖRNLE, T. “La concepción...”, en *ADPCP*, Vol. 54, 2001, p. 415. Y agrega que un juicio de culpabilidad orientado al carácter “[...] puede aumentar ilimitadamente. Si el reproche [...] se basa en un modelo [...] que indaga si las actitudes internas se alejan de un tipo ideal –como quiera que se determine–, esto implica la posibilidad ilimitada de cuantificar esa diferencia. La desviación es graduable[,] en

causa de las dificultades probatorias que desde luego entrañaría la indagación puntilliosa y multifacética de los rasgos idiosincráticos<sup>414</sup>.

En cualquier caso, uno de los criterios que con mayor frecuencia maneja la doctrina para la concreción de las sanciones es la peligrosidad del autor<sup>415</sup>, circunscrita hoy en general a lo manifestado en el hecho cometido. Si bien en nuestro Código dicha referencia se contempla<sup>416</sup> (eso sí, como un requisito obligatorio) para fundar la imposición de medidas de seguridad a un inimputable<sup>417</sup> –o merced al sistema vicarial<sup>418</sup>–, no es extraño atender también a su valoración bajo un amparo de aspectos personales del reo<sup>419</sup>. En

---

ambas direcciones, hacia abajo hasta la ausencia de culpabilidad, pasando por el estadio de la culpabilidad disminuida; pero, sobre todo, no se establece ningún límite hacia arriba a la reprochabilidad de la actitud interna”.

Coincide en esta objeción BESIO HERNÁNDEZ (*Los criterios...*, 2011, pp. 409-410).

<sup>414</sup> En dicho sentido, afirma HÖRNLE (“La concepción...”, en *ADPCP*, Vol. 54, 2001, p. 416) que –no en vano– “[...] en la mayor parte de los casos[,] un análisis serio sobre la personalidad del autor es ya del todo imposible[,] por razones de tiempo, por lo que en la práctica [forense] son los daños derivados del hecho y los antecedentes penales los que determinan decisivamente la medida de la pena”.

Igualmente en Alemania, cfr. –por todos– DÖLLING, D. “Über die Strafzumessung beim Raub”, en GÖSEL, K. H. / TRIFFTERER, O. (coords.). *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*. Heidelberg: C. F. Müller, 1999, pp. 193 y ss.; ALBRECHT, H.-J. *Strafzumessung...*, 1994, pp. 333 y ss.; KUNZ, K.-L. “Überlegungen zur Strafbemessung auf erfahrungs-wissenschaftlicher Grundlage”, en KIELWEIN, G. (coord.). *Entwicklungslinien der Kriminologie. Vorträge und Beiträge anlässlich des 30. Jahrestages der Gründung des Instituts für Kriminologie der Universität des Saarlandes*. Colonia: Heymann, 1985, pp. 33 y s.; o ALBRECHT, H.-J. “Gleichmäßigkeit und Ungleichmäßigkeit in der Strafzumessung”, en KERNER, H.-J. / KURY, H. / SESSAR, K. (eds.). *Deutsche Forschungen zur Kriminalitätstentstehung und Kriminalitätskontrolle*. Colonia: Heymann, 1983, pp. 1317 y ss.

<sup>415</sup> Véanse –entre muchos otros– BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 410 y ss.; FREUND, G. “La determinación...”, en ASÚA BATARRITA, A. / GARRO CARRERA, E. *Hechos...*, 2009, pp. 47 y s.; ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. *Consideraciones...*, 2001, p. 70; CHOCLÁN MONTALVO, J. A. *Individualización...*, 1997, pp. 200 y ss.; o LUZÓN PEÑA, D.-M. *Estudios...*, 1991, p. 303.

<sup>416</sup> Aparte del precepto que aludo en la próxima nota a pie, la ley penal vigente menciona –*ex profeso*– el término “peligrosidad” en estas otras once ocasiones, especialmente en sede de la inexecución penitenciaria: 6.2, 36.3, 83.3 y 4, 90.5, 91.2 y 3, 92.3, 97, 192.1, y 597 bis.2.

<sup>417</sup> Según el art. 6.1 CP, “las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito”. Y, aunque ya no alude al vocablo de un modo explícito, el art. 95.1 señala que “las medidas de seguridad se aplicarán por el Juez o Tribunal, previos los informes que estime convenientes, [...] siempre que [...] del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de[] comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos”.

<sup>418</sup> Esto es, a quienes se les aplique una eximente incompleta, en virtud del régimen previsto en el art. 99 CP: “En el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el juez o tribunal ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena. Una vezalzada la medida de seguridad, el juez o tribunal podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquélla, suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma, o aplicar alguna de las medidas previstas en el artículo 96.3”.

<sup>419</sup> Precisamente esta es la observación crítica que –al respecto– realiza Martín BESIO HERNÁNDEZ (*Los criterios...*, 2011, pp. 419-420):

tonces, la actual lectura preventivo-especial del factor lo orienta a soslayar la reincidencia, sobre la base de pronósticos futuros<sup>420</sup> que contienen grandes dosis de inseguridad probabilística. Por eso, aquí se reproducen a menudo las objeciones ya vistas arriba<sup>421</sup>; además, según resume BESIO HERNÁNDEZ, aún existe una “imposibilidad técnica [...] de efectuar [tales] juicios [...] de forma razonablemente certera [...]”<sup>422</sup>.

Junto a los elementos individuales analizados hasta ahora, resulta conveniente recoger en este momento, sin ánimo exhaustivo, algunos otros criterios específicos de ponderación en la primera cláusula legal (*ex art. 66.1.6ª CP*). Y, *grosso modo*, tres son los factores que –de manera habitual– la doctrina considera destacables para la decisión cuantitativa de las penas. Por un lado, se recurre a esos antecedentes del sujeto activo que la ley no configura como una agravante de reincidencia<sup>423</sup>: esto es, si no concurren los requisitos del art. 22.8ª, o cuando hubieren sido ya cancelados. Sea como fuere, prevalece la interpretación *peligrosista* de las condenas previas<sup>424</sup>, que conllevaría una tenden-

---

“[...] no existe ninguna razón normativa –de *lege lata*– que obligue a una ponderación de la cláusula de circunstancias personales del delincuente por medio de un juicio de [la] peligrosidad del condenado [...]; como sí ocurre [en España], por ejemplo, en el caso de las medidas de seguridad. [...] Si se ha interpretado mayoritariamente en es[t]e sentido[,] es porque se entiende que dicho baremo [...] reflejaría exigencias preventivo-especiales de pena, [...] que sí se vinculan a dicha prognosis [...]. En otras palabras, la concepción del factor real de circunstancias personales en términos de peligrosidad futura viene dada no por el significado natural de dicha expresión[,] [...] sino que por su interpretación en [esa] clave preventivo-especial (que se vincula a la evitación de la reincidencia [...])”.

<sup>420</sup> Sobre ello, cfr. –recientemente– ORTS BERENGUER, E. (dir.). *Derecho penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015; LANDA GOROSTIZA, J.-M. (ed.). *Delincuentes peligrosos*. Madrid: Trotta, 2014; o MARTÍNEZ GARAY, L. “La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad”, en *InDret* 2/2014, pp. 1-77.

<sup>421</sup> Así, véanse por todos BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 416 y ss.; MAPELLI CAFFARENA, B. “El insoportable...”, en VV.AA. *Estudios... Tomo I*, 2008, pp. 1161 y 1164; FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. *Retribución...*, 2007, pp. 198, 214 y s.; COUSO SALAS, J. *Fundamentos...*, 2006, p. 383; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Introducción...*, 4ª ed., 2006, pp. 290-291; HÖRNLE, T. *Determinación...*, 2003, pp. 25 y s.; o CURY URZÚA, E. “La prevención...”, en *ADPCP*, Vol. 41, N° 3, 1988, p. 697.

<sup>422</sup> BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, p. 416. Más aún, dichas deficiencias científicas justificarían el considerar “[...] las circunstancias personales del autor como criterio para fundar exclusivamente disminuciones de magnitudes de pena en la fase [...] cuantitativa [...]”; ello por “[...] la irracionalidad que subyace a la pretensión de utilizar los criterios de ponderación [...] en perjuicio del delincuente”.

<sup>423</sup> En España, un amplio sector doctrinal propugna –de *lege ferenda*– la eliminación de dicha circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal (en el catálogo *numerus clausus* del art. 22 CP), a fin de situar dogmáticamente la valoración de las condenas anteriores como un factor más a ponderar en sede de concreción del castigo. Cfr. –entre otros– BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 436-438; GUIASOLA LERMA, C. *Reincidencia...*, 2008, pp. 136 y s.; AGUDO FERNÁNDEZ, E. *Principio...*, 2005, p. 618; o MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. *La reincidencia...*, 1999, p. 202, 369 y ss., 381 y ss.

<sup>424</sup> Al respecto, véanse –verbigracia– JORGE BARREIRO, A. “La motivación...”, en VV.AA. *Problemas...*, 1999, p. 88; PUENTE SEGURA, L. *Circunstancias...*, 1997, p. 320; o CHOCLÁN MONTALVO, J. A. *Individualización...*, 1997, pp. 200 y ss.

cia alcista –en la graduación de la culpabilidad del delincuente<sup>425</sup>. No obstante, BACIGALUPO rechaza de plano la legitimidad constitucional de acudir a tales apreciaciones (por exigirle así actualmente un concepto *puro* de “*Tatschuld*”)<sup>426</sup>.

Con un enfoque distinto, un sector minoritario aboga por concederle a los antecedentes una operatividad *favor libertate*: si es razonable comprender el historial criminal como la manifestación de la menor responsabilidad personal, entonces bien podría ello acarrear un castigo mitigado<sup>427</sup> –pues era poco exigible respetar el derecho<sup>428</sup>. Más aún, también en una línea “*pro reo*”, ciertos autores manejan la perspectiva inversa a la ordinaria, con una sugerencia alternativa: la ausencia de condenas previas debería servir para fundar la disminución del reproche<sup>429</sup> (sobre la base de una escasa medida de culpabilidad)<sup>430</sup>. El cometido de la no-desocialización del infractor primerizo es sin duda patente, al mismo tiempo que la orientación en su beneficio de la regla individualizadora derivada es lo que otorga corrección material al argumento<sup>431</sup>.

---

<sup>425</sup> Eso sí, con un límite indispensable marcado por el principio de la “culpabilidad por el hecho”, según explica de este modo AGUDO FERNÁNDEZ, E. *Principio...*, 2005, p. 618:

“Para alcanzar este objetivo, la existencia de las anteriores condenas debe dejar de considerarse como una inadmisibles presunción *iuris et de iure* de mayor culpabilidad por la conducción de la vida del autor reincidente.

No obstante, si en el caso concreto se constatará la existencia de una determinada tendencia del autor[,] hacia la comisión de hechos punibles, las necesidades de prevención especial relacionadas a esta tendencia podrán ser consideradas para fijar la pena definitiva dentro del marco penal o espacio de juego adecuado a la culpabilidad del autor por el injusto realizado”.

<sup>426</sup> Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, E. “Principio...”, en VV.AA. *El nuevo...*, 1999, p. 38. Igualmente, coincide en esta postura LLORCA ORTEGA, J. *Manual...*, 6ª ed., 2005, p. 106.

<sup>427</sup> Acerca de ese planteamiento doctrinal, véase la exposición de BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 450-451 –quien, a su vez, reconoce la plausibilidad de dichas propuestas.

<sup>428</sup> Sobre ello, MIR PUIG (*Derecho penal...*, 10ª ed., 2015, p. 658) afirma que la existencia de condenas previas “[...] suele ir acompañada por una menor capacidad de resistencia frente al delito ([o una] menor culpabilidad) en quien ha pasado por la experiencia carcelaria”. Y también ROXIN (“¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho penal?”, en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 30, 1986, p. 676) usa un razonamiento similar: “[...] la capacidad de resistir a la tentación de cometer nuevos hechos punibles no crece con el número de [las] condenas anteriores, sino que disminuye”.

<sup>429</sup> En este sentido, cfr. –por todos– BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 450 y ss.; HÖRNLE, T. *Determinación...*, 2003, pp. 32 y ss.; JESCHECK, H.-H. / WEIGEND, T. *Tratado...*, 5ª ed., 2002, pp. 959 y ss.; ZIFFER, P. *Lineamientos...*, 2ª ed., 1999, p. 158; o CHOCLÁN MONTALVO, J. A. *Individualización...*, 1997, p. 200.

<sup>430</sup> Por ejemplo, ya en el Código penal chileno, el historial criminal “en blanco” se prevé –formalmente– como circunstancia atenuante con efectos tasados, “[...] si la conducta anterior del delincuente ha sido irreprochable” (art. 11.6°).

En torno al fundamento material de tal precepto, véase CURY URZÚA, E. *Derecho penal. Parte general*. Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, 7ª ed., 2005, pp. 489 y ss.

<sup>431</sup> Así, cfr. BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 451-452.



Segundo, en ocasiones se alude aquí a los supuestos llamados de “*poena naturalis*”<sup>432</sup>, en tanto que pretensión extra-legal<sup>433</sup> de aminorar la *vindicatio* estatal, ahora en fase de concreción, cuando las consecuencias perjudiciales del delito padecidas por quien lo ha cometido son sustancialmente graves<sup>434</sup>. En este sentido creo que aciertan BACIGALUPO ZAPATER y CHOCLÁN MONTALVO, al situar la cuestión en el terreno de una eventual compensación de la culpabilidad del sujeto activo<sup>435</sup>; merced a la *realización* fáctica de otros “males”, equivalentes al que representa el castigo institucionalizado<sup>436</sup>. Respecto de las

---

<sup>432</sup> Con una aproximación panorámica, véanse especialmente BUSTOS RUBIO, M. “El reflejo de la *poena naturalis* en la *poena forensis*. Posibilidades en Derecho penal español”, en *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, Nº 19, 2016, pp. 118-145; KÖHLER, M. *Strafrecht...*, 1997, p. 599; SPROTTE, S. *Die poena naturalis im Straf- und Strafzumessungsrecht*. Frankfurt a.M.: Peter Lang, 2013; LOPARDO, M. “Aplicabilidad de la pena natural”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, Vol. 2, Nº 9, 2012, pp. 61-77; FINOCCHIARO, E. “La pena natural: breves consideraciones”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, Vol. 2, Nº 5, 2012, pp. 57-69; BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 452 y ss.; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. “La «*poena naturalis*» en el Derecho penal vigente”, en VV.AA. *Estudios... Tomo I*, 2008, pp. 1121-1148; BACIGALUPO ZAPATER, E. *Justicia penal y derechos fundamentales*. Madrid: Marcial Pons, 2002, pp. 111 y ss.; o CHOCLÁN MONTALVO, J. A. “La pena natural”, en *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 3, D-133, 1999, pp. 1910-1916.

<sup>433</sup> Hoy en día, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, el Código español prevé como una atenuante genérica las dilaciones extraordinarias e indebidas (en cualquier etapa del proceso), “siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa”. Un supuesto que, por lo general, la doctrina asimilaba a la “*poena naturalis*”, si bien su carácter de “mal” eminentemente institucionalizado –jurisdiccional– hacía muy difícil el uso de la etiqueta.

En Alemania, por su parte, el § 60 StGB establece que “el tribunal puede prescindir de la pena cuando las consecuencias del hecho que el autor ha sufrido son de tal gravedad que la imposición del castigo sería manifiestamente equivocada. Esto no es aplicable cuando se ha incurrido en una pena privativa de libertad superior a un año” (“*Das Gericht sieht von Strafe ab, wenn die Folgen der Tat, die den Täter getroffen haben, so schwer sind, daß die Verhängung einer Strafe offensichtlich verfehlt wäre. Dies gilt nicht, wenn der Täter für die Tat eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr verwirkt hat*”).

<sup>434</sup> Verbigracia, la “*communis opinio*” coloca bajo esta denominación el caso de quien pierde a su familia en un accidente de tráfico por una temeridad imputable objetivamente, o el ladrón que cae del tejado en su huida cargando el botín, y por consiguiente queda tetrapléjico. Además, algunos tipos privilegiados de la Parte especial –como el auto-aborto imprudente (art. 146 CP) o las lesiones no dolosas al feto (158)– responden sin duda a tal lógica valorativa, que incluso exime de pena a la embarazada.

<sup>435</sup> Respectivamente, cfr. las argumentaciones empleadas en BACIGALUPO ZAPATER, E. “Principio...”, en VV.AA. *El nuevo...*, 1999, pp. 42 y ss.; o en las siguientes tres obras de CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: “La pena natural y sus efectos sobre la culpabilidad del autor. Reflexiones acerca de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2002”, en *Actualidad Penal*, Nº 3, 2002, pp. 1235 y ss.; “La pena...”, en *La Ley*, Nº 3, 1999, pp. 1912 y ss.; e *Individualización...*, 1997, pp. 184 y ss.

<sup>436</sup> Incluso si –producto del daño sufrido– la culpabilidad del reo se ha compensado totalmente, el juez debería poder renunciar a imponer la pena, según dice CHOCLÁN MONTALVO (*Individualización...*, 1997, p. 192); y en esta misma línea se manifiestan –entre otros– AGUDO FERNÁNDEZ, E. *Principio...*, 2005, p. 618; o JORGE BARREIRO, A. “La motivación...”, en VV.AA. *Problemas...*, 1999, pp. 111-112.

Algo que en nuestra legislación vigente sólo es viable en virtud del art. 4.4 CP: la petición razonada de un indulto, sea parcial o total; sobre el empleo de dicha salida (político-criminal) al problema abordado, véanse MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. “La «*poena...*”, en VV.AA. *Estudios... Tomo I*, 2008, pp. 1142 y s.; o LLORCA ORTEGA, J. *Manual...*, 6ª ed., 2005, pp. 37 y ss.

pautas operativas con las que garantizar la incidencia práctica del criterio –i.e., imponer una sanción reducida–, hay dos corrientes doctrinales: aplicar la atenuante analógica<sup>437</sup> (ex art. 21.7ª CP), igual que antaño se hacía con las dilaciones indebidas; o bien reconducirlo a la cláusula de las “circunstancias personales” en sede individualizadora<sup>438</sup>.

Tercero, generalmente se atiende asimismo a los casos destacados de comportamiento post-delictivo del autor, siempre que ello refleje un mayor o menor grado de responsabilidad subjetiva, relevante a efectos de concretar la pena<sup>439</sup>. Así sucede –sobre todo– en estas dos situaciones: a) la conducta procesal del enjuiciado, que habría de considerarse sólo *favor libertate*<sup>440</sup>, para “suavizar” el reproche dentro del marco<sup>441</sup>, si colabora de forma activa en un correcto desarrollo de la causa<sup>442</sup>; y b) la reparación del daño provocado a la víctima –o haber disminuido las consecuencias gravosas del hecho–, en tanto no se configure por ley como atenuante<sup>443</sup> (ordinaria o analógica). En relación con el último criterio, la jurisprudencia suele interpretar que los “*actus contrarius*” son una muestra de escasa lesividad fáctica<sup>444</sup>; empero, habrá que reconducirlos al factor de “circunstancias personales” del condenado<sup>445</sup>, puesto que sirven para compensar *ex post* –una parte de– su culpabilidad<sup>446</sup>.

---

<sup>437</sup> Cfr. –por todos– CHOCLÁN MONTALVO, J. A. *Individualización...*, 1997, pp. 191 y ss. Sin embargo, se trata aquí de un asunto de estricta legalidad: no se entiende cómo podría interpretarse la “*poena naturalis*” en el sentido de una “circunstancia de análoga significación que las anteriores” (mencionadas en el Código), ni siquiera en clave teleológica; para una aproximación general a este debate, véase –muy especialmente– BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 466 y ss.

<sup>438</sup> Así lo sostiene verbigracia MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. “La «*poena*...”, en VV.AA. *Estudios... Tomo I*, 2008, pp. 1142 y ss.

<sup>439</sup> En tal sentido, entiende HÖRNLE (“La concepción...”, en *ADPCP*, Vol. 54, 2001, p. 416) que únicamente desde una perspectiva “personalizada” de la culpabilidad puede justificarse su atención en sede individualizadora. Y “la jurisprudencia se sirve [aquí] de una construcción indiciaria: del comportamiento postdelictivo es posible una conclusión sobre el injusto del hecho o la actitud interna del autor”.

<sup>440</sup> Sobre ello, cfr. entre otros BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 470 y ss.; JORGE BARREIRO, A. “La motivación...”, en VV.AA. *Problemas...*, 1999, pp. 88 y ss.; CHOCLÁN MONTALVO, J. A. *Individualización...*, 1997, p. 201; o GARCÍA ARÁN, M. *Los criterios...*, 1982, p. 230.

<sup>441</sup> Teniendo en cuenta, eso sí, que los supuestos de confesión del delito que sea posterior al conocimiento de la apertura de investigaciones por parte del sujeto bien pueden constituirse en una atenuante analógica a la prevista en el art. 21.4ª CP –en su caso, pues, con efectos cualitativos.

<sup>442</sup> Favorable a la toma en consideración de la conformidad del acusado como elemento a ponderar se manifiesta, por ejemplo, ORTEGA LLORCA, V. “Individualización judicial de la pena: conformidad del acusado y dilaciones indebidas”, en *Revista General de Derecho*, Año XLIX, Nº 586-587, 1993, pp. 6823-6832. Y, en cambio, claramente en contra de cualquier tipo de incidencia de la actitud procesal del reo en la fase de cuantificación penal, véase ZIFFER, P. *Lineamientos...*, 2ª ed., 1999, pp. 174 y ss.

<sup>443</sup> De este modo, cfr. BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 480 y ss.

<sup>444</sup> Verbigracia, véanse por todas las SSTS 919/2010, de 14 de octubre; 463/2009, de 7 de mayo; 945/2008, de 10 de diciembre; u 862/2007, de 29 de octubre.

<sup>445</sup> Igualmente lo hacen BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 484-486; o GARRO CARRERA, E. *Reparación...*, 2005, pp. 88 y ss.

Finalmente, ya para zanjar el análisis doctrinal del art. 66.1.6ª CP, conviene resaltar una diferencia básica entre las dos cláusulas universales allí enunciadas<sup>447</sup>. Tras un estudio panorámico de la cuestión (en España), llego a la siguiente conclusión preliminar: mientras que lo concerniente al injusto tiene capacidad operativa bilateral para la concreción del castigo, los aspectos de naturaleza individual sólo actúan en beneficio del reo. O dicho de otro modo, que en base a los indicios de “la mayor o menor gravedad del hecho” se puede construir una escala proporcional entre sanciones y “*verschuldeten Unrechte*”, siquiera sea de manera aproximada –en “segmentos”<sup>448</sup> penales, por ejemplo–; esto es, para fundar subidas o bajadas, al interior de la horquilla legal. Sin embargo, los factores de índole personal deben siempre mitigar la *vindictio*, con tal de frenar la deriva antiliberal (no garantista) de una “concepción anticuada”<sup>449</sup> de la culpabilidad.

Desde el enfoque de *lege ferenda*, algunos autores sugieren adoptar un catálogo de criterios específicos con los que cuantificar la “*Strafe*”, al estilo del segundo apartado del § 46 StGB alemán<sup>450</sup>. Verbigracia, MARÍN DE ESPINOSA propone recientemente trasladar la cláusula general de atender “a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho” al actual art. 72 CP<sup>451</sup>, si bien con nueva redacción<sup>452</sup>

---

<sup>446</sup> En cambio, la lectura habitual que la doctrina española lleva a cabo acerca de la reparación del daño es en una clave preventivo-general (así, cfr. ALCÁZER GUIRAO, R. La reparación en Derecho penal y la atenuante del artículo 21.5º CP. Reparación y desistimiento como actos de revocación”, en *Revista del Poder Judicial*, Nº 63, 2001, pp. 105 y ss.; o ALASTUEY DOBÓN, Mª C. *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000, p. 201) o especial (véase DE VICENTE REMESAL, J. *El comportamiento...*, 1985, pp. 378).

<sup>447</sup> Ahora bien, con este matiz: “la labor de cuantificación de ambos criterios no difiere sustancialmente en términos [...]” de encontrar una pena puntual (BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, p. 141).

<sup>448</sup> Así, cfr. PERALTA, J. M. “Dogmática...”, en *Doxa*, Nº 31, 2008, pp. 599 y ss.

<sup>449</sup> En expresión de HÖRNLE, T. “La concepción...”, en *ADPCP*, Vol. 54, 2001, pp. 401 y ss.

<sup>450</sup> Recordemos ahora que –ya desde un hace tiempo– LANDECHO VELASCO y MOLINA BLÁZQUEZ (*Derecho penal...*, 9ª ed., 2015, p. 595) abogan por la introducción de un precepto de carácter general en la ley española, similar al mencionado.

<sup>451</sup> Véase MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. “El debate actual sobre los fines de la pena y su aplicación práctica”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, Nº 11, 2014, pp. 142-143.

<sup>452</sup> Dicho precepto debería rezar como sigue (cfr. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. “El debate...”, en *RDPC*, Nº 11, 2014, p. 143):

- “1. Los jueces y tribunales, en la aplicación de la pena, con arreglo a las normas contenidas en este capítulo, razonarán en la sentencia el grado y extensión concreta de la impuesta.
2. Para la individualización exacta de la pena, los Jueces o Tribunales [sic] atenderán a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.
3. La pena no podrá rebasar la medida de la culpabilidad del autor por el hecho y deberá ir orientada, primordialmente, a su reinserción”.

Más aún, la autora justifica así su propuesta reformadora: “[...] tan solo pretende atender a los criterios que tradicionalmente se han utilizado en nuestro sistema[,] para la individualización exacta de la pena, pero ubicándolos sistemáticamente en un precepto general”, que no en vano aportara –de una manera expresa– “esos criterios concretos para guiar al Juez en esta importante labor”.

—a fin de corregir la carencia que implica interpretar por analogía aquella regla. Todavía más en concreto, FEIJOO plantea aplicar (*ad casum*) ciertos elementos típicos que no integren la descripción normativa del precepto correspondiente sino la de supuestos similares —cuando así concurren en el fenómeno estimado<sup>453</sup>. O FUENTES llama a graduar la “extensión del mal producido”<sup>454</sup> conforme a un listado *numerus apertus* de factores objetivos y subjetivos, a la luz del principio de proporcionalidad<sup>455</sup>.

No obstante, allende algunas aportaciones adicionales<sup>456</sup>, un candidato tradicional para medir los castigos (en nuestro sistema penal, a la vez rígido e indeterminado) es un uso “extensivo” de aspectos ligados a circunstancias modificativas o elementos típicos accidentales. Muchos son los autores que admiten esta operativa en las labores individualizadoras, ya sea moderadamente<sup>457</sup>, o con un carácter acentuado<sup>458</sup>. Tras dichas pautas subyace una idea interesante: de la estructura de aquéllos es posible deducir valoraciones generales “[...] respecto de qué es lo que considera el ordenamiento [...] como más grave [...]”<sup>459</sup> o leve. Incluso aunque ello sea para aplicarlas en una fase del proceso de imputación de responsabilidad criminal e imposición de consecuencias jurídicas distinta a lo previsto por ley; de hecho, esa desigual *ratio* de las funciones del sentenciador aquí implicadas anula la eventual objeción de *bis in ídem*.

Para ahondar en esta línea argumental, valga el siguiente ejemplo paradigmático: puesto que el Código a veces cualifica ciertas hipótesis donde la víctima —o su familia— quedan en una débil situación económica (arts. 235.1.6º y 250.1.4º), será lícito cuantificar la

---

<sup>453</sup> Al respecto, véase con profundidad el argumento empleado en FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. *Retribución...*, 2007, pp. 700 y ss.

<sup>454</sup> Tal es la expresión que utiliza el Código penal chileno de 1874, en su vigente art. 69.

<sup>455</sup> Cfr. sobre ello FUENTES CUBILLOS, H. “El principio...”, en *Revista Ius et Praxis*, Vol. 14, Nº 2, 2015, pp. 38-40.

<sup>456</sup> Así, véanse —por ejemplo— DE LA MATA BARRANCO, N. J. *La individualización...*, 2008, pp. 266 y ss.; QUESADA MORILLAS, Y. M<sup>a</sup>. “La individualización...”, en *CPC*, Nº 88, 2006, pp. 255 y ss.; o JAÉN VALLEJO, M. “Arbitrio...”, en VV.AA. *Estudio... Tomo I*, 1997, pp. 163 y ss., 172 y ss.

<sup>457</sup> En tal sentido, cfr. —por todos— BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 258 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER, E. *Teoría... Tomo II*, 2009, pp. 935-936; BACIGALUPO ZAPATER, E. *Teoría... Tomo I*, 2009, p. 797; SALINERO ALONSO, C. *Teoría...*, 2000, p. 165; JORGE BARREIRO, A. “La motivación...”, en VV.AA. *Problemas...*, 1999, p. 85; BACIGALUPO ZAPATER, E. “Principio...”, en VV.AA. *El nuevo...*, 1999, pp. 37-38; GARCÍA ARÁN, M. *Fundamentos...*, 1997, pp. 74 y ss.; CHOCLÁN MONTALVO, J. A. *Individualización...*, 1997, pp. 182 y ss.; o GARCÍA ARÁN, M. *Los criterios...*, 1982, pp. 213 y ss.

<sup>458</sup> Defienden una mayor influencia de circunstancias genéricas y elementos típicos accidentales, hasta el punto de configurar agravantes analógicas, los siguientes autores: DE LA MATA BARRANCO, N. J. *La individualización...*, 2008, pp. 120-121; FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. *Retribución...*, 2007, pp. 719-720; o CHOCLÁN MONTALVO, J. A. *Individualización...*, 1997, pp. 175-176, 180 y ss.

<sup>459</sup> BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, p. 263.

pena al amparo de tal criterio valorativo, ya sea en aquellos delitos antes mencionados u otros<sup>460</sup>. En un sentido parecido –pero únicamente con efectos mitigadores–, HÖRNLE defiende el influjo de factores personales análogos a las atenuantes para concretar un castigo<sup>461</sup>, si estamos ante genuinas disminuciones en la culpabilidad de un autor<sup>462</sup>. Luego la crítica principal contra una aplicación “expansiva” de circunstancias modificativas y elementos típicos accidentales brota del principio de legalidad<sup>463</sup>: la prohibición de interpretar aquellas cláusulas *in malam partem*<sup>464</sup>, en tanto reglas generales extraídas de aspectos que la ley aprecia como reprochables en lugares ajenos.

Ya dije en su momento que la esencia y los objetivos metodológicos de mi investigación justifican que aplase un análisis en profundidad sobre los pronunciamientos casuísticos de los tribunales<sup>465</sup>. Baste ahora, pues, siquiera una tangencial mención del tratamiento que la jurisprudencia española brinda al tema que nos ocupa. Según BESIO HERNÁNDEZ, del estudio sistemático de las decisiones individualizadoras se deduce una clara primacía operativa del baremo legal de la gravedad del hecho, por encima del de los factores

---

<sup>460</sup> Con supuestos específicos, véanse SALINERO ALONSO, C. *Teoría...*, 2000, p. 165; CHOCLÁN MONTALVO, J. A. *Individualización...*, 1997, p. 182; y GARCÍA ARÁN, M. *Los criterios...*, 1982, pp. 219-220.

<sup>461</sup> Al respecto, cfr. HÖRNLE, T. “La concepción...”, en *ADPCP*, Vol. 54, 2001, pp. 418 y ss. Igualmente, en Alemania véanse, entre otros, HÖRNLE, T. *Tatproportionale...*, 1999, pp. 320 y ss.; SCHÄFER, G. *Praxis...*, 2ª ed., 1995, nnmm. 247 y ss.; GRIBBOHM, G. “Vorbemerkungen...”, en *VV.AA. LK-StGB. Band 2*, 11ª ed., 1995, § 46, nm. 182; o STRENG, F. *Strafrechtliche...*, 1991, pp. 175 y ss. Ya en España, LUZÓN PEÑA (*Medición...*, 1979, p. 118) también aboga por la creación dogmática –doctrinal y jurisprudencial– de atenuantes analógicas que den cabida a componentes de índole personal.

<sup>462</sup> Verbigracia: “Podría pensarse, acaso, en la procedencia de otro círculo cultural, en procesos de dinámica de grupos o en estados de excitación. [...] Junto a lo anterior [...], también puede trasladarse a la medición de la pena [...] la inexigibilidad del comportamiento conforme a derecho [...] que inspira el § 35 StGB. [...] Por eso, sólo deberían tenerse en cuenta situaciones de necesidad amenazantes de la existencia, pero no [así] meros empeoramientos graduales del estándar de vida” (HÖRNLE, T. “La concepción...”, en *ADPCP*, Vol. 54, 2001, pp. 418-419).

<sup>463</sup> Según reza –por ejemplo– el art. 4.1 CP, “las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas”.

<sup>464</sup> Así, cfr. –por todos– MIR PUIG, S. *Derecho penal...*, 10ª ed., 2015, pp. 125-126; BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 289 y ss.; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. *La atenuante analógica de dilaciones indebidas. Analogía e interpretación: el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*. Barcelona: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2007, pp. 25 y ss.; FERRERES COMELLA, V. *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia. (Una perspectiva constitucional)*. Madrid: Civitas, 2002, pp. 127 y ss.; LUZÓN PEÑA, D.-M. *Curso... Vol. I*, 1996, pp. 170 y s.; o SILVA SÁNCHEZ, J.-Mª. *Aproximación...*, 1992, pp. 254 y ss.

<sup>465</sup> No obstante, creo que el tema bien merece un análisis pormenorizado, con tal de actualizar las tres monografías que se han escrito al respecto mediante la última jurisprudencia –véanse BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 327-331, 346-350, 358 y ss., 385-390, 424 y ss., 442 y ss., 458 y ss., 473 y ss.; DE LA MATA BARRANCO, N. J. *La individualización...*, 2008, pp. 119 y ss.; o DEMETRIO CRESPO, E. *Prevención...*, 1999, pp. 290 y ss. Algo que, por razones materiales y formales, no es adecuado llevar a cabo ahora, pero que (en consecuencia) sitúo como prioritaria línea de investigación a futuro.

personales del delincuente<sup>466</sup>. Así, lo ordinario es asumir (estructuralmente) la teoría del espacio de juego –o “*Spielraum*”–: la lesividad fáctica establece un sub-marco de penas proporcionales al reproche social que merece la conducta, y al interior de esta horquilla las circunstancias propias del infractor fijan el *quantum*<sup>467</sup>.

Veamos (con brevedad) cómo la judicatura interpreta cada una de las cláusulas del art. 66.1.6ª CP, por separado, y de qué manera *juegan* en la búsqueda del castigo concreto *ad casum*. Por orden de la prelación real –que no lo enunciado en el precepto–, primero aparece “la mayor o menor gravedad del hecho”, algo que toma cuerpo en diversos criterios específicos de carácter objetivo (modo de ejecución<sup>468</sup>, difusión del delito<sup>469</sup>, desvalor del resultado<sup>470</sup>...) y subjetivo (tipos de dolo e imprudencia<sup>471</sup>, móviles del autor<sup>472</sup>, etc.). Por otro lado, el Tribunal Supremo se manifiesta contrario a estimar el número de infracciones en aras de fundamentar un aumento potestativo de la pena en hipótesis de continuidad, en la medida en la que la lesividad fáctica y su reiteración son factores que “ya están contemplados por el legislador [...]”<sup>473</sup> –al determinar el mínimo de *vindicatio*.

Un tratamiento singular reciben en la jurisprudencia española las “circunstancias personales del delincuente”; así, al interior del espacio de juego, éstas a menudo sirven para graduar al alza el *quantum*, por razón del pronóstico de elevada peligrosidad criminal<sup>474</sup>. Una tendencia que es fruto de lo que JAREÑO LEAL llama “la doble cara de la prevención

---

<sup>466</sup> En dicho sentido cfr. BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 430 y ss., 595 y ss. Empero, el autor manifiesta una posición muy crítica al respecto de esta línea jurisprudencial consolidada, porque a su juicio ambos criterios deben tener la misma incidencia en la fase individualizadora.

<sup>467</sup> Cfr. BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 172 y ss. –con numerosas referencias jurisprudenciales que allí se mencionan, en apoyo de sus afirmaciones.

<sup>468</sup> Véanse las SSTS 608/2009, de 2 de junio; 743/2008, de 14 de octubre; 76/2006, de 31 de enero; ó 1592/2005, de 26 de diciembre.

<sup>469</sup> Sobre ello, cfr. –al menos– las SSTS 947/2009, de 2 de octubre; ó 674/2006, de 21 de junio.

<sup>470</sup> Tienen en cuenta –por todas– este elemento graduable, y que (no en vano) se manifiesta de forma heterogénea, las SSTS 624/2010, de 25 de junio; 408/2009, de 2 de abril; 252/2008, de 22 de mayo; ó 701/2007, de 23 de julio.

<sup>471</sup> Así, véanse –verbigracia– las SSTS 853/2010, de 15 de octubre; 150/2010, de 5 de marzo; ó 716/2009, de 2 de julio.

En cambio, una línea jurisprudencial más consolidada rechaza la relevancia de las modalidades de tipo subjetivo a los efectos de individualizar la pena, según se advierte en las SSTS 954/2009, de 30 de septiembre; 308/2008, de 22 de mayo; 21/2007, de 19 de enero; 653/2004, de 24 de mayo; ó 481/2002, de 15 de marzo.

<sup>472</sup> Entre otras, cfr. las SSTS 1140/2010, de 29 de diciembre; 689/2009, de 26 de mayo; 482/2005, de 15 de abril; 1328/2000, de 24 de julio; u 804/1994, de 7 de marzo.

<sup>473</sup> STS 911/2008, de 23 de diciembre.

<sup>474</sup> A tal respecto, véanse –por ejemplo– las SSTS 406/2010, de 11 de mayo; 1316/2009, de 22 de diciembre; 256/2008, de 14 de mayo; 460/2007, de 1 de junio; ó 685/2004, de 14 de mayo.

especial<sup>475</sup>: tiene potencial tanto para mitigar el castigo de quien ya está socializado –o cuando se prevén más efectos nocivos que correctivos (i.e., en privaciones cortas de libertad)–, como para acrecer la sanción por necesidades de tratamiento penitenciario<sup>476</sup>. No obstante, un amplio sector de los tribunales alemanes rechaza, en parte, esa opción político-criminal<sup>477</sup>: está prohibido aumentar el reproche si ello implica desbordar la culpabilidad por el hecho del autor –la “*Schuldüberschreitungsverbot*”<sup>478</sup>–, establecida con un sub-marco proporcional a la gravedad de su infracción concreta.

*Grosso modo*, la jurisprudencia entiende que la cláusula personal del art. 66.1.6ª CP se refiere a todos aquellos componentes, “[...] situaciones, datos o elementos que configuran el entorno social y el componente individual de cada sujeto”<sup>479</sup>. Principalmente tales circunstancias son la edad, la capacidad intelectual (o la formación cultural), la madurez psicológica, las actividades laborales, las cargas familiares, la conducta post-delictiva, y las posibilidades de integración en la comunidad<sup>480</sup>. Todos ellos son factores que permiten adecuar la pena al complejo “*phaenomenon*” de la infracción enjuiciada y su agente, a pesar de las dificultades procesales que atañen a una profunda investigación criminológica<sup>481</sup>. Y sin embargo, lamenta BESIO HERNÁNDEZ que la praxis forense “no establece

---

<sup>475</sup> Cfr. JAREÑO LEAL, Á. “Reincidencia, arbitrio judicial y principio de legalidad (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1990)”, en *Poder Judicial*, N° 22, 1991, p. 252 (nota 17).

Igualmente, FEIJOO SÁNCHEZ (*Retribución...*, 2007, p. 747) advierte del peligro: se debe asumir que los aspectos preventivo-especiales “puedan actuar en contra del reo ([siquiera] dentro del marco penal correspondiente), aunque normalmente dichas ponderaciones pretendan el efecto contrario”.

<sup>476</sup> Y, en este sentido, véase BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 442 y ss. –con referencias jurisprudenciales adicionales, que incluyen ambas tendencias indicadas.

<sup>477</sup> De esta manera lo anota Eduardo DEMETRIO CRESPO (*Prevención...*, 1999, pp. 257-259), a partir del estudio de las resoluciones allí mencionadas.

<sup>478</sup> En torno a dicha teoría doctrinal y jurisprudencial, cfr. (por todos) CHOCLÁN MONTALVO, J. A. “La pena...”, en *La Ley*, N° 6, 1996, p. 1515; GRIBBOHM, G. “Vorbemerkungen...”, en VV.AA. *LK-StGB. Band 2*, 11ª ed., 1995, pp. 106 y s.; SCHÄFER, G. *Praxis...*, 2ª ed., 1995, pp. 161-162; HIRSCH, G. “Vorbemerkungen...”, en VV.AA. *LK-StGB*, 1985, 10ª ed., p. 99 y ss., y 27; STRATENWERTH, G. *Schweizerisches... Band I*, 1982, pp. 43-44; SCHNELLE, K. *Die Funktion...*, 1977, p. 86; SCHÖNEBORN, C. “Schuldprinzip...”, en *ZStW*, Vol. 88, N° 3, 1976, pp. 352 y 359; HENKEL, H. *Die "richtige"...*, 1969, pp. 42-43; o KAUFMANN, Arthur. “Dogmatische...”, en *JZ*, Vol. 22, N° 11, 1967, p. 555.

<sup>479</sup> Véanse también (entre muchas otras) las STS 644/2009, de 12 de junio; 927/2004, de 14 de julio; ó 1807/2001, de 30 de octubre.

<sup>480</sup> Así, y sobre la interpretación de los criterios jurisprudenciales que integran la cláusula legal de “las circunstancias personales del delincuente”, véanse BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 420 y ss., 436 y ss.; CASTELLÓ NICÁS, N. *Arbitrio...*, 2007, pp. 168 y ss.; DE LA MATA BARRANCO, N. J. *El principio...*, 2007, pp. 271 y ss.; SALINERO ALONSO, C. *Teoría...*, 2000, pp. 161 y ss.; DEMETRIO CRESPO, E. *Prevención...*, 1999, pp. 90, 310 y ss.; JORGE BARREIRO, A. “La motivación...”, en VV.AA. *Problemas...*, 1999, pp. 87 y ss.; o CHOCLÁN MONTALVO, J. A. *Individualización...*, 1997, pp. 199 y ss.

<sup>481</sup> Acerca de tal asunto, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS “El debate...”, en *RDPC*, N° 11, 2014, pp. 141-142) concluye un reciente artículo con estas clarificadoras palabras:

cómo deben ser valorados en concreto esos criterios [...]”<sup>482</sup>, esto es, que los tribunales españoles no explicitan el sentido que debe guiar dicha ponderación.

Hasta aquí llega –por el momento– mi estudio (doctrinal y jurisprudencial) acerca de los aspectos específicos más relevantes que el órgano sentenciador ha de tener en cuenta a la hora de individualizar el castigo, y también sobre aquellas reglas operativas derivadas que marcan una influencia al alza o a la baja en el *quantum* –dentro del marco final. En suma, la corriente más actual propugna una “equivalencia funcional”<sup>483</sup> entre las dos cláusulas generales (gravedad del hecho y circunstancias personales del autor); ambas arrojan magnitudes sancionatorias aproximadas, que deberían promediarse en términos normativos –para fijar así una cifra de pena a imponer<sup>484</sup>. Por mi parte, en cambio, creo que el enunciado global del art. 66.1.6ª CP se comprende *intra-sistémicamente* por alusión al mayor o menor grado de culpabilidad en el condenado<sup>485</sup>, pues no en vano tal es el cometido esencial de las decisiones judiciales que concretan la *vindicatio* estatal.

---

“Por consiguiente, [y] pese a que la ley exige [si bien por analogía] que se motive la sentencia atendiendo, junto con la gravedad del hecho, a las circunstancias personales del delincuente, sin embargo, en muchas ocasiones, no se está teniendo en cuenta este criterio porque, en realidad, el autor del delito es un absoluto desconocido para el Juez. Ello ha propiciado que las decisiones judiciales se basen en meras «intuiciones». [...]

Los Jueces desconocen las circunstancias personales del autor porque carecen de medios adecuados, de tiempo y, sobre todo, no están asistidos de personal capacitado para que les asesoraren[,] acerca de las circunstancias personales del imputado. Por tanto, las deficiencias estructurales del sistema dificultan que el Juez pueda tener a su alcance todos los datos necesarios para cuantificar la pena exacta.

En definitiva, los Tribunales para determinar correctamente la pena deben estar adecuadamente asesorados[,] y tener a su alcance todos los medios posibles que le[s] permitan valorar el hecho y las circunstancias del delincuente. Evidentemente, este proceso [ya] no puede convertirse en una operación matemática, porque siempre existirá un margen de discrecionalidad para que el juez adapte la pena al caso concreto”.

<sup>482</sup> BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, p. 422.

<sup>483</sup> *Ibid.*, p. 596.

<sup>484</sup> Así, cfr. BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 596 y ss. Con una postura estructuralmente similar se manifiesta también MIR PUIG, S. *Derecho penal...*, 10ª ed., 2015, pp. 772-773.

<sup>485</sup> Véase *infra* mi propuesta dogmática, sobre todo en los epígrafes VI.2 y VI.3.



**CAPÍTULO VI.**  
**LA FENOMENOLOGÍA JURÍDICA**  
**COMO “HERRAMIENTA” PARA**  
**LA MEDICIÓN DEL CASTIGO**



## 1. Toma de postura (I): dogmática, sistematización y método

A lo largo de los tres capítulos anteriores, ha sido manifiesta la urgente necesidad de un mayor desarrollo científico –i.e., teórico-práctico: académico y jurisprudencial– en materia de individualización judicial de la pena. Entonces, sobre dicha conclusión hay acuerdo unánime en la doctrina actual, tanto la alemana<sup>1</sup> como la española<sup>2</sup>; algo que tiene aquí un “valor” especial, puesto que se produce desde muy diversos puntos de vista (en ocasiones enfrentados entre sí). En tal sentido, pese a los esfuerzos que recientemente han fructificado –con aportaciones de interés–, sigue existiendo un desequilibrio patente: el nivel de perfeccionamiento con la teoría del delito es superior al *statu quo* vigente en sede de concreción del castigo<sup>3</sup>. Un ámbito cuyo avance se hace perentorio, por las indiscutibles secuelas gravosas que supone para el reo.

No obstante, el consenso universal termina pronto –según vimos *supra*–, y por ello hoy los autores que están en liza se agrupan en torno a dos grandes perspectivas metodológicas, a priori contrapuestas<sup>4</sup>. Por un lado se sitúan quienes, en línea con la tendencia tradicional en el estudio de la “*Strafzumessung*”<sup>5</sup>, sostienen la correlación inmediata de los factores relevantes para la medición del reproche con los llamados “fines de la pena”. Empero, este enfoque (iusfilosófico) adolecería de un problema esencial: su carácter controvertible<sup>6</sup> dificulta llegar a soluciones prácticas compartidas, o que sean válidas desde posturas teóricas adversas –quizá incluso irreconciliables. Luego rechazo acudir directamente a la retribución y la prevención (general o especial) para hallar los criterios con los que cuantificar la sanción, en aras de fomentar la intersubjetividad en el debate.

---

<sup>1</sup> Al respecto véase –por todos– el completo análisis de Wolfgang FRISCH, dividido en estos dos artículos de revista: “Gegenwärtiger... (Teil I)”, en *ZStW*, Vol. 99, N° 3, 1987, pp. 349-388; y “Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik (Teil II)”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 99, N° 4, 1987, pp. 751-806.

<sup>2</sup> Entre muchos otros, cfr. PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, pp. 229-230; BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 25 y 588; SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. “La teoría...”, en *InDret* 2/2007, pp. 2 y s.; DEMETRIO CRESPO, E. *Prevención...*, 1999, p. 292; o GALLEGO DÍAZ, M. *El sistema...*, 1985, p. 6.

<sup>3</sup> Y, así, véase –muy especialmente– SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. “La teoría...”, en *InDret* 2/2007, p. 3.

<sup>4</sup> Cfr. *infra*, en seguida en este mismo epígrafe, acerca de las coincidencias formales y materiales que hay entre varios de aquellos enfoques doctrinales hipotéticamente opuestos.

<sup>5</sup> Véase *supra*, extensamente en el apartado V.2.

<sup>6</sup> En el quinto capítulo, me referí a dicha cuestión señalando que una orientación estricta hacia las teorías de la legitimación de la *vindicatio* estatal afecta al núcleo –i.e. a lo más “identitario”– de las creencias jurídicas de los penalistas, y con el peligro que ello supone. De tal manera que se hace muy difícil un avance intersubjetivo sobre los criterios valorativos a tener en cuenta para guiar la labor individualizadora del juez sentenciador.

Como una reacción frente a la predominante orientación teleológica –esto es, hacia los “*Strafzwecke*”–, el otro sector doctrinal (cada vez más numeroso) adopta planteamientos dogmáticos. Así, la individualización del castigo es sólo la traducción cuantitativa de las categorías de la teoría del delito en una medida penal<sup>7</sup>, y por ende proporcional a la lesividad del injusto culpable cometido<sup>8</sup>. Entonces, se trataría de emplear ahora –en esta fase judicial– todos aquellos factores con un potencial para graduar la (ya imputada<sup>9</sup>) responsabilidad personal del condenado, en tanto que aún se consideren apreciables a los tales efectos<sup>10</sup>. Lógicamente, sin olvidar el inherente anclaje sistemático del modelo: siempre habrá que interpretar los criterios utilizados –y su incidencia mitigadora o agravante– a la luz de estructuras e instituciones de la “*Verbrechenslehre*”.

Desde dicho punto de vista, se pretende compensar la colosal diferencia que existe entre el esmerado desarrollo científico de la dogmática (*stricto sensu*<sup>11</sup>) y la frecuente “carestía” argumentativa<sup>12</sup> –sea en el discurso académico o la praxis de los tribunales– sobre la concreción sancionatoria<sup>13</sup>. Por consiguiente, esos enfoques novedosos procuran evitar la inseguridad jurídica o las desigualdades que acarrearán los razonamientos usua-

---

<sup>7</sup> De acuerdo con esto, cfr. en Alemania –por todos– FRISCH, W. “Straftatsystem und Strafzumessung. Zugleich ein Beitrag zur Struktur der Strafzumessungsentscheidung”, en WOLTER, J. *et alter* (eds.). *140 Jahre Goldammer's Archiv. Eine Würdigung zum 70. Geburtstag von Paul-Günter Pötz*. Heidelberg: R. von Decker, 1993, pp. 14 y ss.

<sup>8</sup> Hablando sobre la naturaleza del acto judicial con el que seleccionar un *quantum* del reproche, SILVA SÁNCHEZ (“Problemas de la determinación de la pena”, en SUÁREZ GONZÁLEZ, C. / SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. *La dogmática penal frente a la criminalidad en la Administración Pública y otros problemas actuales del Derecho penal*. Lima: Grijley, 2001, p. 88) nos puntualiza lo siguiente: ello “[...] se configura [...] como aquel en virtud del cual se concreta [en una cifra] el contenido de injusto, culpabilidad y punibilidad de un [...] hecho, determinándose subsiguientemente cuál es la exacta medida de su merecimiento y necesidad de pena”.

<sup>9</sup> I.e., tras afirmarse sistemáticamente la existencia de un hecho típico y antijurídico, que sea imputable a su agente. Entonces, la disyuntiva se produce entre el “sí” del castigo versus el “cuánto” o el “cómo” del mismo; véase *infra*, en los próximos dos apartados.

<sup>10</sup> Pues –no en vano– podría haber distintos tipos de valoraciones, que desaconsejen el uso de ciertos criterios en sede de la “*Strafzumessung*”.

<sup>11</sup> Lógicamente, con esta expresión me refiero aquí sólo al ámbito propio de la llamada “teoría del delito”; sobre dicha distinción, cfr. *infra*, en este mismo epígrafe, pero ya unas páginas más adelante.

<sup>12</sup> Así pues, “[...] se ha privado a los jueces de una orientación suficiente a la hora de decidir sobre diferencias de pena[, que pueden ser] de años de duración. Consiguientemente, [no es de extrañar] que los razonamientos judiciales sobre los que se asienta la asignación de una determinada medida de [la] pena sean pobres, en unos casos; variables, siempre; y en [no pocas] ocasiones, directamente arbitrarios” (SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. “La teoría...”, en *InDret* 2/2007, pp. 3-4).

<sup>13</sup> Véase HÖRNLE, T. *Determinación...*, 2003, pp. 34-35, 65 y ss.; la autora pone de relieve que carece de sentido que se despliegue tanta energía en la elaboración de las teorías dogmáticas y que luego se abandone a la discrecionalidad pura su concreción última. Asimismo, advierte aquélla de que los magistrados necesitan establecer (claramente) si un delito que tienen que juzgar hoy merece igual, mayor o menor castigo que el que ya resolvieron ayer.

les en sede forense, y a reducir con ello el margen de la arbitrariedad<sup>14</sup> del órgano sentenciador<sup>15</sup>. En otro orden de cosas, y pese a que no es algo homogéneo en el reciente abordaje doctrinal de la cuestión<sup>16</sup> –ni tampoco estamos ante la única lectura hoy viable del axioma<sup>17</sup>–, el vínculo material con un principio de proporcionalidad penal<sup>18</sup> es característico de las posturas ligadas a la teoría del delito.

Y, en ambos sentidos, creo que se trata de un avance muy importante para el *statu quo* de nuestro tema de investigación. En efecto, la perspectiva sistemática sin duda ha de ayudarnos a ganar en claridad expositiva y en capacidad intersubjetiva<sup>19</sup>, de tal manera que los criterios reales de medición del castigo se separen del terreno de lo incontrolable –o peor aún de lo “extraño” al derecho<sup>20</sup>. Además, SILVA SÁNCHEZ añade así un motivo nomofiláctico de peso para acogerse a un planteamiento categorial: “[...] el examen de las circunstancias que inciden en la individualización [...] puede conducir a una revisión [teórica] de los conceptos dogmáticos de partida, al mostrar [ulteriormente] que éstos son demasiado estrechos, por ejemplo, [o bien laxos,] para dar razón de determinados incrementos o disminuciones de [la] pena”<sup>21</sup> en ese periodo.

---

<sup>14</sup> Recordemos que esta expresión se define como un antónimo del término “arbitrio”; entonces, la arbitrariedad de los jueces o magistrados sería aquel ejercicio incorrecto de su libertad decisoria, que no en vano es algo inherente a la función jurisdiccional –y, por lo tanto, es del todo lícita. Al respecto, cfr. *supra*, en los epígrafes III.1 y III.2.

<sup>15</sup> En tal sentido, véase –por ejemplo– MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. “El debate...”, en *RDPC*, N° 11, 2014, p. 133. En una línea similar, SILVA SÁNCHEZ (“La teoría...”, en *InDret 2/2007*, p. 8) señala –de una forma ilustrativa– que lo más valioso de las últimas aportaciones, en este terreno, es haber puesto en marcha “[...] un proceso de sistematización dogmática, cuya finalidad de reducir el margen de [una] arbitrariedad de las decisiones judiciales de individualización de la pena se justifica[ría] por sí sola”.

<sup>16</sup> Verbigracia, SILVA SÁNCHEZ (La teoría...”, en *InDret 2/2007*, *passim*) no se adscribe –o, al menos, no formalmente– a las tesis *proporcionalistas*, si bien él mismo se reconoce heredero de estas corrientes, en tanto que asume sin matices la premisa estructural básica del paradigma.

<sup>17</sup> Puesto que en la doctrina española actual hay otras interpretaciones plausibles acerca de la influencia que debería tener el principio de proporcionalidad en la individualización de la pena. Así las cosas, cfr. –entre muchos otros autores– BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 135-136, 297 y ss.; o DEMETRIO CRESPO, E. *Prevención...*, 1999, pp. 297-299.

<sup>18</sup> Con una aproximación global al asunto, véanse recientemente SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. “Sobre la proporcionalidad y el «principio» de proporcionalidad en Derecho penal”, en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. / RUSCONI, M. A. (dir.). *El principio de proporcionalidad penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2014, pp. 511-534; o LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. “Proporcionalidad penal”, en MAQUEDA ABREU, M<sup>a</sup> L. *et alter* (coords.). *Derecho penal para un estado social y democrático de derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*. Madrid: UCM, 2016, pp. 175-192 –por todos.

<sup>19</sup> Para profundizar sobre ello, cfr. *infra*, ya en el último apartado del presente capítulo (VI.4).

<sup>20</sup> De una opinión contraria es Alejandro NIETO GARCÍA (*El arbitrio...*, 2000, pp. 219 y ss.), para quien el ejercicio lícito de la discrecionalidad se lleva a cabo generalmente cuando el juez acude a criterios “extrajurídicos” en apoyo de su decisión.

<sup>21</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. “La teoría...”, en *InDret 2/2007*, p. 9; y agrega –después– que “ello sucede, en particular, con el concepto [material] de injusto [y con sus elementos]. Pero no sólo”.

Sin embargo, no estoy seguro de que este desarrollo sea suficiente<sup>22</sup>, al menos si queremos superar las críticas atribuidas a la orientación iusfilosófica (i.e., en torno al tradicional triángulo *mágico* de “*Strafzwecke*”) de las operaciones para concretar el reproche *vindicatorio*. Por un lado, sería posible elaborar listas bastante específicas de los aspectos a valorar<sup>23</sup>, aprovechando el “*know how*” científico (propio del análisis estructural)<sup>24</sup>. En cambio, todo apunta a que seguiría habiendo divergencias profundas acerca de los criterios relevantes para cuantificar el castigo, y del resultado graduable –al alza o a la baja– que éstos deberían ejercer sobre una magnitud numérica. Ello tanto si se admite (de una forma explícita<sup>25</sup>) la construcción teleológica de las instituciones de la teoría del delito como si no<sup>26</sup>, pues hay un sustrato potencialmente controvertible que subyace a dicho estudio “tradicional”.

En esta línea, y pese al genuino avance que supone el enfoque dogmático –por lo general, es de carácter *proporcionalista*–, creo que se pueden esbozar cinco críticas básicas a tales modelos; la idea es, entonces, tomar nota de las observaciones, en aras de plantear una alternativa razonable y optimizada. Primero, existe un evidente posicionamiento (de esos autores que defienden la vía sistemática) en favor de un influjo –ya sea directo o sólo mediato– de los fines del Derecho penal en la individualización<sup>27</sup>. Lo que

---

<sup>22</sup> Igualmente, escéptico con un exclusivo tratamiento categorial para la individualización de las penas, véase DEMETRIO CRESPO, E. *Prevención...*, 1999, pp. 246 y ss.

<sup>23</sup> Verbigracia, el catálogo de elementos que a modo de ejemplo formula SILVA SÁNCHEZ (“La teoría...”, en *InDret 2/2007*, pp. 11-12) como expresivos de un injusto objetivo: a) el grado de probabilidad *ex ante* del riesgo para el bien jurídico protegido; b) la magnitud esperable de la lesión –i.e., el pronóstico de cuantificación del menoscabo de aquél–; c) la infracción de deberes especiales, relativos a la situación típica; y d) otros factores de contenido expresivo o simbólico –pero considerados *ab initio*.

<sup>24</sup> Así, cfr. ahora SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. “La teoría...”, en *InDret 2/2007*, p. 10: “[...] cada criterio examina los casos a partir de la adopción de una determinada perspectiva o nivel de análisis [...]. En cuanto al contenido, cada criterio examina los casos a partir de las concepciones básicas sobre la teoría del delito de la que parta, aplicadas en concreto a la categoría sistemática en la que se enmarque [...]”.

<sup>25</sup> Con una inmensa claridad en este punto, véanse –por todos– SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. “La teoría...”, en *InDret 2/2007*, p. 9; y DEMETRIO CRESPO, E. *Prevención...*, 1999, p. 205.

<sup>26</sup> Sin pronunciarse (de una manera tajante) sobre la dependencia axiológica directa entre la “*Verbrechenslehre*” y los llamados “*Strafzwecke*”, Wolfgang FRISCH (“Unrecht...”, en BRITZ, G. *et alter* [eds.]. *Grundfragen...*, 2001, p. 247) tan solo entiende que “[...] la búsqueda de la pena ajustada a la culpabilidad [...] no es sino una prosecución de la cualificación del hecho como delito”. De acuerdo con ello, cfr. HÖRNLE, T. *Determinación...*, 2003, pp. 50-51: la individualización de las penas va a depender, básicamente, de las categorías propias del injusto objetivo –el de la acción y el del resultado–, del injusto subjetivo y de la culpabilidad.

<sup>27</sup> “La teoría del delito se configurará [...] como un sistema de reglas que permiten [a un juez] establecer[,] con la mayor seguridad posible[,] el sí o [el] no de tales merecimiento y necesidad de [la] pena. Y la teoría de la determinación de la pena[,] como [tal] teoría de la concreción del contenido delictivo del hecho[,] implicará, a la vez, el establecimiento del *quantum* de su merecimiento y [su] necesidad (político-criminal) de pena” (SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. “La teoría...”, en *InDret 2/2007*, p. 9).

implicará una interpretación *consecuencialista* de las categorías<sup>28</sup>, desde luego también en el momento de concretar el castigo; no en vano, allí el juez toma el relevo del legislador, en su función político-criminal<sup>29</sup>. Ahora bien, esta exégesis preventiva de los criterios de cuantificación se compensa con límites garantistas<sup>30</sup> (acaso por el origen *retributivista*<sup>31</sup> de la corriente), en una síntesis que es todavía muy habitual.

Más aún, la segunda objeción que me parece destacable tiene que ver con una postura doctrinal actualmente hegemónica. En efecto, en la teoría del delito hoy domina la tesis de que el juicio de culpabilidad –como un análisis de la responsabilidad personal, por la infracción imputable– “[...] no puede incrementar el merecimiento de pena ya alcanzado con la realización del hecho, sino, en su caso, excluirlo o disminuirlo”<sup>32</sup>. Y, por mi parte,

---

<sup>28</sup> En tal sentido, SILVA SÁNCHEZ (“Problemas...”, en SUÁREZ GONZÁLEZ, C. / SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. *La dogmática...*, 2001, p. 88) arguye así una premisa imprescindible, relativa a la naturaleza del acto jurisdiccional para la elección del *quantum*: “[...] la pena efectivamente impuesta ([i.e.] castigo con finalidades preventivas) se configura como respuesta a un hecho que constituye un injusto penal, culpable y punible, en el que se contienen los elementos que fundamentan el merecimiento y la necesidad [...]” de la mencionada consecuencia jurídica.

<sup>29</sup> A este respecto, véase SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. “¿Política criminal del legislador, del juez, de la Administración Penitenciaria? Sobre el sistema de sanciones del Código penal”, en *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N<sup>o</sup> 4, 1998, pp. 1450-1453. Y, ya en concreto acerca del tema que nos ocupa, el autor añade que “[...] el hecho de que la única política criminal que deba realizar el juez sea la que discurre por el cauce [propio] de las categorías dogmáticas no implica dejar de atender a los criterios preventivos [admitidos]” (SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. “La teoría...”, en *InDret* 2/2007, p. 9). En una línea similar, GARCÍA ARÁN (“La prevención general en la determinación de la pena”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 34, N<sup>o</sup> 2-3, 1981, p. 512), argumenta que el sentenciador no debe “perseguir por sí mismo efectos sobre la colectividad”, aunque sí que le estaría permitido extraer ciertas implicaciones penológicas de las estructuras dogmáticas. Empero, Eduardo DEMETRIO CRESPO (*Prevención...*, 1999, p. 205) cree advertir –en este tipo de enfoques– un nivel de contradicción interna, ello al menos desde su visión general favorable a la teoría germánica clásica del “*Spielraum*” (y con una orientación preferentemente preventivo-especial).

<sup>30</sup> Según argumenta Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (“La teoría...”, en *InDret* 2/2007, p. 9), ello ocurre “[...] porque precisamente dichas categorías dogmáticas pueden y deben ser reconstruidas en clave político-criminal considerando las finalidades preventivas y de garantía que legitiman el recurso al Derecho penal”. En torno a este asunto, cfr. también antes SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. “Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites”, en SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup> (ed.). *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: Bosch, 1997, pp. 17-30.

<sup>31</sup> Y así, Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (“La teoría...”, en *InDret* 2/2007, p. 8) se encarga de puntualizar lo siguiente: “Por lo demás, conviene insistir en que la adopción de esta perspectiva no puede confundirse con una fundamentación exclusivamente retributiva del Derecho penal”. En los mismos términos de cautela se expresa HÖRNLE (*Determinación...*, 2003, p. 28), lo que me lleva a pensar si (tal vez) no estamos ante la afirmación de que –en el fondo– sólo desde planteamientos preventivos puede desarrollarse un modelo puramente dogmático para la individualización judicial de los castigos.

<sup>32</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. “La teoría...”, en *InDret* 2/2007, p. 9. Igualmente, en Alemania, véanse hoy por todos SCHÜNEMANN, B. “Prólogo”, en HÖRNLE, T. *Determinación...*, 2003, pp. 19-20; FRISCH, W. “Unrecht...”, en BRITZ, G. et al. (eds.). *Grundfragen...*, 2001, p. 242; y HÖRNLE, T. “La concepción...”, en *ADPCP*, Vol. 54, 2001, p. 423.

presumo que ello no deja de ser sino una de las opciones valorativas a las que alude SILVA SÁNCHEZ<sup>33</sup>; así las cosas, es algo sobre lo que (no obstante su incuestionable legitimidad político-criminal<sup>34</sup>, o los intentos por otorgarle su fundamentación dogmática<sup>35</sup>) caben otras lecturas. Esto manifiesta el carácter “problemático” del sistema vigente, y al mismo tiempo rebate su capacidad para dar cabida a ciertas praxis forenses<sup>36</sup>.

HÖRNLE, por el contrario, acentúa sus preferencias por la solución opuesta<sup>37</sup>: en vez de buscar un estatus científico propio para las labores individualizadoras, hay que adaptar el proceso decisorio a las exigencias categoriales. Únicamente con ello se garantiza la inteligibilidad de las operaciones judiciales en dichas fases: “[...] la orientación a la moderna teoría del delito vuelve a ser la clave de una teoría adecuada de la medición de la pena”<sup>38</sup>. De tal forma que sería inadmisibile –por anti-dogmático– graduar hacia arriba el *quantum* sancionatorio sobre la base de constatar una mayor responsabilidad personal del reo, pues “no hay circunstancias que incrementen la culpabilidad”<sup>39</sup>. En el fondo, se trataría de descartar un rol primordial de ésta para la concreción del castigo<sup>40</sup>, lo que sin duda deja en fuera de juego a cualquier autor discordante.

---

<sup>33</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. “La teoría...”, en *InDret* 2/2007, pp. 6-7.

<sup>34</sup> Así, en general, sobre la idea de una moderación punitiva, véanse –en España– Díez RIPOLLÉS, J. L. “El abuso del sistema penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N<sup>o</sup> 19, 2017, pp. 1-24; BRANDARIZ GARCÍA, J. A. *El gobierno de la penalidad*. Madrid: Dykinson, 2014, *passim*; y Díez RIPOLLÉS, J. L. “La dimensión inclusión/exclusión social como guía de la política criminal comparada”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N<sup>o</sup> 13, 2011, pp. 5-13.

<sup>35</sup> Para algunas muestras de dichas tentativas, cfr. –entre muchos otros autores– BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 238 y ss.; HÖRNLE, T. “La concepción...”, en *ADPCP*, Vol. 54, 2001, pp. 423-424; FRISCH, W. “Unrecht...”, en BRITZ, G. *et alter* (coords.). *Grundfragen...*, 2001, pp. 242 y ss.; o DEMETRIO CRESPO, E. *Prevención...*, 1999, pp. 217 y ss., 251 y ss.

<sup>36</sup> Verbigracia, cuando en los tribunales se acepta el efecto agravatorio de la concurrencia de determinados móviles en la actuación del agente; sobre esta situación de enfrentamiento doctrinal y jurisprudencial, véanse –por todos– SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. “La teoría...”, en *InDret* 2/ 2007, p. 9; HÖRNLE, T. *Determinación...*, 2003, pp. 74 y ss.; y FRISCH, W. “Unrecht...”, en BRITZ, G. *et alter* (eds.). *Grundfragen...*, 2001, p. 257. Por su parte, HÖRNLE (*Tatproportionale...*, 1999, p. 269) indica que los motivos internos del autor necesariamente habrán de pertenecer al ámbito sistemático del injusto, si sirven para aumentar el reproche penal, mientras que con un resultado atenuante pueden considerarse tanto en el injusto como en la culpabilidad.

<sup>37</sup> En tal sentido, cfr. –muy especialmente– HÖRNLE, T. *Determinación...*, 2003, pp. 57 y ss.; o HÖRNLE, T. “La concepción...”, en *ADPCP*, Vol. 54, 2001, p. 423.

<sup>38</sup> HÖRNLE, T. “La concepción...”, en *ADPCP*, Vol. 54, 2001, p. 423; agrega que “[...] con la orientación de la medida de la pena al injusto del hecho se da un [crucial] primer paso; pero también es decisiva la precisión de los componentes de la culpabilidad”.

<sup>39</sup> *Ibid.* Por tanto, “[...] una elevación de la pena como consecuencia del examen de la culpabilidad está excluida [...]” (HÖRNLE, T. “La concepción...”, en *ADPCP*, Vol. 54, 2001, p. 423).

<sup>40</sup> Puesto que “el concepto de culpabilidad en la medición de la pena es superfluo, aunque pertenezca a la nomenclatura usual; [más aún,] lo mismo cabe decir de la expresión «pena adecuada a la culpabilidad»” (HÖRNLE, T. “La concepción...”, en *ADPCP*, Vol. 54, 2001, p. 424).



Gracias a Dios, no todos los partidarios de una plena sistematización llegan a conclusiones tan radicales como la mencionada arriba. Así, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ acepta conceder un papel específico a las consideraciones relevantes que provengan de la “*Tatschuld*”, aunque sujeta la eficacia penal de aquéllas a un encaje categorial: hay que explicar de qué manera –y dónde– agrava o atenúa el injusto cada uno de los factores manejados<sup>41</sup>. Sin embargo, la “neutralidad”<sup>42</sup> teórica del modelo quiebra ya al asumirse el rechazo (doctrinalmente casi unánime<sup>43</sup>) de un influjo cuantitativo al alza de elementos relativos a la culpabilidad. De hecho, el mismo autor advierte esa “paradoja”<sup>44</sup>, que implica desdeñar una línea jurisprudencial común, pero no ofrece solución metodológica al respecto, más allá de la intra-dogmática<sup>45</sup>.

---

<sup>41</sup> Así las cosas, Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (“La teoría...”, en *InDret* 2/2007, p. 11) argumenta ya que “[...] ello obliga[rá] probablemente a acoger un concepto real de injusto[; uno] que incorpore, junto a la dimensión empírica, también la comunicativa (o de negación de la norma). Esta última es [...] la única que puede dar razón de la relevancia[,] en la determinación de la pena[,] de una serie de factores (por ejemplo, los motivos del agente[,] o la infracción de deberes por parte de éste) que, sin ella, quedarían desprovistos de [un] fundamento categorial”. Acerca de una visión “simbólica” global del sistema *vindictorio*, véase –verbigracia– GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. “La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena. ¿El dolor penal como constructo comunicativo?”, en *InDret* 2/2008, pp. 1-31; también FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. *Retribución...*, 2007, pp. 515 y ss.

<sup>42</sup> “El que, previamente, la teoría del delito se haya configurado según un paradigma retributivo o preventivo, naturalista o normativista, [incluso] con todas las diversas variables de estas concepciones, es una cuestión [ya] ajena al problema metodológico aquí planteado” (SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. “La teoría...”, en *InDret* 2/2007, p. 8). No obstante la inicial “*indiferencia*”, el autor toma partido con esta breve declaración de intenciones: sin duda “[...] existen relaciones cruzadas entre el concepto ideal-comunicativo y el [...] empírico de[]] injusto. Por un lado, la negación del Derecho tiene que ver con la lesión del bien jurídico abarcada por el dolo, con la peligrosidad de las conductas, con la corresponsabilidad de la víctima, etc., lo que determina que el injusto [...] dé pie a muchos[, y variados.] criterios de medición de la pena. Pero, por otro lado, el concepto empírico de injusto tiene graves dificultades para explicar todos los casos [...] penalmente relevante[s]”.

<sup>43</sup> Contrario a la postura hegemónica, cfr. recientemente PÉREZ DEL VALLE (*Lecciones...*, 2016, pp. 228-229), para quien deberían tener cabida –al menos, en la discusión doctrinal, a fin de valorar la oportunidad de su incorporación normativa– ciertos elementos de lo que en global se cataloga de forma despectiva (y, en ocasiones, acrítica) como “*Täterstrafrecht*”.

<sup>44</sup> Tal como nos indica con sus propias palabras, es evidente “[...] que hay múltiples circunstancias del hecho concreto a las que se asigna relevancia cuantificadora y que no tienen una referencia categorial clara” (SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. “La teoría...”, en *InDret* 2/2007, p. 9).

<sup>45</sup> “[...] la actitud interna contraria al Derecho constituye la pieza central del injusto entendido en sentido ideal. Esta perspectiva justifica el traslado de la actitud interna, en tanto que [algo] trascendente intersubjetivamente, a una concepción comunicativa del injusto, en la que, además de la base empírica de peligro o lesión de un bien jurídico, se tenga en cuenta el aspecto simbólico de [la] mayor o menor negación del Derecho. Ahora bien, [y] como FRISCH [“Unrecht...”, en BRITZ, G. *et alter* (eds.). *Grundfragen...*, 2001, pp. 257 y ss.] admite, cabe que los motivos del hecho (odio, venganza[, etc.]) agraven el injusto pero que, dadas las circunstancias, resulten comprensibles o [que], por determinados defectos de [la] personalidad, sean [(entonces)] menos evitables para el autor que para otras personas. Así que es posible que el incremento del injusto se vea rebajado[,] o incluso compensado[,] en el ámbito de la culpabilidad” (SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. “La teoría...”, en *InDret* 2/2007, p. 12).

Tres son las críticas adicionales que apunto contra estas perspectivas en auge, que me van a permitir elaborar una alternativa a lo largo del presente capítulo. Acto seguido sólo las enumero, a fin de ofrecerle al lector una visión global o panorámica en estos momentos; empero, el abordaje minucioso de todo ello se irá desplegando durante los restantes epígrafes, y en paralelo con unos trazos definitorios de mi propuesta. En síntesis, me refiero a las siguientes tres objeciones principales: a) el uso de una noción taxativa de la “dogmática”, en cuya virtud algunos aspectos del debate serían ya ajenos al rigor académico; b) un tratamiento restrictivo de la idea de “culpabilidad por el hecho”, con la exclusión rotunda de otros enfoques; y c) un conjunto de imprecisiones o déficits metodológicos, que afectan a la esencia y estructura del proceso individualizador<sup>46</sup>.

Respecto de la primera cuestión aludida, existe –hoy en día– un claro acuerdo doctrinal entre quienes patrocinan una vía sistemática: la determinación penal materializa, pues, una “[...] continuación cuantitativa de la teoría del delito”<sup>47</sup>. Y así, el castigo estatal “[...] se configura como respuesta a un hecho que constituye un injusto [...] culpable y punible<sup>48</sup>, [i.e.,] en el que se contienen los elementos que fundamentan el merecimiento y la necesidad”<sup>49</sup> del reproche sancionador. Luego, *a fortiori*, el sometimiento de la decisión judicial sobre el *quantum* concreto a las categorías e instituciones de la “*Zurechnungslehre*”<sup>50</sup> es absoluto, de tal modo que ésta conquista<sup>51</sup> (por completo) un terreno antaño reservado a la discrecionalidad del órgano sentenciador<sup>52</sup>.

---

<sup>46</sup> Así, hay al menos tres cuestiones confusas agrupadas bajo estos pares de términos enfrentados: (i) el sí versus el cuánto de la pena; (ii) las operaciones de subsunción o deducción a partir del texto de la ley versus un método inferencial; y (iii) la individualización del castigo versus las causas de inejecución de una condena privativa de libertad. Al respecto de todo ello, véanse *infra* los epígrafes VI.3 y VI.4.

<sup>47</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. “La teoría...”, en *InDret* 2/2007, p. 8.

<sup>48</sup> En torno al ocasional último nivel de la “*Verbrechenslehre*”, SILVA SÁNCHEZ (“La teoría...”, en *InDret* 2/2007, p. 9) lamenta el frecuente recurso –por parte de algunos autores– a la vaguedad dogmática de su contenido, lo que da lugar a explicaciones insatisfactorias: “Naturalmente, aquí suele apelarse a la oscura categoría (por muchos ni siquiera aceptada) de la punibilidad. Sin embargo, su propia naturaleza de «cajón de sastre» pone de relieve que se hace preciso un desarrollo (y [una] eventual diferenciación interna) de ésta”. Sobre la misma, cfr. –por todos– MENDES DE CARVALHO, É. *Punibilidad y delito*. Madrid: Reus, 2007, *passim*.

<sup>49</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. “Problemas...”, en SUÁREZ GONZÁLEZ, C. / SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. *La dogmática...*, 2001, p. 88.

<sup>50</sup> Para referirse a la tradicionalmente denominada “teoría del delito” (“*Verbrechenslehre*”), utiliza dicha expresión Günther JAKOBS (*Strafrecht...*, 2<sup>a</sup> ed., 1991), en el título de su manual de “*Allgemeiner Teil*”.

<sup>51</sup> En tal sentido, bien puede emplearse aquí una palabra que denota “ganar, conseguir algo, generalmente con esfuerzo, habilidad, o venciendo algunas dificultades” [disponible en: <<http://dle.rae.es/?id=ANZfcNv>>; última consulta: 03.03.2017]; puesto que, no en vano, se trataría ya de otorgarle un estatus científico avanzado a la labor, lejos del intuicionismo judicial o la arbitrariedad.

<sup>52</sup> No otra cosa quiere decir que el juez sólo pueda ejercer (legítimamente) su función político-criminal dentro del restringido marco sistemático del delito; y ello “[...] se debe a la tesis de que los postulados

La conclusión que se deriva de esa premisa es doble; por un lado, únicamente cabría hablar de una individualización “dogmática” de la pena cuando las operaciones prudentiales para elegir la magnitud del castigo vengan predeterminadas por estructuras del sistema<sup>53</sup>. Y viceversa: *a contrario sensu*, sólo aquellos asuntos que tienen un espacio propio, en la teoría del delito, han de poder utilizarse por el juez a los efectos de cifrar la medida de una sanción<sup>54</sup>. Entonces, los reduccionismos metodológicos de dichos planteamientos llevan al límite el enfrentamiento entre los autores y tribunales: los primeros rehúsan (en abstracto) factores sin una expresa referencia categorial –v. gr., la conducta posterior o un transcurso del tiempo–, mientras los segundos sí reconocen su potencial cuantificador (en la praxis cotidiana).

Pero, además, creo que hay un error –aún superior– asociado a este enfoque restrictivo de la dogmática jurídico-penal<sup>55</sup>: negar tal carácter a cualesquiera otras reflexiones doctrinales que introduzcan razonabilidad en los procesos de la aplicación de las normas<sup>56</sup>, cuando simplemente no encajan en un análisis tradicional de la “*Verbrechenslehre*”. Así pues, me parecería absurdo auto-limitarnos el estudio científico de todo lo relativo al *ius puniendi* con una única manera de proceder, establecida según aquel esquema tripartito dominante en la actualidad<sup>57</sup>. Ello por mucho que éste se haya demostrado correcto desde hace ya un par de siglos<sup>58</sup>, válido a la hora de aprehender multitud de problemas

---

político-criminales deben llegar al juez en la forma de enunciados dogmáticos [...]” (SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. “La teoría...”, en *InDret* 2/2007, p. 8).

<sup>53</sup> De tal forma se manifiestan –por ejemplo– FRISCH (“Unrecht...”, en BRITZ, G. *et alter* [eds.]. *Grundfragen...*, 2001, pp. 257-258) y SILVA SÁNCHEZ (“La teoría...”, en *InDret* 2/2007, pp. 7-8).

<sup>54</sup> “En efecto, no pueden existir factores relevantes para la individualización de la pena (comportamientos posteriores al hecho, nivel de sensibilidad a la pena, [o] transcurso del tiempo) que carezcan de un soporte categorial en la teoría del delito” (SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. “La teoría...”, en *InDret* 2/2007, p. 9).

<sup>55</sup> José Milton PERALTA (“Dogmática...”, en *Doxa*, N<sup>o</sup> 31, 2008, p. 612, nota 69) justifica de un modo autorreferencial por qué se suma a una práctica tan habitual en la actualidad: “En este texto se utilizarán como sinónimos [...] dogmática, dogmática del hecho punible y teoría del delito. Esto es [ahora] usual entre los penalistas, debido al gran desarrollo que ha recibido la teoría del delito [de base germánica], cuya «dogmática» es el trabajo de los científicos del Derecho por excelencia”.

<sup>56</sup> Nadie duda hoy de que una de las funciones más básicas de la dogmática sería suministrar los criterios para una correcta realización del ordenamiento jurídico. Y, sin embargo, lo distintivo de aquélla, comparada con la actividad judicial, “[...] podría sintetizarse así: mientras que los órganos aplicadores tienen que resolver [los] casos concretos [...], el dogmático del Derecho se ocupa de casos abstractos [...]” (ATIENZA RODRÍGUEZ, M. *Las razones...*, 1991, p. 21).

<sup>57</sup> Al respecto, véanse los manuales considerados como “clásicos”, en la doctrina alemana y española; verbigracia: MIR PUIG, S. *Derecho penal...*, 10<sup>a</sup> ed., 2015; CEREZO MIR, J. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2008; y JESCHECK, H.-H. / WEIGEND, T. *Tratado...*, 5<sup>a</sup> ed., 2002.

<sup>58</sup> Generalmente, se considera a Rudolf von IHERING el iniciador del método dogmático. Sobre la evolución histórica, cfr. por todos MUÑOZ CONDE, F. “Dogmática penal y Política criminal en la Historia moderna del Derecho penal y en la actualidad penal”, en *Revista penal*, N<sup>o</sup> 36, 2015, pp. 172-181; PÉREZ ALONSO, E. J. “Las revoluciones científicas del Derecho Penal. Evolución y estado actual de la dogmá-

teóricos (incluso allende la ley<sup>59</sup>), y útil para darle una respuesta satisfactoria a la praxis casuística.

Frente al empobrecimiento conceptual que implica su equiparación con la teoría del delito<sup>60</sup>, sugiero barajar un sentido amplio del vocablo “dogmática”. Y, de hecho, ni siquiera tienen que enunciarse como acepciones opuestas; antes al contrario, se trata de dos significados complementarios, cuya relación ha de visualizarse con una gráfica metáfora de los círculos concéntricos. Rigurosamente hablando, me refiero sólo a ese “universo” discursivo (i.e., instituciones normativas, estructuras de imputación, argumentos varios, reducción teleológica<sup>61</sup>...) que integraría el estudio categorial por niveles –sea cual fuere su división interna<sup>62</sup>. En cambio, *lato sensu* considerada, la expresión engloba por igual las observaciones (académicas o jurisprudenciales) que, si bien estando fuera del esquema analítico, promueven el genuino desarrollo de la ciencia del derecho.

Una breve aproximación metodológica<sup>63</sup> ha de servir ahora para clarificar aún más las cosas, con respecto a la naturaleza y el alcance de la “*Strafrechtsdogmatik*”<sup>64</sup>. Así, ésta es –sobre todo– una labor hermenéutica, lo que consiste en “*hacer comprensibles*”<sup>65</sup> los

---

tica jurídico-penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 50, Nº 1-3, 1997, pp. 185-210; y JAÉN VALLEJO, M. “Los puntos de partida de la dogmática penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 48, Nº 1, 1995, pp. 57-70.

<sup>59</sup> Véase ROBLES PLANAS, R. “La identidad de la dogmática jurídico-penal”, en *Zeitschrift für die Internationalen Strafrecht* 2/2010, pp. 135-136: “[...] la dogmática realiza una *aproximación propia e independiente al objeto de la regulación legal*. Naturalmente, lo que no puede suplantar la dogmática es la legitimación formal [de las normas], pero tampoco lo pretende” (mantengo la cursiva del texto original).

<sup>60</sup> Igualmente, así lo hace José Milton PERALTA (“Dogmática...”, en *Doxa*, Nº 31, 2008, p. 612): “[...] cuatro elementos [...] caracterizan a la dogmática[,] i. e. a la teoría del delito [...]”.

<sup>61</sup> Acerca de la ahora citada técnica interpretativa, cfr. –entre muchos otros autores– GÓMEZ LANZ, F. J. “Lenguaje legal y actividad judicial: la reducción teleológica de tipos penales”, en VV.AA. *Jueces y ciudadanos. Elementos del discurso judicial*. Madrid: Dykinson, 2009, pp. 120-159; KUHLEN, L. *Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen*. Heidelberg: C. F. Müller, 2006, pp. 60 y ss. (y 70-72); o BALDÓ LAVILLA, F. “La construcción de la teoría del delito y el «desarrollo continuador del Derecho»”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Nº 6, 1997, pp. 101 y ss.

<sup>62</sup> Para una breve (y muy didáctica) exposición –con numerosas referencias ulteriores y con varios esquemas-resúmenes– relativa al desarrollo de la teoría del delito en nuestra tradición continental, especialmente durante los últimos dos siglos, véase PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, pp. 75-80 y 86-90.

<sup>63</sup> Eso sin perjuicio de que mi propuesta global se postergue, ya hasta unas páginas más adelante; cfr. *infra*, ampliamente en los próximos epígrafes (VI.2, VI.3 y VI.4).

<sup>64</sup> Sobre ello, véanse verbigracia LOOS, F. / JEHLE, J.-M. (eds.). *Bedeutung der Strafrechtsdogmatik in Geschichte und Gegenwart. Manfred Maiwald zu ehren*. Heidelberg: C. F. Müller, 2007; MUÑOZ CONDE, F. “Presente y futuro de la Dogmática jurídico-penal”, en *Revista penal*, Nº 5, 2000, pp. 44-51; BUNSTER, Á. “Consideraciones en torno de la dogmática penal”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nº 90, 1997, pp. 935-950; y HASSEMER, W. *Strafrechtsdogmatik...*, 1974.

<sup>65</sup> Detalladamente, cfr. –por todos– MÜLLER, F. / CHRISTENSEN, R. *Juristische Methodik. Band I: Grundlagen, Öffentliches Recht*. Berlín: Duncker & Humblot, 9ª ed., 2004, pp. 35 y ss.; GARCÍA AMADO, J. A.

textos jurídicos, incluyendo aquí también la totalidad de los símbolos y conceptos que utiliza el lenguaje jurídico-penal<sup>66</sup>, en la busca de una realización del ordenamiento, en los casos concretos. Desde dicha perspectiva fundamental (filosófica, podríamos decir), creo que nada obsta para afirmar lo siguiente: como pasa con muchas obras monográficas, mi tesis es profundamente dogmática, en tanto se inscribe en “un sistema de proposiciones doctrinales [...] [que son el] resultado de los esfuerzos científicos”<sup>67</sup>.

Bien mirado, esto mismo hice al abordar la delimitación material y terminológica de una idea de individualización de la pena, o cuando analicé la estructura interna del proceso (unitario) de la concreción del castigo, en las tres fases sucesivas conectadas entre sí<sup>68</sup>. Tales reflexiones iban dirigidas –sin duda alguna– a una mejor “*Verständnis*”<sup>69</sup> de esas operaciones judiciales, que aplican las normas en un instante crucial para el reo<sup>70</sup>. Fue, pues, un auténtico trabajo “hermenéutico”<sup>71</sup>, y de características semejantes al que vino después, con el estudio sistemático de una inevitable presencia del arbitrio en los órganos decisores, o sus efectos al elegir el *quantum* de la sanción<sup>72</sup>. No otra cosa me queda por delante, a la hora de elucidar el método<sup>73</sup> correcto: asignarle sentido<sup>74</sup> prudencial a la tarea, mas partiendo de un “aparato conceptual propio y preexistente”<sup>75</sup>.

---

“Filosofía hermenéutica y derecho”, en *Azafea. Revista de Filosofía*, N° 5, 2003, pp. 191-211; o HASSEMER, W. “Juristische Hermeneutik”, en *Archiv für Rechtsphilosophie und Sozialphilosophie*, Vol. 72, N° 2, 1986, pp. 195-212.

<sup>66</sup> ROBLES PLANAS, R. “La identidad...”, en *ZIS* 2/2010, p. 134; mantengo la cursiva del autor.

<sup>67</sup> SCHMIDHÄUSER, E. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. (Studienbuch)*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 2ª ed., 1984, nm. 1/10; la traducción del texto original en alemán está tomada de una cita en ROBLES PLANAS, R. “La identidad...”, en *ZIS* 2/2010, p. 134.

<sup>68</sup> Véanse *supra*, respectivamente, los apartados I.3 y II.1, y II.2 y II.3.

<sup>69</sup> Y por ello “[...] la aplicación de una ley al caso no puede ser entendida como mera interpretación de un texto, sino que se trata más bien de un proceso de concreción de la decisión en el que confluyen de manera indisoluble elementos descriptivos, cognitivos y normativo-valorativos de diversa índole [...]” (ROBLES PLANAS, R. “La identidad...”, en *ZIS* 2/2010, p. 135).

<sup>70</sup> Así lo arguye PERALTA (“Dogmática...”, en *Doxa*, N° 31, 2008, pp. 613-614): “[...] el problema de la distribución justa del castigo se encontraba soslayado en un punto de trascendencia indiscutible para el individuo [...], [como es] el de la determinación de la pena concreta”.

<sup>71</sup> Según sostiene ROBLES PLANAS (“La identidad...”, en *ZIS* 2/2010, p. 134), ello es “una de las más relevantes ocupaciones tradicionalmente atribuidas al dogmático en Derecho penal”.

<sup>72</sup> Cfr. *supra*, a lo largo de todo los capítulos tercero y cuarto.

<sup>73</sup> En torno a ello, PERALTA (“Dogmática...”, en *Doxa*, N° 31, 2008, pp. 612-613) señala que “la dogmática es el método científico por excelencia, utilizado en el ámbito penal para el análisis del Derecho”; cosa distinta será averiguar si tal proceder es unívoco, o si –en cambio– admite variaciones.

<sup>74</sup> Para una aproximación general acerca de esta cuestión, véase SILVA SÁNCHEZ, J.-Mª. “Zur sogenannten ideologischen Auslegung”, en PAWLIK, M. / ZACZYK, R. (eds.). *Festschrift für Günther Jakobs (zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007)*. Colonia: Heymann, 2007, pp. 646 y ss.

<sup>75</sup> ROBLES PLANAS, R. “La identidad...”, en *ZIS* 2/2010, p. 134.

Entonces, por eso ya Harro OTTO (*Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*. Berlín: Walter de Gruyter, 7ª ed., 2004, § 2, nm. 67) especifica lo siguiente: “[...] precomprensión de la corrección de la

Junto con lo anterior, también entiendo que las observaciones hechas (a lo largo de mi investigación doctoral) tratan de cumplir con aquellos objetivos instrumentales generalmente asociados a la labor de la dogmática jurídico-penal. Así, todo lo señalado o propuesto hasta ahora –y lo que aún está por venir– se orienta hacia la búsqueda de la razonabilidad en la aplicación del Derecho vigente, en aras de alejar a la praxis forense del intuicionismo<sup>76</sup> (i.e., la pura subjetividad). De modo que –según lo sintetizan MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN– el gran desafío científico de la “*Strafrechtsdogmatik*” es conseguir una realización del ordenamiento que sea “igualitaria y justa, por encima de la coyunturalidad, el acaso, la arbitrariedad y la sorpresa”<sup>77</sup>. O, con las palabras de PERALTA, una de las funciones más importantes es “[...] otorgar previsibilidad y uniformidad a las decisiones judiciales”<sup>78</sup>.

Incuestionable su condición de disciplina con cierta autonomía científica<sup>79</sup>, no en vano la dogmática jurídica (e igualmente la penal) es una actividad compleja –en cuyo seno

---

solución de un determinado conflicto social e interpretación metodológica de un texto no son cuestiones distintas, sino que más bien toda interpretación se lleva a cabo sobre la base de una precomprensión [global del asunto, y] con la cual el intérprete acomete el proyecto de la interpretación [...]” –tomo aquí la traducción al español (directamente) de una cita en ROBLES PLANAS, R. “La identidad...”, en *Z/S* 2/2010, p. 134.

<sup>76</sup> De esta manera tan clarificadora lo explicó en su día GIMBERNAT ORDEIG (“Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 82, Nº 2, 1970, pp. 405-406), en uno de los artículos ya considerados clásicos sobre la materia:

“[...] al señalar límites y definir conceptos, [la dogmática nos posibilita] una aplicación segura y calculable del Derecho penal, [o] hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto menos desarrollada esté la dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, [o] más dependerá del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución. Si no se conocen los límites de un tipo penal, si no se ha establecido dogmáticamente su alcance, la punición o [la] impunidad de una conducta no será [ya] la actividad ordenada y meticulosa que debería ser, sino una cuestión de lotería. Y[,] cuanto menor sea el desarrollo dogmático, más lotería [tendremos], hasta llegar a la más caótica y [la más] anárquica aplicación de un Derecho penal del que –por no haber sido objeto de un estudio sistemático y científico– se desconoce su alcance y su límite”.

(La versión española está sacada de la primera traducción oficial a nuestro idioma: GIMBERNAT ORDEIG, E. “¿Tiene un futuro la Dogmática jurídico-penal?”, en *Estudios de Derecho penal*. Madrid: Civitas, 1976, pp. 64 y ss.)

En una línea argumental similar, Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (“Introducción: dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito”, en WOLTER, J. / FREUND, G. [eds.]. *El sistema...*, 2004, p. 29) asimismo coincide en afirmar que el método científico-jurídico allí empleado “[...] constituye la expresión más clara de la voluntad de elaborar una dogmática orientada a la racionalización de la aplicación judicial del Derecho penal”.

<sup>77</sup> MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal...* 1996, p. 203.

<sup>78</sup> PERALTA, J. M. “Dogmática...”, en *Doxa*, Nº 31, 2008, p. 612.

<sup>79</sup> Así, cfr. –por todos– NINO, C. S. *Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)*. México, D.F.: UNAM, 1989, pp. 9 y ss.; con bibliografía adicional al respecto. De otra parte, a favor de tal conclusión también parece posicionarse ROBLES PLANAS (“La identi-

caben muy diversas manifestaciones o estilos<sup>80</sup>. Y, en cambio, sí parece haber acuerdo sobre un elemento esencial: su carácter sistematizador<sup>81</sup>. Entonces, aquélla tiene como fin básico la “[...] ordenación del Derecho [positivo<sup>82</sup>] a través del hallazgo de principios y enunciados teóricos abstractos que permitan crear un aparato conceptual más reducido[,] al cual puedan remitirse las decisiones [...] concretas”<sup>83</sup>. Para Eberhard SCHMIDT, es evidente que tal técnica<sup>84</sup> “[...] sirve al dominio [...] de la *informe* materia jurídica[,] y

---

dad...”, en *ZIS* 2/2010, p. 135), cuando indica que “[...] la dogmática realiza *una aproximación propia e independiente al objeto de la regulación legal*” (mantengo la cursiva del original).

Y en cambio ATIENZA (“La dogmática jurídica como tecno-praxis”, en VV.AA. *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Tomo IV. Volumen 1. Estado constitucional*. México, D.F.: UNAM, 2015, pp. 179-180) se hace una pregunta retórica: “¿No podría reconstruirse esa actividad [la dogmática] como una técnica, cuyo cometido fundamental [...] no sería (no debería ser) obtener conocimiento (describir o sistematizar un sector del ordenamiento [...]), sino resolver (en un cierto nivel de abstracción) un tipo peculiar de problema práctico[,] referido a la aplicación, la interpretación y la producción del derecho?”. Sin embargo, ello no le restaría valor material o prestigio epistemológico alguno a la dogmática –como no ocurre tampoco con la medicina ni con la arquitectura. Entonces, visto ahora de este otro modo, la cuestión sería si, “[...] en cuanto [que una] técnica, puede incorporarse y utilizar conocimiento científico [...]” (ATIENZA RODRIGUEZ, M. *Introducción al derecho*. Barcelona: Barcanova, 1986, p. 254).

<sup>80</sup> En este sentido, HASSEMER (*Fundamentos del Derecho penal*. Barcelona; Bosch, 1984, p. 250) puntualiza lo siguiente: “La dogmática jurídico-penal, en la que trabajan tanto la ciencia del Derecho penal, como la jurisprudencia [...], formula [las] reglas para la decisión jurídico-penal de un caso a un nivel de abstracción medio, situado entre la ley y el caso”.

<sup>81</sup> Véanse aquí –muy especialmente– ROBLES PLANAS, R. “La identidad...”, en *ZIS* 2/2010, pp. 136 y ss.; PERALTA, J. M. “Dogmática...”, en *Doxa*, N° 31, 2008, pp. 613-614; SCHÜNEMANN, B. “La culpabilidad: estado de la cuestión”, en VV.AA. *Sobre el estado de la teoría del delito. (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*. Madrid: Civitas, 2000, pp. 91 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, E. *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*. Madrid: Tecnos, 1999, pp. 51 y ss., 77, 102 y ss.; RÖDIG, J. *Einführung in eine analytische Rechtslehre*. Berlín: Springer Verlag, 1986, pp. 89 y s.; o SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. *Aproximación...*, 1992, pp. 72 y ss.

<sup>82</sup> “Por ello, el dogmático debe vincular su argumentación a la letra de la ley, en una relación o nexo de suficiencia normativa” (ROBLES PLANAS, R. “La identidad...”, en *ZIS* 2/2010, p. 136). Y, no obstante, las leyes “[...] casi nunca aparece[rán] *primariamente* como «la solución» del caso. A ella se llega sólo a partir de la ubicación del problema en el sistema[,] y de la inevitable reflexión sobre la legitimidad material de la decisión. [Empero,] Que tras ello sea imprescindible la vinculación con la letra de la ley, si es que la solución dogmática quiere producir efectos en una praxis regida por el principio de legalidad, es algo que queda fuera de toda duda” (p. 135; la cursiva está en el texto original del autor).

<sup>83</sup> ROBLES PLANAS, R. “La identidad...”, en *ZIS* 2/2010, p. 136. Y la ventaja más crucial es que ello nos “[...] permite dar respuesta a cuestiones no planteadas hasta el momento, ofreciendo así una mayor seguridad jurídica en relación con otros métodos que no procedan sistemáticamente”.

<sup>84</sup> “La sistematización [...] es el núcleo del pensamiento dogmático[,] y es precisamente lo que le ofrece su extraordinaria potencia por encima de otras formas de análisis de la realidad, es, en definitiva, algo constante en la ciencia del Derecho penal. Por ello[,] no debe de extrañar que la frase con la que comienza el *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* de VON LISZT, a saber[,] que: «la ciencia del Derecho penal es el conocimiento desarrollado en un todo ordenado (en un sistema)[,] sobre el delito y la pena en sus conexiones internas», no solo haya mantenido su vigencia [...] desde hace casi 140 años, sino que su contenido se haya elevado a elemento irrenunciable [...]” (ROBLES PLANAS, R. “La identidad...”, en *ZIS* 2/2010, p. 138).

garantiza con ello al mismo tiempo el avance hacia un método más seguro para el enjuiciamiento práctico de [...] cada caso particular [...]"<sup>85</sup>.

O bien, según sostiene SILVA SÁNCHEZ, la argumentación<sup>86</sup> propia de la "*Strafrechtsdogmatik*" procura "la construcción, reconstrucción y sistematización de reglas para llevar a cabo una imputación de responsabilidad penal conforme a Derecho[,] segura e igualitaria"<sup>87</sup>. Y, sin embargo, la búsqueda de certidumbre a la hora de aplicar las normas<sup>88</sup> no ha de confundirse con la simplificación del análisis acerca del contenido inherente a las leyes<sup>89</sup>. Antes al contrario, ROBLES PLANAS explica que se opera "precisamente de modo inverso, esto es, mediante la *multiplicación de la complejidad*"<sup>90</sup>, por relación con los casos regulados<sup>91</sup>. Así pues, ello atestigua un verdadero "potencial teórico-crítico"<sup>92</sup> del pensamiento dogmático, como "herramienta" heterogénea de la ciencia jurídica.

---

<sup>85</sup> SCHMIDT, E. *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 3ª ed. 1965, p. 148; con la traducción de AMBOS, K. "Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible", en *Política Criminal*, Vol. 3, Nº 5, 2008, p. 3 (nota 2).

<sup>86</sup> "[...] la dogmática [...], al interpretar, está, en realidad, definiendo el campo semántico de los conceptos jurídicos, esto es, *fijando* el significado que debe darse a los términos legales que fundamentan la imposición de deberes jurídico-penales. Se trata entonces más que de interpretación en sentido estricto, de *argumentación dogmática*" (ROBLES PLANAS, R. "La identidad...", en *ZIS 2/2010*, p. 135; mantengo la cursiva del original).

Cfr. RUIZ SANZ, M. "El cambio de paradigma en las funciones de la dogmática jurídica. Algunos apuntes sobre la teoría de la argumentación jurídica de R. Alexy", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nº 11, 1994, pp. 347-366.

<sup>87</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.-Mª. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2ª ed. (ampliada y actualizada), 2010, p. 285. De manera similar, PERALTA ("Dogmática...", en *Doxa*, Nº 31, 2008, p. 613) destaca el "respeto a la igualdad" que se gana con este método.

<sup>88</sup> En torno a la individualización, SILVA ("La teoría...", en *InDret 2/2007*, p. 7, nota 19) afirma que "una teoría dogmática, si es teleológica, dará cuenta de aquellos principios [filosóficos], pero los concretará, los desnormativizará y posibilitará su aplicación más segura y fiable".

<sup>89</sup> Seguramente por el dicho motivo, Manuel ATIENZA RODRÍGUEZ ("El futuro de la dogmática jurídica. A propósito de Luhmann", en *El Basilisco*, Nº 10, 1980, p. 63) se posiciona en contra de esa (supuesta) mayor seguridad jurídica: "La dogmática acrecienta, pues, el grado de incerteza del sistema jurídico (por ejemplo, aumentando la indeterminación de las reglas legislativas para insertar nuevas posibilidades de decisión)[, lo] que [no obstante] debe[ría] resultar compatible con la obligación de observar las normas jurídicas y de decidir en caso de conflicto".

<sup>90</sup> ROBLES PLANAS, R. "La identidad...", en *ZIS 2/2010*, p. 137; mantengo la cursiva del autor.

<sup>91</sup> Se trataría aquí, como ya ha puesto de manifiesto Joachim HRUSCHKA (*Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*. Madrid: Thomson Aranzadi, 2005, p. 267), de "[...] reunir los grupos de casos imaginables, tanto los problemáticos como los aparentemente no problemáticos, tanto los discutidos como los indiscutidos, ordenarlos y establecer variantes de manera sistemática, para conseguir sistemas completos, de casos y de sistemas de casos".

<sup>92</sup> ROBLES PLANAS, R. "La identidad...", en *ZIS 2/2010*, p. 138. Más adelante, el autor lo a "[...] la tantas veces evocada función crítica de la dogmática frente al legislador y a la jurisprudencia [...]" (p. 139). Acerca de ello, véase también el comentario de MUÑOZ CONDE a la ponencia de BURKHARDT, B. "Dogmática penal afortunada y sin consecuencias", en VV.AA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004, p. 243 (nota 34).



Veamos de qué manera la “*Strafrechtsdogmatik*” configura un sistema: ¿es algo unívoco, o hay expresiones varias, aunque complementarias? Sobre esta particular cuestión, que es crucial para mi tesis, nos ilustra también ROBLES PLANAS en dos niveles de reflexión. Por un lado existen –al menos– dos dimensiones de la dogmática penal<sup>93</sup> (con autonomía): analítica y ético-normativa; ambas usan un “instrumental” científico diferente: lógico-estructural o axiológico-valorativo<sup>94</sup>, respectivamente. Al último aspecto se refiere Eberhard SCHMIDT, cuando afirma que la dogmática sirve a la justicia merced a “la fundamentación de cada teoría en presupuestos filosóficos<sup>95</sup> indiscutidos”<sup>96</sup>. Se trata de un espacio al que, con atinada metáfora, se le ha llamado “limbo”<sup>97</sup>: más allá –por encima– del Derecho positivo<sup>98</sup> pero todavía dentro del discurso jurídico.

Aplicado (por analogía) a mi propuesta terminológica, creo que bien puede decirse que dichas esferas de la “*Strafrechtsdogmatik*” se corresponden con los sentidos estricto –lo analítico– y lato –lo valorativo– de la palabra. Teniéndose en cuenta, claro está, que no son ámbitos aislados<sup>99</sup>, sino vasos comunicantes; i.e., “capas”, o círculos concéntricos, de una misma “cosa”. Los cuales (desde luego) operarán con métodos diversos<sup>100</sup>, y en

---

<sup>93</sup> Así, cfr. ROBLES PLANAS, R. “La identidad...”, en *ZIS* 2/2010, pp. 136 y ss.

<sup>94</sup> Esto es, “[...] la elaboración de conceptos operativos –categorías– que sean portadores de valoraciones fundamentales. [...] [Ello] dado que, en última instancia, la gran pregunta que ésta acomete es la relativa al sentido de una conducta desde el punto de vista de la correcta atribución de responsabilidad” (ROBLES PLANAS, R. “La identidad...”, en *ZIS* 2/2010, p. 137).

<sup>95</sup> En torno a la interacción entre la filosofía y la dogmática jurídica, Ricardo ROBLES (“La identidad...”, en *ZIS* 2/2010, p. 141) defiende lo siguiente: “Las diferencias [...] son escasas, si bien puede afirmarse que[,] mientras la primera se detiene ante concepciones fundamentales en un elevado nivel de abstracción, la segunda comienza precisamente en ese punto a trabajar y trata de extraer consecuencias a partir de ellas. La dogmática construye la teoría del Derecho correcto para ámbitos concretos de la vida y para la solución de determinados problemas”.

<sup>96</sup> SCHMIDT, E. *Einführung...*, 3ª ed. 1965, p. 148.

<sup>97</sup> ROBLES PLANAS, R. “La identidad...”, en *ZIS* 2/2010, p. 141.

<sup>98</sup> A tal respecto, ENGISCH (*Introducción al pensamiento jurídico*. Granada: Comares, 2001, p. 218) argumenta que “[...] en el trato con la ley se entrevé algo que está detrás de ella[,] y que nosotros [juristas] llamamos de una manera general e indeterminada «derecho» [con minúscula]”. Sobre las referencias a lo “*supralegal*” –desde posturas no directamente iusnaturalistas–, véanse (por todos) SEELMANN, K. *Rechtsphilosophie*. Múnich: C. H. Beck, 4ª ed., 2007, pp. 99 y ss.; ZIPPELIUS, R. *Rechtsphilosophie. Ein Studienbuch*. Múnich: C. H. Beck, 5ª ed., 2007, pp. 56 y ss.; ZACZYK, R. “Was ist Strafrechtsdogmatik?”, en HETTINGER, M. *et aliter* (eds.). *Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag*. Heidelberg: C. F. Müller, 2007, pp. 732-733; MAIWALD, M. “Dogmatik und Gesetzgebung im Strafrecht der Gegenwart”, en BEHREND, O. / HENCKEL, W. (eds.). *Gesetzgebung und Dogmatik*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1989, pp. 131, 135 y ss.; o HENKEL, H. *Introducción a la Filosofía del Derecho. Fundamentos del Derecho*. Madrid: Taurus, 1968, p. 737.

<sup>99</sup> Igualmente, cfr. ROBLES PLANAS, R. “La identidad...”, en *ZIS* 2/2010, p. 140.

<sup>100</sup> Así pues, “[...] intervienen consideraciones de diversa índole, sin que pueda hallarse algo así como un método para la formación y depuración de sistemas de casos. Lo cierto es que el dogmático trabaja habitualmente con reglas de la lógica y de teoría de la argumentación, pero no está excluido que pue-

función de cómo sean o de qué aproximación científica requieran sus objetos de investigación *ad hoc*<sup>101</sup>. No otra es la premisa elemental de un genuino “realismo” jurídico: el modo de conocer algo –y, así, poder sistematizarlo, ordenarlo, y dar respuesta correcta a los casos– viene determinado por su naturaleza, debiendo adaptarse a ello<sup>102</sup>.

Con todo, mi perspectiva metodológica (que desarrollaré en los dos próximos epígrafes) es –en esencia– dogmática, en las dos dimensiones indicadas *supra*. Por un lado, ampliamente consideradas mis reflexiones tienen que ver con lo que ROBLES PLANAS llama “*ideas abstractas de justicia y de Derecho*”<sup>103</sup>, en aras de una mejor comprensión de los problemas planteados en sede de la concreción del castigo. Esto podría significar, por cierto, cuestionar la división interna de la teoría del delito –i.e., las categorías y su contenido–, desde fundamentos iusfilosóficos<sup>104</sup>. Ahora bien, no menos importante es que, incluso *stricto sensu*, mi propuesta es también analítica y estructural: a partir de una determinada noción intra-sistemática<sup>105</sup> de culpabilidad, sugiero usar “herramientas” científicas alternativas a las predominantes hoy en día.

---

da utilizar otros métodos[,] para formar el material relevante sobre el cual proyectar las valoraciones” (ROBLES PLANAS, R. “La identidad...”, en *ZIS* 2/2010, p. 137).

<sup>101</sup> Si bien desde una perspectiva radicalmente distinta a la que aquí manejo, lo mismo alude GIUSSANI [*El sentido religioso. Curso Básico de Cristianismo. (Volumen 1)*. Madrid: Encuentro, 10ª ed., 2008, pp. 18 y ss.] como la primera premisa “para una investigación seria sobre cualquier acontecimiento o «cosa» [...]”: se trata de reconocer sin ambages que “el método de la investigación lo impone el objeto”.

<sup>102</sup> Y no al contrario, según pretenden algunas “cosmovisiones” científicas de la Modernidad. A tal respecto, véase esta crucial objeción de Tulio RAMÍREZ (*Ciencia, método y sociedad. Contribución a la crítica del empirismo en la investigación social*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2ª ed., 2002, pp. 115-116): “El apego ortodoxo al enfoque naturalista [...] y al Método Científico [...] conduciría a recortar las dimensiones del objeto a aquellas [que fueran] lo suficientemente *registrables* por el método. [...] La ciencia, pues, obliga a convertir el objeto en una [simple] función de las posibilidades del Método. Es una cuestión inescapable [...]” (mantengo la cursiva del original).

<sup>103</sup> ROBLES PLANAS, R. “La identidad...”, en *ZIS* 2/2010, p. 141; la cursiva es del autor.

<sup>104</sup> En efecto, puesto que “[...] la ciencia del Derecho penal no sólo se refiere a la ordenación e interpretación del correspondiente Derecho vigente, sino también a su determinación crítica[,] pre-positiva” (KÖHLER, M. *Strafrecht...*, 1997, p. 65). Por eso, en la Parte general “[...] la cuestión no son [esencialmente] las regulaciones positivas, sino la materia de la regulación. No se trata de las respuestas que la ley ofrece en sus proposiciones legales positivas a determinadas preguntas, sino de esas preguntas en sí mismas [...]” (HRUSCHKA, J. *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil*. Berlín: Walter de Gruyter, 2ª ed., 1988, p. XVI). O bien, en definitiva, “[...] de la cuestión del *derecho en el Derecho*” (HENKEL, H. *Introducción...*, 1968 p. 17; mantengo la cursiva del original, pero añadido un matiz a la traducción de Enrique GIMBERNAT ORDEIG: la primera vez pongo “derecho” con minúscula, para referirme al orden jurídico extra-positivo). Y, por otro lado, las restantes transcripciones del alemán las tomo de ROBLES PLANAS, R. “La identidad...”, en *ZIS* 2/2010, p. 140.

<sup>105</sup> Esto es, que se encuentra dentro de un esquema de análisis de los casos tradicionalmente seguido por la “*Verbrechenslehre*”, como la última categoría dogmática propia de aquél. Sobre dicho tema me ocupo a continuación, justo al inicio del siguiente epígrafe (VI.2).

## 2. Toma de postura (y II): la culpabilidad como medida penal

“*Schuld*” y “*Methode*” son, entonces, los dos grandes temas sobre los que versa la recta final de mi investigación doctoral. A eso dedicaré el resto del capítulo, en un intento por arrojar algo de luz a aquello que he ido poniendo de relieve a lo largo del trabajo; en relación con el *statu quo* de un “*Strafzumessungsrecht*” que a mi juicio requiere de algún abordaje adicional, con tal de seguir alejando la tarea de aplicación de las normas de la arbitrariedad. Así, frente a la evidente situación de desequilibrio respecto a otras áreas, es absolutamente necesario continuar con un avance dogmático de la materia. Por eso, el objetivo principal de mi tesis es metodológico<sup>106</sup>: argumentar las bases y esbozar las líneas maestras de un renovado modo de proceder en la individualización judicial de la pena. Sin más, explico en qué consiste el camino.

En primer lugar, ya por razones lógico-expositivas, me toca recordar aquí –y, en algún caso, rematar– una serie de premisas (conceptuales e intra-sistemáticas) para mi planteamiento. Empiezo, pues, con la idea de culpabilidad, que se antoja un asunto tan crucial a la hora de concretar el castigo –según he puesto de manifiesto sobradamente en el tratamiento doctrinal, mostrado *supra*. En torno a tal cuestión, interesa en estos momentos traer a colación la ya clásica diferencia que Hans ACHENBACH<sup>107</sup> establece entre las tres acepciones básicas presentes en el empleo del término “*Schuld*”<sup>108</sup>. Unas precisiones teóricas con inmenso valor dogmático<sup>109</sup>, y de las que sin embargo no se ha lo-

---

<sup>106</sup> Para consultar un par de trabajos con un rumbo metodológico similar al que desarrollo en adelante –si bien desde perspectivas y con objetivos diversos–, cfr. ya MASSINI CORREAS, C. I. “Entre la analítica y la hermenéutica. La filosofía jurídica como filosofía práctica”, en *Persona y Derecho*, N° 56, 2007, pp. 205 y ss.; o LARIGUET, G. *Dogmática jurídica y aplicación de normas. Un análisis de las ideas de autonomía de ramas jurídicas y unidad del derecho*. México, D.F.: Alveroni, 2006, *passim*.

<sup>107</sup> Así, véase ACHENBACH, H. *Historische und dogmatische Grundlage der strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlín: J. Schweitzer, 1974.

<sup>108</sup> Sobre las múltiples acepciones de la palabra, ACHENBACH (*Historische...*, 1974, p. 1) apunta que en el ámbito penal aquella se emplea de muy diversas maneras, con significados no unívocos y, a veces, hasta poco coincidentes. En efecto, se identifican al menos estas dimensiones del vocablo: colectiva o individual, abstracta o concreta, formal o material, en sentido estricto –i.e. para la teoría del delito, como una categoría dogmática– o amplio –en una esfera procesal–, por el hecho concreto (“*Tatschuld*”), según el carácter (“*Charakterschuld*”), en base a la conducción de la vida (“*Lebensführungschuld*”), de tendencia crónica, etc.

<sup>109</sup> No en vano, la triple dimensión de la que habló ACHENBACH se ha impuesto en la doctrina alemana mayoritaria hoy en día –a este respecto, cfr. por todos SCHÖNKE, A. / SCHRÖDER, H. / STREE, W. (eds.). *Strafgesetzbuch Kommentar*. Múnich: C. H. Beck, 25ª ed., 1997, § 46, nm. 26), a pesar de que los frutos dogmáticos (y prácticos) de tal distinción conceptual aún sean escasos.

Por otra parte, en cambio, y ya en un sentido contrario al que he señalado justo arriba, véanse –muy especialmente– SCHÜNEMANN, B. “La función...”, en SCHÜNEMANN, B. / SILVA SÁNCHEZ, J.-Mª (eds.). *El*

grado aún rendimiento suficiente, en mi opinión; me propongo, por lo tanto, extraer ciertas consecuencias de su enfoque, en fase de individualización.

Dicho autor distingue, en este sentido, los siguientes tres niveles suplementarios acerca de la culpabilidad jurídico-penal<sup>110</sup>: como una “*Idee*” –la dimensión filosófico-abstracta–, en tanto que fundamento de la *vindictio* estatal –así, la validez de la imputación *ad casum*–, y en su función –dogmática, *stricto sensu*– de medida o graduación de la misma. Entonces, según ACHENBACH, los tres niveles concuerdan en su referencia a la responsabilidad personal del autor como uno de los requisitos básicos de la sanción (conforme a Derecho), pero cada cual intenta justificar el contenido de preguntas diversas, si bien muy relacionadas. El concepto teórico se ocupa de los “*porqués*” del castigo institucionalizado, la “*Strafbegründungsschuld*” sirve para confirmar el “*si*” de un reproche, mientras en la “*Strafzumessungsschuld*” un juez decide –y argumenta– sobre el “*cómo*” (o el *quantum*) de aquél.

No obstante, y por lo que respecta al tema de mi investigación, el debate se centra de manera especial en una cuestión técnica: ¿hay que diferenciar, de modo estricto, entre “culpabilidad como fundamento de las penas” y “culpabilidad en la medición de la sanción”, asumiendo que se trata de cosas distintas? Por supuesto, ACHENBACH sostiene que sí, aunque lo hace precisamente con el fin de poder rechazar papel alguno para la “*Strafbegründungsschuld*”<sup>111</sup> –en una legitimación externa del *ius puniendi*–, entendida

---

*sistema...*, 1991, p. 154; o KÖHLER, M. *Über den Zusammenhang...*, 1983, p. 28. Además, conviene no perder de vista aquí que ya Wolfgang FRISCH (“Unrecht...”, en BRITZ, G. *et alter* [eds.]. *Grundfragen...*, 2001, pp. 237 y ss.) nos advierte acerca de la vaguedad del concepto de “*Strafbemessungsschuld*” o de las dificultades de esa “tesis de la diferenciación”, con una crítica aguda y genuinamente elaborada.

<sup>110</sup> Así, cfr. ACHENBACH, H. *Historische...*, 1974, p. 3; lo que fue también –luego– reiterado por el mismo autor con la siguiente obra: “Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad”, en SCHÜNEMANN, B. / SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup> (eds.). *El sistema...*, 1991, p. 135.

Empero, Hans-Heinrich JESCHECK (“El principio de culpabilidad como fundamento y límite de la punibilidad en el Derecho alemán y español”, en *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, N<sup>o</sup> 9, 1995, p. 31) sugiere una tripartición alternativa, que no obstante coincide –en dos de sus dimensiones básicas– con la anterior. Según aquél, “por la función en la que opera cabe distinguir tres planos en el principio de culpabilidad: culpabilidad procesal (*prozessuale Schuld*), culpabilidad fundamentadora de la pena (*Strafbegründungsschuld*)[.] y culpabilidad en la determinación y medición de la pena (*Strafbemessungsschuld*)”.

<sup>111</sup> Y, en efecto, Hans ACHENBACH (“Imputación...”, en SCHÜNEMANN, B. / SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup> (eds.). *El sistema...*, 1991, p. 146) indica –sin tapujos– que “[...] se puede renunciar al concepto de culpabilidad como fundamento de la pena”, en defensa de una visión (plenamente) no retributiva del sistema. Sin embargo, un paso adelante, creo que es mucho más coherente con la evolución posterior de la noción de “*Schuld*”, en clave –ya sólo– preventiva y/o funcionalista, lo que mantiene ahora PERALTA (“Dogmática...”, en *Doxa*, N<sup>o</sup> 31, 2008, p. 614): “[...] no existe diferencia alguna entre culpabilidad fundamenta-

aquí según la llamada “concepción anticuada”<sup>112</sup>. Y además, a la vez, con un doble objetivo dogmático: mantener la última de las categorías sistemáticas (tradicionales) de la “*Verbrechenslehre*”, y justificar el espacio de una individualización que sea proporcional al hecho. Luego la bipartición analítica tuvo *ab initio* una clara función: desligar la operativa lógico-estructural del bagaje retributivo, propio de su dimensión valorativa.

Y a tal perspectiva se suma, sin duda alguna, un nutrido sector de la doctrina, en nuestro país o en Alemania –v. gr., así lo hace JESCHECK<sup>113</sup>. *A fortiori*, HÖRNLE extrae la siguiente conclusión, de *lege lata*: “[...] hoy es indiscutible que el § 46 [...] StGB no puede entenderse como una referencia directa exclusiva<sup>114</sup> a la categoría «culpabilidad» en el

---

dora y culpabilidad de la determinación de la pena”. En parecidos términos, véase antes SCHÜNEMANN, B. “Die Entwicklung der Schuldlehre in der Bundesrepublik Deutschland”, en HIRSCH, J.-H. / WEIGEND, T. (eds.). *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*. Berlín: Duncker & Humblot, 1989, pp. 147 y 160.

<sup>112</sup> Cfr. HÖRNLE, T. “La concepción...”, en *ADPCP*, Vol. 54, 2001, pp. 401-429. Y, acerca de esta cuestión, Eduardo DEMETRIO CRESPO (“Culpabilidad y fines de la pena. Con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin”, en *Revista General de Derecho Penal*, N° 8, 2007, p. 37) explica lo siguiente: “Cuando Roxin dice que la culpabilidad no sirve para fundamentar la pena no quiere decir que pierda este papel constitutivo que acabamos de otorgarle [dogmático: para el «sí» de la pena], sino sólo que la idea de retribución subyacente a su entendimiento tradicional (en el plano de los fines de la pena) no queda justificada al mismo tiempo”.

<sup>113</sup> “Para comprender bien el significado del principio de culpabilidad respecto de un precepto particular de la Parte general, conviene tener presentes sus diferentes expresiones. [...] La culpabilidad fundamentadora [...] comprende la totalidad de los presupuestos jurídicos que fundamentan, restringen o excluyen la responsabilidad individual del autor de un comportamiento antijurídico y amenazado con pena. La culpabilidad en la determinación de la pena consiste en la totalidad de [los] presupuestos subjetivos de la punibilidad y en la responsabilidad del autor por el injusto culpable cometido [...], así como por su comportamiento previo y posterior al hecho, junto con el conjunto de los factores [los más relevantes] de los que se deriva[rá] el grado de reprochabilidad del hecho[, de] cara a la determinación de la pena” (JESCHECK, H.-H. “El principio...”, en *Eguzkilore*, N° 9, 1995, p. 31).

<sup>114</sup> Así pues, “conforme a la fórmula estándar del *BVerfG* (Tribunal Constitucional Federal alemán) y del *BGH* (Tribunal Supremo Federal alemán)[,] la pena adecuada a la culpabilidad tiene que orientarse a la gravedad del hecho y al grado de culpabilidad personal del autor. Tampoco la doctrina cuestiona ya de modo serio que la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por la norma penal objetivamente acaecida influya directamente en la medida de la pena –por supuesto, bajo el presupuesto[, ] hoy en día igualmente indiscutible[, ] de que el autor ha ocasionado culpablemente las consecuencias del hecho[, y] en toda su extensión” (HÖRNLE, T. “La concepción...”, en *ADPCP*, Vol. 54, 2001, pp. 408-409).

Como una muestra de esa opinión mayoritaria, véanse –por ejemplo– TRÖNDLE, H. / FISCHER, T. (eds.). *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. Múnich: C. H. Beck, 49ª ed., 2000, § 46, nnmm. 23 y ss.; LACKNER, K. / KÜHL, K. (coords.). *Strafgesetzbuch Kommentar*. Múnich: C. H. Beck, 23ª ed., 1999, § 46, nm. 34; SCHÖNKE, A. / SCHRÖDER, H. / STREE, W. (eds.). *Strafgesetzbuch...*, 25ª ed., 1997, § 46, nnmm. 26 y ss.; GRIBBOHM, G. *et alter* (coords.). *Leipziger Kommentar. Strafgesetzbuch. Band 2: §§ 32-55*. Berlín: Walter de Gruyter, 11ª ed., 1995, § 46, nm. 151; BLOY, R. “Die Berücksichtigungsfähigkeit außertatbestandlicher Auswirkungen der Tat bei der Strafzumessung”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 107, N° 3, 1995, pp. 576-596; BRUNS, H.-J. *Das Recht...*, 2ª ed., 1985, pp. 158 y ss.;

sentido del sistema del delito”<sup>115</sup>. Ello porque la “*Strafzumessungsschuld*” se distancia de la “*Strafbegründungsschuld*”<sup>116</sup>, inclusive cuando ésta se lee en una clave solamente preventiva, para apreciar también los criterios de aquel Código<sup>117</sup>. Y, ya en España, por ejemplo DEMETRIO CRESPO alaba la inmensa utilidad que tiene distinguir entre estos dos ámbitos complementarios del discurso: “[...] la idea de culpabilidad ([i.e. el] plano filosófico-axiológico), y la culpabilidad como categoría del delito y en la medición de la pena (plano de la aplicación del derecho)”<sup>118</sup>.

Por el contrario, hay un grupo de autores que creen que se debe considerar a la “*Strafzumessungsschuld*” una mera extensión de ese nivel fundamentador<sup>119</sup>, en un muy evidente planteamiento lógico-estructural. Y de un modo analítico lo interpreta igualmente Hans-Joachim HIRSCH, si bien con un matiz que conviene ahora reflejar: la culpabilidad en la concreción del castigo es más amplia en sus puntos de vista que la dimensión legitimadora<sup>120</sup>. No en vano sirve para individualizar las sanciones, lo que requiere de una

---

o FRISCH, W. “Die «verschuldeten»...”, en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, Vol. 119, Nº 6, 1972, pp. 321-347.

<sup>115</sup> HÖRNLE, T. “La concepción...”, en *ADPCP*, Vol. 54, 2001, p. 408.

<sup>116</sup> Pues una “no es idéntica” a la otra, según HÖRNLE (“La concepción...”, en *ADPCP*, Vol. 54, 2001, p. 408). En igual línea, cfr. –por todos– LACKNER, K. / KÜHL, K. (eds.). *Strafgesetzbuch...*, 23ª ed., 1999, § 46, nm. 23; SCHÖNKE, A. / SCHRÖDER, H. / STREE, W. (eds.). *Strafgesetzbuch...*, 25ª ed., 1997, § 46, nm. 9; ROXIN, C. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I*. Múnich: C. H. Beck, 3ª ed., 1997, § 19, nmm. 50-51; SCHÄFER, G. *Praxis...*, 2ª ed., 1995, nmm. 226-227; ZIPF, H. *Die Strafzumessung...*, 1977, pp. 28 y s.; o ACHENBACH, H. *Historische...*, 1974, pp. 13-14.

<sup>117</sup> Recordemos que se trata de los siguientes factores a tener en cuenta por el juez, según un catálogo “*numerus apertus*”: los móviles (y los fines) del autor, la actitud delictiva que se desprende del hecho y la voluntad empleada en el mismo, el grado de la infracción del deber incumplido, el modo de la ejecución desplegado, los efectos que se deriven del daño causado, la vida anterior del reo, su coyuntura personal y/o económica, e inclusive su comportamiento posterior al hecho (especialmente, los esfuerzos por reparar a la víctima).

<sup>118</sup> DEMETRIO CRESPO, E. “Culpabilidad...”, en *RGDP*, Nº 8, 2007, p. 37.

También otros autores coinciden en señalar lo importante de esta idea: la culpabilidad como el presupuesto de la pena y la culpabilidad en tanto la base para la determinación cuantitativa de la misma difieren en su contenido, ya que “[...] mientras la primera tiene la misión de constatar los elementos que fundamentan la reprochabilidad del autor, la segunda tiene que establecer [cuáles son] los criterios de la medición de la gravedad del reproche [personalizado]” (BACIGALUPO ZAPATER, E. *Principios de Derecho penal. Parte general*. Madrid: Akal, 3ª ed., 1994, p. 110).

<sup>119</sup> Así, véanse por todos HIRSCH, H.-J. “Über Irrungen und Wirrungen in der gegenwärtigen Schuldlehre”, en DANNECKER, G. *et alter* (eds.). *Festschrift für Harro Otto (zum 70. Geburtstag am 1. April 2007)*. Colonia: Heymann, 2007, pp. 317-318; FRISCH, W. “Unrecht...”, en BRITZ, G. *et alter* (eds.). *Grundfragen...*, 2001, pp. 237-238; SCHÜNEMANN, B. “La función...”, en SCHÜNEMANN, B. / SILVA SÁNCHEZ, J.-Mª (eds.). *El sistema...*, 1991, pp. 154-155; y KÖHLER, M. *Über den Zusammenhang...*, 1983, pp. 28-29.

<sup>120</sup> Cfr. HIRSCH, H.-J. “Über Irrungen...”, en DANNECKER, G. *et alter* (eds.). *FS-Otto*, 2007, pp. 317-318. En el mismo sentido se manifiesta antes STRENG, F. “§ 46 Grundsätze der Strafzumessung”, en KINDHÄUSER, U. / NEUMANN, U. / PAEFFGEN, H.-U. (eds.). *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch. Band 1*. Baden-Baden: Nomos, 2ª ed., 2005, p. 1422.

complejidad intrínseca, capaz de adaptarse a las peculiaridades fácticas y personales del caso. Sin embargo, todas las circunstancias que sean relevantes en dicha etapa de la decisión judicial han de quedar limitadas siempre al hecho cometido –o bien ceñidas, por lo tanto, a la “*Tatschuld*”, lejos de tentaciones caracterológicas<sup>121</sup>.

Respecto de esa clase de enfoques, ligados despectivamente (en la actualidad) al llamado “Derecho penal de autor”<sup>122</sup>, HÖRNLE hace una observación de gran interés en el tema de mi tesis doctoral. Según ella, “[...] hay un abismo preocupante entre la concepción habitual y adecuada [¡!] de la culpabilidad[,] en la moderna teoría del delito<sup>123</sup>[,] y el concepto [...] que sigue siendo dominante en la teoría y [en la] jurisprudencia de la medición”<sup>124</sup> del reproche *vindicatorio*. Así las cosas, denuncia que aún se pueden reconocer –y sin muchos problemas– los “vestigios” de tal perspectiva “anticuada” de la “*Strafzumessungsschuld*” a la que cataloga como “personalizada”<sup>125</sup>; o también manifiesta su sorpresa con “[...] lo poco que se ha tratado la cuestión”<sup>126</sup>.

---

<sup>121</sup> Para una visión global acerca de dicho tipo de perspectivas sobre la culpabilidad jurídico-penal y de cómo influirían en sede de la “*Strafzumessung*”, véanse –por ejemplo– BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 220 y ss., 410 y ss.; HÖRNLE, T. “La concepción...”, en *ADPCP*, Vol. 54, 2001, pp. 415 y ss.; o DEMETRIO CRESPO, E. *Prevención...*, 1999, pp. 227 y ss.

<sup>122</sup> En dicha línea, cfr. –en la doctrina española, hace ya una década– GÓMEZ MARTÍN, V. *El derecho...*, 2007, *passim* (sobre todo, en las pp. 115 y ss.); COUSO SALAS, J. *Fundamentos...*, 2006, pp. 108 y ss., 147 y ss., 422 y ss., 548 y ss.; o BACIGALUPO ZAPATER, E. “Principio de culpabilidad, carácter de autor y «poena naturalis» en el Derecho penal actual”, en *Justicia...*, 2002, pp. 111 y ss.

<sup>123</sup> Con palabras de HÖRNLE, T. “La concepción...”, en *ADPCP*, Vol. 54, 2001, pp. 412-413:

“Conforme a todas las concepciones modernas[,] se trata de la *imputación subjetiva del hecho al autor*, que [...] hay que afirmar, afirmar atenuadamente[,] o negar. En el caso normal de culpabilidad no limitada [...], ésta sólo depende de *que* el hecho se le pueda imputar. [...] La diferencia decisiva [...] radica en que el juicio de [un] injusto puede graduarse tanto hacia abajo[,] hasta un valor de cero[,] como ilimitadamente hacia arriba, mientras que esto último es imposible respecto al reproche de culpabilidad. En el caso normal, la pregunta sobre [el] «cuanto» pudo [alguien] actuar de otro modo es absurda” (mantengo aquí la cursiva del texto original de la autora).

<sup>124</sup> HÖRNLE, T. “La concepción...”, en *ADPCP*, Vol. 54, 2001, p. 411. Y, además, añade la autora lo siguiente, como una conclusión final al estudio del asunto: “De la realidad de la ausencia de defensores de las teorías de la culpabilidad por el carácter o por la conducción de la vida [en sede sistemática] no puede deducirse, sin embargo, que el Derecho de medición de la pena se haya apartado de una concepción anticuada de la culpabilidad” (p. 420).

<sup>125</sup> “[...] lo característico en ella es que la medida de la culpabilidad sólo puede ser constatada en cada caso si se conoce la actitud interna individual del autor. La moderna teoría del delito [...], por el contrario, [...] se conforma con la comprobación de la ausencia de [las] causas de exclusión [...]” (HÖRNLE, T. “La concepción...”, en *ADPCP*, Vol. 54, 2001, p. 415). Así mismo, sobre las causas actuales de la persistencia de dicho planteamiento ya superado en la dogmática, y las perspectivas de futuro en Alemania, véanse –respectivamente– las pp. 420-422 y 423-429.

<sup>126</sup> HÖRNLE, T. “La concepción...”, en *ADPCP*, Vol. 54, 2001, p. 408. Eso sí, con algunas claras excepciones, como la representada por Wolfgang FRISCH –quien sí aborda tal situación, en este profundo estudio: “Gegenwärtiger... (Teil I)”, en *ZStW*, Vol. 99, N° 3, 1987, pp. 381-388.

Todo ello nos conduce al terreno de las teorías de la culpabilidad centradas en los defectos por los rasgos o la actitud interna<sup>127</sup>, sobre las que SILVA SÁNCHEZ hace su reflexión, análoga a la anterior. Parece como si aquéllas, hoy inauditas en la dimensión fundamentadora del castigo estatal, abandonadas por la doctrina mayoritaria, “[...] rigieran implícitamente en el ámbito de [...] la determinación de la pena”<sup>128</sup>. En efecto, HÖRNLE insiste en que la “*communis opinio*” –en especial la jurisprudencia<sup>129</sup>– acepta sin demasiados reparos el papel decisivo de la idiosincrasia del autor<sup>130</sup>. Luego imperan las posturas que parten de un “componente caracterológico”<sup>131</sup> del concepto de la responsabilidad personal, y que consideran esos factores “individuales” del reo algo muy relevante para la medida de la “*Strafzumessungsschuld*”<sup>132</sup>.

---

<sup>127</sup> Con una visión panorámica sobre dicho asunto, cfr. –por todos– JESCHECK, H.-H. / WEIGEND, T. *Tratado...*, 5ª ed., 2002, pp. 453 y ss.; HÖRNLE, T. “La concepción...”, en *ADPCP*, Vol. 54, 2001, pp. 408 y ss.; o ACHENBACH, H. *Historische...*, 1974, pp. 75 y ss., 123 y ss.

El primer autor a quien se le atribuye la expresión de “*Lebensführungsschuld*” es MEZGER (“Die Straftat als Ganzes”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 57, 1938, pp. 688-690; o en la versión del manual publicada durante el III Reich: *Deutsches Strafrecht. Ein Grundriß*. Berlín: Junker & Dünnhaupt, 3ª ed., 1943, pp. 145 y ss.). Tras la Segunda Guerra Mundial, aún Alemania recuperándose de la “herida” nacionalsocialista, HEINITZ (“Strafzumessung und Persönlichkeit”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 63, 1951, pp. 74 y ss.) o SCHMIDT (“Kriminalpolitische und strafrechtsdogmatische Probleme in der deutschen Strafrechtsreform”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 69, Nº 3, 1957, pp. 387 y ss.) desarrollaron el componente caracterológico de la culpabilidad. Por su parte, también GALLAS (“Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 67, Nº 1, 1955, pp. 45-46) o SCHMIDHÄUSER (*Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1958, pp. 172 y ss.; o “Gesinnungsethik und Gesinnungsstrafrecht”, en LACKNER, K. *et aliter* [coords.]. *FS-Gallas*, 1973, pp. 93 y ss.) refirieron el reproche *vindicatorio* del Estado a una actitud interna del sujeto que fuera “defectuosa”.

<sup>128</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. “La teoría...”, en *InDret* 2/2007, p. 9.

De igual forma, véanse –entre otros autores– HÖRNLE, T. *Determinación...*, 2003, pp. 56 y ss. (aunque especialmente ya en la p. 61); HÖRNLE, T. *Tatproportionale...*, 1999, pp. 40 y ss.; FRISCH, W. “Über die «Bewertungsrichtung» von Strafzumessungstatsachen. Ein Beitrag zur Problematik komparativer Aussagen im Strafrecht”, en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, Vol. 136, Nº 7, 1989, pp. 331, 338 y ss.; o FRISCH, W. “Gegenwärtiger... (Teil I)”, en *ZStW*, Vol. 99, Nº 3, 1987, pp. 385 y ss.

<sup>129</sup> Así las cosas, parece que en Alemania “también el BGH parte, en una jurisprudencia constante, de que para la medición de la pena es indispensable la apreciación [*ad casum*] de las circunstancias personales del autor, y no solo para asegurar las consideraciones preventivo-especiales, sino para constatar la culpabilidad personal” (HÖRNLE, T. “La concepción...”, en *ADPCP*, Vol. 54, 2001, p. 416).

<sup>130</sup> Cfr. HÖRNLE, T. “La concepción...”, en *ADPCP*, Vol. 54, 2001, p. 416.

<sup>131</sup> Véanse BURGSTALLER, M. “Grundprobleme des Strafzumessungsrechts in Österreich”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 94, Nº 1, 1982, pp. 135 y 140; o DREHER, E. *Über die gerechte...*, 1947, pp. 52 y ss. (quien sostuvo que, en la evolución consciente hacia lo malo, o en la omisión de la autoeducación, existe responsabilidad personal, en la forma de culpabilidad por el carácter).

<sup>132</sup> En tal sentido, cfr. –verbigracia– TRÖNDLE, H. / FISCHER, T. (eds.). *Strafgesetzbuch...*, 49ª ed., 2000, § 46, nnnm. 4-5; DÖLLING, D. “Über die Strafzumessung...”, en GÖSSEL, K. H. / TRIFFTERER, O. (eds.). *GS-Zipf*, 1999, pp. 194-195; SCHÄFER, G. *Praxis...*, 2ª ed., 1995, nnnm. 269-270; GRIBBOHM, G. *et aliter* (coords.). *LK-StGB. Band 2*, 11ª ed., 1995, § 46, nnnm. 5, 7, 175 y 177; BRUNS, H.-J. *Das Recht...*, 2ª ed., 1985, pp. 144, 147 y ss.; o BRUNS, H.-J. *Strafzumessungsrecht...*, 2ª ed., 1974, pp. 61, 384 y ss.



Sin ánimo de abordar con exhaustividad –por no ser objeto del trabajo– la exposición y las críticas de estos planteamientos, ahora tan denostados<sup>133</sup>, sí creo oportuno hacerme eco de dos aspectos con una incidencia directa en mi tema. En primer lugar, y en contra de una posible valoración de elementos internos, se arguye la “falta de compatibilidad con las estructuras básicas de las normas jurídico-penales, que prohíben [sólo] determinadas formas de[!] comportamiento en el mundo exterior”<sup>134</sup>. Según HÖRNLE, ni siquiera superan dicha carencia quienes alegan que se condena por los rasgos “corre-gibles” manifestados en el delito<sup>135</sup>; al tratarse únicamente de una “[...] limitación efectuada por motivos político-criminales”<sup>136</sup>, en principio (así, “*ceteris paribus*”) un reproche de la actitud despreciada o “la autoeducación (omitida) podría fundamentarse también [...], aunque no hubiera concurrido en la comisión del hecho punible”<sup>137</sup>.

Frente a esa razonable objeción preliminar, cabe responder lo siguiente: a pesar de que coincido en la conclusión garantista –i.e., un Estado de Derecho no sanciona, con pena, los meros pensamientos ni una idiosincrasia antisocial todavía no revelada–, me parece que se yerra en las premisas. Pues lo que origina que una conducta privada o íntima no esté castigada hasta que se exteriorice (de modo significativo: “*ultima ratio*”<sup>138</sup>) en la esfera comunitaria es el principio de proporcionalidad –expresión del de culpabilidad<sup>139</sup>–, y no tanto las exigencias de imputación “subjetiva”. E igual que resulta injusto tipificar acciones para las que existen vías más idóneas de solución<sup>140</sup>, tampoco deben *vindicarse*

---

<sup>133</sup> Teniendo en cuenta –eso sí– la siguiente reflexión de HÖRNLE (“La concepción...”, en *ADPCP*, Vol. 54, 2001, p. 415): “Mientras que la concepción personalizada de la culpabilidad no desempeña ningún papel relevante en la teoría del delito contemporánea, en el Derecho de [la] medición de la pena todavía no ha sido superada”. O bien en otra parte, cuando señala que: “[...] el abandono de las teorías de la culpabilidad por el carácter y por la conducción de la vida ha de celebrarse, pero [al mismo tiempo] debe lamentarse que de ello no se hayan extraído las conclusiones inevitables para la concepción de la culpabilidad en la medición de la pena” (p. 418).

<sup>134</sup> HÖRNLE, T. “La concepción...”, en *ADPCP*, Vol. 54, 2001, p. 424. Y, entonces, “[...] es difícil fundamentar que en el último estadio de la imposición de normas jurídico-penales deba tener lugar un desplazamiento del peso de estas formas de comportamiento externas a una valoración introspectiva de la personalidad del autor”.

<sup>135</sup> Véanse aquí, por ejemplo, los autores mencionados *supra*, en la nota a pie número 127.

<sup>136</sup> HÖRNLE, T. “La concepción...”, en *ADPCP*, Vol. 54, 2001, p. 415.

<sup>137</sup> *Ibid.*

<sup>138</sup> Sobre ello, cfr. (por todos) CARNEVALI RODRÍGUEZ, R. “Derecho penal como «ultima ratio»». Hacia una política criminal racional”, en *Revista de Derecho Penal*, Nº 25, 2008, pp. 11 y ss.; o GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. “Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal como límite del «Ius Punienti»”, en GONZÁLEZ RUS, J. J. (coord.). *Estudios penales y jurídicos. (Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero)*. Córdoba: Universidad de Córdoba, 1996, pp. 249-260.

<sup>139</sup> Así, la proporcionalidad se concibe como una manifestación –mejor, una regla concreta– del principio de culpabilidad, según argumenta PÉREZ DEL VALLE (*Lecciones...*, 2016, pp. 111 y ss.).

<sup>140</sup> Me refiero, verbigracia, al Derecho administrativo sancionador, o la corrección en el ámbito familiar.

aquellas sin proyección inmediata en la *polis*<sup>141</sup>. En cambio, la esencia de la “*Schuld*” es personal<sup>142</sup>, y por eso abarcará la identidad del individuo<sup>143</sup>; sin embargo, el carácter no se censura directamente, pero sí podría ayudar a graduar el reproche<sup>144</sup>.

Bien mirado, algo análogo ocurre en muchos otros sectores del ordenamiento. Así, no muy lejos, en el propio Derecho penal, cuando el llamado régimen “de doble vía”<sup>145</sup> criminaliza también a quienes no tienen capacidad de conducirse conforme a las normas. En esos casos, aunque no se trata de valorar una responsabilidad “subjetiva” del delincuente, sí que está admitido echar la vista atrás, en su vida anterior, a fin de fundamentar el pronóstico de peligrosidad como base de la imposición de una medida de seguridad. Entonces, aquí no hay dudas sobre la legitimidad estatal de ponderar la personalidad o idiosincrasia defectuosas del autor<sup>146</sup>. Y, no obstante, emergen –son firmes bastiones defensivos– ahora límites derivados de la obligatoria vinculación con la letra de la ley<sup>147</sup>: el requisito de un hecho previo o el tope de una sanción máxima en el Código<sup>148</sup>.

---

<sup>141</sup> Así, véanse –entre otros autores– DEMURO, G. P. “«Ultima ratio»: alla ricerca di limiti all'espansione del Diritto penale”, en *Rivista italiana di Diritto e procedura penale*, Vol. 56, Nº 4, 2013, pp. 1654-1694; y ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. “¿Que queda en pie en el Derecho penal del principio «mínima intervención, máximas garantías»?”, en *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 79, 2003, pp. 109-124.

<sup>142</sup> En tal línea, cfr. PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, pp. 226 y ss. “Culpabilidad es una cualidad [personal.] que se predica del sujeto al que se imputa el delito: [...] es la afirmación que permite considerar al sujeto como penalmente responsable del hecho juzgado” (pp. 226-227).

<sup>143</sup> “El autor del injusto penal ha de ser sancionado por el hecho [...], pero la cuantificación de la culpabilidad no puede prescindir de la identidad del sujeto [...]. Por tanto, el sistema de individualización [...] debe fundamentar la valoración de ese desprecio [por el sustrato material de las normas], y esto no es posible sin considerar la decisión del autor hacia el delito enmarcado en su propia vida[,] como [su] actitud hacia el derecho” (PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, p. 228).

<sup>144</sup> Sobre el papel de la personalidad al fijar un *quantum* penal, véase *supra* –en el apartado V.4.

<sup>145</sup> En relación con este tema, y en un sentido crítico con el tratamiento habitual en la doctrina española, Carlos PÉREZ DEL VALLE (*Lecciones...*, 2016, pp. 345 y ss.) explica cómo “las medidas de seguridad [del CP] constituyen un *derecho de medidas de prevención especial*[...] que forma parte del sistema penal [...]: no son penas y el juez no aplica derecho penal en sentido estricto [...], pero participan de principios y consecuencias del derecho penal como matriz del sistema penal” (p. 346; respeto la cursiva).

<sup>146</sup> Acerca de ello, cfr. –por todos– JAKOBS, G. “Coacción y personalidad. Reflexiones sobre una teoría de las medidas de seguridad complementarias a la pena”, en *InDret* 1/2009, pp. 1-16.

<sup>147</sup> Pues así reza el artículo 95 de la vigente Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre:

“1. Las medidas de seguridad se aplicarán por el Juez o Tribunal, previos los informes que [se] estime convenientes, a las personas que se encuentren en los supuestos previstos en el capítulo siguiente de este Código, siempre que concurren estas [dos] circunstancias:

1ª. Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito.

2ª. Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos.

2. Cuando la pena que hubiere podido imponerse por el delito cometido no fuere [una] privativa de libertad, el juez o tribunal sentenciador sólo podrá acordar alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 96.3 [i.e., no privativas de libertad].”

Las consecuencias de esta discusión, en el ámbito de la concreción judicial del castigo, son evidentes, y se articulan en torno a una pregunta crucial: ¿pueden tenerse en cuenta justificadamente las características “individuales” del reo, o en el fondo eso sería tanto como entrar en el (arcano) espacio de su intimidad? Ya en otro momento de la tesis tuve oportunidad de rechazar una plena separación –de presunta raíz liberal– entre las dimensiones pública y privada<sup>149</sup> de la experiencia humana; lo mismo sirve para neutralizar las críticas en tal sentido. Empero, afirma HÖRNLE que la doctrina y la jurisprudencia dominantes no aclaran “por qué las circunstancias [...] del autor deben ser relevantes para la culpabilidad”<sup>150</sup>, allende los defensores (hoy son pocos) de teorías “anticuadas”<sup>151</sup>. Por el contrario, sostengo lo conveniente de recurrir a un estudio de la identidad para fijar el *quantum*<sup>152</sup>; no en vano, toca “personalizar” la sanción.

---

Además, los arts. 101.1, 102.1 ó 103.1 CP señalan que “el internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo”.

<sup>148</sup> Me parece interesante apuntar una observación crítica sobre las restricciones que el CP hace en el sistema, como hipótesis explicativa de algunas aporías del legislador en los últimos años. Que la medida de seguridad no pueda superar el límite que correspondería a la pena del culpable, impide llamar así a los recientes mecanismos de control post-penitenciario para sujetos peligrosos; y entonces éstos pasan –erróneamente– a la categoría de penas accesorias de cumplimiento posterior a la principal (¡!), cuando nada tienen que ver con el reproche *vindicatorio*, y sí con el riesgo de reiteración delictiva.

<sup>149</sup> Al respecto de dicha cuestión, véanse mis reflexiones *supra*, en el epígrafe IV.1.

<sup>150</sup> HÖRNLE, T. “La concepción...”, en *ADPCP*, Vol. 54, 2001, p. 417; por razones de estilo he eliminado la cursiva del texto citado.

<sup>151</sup> En Alemania, los más claros exponentes de esta tradición iusfilosófica –hoy tan denostada– fueron MEZGER (“Die Straftat...”, en *ZStW*, Vol. 57, 1938, pp. 688-690; “Tatstrafe und Täterstrafe, insbesondere im Kriegsstrafrecht”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 60, 1941, pp. 370 y ss.; o *Deutsches...*, 3ª ed., 1943, pp. 145 y ss.), WELZEL (“Persönlichkeit und Schuld”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 60, 1941, pp. 428 y ss.), BOCKELMANN (*Studien... Bände I & II*, 1939/1940), HEINITZ (“Strafzumessung...”, en *ZStW*, Vol. 63, 1951, pp. 74 y ss.), ENGISCH (“Bietet die Entwicklung der dogmatischen Strafrechtswissenschaft seit 1930 Veranlassung, in der Reform des Allgemeinen Teils des Strafrechts neue Wege zu gehen?”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 66, Nº 3, 1954, pp. 359 y ss.; o “Um die Charakterschuld”, en *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, Vol. 50, 1967, pp. 108 y ss.), GALLAS (“Zum gegenwärtigen Stand...”, en *ZStW*, Vol. 67, Nº 1, 1955, pp. 45 y ss.), SCHMIDT (“Kriminalpolitische...”, en *ZStW*, Vol. 69, Nº 3, 1957, pp. 387 y ss.) o SCHMIDHÄUSER (*Gesinnungsmerkmale...*, 1958, pp. 172 y ss.).

Las tesis particulares de cada autor se distinguen, entre otras cosas, en lo que atañe a la culpabilidad (“*Verschulden*”) del sujeto por la formación de su carácter –o personalidad. Algunos le exigen “hacerse responsable de lo que es, sin tener en cuenta por qué múltiples causas se ha convertido en lo que es” (HEINITZ, E. “Der Strafzweck bei der richterlichen Strafbemessung mit besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwürfe”, en *Archiv für Rechtsphilosophie und Wirtschaftsphilosophie*, Vol. 22, 1928/1929, p. 275). Empero, otros construyen una culpabilidad del sujeto por la evolución de su personalidad y su posición vital, aunque el “*Schuldprinzip*” se maneja –en parte– formalmente, en tanto que el “poder ser de otro modo” se contemplaría como una ficción estatal necesaria (BOCKELMANN, P. *Studien... Band II*, 1940, pp. 150 y ss.). O también respecto del último autor, impresiona cómo ensalza positivamente esa “nueva” conciencia política del nacionalsocialismo, que facilita un Derecho penal de la actitud (p. 146).

<sup>152</sup> De acuerdo, cfr. –ya antes, muy claramente– PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, pp. 228-229.

HÖRNLE, en segundo lugar, plantea una objeción de gran calado en fase de individualización de la pena, puesto que afecta al núcleo de dichas decisiones<sup>153</sup>. Al respecto, para la catedrática alemana hay una dificultad básica: “[...] de un reproche [...] orientado al carácter o a la actitud interna se sigue[,] sin más[,] que [la medida de un castigo] puede aumentar ilimitadamente”<sup>154</sup>. Y ello restaría toda su fuerza al enfoque subjetivo, en tanto que secuelas bidireccionales no son posibles en sede de culpabilidad<sup>155</sup>: el “*verschuldetes Unrecht*” marca la completitud de ese juicio, cuya única progresión viable es a la baja. Así, la “*Strafzumessung*” ha de graduar sólo el injusto, como aquel aspecto global de la teoría del delito apto para generar reglas operativas en ambas líneas: descender “[...] hasta un valor de cero”<sup>156</sup>, o subir de manera que incluso desborde el techo inicial<sup>157</sup>.

Menos problemática aún que la anterior me parece esa observación, desde las coordenadas del punto de partida metodológico y dogmático. La réplica no es muy elaborada ni original, pero creo que basta para desarticular el argumento e integrarlo en el haber de mi propuesta. Si lo que ponderamos es la gravedad de un “*verschuldetes Unrecht*”, ya en esa misma definición del objeto a analizar queda reflejada la naturaleza intrínsecamente “subjetiva” del juicio en general –mejor, su dimensión esencial, la de ser imputación de responsabilidad personal. Podemos dedicarnos a ordenar y escalonar las diferentes modalidades de realización típica de un hecho<sup>158</sup> (en verdad, es necesario hacerlo), pero en última instancia estaremos entonces midiendo la culpabilidad del autor,

---

<sup>153</sup> En efecto, tal como explicaré justo a continuación –así, en el epígrafe VI.3–, lo propio de la concreción del castigo es que el órgano sentenciador pueda medir al alza o a la baja el grado de culpabilidad del autor (manifestado en el hecho).

<sup>154</sup> HÖRNLE, T. “La concepción...”, en *ADPCP*, Vol. 54, 2001, p. 415. E, igualmente, véanse GALLAS, W. “Zum gegenwärtigen Stand...”, en *ZStW*, Vol. 67, Nº 1, 1955, pp. 45-46; y SCHÖNKE, A. / SCHRÖDER, H. / STREE, W. (eds.). *Strafgesetzbuch...*, 25ª ed., 1997, comentario previo al § 13, nm. 119.

<sup>155</sup> “Las graduaciones de la medida de la culpabilidad sólo son posibles en una dirección: en [el] caso de [la] concurrencia de causas de disminución [...], pero no en [la] forma de incremento [...]” (HÖRNLE, T. “La concepción...”, en *ADPCP*, Vol. 54, 2001, p. 413).

<sup>156</sup> HÖRNLE, T. “La concepción...”, en *ADPCP*, Vol. 54, 2001, p. 413.

<sup>157</sup> Precisamente en ello radica “la diferencia decisiva entre el juicio de injusto y el reproche de culpabilidad [...]. [Pues, no en vano,] En el caso normal la pregunta sobre «cuánto» pudo actuar de otro modo es absurda” (HÖRNLE, T. “La concepción...”, en *ADPCP*, Vol. 54, 2001, p. 413).

<sup>158</sup> Lo mismo sugiere Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (“La teoría...”, en *InDret* 2/2007, p. 9), en su esbozo para un modelo dogmático de determinación de las sanciones. En un sentido similar, PERALTA (“Dogmática...”, en *Doxa*, Nº 31, 2008, p. 613) arguye que la clave está en fundamentar la división del marco legal inicial en segmentos proporcionales: “Las variaciones de pena sólo podrán estar justificadas en la medida en que, luego de un análisis minucioso, se pueda predicar de ellas que dan cuenta de ciertas estructuras que legitiman el castigo en general. De esta forma, [los] castigos de diferente intensidad sólo encontrarán razón de ser en que son el reflejo de hechos que merecen un castigo diferente[,] porque reflejan distintos grados de culpabilidad por el hecho, entendido el hecho como un ilícito penal [en su conjunto]”.

manifestada en aquél. Lo cual *rimaría* con una idea capital de JAKOBS<sup>159</sup>, tomada luego por PÉREZ DEL VALLE<sup>160</sup>: sólo existe el injusto penal reprochable.

Volviendo al tema con el que empecé este epígrafe, y sea como fuere, en la actualidad advierto un “olvido” filosófico-práctico –i.e., en el nivel de una aplicación teórica para las reflexiones dogmáticas o casuísticas– de la distinción indicada hace tiempo por ACHENBACH. En cambio, las más recientes investigaciones (que son novedosas e inspiradoras, sin embargo) apuntan al riesgo de una confusión de estos dos planos analíticos en liza, si fundamento y *quantum* pasan a interpretarse ahora de igual forma preventiva. O bien desembocaríamos –con el peor “escenario”– en una pura simplificación, que reduzca la complejidad<sup>161</sup> propia de la cuestión<sup>162</sup>. Así pues, conviene amparar una separación estructural entre ambas esferas del término “culpabilidad”, con tal de dar razón de aquello que tiene de peculiar (a veces serán simples matices) cada aproximación al significante común, y de sus interacciones.

Una ulterior consideración –respecto del *statuo quo* doctrinal en la materia que nos ocupa– puede ayudar a vislumbrar por qué recientemente ha tenido lugar un colosal avance de ciertos enfoques *proporcionalistas* en sede de la individualización. Desde que, en 1972, STRATENWERTH defendiera la “*Tatschuld*”<sup>163</sup> (como la única perspectiva válida para concretar los castigos penales), hoy en día el predominio de dicho principio es indiscutible<sup>164</sup>. En ese sentido, me parece lógica una consiguiente dedicación dogmática por

---

<sup>159</sup> En tal sentido, cfr. JAKOBS, G. *Strafrecht...*, 2ª ed., 1991, pp. 480 y ss.

<sup>160</sup> Véase PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, pp. 224 y ss.

<sup>161</sup> Sobre la cuestión, cfr. –al respecto– ROBLES PLANAS, R. “La identidad...”, en *ZIS* 2/2010, p. 137: “En realidad, la formación del sistema dogmático no comienza con la reducción de la complejidad de la letra de la ley positiva, sino precisamente de [un] modo inverso, esto es, mediante la *multiplicación de la complejidad* en relación con el caso o casos regulados” (mantengo la cursiva del autor).

<sup>162</sup> “Con la puntualización de que el injusto del hecho es normalmente el factor determinante de la medida de la pena, se simplifica la relación entre la culpabilidad en la fundamentación y en la medición de la pena: por regla general, la primera no influye en la segunda, porque concurriendo la plena culpabilidad que fundamenta la pena, carece de importancia para su medición. En el fondo, el concepto de culpabilidad en la medición de la pena es superfluo, aunque pertenezca a la nomenclatura usual; [y] lo mismo cabe decir de la expresión «pena adecuada a la culpabilidad»” (HÖRNLE, T. “La concepción...”, en *ADPCP*, Vol. 54, 2001, p. 424).

<sup>163</sup> Así, véase STRATENWERTH, G. *Tatschuld...*, 1972, pp. 28 y ss. –cuyo aporte central sería sacar una apreciación global de la idiosincrasia del autor fuera de la valoración de culpabilidad y realizarla exclusivamente en base a consideraciones preventivas.

<sup>164</sup> Si bien –tal y como explica HÖRNLE (“La concepción...”, en *ADPCP*, Vol. 54, 2001, p. 415)– la idea inicial “sólo parcialmente encontró eco”. Entre quienes mantuvieron posturas similares, ya antes que STRATENWERTH lo hizo ZIPF (*Die Strafmasrevision...*, 1969, p. 119). Y más adelante, cfr. –de igual forma– ZIPF, H. *Die Strafzumessung...*, 1977, pp. 24-25; SCHÜNEMANN, B. “Die Funktion...”, en SCHÜNEMANN, B. (ed.). *Grundfragen...*, 1984, pp. 191-192; FRISCH, W. “Gegenwärtiger... (Teil I)”, en *ZStW*, Vol.

examinar todas las dimensiones posibles del hecho, también en sus vertientes graduables<sup>165</sup>; y no otra cosa demanda el moderno espíritu de los tiempos<sup>166</sup>. No obstante, aún hay autores que sostienen la legitimidad de estimar la personalidad del reo a efectos de cuantificar su sanción –sobre la base de una “radical” diferencia entre esos dos ámbitos analíticos de la culpabilidad<sup>167</sup>.

Queda por explicar aquí mi postura en relación al concepto de “*Schuld*” manejado en el presente trabajo, con carácter previo al desarrollo del método (alternativo) que sugeriré emplear para las labores judiciales de la “*Strafzumessung*”. Según acabo de decir arriba, entiendo útil –y, por ende, la suscribo y la mantengo– aquella distinción “estructural” de ACHENBACH, al menos la que se construye en torno a los dos niveles básicos de esta noción en cuestión. Así, creo correcto separar, con fines meramente instrumentales, las aproximaciones iusfilosófica (esto es, la pregunta por la justificación externa de la *vindicta* estatal o el fundamento en la imposición de una condena) y sistemática (i.e., en su magnitud numérica). Más allá de las ineludibles interacciones que hayan de predicarse sobre ambas esferas –pues, no en vano, son caras de una misma moneda<sup>168</sup>–, tal proceder nos permite obtener, en mi opinión, un rendimiento dogmático directo.

---

99, Nº 3, 1987, pp. 349-350, 381 y ss.; SCHÜNEMANN, B. “Plädoyer...”, en ESER, A. / CORNILS, K. (eds.). *Neuere...*, 1987, p. 227; y ERHARD, C. *Strafzumessung...*, 1992, pp. 235-236.

<sup>165</sup> Sobre ello, véanse aquí –por todos– SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. “La teoría...”, en *InDret* 2/2007, pp. 5-6; HÖRNLE, T. *Determinación...*, 2003, pp. 49 y s.; KRAHL, M. *Tatbestand...*, 1999, pp. 45 y ss.; o HÖRNLE, T. *Tatproportionale...*, 1999, pp. 144 y ss.

<sup>166</sup> Según JAKOBS (*El Derecho penal como disciplina científica*. Madrid: Civitas 2008, p. 23), la dogmática ha de poner “[...] en relación el Derecho con el espíritu de su tiempo”, de manera que se “le reconoce o le desconoce legitimidad al Derecho a partir de ese espíritu”. Con las palabras de ENGISCH (*Introducción...*, 2001, p. 232), “el jurista, si es que quiere dar validez a la idea del derecho, tiene que escuchar la voz del «espíritu objetivo». [...] Sin egoísmo, tiene que sentirse servidor de las concepciones sociales, morales y culturales dominantes. [I.e.,] No puede ser reaccionario ni revolucionario”.

<sup>167</sup> Especialmente clara es una yuxtaposición de niveles patrocinada por BAUMANN y WEBER (*Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Bielefeld: Giesecking, 9<sup>a</sup> ed., 1985, p. 360), así como por CEREZO MIR (“Der materielle Schuldbegriff”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 108, Nº 1, 1996, pp. 22-23), quien critica la culpabilidad por la actitud interna y luego afirma que ciertos factores de la personalidad pueden influir en la medida de la pena. Acerca de esta aparente acogida de “principios incompatibles” –que no en vano es sólo un fruto de sostener interpretaciones distintas sobre el alcance de los niveles analíticos de la idea de “culpabilidad”–, Tatjana HÖRNLE (“La concepción...”, en *ADPCP*, Vol. 54, 2001, p. 418) se manifiesta –de este modo– con gran dureza: “En especial llama la atención el vetusto estado de la teoría de la medición de la pena cuando, a pesar de una toma de posición crítica respecto al concepto de culpabilidad orientado a la actitud interna [de los individuos], en la medición de la pena [la “*communis opinio*”] vuelve a recoger sin más la valoración [...]” de la misma.

<sup>168</sup> Obviamente que con dicha afirmación me sitúo en contra de quienes –según he recogido en la nota a pie de página anterior– defienden una incompatibilidad (bien sea parcial o total) entre las dos dimensiones del juicio de la culpabilidad; sin embargo –y frente a tales autores–, yo sí las considero del todo complementarias.

*Grosso modo*, sin ánimo de abordar (con la profundidad que requiere) el problema teórico del llamado “concepto material”<sup>169</sup> de culpabilidad, me vuelvo a remitir a las reflexiones de PÉREZ DEL VALLE<sup>170</sup>, en su flamante manual. Ahí dice que aquélla “[...] constituye el vínculo real por el que el hecho punible (delito) puede ser considerado un comportamiento [propio] de la persona que actúa como sujeto responsable”<sup>171</sup>. A continuación, agrega el autor que merecerá el reproche quien revele –con su conducta– “[...] un grave desprecio [...] por los valores básicos de la comunidad política [...]; y el juicio de culpabilidad deriva de la comprobación [*ad casum*] de un injusto [...]”<sup>172</sup>, tras un sucesivo análisis categorial. Por mi parte asumo el paradigma y sus secuelas metodológicas, también por el inherente potencial intersubjetivo de todo ello.

Independientemente de la visión (iusfilosófica) que cada quien sostenga sobre una idea de la culpabilidad jurídico-penal, la propuesta de PÉREZ DEL VALLE posee un carácter lo bastante neutro como para ser admisible desde enfoques diversos –e incluso opuestos. Así, el autor adopta una perspectiva original y sugerente: la concreción del castigo es el “contenido privativo”<sup>173</sup> de la última categoría dogmática en la “*Verbrechenslehre*”<sup>174</sup>, en tanto que se reubican las instituciones “tradicionales” de dicho estadio en otros lugares sistemáticos<sup>175</sup>. Para su teoría de la imputación, la “*Schuld*” sólo puede tener ahora ya una función: “[...] la determinación de los criterios que conforman una cuantificación de la culpabilidad del autor de un injusto [...] y que, en consecuencia, permiten una correcta individualización”<sup>176</sup> de la sanción.

---

<sup>169</sup> Al respecto del *statu quo* de la dicha materia, cfr. –entre muchos otros autores– BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios...*, 2011, pp. 209 y ss.; COUSO SALAS, J. *Fundamentos...*, 2006, pp. 71, 142 y ss.; DE LA CUESTA AGUADO, P. M<sup>a</sup>. *Culpabilidad...*, 2004, pp. 135 y ss.; DEMETRIO CRESPO, E. *Prevención...*, 1999, pp. 222 y ss., 245 y ss.; CEREZO MIR, J. “Der materielle...”, en *ZStW*, Vol. 108, N<sup>o</sup> 1, 1996, pp. 9 y ss.; o GRASNICK, W. *Über Schuld, Strafe und Sprache*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1987, pp. 59 y ss.

<sup>170</sup> Así lo hice también *supra*, ya en el epígrafe II.2, cuando me ocupé del marco conceptual y de la estructura del juicio de concreción del castigo.

En torno a los planteamientos teórico-prácticos del mencionado autor, véase PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, pp. 224 y ss., y pp. 334 y ss. –respectivamente, en relación con los fundamentos y las implicaciones dogmáticas.

<sup>171</sup> PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, p. 227.

<sup>172</sup> *Ibid.*

<sup>173</sup> *Ibid.*, p. 221.

<sup>174</sup> Cfr. PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, pp. 221 y ss. Entonces, el tribunal “[...] que ha de imponer una pena concreta [...] ha de precisar la medida de la culpabilidad” (p. 226).

<sup>175</sup> En efecto, los tres elementos clásicos de la culpabilidad se sitúan en momentos anteriores del análisis: a) la imputabilidad al inicio del sistema, como requisito de la conducta relevante; b) el error de prohibición en las causas de excusa, en tanto injusto sin relevancia penal cuando sea inevitable; y c) la llamada “inexigibilidad” también se incardina dentro de este penúltimo nivel sistemático, por razones similares. Véase PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, *passim*.

<sup>176</sup> PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, p. 228.

Junto con lo anterior, y en consonancia con la dimensión teórica del concepto, puntualiza PÉREZ DEL VALLE lo siguiente<sup>177</sup>: lo que el juez medirá en cada caso es una manifestación (exteriorizada en su infracción) del desprecio personal y grave del reo por el fundamento social de las normas jurídicas. Luego la condena es únicamente por el hecho que se le imputa; “[...] pero la cuantificación de la culpabilidad no puede prescindir [del escrutinio] de la identidad del sujeto [...], y esto no es posible sin considerar la decisión del autor hacia el delito [concreto, aunque] *enmarcado* en su propia vida[,] como actitud hacia el derecho”<sup>178</sup>. Por ello, es razonable acoger un planteamiento “abierto” al pasado *autorresponsable*<sup>179</sup> para la individualización de la pena: en la praxis, “[...] periodos más o menos largos [...] son siempre valorados”<sup>180</sup>, pues lo evitable de una posición contraria al ordenamiento adquiere sentido pleno en términos biográficos<sup>181</sup>.

Obviamente, siquiera sea por cercanía ideológica, el modelo de PÉREZ DEL VALLE sería mucho mejor aceptado por quienes defiendan un “*materielle Schuldbegriff*” de contenido análogo al aquí expuesto. Así, por ejemplo, no debiera resultarle demasiado extraño para esas tesis que advierten en la culpabilidad una “escasez de fidelidad”<sup>182</sup> del infractor a las normas jurídicas –según esbozó en su día JAKOBS<sup>183</sup> y hoy mantiene un amplio

---

<sup>177</sup> Así, cfr. –en general– PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, pp. 227-228.

<sup>178</sup> PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, p. 228; añadido yo la cursiva, para enfatizar la palabra.

<sup>179</sup> Ya en esta misma línea cimienta JAKOBS (“Coacción...”, en *InDret* 1/2009, pp. 1-16) la licitud del régimen sobre la reacción penal “post-delictiva” de un Estado ante individuos peligrosos.

<sup>180</sup> PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, p. 229.

<sup>181</sup> Según argumenta PÉREZ DEL VALLE (*Lecciones...*, 2016, p. 229), “[...] lo evitable del posicionamiento del sujeto ante las normas jurídicas ([y,] por [lo] tanto, lo evitable del desprecio) en el hecho concreto sólo puede ponderarse en el examen de la actitud del sujeto ante el derecho como [un] sujeto con identidad biográfica” (añado la cursiva a un adverbio del texto original, para resaltar que no se admiten otras vías para el conocimiento de dicho aspecto “identitario”).

<sup>182</sup> En expresión original, se dice que una infracción penal revela “*Mangel an Rechtstreue*”, y así se recoge en la literatura alemana; véanse –entre muchos otros– WESSELS, J. / BEULKE, W. / SATZGER, H. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*. Heidelberg: C. F. Müller, 45ª ed., 2015, p. 194; MUSHOFF, T. *Strafe...*, 2008, pp. 128 y ss.; WULFF, A. *Die Existenziale Schuld. Der fundamentalontologische Schuldbegriff Martin Heideggers und seine Bedeutung für das Strafrecht*. Münster: LIT Verlag, 2008, pp. 24 y ss.; LESCH, H. H. *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*. Colonia: Heymann, 1999, pp. 156, 164 y 206; o KÖHLER, M. “Der Begriff der Zurechnung”, en WEIGEND, T. / KÜPPER, G. (eds.). *Festschrift für Hans-Joachim Hirsch (zum 70. Geburtstag am 11. April 1999)*. Berlín: Walter de Gruyter, 1999, pp. 71 y ss.

<sup>183</sup> Según afirma este autor, la culpabilidad debe entenderse como una “*mangelnde Rechtstreue*” (o la defectuosa fidelidad al Derecho) –cfr. *Strafrecht...*, 2ª ed., 1991, p. 469; y *Das Schuldprinzip*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1993, pp. 34-35: “*Ein Defizit an Rechtstreue ist das, was Schuld heisst*” (i.e., la culpabilidad significa un déficit de fidelidad al Derecho). Y ello es un reflejo de su concepción preventivo-general del sistema penal, en el cual la *vindictio* estatal es el medio para la consecución del fin de que los ciudadanos ejerciten un cumplimiento leal de las normas jurídicas (“*Einübung in Rechtstreue*”; véase *Strafrecht...*, 2ª ed., 1991, pp. 13, 480 y ss.). En el mismo sentido, cfr. JAKOBS, G. “Coacción...”, en *InDret* 1/2009, pp. 1-16.



sector doctrinal en Alemania o España<sup>184</sup>. No obstante, en mi opinión, es posible rentabilizar el “potencial” intersubjetivo del paradigma asumido: pese a no compartirse la vertiente legitimadora de tal noción, no tantos problemas ha de generar su nivel dogmático *stricto sensu*. En efecto, bien puede admitirse la última categoría del sistema como ámbito para la concreción del castigo, e interpretar de otra manera qué es lo que gradúa el órgano sentenciador en fase decisoria<sup>185</sup>.

Además, un cierto margen de acuerdo existiría incluso con quienes otorgaran a la labor individualizadora sólo un hueco (seguramente el colofón) en alguna etapa del esquema analítico, ya fuera en la culpabilidad o la punibilidad. Hasta situándola extramuros de la teoría del delito podría llegarse a un lugar de encuentro, siempre con algún mínimo denominador común: la dimensión cuantificadora de la responsabilidad personal del autor sirve para establecer una medida numérica de cada pena a imponer<sup>186</sup>. Por fin, sin duda, también todas las perspectivas *proporcionalistas* estarían en posible sintonía con la premisa enunciada; en tanto que sus patrocinadores tratan de proyectar consecuencias sancionatorias –de una forma escalonada– en base a las valoraciones realizadas sobre las instituciones o estructuras intra-categoriales<sup>187</sup>.

Cosa muy distinta será buscar (con tal de hallar), desde posturas iusfilosóficas heterogéneas, una serie de criterios precisos –así mismo, orientando al alza o a la baja–, con

---

<sup>184</sup> De una forma general, véanse por todos KINDHÄUSER, U. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Baden-Baden: Nomos, 7ª ed., 2015, pp. 39 y ss.; PAWLIK, M. *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012, pp. 257, 280, 298 y ss., y 345; GÜNTHER, K. *Schuld und kommunikative Freiheit. Studien zur personalen Zurechnung strafbaren Unrechts im demokratischen Rechtsstaat*. Frankfurt a.M.: V. Klostermann, 2005, pp. 71 y ss.; KINDHÄUSER, U. “Rechtstreue als Schuld-kategorie”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 107, Nº 4, 1995, pp. 701, 705, 718 y ss.; GÜNTHER, K. “Individuelle Zurechnung im demokratischen Verfassungsstaat”, en *Jahrbuch für Recht und Ethik*, Vol. 2, 1994, pp. 143 y ss.; o KINDHÄUSER, U. *Gefährdung als Straftat*. Frankfurt a.M.: V. Klostermann, 1989, pp. 37-41.

<sup>185</sup> Verbigracia, con factores de ordenación y de valoración de la gravedad del “*verschuldetes Unrech*” que provengan de planteamientos preventivos (resocialización, inocuización, etc.)

<sup>186</sup> Ello en base a criterios previstos en la ley, y según un arbitrio razonablemente ejercido; al respecto de esta última cuestión, cfr. *supra* –en los apartados III.2 y III.3.

<sup>187</sup> Así pues, algo parecido afirma José Milton PERALTA (“Dogmática...”, en *Doxa*, Nº 31, 2008, p. 613), en apoyo de sus observaciones, y con ejemplos precisos de tales efectos:

“A pesar del extraordinario desarrollo de la dogmática [continental en los últimos dos siglos], su labor se ha centrado casi exclusivamente en determinar la legitimidad del «sí» de la pena, dejando de lado el problema en torno al «cuánto». Aunque esto [ya] siempre estuvo, de todas formas, latente. Desde el momento en que el riesgo para el bien jurídico de una conducta es graduable, desde que las causas de exculpación implican, por lo menos también, una disminución del injusto, [o] desde que el dolo directo se ha considerado más grave que el dolo eventual[,] y que la culpabilidad disminuida atenúa la pena, las repercusiones de la dogmática para la medida de la pena ha[n] estado siempre allí”.

los que un juez pueda llevar a cabo dichas operaciones. A ello intentaré dar una respuesta satisfactoria en el próximo epígrafe, como necesario reto metodológico en torno al que *construir* mi propuesta. Y, en cualquier caso, creo que el mejor planteamiento para afrontar la cuestión sobre la que versa la investigación en curso es el de PÉREZ DEL VALLE, por tres motivos. Primero, en su enfoque se muestran integradas (o articuladas, a la perfección) las dos esferas complementarias del término “dogmática” –i.e. en sentidos lato o específico–; y, respectivamente, se abren los espacios lógico-analíticos o ético-normativos de sistematización y crítica, que instauran un marco para el debate.

En segundo término, igual ocurre con las dos vertientes del concepto de culpabilidad: el modelo, ahora esbozado, nos habilita para *forjar* una conexión ineludible entre sus niveles fundamentador y mensurador, respetando la separación instrumental<sup>188</sup>. Lo que, en la teoría del delito, se traduce en un contenido privativo de la ulterior categoría: ésta mide el grado de la responsabilidad personal del autor manifestado en el hecho. Algo que consigue su “tridimensionalidad” a la luz de todos esos factores apreciados por el sentenciador como relevantes en el estudio de la “*Schuld des Täters*” (§ 46.1 StGB), desde un “*standpoint*” biográfico, lo que legitima atender a referencias caracterológicas<sup>189</sup>. Entonces, parece que gracias a las dos ventajas detalladas se evitan confusiones problemáticas<sup>190</sup>, al tiempo que logramos guiar un ejercicio lícito del arbitrio individualizador a través de aportar certeza o seguridad jurídica<sup>191</sup>.

---

<sup>188</sup> En un sentido similar, Mercedes GARCÍA ARAN (“El llamado principio de culpabilidad: ¿no hay pena sin culpabilidad?”, en QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F. [coords.]. *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz*. Navarra: Aranzadi, 2001, p. 412) habla de una doble función, sistemática y garantizadora.

De otra manera, Eduardo DEMETRIO CRESPO (“Culpabilidad...”, en *RGDP*, N° 8, 2007, p. 37, nota 107) une ambas dimensiones en una principal –“garantista limitadora de la intervención penal”–, que se ve cumplimentada con una mucha mayor eficiencia a través del actual estadio de la evolución dogmática. En concreto sobre la vertiente limitadora del “*Schuldssprinzip*”, el autor indica que ello ha permitido a la ciencia jurídica “[...] enunciar la prohibición de responsabilidad por el resultado como principio (autónomo) de responsabilidad subjetiva”.

<sup>189</sup> Siempre que constatemos, eso sí, algún componente de “*Selbstverantwortung*” por la propia línea de vida (o “*Lebenslinie*”); véase JAKOBS, G. “Coacción...”, en *InDret* 1/2009, pp. 1-16.

<sup>190</sup> De esta manera explica DEMETRIO CRESPO (“Culpabilidad...”, en *RGDP*, N° 8, 2007, pp. 37-38; mantengo la cursiva del original) cuál es su modelo lógico y conceptual al respecto:

“No menos profundas e intrincadas son las confusiones que parten de no entender la relación entre la culpabilidad como categoría del delito, y la culpabilidad en la medición de la pena, o bien de considerar que ambas pueden guiarse por marcos valorativos [que sean] totalmente distintos. [...] La *función de la culpabilidad* es[,] en primer término, como [una] categoría del delito, una de carácter garantista, que sirve a un propósito indiscutible, que no puede pervertirse por motivos de utilidad social (*antinomia prevención-culpabilidad*). [...]

Pero más allá de esto, la función de la culpabilidad reside además, en cuanto a la concreta pena a imponer, en fijar el *límite superior que en ningún caso puede ser rebasado* por moti-

Y finalmente (“*last but not least*”), en tercer lugar, la dicha perspectiva filosófico-práctica –hasta con el alcance procesal<sup>192</sup>– de PÉREZ DEL VALLE goza de una ventaja “funcional”, que conviene aprovechar. Así, esa intrínseca “neutralidad” (dogmática) del sistema aquí propuesto, no en vano asumible por cosmovisiones múltiples, y accesible a los matices, da razón de su potencial intersubjetivo real. Como tendré oportunidad de mostrar a continuación, ello es un aspecto crucial para mi método alternativo, con el que operar en la decisión individualizadora: el objetivo es trazar coordenadas de un paradigma aceptable desde los cimientos –teóricos y/o analíticos– diversos. Luego caben incluso los criterios provenientes de otras categorías (precedentes), pero sólo en tanto que sirvan para graduar la medida de la culpabilidad del autor, pues reflejan en el hecho una mayor o menor *evitabilidad* reprochable.

### 3. Una aproximación fenomenológica: hacia la mirada global

#### 3.1 Problema teórico-práctico: el método adecuado en la concreción

De esta forma empieza el tramo posterior de la tesis doctoral, marcando el énfasis en coger un rumbo eminentemente procedimental en el estudio de la cuestión; allí es donde será posible contribuir con observaciones que inspiren el obrar acorde a derecho, en la “*communis opinio*”. En línea con lo afirmado ya, en repetidas ocasiones a lo largo del presente trabajo, mi enfoque propositivo tiene sobre todo un carácter metodológico. Se

---

vos preventivos, sean de prevención general o de prevención especial. Se habla así de una absoluta prohibición de rebasar la pena adecuada a la culpabilidad del autor. Aquí nos movemos ya en el plano de la «culpabilidad en la medición de la pena», y el peligro reside en pretender agravaciones de la pena –por motivos de prevención general– al abrigo de la culpabilidad. Por lo demás, [en la doctrina actual] existe unanimidad en este punto”.

<sup>191</sup> Así pues, uno de los objetivos instrumentales básicos del planteamiento propuesto es atajar una de las críticas destacadas que se han formulado contra la idea de “*Strafzumessungsschuld*”. Según arguye Patricia ZIFFER (*Lineamientos...*, 2ª ed., 1999, p. 92), el problema es que un enfoque personalizado de la culpabilidad deja las puertas abiertas –y con inmensa facilidad– para considerar “cualquier factor como relevante para fijar la pena”. Sin embargo, aquí lo adecuado sería poder acotar el listado de los elementos que entrarían en la valoración del juez, y el signo agravatorio o atenuante que se les quiera otorgar. O ya con otras palabras, concretar la expresión de JAKOBS (*Strafrecht...*, 2ª ed., 1991, p. 482), cuando aboga por ponderar “cuántas cualidades perturbadoras del autor deben aceptarse por el Estado y la sociedad” (con traducción de HÖRNLE, T. “La concepción...”, en *ADPCP*, Vol. 54, 2001, p. 413).

<sup>192</sup> Por ejemplo, mi maestro arguye que –en torno a la labor individualizadora– esa vertiente se manifiesta en una conexión directa entre dicha decisión jurisprudencial y la eventual revisabilidad de la sentencia en las instancias superiores, siguiendo la estela marcada ya hace varias décadas por Wolfgang FRISCH (*Revisionsrechtliche...*, 1971, *passim*).

trata, en resumidas cuentas, de sugerir un renovado<sup>193</sup> modo de aproximarse al asunto: con capacidad expositiva (al abordar el fenómeno de la concreción del castigo, en unos términos distintos a los habituales) y operativa –i.e., que brinde las reglas precisas para orientar la dicha tarea del órgano sentenciador, con un signo agravante o paliativo en la responsabilidad criminal.

Según ya puse de manifiesto, en el capítulo quinto<sup>194</sup>, los patrones probados hasta ahora para conceptualizar (y “sistematizar”) la individualización de las sanciones, con tal de guiar al juez en un proceso decisorio, se han mostrado insuficientes. Agrupados –a título descriptivo– en torno a dos planteamientos iusfilosóficos (figuradamente) desiguales, ambos adolecen de notables carencias estructurales, que –no en vano– señalan el camino por el que deberá transitar cualquier vía de solución alternativa. Por un lado, quienes mantienen posturas teleológicas, basadas en la influencia directa de los fines de la pena, caen en sendos errores: (i) uno “teórico”, al confundir entre los planos fundamentador y mensurador de la culpabilidad, sin respetar así una separación instrumental patrocinada por ACHENBACH; y (ii) otro estratégico, pues los “*Strafzwecke*” son en esencia muy polémicos<sup>195</sup>, y dificultan llegar a acuerdos reales en la praxis.

Por su parte, los defensores de un modelo –*stricto sensu*– dogmático de la concreción del castigo (que al mismo tiempo están divididos, en variantes con un “tronco” común), marran una de las premisas básicas<sup>196</sup>. En efecto, al entender la labor individualizadora

---

<sup>193</sup> Recupero aquí el punto de vista –magistralmente– sintetizado por Alejandro NIETO GARCÍA (*El arbitrio...*, 2000, p. 28), relativo al alcance de una capacidad “renovadora” de las aportaciones doctrinales en el ámbito de la ciencia del derecho. Para el catedrático vallisoletano, las pretensiones de un jurista no pueden ser otras que las de ofrecer un enfoque distinto, pero lejos de las aspiraciones revolucionarias. En efecto, porque los problemas de fondo para resolver son siempre los mismos: “Las cuestiones se abordan, por [lo] tanto, desde perspectivas diferentes[,] con objeto de responder de la manera más adecuada y actual [posible] a las exigencias que van apareciendo” (p. 33). Por eso, a menudo, surgen referencias a “lo nuevo y lo viejo” de un debate doctrinal, en las obras que versan acerca de un tema candente; cfr. –verbigracia– en el apartado III.1.4 del siguiente libro de reciente publicación: BRANDARIZ GARCÍA, J. Á. *El modelo gerencial-actuarial de la penalidad. Eficiencia, riesgo y sistema penal*. Madrid: Dykinson, 2016, pp. 89-92. Una tensión que –ya en esta fase de la investigación en curso– se proyectará en la labor de recuperar algunas reflexiones de los “abanderados” de la fenomenología jurídica (sobre todo Adolf REINACH y Gerhart HUSSERL –el hijo del considerado “padre” del movimiento–), para poder entonces aplicarlas a lo que hoy anda “atascado” en nuestra área del conocimiento.

<sup>194</sup> Así, véase *supra*, en los epígrafes V.2 y V.3.

<sup>195</sup> Recordemos que, tal como ya dije *supra*, la discusión en torno a las llamadas “teorías de la pena” tiene un carácter demasiado “identitario”, por cuanto que se apela a lo más profundo de las convicciones iusfilosóficas de quienes nos dedicamos a este sector del derecho.

<sup>196</sup> Al respecto, SILVA SÁNCHEZ (“Problemas...”, en SUÁREZ GONZÁLEZ, C. / SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>º</sup>. *La dogmática...*, 2001, p. 88) mantiene que la individualización “[...] debe sentarse en dos premisas. En primer lugar, la idea evidente [...] de que la pena efectivamente impuesta (castigo con finalidades pre-

como una “[...] continuación cuantitativa de la teoría del delito”<sup>197</sup> se ya está asumiendo –implícita o explícitamente– que todas esas categorías analíticas son “magnitudes materiales graduables”<sup>198</sup>. Sin embargo, lo único en verdad ponderable de un “*phaenomenon*” criminal (y que entonces admite un juicio sobre su proporcionalidad con la medida del reproche penal) es la responsabilidad personal del autor –en tanto que es un agente moral<sup>199</sup>– por su hecho. En términos metodológicos, la diferencia entre el “*Unrecht*” y la “*Schuld*” es sustancial: mientras que aquél verifica el *quidem* (sí) de una infracción de la norma, ésta fija el *quantum* (cómo) del *ius vindicandi* estatal.

No obstante, se podría objetar –y no sin cierta razón– que hay muchos lugares a lo ancho del productivo esquema lógico-estructural facilitado por la “*Verbrechenslehre*” donde cabe hablar también sin duda de escalas valorativas, allende la culpabilidad. Así se hace, por ejemplo, con el riesgo que para el bien jurídico introduciría una conducta, la clasificación de modalidades del dolo en el tipo subjetivo, o las llamadas “eximentes incompletas”<sup>200</sup> (entre otros supuestos)<sup>201</sup>. Ello en función de criterios generalmente establecidos en un Código –en torno a dichos factores, arbitrariedad e incertidumbre se reducen a mínimos–, pero a veces son construidos por la doctrina y/o la jurisprudencia<sup>202</sup> en una tarea de auténtica creación extralegal del derecho. Aun siendo evidente lo anterior, al respecto interesan un par de precisiones.

---

ventivas) se configura como [la] respuesta a un hecho que constituye un injusto penal, culpable y punible, en el que se contienen los elementos que fundamentan el merecimiento y la necesidad de aquella pena. En segundo lugar, la de que injusto y culpabilidad (así como punibilidad) constituyen magnitudes materiales graduables, cuya concreción nos proporcionará precisamente la medida de merecimiento y necesidad de pena”.

<sup>197</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. “La teoría...”, en *InDret* 2/2007, p. 8.

<sup>198</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. “Problemas...”, en SUÁREZ GONZÁLEZ, C. / SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. *La dogmática...*, 2001, p. 88.

<sup>199</sup> Acerca de este concepto, cfr. –especialmente– dos de los volúmenes de la siguiente obra colectiva: SHOEMAKER, D. (ed.). *Oxford Studies in Agency and Responsibility. Volumes 1 & 3*. Nueva York: Oxford University Press, 2013 & 2015. En general, véanse también por todos ARPALY, N. *Unprincipled Virtue: An Inquiry into Moral Agency*. Nueva York: Oxford University Press, 2003; o KENNETT, J. *Agency and Responsibility. A Common-Sense Moral Psychology*. Nueva York: Oxford University Press, 2001. Y, ya en un ámbito estrictamente penal, cfr. SENDOR, B. B. “The Relevance of Conduct and Character to Guilt and Punishment”, en *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, Vol. 10, N<sup>o</sup> 1, 1996, pp. 99-136 (con múltiples referencias adicionales).

<sup>200</sup> No en vano se suele hablar, en esos casos, de la presencia de una llamada “culpabilidad disminuida” –que justificaría el imponer una menor cuantía de sanción. Respecto de ello, véase PADILLA ALBA, H. R. “Problemas que plantean las eximentes incompletas en la determinación judicial de la pena”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 48, N<sup>o</sup> 2, 1995, pp. 503-524.

<sup>201</sup> Cfr. así PERALTA, J. M. “Dogmática...”, en *Doxa*, N<sup>o</sup> 31, 2008, p. 613.

<sup>202</sup> Sobre ello véanse *supra* las referencias oportunas, en el epígrafe V.4 *in fine*. Si bien teniendo ya en cuenta, según señalé entonces, que el objeto de la tesis es primariamente metodológico, por lo que el análisis casuístico (no en vano es algo aquí siempre muy necesario) se deja para futuros trabajos.

La primera tiene que ver con la esencia (lo propio) de tales juicios normativos: éstos no se predicán en relación al injusto *per se*, sino en tanto que pertenecen a la esfera de organización de la libertad de un ciudadano, ya expresada en un delito. Y, por ende, lo realmente graduable es la responsabilidad personal del reo, como aquella “exteriorización” de una medida –sea mayor o menor– de “[...] grave desprecio [...] por los valores básicos de la comunidad política”<sup>203</sup> manifestada en su hecho. Luego los restantes elementos sistemáticos (integrados en las instituciones y las estructuras de las categorías dogmáticas), acerca de los que es posible distinguir u ordenar niveles de contravención jurídica, siempre tienen alguna referencia a la culpabilidad, ya próxima o colateral. Pues algo es más o menos ilícito en su cualidad de “*verschuldetes Unrecht*”.

También conviene ahora, en segundo lugar, ilustrar lo afirmado con un ejemplo práctico concreto. Pese a que ello todavía no ha calado unánimemente –en España<sup>204</sup>–, un sector creciente de la “*communis opinio*”<sup>205</sup> acoge hoy la siguiente idea, con pretensión de que surta efectos individualizadores: el dolo directo acarrea un mayor injusto penal que el dolo eventual<sup>206</sup>. Y, en descenso por esa escala graduable, la culpa consciente me-

---

<sup>203</sup> PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, p. 227.

<sup>204</sup> En tal sentido, la línea aún mayoritaria en nuestro país sostiene que el dolo eventual habría de tener –por defecto, “*ceteris paribus*”– un tratamiento punitivo análogo al del dolo directo. Así, María del Mar DÍAZ PITA (*El dolo...*, 1994, p. 42) dice lo siguiente: “[...] el punto de partida, en el que existe unanimidad doctrinal [y jurisprudencial], es [...] que las conductas realizadas con dolo eventual merecen la misma pena que las [...] directamente dolosas”. Luego en general se asume que el dolo eventual también “[...] merece el tipo más grave de[] reproche. Por ejemplo, es frecuente imponer a los «conductores suicidas», que ocasionan un accidente con resultado mortal, una pena similar a [la de] los autores de un homicidio con [la] intención directa [...]” (MANRIQUE, M<sup>a</sup> L. “Responsabilidad, dolo eventual y doble efecto”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N<sup>o</sup> 30, 2007, p. 416).

Concretamente, BESIO HERNÁNDEZ (*Los criterios...*, 2011, pp. 331 y ss.) o RAGUÉS I VALLÈS (*El dolo...*, 1999, pp. 177 y ss.) rechazan tomar en consideración las modalidades del tipo subjetivo doloso en la individualización del castigo. Y, en cambio, en Alemania rige la postura opuesta, como resumen de este modo JESCHECK y WEIGEND (*Tratado...*, 5<sup>a</sup> ed., 2002, p. 321): “El contenido de injusto del dolo eventual es menor que en las otras dos clases [...] porque aquí ni se persigue el resultado[,] ni tampoco es visto como algo seguro, sino que es abandonado al curso de los acontecimientos [...]”.

<sup>205</sup> Al respecto, cfr. –por todos– MANRIQUE, M<sup>a</sup> L. “Responsabilidad...”, en *Doxa*, N<sup>o</sup> 30, 2007, pp. 415 y ss.; BELLO LANDROVE, F. “El dolo eventual en España (reflexiones para un debate)”, en *Jueces para la Democracia*, N<sup>o</sup> 32, 1998, pp. 14-16; o BUSTOS RAMÍREZ, J. J. “Política criminal y dolo eventual”, en *Revista jurídica de Catalunya*, Vol. 83, N<sup>o</sup> 2, 1984, pp. 309-328. Y también los autores citados *supra* en la nota a pie número 334 del Capítulo V.

<sup>206</sup> Según BELLO LANDROVE (“El dolo...”, en *Jueces para la Democracia*, N<sup>o</sup> 32, 1998, p. 16), “[...] el dolo eventual merece un tratamiento punitivo más severo que la culpa, pero menos que el dolo directo. Las gradaciones de la culpabilidad no deben resolverse en términos de equiparación, sino de dosimetría penal. El Código penal de 1995, con amplios márgenes penales y para la discrecionalidad judicial (en particular, en la regla 1<sup>a</sup> del artículo 66), se presta a fijar *ex lege* unos topes penales del dolo eventual intermedios entre los del dolo directo y los de la culpa grave”. O, desde una perspectiva teórica, MANRIQUE (“Responsabilidad...”, en *Doxa*, N<sup>o</sup> 30, 2007, pp. 434) llega a las mismas conclusiones:

rece un menor reproche *vindicatorio*<sup>207</sup>. Sin embargo hay casos que plantean serias dudas sobre la progresión: ¿es más grave el asesinato intencionado de un archienemigo que el homicidio múltiple en “*willful blindness*”<sup>208</sup>? Excepto cuando así lo dice la ley (art. 14.1 CP, por imprudencia) con una valoración normativa estandarizada<sup>209</sup>, el debate en torno a la proporcionalidad del castigo tomará otro camino: ¿qué factores del tipo subjetivo son indicio del nivel de responsabilidad personal del autor?

Finalmente, me parece necesario poner de manifiesto una ulterior problemática relativa a los patrones dogmáticos de medición de las sanciones; un aspecto que no en vano comparten con las posiciones iusfilosóficas, lo que en el fondo convierte a ambas perspectivas en cosas no tan diferentes. Se trata aquí de resaltar el influjo secundario de las teorías de la pena en la elaboración de las categorías del sistema –y de su contenido lógico-estructural–, por cuanto que éstas se interpretan (al menos) en sentido teleológico. Con las palabras de SILVA SÁNCHEZ, en una moderna “*Zurechnungslehre*”, las sucesivas fases analíticas “[...] pueden y deben ser reconstruidas en clave político-criminal [...]”<sup>210</sup>, considerando pues los propósitos preventivo-garantistas que legitiman el recurso al *ius puniendi*<sup>211</sup>. *A fortiori*, el potencial polémico de la dicha exégesis hermenéutica me aconseja buscar nuevas vías de solución.

---

[...] la noción de intervención estratégica en la esfera de organización de otro agente [...] sirve para interpretar por qué es plausible reprochar de manera atenuada a quien no utiliza a su prójimo de manera estratégica para conseguir realizar sus planes. En este criterio[,] la diferencia crucial no se encuentra en el conocimiento [...], ni en la previsión de las consecuencias, ni en la aceptación del resultado, ni en la decisión de llevar adelante un curso de acción. Aunque todos estos elementos pueden formar parte –y[,] de hecho, así ocurre– de una correcta descripción de lo que hace el agente, ninguno de ellos es decisivo para justificar un tratamiento idéntico de los resultados intentando y las consecuencias previstas”.

<sup>207</sup> En este sentido, en general hoy se admite que sólo quien obre con una mínima base racional (apoyada en la objetividad de los hechos) puede confiar –normativamente– en que el resultado delictivo no ocurrirá y, en consecuencia, actuará con culpa consciente. Entonces, es dicha confianza lo que desvirtúa aquí el desvalor propio del dolo eventual –en tanto que la frontera superior– y hace factible un grado de culpabilidad del autor donde el reproche será menos intenso; véase LUZÓN PEÑA, D.-M. “Dolo...”, en ARROYO ZAPATERO, L. A. / BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (coords.). *Homenaje... Volumen 1*, 2001, pp. 1117 y ss.

<sup>208</sup> Sobre ello, véanse –recientemente– GAEDE, K. “Auf dem Weg zum potentiellen Vorsatz? Problematik und Berechtigung der zunehmenden Tendenzen zur normativen Relativierung des Vorsatzerfordernisses”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 121, N° 2, 2009, pp. 243 y ss., 250 y ss.; o JAKOBS, G. “Gleichgültigkeit als dolus indirectus”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 114, N° 3, 2002, pp. 584 y ss.

<sup>209</sup> Así ocurre también, por ejemplo, con esa menor pena normativamente establecida para el autor del delito intentado (art. 62 CP), o para los cómplices de un hecho principal (art. 63).

<sup>210</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. “La teoría...”, en *InDret 2/2007*, p. 8.

<sup>211</sup> En torno al asunto, cfr. igualmente SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. “Política...”, en SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup> (ed.). *Política criminal...*, 1997, pp. 17-30.

Una vez realizadas las reflexiones preliminares, paso a introducir brevemente el contexto de las observaciones que vendrán a continuación, sobre una aproximación fenomenológica a las operaciones de concreción del castigo. Tal como he ido señalando a lo largo de la tesis doctoral, el objetivo principal de mi trabajo es instrumental *per se*: hallar un “*Methodé*” alternativo (i.e. algo distinto a lo que se hace en la actualidad) con el que aprehender esa función judicial tan singular. Las peculiaridades de la tarea –en especial el carácter prudencial, a causa del amplio margen de arbitrio otorgado al sentenciador– y su gran incidencia en la vida del condenado (¿o acaso sería lo mismo uno que cuatro años de prisión<sup>212</sup>?) obligan a una profunda revisión de los modelos ahora imperantes. Frente a lo que existe, y en aras de una mayor claridad teórico-práctica, sugiero acudir a un paradigma poco desarrollado en la ciencia del derecho.

Antes de entrar en materia, empero, creo adecuado contextualizar –de una manera sintética– la naturaleza de mi enfoque. En epistemología, el término “método” (del griego: “*μέθοδος*”) significa literalmente el medio para llegar a un fin; así, hace referencia a un camino que conduce al conocimiento de la realidad de las cosas<sup>213</sup>. Se trata, entonces, de un determinado modo de proceder, que persigue al ente cuya comprensión se pretende alcanzar<sup>214</sup>. Ya en el plano de la investigación jurídica, GRISPIGNI lo define como una “serie ordenada” de esos mecanismos a través de los cuales se logra profundizar en el contenido de las normas<sup>215</sup>. O más aún, en el ámbito de lo penal, BERISTAIN IPIÑA supedita la altura y la calidad de esta disciplina a cómo se ejerza su rumbo científico<sup>216</sup> –dirigido a analizar, explicar, enseñar, aplicar y crear el derecho<sup>217</sup>.

---

<sup>212</sup> Verbigracia, según se establece en los marcos penales iniciales de los delitos de prevaricación judicial (art. 446.1º CP) o alzamiento de bienes (art. 257.1), además de las penas cumulativas, de inhabilitación absoluta y multa, respectivamente. Cuando la horquilla legal contiene magnitudes inferiores y superiores a los dos años de prisión, las implicaciones de la decisión individualizadora son de una importancia vital para el reo: si se cumplen las restantes condiciones del art. 80, el *quantum* de condena determinará la eventual concesión de la suspensión total de la ejecución penitenciaria del castigo.

<sup>213</sup> Así, véase por ejemplo MENDIETA ALATORRE, Á. *Métodos de investigación y manual académico*. México, D.F.: Porrúa, 4ª ed., 1973, p. 31: “Método es el camino [...] para llegar a un fin, el modo de hacer algo ordenadamente, [...] y de proceder para alcanzar un objetivo determinado [...]”. Además, SEIFERT (*Discurso de los métodos de la filosofía y la fenomenología realista*. Madrid: Encuentro, 2008, pp. 20 y s.) alude a varias acepciones del término, en sentido gnoseológico.

<sup>214</sup> Y, acerca de todo ello, cfr. ya MORILLAS CUEVA, L. *Metodología y ciencia penal*. Granada: Comares, 2ª ed., 1991, pp. 47 y ss.

<sup>215</sup> Véase GRISPIGNI, F. *Derecho penal italiano. Volumen I*. Buenos Aires: Losada, 1948, p. 22.

<sup>216</sup> Cfr. BERISTAIN IPIÑA, A. “Concepto y método del Derecho criminal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 6, 1978, p. 72; también –ya antes– DEL ROSAL FERNÁNDEZ, J. *Nuevo sentido del Derecho penal. Problemas de concepto, método y fuentes*. Valladolid: Librería Santarén, 1942, p. 135.

<sup>217</sup> En el dicho sentido, véase aquí MUÑOZ CONDE, F. *Introducción al Derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1975, p. 135.



Respecto de la cuestión “instrumental” –*stricto sensu*–, MORILLAS CUEVA traza muy bien cuál ha de ser nuestro punto de partida<sup>218</sup>: “[...] existe una fuerte relación entre el objeto y el método. Éste se presenta condicionado por aquél, desde el momento en que según [sea] la naturaleza y [el] contenido del objeto[,] [...] se planteará el método a utilizar”<sup>219</sup>. En el caso de la concreción del castigo, e igual que ocurre en general con la dogmática jurídico penal (considerada en global), “[...] la pluralidad de [los] fines<sup>220</sup> conduce coherentemente hacia una pluralidad de métodos [empleados,] o, al menos, hacia una gran diversidad [...]”<sup>221</sup> a la hora de aproximarse al asunto. Y es que, en efecto, cada específica “esse” del conocimiento tiene sus propias exigencias procedimentales si pretendemos el discernimiento científico completo<sup>222</sup>.

Mucho se ha escrito ya sobre cómo ha de ser el estudio adecuado al fenómeno del derecho<sup>223</sup>, y (en particular) a la rama del *ius vindicandi* estatal<sup>224</sup>. Sin ánimo de reproducir

---

<sup>218</sup> E, igualmente, coinciden –entre muchos otros autores– ROBLES PLANAS, R. “La identidad...”, en *ZIS* 2/2010, pp. 135 y ss.; RODRIGUEZ DEVESA, J. M<sup>a</sup>. *Derecho penal español. Parte general*. Madrid: Dykinson, 10<sup>a</sup> ed. (revisada y puesta al día por Alfonso SERRANO GÓMEZ), 1987, pp. 47-48; o WELZEL, H. *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht. Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft*. Mannheim: Deutsches Druck- und Verlagshaus, 1935, *passim*.

<sup>219</sup> MORILLAS CUEVA, L. *Metodología...*, 2<sup>a</sup> ed., 1991, p. 48.

<sup>220</sup> Se refiere ahora el autor –tan sólo– a dichos propósitos que tiene el examen científico de los problemas, y no a las llamadas “teorías de la pena”, que tantos conflictos generan.

<sup>221</sup> MORILLAS CUEVA, L. *Metodología...*, 2<sup>a</sup> ed., 1991, p. 48.

<sup>222</sup> De un modo parecido, BERISTAIN IPIÑA (“Concepto...”, en *CPC*, N<sup>o</sup> 6, 1978, p. 73) expone así alegóricamente su punto de vista:

“La metodología jurídico-penal puede compararse a un árbol. Desde la raíz, la savia, la naturaleza de las cosas sube al penalista, pasa por él, llega a su inteligencia y voluntad. Arrojado y excitado por la fuerza de la corriente, el penalista transmite su visión a su trabajo. La corona del árbol se despliega y acomoda al tiempo y al espacio. Nadie puede esperar que un árbol forme su corona exactamente como está configurada su raíz. Nadie espere que un penalista cree su ciencia, arte y práctica copiando [...] la naturaleza de las cosas. Entre la realidad de abajo y la de arriba no puede haber exactas imágenes de espejo; median divergencias vitales, operando en [unas] circunstancias históricas y geográficas distintas. La Justicia, con mayúscula, reclama precisamente [...] ese relativismo. La positividad legal supone una deformación; mejor dicho, una transformación creadora. El penalista [...] no hace más que recoger y pasar lo que sube de las profundidades. Ni obedece, ni manda: transmite. Y la belleza de la corona [...] no ha hecho más que pasar por él[,] metódicamente; aunque, al pasar por él[,] algo muere y algo nace. El método [...] saca de la profundidad de la tierra sus riquezas[,] y se las ofrece a la sociedad en bandeja de frutos nuevos. La raíz y la corona, la naturaleza de las cosas y la norma van siempre separadas y unidas por el método criminal”.

<sup>223</sup> A dicho respecto, cfr. –ya por todos– KRAMER, E. A. *Juristische Methodenlehre*. Múnich: C. H. Beck, 5<sup>a</sup> ed., 2016; APARICIO PÉREZ, A. *Derecho y metodología jurídicos. (Esbozos de filosofía jurídica)*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015; ZIPPELIUS, R. *Juristische Methodenlehre*. Múnich: C. H. Beck, 11<sup>a</sup> ed., 2012; CARNELUTTI, F. *Teoría general del derecho. Metodología del derecho*. Granada: Comares, 2003; VALLET DE GOYTISOLO, J. B. *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho. Tomo I. La ciencia del Derecho a lo largo de su historia*. Madrid: Consejo General del Notariado, 2000; PAWLOWS-

aquí las perspectivas analíticas –i.e. el *statu quo* de la discusión–, *grosso modo* se detectan estos cuatro grandes “aparatos” instrumentales para asir la realidad jurídica<sup>225</sup>: (i) el lógico-deductivo, de un carácter abstracto y transcendental; (ii) el empírico-inductivo, que recaba sus premisas en base a la experimentación; (iii) el semiótico-hermenéutico, cuyo énfasis está en interpretar los textos o esclarecer las dimensiones de esos signos manejados<sup>226</sup>; y (iv) el fenomenológico, que opera con las intuiciones intelectuales<sup>227</sup> (o esencias apriorísticas<sup>228</sup>). Sin embargo, los métodos no son incompatibles ni absolutamente excluyentes entre sí<sup>229</sup>, y pueden alternarse e integrarse, con un prudente equilibrio *ad casum*, ajustado en función de tales demandas del objeto a indagar.

Pese a la variedad de dichos procedimientos, lo cierto es que la praxis científica del Derecho penal –sea académica, o jurisprudencial– acostumbra a combinar las “herramientas” disponibles, aunque la preferencia habitual sea por los tres primeros caminos antes citados<sup>230</sup>. Y así las actividades cognitivo-volitivas con las que trabajan los investigadores o aplicadores son también de naturaleza heterogénea, según sean el fruto de una u otra orientación instrumental, o del uso armónico de más de una. Verbigracia, pertenecen (en mayor o menor medida, atendiendo a qué enfoque impera en cada caso) al método jurídico las siguientes labores: (i) al lógico-deductivo, la dogmática –i.e., sistemati-

---

KI, H.-M. *Methodenlehre für Juristen. Theorie der Norm und des Gesetzes. Ein Lehrbuch*. Heidelberg: C. F. Müller, 1999; LARENZ, K. *Metodología...*, 1994; CALVO GARCÍA, M. *Los fundamentos...*, 1994; VALLET DE GOYTISOLO, J. B. *Metodología...*, 1988; DÍAZ GARCÍA, E. *Sociología y Filosofía del Derecho*. Madrid: Taurus, 1971, pp. 106 y ss.; o HERNÁNDEZ GIL, A. *Metodología... Volumen I...*, 2ª ed., 1971.

<sup>224</sup> Sobre ello véanse –muy especialmente– PAEFFGEN, H.-U. *et alter* (coords.). *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*. Berlin: Duncker & Humblot, 2011, pp. 93 y ss.; ENGISCH, K. *Einführung in das juristische Denken*. Stuttgart: Kohlhammer, 11ª ed., 2010, pp. 188 y ss.; HOFFMANN-HOLLAND, K. *Der Modellgedanke im Strafrecht. Eine kriminologische und strafrechtliche Analyse von Modellversuchen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007; BYDLINSKI, F. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. Viena: Springer, 2ª ed., 1991, pp. 391 y ss.; ENGISCH, K. “Methoden der Strafrechtswissenschaft”, en ESSER, J. (coord.) *Methoden der Rechtswissenschaft. Teil I*. München: Oldenbourg, 1972, pp. 39 y ss.; o JESCHECK, H.-H. “Methoden der Strafrechtswissenschaft”, en *Studium Generale*, Vol. 12, 1959, pp. 107 y ss.

<sup>225</sup> En torno a esta enumeración, cfr. MORILLAS CUEVA, L. *Metodología...*, 2ª ed., 1991, pp. 49-51; DÍAZ GARCÍA, E. *Sociología...*, 1971, pp. 100-105; o FERRI, E. *Principios de Derecho criminal. Delincuente y delito en la ciencia, en la legislación y en la jurisprudencia*. Madrid: Reus, 1933, pp. 73 y ss.

<sup>226</sup> Así, véase DÍAZ GARCÍA, E. *Sociología...*, 1971, pp. 102-103.

<sup>227</sup> Cfr. BOCHENSKI, I. M. *Los métodos actuales del pensamiento*. Madrid: Rialp, 2ª ed., 1958, p. 30.

<sup>228</sup> Véanse, acerca de la cuestión –entre muchos otros–, FERNÁNDEZ GÓMEZ, L. *Temas de Filosofía del Derecho*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 4ª ed., 2007, pp. 237 y ss.; SAN MARTÍN SALA, J. *La estructura del método fenomenológico*. Madrid: UNED, 2005, *passim*; o BECH DURÓ, J. Mª. *De Husserl a Heidegger. La transformación del pensamiento fenomenológico*. Barcelona: Edicions de la Universitat de Barcelona, 2001, *passim*.

<sup>229</sup> Igualmente, cfr. –con claridad– FERRI, E. *Principios...*, 1933, p. 73.

<sup>230</sup> De este modo, véase MORILLAS CUEVA, L. *Metodología...*, 2ª ed., 1991, p. 48.

zar y ordenar conceptos o categorías–; (ii) a lo empírico-inductivo, subsumir los hechos en preceptos, y clasificar “tópicamente” la realidad bruta; (iii) al semiótico-hermenéutico, argumentar cuál es el sentido correcto de las leyes.

Visto desde otro prisma analítico, incluso sería posible (a los meros efectos expositivos) identificar una ulterior distinción binaria entre perspectivas científicas opuestas<sup>231</sup>. Para el llamado “formalismo”<sup>232</sup>, el ordenamiento es un todo omnicompreensivo y autosuficiente: basta una operación mecánica –silogismo judicial– que plasme el necesario vínculo entre norma y *quaestio facti*, sin espacio para la creatividad “*extra legem*”. No obstante ello admite matices y variantes, pues conviven a la vez (sin problemas) escuelas positivistas<sup>233</sup> o normativistas. A la hora de cuantificar la pena, algunos han pretendido racionalizar el proceso en esta línea<sup>234</sup>; su rotundo fracaso es resultado de no respetar la naturaleza discrecional del mismo. En cambio, el “antiformalismo” niega el carácter unidimensional de la experiencia en el mundo del derecho<sup>235</sup>, abriendo entonces un camino hacia la riqueza y la complejidad del “instrumental” que se utilizará.

Así las cosas, es evidente que las decisiones judiciales para concretar los castigos son irreductibles sin más a métodos propios de un formalismo positivista, como tampoco se

---

<sup>231</sup> A este respecto, cfr. GARCÍA AMADO, J. A. “Sobre formalismos y antiformalismos en la Teoría del Derecho”, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Nº 3, 2012, pp. 13-43.

<sup>232</sup> Véase por todos el clásico estudio de GONZÁLEZ VICEN, F. “Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nº 8, 1961, pp. 47-76. Y ya en un sentido crítico, cfr. PORTILLA CONTRERAS, G. “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal”, en PORTILLA CONTRERAS, G. (coord.). *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Akal, 2005, pp. 57-85.

<sup>233</sup> Con gran claridad acerca de las varias acepciones del término “positivismo jurídico”, ORTIZ DE URBI-NA (*La excusa...*, 2007, pp. 33-66) explica que los usos de la locución se proyectan en estos cuatro:

- (i) el formalismo jurídico, o la confianza en resolver los problemas mediante métodos lógicos;
- (ii) el naturalismo jurídico, como influencia de las ciencias naturales en la elaboración del derecho;
- (iii) en tanto programa filosófico-científico, guiado por el empirismo, y el monismo metodológico; y
- (iv) como separación conceptual entre Derecho y moral, por la innecesaria relación entre ambos.

<sup>234</sup> Sobre ello, véanse –entre muchos otros autores– VON LINSTOW, B. *Berechnenbares Strafmass*. Berlín: J. Schweitzer, 1974, *passim*; BRUCKMANN, E-O. “Vorschlag zur Reform des Strafzumessungsrecht”, en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Vol. 2, 1973, pp. 30-34; HAAG, K. *Rationale...*, 1970, pp. 14 y ss., 60-61, 75-77; DUBS, H. “Analytische Bewertung als Grundlage richterlicher Strafzumessung”, en VV.AA. *Festgabe zum Schweizerischen Juristentag (1963)*. Basilea: Helbing & Lichtenhahn, 1963, pp. 9 y 20-23; o GRASSBERGER, R. *Die Strafzumessung*, 1932, pp. 80 y ss.

<sup>235</sup> Así, cfr. –recientemente– TIMM HIDALGO, A. K. “Antiformalismo jurídico, aproximaciones básicas”, en *Revista de Derechos Fundamentales*, Nº 11, 2014, pp. 195 y ss.; VEGA LÓPEZ, J. “La actualidad de la equidad de Aristóteles. Doce tesis antiformalistas sobre el derecho y la función judicial”, en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del derecho*, Nº 29, 2014, pp. 1-31; o CABRA APALATEGUI, J. M. “Antiformalismo y argumentación jurídica”, en *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Vol. 15, Nº 24, 2011, pp. 67-91.

leen a través de un análisis dogmático (*stricto sensu*). Por un lado, en tanto aquél limita las opciones disponibles para el sentenciador a la mera subsunción –y, a lo sumo, a la tarea hermenéutica ineludible para ello– del objeto enjuiciado en tipos legales o normas aplicables. De otra parte, porque el examen sistemático de la “*Verbrechenslehre*” (con sus categorías sucesivas) se ciñe a estructuras e instituciones construidas con la finalidad exclusiva de proceder a la imputación jurídico-penal de un delito a su autor, según acabo de explicar. La doctrina alemana intentó igualmente racionalizar –“*more matematico*”– la labor individualizadora, sin éxito alguno, en una muestra patente de la incapacidad científica autónoma de estos enfoques aquí reseñados.

Sin embargo, ello no significa que subsumir, interpretar, atribuir de un modo normativo los comportamientos y hechos, o hacer cálculos, sean operaciones intelectuales (a menudo también volitivas) ajenas a una cuantificación numérica de las sanciones. Antes al contrario: lo dicho nos indica que todas logran montar por separado una pieza del rompecabezas –el proceso “global”–, aun siendo una a una insuficientes para dar razón de su esencial carácter unitario<sup>236</sup>. Y el problema común a las perspectivas que reducen la complejidad del estudio a una sola cara del poliedro (lo rigurosamente formal o dogmático) es que trasladan este “instrumental” a un terreno incompatible con la simplificación científica. Me refiero al arbitrio judicial, que es consustancial a la medición del castigo, e imposible de aprehender con “herramientas” parciales.

Entonces, la solución pasa por una alternativa: hay que recurrir aquí a otro punto de vista metodológico, que, al integrar las diversas actividades relacionadas, pueda contener –en su conjunto– la función del órgano competente a la hora de concretar la pena. Esto es, acudir un paradigma epistemológico que se muestre fiel a la naturaleza de esta singular labor; admitiendo los múltiples matices que la identifican, y respetándose una división analítica entre las fases sucesivas, por su potencial aclaratorio y rendimiento teórico-práctico<sup>237</sup>. Algo así únicamente será viable si abrimos el “abanico” de opciones, haciendo caso, pues, a la recomendación de ROBLES PLANAS: no existe un “*Methodo*” omnicompreensivo de las realidades sujetas al examen dogmático, sino que más bien estaríamos frente a horizontes plurales<sup>238</sup>.

---

<sup>236</sup> Para una visión panorámica, véase *supra* –en los epígrafes I.3 y II.1.

<sup>237</sup> Al respecto de estas cuestiones mencionadas, cfr. *supra* –en los apartados II.2 y II.3.

<sup>238</sup> Según el autor, “ni tan siquiera puede afirmarse que exista un único modo de derivar de un fundamento de legitimación común las categorías [dogmáticas.] o [los] presupuestos del delito [...]” (ROBLES PLANAS, R. “La identidad...”, en *ZIS* 2/2010, p. 139). Así mismo, no hay “una única teoría posible –¡[la] correcta!– sobre la sistemática del Derecho penal”; y con parecida apertura se manifiesta VIVES ANTÓN, S. T. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996, p. 484.

### 3.2 Hacia una propuesta fenomenológica para cuantificar las penas

Josef SEIFERT sin duda coincide con dicha premisa procedimental, aunque sea desde la perspectiva de una pura gnoseología; este autor, en efecto, marcará el rumbo a seguir, en busca de una aproximación instrumental adecuada para descubrir la índole de la tarea judicial que individualiza el castigo. Según el pensador austriaco<sup>239</sup>, la conclusión es indiscutible: “no hay solo *un método* de la filosofía fenomenológica, sino diferentes métodos<sup>240</sup>[,] y [...] *clases de métodos*”<sup>241</sup>. Luego éstos serían sencillamente las “especies” del conocimiento que usa un investigador, como modo propio de llegar a cada objeto<sup>242</sup>. Ya en un sentido “primario” o restringido, la palabra “μέθοδος” quiere decir “[...] la visión [misma] de [la] esencia (*Wesensschau*) y la intuición intelectual de estados de cosas inteligibles[,] o las distintas formas de conocer la existencia real”<sup>243</sup>.

Un enfoque de estas características lo hallamos, mediante PÉREZ DEL VALLE, en la “tradicción” fenomenológica de la ciencia del derecho, que origina un área discursiva lo bastante extensa como para viabilizar lugares de encuentro útiles, aceptables por todos los juristas allí implicados. Lejos de este ideal, “el enfrentamiento conceptual sobre la teoría de la pena hace imposible tanto el debate como la aplicación [...] de los criterios”<sup>244</sup>. En términos sólo epistemológicos, esa corriente filosófica auspiciada por Edmund HUSSERL apuesta ya “[...] por la inteligibilidad y por la posibilidad del conocimiento suprasensible, tanto para comprender el mundo[,] como para dirigir la vida. [...] Pero para ello no basta una simple descripción; es necesaria una depuración, [lo] que [...] no supone pérdida[,] sino limpieza”<sup>245</sup>: un ulterior rebasamiento o ampliación de la realidad bruta.

Desde una perspectiva (estrictamente) jurídica, no obstante, la fenomenología nunca ha sido un ámbito muy “explorado”; se echan en falta, en nuestra ciencia, avances acordes con los principios de quienes patrocinaron dicho movimiento intelectual. A principios del

---

<sup>239</sup> Discípulo de VON HILDEBRAND, quien –a su vez– fue considerado uno de los grandes herederos intelectuales de REINACH; véanse estas dos obras, muy influidas por su maestro: *Der Sinn philosophischen Fragens und Erkennens*. Bonn: P. Hanstein, 1950; y *Was ist Philosophie?* Regensburg: Habel, 1976.

<sup>240</sup> En tal sentido, expone SEIFERT (*Discurso...*, 2008, pp. 25 y ss.) una gran variedad de clases de conocimiento utilizadas por los filósofos, verbigracia: la intuición intelectual de esencias –o de estados de cosas derivados–, la aprehensión “especulativa”, el razonamiento mediato (inferencia, demostración, y otras formas deductivas de comprensión), la llamada “*epojé*”, o la “*docta ignorantia*”.

<sup>241</sup> SEIFERT, J. *Discurso...*, 2008, p. 20; mantengo la cursiva del original.

<sup>242</sup> Así, cfr. ya antes WENISCH, F. *Die Philosophie und ihre Methode*. Salzburgo: A. Pustet, 1976, p. 39.

<sup>243</sup> SEIFERT, J. *Discurso...*, 2008, p. 21.

<sup>244</sup> PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, p. 228.

<sup>245</sup> SÁNCHEZ-MIGALLÓN GRANADOS, S. “Fenomenología”, en *Philosophica* [disponible en: <<http://www.philosophica.info/voces/fenomenologia/Fenomenologia.html>>; última consulta: 15.07.2016].

siglo XX, fue Adolf REINACH<sup>246</sup> –en algún momento un discípulo directo del “padre” de la escuela<sup>247</sup>– el máximo exponente de tales planteamientos iusfilosóficos. En este sentido, en *Los fundamentos apriorísticos del Derecho civil*<sup>248</sup> trata de mostrar una conexión “pre-legislativa” entre las instituciones más básicas de las relaciones privatistas y su naturaleza objetivable (i.e. accesible al conocimiento por parte de los hombres). Luego los aportes innovadores influyeron en otras áreas: así no se discute hoy día que su análisis de la promesa, como “*sozialen Akt*”<sup>249</sup>, anticipó el contenido de la teoría de los “actos de habla” –desarrollada por AUSTIN<sup>250</sup> o SEARLE<sup>251</sup>.

---

<sup>246</sup> Nacido en Mainz (en Renania) en 1883, a los 18 años comenzó a estudiar psicología y filosofía en Múnich. Bajo la tutela de Theodor LIPPS, profundizó en las obras de Edmund HUSSERL, con los colegas del círculo de su maestro. Ya en 1904 se doctoró con la tesis “*Über den Ursachenbegriff im geltenden Strafrecht*”, y dos años después se trasladó a Tübingen, donde fue discípulo de Ernst VON BELING. Con el apoyo de HUSSERL, logró su habilitación –en la Universidad de Göttingen– en 1909, y tres años más tarde cofundó el influyente *Jahrbuch der Philosophie und phänomenologische Forschung* (junto a Moritz GEIGER y Alexander PFÄNDER), cuyo editor era el maestro común. Tras la publicación –en 1913– de las “*Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie*”, el grupo de los seguidores de HUSSERL (liderados por Johannes DAUBERT, y el propio REINACH) optaron por distanciarse del “padre” de la corriente, decepcionados por una deriva psicologicista e idealista en su reciente obra. Apegados a la herencia de las iniciales “*Logische Untersuchungen*”, estos autores crearon la escuela “realista” de la fenomenología. Con el inicio de la Primera Guerra Mundial, REINACH se alistó voluntario en el Ejército alemán, y falleció en combate el 16 de noviembre de 1917 estando en territorio belga.

<sup>247</sup> Según las fuentes de su biografía, tras defender su tesis doctoral, en 1905 REINACH fue a estudiar a Göttingen un semestre bajo la dirección de Edmund HUSSERL, con quien mantuvo un contacto frecuente a partir de entonces, hasta su ruptura –por motivos filosóficos– en 1913. Y de hecho Dallas WILLARD (en una nota en su traducción al discurso de REINACH, A. “Concerning Phenomenology”, en *The Personalist*, Vol. 50, 1969, p. 194) le presentará como “*the first real co-worker [of Husserl] in the development of the phenomenological movement*”. Empero, a partir del distanciamiento se acentuaría el papel magisterial del discípulo, según explica así Herbert SPIEGELBERG (*The Phenomenological Movement*. La Haya: Martinus Nijhoff, 3ª ed., 1984, pp. 191-192): “*Independently of each other, the Göttingen students [...] like Wilhelm SCHAPP, Dietrich VON HILDEBRAND, Alexander KOYRÉ and Edith STEIN, in their accounts of this period, refer to REINACH, [and] not to HUSSERL, as their real teacher in phenomenology. Hedwig CONRAD-MARTIUS even goes so far as to call him the phenomenologist par excellence. [...] It was his death in action in 1917 rather than HUSSERL's going to Freiburg which cut short not only his own promise but that of the [previously hectic] Göttingen phenomenological circle*”.

Una relación biográfica completa sobre la vida y las obras del autor se puede consultar –por todos– en MULLIGAN, K. (ed.). *Speech Act and Sachverhalt. Reinach and the Foundations of Realist Phenomenology*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1987, pp. 3-27, y 299-331.

<sup>248</sup> REINACH, A. “Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes”, en *Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung*, Vol. 1, Nº 2, 1913, pp. 685-847. Véase también esta traducción al inglés: “The Apriori Foundations of the Civil Law”, en *Aletheia. An International Journal of Philosophy*, Vol. 3, 1983, pp. 1-142; con los excelentes estudios complementarios de John F. CROSBY (“Reinach's Discovery of the Social Acts”, pp. 143-194) o Josef SEIFERT (“Is Reinach's «Apriorische Rechtslehre» More Important for Positive Law than Reinach Himself Thinks?”, pp. 197-230), y con las notas biográficas de Edmund HUSSERL, Dietrich VON HILDEBRAND, Edith STEIN o Hedwig CONRAD-MARTIUS.

<sup>249</sup> Así, cfr. ya REINACH, A. “Die apriorischen...”, en *Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung*, Vol. 1, Nº 2, 1913, pp. 705 y ss.

<sup>250</sup> Véase al respecto AUSTIN, J. *How to Do Things with Words*. Oxford: Oxford University Press, 1962.

Tras la repentina muerte de Adolf REINACH (en combate, en la Primera Guerra Mundial), Gerhart HUSSERL<sup>252</sup> –hijo del considerado fundador de la escuela<sup>253</sup>– asumió unos años después el “testigo” académico de esa tradición fenomenológica en la ciencia del derecho. Su producción intelectual se contiene en varias obras recopilatorias<sup>254</sup> de gran interés iusfilosófico, y gira en torno a cuestiones como la personalidad jurídica, la propiedad o las forzosas interacciones entre proceso adjetivo y legislación sustantiva. E igualmente es muy destacada la siguiente idea: la investigación “comparada” (verbigracia, con el sistema angloamericano, que tan bien conocía) o histórica –con períodos anteriores en Occidente– es una herramienta primordial, a la hora de aprehender la “esse” (i.e., lo objetivable) de las estructuras elementales en toda experiencia de lo normativo.

Con un enfoque similar, y también incluidas en esta corriente de la fenomenología en el mundo del derecho, merecen aquí una mención especial las contribuciones más reseñables de otros autores –contemporáneos o posteriores. Por ejemplo, dos de los primeros discípulos de Adolf REINACH fueron los austriacos (nacionalizados en estadounidenses) Felix KAUFMANN<sup>255</sup> y Fritz SCHREIER<sup>256</sup>, cuyas obras se basan en diversos aspectos

---

<sup>251</sup> Sobre ello, cfr. muy especialmente SEARLE, J. R. *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*. Cambridge: Cambridge University Press, 1969.

<sup>252</sup> Nacido en Halle (Saale) –una ciudad del actual “Land” de Sachsen-Anhalt– en 1893, Gerhart Adolf HUSSERL se convirtió en docente de Derecho en la Universidad de Kiel en 1926, tras su habilitación en Bonn. A la llegada del régimen nacionalsocialista, en 1933, fue despedido con la aplicación de la “Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums” (Ley para la Restauración del Servicio Civil Profesional), por no cumplir los requisitos de pureza de sangre aria allí fijados para ocupar los cargos públicos. En consecuencia, fue trasladado a Göttingen, cuya facultad no quiso recibirle, y luego a Frankfurt, donde fue emérito al emigrar –finalmente– a los Estados Unidos. Allí obtuvo la nacionalidad, e ingresó en el claustro de la National University School of Law (Washington, DC) –de 1940 a 1948. Ya en 1952 volvió a la Alemania Occidental, y ejerció de profesor visitante en las Universidades de Colonia o Friburgo –antes de retirarse de la vida laboral. Siendo octogenario, murió el 9 de septiembre 1973, en la capital de Breisgau.

<sup>253</sup> Y, sin embargo, no hay que perder de vista la colosal influencia intelectual que el filósofo y psicólogo Franz BRENTANO (1838-1917) ejerció sobre el pensamiento de Edmund HUSSERL, así como tampoco la conexión que, muy habitualmente, se establece entre las corrientes fenomenológica y hermenéutica –cuyo adalid fue Martin HEIDEGGER (1889-1976), influido en parte por aquél.

<sup>254</sup> Véanse –con orden cronológico– *Der Rechtsgegenstand. Rechtslogische Studien zu einer Theorie des Eigentums*. Berlín: J. Springer, 1933; *Recht und Zeit...*, 1955; *Recht und Welt...*, 1964; y *Person, Sache, Verhalten. Zwei phänomenologische Studien*. Frankfurt a.M.: V. Klostermann, 1969.

<sup>255</sup> Respecto de su obra, cfr. –por todas– *Logik und Rechtswissenschaft. Grundriss eines Systems der reinen Rechtslehre*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1922; *Die Kriterien des Rechts. Eine Untersuchung über die Prinzipien der Juristischen Methodenlehre*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1924; y *Methodenlehre der Sozialwissenschaften*. Viena: J. Springer, 1936.

<sup>256</sup> En su bibliografía destacan estas siguientes tres obras principales: *Grundbegriffe und Grundformen des Rechts. Entwurf einer phänomenologisch begründeten formalen Rechts- und Staatslehre*. Viena: Deuticke, 1924; *Die Interpretation der Gesetze und Rechtsgeschäfte*. Viena: Deuticke, 1927; y *Schuld und Unrecht*. Viena: Rohrer, 1935.

de metodología o “privatística”. Así mismo, la proyección de las innovadoras aportaciones efectuadas por esos *gigantes* de la ciencia jurídica pasó luego al entorno hispano y latinoamericano, donde los iusfilósofos Carlos COSSÍO<sup>257</sup> o Miguel REALE<sup>258</sup> defendieron teorías propias en base al magisterio de sus antecesores.

Finalmente, ya en el terreno del Derecho penal, el genuino representante de la tradición fenomenológica fue Thomas WÜRTEMBERGER<sup>259</sup>, quien no en vano estudió, con especial énfasis, el tema que abordo en mi tesis –desde una perspectiva interesante<sup>260</sup>. Pero su dilatada carrera académica, casi siempre en el ámbito de la Criminología, en mi opinión afectó a un desarrollo de todas esas nociones iniciales<sup>261</sup>. Allende las fronteras de lo jurídico, la escuela de sucesivos pensadores influidos por la dicha corriente filosófica está “henchida” de grandes nombres, como los alemanes Max SCHELER, Edith STEIN, Nicolai HARTMANN y Dietrich VON HILDEBRAND, los franceses Michel HENRY, Emmanuel LÉVINAS

---

<sup>257</sup> Filósofo del derecho, argentino, entre sus títulos véanse –especialmente– *La plenitud del ordenamiento jurídico*. Buenos Aires: Losada, 1939; *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. Buenos Aires: Losada, 1944; *El derecho...*, 1945; *La “causa” y la comprensión en el derecho*. Buenos Aires: La Ley, 1947; y *Teoría de la verdad jurídica*. Buenos Aires: Losada, 1954.

<sup>258</sup> Considerado como el principal “arquitecto” del actual Código Civil de Brasil (su país natal), sobre su producción académica sobresalen las siguientes cinco obras: *Fundamentos do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1940; *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1953; *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1968; *O Direito com Experiência. Introdução à epistemologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1968; y *Lições preliminares do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1973.

<sup>259</sup> Nacido en Zúrich en 1907, durante el III Reich comenzó su carrera académica, con un cargo en el Ministerio de Cultura, encargado de la gestión de la enseñanza superior. Desde 1942 fue profesor de Derecho penal e Historia del Derecho en la Universidad de Erlangen (Baviera), y un año después ingresó en la *Nationalsozialistischer Deutscher Dozentenbund*, una facción del partido nazi dedicada a controlar políticamente la docencia e investigación. Acabada la Segunda Guerra Mundial, en 1946 entró en el claustro de la Universidad de Mainz, y ya en 1955 se incorporó como catedrático de Derecho penal, Criminología y Filosofía del Derecho en Friburgo, donde enseñó hasta su jubilación (en 1973). Tuvo un papel crucial en la fundación del *Institut für Kriminalistik und Strafvollzugskunde*, y también en el *Institut für internationale Strafrecht* –uno de los centros de referencia del *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*. Además, entre 1962 y 1973 (el año de su retirada), Thomas WÜRTEMBERGER fue miembro del Comité de expertos penal y penitenciario, adscrito al Ministerio de Justicia federal. Finalmente murió en su ciudad natal el 18 de noviembre de 1989, a los 82 años de edad.

<sup>260</sup> *Grosso modo*, la tesis central de este autor (WÜRTEMBERGER, T. “Zur Phänomenologie...”, en *Kriminalpolitik...*, 1970, pp. 175 y ss.) es que la experiencia jurídica (“*Rechtserfahrung*”) vivida por la persona del juez sentenciador tiene siempre un peso importante en sus decisiones sobre la individualización del castigo estatal. De una manera correlativa, la concreción penal no puede hacer otra cosa que responder a una valoración (“*Bewertung*”) ético-social acerca de la estructura de la personalidad del autor (“*Struktur der Täterpersönlichkeit*”), para adecuar la *vindictio* a la medida de su culpabilidad, como el fiel reflejo de la “voz de la conciencia jurídica del pueblo” (“*Stimme des Rechtsgewissens des Volkes*”).

<sup>261</sup> En tal sentido, cfr. “Zur Phänomenologie...”, en WÜRTEMBERGER, T. (ed.) *Phänomenologie...*, 1969, pp. 177 y ss.; “Vom Ethos des Strafrichters”, en WÜRTEMBERGER, T. *Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat. Ausgewählte Aufsätze und Vorträge (1948-1969)*. Stuttgart: F. Enke, 1970, pp. 140 y ss.; o “Die irrationalen Elemente bei der Strafzumessung”, en *Kriminalpolitik...*, 1970, pp. 157 y ss.



o Paul RICOEUR, el austriaco Josef SEIFERT, e incluso se suele aludir aquí al ecléctico autor español José ORTEGA Y GASSET<sup>262</sup>.

Brevemente, paso ahora a explicar unas líneas maestras de la llamada “fenomenología realista”<sup>263</sup>, en tanto que la corriente derivada de los planteamientos originarios<sup>264</sup>, cuyo fundador fue –sin duda– el ilustre Adolf REINACH<sup>265</sup>. Y, haciendo honor a esa etimología del término griego (“φαινόμενον”) que dio nombre a la escuela, los intelectuales bajo su égida pretendían estudiar la naturaleza de las cosas a partir de su condición de “*phaenomena*”: manifestaciones que se aparecen ante las facultades cognoscitivas del hombre, como una auténtica “epifanía”<sup>266</sup>. Así la filosofía ha de contemplar *per se* las esencias necesarias (“*notwendige Wesenheiten*”), y las relaciones *aprióricas* que existen entre ellas. Entonces, el objeto científico propio sería descubrir, exponer o sistematizar las verdades (los “hechos brutos”) accesibles a la observación –*ab initio*– aséptica; merced al asombro<sup>267</sup> del investigador, desde disciplinas complementarias del saber.

La aportación más reseñable y significativa del realismo fenomenológico es tal vez la intuición teórica del “a priori material”<sup>268</sup>. Según Edmund HUSSERL (al menos, en la prime-

---

<sup>262</sup> De esta manera lo hace –ya muy claramente– SAN MARTÍN SALA, J. *La fenomenología de Ortega y Gasset*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2012.

<sup>263</sup> Así, en general, véanse BESOLI, S. / GUIDETTI, L. (eds.). *Il realismo fenomenologico. Sulla filosofia dei circoli di Monaco e Gottinga*. Macerata: Quodlibet, 2000, *passim*; SEIFERT, J. “¿Qué es filosofía? La respuesta de la fenomenología realista”, en *Anuario Filosófico*, Vol. 28, 1995, pp. 91-108; y ROVIRA MADRID, R. “Realismo fenomenológico y Metafísica”, en *Revista de Filosofía*, Nº 5, 1991, pp. 207-218.

<sup>264</sup> Como expliqué *supra* –en la nota a pie número 247 del presente capítulo–, el “realismo” fenomenológico es la corriente filosófica que, sobre la base de las primeras “*Logische Untersuchungen*” de HUSSERL, y bajo el decisivo liderazgo fundacional del discípulo Adolf REINACH, instaura una nueva forma de pensamiento y descubrimiento, caracterizados por una atenta y escrupulosa mirada a lo real. Esto es: sujetarse a la naturaleza objetiva de “las cosas mismas” (según el lema del maestro), en tanto esencia cognoscible –aunque no sin dificultades– para los seres humanos; y ello como una reacción al escepticismo, al subjetivismo y al relativismo de toda clase, que eran las corrientes imperantes en la filosofía a comienzos del siglo XX.

Para SEIFERT (*Discurso...*, 2008, pp. 16-17; mantengo la cursiva), esta rama no solo representaría “[...] una subdivisión dentro de una nueva escuela [...], sino que constituye, antes bien, un nuevo esfuerzo, rigurosamente llevado a cabo, de hacer [...] filosofía buena y verdadera, [...] que investiga[ría] los datos de todos los modos en que se *dan* auténticamente al conocimiento [...], haciendo frente con nitidez a la multitud de enemigos que con tanta facilidad estorban nuestra pretensión de filosofar[,] de manera rigurosa, objetiva y antirreduccionista”.

<sup>265</sup> Cfr. SPIEGELBERG, H. *The Phenomenological...*, 3ª ed., 1984, pp. 191-192.

<sup>266</sup> Etimológicamente, dicho término proviene del griego “επιφάνεια”, que significa manifestación, revelación o aparición; y de allí que –por lo general– sea utilizado en un contexto religioso.

<sup>267</sup> Max F. SCHELER (“Vom Wesen der Philosophie”, en *Summa. Eine Vierteljahresschrift*, Vol. 1, Nº 2, 1917, pp. 40-70) catalogó a esta actitud como un “impulso” (o “*Aufschwung*”) de índole moral.

<sup>268</sup> Véanse –al respecto– RUIZ FERNÁNDEZ, J. “Sobre el a priori material de la fenomenología”, en *Pensamiento. Revista de Investigación e Información Filosófica*, Vol. 69, Nº 259, 2013, pp. 315-330; SCHE-

ra versión) y sus discípulos, dicha idea hace referencia a una manera de ser intrínseca a los “entes” mismos. Luego el sujeto no añade ni resta nada a eso que existe, sino que aprehende algo que está allí con total autonomía –independientemente de la labor del filósofo–, si bien manifestado a su conciencia. Las verdades a priori, pues, se revelan o hacen patentes, mas no se elaboran por un individuo trascendental. Empero, hay esencias sólo susceptibles de conocimiento empírico; el criterio de demarcación entre lo experimental (o “positivo”) y lo “apriórico” viene fijado por el “So-sein” –ser así– que cada cosa muestre, no por aplicación de estructuras *nouménicas* a datos de lo sensible.

Resumiendo: una filosofía que sea *per se* fenomenológica (conforme a la máxima husserliana del “principio de los principios”<sup>269</sup>) se dirige a “descubrir el ser tal como se da a nuestro espíritu”<sup>270</sup>, prescindiendo de una originalidad subjetiva de la mente humana. El realismo lo marca –entonces– la plena fidelidad a lo que las cosas son, cuando se nos exhiben a las facultades cognoscitivas para ser aprehendidas<sup>271</sup>; o, con las palabras de HEIDEGGER, “aquello que se muestra a sí mismo desde sí mismo”<sup>272</sup>. El intelectual que ejerce esta actitud<sup>273</sup> “[...] *descubre y recibe* lo que se nos da, en vez de entregarse a explicaciones inadecuadas, sistematizaciones prematuras, y teorías construidas”<sup>274</sup>. En tal sentido, empleará varios métodos, cada cual ajustado a las demandas del objeto de su análisis, en tanto que sean “[...] medios más concretos de proceder”<sup>275</sup> en el proceso de conocer algo<sup>276</sup>.

---

LER, M. *De lo eterno en el hombre*. Madrid: Encuentro, 2011, pp. 145 y ss.; CONTRERAS AGUIRRE, S. A. “Fenomenología Jurídica y Derecho Natural. Iusnaturalismo clásico y doctrina apriórica del derecho”, en *Eikasia. Revista de Filosofía*, Vol. 4, Nº 21, 2008, pp. 57 y ss.; SÁNCHEZ ORTIZ DE URBINA, R. *La Fenomenología de la verdad: Husserl*. Oviedo: Pentalfa, 1984, pp. 119-121; y SCHLICK, F. M. “Gibt es ein materiales a priori?”, en *Gesammelte Aufsätze (1926-1936)*. Viena: Hindelsheim, 1938, pp. 20-30.

<sup>269</sup> En palabras del “padre” de la fenomenología, “no hay teoría concebible capaz de hacernos errar en punto al principio de [...] los principios: que toda intuición en que se da algo originariamente es [ya] un fundamento de derecho del conocimiento [...]” (HUSSERL, E. *Ideas relativas a una fenomenología pura y una filosofía fenomenológica*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica [FCE], 2ª ed., 1962, p. 58).

<sup>270</sup> SEIFERT, J. *Discurso...*, 2008, p. 16.

<sup>271</sup> Así, ROVIRA MADRID (“Presentación”, en REINACH, A. *Sobre...*, 2014, p. 6) argumenta que lo más característico del método fenomenológico era “[...] su exigencia de fidelidad a lo real”.

<sup>272</sup> HEIDEGGER, M. *Sein und Zeit*. Tübingen: Max Niemeyer, 10ª ed., 1963, § 7; tomo aquí esta cita –y la correspondiente traducción– de SEIFERT, J. *Discurso...*, 2008, p. 19.

<sup>273</sup> El propio REINACH (*Sobre...*, 2014, p. 17) utiliza esta expresión, junto con la de “mirada”.

<sup>274</sup> SEIFERT, J. *Discurso...*, 2008, p. 19; mantengo la cursiva del texto original.

<sup>275</sup> Y al respecto, cree Josef SEIFERT (*Discurso...*, 2008, pp. 23-24) que hay estas dos clases diferentes de métodos: “[...] los que son *específicos* a cierto campo [de conocimiento humano] y los que son más generales o universales. Ciertamente, se observará que algunos métodos [...] filosóficos, por ejemplo, el uso de argumentos o deducciones puramente lógico-formales a partir de premisas según leyes lógicas, son aplicables a *todos los objetos* y en *todas las ciencias* (aun cuando tengan un papel muy diferente [...]: en las matemáticas, uno más o menos dominante, en la crítica literaria o en la historia, uno

Ya desde la esfera de lo estrictamente jurídico, aunque todavía con pretensión teórica global, Adolf REINACH presentó<sup>277</sup> –con gran claridad– cuáles son los rasgos definitorios de una corriente que no en vano él inauguró. Según su aproximación genuina, el punto crucial de la fenomenología no es crear un sistema cerrado de proposiciones y de verdades demostrables (asumibles por los correligionarios). Muy al contrario, se trataría de cultivar o desarrollar una peculiar mirada sobre la realidad: así, “un método del filosofar que viene exigido por los problemas [...]”<sup>278</sup> a los que se enfrentaría cada ciencia. Y con esta ojeada, queremos acercarnos a los “entes” con tal de comprenderlos, en una tarea que tiene su “herramienta” primaria: “La visión pura de las esencias es el medio<sup>279</sup> para llegar a la intuición intelectual y la aprehensión adecuada de estas leyes[, que manifiestan el “So-sein” de las cosas, y sus interrelaciones]”<sup>280</sup>.

Más aún, el “instrumental” fenomenológico debería “[...] considerar contemplativamente los objetos y penetrarlos en su propio ser”<sup>281</sup>. Ello a fin de lograr los dos cometidos básicos: analizar con rigor las “Wesenheiten”, y exponer de igual forma estas “notwendige Gesetze” que las caracterizan por naturaleza. Por un lado, nos corresponde proceder a la “apriorische Erkenntnis” sobre lo que es dado a la conciencia, en aras de una “direkte Erschauung der Idee”. De otra parte, a posteriori de haber captado –vía intuición (“Einsicht”)– su concreto “Was”, tocaría conducir la razón hacia el descubrimiento gradual de los diversos “estados de cosas” que de manera necesaria se pueden predicar de dicha esencia. Ahora bien, antes que todo eso, nos sugiere REINACH llevar a cabo una actividad minuciosa: el estudio de las palabras y sus significados, la *conditio sine qua non* de posibilidad para un examen apriorístico<sup>282</sup>.

---

muy subordinado), mientras que otros métodos tienen que adaptarse a la naturaleza específica del objeto conocido y, por tanto, a la clase y al tema del conocimiento al que se aspira en una disciplina dada o que dicta su *objeto formal* (la cursiva es del autor). Lo que coincide también con la distinción que hizo tiempo atrás ARISTÓTELES (*De anima*, I, 1, 402a10-23), entre métodos universales y particulares.

<sup>276</sup> SEIFERT, J. *Discurso...*, 2008, p. 80.

<sup>277</sup> En una conferencia pronunciada en Marburgo el 14 de enero de 1914.

<sup>278</sup> REINACH, A. *Sobre...*, 2014, p. 17. En tal sentido, el autor añade lo siguiente: “Aun la vida consciente más pobre es todavía demasiado rica[,] como para que su sujeto la pueda aprehender plenamente. También en este caso podemos *aprender a ver* [...]” (p. 18; respeto la cursiva del original).

<sup>279</sup> No así pasa con “todos los intentos de reducción [de la esencia], que son, en verdad, un empobrecimiento y una falsificación de la conciencia” (REINACH, A. *Sobre...*, 2014, p. 23). Acerca de la “epojé” o intuición eidética, cfr. SEIFERT, J. *Discurso...*, 2008, pp. 57 y ss.

<sup>280</sup> REINACH, A. *Sobre...*, 2014, p. 24.

<sup>281</sup> *Ibid.*, p. 25. Nótese aquí una paradoja conceptual: hablo de “instrumental” para referirme a algo que no tiene, en cambio, una utilidad allende el conocimiento *per se*. Sin embargo, es una *aporía* intencional: en la epistemología, el método es un medio para el fin, aunque éste sea algo valioso en sí mismo.

<sup>282</sup> A tal respecto, véase REINACH, A. *Sämtliche Werke. Textkritische Ausgabe. Band 1*. München: Philosophia Verlag, 1989, pp. 47 y ss.

Pero la tarea fundamental es “ver” los objetos, aprehender sus “Wesen”, explorar estas estructuras internas, y comprender las leyes que los rigen como tales. Sin embargo, sería equivocado el pensar que dichas intuiciones intelectuales –acerca de las cosas– son fruto de inspiraciones o iluminaciones súbitas, a modo de las revelaciones místicas religiosas<sup>283</sup>. En cambio, llegan tras penosos esfuerzos de distinción y clarificación sobre la realidad, no en solitud, sino en diálogo constante con nuestros pares (incluso con aquellos “alejados” por el tiempo)<sup>284</sup>. Así, la “Einsicht” no es una creación de la mente humana<sup>285</sup>; tampoco es conjetura o suposición en torno a las esencias. Por el contrario, son auténticos “hallazgos” del “So-sein” de lo investigado en cualesquiera ciencias<sup>286</sup>. En lo jurídico también se procede de forma similar: el Derecho positivo encuentra los conceptos radicales que emanan de la vida en comunidad, nunca los origina “ex novo”<sup>287</sup>.

Generalmente se podría caer en un error al dilucidar la actitud fenomenológica: las intuiciones intelectuales se obtienen de la experiencia misma, como una exclusiva percepción sensible de los objetos. No obstante, nada está más apartado de la postura de REINACH –o SEIFERT<sup>288</sup>, por ejemplo–: la “reinen Erschauung der Idee” siempre hace referencia a datos universales y necesarios de la realidad<sup>289</sup>. Éstos se presentan a nuestra cognición con un grado supremo de claridad, plenitud y evidencia<sup>290</sup>, de manera que el *statu quo* de lo bien descubierto suprimirá las posibilidades de incorrección. Por otro lado, sólo la “Einsicht” nos permitiría alcanzar (o mejor, recibir) una visión global de las cosas dadas, aprehendidas de modo frontal, total e inmediato por las facultades humanas<sup>291</sup>. Ello no anula, en absoluto, un posterior ahondamiento en las esencias, a través de nuevas vías de indagación o análisis en lo material<sup>292</sup>.

Según nos dice REINACH, en última instancia las intuiciones intelectuales se diferencian de la “percepción” en razón de su contenido<sup>293</sup>: las “Wesenheiten” y sus correspondientes “Sachverhalten” poseen naturaleza abstracta –i.e., extra-empírica. Así pues, lo que

---

<sup>283</sup> Cfr. REINACH, A. “The Apriori...”, en *Aletheia*, Vol. 3, 1983, p. 5.

<sup>284</sup> Véase REINACH, A. *Sämtliche... Band 1*, 1989, p. 72.

<sup>285</sup> De este modo se afirma en REINACH, A. *Sämtliche... Band 1*, 1989, pp. 53 y 58-59.

<sup>286</sup> Acerca de esta cuestión, cfr. SEIFERT, J. “Prólogo”, en CRESPO SESMERO, M. J. *El perdón. Una investigación filosófica*. Madrid: Encuentro, 2004, p. 21.

<sup>287</sup> En tal sentido, véase REINACH, A. “The Apriori ...”, en *Aletheia*, Vol. 3, 1983, § 1, pp. 2-7.

<sup>288</sup> Para verificar la armonía con los planteamientos de Adolf REINACH, cfr. –especialmente– SEIFERT, J. *Discurso...*, 2008, pp. 33 y ss.

<sup>289</sup> Así, véase REINACH, A. *Sämtliche... Band 1*, 1989, pp. 52-53.

<sup>290</sup> Sobre ello, cfr. REINACH, A. *Sämtliche... Band 1*, 1989, pp. 52-54 y 60.

<sup>291</sup> En torno a la dicha cuestión, véase REINACH, A. *Sämtliche... Band 1*, 1989, pp. 24, 29-31 y 68-71.

<sup>292</sup> Al respecto, cfr. REINACH, A. *Sämtliche... Band 1*, 1989, pp. 53-54.

<sup>293</sup> Con un tratamiento en profundidad, véase REINACH, A. *Sämtliche... Band 1*, 1989, pp. 51-61.

proviene directamente de la realidad (y se exhibe a la conciencia) es independiente de la experiencia sensible, en tanto no tiene un “sustento” firme en métodos ajenos a lo fenomenológico<sup>294</sup>. Por este motivo, el filósofo maguntino llama “a priori” a dicha forma de aproximación a las esencias, o a sus estados de cosas derivados; y también al conocimiento adquirido de éstos por la mente humana. De allí el título de su obra magna en la esfera jurídica –“*Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes*”–, donde ejecuta un examen genuino de algunas instituciones básicas del Derecho civil.

En particular, y a los efectos de mi investigación doctoral, destaca su aportación original sobre uno de los objetos (o “*Wesen*”) elementales en el mundo de las relaciones privadas<sup>295</sup>. Con las palabras de REINACH, no se trataría de elaborar –y de sugerir luego, en consecuencia– una “*Theorie*” omnicomprendiva o cerrada, sino de presentarnos “[...] la simple tesis de que la promesa, como tal, produce una declaración de la voluntad y una obligación”<sup>296</sup>. Para el autor, aprehender la esencia (o los “*Sachverhalten*”) de tal figura requiere sólo –ni más ni menos– de la actitud fenomenológica adecuada<sup>297</sup>: mirar contemplativamente<sup>298</sup>, penetrar en el “*So-sein*” de la cosa, analizar y clarificar su estructura interna, en aras de la “*Erfassung*” intelectual *per se*. En suma, una pose filosófica de fidelidad a lo real, que nos disponga a aceptar todo lo recibido de ese modo, igual que hacemos con los enunciados matemáticos demostrables<sup>299</sup>.

No en vano, el método propuesto por Adolf REINACH es sin duda válido en mi actual estudio, sobre concreción judicial de los castigos, a fin de contribuir en un avance dogmático (teórico-práctico) respecto de dicho proceso decisorio. Ello quedará claro en la medida en que adopte una perspectiva como la planteada ahora: una visión global e intuitiva.

---

<sup>294</sup> Cfr. REINACH, A. *Sämtliche... Band 1*, 1989, pp. 51-52.

<sup>295</sup> Así, véase aquí la publicación original en REINACH, A. “Die apriorischen...”, en *Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung*, Vol. 1, N° 2, 1913, pp. 692 y ss.

<sup>296</sup> REINACH, A. “The Apriori ...”, en *Aletheia*, Vol. 3, 1983, p. 46; la traducción es mía.

<sup>297</sup> Y sin embargo esto no es tan sencillo como de entrada parece. A menudo, “*it is a fear of what is directly given (Angst vor der Gegebenheit), a strange reluctance or incapacity to look the ultimate data in the face[,] and to recognize them as such, that has driven unphenomenological philosophies, in this as in so many other more fundamental problems, to untenable and ultimately to [some forms of] extravagant constructions*” (REINACH, A. “The Apriori...”, en *Aletheia*, Vol. 3, 1983, p. 46).

<sup>298</sup> Por ello SEIFERT (*Discurso...*, 2008, pp. 15-21) establece una conexión directa entre la fenomenología realista y la tradición filosófica occidental de base aristotélico-tomista; y lo hace también trayendo a colación a SCHWARZ (*Ewige Philosophie. Gesetz und Freiheit in der Geistesgeschichte*. Leipzig: J. Hegner, 1937, pp. 120-123), quien pone a TOMÁS DE AQUINO como un modelo de realista fenomenológico, considerándolo al mismo tiempo “el tipo clásico del liberador genuino de una crisis espiritual”.

<sup>299</sup> En las muy sugerentes palabras de REINACH (“The Apriori...”, en *Aletheia*, Vol. 3, 1983, p. 46): “*One can try, and we have in fact tried, to bring out the intelligibility of this thesis by analysis and clarification. [But] To try to explain it would be just like trying to explain the [very self-evident] proposition, 1 x 1 = 1*”.

tiva de la “*Wesenheiten der Strafzumessung*”. Así lo hago, en el último epígrafe del trabajo, para intentar precisar qué significa el uso de una fenomenología jurídica, en tanto una “herramienta” cognoscitiva. Según las líneas maestras del sistema expuestas *infra*, apunto a un viraje –y no a un cambio, *stricto sensu*, sino a “recalibrar” el enfoque– en el paradigma instrumental del Derecho penal: de la deducción<sup>300</sup> silogística (la conclusión sigue a las premisas), hacia la observación directa de lo *revelado* a priori.

## 4. Propuestas y ejemplos prácticos: el modelo intersubjetivo

### 4.1 Mirada global del proceso y de las decisiones individualizadoras

Veamos en qué consiste exactamente este “giro”<sup>301</sup> fenomenológico, y cómo se articula en nociones abstractas, principios generales o reglas operativas<sup>302</sup>, que nos sirvan para el posterior desarrollo de la cuestión. Empero, se trata aquí sólo de esbozar –a grandes rasgos, abriendo espacio a futuras investigaciones– algunos de los trazos más básicos de la aproximación alternativa que defiendo en torno a la labor judicial individualizadora. El resto de mi “cuadro”, con sus diversos matices y especificaciones (i.e., las aristas del poliedro multifacético), que son necesarios, a la vez que inabarcables en estos momentos, habrá de esperar. Y, sin embargo, aún queda tiempo para unos breves comentarios iniciales, al modo de una verdadera declaración de intenciones, que esté bien orientada hacia la búsqueda de soluciones útiles en la praxis.

Así, empiezo por lo primero –el camino a seguir–: el método con el que captar la esencia del objeto que nos ocupa (proceso decisorio de cuantificación penal) es plural, indefectiblemente, pues varios son sus aspectos elementales. Entonces, no puede quedar-

---

<sup>300</sup> Recordemos que el mismo REINACH apuesta por un conocimiento inmediato e intuitivo, en detrimento de lo que se conoce indirectamente –por deducción u otros métodos análogos.

<sup>301</sup> Tomo dicha expresión del título de una traducción al español que Arturo PARADA hace del segundo capítulo –llamado “*Die hermeneutische Wende*”– de una obra recopilatoria de Hans-Georg GADAMER (*Gesammelte Werke. Band 10: Hermeneutik im Rückblick*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1995, pp. 86-223): *El giro hermenéutico*. Madrid: Cátedra, 1998.

<sup>302</sup> SÁNCHEZ-OSTIZ (“Principios y reglas de las decisiones de la política criminal”, en *Persona y derecho*, Nº 56, 2007, pp. 82-83) expone así una diferencia conceptual y metodológica esencial:

“Consideramos aquí los *principios* como enunciados dotados de *pretensiones de aplicación máxima*; precisamente por tal pretensión, [...] devienen *inaplicables por sí mismos*. [...] Por *regla* entiendo un enunciado derivado de dos o más principios, [y] con pretensiones de aplicación a un grupo de casos. [Pues] Bajo una regla puede subsumirse un caso, mientras que bajo un principio no es posible” (mantengo la cursiva del original).

se circunscrito a meras operaciones deductivas<sup>303</sup> –no otra cosa es subsumir, inclusive si media la interpretación “creativa” de un jurista– o inductivas. La doctrina alemana ha tomado durante años este ulterior rumbo<sup>304</sup>, alejándose de unas superfluas “reflexiones teórico-abstractas”<sup>305</sup>; verbigracia, BRUNS renuncia a analizar la expresión sustancial del § 46.1 (“*Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe*”), a favor del examen minucioso de los factores listados en dicho precepto<sup>306</sup>. Ya en España, también los autores han empleado esa técnica en fechas recientes<sup>307</sup>, todavía con mayor motivo por la carencia en nuestro Código de una cláusula legal que sea análoga a la del StGB.

Obviamente, nadie puede hoy poner en duda el gran esfuerzo –dogmático– de sistematización y ordenación que llevan a cabo tales perspectivas<sup>308</sup>, al menos respecto de una jurisprudencia poco uniforme o a menudo contradictoria. Y lo mismo debe valorarse sobre las aportaciones de quienes pretendieran deducir pautas aplicativas precisas desde un contenido material de las categorías (o de las estructuras de imputación internas) en la teoría del delito. Ninguno de ambos “instrumentos” ha de descartarse, sin más, como si no explicasen una parte de la compleja tarea que ejerce el juez, al elegir el *quantum* sancionatorio. No obstante, es evidente que adolecen de la apertura metodológica, algo ineludible a la hora de aprehender la “*Wesenheiten der Strafzumessung*”. Un “plus” que sí añade la “herramienta” fenomenológica: una observación directa y global de la realidad, en esencia *apriórica*, seguida de inferencias –en aras de la abstracción.

---

<sup>303</sup> Acerca de la cuestión, véase por todos ALBRECHT, H.-J. *Strafzumessung...*, 1994, p. 23.

<sup>304</sup> Cfr. –entre otros– TRÖNDLE, H. / FISCHER, T. (eds.). *Strafgesetzbuch...*, 49ª ed., 2000, § 46, nnmm. 4, 18 y ss.; LACKNER, K. / KÜHL, K. (eds.). *Strafgesetzbuch...*, 23ª ed., 1999, § 46, nnmm. 23, 33 y ss.; SCHÖNKE, A. / SCHRÖDER, H. / STREE, W. (eds.). *Strafgesetzbuch...*, 25ª ed., 1997, § 46, nnmm. 8 y ss.; GRIBBOHM, G. *et alter* (coords.). *LK-StGB. Band 2*, 11ª ed., 1995, § 46, nnmm. 4, 74 y ss.; o SCHÄFER, G. *Praxis...*, 2ª ed., 1995, nnmm. 225 y ss.

<sup>305</sup> Así, véase especialmente BRUNS, H.-J. *Strafzumessungsrecht...*, 2ª ed., 1974, pp. 1, 27 y 28. Igualmente cfr. luego BRUNS, H.-J. *Neues Strafzumessungsrecht? Reflexionen über eine geforderte Umgestaltung*. Colonia: Heymann, 1988, pp. 7 y 14; o BRUNS, H.-J. *Das Recht...*, 2ª ed., 1985, p. 29.

<sup>306</sup> Precisamente por ello le censura –y con buen motivo– Tatjana HÖRNLE (“La concepción...”, en *ADPCP*, Vol. 54, 2001, p. 402): “Teniendo en cuenta el enorme significado práctico del § 46 StGB (este precepto debe emplearse en cada condena jurídico-penal), sorprende el más bien subdesarrollado estado de la discusión [la relativa a su primer párrafo]. Especialmente llamativo es lo poco que se ocuparon las exposiciones más antiguas de la operacionalización [sic] de la culpabilidad en la medición de la pena (*Strafzumessungsschuld*). En la obra de BRUNS, dominante en esta materia durante mucho tiempo, se encuentra muy poco sobre este punto. BRUNS apenas abordó el significado de la culpabilidad en la medición de la pena [...]. Por esta razón falta [en la “*communis opinio*” germana] un debate de años sobre el concepto de culpabilidad del § 46, parr. 1º, inciso 1º StGB que pueda compararse a la discusión sobre el concepto de culpabilidad en la teoría del delito”.

<sup>307</sup> Sobre ello, véase –con un mayor detalle– *supra*, en el epígrafe V.4.

<sup>308</sup> Y, a pesar de mantener una postura –enormemente– crítica con su obra, de este modo se lo reconoce también HÖRNLE (“La concepción...”, en *ADPCP*, Vol. 54, 2001, p. 402) a BRUNS.

Una postura expositiva muy similar a la que propongo aquí, si bien efectuada desde un planteamiento netamente dogmático, nos la ofrece Winrich LANGER; según asevera ROBLES PLANAS, es uno de “los pocos intentos [...] encaminados a concretar este proceso [...]”<sup>309</sup> de elaboración jurídica extralegal que le compete a la doctrina penal. Para el autor alemán, el “rumbo” es también múltiple, y opera en tres fases sucesivas<sup>310</sup>: primero hay que identificar esos “*phaenomena*” de la realidad con un sentido propio (el análisis), luego se someten a una obra de conceptualización –marcada por lo normativo y/o lo teleológico– en la que se depuran los elementos relevantes de cada institución (i.e. la clarificación), y ya por fin se obtiene así una definición del objeto estudiado. Dicha intuición intelectual se expresa con un postrer término; esto es, una fórmula lingüística que se utilizará en el futuro, para referirse a la definición anterior.

¿Qué implicaciones va a tener este enfoque en sede individualizadora? En tal línea sugiero “pensar”<sup>311</sup> el proceso judicial de la concreción de los castigos como un fenómeno sobre el que descubrir las notas más esenciales, y extraer entonces las consecuencias dogmáticas y pragmáticas en nuestro sistema penal vigente. Se trata, pues, de penetrar en esa trascendental tarea jurisdiccional “tal como es y se aparece, tal como se da” en la vida real. Para ello la actitud fenomenológica es clave: en la práctica forense, la decisión del sentenciador (respecto de la clase y cuantía de la sanción) se va configurando, poco a poco, a lo largo del procedimiento señalado en la ley; en efecto, es el resultado de una actividad intelectual compleja a la vez que unitaria. El tribunal ha ido percibiendo las variadas y complementarias dimensiones de un caso enjuiciado, a la manera de las aristas o los lados que se ensamblan moldeando un poliedro multifacético.

Luego creo que es conveniente plantear la concreción del castigo desde esta perspectiva: así, ya probada la responsabilidad individual del reo, en relación con su hecho delictivo analizado sistemáticamente, el juez recuperaría en primer plano la visión de conjunto sobre dicho fenómeno. El enfoque integral había quedado de un modo u otro relegado, en las sucesivas categorías dogmáticas –con el fin de fundamentarse la imputación personal del ilícito culpable–; pero es necesario (volver a) adoptar una mirada panorámica, para elegir la consecuencia jurídica más ajustada a la idiosincrasia del sujeto. Y a esto se refiere, según mi interpretación, el art. 66.1.6ª CP cuando nos habla de atender

---

<sup>309</sup> ROBLES PLANAS, R. “La identidad...”, en *ZIS* 2/2010, p. 134. Así mismo, tomo de este autor la explicación sintética del modelo teórico-práctico sugerido por Winrich LANGER.

<sup>310</sup> Cfr. LANGER, W. “Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft”, en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, Vol. 137, Nº 10, 1990, pp. 435-466 (especialmente, pp. 438-439).

<sup>311</sup> Pues con ese verbo empieza conscientemente una famosa conferencia de Adolf REINACH (*Sobre...*, 2014, p. 17), para dejar claro desde el inicio que propugna un “método del filosofar”.



a “las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho”; en la sentencia, el *quantum* condenatorio “cristalizará” aquella deliberación global.

De esta manera, formulo ahora una conclusión “procedimental” de mi propuesta, con un enfoque renovador: una visión adecuada del problema emerge al aplicarse los métodos de la fenomenología del derecho<sup>312</sup> a la praxis jurisprudencial<sup>313</sup>. Efectivamente, hoy ya “no tiene sentido establecer una separación estricta entre imputación de comportamiento y consecuencia jurídica [i.e., *vindicatio*.] que vaya más allá de una cierta utilidad práctica”<sup>314</sup> –con carácter sistemático y/o pedagógico. El análisis integral del órgano sentenciador conecta una atribución dogmática de responsabilidad personal al delincuente con la individualización prudencial de su castigo, en un *continuum* que abarca también esas decisiones sobre eventuales mecanismos de inejecución penitenciaria<sup>315</sup>.

Con tal intuición se cierra el círculo de las observaciones metodológicas que he realizado a lo largo de este trabajo, y se conectan virtuosamente de este modo: al concretar la sanción, el juez adopta una actitud fenomenológica –integra los aspectos relevantes del caso en una visión global, configurando ya el objeto del proceso– para decidir luego, en sucesivas operaciones intelectual-volitivas, el *quantum* más justo. Esta compleja deliberación debe quedar trazada en la sentencia, motivándose con claridad el hilo argumental que conduce (sin rupturas) al fallo condenatorio. Y dicha justificación sólo es factible con ciertos criterios de valoración o graduación de la culpabilidad del reo, que tengan el potencial resolutivo suficiente, y susciten un acuerdo entre los juristas; pautas de orientación que, a su vez, pueden formularse desde un enfoque total, mirando así a las múltiples facetas de los “*phaenomena*” delictivos.

---

<sup>312</sup> En detalle, para una aproximación panorámica a la fenomenología jurídica, véanse por todas estas obras: CRESPO SESMERO, M. J. “Fenomenología y filosofía del derecho”, en *Pensamiento. Revista de investigación e información filosófica*, Vol. 72, Nº 274, 2016, pp. 1247-1261; ALBERT MÁRQUEZ, M. *¿Qué es el Derecho? La ontología jurídica de Adolf Reinach*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013; GARCÍA MAYNEZ, G. *La fenomenología del derecho en Schreier*. México, D.F.: Coyoacán, 2012; LOIDOLT, S. *Einführung in die Rechtsphänomenologie. Eine historisch-systematische Darstellung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010; MEDINA ECHAVARRÍA, J. *Situación presente de la filosofía jurídica. Esquema de una interpretación*. Madrid: Reus, 2009, pp. 66 y ss.; FERNÁNDEZ GÓMEZ, L. *Temas...*, 4ª ed., 2007, pp. 237 y ss.; BARRACA MAIRAL, J. *Pensar el Derecho. Curso de filosofía jurídica*. Madrid: Palabra, 2005, pp. 100-101; ALBERT MÁRQUEZ, M. *Derecho y valor. Una filosofía jurídica fenomenológica*. Madrid: Encuentro, 2004; VALLET DE GOYTISOLO, J. B. *Metodología de la ciencia... Tomo I...*, 2000, pp. 639 y ss., 1084 y ss.; HERNÁNDEZ GIL, A. *Metodología... Volumen I...*, 2ª ed., 1971, pp. 318 y ss.; o LUYPEN, W. *Fenomenología del derecho natural*. Buenos Aires: Carlos Lohlé Ediciones, 1968, *passim*.

<sup>313</sup> Así lo indica PÉREZ DEL VALLE, C. “La función...”, en VV.AA. *El arresto...*, 2002, p. 27.

<sup>314</sup> PÉREZ DEL VALLE, C. “La función...”, en VV.AA. *El arresto...*, 2002, p. 28.

<sup>315</sup> “[...] el fundamento de las diferentes medidas de sustitución de la pena [...] es el mismo que el de la individualización [...]” (PÉREZ DEL VALLE, C. “La función...”, en VV.AA. *El arresto...*, 2002, p. 29).

Todavía hay otra observación iusfilosófica que quiero añadir aquí, antes de pasar finalmente a las propuestas concretas o a los ejemplos prácticos del paradigma intersubjetivo. De una manera especial en la obra de Gerhart HUSSERL, la fenomenología del derecho sustenta el conjunto de las realidades jurídicas en la estructura –i.e., algo dado– de la persona<sup>316</sup>, lo que nos permite explicar (con pleno sentido) principios, relaciones, instituciones, consecuencias, normas, reglas, etc. En efecto, nuestra ciencia “sólo se refiere al hombre que actúa y, que, por ende, ha de responder moralmente por su obrar”<sup>317</sup>. Nada mejor que una perspectiva de esta naturaleza, que subordina la justicia a la dignidad inconmensurable de los individuos, para fundar mi “renovado” estudio de la concreción del castigo penal –donde no en vano se trata de adaptar la sanción legal abstracta a las peculiaridades del autor, según el grado de su culpabilidad.

En base a lo argumentado y lo concluido hasta aquí –en torno a mi aproximación fenomenológica a la “*Strafzumessung*”–, es el momento ahora para extraer tres consecuencias de carácter conceptual. Ya de entrada, tal como he apuntado en varias zonas de la tesis, propongo mirar (o pensar, diría quizás Adolf REINACH) globalmente el proceso decisorio del sentenciador para cuantificar una medida de la *vindicatio*. Esto es, a partir de una “visión” metodológica que sea capaz de integrar dichas actividades judiciales en su unidad estructural, a fin de comprender las tareas del órgano competente en su conjunto. Así, siendo fiel<sup>318</sup> a la esencia de tan singular labor, tocará admitir los múltiples matices que la caracterizan y respetar la división analítica entre fases enlazadas –por su potencial aclaratorio, o rendimiento teórico-práctico.

---

<sup>316</sup> En este sentido, cfr. –muy especialmente– “Rechtssubjekt und Rechtsperson (1927)”, en *Recht und Welt...*, 1964, pp. 1-66; “Men and the Law”, en FARBER, M. (coord.). *Philosophical Essays in Memory of Edmund Husserl*. Cambridge: Harvard University Press, 1940, pp. 262-277; y “Erfahrung des Rechts”, en *Recht und Zeit...*, 1955, pp. 67-86.

<sup>317</sup> CONTRERAS AGUIRRE, S. A. “Fenomenología...”, en *Eikasía*, Vol. 4, Nº 21, 2008, p. 71; y añade dicho autor a renglón seguido: “De esta forma, si toda conducta humana se cimienta sobre la intuición moral, [entonces ya] toda Ética, y[,] por ello, toda Iusfilosofía, debe[rían] también remontarse a los hechos del conocimiento moral y jurídico[,] y a sus relaciones a priori”.

<sup>318</sup> Así lo explicó Julián MARIAS en una conferencia dictada en Madrid –dentro del ciclo titulado “Los estilos de la filosofía”–, ya en las postrimerías del curso académico 1999/2000:

“[...] el método fenomenológico es algo absolutamente extraordinario, [pues] ha renovado la filosofía completamente desde los comienzos del siglo, ha hecho que se emplee un método de fidelidad extrema a la realidad, de fidelidad escrupulosa a lo que se encuentra unido por implicación[,] o por complicación. [...]

¿Cómo podemos ver nosotros ahora, en el año 2000, el pensamiento de HUSSERL? Lo vemos de una manera distinta: retenemos lo que tiene de descubrimiento, de [esa] adquisición de posibilidades de exploración de la realidad, [aunque] renunciando[,] al mismo tiempo[,] a la reducción fenomenológica y a sus consecuencias. [Y] Hoy encontramos mucho más próximos a HUSSERL y sus discípulos que lo que [éstos] parecían en vida de HUSSERL”.

[disponible en: <<http://www.hottopos.com/mp2/husserl.htm>>; última consulta: 18.04.2017]

Recordemos que, a nivel interno, las distintas operaciones que componen la concreción del castigo se suceden, a su vez, en tres ámbitos sucesivos. En primer lugar, el tribunal fija cuál es el marco abstracto, según establezca la penalidad<sup>319</sup> del tipo delictivo<sup>320</sup> prevista en la Parte especial del Código. Aquí hay que identificar en qué precepto subsumir los hechos objeto de calificación jurídica; y ello supone, en función de la fenomenología del caso<sup>321</sup>, acudir al tipo básico o a cualquiera de los subtipos atenuado o agravado en el que encaje lo sucedido (y debidamente probado en el proceso acusatorio). Es entonces cuando tienen cabida, si corresponde, alguna circunstancia modificativa de lo ilícito que la ley convierte en elemento típico<sup>322</sup>, bloqueando así su posterior empleo –en otras fases<sup>323</sup>. Como es obvio, en esos instantes el órgano decisorio ha de ser coherente con su valoración normativa del relato fáctico.

Segundo, el juez debe establecer el “marco del hecho”<sup>324</sup> objeto del enjuiciamiento, según la configuración fenoménica de aquellos grupos de supuestos que vienen ya determinados en la ley; para ello se aplican las reglas dispuestas a tal efecto, que el Código decreta en diversos artículos de sus dos Libros<sup>325</sup>. Y tercero, compete al tribunal fijar la horquilla penal específica con el que operará en la individualización ulterior, según la medida de la responsabilidad personal del reo, cuando se adecúa a los baremos estandarizados por el legislador. Para ello hay que usar, pues, los preceptos dispuestos en la Parte general con dicho fin, y agrupados en cuatro ámbitos complementarios: (i) la mitigación privilegiada del castigo; (ii) el acrecimiento extraordinario de la *vindictio*; (iii) las restantes circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal; o (iv) la inexistencia de atenuantes y agravantes.

Ya concretado un marco penal, el proceso decisorio entra en la segunda fase: toca ahora individualizar la sanción final a imponer, dentro de la horquilla resultante. Aquí el juez elige razonadamente el *quantum* de reproche –en atención a las circunstancias persona-

---

<sup>319</sup> Véase MIR PUIG, S. *Derecho penal...*, 10ª ed., 2015, p. 762 –quien introdujo este vocablo, que integra penas principales, cumulativas y accesorias–; también la nota a pie número 26 del Capítulo I.

<sup>320</sup> Al respecto de este concepto y de sus relaciones con términos afines, cfr. PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, p. 113.

<sup>321</sup> “El proceso penal se desarrolla en torno a su objeto: un hecho sobre el que se debate si es delito [o no]. Este hecho es un conjunto de datos significativos para la decisión judicial que se refieren a un tipo legal de delito [...]. En la delimitación de los contornos de ese hecho, [...] se presenta como [algo] único e indivisible en el proceso [...]” (PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, p. 281).

<sup>322</sup> Así, véase SALINERO ALONSO, C. *Teoría general...*, 2000, pp. 28 y ss.

<sup>323</sup> Según el llamado “principio de inherencia”, ex art. 67 CP.

<sup>324</sup> Utiliza dicho término RAGUÉS I VALLÈS, R. “§ 17 Anexo...”, en BALDÓ LAVILLA, F. (coord.). *Casos...*, 2ª ed., 1997, pp. 510-514.

<sup>325</sup> Cfr. *supra*, extensamente en el epígrafe II.2.

les del delincuente, y a la mayor o menor gravedad del hecho— aplicando, por analogía, la regla sexta del art. 66.1 CP. Luego llega la definitiva y última etapa; así, en ocasiones se permite al tribunal optar por alguna de las varias formas de inejecución legal del castigo (la sustitución y la suspensión), con cinco modalidades alternativas al cumplimiento penitenciario. En suma, la primera institución supone un “canje” en la naturaleza jurídica de la *vindicatio*, que ya no será de prisión; la segunda implica interrumpir el encarcelamiento, en diferentes fases del proceso<sup>326</sup>.

Pero aún en el ámbito de la primera consecuencia de carácter conceptual que extraigo, de mi enfoque metodológico alternativo a la concreción de las sanciones, cabe destacar una cuestión adicional. En general, la idea de fondo ha ido quedando clara a lo largo de la tesis y, muy especialmente, en este último capítulo: el proceso decisorio con el que el juez sentenciador cuantifica las penas debe mirarse en una perspectiva global, como un conjunto unitario; y ello a pesar de las divisiones internas, que conviene precisar a efectos analíticos. Entonces, todos los elementos del delito y su agente aprehendidos por el órgano competente —según el principio de la inmediación—, en las sucesivas etapas del enjuiciamiento, ayudan a una configuración fenomenológica de ese “*institutional fact*” en el que consiste su objeto.

Más aún, lo anterior tiene también implicaciones respecto de qué orden seguir al aplicar varias reglas de determinación. Ya vimos cómo primero hay que respetar la partición interna de dicha fase del proceso, con sus tres niveles sucesivos: establecer la penalidad abstracta del tipo, fijar el marco del hecho y precisar la horquilla concreta (en función de dónde se sitúen las pautas legales al efecto). Y dentro de cada etapa —por lo general se acumulan normas en la postrera—, la equivalencia sistemática y el vacío legal aconsejan optar (a priori, “*ceteris paribus*”) por un principio “*pro libertate*”. Así, deberá anteponerse siempre el precepto que decreta la operación (cualitativa) de bajada en grado, cualquiera que sea su reducción a la mitad; o, en cambio, prevalecerá lo cuantitativo cuando toca una subida.

No obstante, el órgano sentenciador podría —según la fenomenología del caso enjuiciado, captada gracias a la inmediación propia del proceso— motivar una prelación alternativa (esto es, más gravosa para el reo). En efecto, pues se trata de un momento “anticipado” para la medida de la culpabilidad del sujeto, y bien puede considerarse justificado hacerlo de tal modo. Empero, no sería válido que el tribunal altere los tres niveles suce-

---

<sup>326</sup> Teniendo en cuenta —sin embargo— que ni siquiera esta distinción es indiscutible, tal como expliqué *supra*, en el apartado II.2.

sivos de la determinación penal a su antojo<sup>327</sup>. *A contrario sensu*, al interior de cada estadio se confía la decisión al arbitrio judicial, ejercido con razonabilidad –explicitando los porqués, luego susceptibles de control. Por eso dije que no encuentro argumentos convincentes para primar (ante todo) las operaciones de índole cualitativa sobre lo cuantitativo, o reglas especiales frente a las derivadas de preceptos del Libro I del Código<sup>328</sup>.

Una segunda consecuencia teórica de mi planteamiento fenomenológico sirve para profundizar en el concepto de “decisión individualizadora” –que no en vano anticipé al acabar la Primera Parte de este trabajo<sup>329</sup>. Me refiero aquí con dicho término, esencialmente, a una categoría transversal en la “*Strafzumessung*”: una noción amplia que abarcara un tipo de operaciones judiciales con características similares, en las tres fases del proceso de concreción del castigo. Lo que ayudaría (sin duda alguna) a superar la errónea tendencia a disociar entre las tareas de cuantificación penal e inexecución penitenciaria, algo que es todavía muy habitual, en la doctrina española y alemana<sup>330</sup>. Así, lo más frecuente sigue siendo contraponer –en un sentido material– ambas etapas, en función de los fines de la *vindictio* estatal que imperan en cada una de ellas<sup>331</sup>.

En mi investigación, la idea de la “decisión individualizadora” se proyecta en dos niveles sucesivos y complementarios. *Stricto sensu*, se limitará sólo a la tarea de cuantificar las sanciones, ya dentro de los límites superior e inferior del marco específico obtenido tras aplicar las reglas de determinación pertinentes. Empero, *lato sensu* considerada, la expresión puede englobar también casi todos los aspectos que son legalmente influyentes

---

<sup>327</sup> Verbigracia, a favor de ello véase la STS 447/2014, de 4 de junio, FJ 2º.

<sup>328</sup> Respectivamente, cfr. las notas a pie de página números 137 y 138 del Capítulo III.

<sup>329</sup> Así, véase *supra* –en el epígrafe II.3. Además, utiliza la expresión DEMETRIO CRESPO (*Prevención...*, 1999, pp. 34, 183 y 190 [e inclusive en las pp. 46, 173 y 265 emplea la locución “labor individualizado-ra”]; o “Notas...”, en *Derecho Penal y Criminología*, Vol. 21, Nº 67, 1999, pp. 32, 35, 38 y 42), como sinónimo de la labor judicial desempeñada en el ámbito de la segunda fase para la concreción del castigo –i.e., fijar el *quantum* penal.

Igualmente, un sector doctrinal y jurisprudencial se refiere a la elección de la medida sancionatoria del mismo modo, indicándose que en ese momento el ejercicio del *ius puniendi* se delega –por completo– en un órgano sentenciador; al respecto, cfr. las notas a pie de página números 186, 187 y 188 del segundo capítulo.

<sup>330</sup> Por todos, véase FRISCH, W. “Individualprävention...”, en ALBRECHT, H.-J. (ed.). *Internationale... FS-Kaiser. Band II*, 1998, pp. 770-771, 779 y ss. El autor pone de relieve que, pese a la previsión legal del § 46 StGB, las consideraciones preventivo-especiales (especialmente la influencia de la pena sobre la vida futura del condenado) han sido “prácticamente nulas” en la individualización judicial de la pena en Alemania, quedando reservadas para las decisiones sobre la inexecución penitenciaria del castigo, o la opción en torno a alternativas *vindictorias* a la cárcel.

<sup>331</sup> Sobre dicho aspecto, puntualiza –con gran acierto– SILVA SÁNCHEZ (“La teoría...”, en *InDret* 2/2007, p. 8, nota 14) lo siguiente: “[...] la decisión sobre el sí o el no de suspensión de la pena sí [que] parece tener un carácter político-criminal «directo»”.

a la hora de conceder los mecanismos de inejecución penitenciaria. En el fondo, porque en ambos casos hablamos de cómo un juez ajusta la respuesta estatal (i.e., lo que en la práctica cumplirá el condenado) al grado de la culpabilidad del delincuente, manifestado en sus circunstancias personales y en la gravedad del hecho cometido<sup>332</sup>.

Aún así, lo que marca la diferencia entre un sentido pleno o limitado en el empleo de la locución es claro: en la etapa ulterior para la concreción de los castigos, el órgano competente debe siempre atender al conjunto de los criterios *positivizados* en el Código, algunos de los cuales sobrepasan una perspectiva “individual”. Ello ocurre con la finalidad primaria que rige en la suspensión total: evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos (art. 80.1). Un elemento que podría interpretarse –aunque no necesariamente– en aras de prescindir de la (mayor o menor) responsabilidad subjetiva en la toma de la decisión. Según creo, tal exégesis es incorrecta, porque descontextualiza el dictamen sobre la no ejecución penitenciaria; de este modo se disocian la última fase del proceso y su marco global, como el contenido de la categoría dogmática de la medición punitiva.

Otra cosa distinta sucede al tener que valorar, cuando se otorga la libertad condicional, “la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito” (art. 90.1 CP). Pues será muy espinoso reconducir un aspecto con una connotación tan preventivo general<sup>333</sup> a cualquier fenómeno relativo a las circunstancias “individuales” del interno. Y algo similar pasa con las sendas referencias legales a los “efectos que quepa esperar”<sup>334</sup> de una suspensión total o parcial de cumplimiento en prisión, por cuanto admiten una lectura únicamente *consecuencialista*. Sin embargo, casi todos los factores que la ley sugiere tener en cuenta en aquellos momentos responden a una lógica de base personalista<sup>335</sup>; en eso radica la conexión sustancial entre la elección del *quantum* de un castigo y su eventual inejecución penitenciaria<sup>336</sup>.

---

<sup>332</sup> Cfr. PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, pp. 228-230, y 337-339; y PÉREZ DEL VALLE, C. “La función...”, en VV.AA. *El arresto...*, 2002, pp. 27 y ss.

<sup>333</sup> Así, véase WELZEL, H. *Derecho penal...*, 2ª ed., 1976, p. 3; y recientemente cfr. PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, p. 352-353; o FEJOO SÁNCHEZ, B. J. *Retribución...*, 2007, pp. 304-305.

<sup>334</sup> Según se establece en los arts. 80.1 y 90.1 CP, pero también en la última versión del art. 92.1, respecto de la concesión de la libertad condicional tras una revisión favorable de la prisión permanente.

<sup>335</sup> El art. 80.1 CP obliga a atender a “[...] las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, [y] en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, [o] sus circunstancias familiares y sociales [...]”. Mientras que en el art. 90.1 se mencionan como los aspectos a ponderar “[...] la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, [o] sus circunstancias familiares y sociales [...]”. Finalmente, el art. 92.1 reitera lo anterior, en otra modalidad de suspensión parcial.

<sup>336</sup> Tal como lo ha indicado PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, pp. 229 y 353.

Bien mirado, por analogía, dichas operaciones también enlazan con otras similares, que tienen lugar en fase de determinar el marco penal. Entonces, ese concepto de “decisión individualizadora” incluye asimismo ciertas opciones –intelectivo-volitivas– del juez sentenciador en la primera etapa del proceso. Verbigracia, cuando está obligado a elegir la “clase” de la sanción principal que se impone al condenado<sup>337</sup>, en los (todavía escasos, creo) preceptos donde el CP establece, *ab initio*, dos o más alternativas *vindicatorias*<sup>338</sup>. En mi opinión hay un elemento común innegable que caracteriza buena parte de las actuaciones de un órgano competente en la “*Strafzumessung*” –salvo si aplican reglas imperativas–: en ejercicio de su discrecionalidad, cifrar con magnitud numérica la culpabilidad del reo, en base a criterios de naturaleza esencialmente personal.

*Grosso modo*, en síntesis, tres son los aspectos cardinales de una idea fenomenológica de la “decisión individualizadora”: a) el amplio margen de arbitrio (allende la mera interpretación de las normas) otorgado *ex lege* al juez sentenciador, que no en vano admite varios niveles de libertad operativa<sup>339</sup>, en función de cómo se articulen los preceptos correspondientes; b) el designio de hallar una medida del castigo –siquiera sea aproximada–, que sirva para cuantificar *ad casum* el grado de la responsabilidad subjetiva que el autor tiene por su hecho delictivo propio; y c) la mediación irrenunciable de factores que tienen que ver (integralmente) con la persona del penado –i.e., idiosincrasia, rasgos del carácter, biografía, circunstancias vitales, entorno familiar o social, situación laboral... Y todo ello es lo que unifica varias tareas análogas ubicadas en cada una de las tres etapas del proceso de concreción judicial.

#### 4.2 La culpabilidad fenomenológica, y tres posibles reglas operativas

Finalmente, la tercera y última consecuencia de mi “renovada” aproximación metodológica versa sobre el concepto fenomenológico de culpabilidad en la “*Strafzumessung*”<sup>340</sup>.

---

<sup>337</sup> Al respecto de dicha cuestión, véase un intento de “racionalizar” la toma de decisión en BESIO HERNÁNDEZ, H. *Los criterios...*, 2011, pp. 573-587.

<sup>338</sup> Y sobre ello, cfr. extensamente el siguiente estudio ya citado: BARQUÍN SANZ, J. / LUNA DEL CASTILLO, J. de D. “En los dominios...”, en *RECPC*, N° 14-16, 2012, pp. 1-52.

<sup>339</sup> Desde una perspectiva estrictamente “formal”, las decisiones que toma el tribunal (en cualesquiera fases del proceso de concreción del castigo) se dividen en tres tipos –según sea el ejercicio de su discrecionalidad. En este sentido, los preceptos del Código desglosan así las alternativas posibles: (i) hay reglas que mandan al juez –imperativo– realizar alguna operación aritmética o material, (ii) pautas que facultan (*potestas*) para modular la clase o magnitud sancionatorias, (iii) e incluso normas mixtas –que aúnan ambas orientaciones.

<sup>340</sup> Una sugerencia que se enmarca en eso que HÖRNLE (“La concepción...”, en *ADPCP*, Vol. 54, 2001, p. 402) reclamaba hace ya tiempo: un debate sobre el significado teórico del § 46.1 StGB.

Así las cosas, propongo acoger una perspectiva valorativa “global” respecto de aquélla; un paradigma dogmático alternativo, cuya eficacia queda (empero) limitada por razones intra-sistemáticas: se trata sólo de cuantificar el reproche que alguien merece por su infracción<sup>341</sup> –ya en el posterior estadio de la “*Zurechnungslehre*”. En esa idea cardinal he basado mi planteamiento (del epígrafe anterior): en tanto que única categoría graduable *per se* de la teoría del delito<sup>342</sup>, la “*Schuld des Täters*” es el ámbito estructural adecuado para fijar la magnitud numérica de la reacción sancionatoria estatal. No otra es la crucial labor que aquí se encomienda a los jueces en el sistema *vindicatorio* actual, pese a una tradicional desconfianza del legislador español.

¿Qué se mide exactamente, a la hora de individualizar la pena? Según PAWLIK, hay dos criterios básicos en tal sentido: (i) “la intensidad del injusto imputable del autor al ciudadano, por un lado, de acuerdo al alcance del menoscabo de la libertad [...]”<sup>343</sup>, derivado del hecho; y (ii) “la lealtad [...] frente al proyecto de paz [social,] a través del Derecho en general”<sup>344</sup> –en segundo lugar. No obstante, mi propuesta metodológica discurre en una línea paralela, que aboga por conjugar ambos niveles bajo el denominador común de la culpabilidad, entendida como actitud vital de desprecio personal grave por el fundamento de las normas jurídicas<sup>345</sup>. Si bien con un propósito distinto (i.e., justificar las medidas de seguridad post-penitenciarias, para sujetos imputables y peligrosos), JAKOBS sugiere también algo parecido<sup>346</sup>, cuando afirma que el delincuente debe asumir la carga de sus déficits *autorresponsables* de fidelidad al ordenamiento<sup>347</sup>.

---

<sup>341</sup> En un sentido similar, Mercedes GARCÍA ARÁN (“El llamado...”, en QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F. (coords.). *El nuevo...*, 2001, p. 412) alude al objetivo de lograr la “proporcionalidad referida a la valoración global del hecho”.

<sup>342</sup> Contrario a ello, se manifiesta claramente así SILVA SÁNCHEZ (“Problemas...”, en SUÁREZ GONZÁLEZ, C. / SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. *La dogmática...*, 2001, p. 88): “[...] injusto y culpabilidad (así como punibilidad) constituyen magnitudes materiales graduables, cuya concreción nos proporcionará precisamente la medida de merecimiento y necesidad de pena”.

<sup>343</sup> PAWLIK, M. “Capítulo III. La pena retributiva y el concepto de delito” [título original: “*Vergeltungsstrafe und Verbrechensbegriff*”, traducción de Pilar GONZÁLEZ RIVERO], en *La libertad institucionalizada. Estudios de filosofía jurídica y Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 105.

<sup>344</sup> *Ibid.*

<sup>345</sup> Al respecto de dicha concepción de la “*Schuld des Täters*”, véase PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, pp. 228-229 y 338.

<sup>346</sup> Lo explica de este modo JAKOBS (“Coacción...”, en *InDret* 1/2009, pp. 13-14): “Si las personas aspiran a la libertad, no solamente han de aceptar que, en su caso, deben responder de su comportamiento, sino que más bien tienen que comportarse de tal manera que –pese a todas las «abolladuras» causadas en su personalidad[,] de tanto en tanto– muestren en [su] conjunto una línea de vida que permita concluir que serán fieles al Derecho”.

<sup>347</sup> Dicho con otras palabras, la *polis* espera legítimamente de todos sus miembros que generen “fiabilidad cognitiva”; y, sobre ello, cfr. JAKOBS, G. “Terroristen als Personen im Recht?”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 107, N<sup>o</sup> 4, 2005, p. 843.



Desde un punto de vista complementario –todavía en un plano de lo temporal–, mi concepto fenomenológico de “*Schuld des Täters*” le aporta al debate un elemento adicional, y que no en vano contribuirá al mejor esclarecimiento de las decisiones individualizadas. Así pues, creo que la idea de culpabilidad en la concreción del castigo ha de incluir, conjunta y equilibradamente, referencias a las circunstancias personales del condenado que sean a la vez “*backward and forward-looking*”<sup>348</sup>. Entonces, además de atender a la “*Lebensführung*” del reo (en tanto que revele un mayor o menor rechazo hacia las normas<sup>349</sup>), de igual forma el juez sentenciador debe valorar cualquier –eventual– compensación ulterior de su responsabilidad<sup>350</sup>. Un escenario post-delictivo heterogéneo, al que bien podría llegarse en virtud de conductas propias (la reparación voluntaria del daño) o sucesos ajenos (las dilaciones indebidas).

Con una perspectiva muy similar, PAWLIK afirma que “también el comportamiento posterior del autor puede debilitar el peso de la lesión del deber realizada”<sup>351</sup>; luego mediante los llamados “*actus contrarius*”<sup>352</sup>, el individuo penado “documenta su vuelta a la unidad con los ciudadanos leales al derecho[,] y coloca [comunicativamente] su hecho [...] como un acontecimiento puntual”<sup>353</sup>. En otro sentido, en tanto ello no acontece de manera activa, me parece que cabe sostener un razonamiento en paralelo cuando el procesado sufre algún retraso injustificado –y que no sea imputable a su estrategia de defensa– en la tramitación oficial de la causa. En tales situaciones, dicha compensación “forzosa” de la culpabilidad se produce por motivos institucionalizados, en la medida en que una par-

---

<sup>348</sup> Con una argumentación parecida John FINNIS funda su teoría *retributivista* del sistema penal; véanse ya “Retribution: Punishment’s Formative Aim”, en *American Journal of Jurisprudence*, Vol. 44, Nº 1, 1999, pp. 91-103; y “The Restoration of Retribution”, en *Analysis*, Vol. 32, Nº 4, 1972, pp. 131-135. En España se hace eco de estas consideraciones PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, pp. 34 y 338.

<sup>349</sup> Y así lo arguye PAWLIK (“Capítulo III. La pena...”, en *La libertad...*, 2010, p. 105): “Por otro lado, penalmente provoca una agravación de la pena el hecho de que el comportamiento delictivo, visto individualmente, suponga en la biografía del autor no un acontecimiento aislado, sino que se muestre como una pieza más de una carrera criminal. [Y] Por ello, correctamente, pesará[n] sobre la pena [...] los anteriores delitos del mismo, sobre todo si son [...] similares”. En un mismo sentido, cfr. ya antes FRISCH, W. “Unrecht...”, en BRITZ, G. *et alter* (coords.). *Grundfragen...*, 2001, p. 256.

Por otra parte, ZAFFARONI (*Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2ª ed., 2005, pp. 1050 y ss.) defiende en su manual que la conducta precedente del autor revela sus características personales y denota su actual margen de autodeterminación, aspectos cruciales para medir el castigo.

<sup>350</sup> En torno a esas cuestiones, véase –extensamente– el reciente estudio de BESIO HERNÁNDEZ, H. *Los criterios...*, 2011, pp. 470 y ss.

<sup>351</sup> PAWLIK, M. “Capítulo III. La pena...”, en *La libertad...*, 2010, p. 105.

<sup>352</sup> Acerca de ello, recientemente en la jurisprudencia española, cfr. –por todas– las SSTC 94/2017, de 16 de febrero (FJ 2º); 268/2016, de 5 de abril (FJ 14º); 521/2015, de 15 de octubre (FJ 15º); 508/2015, de 27 de julio (FJ 188º); ó 250/2014, de 14 de marzo (FJ 34º).

<sup>353</sup> PAWLIK, M. “Capítulo III. La pena...”, en *La libertad...*, 2010, p. 105. E igualmente, véase FRISCH, W. “Strafkonzept,...”, en CANARIS, C.-W. *et alter* (coords.). *50 Jahre...*, 2000, pp. 281 y 294.

te de la carga que supone pasar por un estadio de “victimización terciaria”<sup>354</sup> (allende lo exigible) daría lugar a un menor reproche *vindicatorio* –en el momento de la condena.

Sólo si manejamos un “espectro” temporal de carácter bilateral (i.e. “*both backward and forward-looking*”) seremos capaces de integrar de modo adecuado todos aquellos factores relevantes para la graduación individualizada del reproche *vindicatorio*. Y así ocurre –especialmente– con un análisis fenomenológico de ciertas reglas hoy *positivizadas* de determinación del marco penal, como criterios legales que mandan cuantificar la culpabilidad del autor según valoraciones normativas estandarizadas. Verbigracia, la llamada “*multirreincidencia*”<sup>355</sup> (arts. 66.1.5ª y 22.8ª CP), donde el juez tiene en cuenta la trayectoria vital anterior y constatada de desprecio grave por el derecho<sup>356</sup> en aras de agravar la respuesta sancionatoria. O bien –en una línea cronológica opuesta–, de forma similar deberá el sentenciador disminuir la horquilla del castigo si aprecia “muy cualificada” una atenuante de confesión (arts. 66.1.2ª y 21.4ª).

Incluso hay razones *a fortiori* para fundamentar mi propuesta de concreción de la pena, que conectan con uno de los requisitos metodológicos más sustanciales de la “*Strafzumessung*”: la motivación de las decisiones individualizadoras<sup>357</sup>. En efecto, las diversas aportaciones conceptuales o instrumentales (realizadas desde el ámbito iusfilosófico de la fenomenología) permiten un mejor cumplimiento de la dicha exigencia constitucional. No olvidemos ahora que se trata de una garantía procesal mixta<sup>358</sup>: el deber de justificar las resoluciones es una herramienta formal, que faculta dirigir la atención a factores materiales evaluables<sup>359</sup>; en manos de órganos *a quo* y *ad quem*, sirve para fines apologéticos o revisores –respectivamente. ¿Pero cómo argumentar sobre esos elementos des-

---

<sup>354</sup> Sobre esta cuestión, cfr. –por todos– FERREIRO BAAMONDE, X. “Os danos que o sistema penal causa ás persoas sometidas a proceso: a victimización terciaria”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Nº 6, 2002, pp. 359-372; y LANDROVE DÍAZ, G. “La victimización del delincuente”, en BERISTAIN IPIÑA, A. / DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. (coords.). *Victimología. VIII Cursos de Verano en San Sebastián*. Donostia: UPV, 1990, pp. 149-158.

<sup>355</sup> Al respecto, véanse –entre otros– GARCÍA ARÁN, M. “¿Es posible aplicar la agravación por multirreincidencia de forma coherente?”, en HORMAZÁBAL MALARÉE, H. (coord.). *Estudios de Derecho penal. En memoria del Profesor Juan José Bustos Ramírez*. Madrid: Edijus, 2011, pp. 93-110; AGUADO LÓPEZ, S. *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito. Problemas constitucionales y alternativas político-criminales*. Madrid: Iustel, 2008; y RODRÍGUEZ MOURULLO, G. “Aspectos críticos de la elevación de pena en casos de multirreincidencia”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 25, Nº 2, 1972, pp. 289-304.

<sup>356</sup> Cfr. especialmente PAWLIK, M. “Capítulo III. La pena...”, en *La libertad...*, 2010, pp. 105 y ss.

<sup>357</sup> De este modo lo afirma PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, p. 228.

<sup>358</sup> Véase *supra*, en el epígrafe IV.2.

<sup>359</sup> Así, motivar es presupuesto del control: SILVA SÁNCHEZ, J.-Mª. “La revisión...”, en *Poder Judicial*, Nº 6, 1987, p. 141; y ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. “El derecho...”, en *Poder Judicial*, Nº 18, 1990, p. 137.

tacados al cuantificar el reproche *vindicatorio*? Una vía fructífera y realista de hacerlo es a partir de mi principal idea dogmática: la culpabilidad es medida del castigo.

Junto a lo anterior, también hay otro poderoso motivo en defensa de mi aproximación al cometido judicial de “puntualizar” la sanción. Así, “*die Schuld des Täters als Strafmaß*”, en su versión fenomenológica (aquí expuesta), pretende contribuir al objetivo básico de reducir el peligro de la arbitrariedad en la aplicación discrecional de las normas penales, que acrece en “ausencia de reglas concretas y claras que permitan [...] desarrollar esta importante labor de una manera adecuada”<sup>360</sup>. Está en juego la “optimización”, en nuestro ámbito, de uno de los principios cardinales en el Estado de Derecho: la seguridad jurídica, como necesario *statu quo* de previsión, certeza<sup>361</sup> o estabilidad en la observancia del ordenamiento vigente. Y según sugiero en el trabajo, la búsqueda de una satisfactoria razonabilidad<sup>362</sup> del modelo individualizador reclama su legitimación intersubjetiva<sup>363</sup>; veamos, pues, qué significa eso.

HUSSERL afirma que sólo gracias a los encuentros personales será viable la constitución de asociaciones comunicativas, y un consiguiente espacio *social* de sentido<sup>364</sup>. Luego la aprehensión plena de lo real es un logro compartido entre prójimos que se reconocen<sup>365</sup> unos a otros, como un *alter ego* intencionalmente relacionado con los objetos del cono-

---

<sup>360</sup> MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. “El debate...”, en *RDPC*, N° 11, 2014, p. 133.

<sup>361</sup> “[...] la teoría de la proporcionalidad por el hecho aspira a cuantificar la pena mediante una graduación de los elementos de la teoría jurídica del delito, creando una sistematización dogmática de la pena[,] que consiga reducir el margen de arbitrariedad de las decisiones judiciales. De este modo se podrían obtener [sin duda alguna] fallos más predecibles. Esta manera de proceder, a mi juicio, conduciría a la aplicación [del *quantum*] de la pena de un modo prácticamente «mecánico». [Y,] Sin embargo, considero que la aplicación de la pena exacta requiere que el Juez realice una labor de reflexión particularizada[,] para adecuarla a ese caso específico y concreto” (MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. “El debate...”, en *RDPC*, N° 11, 2014, pp. 134-135).

<sup>362</sup> En este sentido, cfr. —especialmente— ALISTE SANTOS, T.-J. *La motivación...*, 2011, pp. 252 y ss.

<sup>363</sup> I.e., un genuino “intercambio de descripciones de los respectivos objetos, la ampliación de los puntos de vista, y la búsqueda de consenso” (LÓPEZ SÁENZ, M<sup>a</sup> del C. “Intersubjetividad...”, en *Enrahonar*, N° 22, 1994, p. 43).

<sup>364</sup> Sobre el planteamiento del citado autor, véase LÓPEZ SÁENZ, M<sup>a</sup> del C. “Intersubjetividad...”, en *Enrahonar*, N° 22, 1994, pp. 33-61.

<sup>365</sup> “Cada sujeto o cada yo, dice HUSSERL, pertenece al mundo como viviendo en él con los otros; y éste es «nuestro» mundo precisamente en el vivir lo[s] unos con los otros” (HERRERA RESTREPO, D. “Husserl y el mundo de la vida”, en *Franciscanum*, Vol. 52, N° 153, 2010, pp. 267-268).

Acerca de la importancia que tiene la idea del “reconocimiento”, en la filosofía política contemporánea, cfr. —por todos— las siguientes tres obras, de diversa procedencia geográfica: RICOEUR, P. *The Course of Recognition*. Cambridge: Harvard University Press, 2005; HONNETH, A. *The Struggle for Recognition. The Moral Grammar of Social Conflicts*. Cambridge: MIT Press, 1995; y TAYLOR, C. M. “The Politics of Recognition”, en TAYLOR, C. M. / GUTMANN, A. (ed.). *Multiculturalism. Examining the Politics of Recognition*. Princeton: Princeton University Press, 1992, pp. 25-73.

cimiento<sup>366</sup>. En una perspectiva metodológica similar, HABERMAS ha aplicado su indagación sobre democracia deliberativa<sup>367</sup> a la justificación formal y material del derecho con esta conclusión: la labor judicial, en busca de una respuesta correcta, “ha de acontecer de modo discursivo y, por [lo] tanto, intersubjetivo”<sup>368</sup>. La sentencia condenatoria es una suerte de “empresa colectiva” que debe plasmar aquellos valores que tienen acogida en el debate ético –con un talante simbólico público, aunque ficticio– entre los ciudadanos; ello como garantía de objetividad y aceptabilidad del dictamen<sup>369</sup>.

Respecto de la concreción del castigo, la proyección de lo antedicho es clara: en suma, son necesarios acuerdos amplios sobre qué factores son los relevantes, en general, para medir la culpabilidad del autor, y graduar un reproche *vindicatorio* (en consecuencia). Así, el “a priori intersubjetivo”<sup>370</sup> husserliano<sup>371</sup> aterrizará en la “*Strafzumessung*” de dos maneras complementarias. Por un lado, a través de una exploración multidisciplinar<sup>372</sup> a la hora de formular catálogos abiertos de criterios que guíen la cuantificación de las penas. Efectivamente, uno de los principales retos del futuro –en torno al que desarrollaré, sin duda, alguna próxima línea de investigación– pasa por la adecuada ponderación del conocimiento y de los puntos de vista aportados por las ciencias auxiliares (en especial,

---

<sup>366</sup> Y, así, “la finitud del yo tiende a superarse mediante el contacto con los otros” (LÓPEZ SÁENZ, M<sup>a</sup> del C. “Intersubjetividad...”, en *Enrahonar*, N<sup>o</sup> 22, 1994, p. 44).

<sup>367</sup> Al respecto, véase sobre todo HABERMAS, J. *Faktizität...*, 1992, *passim*.

<sup>368</sup> GARCÍA AMADO, J. A. “La filosofía...”, en *Doxa*, N<sup>o</sup> 13, 1993, p. 251.

<sup>369</sup> Críticamente con ese enfoque, por un excesivo “formalismo” en la postura de HABERMAS, cfr. –entre otros– ALÚTIZ COLORADO, J. C. “Una revisión...”, en *Política y Sociedad*, Vol. 47, N<sup>o</sup> 2, 2010, pp. 182 y ss.; o MUGUERZA CARPINTIER, J. “De la conciencia...”, en GIMBERNAT ORDEIG, J. A. (ed.). *La filosofía...*, 1997, pp. 75 y ss.

<sup>370</sup> En torno a dicho concepto, véase HERRERA RESTREPO, D. “Husserl...”, en *Franciscanum*, Vol. 52, N<sup>o</sup> 153, 2010, pp. 267-268:

“HUSSERL expresamente se refiere a la actividad científica organizada como actividad profesional que implica una comunidad de científicos[,] que comparten proyectos, adquisiciones, verdades, etc. En el origen de esta comunidad se encuentran las relaciones entre los hombres y, en primer lugar, su interrelación corporal. Se trata, pues, de la subjetividad vista como insuficiente[,] si se considera al sujeto individual como una unidad independiente y aislable[,] de algún modo, es decir, abstrayéndolo de sus relaciones originales (aprióricas) con los otros hombres, en tanto que también son sujetos de experiencia, acción, juicios, etc., en la formación histórica de comunidades culturales [–]y sociedades. De esta manera, HUSSERL supera el problema de pensar al otro yo desde la posición irreductible del propio yo”.

<sup>371</sup> Para una visión global de este asunto, cfr. HUSSERL, E. *Die Krisis der europäischen Wissenschaften und die transzendente Phänomenologie*. La Haya: Martinus Nijhoff, 1984, pp. 110 y ss.; HUSSERL, E. *Zur Phänomenologie... Teile I, II & III*, 1973, *passim*; o HUSSERL, E. *Cartesianische Meditationen und Pariser Vorträge*. La Haya: Martinus Nijhoff, 1950, pp. 44 y ss.

<sup>372</sup> Y es que no en vano “[...] la determinación de la pena constituye un tema complejo que se presta a ser tratado desde perspectivas diversas: jurídico-dogmática, político-criminal, criminológica y procesal” (GALLEGO DÍAZ, M. *El sistema...*, 1985, p. 5). En un mismo sentido, véase –verbigracia– QUINTERO OLIVARES, G. “Determinación...”, en *CPC*, N<sup>o</sup> 4, 1978, p. 57.

la criminología, la antropología y la sociología). Sólo entonces superaremos esas “lagunas manifiestas en el tratamiento del tema”<sup>373</sup> que lamentó GALLEGO, hace ya tiempo<sup>374</sup>.

La segunda manifestación derivada del a priori intersubjetivo –en la individualización del castigo– tiene que ver con mi propuesta de superar un enfoque exclusivamente teleológico, basado en la polémica (e “identitaria”) toma de postura a favor de una u otra teoría del *ius puniendi*. En lugar de un planteamiento “frentista”, cosa de la que tampoco acabarían de librarse los enfoques dogmáticos *stricto sensu*<sup>375</sup>, sugiero aquí en cambio tomar un camino alternativo: la búsqueda colectiva de “*loci communes*” –o “*tópos koinós*”. Si queremos *realizar* esta ambiciosa<sup>376</sup> pretensión (i.e., hallar una serie de factores y de reglas operativas para la concreción penal, que puedan ser aceptados por una inmensa mayoría de juristas), la idea fundamental será que tales criterios no generen rechazo *ab initio* desde ninguna “atalaya”. O, con otras palabras, hay que lograr el amplio consenso –doctrinal y jurisprudencial– a partir de un respeto constructivo a la “racionalidad” propia de cada iusfilosofía.

Veámoslo con un ejemplo: verbigracia, pongamos que, en un delito de homicidio imprudente por un accidente de tráfico (art. 142.1 CP), el conductor –responsable de la muerte de su prometida– tiene un historial impecable (ocho años de carné, todos los puntos, sin multas por infracciones graves...), y da negativo en el control por sustancias tóxicas. Según su versión, le invadió un sueño súbito e imprevisible –nunca le había pasado algo parecido–, trató de despejarse con música antes de parar en la siguiente estación de

---

<sup>373</sup> GALLEGO DÍAZ, M. *El sistema...*, 1985, p. 3.

<sup>374</sup> Recientemente, PÉREZ DEL VALLE (*Lecciones...*, 2016, p. 322) reclama un “marco teórico adecuado” para individualizar las sanciones; en una línea similar, cfr. también SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. “La teoría...”, en *InDret* 2/2007, p. 2; y GALLEGO DÍAZ, M. *El sistema...*, 1985, p. 6 –entre otros.

<sup>375</sup> De manera clara lo pone de relieve SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. “La teoría...”, en *InDret* 2/2007, pp. 8-9: “[...] ocurre [ahora] que el propio método de aproximación al contenido de las categorías de la teoría del delito es [a menudo] objeto de polémica [doctrinal]. Resulta, por tanto, inútil pretender liberar de esa precomprensión metodológica a la determinación de la medida en que tales categorías se dan. Expresado brevemente: el método de cuantificación del injusto tiene que ver con el concepto de injusto de que se parta; y otro tanto sucede[ría] con en el caso de la culpabilidad. En función del concepto de partida, adquirirán relevancia cuantificadora unas circunstancias u otras (o lo harán en medida diversa)”.

<sup>376</sup> Será preciso aquí tomar muy en consideración una advertencia que HÖRNLE (“La concepción...”, en *ADPCP*, Vol. 54, 2001, p. 424) hace con estas palabras:

“[...] es más complicado desarrollar criterios comprensibles intersubjetivamente y que puedan utilizarse de modo uniforme para la valoración de la personalidad, el carácter o la actitud interna[,] que llegar a un consenso sobre la piedra angular de la valoración del injusto. Con la decisión de situar claramente al injusto del hecho en un primer plano[,] y de limitar la valoración de la culpabilidad a las constelaciones excepcionales de disminución [...], se fomenta una medición de la pena previsible[,] y trasladable a la práctica de forma uniforme”.

servicio, pero finalmente perdió el control del vehículo al cerrársele los ojos. Probado en el juicio oral el relato del acusado, que suscita en el juez “certeza moral”<sup>377</sup>, sus circunstancias personales (art. 66.1.6º) aconsejan imponer la sanción en el rango mínimo –i.e., hasta dos años de prisión– para así luego incluso suspender, ya en la misma sentencia, la ejecución penitenciaria de la condena (art. 80.1).

Pensemos bien en qué factores específicos habrá tenido en cuenta el órgano *a quo*, para concretar el castigo de dicho autor. *Grosso modo* identifico los siguientes cuatro elementos, como los más relevantes a tales efectos: (i) una trayectoria vital de respeto a la normativa de tráfico; (ii) una viable circunstancia atenuante analógica –sobre la base de la eximente incompleta de trastorno mental transitorio–, a causa de su pérdida temporal de conciencia; (iii) el entorno familiar, laboral y social favorable, que revela su “fidelidad” general a los fundamentos del derecho y de la *polis*; y (iv) la “*poena naturalis*” ya sufrida tras el accidente, con la muerte de su prometida y el sentimiento de culpa que manifiesta desde entonces. La clave está, ahora, en verificar si los criterios son o no aceptables, a partir de cualesquiera “*Strafzwecke*”; en este sentido, creo que ninguno de ellos sería radicalmente opuesto a la “*ratio essendi*” de los diversos planteamientos teóricos.

En una perspectiva retributiva, todo el relato fáctico apunta a un menor merecimiento de reproche para el condenado, en la medida en que su grado de responsabilidad personal por el hecho cometido es escaso, y una parte de la legítima *vindicatio* estatal ha quedado compensada a posteriori, con el escenario gravoso que afronta. Ya por razones *consecuencialistas*, una lectura preventivo-general del caso no sugiere la necesidad de imponer una mayor pena en aras de la suficiente estabilización normativa –ni tampoco para evitar la “difusión” delictiva. Por último, los mismos motivos de la decisión individualizadora apuntan a que el sujeto está cabalmente socializado<sup>378</sup> y su pronóstico futuro de peligrosidad criminal es nulo. Sea como fuere, lo decisivo para mi propuesta fenomenológica de la concreción del castigo es que los cuatro factores operativos (listados arriba) reflejan así alguna “disminución” en la culpabilidad del reo.

No obstante, recordemos que esta forma de proceder se sitúa lejos de la posibilidad de obtener una “*Punktstrafe*” –o en términos iusfilosóficos, de hallar la “única respuesta co-

---

<sup>377</sup> Acerca del concepto y su relevancia en sede procesal, véase *supra* en el epígrafe V.1.

<sup>378</sup> Aun así, SILVA SÁNCHEZ (“La teoría...”, en *InDret* 2/2007, p. 7 [nota 20]) es escéptico al ponderar las cuestiones preventivo-especiales en la “*Strafzumessung*”; ello “[...] dado que faltan los necesarios conocimientos empíricos. Aparte, debe[rá] considerarse que su proyección real [...] sobre el acto de medición de la pena resulta poco menos que imposible”. E, igualmente, cfr. HÖRNLE, T. *Determinación...*, 2003, pp. 37-42.

recta” al problema jurídico planteado. En vez de eso, el método patrocinado implica (de un modo u otro) la existencia de un cierto “*Spielraum*”<sup>379</sup>; esto es, un margen irreducible de arbitrio judicial, que ni tan siquiera los criterios intersubjetivos y sus reglas derivadas pueden eliminar. Aspiramos –claro que sí– a lograr mayores niveles de certeza y de razonabilidad en el proceso (intelectivo-volitivo) de la búsqueda de un *quantum* adecuado de sanción<sup>380</sup>, pero sería absurdo pretender ir más allá. También porque, no en vano, la discrecionalidad del órgano sentenciador es una realidad instrumental que juega a favor de la mejor individualización del castigo –potencialmente dable en el sistema penal–, en virtud de optimizar el principio de inmediación.

Zanjo ahora este ulterior capítulo (y por ende el conjunto del trabajo) con una breve exposición de tres factores paradigmáticos en la concreción *vindicatoria*, que se ajustan al modelo fenomenológico aquí propuesto, de tal manera que allanan el camino que habrá de venir después –i.e., elaborar un catálogo *numerus apertus* de reglas operativas. Son sólo una pequeña muestra del rendimiento práctico del “*Method*”, que he seleccionado a título ejemplificativo por motivos diversos. En primer lugar, examino la institución de la “*Überlegung*”, sobre la que REINACH escribió una de sus obras jurídicas principales<sup>381</sup>, y que se ha traducido como “premeditación”<sup>382</sup>. Allí el autor observa agudamente las contradicciones que acarrearán las opuestas evaluaciones morales o legales de la dicha figura; y, pese a que no era su objetivo, algunas de sus reflexiones tienen aplicación directa en nuestra área de estudio.

Así, verbigracia, es habitual considerar un crimen más reprehensible si se realiza después de deliberar al respecto; e inclusive el Código prevé una circunstancia agravante en ese sentido: la alevosía. No obstante, parece que la ética haya de juzgar también con severidad a quien delinque sin pensarlo dos veces, pues revela un ejercicio defectuoso de la

---

<sup>379</sup> Tal como lo arguye FUENTES CUBILLOS (“El principio...”, en *Revista Ius et Praxis*, Vol. 14, Nº 2, 2015, p. 37), “[...] la existencia de criterios intersubjetivos de valoración pueden [sic] permitir al juez ponderar con mejor racionalidad la justa medida de la pena, tomando [aquí] en cuenta, dada la ausencia de absoluta certeza en este ámbito, que siempre habrá un espacio de juego donde la pena impuesta puede considerarse adecuada al caso concreto”.

<sup>380</sup> Respecto de la dicha cuestión, véase ya *supra*, en los apartados IV.2, IV.3 y V.1.

<sup>381</sup> El texto original se publicó en estas dos partes sucesivas: REINACH, A. “Die Überlegung; ihre ethische und rechtliche Bedeutung”, en *Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik*, Vol. 148, 1912, pp. 181-196; y REINACH, A. “Die Überlegung; ihre ethische und rechtliche Bedeutung (II)”, en *Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik*, Vol. 149, 1913, pp. 30-58.

<sup>382</sup> Cfr. REINACH, A. *La premeditación. Su significación ética y jurídica*. Madrid: Encuentro, 2015. Y, ello no obstante, me parece más correcta su traducción por los vocablos “reflexión” o “deliberación”, puesto que aquella palabra lleva aparejada una negativa connotación –a nivel de un desvalor penal– que el autor quiso precisamente evitar.

razón<sup>383</sup>. Según REINACH, esta aporía indica que el significado normativo de la “*Überlegung*” es incorrecto (o, al menos, parcial), pues se basa en esta premisa contingente: el conocimiento y la intención que el agente tiene acerca del desvalor del hecho agrava su culpabilidad. Empero, la relación entre meditar sobre una conducta y aprehender su antijuridicidad no es biunívoca: uno puede saber que algo es censurable, sin apenas reflexión previa –lo ha interiorizado en su carácter–, y, en cambio, otra persona será incapaz de comprender moralmente su infracción, ni siquiera tras recapacitar largo y tendido.

De hecho, REINACH defiende la corrección del juicio normativo que está detrás de la regla ético-social imperante, por encima de las previsiones del legislador: el autor merece mayor reproche por su delito cuando actúa de forma impulsiva (i.e. sin ejercer un dominio sobre sí mismo). Entonces, concluye que la tradición jurídico-penal no refleja bien el contenido fenomenológico de la “*Überlegung*”, en la medida en que establece una suerte de presunción “*iuris tantum*”, en contra de la actitud deliberativa<sup>384</sup>. Frente a ello, cree que es bueno que las personas piensen con detenimiento lo que hacen; mientras que el arrebató implica una desatención o insensibilidad fundamentales hacia los valores de la comunidad, lejos de reducir *per se* el grado de responsabilidad individual por la conducta. Luego el Código se equivoca al prever generalmente un castigo más severo para las infracciones premeditadas, y flexible cuando se prescinde del raciocinio<sup>385</sup>.

Con respecto a la decisión judicial de la “*Strafzumessung*”, las anteriores observaciones de REINACH apuntan a una conclusión de gran interés –que no en vano se alinea con mi propuesta conceptual. Así las cosas, de entrada no hay suficientes motivos para prefijar el significado moral exacto de la “*Überlegung*”, o de manera apriorística<sup>386</sup>. Por lo que la ley *positiva* no debería atribuir una consecuencia *vindicatoria* imperativa a toda clase de deliberación, al menos sin permitir que un juez estime la fenomenología del proceso reflexivo que llevó a cabo el reo, en su adecuación al ordenamiento. Igual que sucede con las modalidades de tipo subjetivo (según vimos, no siempre quien obra con dolo directo merece mayor reproche que alguien con “ceguera sobre los hechos”<sup>387</sup>), la clave estaría en la medida de la culpabilidad personal que se manifiesta en la conducta: ¿cuán intenso es el grave desprecio por el fundamento de las normas?

---

<sup>383</sup> Así las cosas, REINACH (*La premeditación...*, 2015, pp. 35-36) puso de manifiesto que, según la ley alemana vigente cuando escribe, el homicidio sin deliberación podía rebajarse hasta tan sólo seis meses de prisión, mientras que el asesinato podía conducir a la pena de muerte.

<sup>384</sup> Véase REINACH, A. *La premeditación...*, 2015, pp. 74 y ss.

<sup>385</sup> En tal sentido, cfr. REINACH, A. *La premeditación...*, 2015, pp. 86-88.

<sup>386</sup> Para una explicación con gran detalle, véase REINACH, A. *La premeditación...*, 2015, pp. 67 y ss.

<sup>387</sup> Al respecto, cfr. *supra* –los epígrafes V.4 y VI.3.



Ya en la doctrina española, por otra parte, recientemente algunos autores han apuntado la existencia de ciertos factores específicos para la individualización del castigo que son susceptibles de un análisis a la luz de mi propuesta metodológica. Por ejemplo, en sede de la llamada “responsabilidad penal de las personas jurídicas”<sup>388</sup>, CIGÜELA SOLA sugiere que la posición que ostenta el trabajador en la empresa es un criterio relevante al establecer el *quantum* sancionatorio<sup>389</sup>. De manera que, si existe una “estructura anuladora”, que haya ejercido una influencia directa en el comportamiento del subordinado, ello deberá verse reflejado en una menor magnitud de reproche *vindicatorio*<sup>390</sup>. Creo que sin duda el razonamiento encajaría en un enfoque fenomenológico del problema, en la medida en que la situación de dependencia del acusado respecto de la “cultura organizativa” revele a las claras una culpabilidad disminuida.

Un planteamiento distinto defiende hace poco CÁMARA ARROYO, al tratar de fundar la incidencia penológica *–favor rei–* que habrían de tener las circunstancias económicas adversas del delincuente en el momento de cometer los hechos<sup>391</sup>. Según indica aquél, la cláusula legal de atención a las circunstancias personales del condenado (en cuyo seno caben datos relativos a su entorno familiar o laboral<sup>392</sup>) es un elemento subsidiario<sup>393</sup> de flexibilización del sistema, que “abre las puertas –aunque de forma bastante limitada– a una mayor justicia social en el ámbito del Derecho penal”<sup>394</sup>. En efecto, lamenta el autor “la falta de elasticidad”<sup>395</sup> de la normativa española sobre “*Strafzumessung*” al valorar la pobreza, más allá de una posible eximente incompleta por estado de necesidad (así, en

---

<sup>388</sup> Sobre ello véanse recientemente GOENA VIVES, B. *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2017; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. “Strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen? Einige Thesen”, en *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, Vol. 163, Nº 5, 2016, pp. 238-248; y BAJO FERNÁNDEZ, M. / FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. / GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *Tratado...*, 2016.

<sup>389</sup> Cfr. CIGÜELA SOLA, J. *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 304.

<sup>390</sup> “[...] en casos límite o extremos, cuando el sujeto haya obrado co-influido por presiones estructurales[,] no se descarta una atenuación en lo que a su responsabilidad subjetiva respecta” (CIGÜELA SOLA, J. *La culpabilidad...*, 2015, p. 304).

<sup>391</sup> Así, véase CÁMARA ARROYO, S. “Justicia Social y Derecho penal: individualización de la sanción penal por circunstancias socioeconómicas del penado (arts. 66.1.6º, 20.7 CP y 7.3 LORRPM)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 68, Nº 1, 2015, pp. 237-275.

<sup>392</sup> En la reciente jurisprudencia española, cfr. –por todas– las SSTS 669/2016, de 21 de julio (FJ 3º); 782/2015, de 14 de diciembre (FJ 4º); 24/2014, de 29 de enero (FJ 3º); 97/2013, de 14 de febrero (FJ 6º); 21/2012, de 18 de enero (FJ 2º); ó 281/2011, de 2 de marzo (FJ 2º).

<sup>393</sup> I.e., un factor que actúa sólo “[...] cuando no sea posible la valoración de circunstancias que modifiquen la responsabilidad criminal. Además de ello, se trata de un criterio de determinación de la pena no esencial[,] que dependerá de la existencia de datos relevantes sobre el entorno social y la personalidad del delincuente” (CÁMARA ARROYO, S. “Justicia...”, en *ADPCP*, Vol. 68, Nº 1, 2015, pp. 249-250).

<sup>394</sup> CÁMARA ARROYO, S. “Justicia...”, en *ADPCP*, Vol. 68, Nº 1, 2015, p. 251; elimino la cursiva del autor.

<sup>395</sup> *Ibid.*, p. 274.

el tradicional “hurto famélico”<sup>396</sup>). Sea como fuere, su relevancia fenomenológica para la concretar el castigo

Finalmente, acabo ya con dos reflexiones que suscita un estudio del Derecho comparado, en especial ahora en relación con el sistema criminal en el ámbito anglosajón<sup>397</sup>. En los países regidos por la tradición jurídica del llamado “*common law*”<sup>398</sup>, el procedimiento penal<sup>399</sup> –si es condenatorio– tiene lugar en una doble fase<sup>400</sup>. Así, en primer lugar se celebra el juicio oral, donde se practican las pruebas admitidas, y el órgano competente emite (o no) un veredicto de culpabilidad –“*guilty verdict*”–, sea mediante jurado popular o un tribunal técnico. A continuación, si se considera al autor responsable del delito, entonces se abre una pieza separada, que se celebrará a posteriori. Tras haberse investigado, por parte de las agencias gubernativas encargadas de ello<sup>401</sup>, los factores personales de toda índole que se estimen relevantes al efecto, en la etapa de “*sentencing*” se debate y resuelve sobre la magnitud del castigo merecido por el reo.

Sin duda alguna, esta estructura procesal institucionalizada facilita mucho las cosas, en aras de una labor de concreción *vindicatoria* que sea más justa (o adecuada a las peculiaridades del caso), y proporcionada al grado de la “*Schuld des Täters*”. Obviamente, la

---

<sup>396</sup> Al respecto, véase CÁMARA ARROYO, S. “Justicia...”, en *ADPCP*, Vol. 68, Nº 1, 2015, pp. 257 y ss.; y también el clásico estudio de PEREDA, J. “El hurto famélico o necesario”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 17, Nº 1, 1964, pp. 5-28.

<sup>397</sup> Sobre ello, cfr. –entre muchos otros– BERNAL DEL CASTILLO, J. *Derecho penal comparado. La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental*. Barcelona: Atelier Libros, 2011; y TINOCO PASTRANA, Á. *Fundamentos del sistema judicial penal en el “common law”*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2001. Para un enfoque histórico, véase verbigracia PLUCKNETT, T. F. *A Concise History of the Common Law*. Indianápolis, IN: Liberty Fund, 2010.

<sup>398</sup> Para una aproximación actual a la relación que existe hoy entre las dos grandes “familias” jurídicas occidentales, desde la Filosofía del derecho, cfr. GALLEGO GARCÍA, E. A. *Common law. El pensamiento político y jurídico de Sir Edward Coke*. Madrid: Encuentro, 2011. En términos comparativos, véase recientemente VRANKEN, M. *Western Legal Traditions. A Comparison of Civil Law and Common Law*. Annadale (Nueva Zelanda): The Federation Press, 2015. Y, con una perspectiva general sobre los modelos anglosajones, cfr. por ejemplo MATTEI, U. *Il modello di Common Law*. Turín: G. Giappichelli, 4ª ed., 2014; ALISTE SANTOS, T.-J. *Sistema de common law*. Madrid: Ratio Legis, 2013; y LÓPEZ MONROY, J. de J. *El sistema jurídico del Common law*. México, D.F.: Porrúa, 2011.

<sup>399</sup> En general, cfr. –por todos– HIRSCHL, D. J. / WAKEFIELD, W. O. / SASSE, S. *Criminal Justice in England and the United States*. Sudbury, MA: Jones & Bartlett Learning, 2ª ed., 2008, pp. 185 y ss.

<sup>400</sup> Acerca del origen de esta bifurcación en el sistema anglosajón, véase HOROVITZ, A. “The emergence of sentencing hearings”, en *Punishment & Society*, Vol. 9, Nº 3, pp. 271-299.

<sup>401</sup> Dentro del complejo modelo norteamericano, el “*United States Probation and Pretrial Services System*” está formado por el conjunto de los órganos del gobierno federal –integrados en el poder judicial– que asisten a los tribunales en sus labores de “*sentencing*”. Ya a nivel estatal, cada condado tiene sus agencias similares, que operan en el respectivo ámbito jurisdiccional –como el “*Office of Pretrial Services*” de Santa Clara (California).

separación formal entre ambos momentos decisorios es reflejo de la premisa normativa de que estamos ante aspectos del enjuiciamiento con distinta naturaleza: el sí *versus* el *quantum* del reproche penal. Frente a un sujeto ya declarado culpable, la segunda fase del “*trial*” responde a la necesidad sobrevenida de emprender el análisis pormenorizado de sus circunstancias personales –a fin de medir la sanción. Por eso se elabora a la sazón un dictamen pericial acerca de aquellos elementos con trascendencia individualizadora<sup>402</sup>, y se concede a las partes fundar un “*petitum*”; algo que se antoja difícil de replicar (por falta de medios) en nuestro sistema constitucional<sup>403</sup>.

Más aún, por ejemplo en Estados Unidos, en la ulterior etapa del proceso, el órgano judicial puede hacer uso de las llamadas “*Sentencing Guidelines*”<sup>404</sup>, una norma de carácter facultativo<sup>405</sup> que ofrece pautas y criterios legales para la concreción del castigo. Sin embargo, conviene hacer ahora una precisión importante: el estudio (transversal) de dichos documentos –que no en vano han proliferado en las últimas décadas, tanto a nivel federal<sup>406</sup> como estatal<sup>407</sup>– sugiere que se trata de reglas para la determinación de marcos punitivos, en vez de orientaciones en torno a una decisión individualizadora<sup>408</sup>. Así, el objetivo primordial de tales guías es limitar un ejercicio arbitrario (i.e. irrazonable o no motivado) del amplio margen de discrecionalidad que el derecho otorga a los magistrados, en aras de evitar los excesos de un régimen flexible –sin límite *vindicatorio* inferior. Entonces, si acaso serán disposiciones comparables a los preceptos que nuestro Código contiene bajo la rúbrica “De la aplicación de las penas”<sup>409</sup>.

---

<sup>402</sup> Verbigracia, datos sobre “[...] *family, education, employment, finances, physical and mental health, and alcohol or drug abuse*” [disponible en: <<http://www.uscourts.gov/services-forms/probation-and-pre-trial-services/probation-and-pretrial-officers-and-officer>>; última consulta: 17.05.2017].

<sup>403</sup> Así lo argumentaba –entre otros– GARCÍA ARÁN, M. “Culpabilidad, legitimación y proceso”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 41, Nº 1, 1988, p. 106. Además, con propuestas de *lege ferenda*, cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. “Una reforma necesaria para acompañar al Código penal: el juicio oral en dos fases”, en *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 73, 2001, pp. 159-187.

<sup>404</sup> En EE.UU., el texto vigente de las “*United States Sentencing Guidelines*”, aprobado por la comisión federal competente, está accesible online: <<http://www.ussc.gov/guidelines/2016-guidelines-manual>>.

<sup>405</sup> Pese a considerarse imperativas al promulgarse, el Tribunal Supremo decidió en 2005 (*U.S. versus Booker*) la inconstitucionalidad de tales preceptos de la Sentencing Reform Act de 1984, de modo que actualmente son directrices facultativas.

<sup>406</sup> Desde 1987, las “*Sentencing Guidelines*” federales se revisan y publican cada año (salvo en 1996 y 1999); el archivo histórico se puede ver aquí: <<http://www.ussc.gov/guidelines/archive>>. Sobre la base de la versión de 2015, esta página web permite hacer simulacros: <<http://www.sentencing.us>>.

<sup>407</sup> Casi todos los Estados tienen su propia normativa (de carácter consultivo), a fin de guiar la labor de los jueces al aplicarse las flexibles disposiciones penales; por ejemplo, las “*Sentencing Guidelines*” de Minnesota: <<https://mn.gov/sentencing-guidelines/guidelines>>.

<sup>408</sup> Si bien es cierto que ambos autores no lo afirman igual, mi conclusión se apoya en los estudios de ZYSMAN QUIRÓS, D. *Castigo...*, 2013; y REICHERT, C. *Intersubjektivität...*, 1999.

<sup>409</sup> En el Capítulo II del Título III del Libro I de la ley.



# CONCLUSIONES

Al inicio de la presente investigación, me planteé como el objetivo principal acometer un estudio renovador e interdisciplinar sobre una de las cuestiones hoy más paradójicas en nuestro ámbito: la llamada individualización judicial de la pena. Ello es así porque la importancia de tal decisión para la vida del reo –¿acaso es lo mismo uno que cuatro años de prisión, con las secuelas que pueden derivarse?– no se corresponde con el reciente tratamiento doctrinal o jurisprudencial de la materia, a la que JESCHECK se refiere como el verdadero “cénit” de la actividad forense. Después del camino recorrido, a lo largo de las tres partes en las que divido el trabajo, y sin ánimo de recoger ahora todos los matices o las peculiaridades del análisis anterior, sugiero un decálogo de reflexiones, como colofón de la tesis doctoral.

1. El estudio transversal de los autores que tratan del asunto arroja una conclusión: aún predominan en la doctrina la heterogeneidad terminológica y la imprecisión conceptual, por la ambivalencia de las expresiones. Algunos emplean como sinónimos los vocablos “determinación” e “individualización” en sus exposiciones sobre el tema. Y, además, se utilizan nombres diversos para referirse al proceso “global” de imposición de las penas: unas veces “determinación”, u otras “individualización”; e incluso “aplicación”, la palabra que contiene el capítulo correspondiente del Código. En esta tesitura, he optado por un término específico, que catalogue (en su conjunto) la operación jurídica que nos ocupa, pero sin que –al mismo tiempo– se identifique con esos manejados generalmente por la doctrina para referirse a su estructura interna.

De este modo, la locución “concreción del castigo” es la representativa del segundo nivel de actuación, el judicial, en el reparto competencial sobre el ejercicio del *ius puniendi*. Dicho término no suena “extraño” en el debate contemporáneo, pero en ningún caso se maneja del modo aquí propuesto, si bien es claro que resume a la perfección la finalidad principal del proceso decisorio; y a ello apuntan, también, las múltiples referencias a la busca de un marco o una pena concretos (en esta fase). Además, concreción alude a las operaciones jurídicas con las que el ordenamiento pasará de normas abstractas e “impersonales” a reglas de conducta que orientan al individuo, singularmente interpelado por su contenido. Entonces, prefiero usar esa palabra y no “aplicación” o “fijación”: la primera comprende tan solo la subsunción o puesta en práctica de una norma, cuando se produce el supuesto de hecho previsto en la misma; y la última no denota –al menos necesariamente– el elemento individualizador propio de este nivel funcional.

En definitiva, llamo “concreción del castigo” a ese proceso decisorio del juez sentenciador que culmina con la elección de una consecuencia jurídica específica: el *quantum* de la pena –sea o no ésta finalmente ejecutable–, adecuada a las circunstancias personales del autor, y a los condicionantes fácticos del ilícito. Por lo tanto, se trata de catalogar con dicha expresión el conjunto de las atribuciones confiadas al Poder Judicial a la hora de imponer la *vindictio* estatal. De entre los potenciales “candidatos”, es el término cuya connotación mejor refleja la esencia de las labores aquí incluidas, y sin ser ajeno a la reciente reflexión doctrinal. Precisamente por estas razones, he descartado otros vocablos posibles como “realización”, “medición”, “cuantificación” o “adaptación”; sin embargo, todos ellos identifican aspectos inherentes al ejercicio del *ius puniendi* en esa etapa, que ya considero abarcados por aquél.

2. Tras esta aproximación conceptual, se plantea una duda adicional: ¿en qué consiste, dogmáticamente, la concreción del castigo? En España, la doctrina mayoritaria no sitúa estas cuestiones en el marco analítico de la teoría del delito; en efecto, todo lo relativo a la determinación e individualización de las sanciones se ubica, casi sin excepciones, en una zona de “penumbra”, ya fuera del sistema (e incluso aunque tenga lazos con éste). En el mejor de los casos, del tratamiento del asunto se concluye que son “sólo” ámbitos de la controvertida categoría de la “punibilidad” –como cajón de sastre– o bien aspectos propios de las consecuencias jurídicas del ilícito; a lo peor, ni tan siquiera se contempla en el índice (a veces exhaustivo) de algunos manuales. Pero la opción dominante sigue siendo no pronunciarse explícitamente sobre ello, abonando así la idea de que estamos en los dominios iusfilosóficos de las llamadas “teorías de la pena”.

En cambio, propongo adoptar una solución dogmática: la concreción del castigo sería el contenido específico de la categoría sistemática de la culpabilidad. Así, ya en una teoría de la imputación, aquella “sólo puede tener [...] una función [privativa]: la determinación de los criterios que conforman una cuantificación [numérica] de la culpabilidad del autor de un injusto [...] y que, en consecuencia, permiten una correcta individualización [...]”<sup>1</sup> de la pena. Entonces, “[...] el estudio de la fase de determinación [*lato sensu*] en el sistema español es, esencialmente, un examen de la culpabilidad en un sentido cuantitativo”<sup>2</sup>. Y, por consiguiente, lo que el juez mide en cada caso es la concreta manifestación –exteriorizada en el delito enjuiciado, en mayor o menor grado– del desprecio personal y grave del reo por el fundamento de las normas jurídicas.

---

<sup>1</sup> PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, p. 228.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 229.

Por lo que aquí respecta, formulo del siguiente modo la conclusión normativa con la que lleno de sentido mi propuesta terminológica: las decisiones judiciales sobre el *quantum* de la pena final sirven para graduar la medida de la responsabilidad personal del autor<sup>3</sup> manifestada en el supuesto de hecho, en base a criterios establecidos en la ley y según un arbitrio razonablemente ejercido. Así pues, con la distinción “estructural” de ACHENBACH, creo correcto separar, con fines meramente “instrumentales”, las aproximaciones iusfilosófica (esto es, la pregunta por la justificación externa de la *vindictio* estatal, o el fundamento en la imposición de una condena) y sistemática (i.e., en su magnitud numérica). Más allá de las necesarias interacciones que habrían de predicarse sobre ambas esferas –no en vano, son caras de una misma moneda–, tal proceder nos permite obtener, en mi opinión, un rendimiento dogmático directo.

A lo anterior se le añade un inherente “potencial” intersubjetivo del paradigma asumido en el trabajo; independientemente de la visión iusfilosófica sobre la idea de culpabilidad jurídico-penal, la propuesta posee un carácter lo bastante “neutro” como para ser admisible desde enfoques diversos –e incluso opuestos. Entonces, pese a no compartirse la vertiente legitimadora de tal noción, no tantos problemas ha de generar su nivel dogmático *stricto sensu*. En efecto, bien puede admitirse la última categoría del sistema, como ámbito para una concreción del castigo, e interpretar de otra manera qué es lo que gradúa el órgano sentenciador, sea más o menos acorde a mi “concepto material”. Así, por ejemplo, ello no debiera resultar demasiado extraño para esas tesis que advierten en la culpabilidad una “escasez de fidelidad” del infractor a las normas jurídicas.

Además, un cierto margen de acuerdo existiría incluso con quienes otorgaran a la labor individualizadora sólo un hueco (seguramente el colofón) en alguna etapa del esquema analítico, ya fuera la culpabilidad o la punibilidad. Y hasta situándola extramuros de la teoría del delito podría llegarse a un lugar de encuentro, siempre con algún mínimo denominador común: la dimensión cuantificadora de la responsabilidad personal del autor sirve para establecer una medida numérica de cada pena a imponer. Por fin, sin duda, también todas las perspectivas *proporcionalistas* estarían en posible sintonía con la premisa enunciada; en tanto que sus patrocinadores tratan de proyectar consecuencias sancionatorias –de una forma escalonada– en base a las valoraciones realizadas sobre las instituciones o estructuras intra-categoriales.

---

<sup>3</sup> De forma similar se manifiesta BOLDOVA PASAMAR (“Aplicación...”, en GRACIA MARTÍN, L. [coord.]. *Leciones...*, 5ª ed., 2015, p. 140), cuando afirma que esta medida de la culpabilidad del reo es un “principio de justicia material”, lo que limita el prudente arbitrio del juez a la hora de elegir la pena exacta a imponer –ya en un ámbito sin reglas dosimétricas previstas.

3. En una perspectiva *stricto sensu* dogmática, el proceso decisorio –que por otra parte se percibe como algo unitario, una operación derivada de un ejercicio intelectual-volitivo del órgano competente (sea éste unipersonal o colegiado)– se divide en tres fases enlazadas. Inicialmente, la determinación supone fijar un marco penal específico, que resulta de la combinación de los preceptos y las reglas dosimétricas del Código aplicables en el supuesto de hecho, después de realizar las oportunas labores de subsunción y de interpretación. Respecto de la magnitud del castigo a imponer, aquellos límites máximo y mínimo establecidos en esta etapa serán, pues, los topes infranqueables para el sentenciador en adelante. Y, ya a nivel interno, las distintas operaciones que integran dicho momento decisorio se suceden, a su vez, en tres ámbitos.

En primer lugar, el tribunal debe fijar cuál es el marco abstracto según se establezca en la penalidad del tipo delictivo –lo previsto en la Parte especial del Código. Aquí se trata de identificar el precepto en el que subsumir los hechos objeto de la calificación jurídica; esto supone, en función de la fenomenología criminal del caso, acudir al tipo básico o a cualquiera de los subtipos (atenuado o agravado) en el que encaje lo sucedido –y debidamente probado, en el marco de un proceso acusatorio, con todas las garantías. Será entonces cuando tendrían cabida, si corresponde, algunas circunstancias modificativas de lo ilícito que la ley convierte en elementos típicos, bloqueando así la posterior aplicación en otras fases.

Más aún, a veces se confía al juez la elección de la “clase” de castigo, cuando el legislador prevé en el delito diferentes sanciones de modo alternativo; también si se pueden asignar consecuencias cumulativas y/o accesorias. Pese a no ser una técnica predominante en nuestra ley, sí existe un obstáculo inherente a la naturaleza del trabajo en beneficio de la comunidad como pena privativa de otros derechos que requiere siempre el consentimiento del culpable. Es cierto que hace falta una salida tipificada ante el rechazo del reo, tras haber optado el tribunal por aquel castigo comunitario. Pero lo relevante es que se trata de una primera decisión donde el margen de arbitrio del sentenciador se amplía considerablemente, hasta escoger a discreción la forma sancionatoria.

Segundo, el juez debe establecer el marco del hecho objeto del enjuiciamiento según la configuración fenoménica de aquellos grupos de casos que vienen predeterminados en el CP; para ello hay que aplicar las reglas dispuestas al efecto, ordenadas en dos niveles. En el Libro II, en ocasiones existen cláusulas que modifican la horquilla abstracta a raíz de algunos elementos fácticos. Y en el Libro I, los arts. 73 y siguientes acogen pautas especiales referidas a concursos delictivos, a la unidad típica de acción, o a la acu-



mulación jurídica de penas de prisión cumplidas de modo sucesivo (con límites temporales máximos). Y, asimismo, tres reglas generales se articulan sobre lo prescrito en el art. 61 CP, con el fin de adaptar el marco –inicialmente previsto para el autor de una infracción consumada– al grado de ejecución (art. 62) y/o participación (arts. 63 y 65.3) reflejado en el ilícito del supuesto.

Tercero, le competiría al tribunal fijar el marco penal específico con el que operar en la individualización ulterior, según la medida de la responsabilidad personal del reo, cuando se adecúa a los baremos estandarizados por el legislador. Para ello hay que aplicar los preceptos dispuestos en la Parte general a dicho fin, y agrupados en cuatro ámbitos complementarios. Los arts. 68, 66.1.2ª, 66.1.7ª y 14.3 CP se reúnen en el “*topos*” de mitigación privilegiada de castigo; también hay cláusulas especiales de “cuantificación” legal que alteran, a la baja, los topes anteriores. En cambio, los arts. 66.1.4ª y 66.1.5ª son reglas de acrecimiento extraordinario de las sanciones. Y todas las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal restantes –i.e., las que aún no se han aplicado– sirven para estrechar con mayor rigor el marco penal concreto, reduciendo así la extensión a recorrer en fase de individualización a la mitad superior o inferior.

Además, en ausencia de atenuantes y agravantes, la regla sexta del art. 66 CP otorga al tribunal libertad de movimientos dentro del marco obtenido con las operaciones anteriores. En tal caso, pasaríamos a la segunda etapa de concreción del castigo, manejando una penalidad que (a veces) puede no haber variado desde la inicialmente prevista por el tipo legal. Aquí el juez elige razonadamente el *quantum* de castigo, y el dictamen condiciona –de una manera necesaria– la posible apertura de la última etapa. En efecto, cuando la penalidad fijada en la determinación así lo permita, el órgano sentenciador puede abrir la puerta a una prisión inferior al mínimo fijado en la ley en cada caso para la sustitución o suspensión. Pero a la hora de cuantificar la magnitud de las penas principales y accesorias, en principio no hay cánones normativos a los que sujetarse de un modo estricto, más allá de la regla sexta del art. 66.1 CP.

“Cuando no concurren atenuantes ni agravantes[, los tribunales] aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, [y] en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho”, reza el referido precepto. Entonces, así enunciada esa pauta de concreción, una interpretación literal y sistemática nos llevaría a concluir que sólo debiera regir en el supuesto taxativamente contemplado; esto es, si después de fijar el marco fáctico la fenomenología del caso no plantea ningún elemento accidental a considerar en la deter-

minación. Sin embargo, es razonable sostener, junto a la doctrina mayoritaria, una hermenéutica extensiva que persuade al juez para apoyarse en los criterios arriba mencionados, como factores (subsidiarios) que dirijan su labor individualizadora.

Ya medidas las consecuencias sancionatorias, llega la definitiva o última etapa de concreción penal; así, tras elegir un *quantum*, en ocasiones, se permite al tribunal optar por alguna de las varias formas de la inejecución legal del castigo. Agrupadas conceptualmente en dos instituciones de contornos poliédricos –la sustitución de la pena y la suspensión de la ejecución de la condena–, nuestro ordenamiento prevé cinco alternativas al cumplimiento penitenciario, algunas de ellas divididas a la vez en modalidades específicas (y con regímenes propios). El contraste sustantivo entre ambas figuras es a priori claro: la primera supone un “canje” en la naturaleza jurídica del castigo, que ya no será entonces de prisión; o la segunda implica interrumpir el encarcelamiento, en diferentes fases del proceso.

4. Respecto del objeto principal de la investigación en mi tesis, será imprescindible concluir aquí también aludiendo a una propuesta conceptual: la idea de “decisión individualizadora”. Según la he usado en el trabajo, esta noción se proyecta en dos niveles complementarios. *Stricto sensu*, se limita sólo a la tarea de cuantificar cada sanción, dentro de los límites superior e inferior del marco específico. Empero (*lato sensu* considerada), aquella expresión puede abarcar además casi todos los aspectos que sean legalmente influyentes a la hora de conceder los mecanismos de la inejecución penitenciaria. En el fondo, porque en ambos casos hablaremos de cómo el juez ajusta la respuesta final –lo que en la práctica cumplirá el condenado– al grado de la culpabilidad de ese autor, manifestado en sus circunstancias personales y en la gravedad del hecho cometido.

Se trata de utilizar, pues, una noción amplia, que abarcaría diversos tipos de operaciones judiciales que se llevan a cabo a lo largo del proceso de concreción del castigo, pero que no en vano tienen características similares en las tres fases. En este sentido, corresponden a la misma especie de decisiones que debe tomar el órgano sentenciador la que individualiza la sanción y la que opta por no ejecutar penitenciarmente una pena de prisión impuesta<sup>4</sup>. En efecto, pues en ambos casos se trata de medir la culpabilidad del reo, para valorar el *quantum* de reproche o la adecuación del eventual cumplimiento alternativo de la condena. Todo ello a pesar de que, con respecto a la inejecución total, el art. 80.1 CP marque algunos criterios orientadores que son “*forward-looking*”; porque

---

<sup>4</sup> Igualmente, cfr. PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, pp. 229 y 334; y PÉREZ DEL VALLE, C. “La función...”, en VV.AA. *El arresto...*, 2002, pp. 27 y ss.

la “*Schuld des Täters*”, que es lo que se mide en estos momentos, es algo multidimensional y no centrado sólo en el pasado.

*Grosso modo*, en síntesis, tres son los aspectos cardinales de una idea fenomenológica de la “decisión individualizadora”: a) el amplio margen de arbitrio (allende la mera interpretación de las normas) otorgado *ex lege* al juez sentenciador, que no en vano admite varios niveles de libertad operativa, en función de cómo se articulen los preceptos correspondientes; b) el designio de hallar una medida del castigo –siquiera sea aproximada–, que sirva para cuantificar *ad casum* el grado de la responsabilidad subjetiva que el autor tiene por su hecho delictivo propio; y c) la mediación irrenunciable de factores que tienen que ver (integralmente) con la persona del penado –i.e., idiosincrasia, rasgos del carácter, biografía, circunstancias vitales, entorno familiar o social, situación laboral... Y todo ello es lo que unifica varias tareas análogas ubicadas en cada una de las tres etapas del proceso de concreción judicial.

Así, la decisión individualizadora pone fin a un proceso complejo de carácter intelectivo-volitivo, cuyo margen de libertad requiere un ejercicio lícito –conforme a derecho: no arbitrario–, susceptible de revisión. El órgano de la instancia está obligado a explicitar las razones que fundan la magnitud del fallo condenatorio, en una consecuencia normativa (ex arts. 120.3 CE y 72 CP) de esa potestad exclusiva para fijar la sanción. Verbigracia, cuando elige la “clase” de sanción principal a imponer, en los (todavía escasos) preceptos donde el CP establece *ab initio* dos o más alternativas vindicatorias. Pero no se trata de una facultad absoluta o excluyente: salvaguardando –mejor aún, “optimizando”– el principio de la inmediación de quien ha presenciado la vista, un tribunal *ad quem* podría fiscalizar la graduación penológica, si advirtiese algún defecto material y/o formal.

5. Estaremos siempre, pues, en aquel libre “espacio de juego” abierto por el mismo Código, donde ya *per se* existen numerosas respuestas válidas en derecho. Y, así, el juez queda obligado *erga omnes* (las partes, los órganos *ad quem*, y la comunidad) a articular en su sentencia un discurso justificativo cabal de las razones por las que condena a un *quantum* de castigo. Es ésta “[...] una actividad tópica propia del *ars inveniendi*, una búsqueda de las premisas en las que se ancla [...]”<sup>5</sup> el argumentario. Lo que introduce la necesidad de explicitar cómo tal resolución individualizaría la dimensión axiológica de un ideal de justicia<sup>6</sup>. Y, en el fondo, estas aportaciones no difieren del principio de completitud que defiende TARUFFO: sin caer en la retórica superflua, la racionalidad del fallo

<sup>5</sup> ALISTE SANTOS, T.-J. *La motivación...*, 2011, p. 242.

<sup>6</sup> En este sentido, véase TARUFFO, M. *La motivazione...*, 1975, pp. 450 y ss.

se logra al desplegar aquellos criterios (normativos, hermenéuticos, cognoscitivos o valorativos –pero “jurídicos” todos–) que fundan su contenido.

En efecto, la discrecionalidad es una herramienta imprescindible para adaptar las reglas genéricas a cada “*quaestio facti*”, equilibrando así el sistema: “a más concreción normativa, menos arbitrio; [o,] a menos concreción normativa, más arbitrio”<sup>7</sup>. Sin embargo, y a nuestros efectos, me parece realista concluir que el sentenciador ejerce sus amplias facultades discrecionales a través de la disposición ética personal (*dikastikē*), exteriorizada *ad casum* en la *ratio decidendi*. Con un enfoque parecido, ATIENZA acostumbra a incluir la motivación de las resoluciones en el catálogo de las virtudes que acompañarían al buen magistrado<sup>8</sup>. Puesto que las perspectivas moral y argumental se integran armónicamente en el juez prudente: quien tiene razones para fallar en el sentido fijado, y así lo hace, no olvidará mencionarlas en su escrito.

De un estudio retrospectivo sobre este asunto, concluyo que –para la jurisprudencia– lo nuclear es cómo deslindar la discrecionalidad lícita y la ejercida al margen del derecho. En suma, en el fondo no se trata más que de “[...] revisar las posibles infracciones de la prohibición de arbitrariedad, en la que puede enmarcarse el principio de culpabilidad en la determinación de la medida de la pena”<sup>9</sup>. No obstante, la tarea fundamental requiere de un estudio ulterior: la clave es delimitar qué sean aspectos reservados a la inmediatez, o cuáles son las cuestiones a expresar en la fundamentación de la sentencia, para luego ser objeto de un control normativo. Por ello, creo que dicho afán metodológico ha guiado mis reflexiones en la tesis y lo hará en adelante; verbigracia mostrando situaciones conflictivas que arrojen luz a tal fin, de la mano de la praxis forense.

En aras de lograr una operativa función revisora –por parte de los órganos *ad quem*–, le incumbe a la doctrina la elaboración y la ordenación de criterios normativos (concretos), que permitan garantizar un control jurídico de razonabilidad en la fase individualizadora. Sólo de tal modo aspiramos a matizar o canalizar esta máxima, aún vigente: el sistema constitucional no exige, con base a los hechos probados, “ningún ulterior razonamiento que los traduzca en una cuantificación [...] exacta [...]”<sup>10</sup>. El objetivo futuro es aportar algo de justicia y calidad discursiva a un terreno que, estando lejos de mediciones empíricas infalibles, sí admite distinciones *ad casum* entre fallos mejores o peores (dentro de

---

<sup>7</sup> NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio...*, 2000, p. 258; por razones estilísticas, elimino la cursiva original.

<sup>8</sup> Así, cfr. ATIENZA RODRÍGUEZ, M. “Virtudes...”, en *Claves de razón práctica*, N° 86, 1998, p. 39.

<sup>9</sup> PÉREZ DEL VALLE, C. “La individualización...”, en DEL ROSAL, B. (ed.). *Estudios...*, 1997, p. 43.

<sup>10</sup> STC 47/1998, de 2 de marzo, FJ 6°.

lo aceptable). Si bien, acogido el estándar –con tendencia “*objetivante*”– de certeza moral, en la convicción requerida a quien fija una magnitud penal, la debida motivación seguirá siendo el único cauce disponible para acceder al fundamento (real) de aquélla.

6. A lo largo de la Segunda Parte de la tesis, se ha hecho manifiesta la urgente necesidad de un mayor desarrollo científico –teórico-práctico: académico y jurisprudencial– en materia de individualización judicial de las penas. Entonces, sobre dicha conclusión hay un acuerdo unánime en la doctrina actual, tanto la alemana como la española; algo que tiene aquí un valor especial, puesto que se produce desde diversos puntos de vista (en ocasiones enfrentados entre sí). En tal sentido, pese a los esfuerzos que recientemente han fructificado –con aportaciones de interés–, sigue existiendo un desequilibrio patente: el nivel de perfeccionamiento en la teoría del delito es (muy) superior al *statu quo* vigente en sede de la concreción del castigo. Un ámbito cuyo avance se hace perentorio, por las indiscutibles secuelas gravosas que supone para el reo.

No obstante, el consenso universal termina pronto, y por ello hoy los autores que están en liza se agrupan en torno a dos grandes perspectivas metodológicas, a priori contrapuestas. Por un lado se sitúan quienes, en línea con la tendencia tradicional en el estudio de la “*Strafzumessung*”, sostienen una correlación directa de los factores relevantes para la medición del reproche con los llamados “fines de la pena”. Ello acontece sin duda en España, aunque en gran parte por el tradicional influjo alemán, generándose una situación de primacía real en la “*communis opinio*”. Así, los autores que se ocupan de este asunto –sea de una manera tangencial, o con detalle y profusión– difícilmente cruzan las fronteras que demarcan estas tres ideas clave ahora en liza: prevención (general o especial), culpabilidad por el hecho, y proporcionalidad<sup>11</sup>.

Empero, este enfoque iusfilosófico adolece de un “problema” esencial: su carácter controvertible frustra el llegar a soluciones prácticas compartidas, o que sean válidas desde posturas teóricas adversas –y quizá incluso irreconciliables. Así, circunscribir este tema a las grandes teorías del Derecho penal, que a menudo remiten a “cosmovisiones” morales, sólo contribuye a “encorsetar” el debate, anclándolo así en lo “identitario”. O peor todavía, intuyo que el peligro está en bloquear, *ab initio*, los eventuales acuerdos intersubjetivos en torno a elementos concretos que midan la culpabilidad, a los cuales sería viable llegar en ausencia de los condicionamientos maximalistas. Por eso rechazo acudir directamente a la retribución, y la prevención general o especial, a la hora de buscar

---

<sup>11</sup> I.e., el “triángulo mágico” del que hablaba ZIPF.

los criterios para cuantificar las sanciones, en aras de fomentar la intersubjetividad en el debate.

Una alternativa actual y de futuro se plantea con la noción de “*Tatproportionalität*” (o de proporcionalidad con el hecho), usada al concretar el castigo, ahora con una lectura retrospectiva que sería propia de la fase individualizadora<sup>12</sup>. Se trata, pues, de una orientación del modelo de medición a la teoría del delito: el *quantum* penal únicamente estriba en la gravedad del hecho. Allende las críticas doctrinales, los autores que patrocinan la correspondencia entre infracción y sanción tienen el mérito de llegar a una conclusión compartida: el abordaje científico más cabal, para lograr una “*Strafzumessung*” que esté por fin justificada, será –en esencia– el sistemático. Luego las categorías dogmáticas han de proyectarse en la magnitud del reproche, en tanto que sean “[...] una diferenciación gradual de los diversos aspectos relevantes de aquella[s]”<sup>13</sup>.

De todas las ventajas (materiales) que brinda dicho enfoque, lo decisivo es facilitar una búsqueda de factores específicos que integren el catálogo de los datos a tomar en consideración, así como fundar en derecho su operatividad a la baja o al alza para medir la pena. En ese sentido, se fomenta una normativización de los criterios, fruto indirecto del excelso nivel de refinamiento que ha alcanzado, en nuestro campo, la “*Zurechnungslehre*”. No obstante, se objeta habitualmente a las diversas variantes de las teorías *proportionalistas* (de ascendencia retributiva o preventivo-general) la dificultad práctica de establecer los puntos de anclaje superior e inferior de la escala. Por ello, mi “trazado” metodológico toma un rumbo diferente: no ya deducir a partir de proposiciones abstractas, sino buscar un catálogo (*numerus apertus*) de lugares comunes –o “*topoi*”– inferidos de la reiterada observación fenomenológica de aquellas situaciones procesales parejas.

En el fondo, son propuestas que suponen –obviamente– un avance doctrinal, pero a mi entender soslayan una premisa científica fundamental: el método de la investigación lo dicta el objeto a conocer. En nuestro caso, las visiones dogmáticas caen en una disyuntiva de muy difícil arreglo: “sí o no” *versus* “cuánto”. Mientras que las instituciones de la teoría del delito son (inherentemente) alternativas, a fin de poder cargarle a alguien con su hecho por razones normativas, en la individualización se examina la mera “vertiente” cuantitativa de tal proceso. En efecto, en aquéllas rige la idea de “*tertium non datur*”: la conducta de un imputable es –o no– relevante, típica, dolosa o imprudente, antijurídica, y sin (o con) excusa. En cambio, la magnitud numérica del reproche se decide según el

---

<sup>12</sup> Tal es la postura de Tatjana HÖRNLE.

<sup>13</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. *Retribución...*, 2007, p. 696.

grado de su culpabilidad, expresada en las circunstancias fácticas y personales que rodean lo ocurrido –como “*phaenomenon*” unitario.

7. Cualesquiera aspectos relativos a la medida (personal) del reproche contra el encausado se alojan en el último momento analítico del esquema, e integran precisamente el “contenido material” de la dicha categoría. Luego concretar el castigo será la función intra-sistemática propia de la culpabilidad, en tanto “lugar” donde los factores que revelan la –mayor o menor– orientación del reo por parte del derecho *aterrizarán* en una extensión numérica de pena adecuada. El proceso de cuantificación se articula en tres fases sucesivas, según la presencia de pautas estrictas o flexibles que guíen la labor del sentenciador. De tal forma que, a veces, es el legislador quien valora el grado de oposición a las normas jurídicas que ostenta el delincuente, utilizando para ello criterios “estandarizados” y operaciones automáticas.

No en vano, todas estas apreciaciones del Código reflejan cuál es el nivel de responsabilidad personal del autor por su hecho, según parámetros socialmente establecidos (o reglas de determinación), que sirven para “retocar” el marco sancionador fijado *ab initio*. Entonces, creo que hay una cierta analogía metodológica entre las pautas *positivizadas* de fijación del marco legal y las tareas para cuantificar un castigo concreto. Así pues, lo mismo que hace la ley –a la hora de plasmar, con las indicaciones paradigmáticas, qué grupos de casos son merecedores de una mayor o menor sanción– debería orientar al sentenciador en su esfera de libertad. Ello es una consecuencia necesaria de la postura dogmática que he asumido en este trabajo: si en la categoría sistemática “culpabilidad” graduamos la responsabilidad personal del reo, ninguna cuestión ahí analizada quedará fuera de dicha función.

8. Es evidente que las decisiones judiciales para concretar el castigo son “irreductibles” sin más a los métodos propios del formalismo positivista, como tampoco se “leen” a través de un análisis dogmático *stricto sensu*. Sin embargo, ello no significa que subsumir, interpretar, atribuir de un modo normativo comportamientos y hechos, o hacer cálculos, sean operaciones intelectuales (a menudo, también volitivas, no sólo cognitivas) ajenas a la cuantificación numérica de las sanciones. Antes al contrario: lo dicho antes nos indica que todas ellas montarían, por separado, una pieza del rompecabezas –el proceso global–, aun siendo una a una insuficientes para dar razón de su esencial carácter unitario. Y el problema común es que trasladan su “instrumental” a un terreno incompatible con tal simplificación científica: el arbitrio judicial, consustancial a la medición del castigo.

Entonces, hay que recurrir aquí a otro punto de vista metodológico; uno que, al integrar las diversas actividades relacionadas con la dicha decisión judicial, pueda contener –en su conjunto– las funciones de un órgano competente a la hora de concretar la pena. Esto es, un paradigma epistemológico que se muestre fiel a la naturaleza de esta singular labor; admitiendo los múltiples matices que la identifican, y al mismo tiempo respetando la división analítica entre las fases sucesivas, por su potencial aclaratorio y rendimiento teórico-práctico. Algo así únicamente será viable si abrimos el abanico de las opciones, en la línea de las observaciones de ROBLES PLANAS: no existe un “*Method*” omnicomprendivo de la realidad sujeta al examen dogmático, sino que más bien estaríamos frente a horizontes plurales y complementarios del conocimiento científico<sup>14</sup>.

Luego el método para captar la esencia del proceso decisorio de cuantificación penal es plural, indefectiblemente, pues varios son sus aspectos elementales: no queda circunscrito a meras operaciones deductivas o inductivas. En cambio, la apertura metodológica es un “plus” que añade la “herramienta” fenomenológica: una observación directa y global de la realidad, en esencia *apriórica*, seguida de inferencias razonables en aras de la abstracción. El análisis integral del juez conecta la atribución dogmática de responsabilidad personal al delincuente con la individualización prudencial de su pena, en el *continuum* que abarcará también a los eventuales mecanismos de inejecución penitenciaria. Efectivamente, pues ya “no tiene sentido establecer una separación estricta entre imputación de comportamiento y consecuencia jurídica [sancionatoria,] que vaya más allá de una cierta utilidad práctica”<sup>15</sup> –i.e., con carácter sólo sistemático y/o pedagógico.

En este sentido, sugiero “pensar”<sup>16</sup> el proceso judicial para la concreción de los castigos como un fenómeno sobre el que descubrir sus notas esenciales, y extraer entonces las consecuencias dogmáticas o pragmáticas en nuestro sistema penal vigente. Se trata de “penetrar” en esa trascendental tarea jurisdiccional “tal como es y se aparece, tal como se da”<sup>17</sup> en la vida real. Para ello, la actitud fenomenológica será la clave: en la práctica forense, la decisión del sentenciador (respecto a la clase y cuantía de la sanción) se va configurando –poco a poco– a lo largo del procedimiento, señalado en la ley; en efecto, es el resultado de una actividad intelectual compleja a la vez que unitaria. El tribunal ha ido percibiendo las variadas y complementarias dimensiones del caso enjuiciado, como si fueran las aristas y los lados que se ensamblan moldeando un poliedro multifacético.

---

<sup>14</sup> Véase ROBLES PLANAS, R. “La identidad...”, en *ZIS* 2/2010, p. 134.

<sup>15</sup> PÉREZ DEL VALLE, C. “La función...”, en *VV.AA. El arresto...*, 2002, p. 28.

<sup>16</sup> Cfr. REINACH, A. *Sobre...*, 2014, p. 17.

<sup>17</sup> Siguiendo la máxima del “principio de todos los principios” que introdujo Edmund HUSSERL.



Así las cosas, conviene plantear la concreción del castigo desde esta perspectiva: probada la responsabilidad individual del reo, en relación con su hecho delictivo (analizado sistemáticamente), el juez recupera –en primer plano– la visión de conjunto sobre el fenómeno. El enfoque integral había quedado de un modo u otro relegado, en las sucesivas categorías dogmáticas, ya con el fin de fundamentar la imputación personal del ilícito culpable paso a paso; pero ahora será necesario (volver a) adoptar una mirada panorámica, para elegir la consecuencia jurídica más ajustada a la idiosincrasia del supuesto. Y a esto se refiere, según mi interpretación, el art. 66.1.6ª CP cuando habla de atender a “las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho”; en un *quantum* condenatorio el juez cristalizaría, entonces, su deliberación global sobre tales factores.

9. Y con ello se cierra el círculo de las reflexiones metodológicas realizadas en la tesis, virtuosamente conectadas: al concretar la sanción el juez adoptará una actitud fenomenológica –i.e. la que integra los aspectos relevantes del caso en una visión de conjunto, configurando el objeto del proceso–, para decidir luego, en sucesivas operaciones intelectual-volitivas, la magnitud de pena más justa. Esa compleja deliberación debe quedar trazada en la sentencia, motivándose con claridad el hilo argumental que conducirá (sin rupturas) al fallo condenatorio. Y dicha justificación sólo es factible con criterios de valoración y graduación de la culpabilidad del reo que tengan potencial resolutorio y susciten acuerdo entre los juristas; pautas de orientación que, a su vez, pueden formularse desde el enfoque “total”, mirando aquí las múltiples facetas de los “*phaenomena*” delictivos. Otro de los rendimientos teórico-prácticos del modelo propuesto en este trabajo.

Como digo, esta perspectiva nos obliga a profundizar en el camino de las corrientes fenomenológicas, en la insistencia por lograrse una legitimidad intersubjetiva, a la hora de conocer el mundo de lo objetivo. En tal sentido, la comprensión de lo real es –siempre– una empresa interpersonal y comunicativa; un encuentro entre prójimos que se basa en “un acontecimiento más radical: el reconocimiento del otro[,] como [un] sujeto que está intencionalmente relacionado con los objetos, y cuyo comportamiento indica y define los mismos objetos que experimentan los otros”<sup>18</sup>. Porque en un pensamiento husserliano, la pesquisa conjunta ha de asentarse sobre una previa “racionalidad compartida”; y, así, la finitud del yo tiende a superarse mediante el contacto con la alteridad. De lo dicho se deduce que la razón es el medio para llegar a la experiencia ontológica, en tanto que la objetividad del mundo es una realidad intersubjetiva.

---

<sup>18</sup> LÓPEZ SÁENZ, Mª del C. “Intersubjetividad...”, en *Enrahonar*, N° 22, 1994, p. 43.

En definitiva, aplicando las observaciones filosóficas al ámbito que nos ocupa, concluyo que se necesitan acuerdos amplios sobre qué factores serán los relevantes, en general, para concretar el castigo. Y la exploración multidisciplinar es el camino que sugiero seguir en el futuro, especialmente al formular un catálogo abierto de criterios que guíen la medición *vindicatoria*. No en vano, “[...] la determinación de la pena constituye un tema complejo[,] que se presta a ser tratado desde perspectivas diversas: jurídico-dogmática, político-criminal, criminológica y procesal”<sup>19</sup>. En esta línea, creo que un tratamiento propio del tema requiere adoptar un enfoque “heterogéneo”, a partir de la valoración de los puntos de vista suministrados por otras ciencias auxiliares. Sólo de ese modo se puede responder a la urgente llamada de quienes reclaman un marco teórico adecuado<sup>20</sup> para individualizar las sanciones hoy en día.

10. Finalmente, y como manifestación derivada del “a priori” intersubjetivo, sugiero aquí –en cambio– tomar un camino alternativo a los (tradicionales y recientes) enfrentamientos iusfilosóficos o dogmáticos: la búsqueda colectiva de “*loci communes*”, o “*tópos koinós*”. Si queremos *realizar* esta ambiciosa pretensión –i.e. hallar una serie de factores y de reglas operativas para la concreción penal, aceptables por una inmensa mayoría de juristas–, la idea fundamental es que tales criterios no generen rechazo, *ab initio*, desde ninguna “atalaya”. O, con otras palabras, hay que lograr el amplio consenso –doctrinal y jurisprudencial– a partir del respeto constructivo a la “racionalidad” propia de cada cosmovisión jurídica. La clave está, pues, en verificar si los criterios son o no reconducibles a cualesquiera “*Strafzwecke*”, en la medida en que no sean radicalmente opuestos a la “*ratio essendi*” de los diversos planteamientos teóricos.

No obstante, recordemos que esta forma de proceder se sitúa lejos de la posibilidad de obtener una “*Punktstrafe*” –o en términos iusfilosóficos, de hallar la “única respuesta correcta”<sup>21</sup> al problema de la individualización penal *ad casum*. En vez de eso, el método patrocinado implica (de un modo u otro) la existencia de un cierto “*Spielraum*”; esto es, un margen irreductible del arbitrio judicial, que ni tan siquiera los criterios intersubjetivos y sus reglas derivadas pueden eliminar. Hemos de aspirar –claro que sí– a lograr mayores niveles de certeza y razonabilidad en el proceso (intelectivo-volitivo) de la búsqueda de un *quantum* adecuado de la sanción, pero sería absurdo pretender ir más allá. También porque, no en vano, esta discrecionalidad del órgano sentenciador es una realidad

---

<sup>19</sup> GALLEGO DÍAZ, M. *El sistema...*, 1985, p. 5.

<sup>20</sup> Así, véanse PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones...*, 2016, p. 322; y SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>º</sup>. “La teoría...”, en *InDret* 2/2007, p. 2 –por todos.

<sup>21</sup> La expresión se usa especialmente en el debate anglosajón (“*one-right-answer*”).

instrumental que juega a favor de la mejor concreción del castigo potencialmente viable en el sistema penal, en virtud de optimizar el principio de la inmediación.

Desde la perspectiva procesal, merece aquí una especial referencia el sistema anglosajón: la doble fase del “*trial*” separa entre veredicto de culpabilidad –“*guilty verdict*”–, sea mediante jurado popular o un tribunal técnico, y la etapa de “*sentencing*”, donde se debate y resuelve sobre la magnitud del castigo a imponer a un reo. Dicha estructura institucionalizada facilita mucho una labor de concreción *vindicatoria* más justa (o adecuada a las peculiaridades del caso), proporcionada al grado de la “*Schuld des Täters*”. Frente a un sujeto ya declarado culpable, el segundo momento procesal responde a la necesidad sobrevenida de emprender un análisis pormenorizado de sus circunstancias personales, a fin de medir la sanción. Por eso se elabora entonces un dictamen pericial acerca de aquellos elementos con trascendencia individualizadora, y se permite a las partes fundar un “*petitum*”; lo que se antoja difícil de replicar en nuestro sistema constitucional.



# BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, A. *Derecho, racionalidad y comunicación social. Ensayos sobre Filosofía del Derecho*. México, D.F.: Fontamara, 1995.
- AARNIO, A. *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- AARNIO, A. “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 8, 1990, pp. 23-38.
- AARNIO, A. / MACCORMICK, N. (eds.). *Legal Reasoning. Volumes I & II*. Aldershot: Dartmouth, 1992.
- ABEL LLUCH, X. “La dosis de prueba: entre el «common law» y el «civil law»”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 35, 2012, pp. 173-200.
- ACALE SÁNCHEZ, M. “Del Código penal de la Democracia al Código penal de la Seguridad”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (coord.). *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004, pp. 1197-1226.
- ACEBAL LUJÁN, J. L. *el alter* (eds.). *Código de Derecho Canónico. Edición bilingüe comentada*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos (BAC), 3ª ed. (2ª reimpr.), 2003.
- ACKERMAN, B. A. *Social Justice in the Liberal State*. New Haven, CT: Yale University Press, 1980.
- ACOSTA GALLO, P. *Derecho de la seguridad, responsabilidad policial y penitenciaria*. Valencia: INAP, 2ª ed., 2015.
- ACHENBACH, H. *Historische und dogmatische Grundlage der strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlín: J. Schweitzer, 1974.
- AGUADO LÓPEZ, S. *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito. Problemas constitucionales y alternativas político-criminales*. Madrid: lustel, 2008.
- AGUDO FERNÁNDEZ, E. *Principio de culpabilidad y reincidencia en el Derecho español*. Tesis doctoral inédita: Universidad de Granada, 2005.
- AGUDO FERNÁNDEZ, E. / JAÉN VALLEJO, M. / PERRINO PÉREZ, Á. L. *Derecho penal de las personas jurídicas*. Madrid: Dykinson, 2016.
- AGUILÓ REGLA, J. *Teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico)*. Barcelona: Ariel, 2000.
- AHLERS-GRIZIBIEK, U. *Der normative Normalfall in der Strafzumessung*. Hamburgo: Dr. Kovac Verlag, 2003.
- AL-FAWAL PORTAL, M. *Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y enfermedad mental*. Barcelona: Bosch, 2013.
- ALASTUEY DOBÓN, Mª C. *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000.

- ALBERT MÁRQUEZ, M. *¿Qué es el Derecho? La ontología jurídica de Adolf Reinach*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013.
- ALBERT MÁRQUEZ, M. *Derecho y valor. Una filosofía jurídica fenomenológica*. Madrid: Encuentro, 2004.
- ALBRECHT, H.-J. *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität. Eine vergleichende theoretische und empirische Studie zur Herstellung und Darstellung des Strafmaßes*. Berlín: Duncker & Humblot, 1994.
- ALBRECHT, H.-J. "Gleichmäßigkeit und Ungleichmäßigkeit in der Strafzumessung", en KERNER, H.-J. / KURY, H. / SESSAR, K. (coords.). *Deutsche Forschungen zur Kriminalitätsentstehung und Kriminalitätskontrolle*. Colonia: Heymann, 1983, pp. 1297-1332.
- ALCÁCER GUIRAO, R. "La reparación en Derecho penal y la atenuante del artículo 21.5º CP: reparación y desistimiento como actos de revocación", en *Revista del Poder Judicial*, Nº 63, 2001, pp. 71-120.
- ALCÁCER GUIRAO, R. "Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 51, Nº 1-3, 1998, pp. 365-588.
- ALCHOURRÓN, C. E. / BULYGIN, E. *Análisis lógico y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ALEXY, R. *La doble naturaleza del derecho*. Madrid: Trotta, 2016.
- ALEXY, R. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ALEXY, R. "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 5, 1988, pp. 139-154.
- ALISTE SANTOS, T.-J. *Sistema de common law*. Madrid: Ratio Legis, 2013.
- ALISTE SANTOS, T.-J. "Búsqueda de la verdad y necesidad de motivación: elementos clave para una teoría general de la justificación de las resoluciones judiciales", en *Jueces para la Democracia*, Nº 73, 2012, pp. 30-47.
- ALISTE SANTOS, T.-J. *La motivación de las resoluciones judiciales*. Madrid: Marcial Pons, 2011.
- ALISTE SANTOS, T.-J. "Relevancia del concepto canónico de «certeza moral» para la motivación judicial de la «quaestio facti» en el proceso civil", en *Ius ecclesiae*, Vol. 22, Nº 3, 2010, pp. 651-671.
- ALONSO FERNÁNDEZ, J. A. *Las atenuantes de confesión de la infracción y reparación o disminución del daño*. Barcelona: Bosch, 1999.
- ALONSO MAS, Mª J. *La solución justa en las resoluciones administrativas*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1998.
- ALONSO ROMERO, Mª P. *El proceso penal en Castilla (siglos XIII al XVIII)*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1982.
- ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. (dir.). *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015*. Barcelona: Atelier, 2016.
- ALÚTIZ COLORADO, J. C. "Una revisión y balance crítico de la teoría normativa postconvencional de J. Habermas", en *Política y Sociedad*, Vol. 47, Nº 2, 2010, pp. 175-193.

- ÁLVAREZ GÁLVEZ, Í. *La eutanasia voluntaria autónoma*. Madrid: Dykinson, 2002.
- AMAYA NAVARRO, M<sup>a</sup> A. "Virtudes, argumentación jurídica y ética judicial", en *Diánoia. Anuario de Filosofía*, N<sup>o</sup> 67, 2011, pp. 135-142.
- AMBOS, K. "Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible", en *Política Criminal*, Vol. 3, N<sup>o</sup> 5, 2008, pp. 5-42.
- AMELUNG, K. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtssprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage*. Frankfurt a.M.: Athenäum, 1972.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. "Sobre argumentación probatoria y su expresión en la sentencia (penal)", en *Jueces para la Democracia*, N<sup>o</sup> 88, 2017, pp. 102-112.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. "Ética de la función de juzgar", en FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J. L. / HORTAL ALONSO, A. (comps.). *Ética de las profesiones jurídicas*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas, 2002, pp. 67-81.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N<sup>o</sup> 12, 1992, pp. 257-300.
- ANGIER, T. *Technē in Aristotle's Ethics. Crafting the Moral Life*. Londres: Continuum, 2010.
- ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. *De los derechos y el Estado de Derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- ANTÓN ONECA, J. "El Código penal de 1870", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 23, N<sup>o</sup> 2, 1970, pp. 229-252.
- ANTÓN ONECA, J. *et alter. Derecho penal*. Madrid: Akal, 2<sup>a</sup> ed., 1986.
- APARICIO PÉREZ, A. *Derecho y metodología jurídicos. (Esbozos de filosofía jurídica)*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015.
- APEL, K.-O. "Fallibilismus, Konsenstheorie der Wahrheit und Letztbegründung", en VV.AA. *Philosophie und Begründung*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1984, pp. 116-211.
- APPIAH, K. A. *La ética de la identidad*. Madrid: Katz, 2007.
- ARANDA CARBONELL, M<sup>a</sup> J. "Una aproximación práctica a la clasificación penitenciaria", en *Revista de estudios penitenciarios*, N<sup>o</sup> 252, 2006, pp. 37-76.
- ARENDRT, H. *The Human Condition*. Chicago: University of Chicago Press, 2<sup>a</sup> ed., 1998.
- ARIAS EIBE, M. J. *Responsabilidad criminal. Circunstancias modificativas y su fundamento en el Código penal*. Barcelona: Bosch, 2007.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco. (Edición bilingüe y traducción de María Araujo y Julián Marías. Introducción y notas de Julián Marías)*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 8<sup>a</sup> ed., 2002.
- ARISTÓTELES. *Metafísica*. Madrid: Gredos, 1994.
- ARISTÓTELES. *Acerca del alma*. Madrid: Gredos, 1978.

ARISTÓTELES. *Categoriae*.

[disponible en: <[http://www.documentacatholicaomnia.eu/03d/-384\\_-322,\\_Aristoteles,\\_Libro\\_de\\_las\\_Categorias,\\_ES.pdf](http://www.documentacatholicaomnia.eu/03d/-384_-322,_Aristoteles,_Libro_de_las_Categorias,_ES.pdf)>; última consulta: 21.05.2017]

ARISTÓTELES. *Organon IV. Analytica Posteriora*.

[disponible en: <<https://thevirtuallibrary.org/index.php/en/languages/spanish/book/epistemologia-237/segundos-analiticos-792>>; última consulta: 21.05.2017]

ARMENTA DEU, M<sup>a</sup> T. *Lecciones de Derecho procesal penal*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

ARPALY, N. *Unprincipled Virtue: An Inquiry into Moral Agency*. Nueva York: Oxford University Press, 2003.

ARRAZOLA GARCÍA, L. "Circunstancias [voz]", en VV.AA. *Enciclopedia Española de Derecho y Administración [o Nuevo Teatro Universal de la Legislación de España e Indias]*. Tomo VIII: Cas - Ciu. Madrid: Rius y Rossell, 1855, pp. 639-669.

ASÚA BATARRITA, A. "Alternativas a las penas privativas de libertad y proceso penal", en Cuadernos de Política Criminal, N<sup>o</sup> 39, 1989, pp. 605-626.

ASÚA BATARRITA, A. / GARRO CARRERA, E. (eds.). *Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena*. Bilbao: Universidad del País Vasco, 2009.

ATIENZA RODRÍGUEZ, M. "La dogmática jurídica como tecno-praxis", en VV.AA. *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*. Tomo IV. Volumen 1. *Estado constitucional*. México, D.F.: UNAM, 2015, pp. 169-196.

ATIENZA RODRÍGUEZ, M. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta, 2013.

ATIENZA RODRÍGUEZ, M. *El Derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel, 2006.

ATIENZA RODRÍGUEZ, M. "Ética judicial: ¿por qué no un código deontológico para jueces?", en *Jueces para la Democracia*, N<sup>o</sup> 46 (marzo), 2003, pp. 43-46.

ATIENZA RODRÍGUEZ, M. "Ética judicial", en *Jueces para la Democracia*, N<sup>o</sup> 40 (marzo), 2001, pp. 17-18.

ATIENZA RODRÍGUEZ, M. "Virtudes judiciales. Selección y formación de los jueces en el Estado de Derecho", en *Claves de razón práctica*, N<sup>o</sup> 86, 1998, pp. 32-42.

ATIENZA RODRÍGUEZ, M. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas, 1997.

ATIENZA RODRÍGUEZ, M. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ATIENZA RODRÍGUEZ, M. *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*. Madrid: Civitas, 1986.

ATIENZA RODRÍGUEZ, M. *Introducción al derecho*. Barcelona: Barcanova, 1986.

ATIENZA RODRÍGUEZ, M. "El futuro de la dogmática jurídica. A propósito de Luhmann", en *El Basilisco*, N<sup>o</sup> 10, 1980, pp. 63-69.

ATIENZA RODRÍGUEZ, M. / RUIZ MANERO, J. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel, 4<sup>a</sup> ed., 2007.



- AUSTIN, J. *How to Do Things with Words*. Oxford: Oxford University Press, 1962.
- ÁVILA, H. *Teoría de la seguridad jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- BACIGALUPO ZAPATER, E. *Teoría y práctica del Derecho penal. Tomo I*. Madrid: Marcial Pons, 2009.
- BACIGALUPO ZAPATER, E. *Teoría y práctica del Derecho penal. Tomos II*. Madrid: Marcial Pons, 2009.
- BACIGALUPO ZAPATER, E. "Sobre la ideología de las teorías de la pena", en *Circunstancia*, N° 16, 2008. [disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2655077>>; última consulta: 03.03.2017]
- BACIGALUPO ZAPATER, E. *Justicia penal y derechos fundamentales*. Madrid: Marcial Pons, 2002.
- BACIGALUPO ZAPATER, E. *Principios constitucionales de derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.
- BACIGALUPO ZAPATER, E. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Hammurabi, 2ª ed., 1999.
- BACIGALUPO ZAPATER, E. *Delito y punibilidad*. Buenos Aires: Hammurabi, 2ª ed. (revisada y ampliada), 1999.
- BACIGALUPO ZAPATER, E. "Principio de culpabilidad e individualización de la pena", en VV.AA. *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*. Granada: Comares, 1999, pp. 33-48.
- BACIGALUPO ZAPATER, E. *Principios de Derecho penal. Parte general*. Madrid: Akal, 1990.
- BACIGALUPO ZAPATER, E. "La individualización de la pena en la reforma penal", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, N° 3 (extraordinario), 1980, pp. 55-74.
- BACIGALUPO ZAPATER, E. "Significación y perspectiva de la oposición «Derecho penal – Política criminal»", en *Revue Internationale de Droit Pénal*, N° 1, 1978, pp. 15 y ss.
- BAJO FERNÁNDEZ, M. / FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. / GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Pamplona: Aranzadi, 2016.
- BALDÓ LAVILLA, F. "La construcción de la teoría del delito y el «desarrollo continuador del Derecho»", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 6, 1997, pp. 101 y ss.
- BALMES I URPIÀ, J. *El criterio*. Barcelona: Imprenta de A. Brusi, 2ª ed., 1846.
- BARAK, A. *Judicial Discretion*. New Haven, CT: Yale University Press, 1989.
- BARQUÍN SANZ, J. "Capítulo octavo. De las formas sustitutivas de la pena de prisión y de la libertad condicional", en MORILLAS CUEVA, L. (dir.). *Estudios sobre el Código penal reformado. (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*. Madrid: Dykinson, 2015, pp. 223-267.
- BARQUÍN SANZ, J. / LUNA DEL CASTILLO, J. de D. "En los dominios de la prisión. Distribución numérica de las penas en el Código y en la justicia penal", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 14-16, 2012, pp. 1-52.
- BARRACA MAIRAL, J. *Pensar el Derecho. Curso de filosofía jurídica*. Madrid: Palabra, 2005.
- BARRAGÁN, J. "La respuesta correcta única y la justificación de la decisión jurídica", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 8, 1990, pp. 63-74.

- BASTIDA FREIJEDO, F. J. "La soberanía borrosa: la democracia", en *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho público e Historia constitucional*, Nº 1, 1998, pp. 381-460.
- BAUMANN, J. *Grundbegriffe und System des Strafrechts*. Stuttgart: Kohlhammer, 1979.
- BAUMANN, J. / WEBER, U. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Bielefeld: Gieseking, 9ª ed., 1985.
- BAURMANN, M. C. *Zweckrationalität und Strafrecht. Argumente für eine tatbezogenes Maßnahmenrecht*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1987.
- BAURMANN, M. C. *Folgenorientierung und subjektive Verantwortlichkeit*. Baden-Baden: Nomos, 1981.
- BAYÓN MOHINO, J. C. *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- BECCARIA, C. *De los delitos y de las penas*. Madrid: Universidad Carlos III, 2015.
- BECERRA MUÑOZ, J. / MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. / NIETO MARTÍN, A. (dirs.). *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- BECH DURÓ, J. Mª. *De Husserl a Heidegger. La transformación del pensamiento fenomenológico*. Barcelona: Edicions de la Universitat de Barcelona, 2001.
- BELESTÁ SEGURA, L. "El artículo 66 del nuevo Código Penal y el arbitrio judicial", en *Revista de Derecho y proceso penal*, Nº 11, 2004, pp. 135-152.
- BELL, J. "Discretionary Decision-Making: A Jurisprudential View", en HAWKINS, R. K. (ed.). *The Uses of Discretion*. Oxford: Clarendon Press, 1992, pp. 89-111.
- BELLO LANDROVE, F. "El dolo eventual en España (reflexiones para un debate)", en *Jueces para la Democracia*, Nº 32, 1998, pp. 14-16.
- BELLO LANDROVE, F. "Determinación de la pena", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Nº 24, 1996, pp. 349-376.
- BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. *La participación en el delito imprudente en el Código Penal español de 1995*. Madrid: Dykinson, 2007.
- BENITO LÓPEZ, R. "Capítulo 15. Penas. Sección 9. Instituciones individualizadoras y sustitutivos de las penas privativas de libertad", en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (coord.). *Memento Penal 2016*. Madrid: Francis Lefebvre, 2015, pp. 612-626.
- BENLLOCH PETIT, G. "¿Prevarica el juez que se aparta de la «doctrina consolidada del Tribunal Supremo»?", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Nº 11, 2003, pp. 305-338.
- BERGER, B. *Das Gesinnungsmoment im Strafrecht*. Frankfurt a.M.: Peter Lang, 2008.
- BERGHOLTZ, G. "Ratio et Auctoritas: algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 8, 1990, pp. 75-85.
- BERISTAIN IPIÑA, A. "Concepto y método del Derecho criminal", en *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 6, 1978, pp. 59-82.
- BERLIN, I. *Four Essays on Liberty*. Oxford: Oxford University Press, 1969.

- BERMEJO VERA, J. *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*. Pamplona: Civitas, 2005.
- BERNAL CANO, N. (dir.). *El valor de la jurisprudencia como fuente creadora de derecho*. Madrid: Dykinson, 2012.
- BERNAL DEL CASTILLO, J. *Derecho penal comparado. La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental*. Barcelona: Atelier Libros, 2011.
- BERNALDO DE QUIRÓS, C. "Arbitrio judicial [voz]", en ALIER Y CASSI, L. M<sup>a</sup> (ed.). *Enciclopedia jurídica española. Tomo III: Apre - Azu*. Barcelona: Francisco Seix, 1911, pp. 299-301.
- BERNER, A. F. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. Leipzig: B. Tauchnitz, 18<sup>a</sup> ed., 1898.
- BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena. Gravedad del hecho, circunstancias personales del delincuente y compensación racional de circunstancias atenuantes y agravantes*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011.
- BESOLI, S. / GUIDETTI, L. (eds.). *Il realismo fenomenologico. Sulla filosofia dei circoli di Monaco e Göttinga*. Macerata: Quodlibet, 2000.
- BINDING, K. *La culpabilidad en Derecho penal*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2009.
- BLOY, R. "Die Berücksichtigungsfähigkeit außertatbestandlicher Auswirkungen der Tat bei der Strafzumessung", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 107, N<sup>o</sup> 3, 1995, pp. 576-596.
- BOCKELMANN, P. *Studien zum Täterstrafrecht. Band II*. Berlín: Walter de Gruyter, 1940.
- BOCKELMANN, P. *Studien zum Täterstrafrecht. Band I*. Berlín: Walter de Gruyter, 1939.
- BOCHENSKI, I. M. *Los métodos actuales del pensamiento*. Madrid: Rialp, 2<sup>a</sup> ed., 1958.
- BOLDOVA PASAMAR, M. Á. "Lección 6. Aplicación y determinación de la pena", en GRACIA MARTÍN, L. (coord.). *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 5<sup>a</sup> ed., 2016, pp. 109-143.
- BOLDOVA PASAMAR, M. Á. "Capítulo VI. Aplicación y determinación de la pena", en GRACIA MARTÍN, L. (coord.). *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006, pp. 223-286.
- BOLDOVA PASAMAR, M. Á. / SOLA RECHE, E. / ROMEO CASABONA, C. M<sup>a</sup> (coords.). *Derecho penal. Parte general. Introducción. Teoría jurídica del delito*. Granada: Comares, 2014.
- BORJA JIMÉNEZ, E. "Peligrosidad criminal e individualización judicial de la pena", en *Nuevo Foro Penal*, N<sup>o</sup> 87, 2016, pp. 120-158.
- BORJA JIMÉNEZ, E. *La aplicación de las circunstancias del delito (actualizado a la reforma 2015)*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015.
- BORJA JIMÉNEZ, E. *Las circunstancias atenuantes en el ordenamiento jurídico español*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002.
- BOZA MARTÍNEZ, D. *La expulsión de personas extranjeras condenadas penalmente: el nuevo artículo 89 CP*. Pamplona: Aranzadi, 2016.

- BRANDARIZ GARCÍA, J. Á. *El modelo gerencial-actuarial de la penalidad. Eficiencia, riesgo y sistema penal*. Madrid: Dykinson, 2016.
- BRANDARIZ GARCÍA, J. Á. *El gobierno de la penalidad*. Madrid: Dykinson, 2014.
- BRUCKMANN, E.-O. "Vorschlag zur Reform des Strafzumessungsrecht", en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Vol. 2, 1973, pp. 30-34.
- BRUNS, H.-J. *Neues Strafzumessungsrecht? Reflexionen über eine geforderte Umgestaltung*. Colonia: Heymann, 1988.
- BRUNS, H.-J. *Das Recht der Strafzumessung. Eine systematische Darstellung für die Praxis*. Colonia: Heymann, 2ª ed., 1985.
- BRUNS, H.-J. *Leitfaden des Strafzumessungsrechts. Eine systematische Darstellung für die strafrichterliche Praxis*. Colonia: Heymann, 1980.
- BRUNS, H.-J. "Der «Bestimmtheitsgrad» der Punktstrafe im Strafzumessungsrecht", en *Neue Juristische Wochenschrift*, Vol. 32, Nº 6, 1979, pp. 289-292.
- BRUNS, H.-J. *Strafzumessungsrecht. Gesamtdarstellung*. Colonia: Heymann, 2ª ed., 1974.
- BRUNS, H.-J. "Zum Revisionsgrund der –ohne sonstige Rechtsfehler– «ungerecht» bemessenen Strafe", en BOCKELMANN, P. (ed.). *Festschrift für Karl Engisch*. Frankfurt a.M.: V. Klostermann, 1969, pp. 708 y ss.
- BRUNS, H.-J. *Strafzumessungsrecht. Allgemeiner Teil*. Colonia: Heymann, 1967.
- BRUNS, H.-J. "Die «Generalprävention» als Zweck und Zumessungsgrund der Strafe? Eine Analyse der Rechtsprechung", en WELZEL, H. et aliter (coords.). *Festschrift für Hellmut von Weber zum 70. Geburtstag*. Bonn: Ludwig Röhrscheid, 1963, pp. 75-97.
- BUENAGA CEBALLOS, Ó. *Metodología del razonamiento jurídico-práctico. Elementos para una teoría objetiva de la argumentación jurídica*. Madrid: Dykinson, 2016.
- BUENO ARÚS, F. *La ciencia del Derecho penal: un modelo de inseguridad jurídica*. Pamplona: Civitas, 2005.
- BUJOSA VADELL, L. M. / RODRÍGUEZ GARCÍA, N. "Algunos apuntes sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia constitucional", en *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 2, 1999, pp. 1828-1840.
- BULYGIN, E. *Derecho y lógica*. México, D.F.: Distribuciones Fontamara, 2015.
- BULYGIN, E. *El positivismo jurídico*. México, D.F.: Distribuciones Fontamara, 2006.
- BURGH, R. W. "Do the Guilty Deserve Punishment?", en *Journal of Philosophy*, Vol. 79, 1982, pp. 193-210.
- BURGOS PAVÓN, F. *Derecho penal. Norma penal, penas y responsabilidad penal*. Madrid: Centro de Estudios Financieros (CEF), 2015.
- BURGSTALLER, M. "Grundprobleme des Strafzumessungsrechts in Österreich", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 94, Nº 1, 1982, pp. 127-160.

- BURKHARDT, B. "Dogmática penal afortunada y sin consecuencias", en VV.AA. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004, pp. 119-254.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. J. "Política criminal y dolo eventual", en *Revista jurídica de Catalunya*, Vol. 83, Nº 2, 1984, pp. 309-328.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. J. / HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Lecciones de Derecho penal. Parte general*. Madrid: Trotta, 2006.
- BUSTOS RUBIO, M. "El reflejo de la *poena naturalis* en la *poena forensis*. Posibilidades en Derecho penal español", en *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, Nº 19, 2016, pp. 118-145.
- BUSTOS RUBIO, M. "Más allá del injusto culpable: los presupuestos de la punibilidad", en *Estudios penales y criminológicos*, Nº 35, 2015, pp. 189-238.
- BYDLINSKI, F. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. Viena: Springer, 2ª ed., 1991.
- CABEZUDO RODRÍGUEZ, N. *Del principio de intermediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.
- CABRA APALATEGUI, J. M. "Antiformalismo y argumentación jurídica", en *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Vol. 15, Nº 24, 2011, pp. 67-91.
- CALAMANDREI, P. *Sin legalidad no hay libertad*. Madrid: Trotta, 2016.
- CALAMANDREI, P. *Elogio de los jueces escrito por abogados*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América (EJEA), 1989.
- CALAMANDREI, P. *Proceso y democracia*. Buenos Aires: EJEA, 1960.
- CALAMANDREI, P. "Il giudice e lo storico", en *Rivista di Diritto processuale civile*, Vol. XVI, Nº 1, 1939, pp. 105-128.
- CALDERÓN CEREZO, Á. / CHOCLÁN MONTALVO, J. A. *Manual de Derecho penal. Tomo I. Parte general*. Barcelona: Deusto Jurídico, 3ª ed., 2005.
- CALVO GARCÍA, M. *Los fundamentos del método jurídico. Una revisión crítica*. Madrid: Tecnos, 1994.
- CALLIESS, R.-P. *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat. Ein Beitrag zur strafrechtsdogmatischen Grundlagendiskussion*. Frankfurt a.M.: Fischer Taschenbuch, 1974.
- CÁMARA ARROYO, S. "Justicia Social y Derecho penal: individualización de la sanción penal por circunstancias socioeconómicas del penado (arts. 66.1.6º, 20.7 CP y 7.3 LORRPM)", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 68, Nº 1, 2015, pp. 237-275.
- CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I. *La analogía. Derecho y lógica*. Barcelona: Bosch, 2012.
- CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I. *La equidad en el derecho privado*. Barcelona: Bosch, 2009.
- CARDOZO, B. N. *The Nature of the Judicial Process*. New Haven, CT: Yale University Press, 1921.
- CARNELUTTI, F. *Teoría general del derecho. Metodología del derecho*. Granada: Comares, 2003.
- CARNEVALI RODRÍGUEZ, R. "Derecho penal como «ultima ratio». Hacia una política criminal racional", en *Revista de Derecho Penal*, Nº 25, 2008, pp. 11-49.

- CARRANZA TAGLE, H. A. *Introducción al concurso de delitos. Criterios sobre unidad y pluralidad delictiva*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2011.
- CARRÉ DE MALBERG, R. *Teoría general del Estado*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2ª ed., 1998.
- CASERO BARRÓN, R. *Interpretación de la norma jurídica: lógica, teleológica y analógica*. Pamplona: Aranzadi, 2016.
- CASTAÑEDA Y GRANADOS, D. H. "Filosofía de la decisión judicial", en *Ars Iuris*, N° 38, 2007, pp. 27-57.
- CASTAÑEDA Y GRANADOS, D. H. "En torno al fundamento de la *ars inveniendi* en la razón práctica", en *Ars Iuris*, N° 31, 2004, pp. 305-321.
- CASTELLÓ NICÁS, N. *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos (art. 66.1 del Código Penal)*. Granada: Comares, 2007.
- CASTILLO BLANCO, F. A. *La interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico público. Especial referencia al abuso del Derecho*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2007.
- CEREZO MIR, J. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2008.
- CEREZO MIR, J. "Los fines de la pena en el Código penal después de las reformas del año 2003", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 2 (extraordinario), 2004, pp. 13-30.
- CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho penal español. Parte general. Volumen I*. Madrid: Tecnos, 6ª ed., 2004.
- CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho penal español. Parte general. Volumen II*. Madrid: Tecnos, 6ª ed., 1998.
- CEREZO MIR, J. "Der materielle Schuldbegriff", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 108, N° 1, 1996, pp. 9-25.
- CERVELLÓ DONDERIS, V. "Peligrosidad criminal y pronóstico de comportamiento futuro en la suspensión de la ejecución de la pena" en *La ley penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, N° 106, 2014, p. 4.
- CERVELLÓ DONDERIS, V. *Derecho penitenciario*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 3ª ed., 2012.
- CERVELLÓ DONDERIS, V. "Los nuevos criterios de clasificación penitenciaria", en *La ley penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, N° 8, 2004, pp. 5-22.
- CID MOLINÉ, J. "La política criminal europea en materia de sanciones alternativas a la prisión y la realidad española: una brecha que debe superarse", en *Estudios Penales y Criminológicos*, N° 30, 2010, pp. 55-83.
- CID MOLINÉ, J. / LARRAURI PIJOAN, E. (coords.). *Jueces penales y penas en España*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002.
- CIGÜELA SOLA, J. *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2015.
- CLEMENTE DE DIEGO, F. *La jurisprudencia como fuente del Derecho*. Granada: Comares, 2016.

- COBO DEL ROSAL, J. M. "El sistema de penas y el arbitrio judicial en el Código Penal de 1870", en BECERRIL Y ANTÓN-MIRALLES, J. *et alter. Conmemoración del centenario de la Ley provisional sobre organización del Poder Judicial y del Código Penal de 1870*. Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1970, pp. 69-89.
- COBO PLANA, J. J. *La sentencia civil. Forma, contenido, motivación*. Madrid: Dykinson, 1995.
- COHEN, M. R. *Reason and Law. Studies in Juristic Philosophy*. Glencoe, IL: The Free Press, 1950.
- COHLER, A. M. *Montesquieu's Comparative Politics and the Spirit of American Constitutionalism*. Lawrence, KS: University Press of Kansas, 1988.
- COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M. "Capítulo I. La presunción de inocencia", en RIVES SEVA, A. P. (coord.). *La prueba en el proceso penal. Tomo I*. Pamplona: Aranzadi, 2016, pp. 72 y ss.
- COLOMER HERNÁNDEZ, I. *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003.
- COLOMER MARTÍN-CALERO, J. L. "Autonomía y gobierno. Sobre la posibilidad de un perfeccionismo liberal", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 24, 2001, pp. 251-296.
- COLOMER MARTÍN-CALERO, J. L. "Libertad personal, Moral y Derecho. La idea de la «neutralidad moral» del Estado liberal", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N° 2, 1998, pp. 89-130.
- CONTI, H. "La commisurazione della pena", en PESSINA, E. (ed.). *Enciclopedia del Diritto penale italiano. Raccolta di monografie. Volume IV*. Milán: Società Editrice Libreria, 1910, pp. 812-859.
- CONTRERAS AGUIRRE, S. A. "Fenomenología Jurídica y Derecho Natural. Iusnaturalismo clásico y doctrina apriórica del derecho", en *Eikasia. Revista de Filosofía*, Vol. 4, N° 21, 2008, pp. 57-75.
- CONTRERAS PELÁEZ, F. J. *La filosofía del Derecho en la historia*. Madrid: Tecnos, 2ª ed., 2016.
- CONTRERAS PELÁEZ, F. J. "El debate sobre la superación del positivismo jurídico", en *Crónica Jurídica Hispalense*, N° 5, 2007, pp. 471-502.
- CORBERÁN SALVADOR, Á. / MONTES TUBIO, F. "Perversiones y trampas de la Probabilidad", en *Gaceta de la Real Sociedad Matemática Española*, Vol. 3, N° 2, 2000, pp. 198-229.
- CÓRDOBA RODA, J. "La pena y sus fines en la Constitución española de 1978", en *Papers. Revista de Sociología*, N° 13, 1980, pp. 129-140.
- CÓRDOBA RODA, J. *Culpabilidad y pena*. Barcelona: Bosch, 1977.
- CÓRDOBA RODA, J. / RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *Comentarios al Código penal. Tomo I. (Artículos 1-22)*. Barcelona: Ariel, 1972.
- CORNELL, D. *The Philosophy of the Limit*. Nueva York: Routledge, 1992.
- COSSÍO, C. *Teoría de la verdad jurídica*. Buenos Aires: Losada, 1954.
- COSSÍO, C. *La "causa" y la comprensión en el derecho*. Buenos Aires: La Ley, 1947.
- COSSÍO, C. *El derecho en el derecho judicial*. Buenos Aires: E. Kraft, 1945.

- COSSÍO, C. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. Buenos Aires: Losada, 1944.
- COSSÍO, C. *La plenitud del ordenamiento jurídico*. Buenos Aires: Losada, 1939.
- COSTA, P. *Jurisdictio. Semantica del potere político nella pubblicistica medievale (1100-1433)*. Milán: Giuffrè, 1969.
- COUSO SALAS, J. *Fundamentos del Derecho penal de culpabilidad*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006.
- COUTO LORENZO, L. *Auditoría del sistema APPCC*. Madrid: Díaz de Santos, 2011.
- CRESPO SESMERO, M. J. "Fenomenología y filosofía del derecho", en *Pensamiento. Revista de investigación e información filosófica*, Vol. 72, Nº 274, 2016, pp. 1247-1261.
- CRESPO SESMERO, M. J. "Estados de cosas negativos. La perspectiva fenomenológica de Adolf Reinach", en *Veritas. Revista de filosofía y teología*, Nº 30, 2014, pp. 65-81.
- CRESPO SESMERO, M. J. "¿Derecho a priori vs. Derecho natural? La contribución de Adolf Reinach", en *Revista chilena de derecho*, Vol. 35, Nº 3, 2008, pp. 595-599.
- CRESPO SESMERO, M. J. *El perdón. Una investigación filosófica*. Madrid: Encuentro, 2004.
- CROSBY, J. F. "Reinach's Discovery of the Social Acts", en *Aletheia. An International Journal of Philosophy*, Vol. 3, 1983, pp. 143-194.
- CUELLO CONTRERAS, J. / MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho penal. Parte general*. Madrid: Tecnos, 3ª ed., 2015.
- CUENA BOY, F. *Sistema jurídico y derecho romano. La idea de sistema jurídico y su proyección en la experiencia jurídica romana*. Santander: Universidad de Cantabria, 1998.
- CUERDA ARNAU, M<sup>a</sup> L. "Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho penal", en VV.AA. *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz. Volumen I*. Valencia: Universitat de Valencia, 1998, pp. 447-493.
- CUERDA ARNAU, M<sup>a</sup> L. *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*. Madrid: Ministerio de Justicia e Interior, 1995.
- CUERDA RIEZU, A. R. *Concurso de delitos y determinación de la pena. Análisis legal, doctrinal y jurisprudencial*. Madrid: Tecnos, 1992.
- CURY URZÚA, E. *Derecho penal. Parte general*. Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, 7ª ed., 2005.
- CURY URZÚA, E. "La prevención especial como límite de la pena", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 41, Nº 3, 1988, pp. 685-702.
- CHOCLÁN MONTALVO, J. A. "El principio de culpabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español", en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. / ZUGALDÍA ESPINAR, J. M<sup>a</sup>. (coords.). *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo. Volumen I*. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp. 89-102.
- CHOCLÁN MONTALVO, J. A. "La pena natural y sus efectos sobre la culpabilidad del autor. Reflexiones acerca de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2002", en *Actualidad Penal*, Nº 3, 2002, pp. 1221-1238.



- CHOCLÁN MONTALVO, J. A. "La pena natural", en *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N° 3, D-133, 1999, pp. 1910-1916.
- CHOCLÁN MONTALVO, J. A. *Individualización judicial de la pena: función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*. Madrid: Colex, 1997.
- CHOCLÁN MONTALVO, J. A. *El delito continuado*. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- CHOCLÁN MONTALVO, J. A. "La pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad", en *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N° 6, 1996, pp. 1514-1524.
- CHOCLÁN MONTALVO, J. A. "La pena de multa en el nuevo Código penal", en *Revista General de Derecho*, N° 633, 1997, pp. 6919-6954.
- CHRISTIE, G. "An Essay on Discretion", en *Duke Law Journal*, N° 5, 1986, pp. 747-778.
- CHRISTIE, N. "Die versteckte Botschaft des Neoklassizismus", en *Kriminologisches Journal*, Vol. 15, N° 1, 1983, pp. 14-33.
- CUTIÑO RAYA, S. "La clasificación en grados. Análisis crítico de la normativa penitenciaria", en *Revista de Derecho y proceso penal*, N° 38, 2015, pp. 201-239.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, A. *Ejecución de penas en España. La reinserción social en retirada*. Granada: Comares, 2016.
- DAVIS, K. C. *Discretionary Justice. A Preliminary Inquiry*. Baton Rouge, LA: Louisiana State University Press, 1969.
- DAVIS, M. *To Make the Punishment Fit the Crime*. Boulder, CO: Westview Press, 1992.
- DAVIS, M. "How to Make the Punishment Fit the Crime", en *Ethics*, Vol. 93, N° 4, 1982, pp. 726-752.
- DE ASÍS ROIG, R. *El juez y la motivación en el Derecho*. Madrid: Dykinson, 2005.
- DE ASÍS ROIG, R. *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*. Madrid: Marcial Pons, 1995.
- DE BENITO FRAILE, E. J. "Notas para el estudio de la sentencia en el proceso civil ordinario desde la recepción del Derecho común hasta la Ley de enjuiciamiento civil de 1881", en *Glossae. European Journal of Legal History*, N° 1, 1988, pp. 135-159.
- DE DIEGO MORILLO, A. *Diseño y organización del almacén*. Madrid: Paraninfo, 2015.
- DE DIEGO-LORA, C. "Comentarios al *Titulus VII. De iudicis pronuntiationibus*", en VV.AA. *Código de Derecho Canónico. (Edición bilingüe y anotada)*. Pamplona: EUNSA, 6ª ed., 2001, pp. 991-998.
- DE LA CUESTA AGUADO, P. Mª. *Culpabilidad. Exigibilidad y razones para la exculpación*. Madrid: Dykinson, 2004.
- DE LA MATA BARRANCO, N. J. *La individualización de la pena en los tribunales de justicia. La atención a la finalidad de la pena, la gravedad del hecho y las circunstancias personales del procesado en la jurisdicción penal, en su vinculación a la exigencia de imposición de penas proporcionadas*. Pamplona: Thomson Aranzadi, 2008.
- DE LA MATA BARRANCO, N. J. *El principio de proporcionalidad penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007.

- DE LA TORRE DÍAZ, F. J. *Deontología de abogados, jueces y fiscales. Reflexiones tras una década de docencia*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2008.
- DE LA TORRE DÍAZ, F. J. *Ética y deontología jurídica*. Madrid: Dykinson, 2000.
- DE LARDIZÁBAL Y URIBE, M. *Discurso sobre las penas*. Granada: Comares, 1997.
- DE MIRANDA VÁZQUEZ, C. "Valoración de la prueba. La prueba indiciaria", en RICHARD GONZÁLEZ, M. / ABEL LLUCH, X. (dirs.). *Estudios sobre prueba penal. Volumen III*. Madrid: La Ley, 2013, pp. 337 y ss.
- DE SANTA TERESA, M. *Compendio Moral Salmaticense, según la mente del Angélico Doctor. Tomo I*. Pamplona: Imprenta de José de Rada, 1805.
- DE URBANO CASTRILLO, E. "Deontología judicial: el arquetipo de juez, de nuestra época", en *Manuales de Formación Continuada (CGPJ). Ética del juez y garantías procesales*, Nº 24, 2004, pp. 395-466.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R. *El principio de legalidad penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (coord.). *Derecho penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (coord.). *La aplicación práctica del incidente de acumulación de condenas*. Madrid: Bosch - Wolters Kluwer, 2017.
- DE VICENTE REMESAL, J. *El comportamiento postdelictivo*. León: Universidad de León, 1985.
- DE VIZMANOS, T. M. / ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C. *Comentarios al Código penal. Tomo I*. Madrid: Imprenta de J. M. Alonso, 2ª ed., 1853.
- DEFENSOR DEL PUEBLO. *Informe Anual a las Cortes Generales. 2013*.  
[disponible en: <<https://www.defensordelpueblo.es/informe-anual/informe-anual-2013>>; última consulta: 01.09.2016]
- DEL CASTILLO CODES, E. *La imprudencia: autoría y participación*. Madrid: Dykinson, 2007.
- DEL RÍO FERNÁNDEZ, L. (dir.). *Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Cuadernos de Derecho Judicial. Nº VII*. Madrid: CGPJ, 1995.
- DEL ROSAL FERNÁNDEZ, J. *Cosas del Derecho penal*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1973.
- DEL ROSAL FERNÁNDEZ, J. *Estudios penales*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1948.
- DEL ROSAL FERNÁNDEZ, J. *Nuevo sentido del Derecho penal. Problemas de concepto, método y fuentes*. Valladolid: Librería Santarén, 1942.
- DELGADO SANCHO, C. D. *Los recursos en el proceso penal*. Madrid: Gomilex, 2016.
- DELLA ROCA, F. *Saggi di Diritto processuale canonico*. Padua: CEDAM, 1961.
- DEMETRIO CRESPO, E. "Culpabilidad y fines de la pena. Con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin", en *Revista General de Derecho Penal*, Nº 8, 2007, pp. 1-38.
- DEMETRIO CRESPO, E. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1999.

- DEMETRIO CRESPO, E. "Notas sobre la dogmática de la individualización de la pena", en *Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Vol. 21, Nº 67, 1999, pp. 31-50.
- DEMETRIO CRESPO, E. "Análisis de los criterios de la individualización judicial de la pena en el nuevo Código penal español de 1995", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 50, Nº 1-3, 1997, pp. 323-362.
- DEMONGEOT, M. *El mejor régimen político según Santo Tomás*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos (BAC), 1959.
- DEMURO, G. P. "«Ultima ratio»: alla ricerca di limiti all'espansione del Diritto penale", en *Rivista italiana di Diritto e procedura penale*, Vol. 56, Nº 4, 2013, pp. 1654-1694.
- DESCARTES, R. *Reglas para la dirección del espíritu*. Madrid: Alianza, 1984.
- DESDENTADO DAROCA, E. *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*. Pamplona: Aranzadi, 1997.
- DÍAZ GARCÍA, E. *Sociología y Filosofía del Derecho*. Madrid: Taurus, 1971.
- DÍAZ PITA, M<sup>a</sup> del M. *El dolo eventual*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1994.
- DÍAZ SAMPEDRO, B. "La motivación de las sentencias: una doble equivalencia de garantía jurídica", en *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. Nueva Época*, Nº 5, 2007, pp. 59-85.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. "Strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen? Einige Thesen", en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, Vol. 163, Nº 5, 2016, pp. 238-248.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. *El error sobre elementos normativos del tipo penal*. Madrid: La Ley, 2008.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. "Ne bis in idem material y procesal", en *Revista de Derecho*, Nº 9, 2004, pp. 9-28.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. "Los elementos normativos del tipo penal y la teoría del error", en VV.AA. *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz. Volumen I*. Valencia: Universitat de Valencia, 1998, pp. 657-705.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. / DE VICENTE MARTÍNEZ, R. "Capítulo I. El cumplimiento y la determinación de las penas impuestas a un mismo sujeto", en DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (coord.). *La aplicación práctica del incidente de acumulación de condenas*. Madrid: Bosch - Wolters Kluwer, 2017, pp. 25-135.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (dir.). *Casos prácticos de Derecho penal. 1. Introducción y consecuencias jurídicas del delito*. León: Eolas, 2<sup>a</sup> ed., 2015.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. "El abuso del sistema penal", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 19, 2017, pp. 1-24.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *Derecho penal español. Parte general en esquemas*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 4<sup>a</sup> ed., 2016.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. "La dimensión inclusión/exclusión social como guía de la política criminal comparada", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 13, 2011, pp. 1-36.

- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*. Madrid: Trotta, 2003.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M<sup>a</sup>. *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Civitas, 4<sup>a</sup> ed., 2013.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Barcelona: Ariel, 3<sup>a</sup> ed., 2008.
- DÖLLING, D. "Über die Strafzumessung beim Raub", en GÖSSEL, K. H. / TRIFFTERER, O. (coords.). *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*. Heidelberg: C. F. Müller, 1999, pp. 177-196.
- DOMINGO OSLÉ, R. (ed.). *Juristas universales. Volumen II: Juristas modernos*. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M<sup>a</sup>. "Capítulo quinto. El nuevo sistema de penas a la luz de las últimas reformas", en MORILLAS CUEVA, L. (dir.). *Estudios sobre el Código penal reformado. (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*. Madrid: Dykinson, 2015, pp. 127-183.
- DORADO PORRAS, J. *Iusnaturalismo y positivismo jurídico. Una revisión de los argumentos en defensa del iuspositivismo*. Madrid: Dykinson, 2004.
- DREHER, E. "Rationalere Strafzumessung?", en VV.AA. *Pönometrie. Rationalität oder Irrationalität der Strafzumessung*. Colonia: Institut für Konfliktforschung, 1977, pp. 37-48.
- DREHER, E. "Zur Spielraumtheorie als der Grundlage der Strafzumessungslehre des Bundesgerichtshofes", en *Juristen Zeitung*, Vol. 22, N<sup>o</sup> 2, 1967, pp. 41-46.
- DREHER, E. *Über die gerechte Strafe. Eine theoretische Untersuchung für die deutsche strafrechtliche Praxis*. Heidelberg: L. Schneider, 1947.
- DROST, H. *Das Ermessen des Strafrichters. Zugleich ein Beitrag zu dem allgemeinen Problem Gesetz und Richteramt*. Berlín: Heymann, 1930.
- DUBS, H. "Analytische Bewertung als Grundlage richterlicher Strafzumessung", en VV.AA. *Festgabe zum Schweizerischen Juristentag (1963)*. Basilea: Helbing & Lichtenhahn, 1963, pp. 9-23.
- DUFF, R. A. *Punishment, Communication, and Community*. Nueva York: Oxford University Press, 2001.
- DUFF, R. A. *Trials and Punishments*. Cambridge: Cambridge University Press, 1986.
- DURÁN MIGLIARDI, M. "La prevención general positiva como límite constitucional de la pena. Concepto, ámbitos de aplicación y discusión sobre su función", en *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile), Vol. 29, N<sup>o</sup> 1, 2016, pp. 275-295.
- DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*. Londres: Bloomsbury, 2013.
- DWORKIN, R. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.
- DWORKIN, R. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.
- DWORKIN, R. *A Matter of Principle*. Oxford: Clarendon, 1985.
- DWORKIN, R. "No Right Answer?", en HACKER, P. M. S. / RAZ, J. (eds.). *Law, Morality and Society: Essays in Honour of H.L.A. Hart*. Oxford: Clarendon, 1977, pp. 58-84.
- DWORKIN, R. "Hard Cases", en *Harvard Law Review*, Vol. 88, N<sup>o</sup> 6, 1975, pp. 1057-1109.

- ECHAVARRÍA, M. F. "Persona y personalidad. De la psicología contemporánea de la personalidad a la metafísica tomista de la persona", en *Espíritu. Cuadernos del Instituto Filosófico de Balmesiana*, Nº 139, 2010 (Año LIX), pp. 207-247.
- EHRlich, E. *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*. Leipzig: C. L. Hirschfeld, 1903.
- EKELÖF, P. O. "Free evaluation of evidence", en *Scandinavian Studies in Law*, Vol. 8, 1964, pp. 45-66.
- ELLSCHIED, G. / HASSEMER, W. "Strafe ohne Vorwurf. Bemerkungen zum Grund strafrechtlicher Haftung", en LÜDERSSEN, K. / SACK, F. (eds.). *Seminar: Abweichendes Verhalten II – Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität. Band 1. Strafgesetzgebung und Strafrechtsdogmatik*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1975, pp. 266-292.
- ENGISCH, K. *Einführung in das juristische Denken*. Stuttgart: Kohlhammer, 11ª ed., 2010 (así como estas dos traducciones al español: *Introducción al pensamiento jurídico*. Granada: Comares, 2001; e *Introducción al pensamiento jurídico*. Madrid: Guadarrama, 1967).
- ENGISCH, K. "Methoden der Strafrechtswissenschaft", en ESSER, J. (ed.) *Methoden der Rechtswissenschaft. Teil I*. München: Oldenbourg, 1972, pp. 39 y ss.
- ENGISCH, K. "Um die Charakterschuld", en *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, Vol. 50, 1967, pp. 108 y ss.
- ENGISCH, K. "Bietet die Entwicklung der dogmatischen Strafrechtswissenschaft seit 1930 Veranlassung, in der Reform des Allgemeinen Teils des Strafrechts neue Wege zu gehen?", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 66, Nº 3, 1954, pp. 339-389.
- ERHARD, C. *Strafzumessung bei Vorbestraften unter dem Gesichtspunkt der Strafzumessungsschuld. Zugleich ein Beitrag zur Struktur der in § 46 StGB verwendeten Systemkategorie "Schuld"*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992.
- ESCUADERO GARCÍA-CALDERÓN, B. *El consentimiento en Derecho Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014.
- ETCHEVERRY, J. B. "Capítulo 38. Discrecionalidad judicial", en FABRA ZAMORA, J. L. / RODRÍGUEZ BLANCO, V. (eds.). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho. Volumen dos*. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2015, pp. 1389-1418.
- EXNER, F. *Studien über die Strafzumessungspraxis der deutschen Gerichte*. Leipzig: Wiegandt, 1931.
- EZQUIAGA GANUZAS, F. J. "Función legislativa y función judicial: la sujeción del juez a la ley", en VV.AA. *La función judicial. Ética y democracia*. Barcelona: Gedisa, 2003, pp. 39-55.
- FALCÓN Y TELLA, Mª J. *Equidad, Derecho y Justicia*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2005.
- FARALDO CABANA, P. *Las causas de levantamiento de la pena*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000.
- FARRELL, M. D. "Algunas maneras de entender la neutralidad", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 15-16, 1994, pp. 179-197.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. *La legitimidad de la pena estatal. Un breve recorrido por las teorías de la pena*. Madrid: Lustel, 2014.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2007.

- FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. "Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho", en *In-Dret* 1/2007, pp. 1-20.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. *Resultado lesivo e imprudencia*. Barcelona: Bosch, 2001.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. *Homicidio y lesiones imprudentes. Requisitos y límites materiales*. Madrid: Edijus, 1999.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. "La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo", en *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 65, 1998, pp. 269-364.
- FEINBERG, J. *Doing and Deserving*. Princeton: Princeton University Press, 1970.
- FERNÁNDEZ ALBOR, A. "Algunas observaciones sobre el arbitrio de los jueces penales", en BERISTAIN IPIÑA, A. *et alter* (coords.). *Estudios penales. Homenaje al Prof. Julián Pereda*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1965, pp. 369-385.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. / NISTAL BURÓN, J. *Derecho penitenciario*. Pamplona: Thomson Aranzadi, 2016.
- FERNÁNDEZ BERMEJO, D. "El sistema de ejecución de condenas en España: el sistema de individualización científica", en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. 35, 2015, pp. 125-187.
- FERNÁNDEZ BERMEJO, D. *Individualización científica y tratamiento en prisión*. Madrid: Ministerio del Interior, 2014.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, E. "Los jueces buenos y los buenos jueces. Algunas sencillas reflexiones y dudas sobre la ética judicial", en *Derechos y libertades*, Nº 19, 2008 (Año XII), pp. 17-35.
- FERNÁNDEZ GÓMEZ, L. *Temas de Filosofía del Derecho*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 4ª ed., 2007.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R. *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*. Madrid: Iustel, 2005.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R. *Arbitrariedad y discrecionalidad*. Madrid: Civitas, 1991.
- FERNANDO PABLO, M. M. *La motivación del acto administrativo*. Madrid: Tecnos, 1993.
- FERRAJOLI, L. "La ética de la jurisdicción penal. (Apuntes para una definición de la deontología de los magistrados)", en *Garantismo penal*. México, D.F.: UNAM, 2006, pp. 34-54.
- FERRAJOLI, L. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 5ª ed., 2004 (y también la primera edición: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995).
- FERREIRO BAAMONDE, X. "Os danos que o sistema penal causa ás persoas sometidas a proceso: a victimización terciaria", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Nº 6, 2002, pp. 359-372.
- FERRER SAMA, A. *Comentarios al Código Penal. Tomo II*. Murcia: Sucesores de Nogués, 1947.
- FERRERES COMELLA, V. *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia. (Una perspectiva constitucional)*. Madrid: Civitas, 2002.
- FERRI, E. *Principios de Derecho criminal. Delincuente y delito en la ciencia, en la legislación y en la jurisprudencia*. Madrid: Reus, 1933.

- FEUERBACH, P. J. A. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. Giessen: G. F. Heyes, 1801.
- FIGUERUELO BURRIEZA, A. *El derecho a la tutela judicial efectiva*. Madrid: Tecnos, 1990.
- FINNIS, J. "Retribution: Punishment's Formative Aim", en *American Journal of Jurisprudence*, Vol. 44, N° 1, 1999, pp. 91-103.
- FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1980.
- FINNIS, J. "The Restoration of Retribution", en *Analysis*, Vol. 32, N° 4, 1972, pp. 131-135.
- FINOCCHIARO, E. "La pena natural: breves consideraciones", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Vol. 2, N° 5, 2012, pp. 57-69.
- FISH, S. *Doing What Comes Naturally. Change, Rhetoric and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*. Durham, NC: Duke University Press, 1989.
- FONTANELLA, J. P. *Sacri Regii Senatus Cathaloniae Decisiones. Tomus Primus*. Barcelona: P. Lacavalleria, 1639.
- FORSTHOFF, E. *Lehrbuch des Verwaltungsrecht. Band I. Allgemeiner Teil*. München: C. H. Beck, 1950.
- FRANK, J. *Derecho e incertidumbre*. México, D.F.: Fontamara, 2ª ed., 1993.
- FREIXA EGEA, G. "Régimen penitenciario/clasificación y art. 75 del Reglamento Penitenciario: ¿es el art. 75 RP un nuevo régimen de vida?", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RE-CPC)*, N° 14, 2012, pp. 1-24.
- FREUND, G. "La determinación de las consecuencias jurídico-penales como sistema", en ASÚA BARRITA, A. / GARRO CARRERA, E. (eds.). *Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena*. Bilbao: Universidad del País Vasco, 2009, pp. 27-55.
- FRISCH, W. "Einleitung-Hintergrund, Grundlinien und Probleme der Lehre von der tatproportionalen Strafe", en FRISCH, W. / VON HIRSCH, A. / ALBRECHT, H.-J. (eds.). *Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung*. Heidelberg: C. F. Müller, 2003, pp. 1-22.
- FRISCH, W. "Unrecht und Schuld im Verbrechensbegriff und in der Strafzumessung", en BRITZ, G. et al-ter (eds.). *Grundfragen staatlichen Strafens. Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*. München: C. H. Beck, 2001, pp. 237 y ss.
- FRISCH, W. "Strafkonzept, Strafzumessungstatsachen und Maßstäbe der Strafzumessung in der Rechtsprechung des BGH", en Canaris, C.-W. et al-ter (coords.). *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*. München: C. H. Beck, 2000, pp. 269 y ss.
- FRISCH, W. "Individualprävention und Strafbemessung", en ALBRECHT, H.-J. (ed.). *Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht. Festschrift für G. Kaiser zum 70. Geburtstag. Band II*. Berlin: Duncker & Humblot, 1998, pp. 765 y ss.
- FRISCH, W. "Straftatsystem und Strafzumessung. Zugleich ein Beitrag zur Struktur der Strafzumessungsentscheidung", en WOLTER, J. et al-ter (coords.). *140 Jahre Goltdammer's Archiv. Eine Würdigung zum 70. Geburtstag von Paul-Günter Pötz*. Heidelberg: R. von Decker, 1993, pp. 1 y ss.

- FRISCH, W. "Über die «Bewertungsrichtung» von Strafzumessungstatsachen. Ein Beitrag zur Problematik komparativer Aussagen im Strafrecht", en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, Vol. 136, N° 7, 1989, pp. 338-375.
- FRISCH, W. "Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik (Teil II)", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 99, N° 4, 1987, pp. 751-806.
- FRISCH, W. "Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik (Teil I)", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 99, N° 3, 1987, pp. 349-388.
- FRISCH, W. "Die «verschuldeten» Auswirkungen der Tat. Zugleich ein Beitrag zur Irrtumsproblematik im Strafzumessungsrecht", en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, Vol. 119, N° 6, 1972, pp. 321-347.
- FRISCH, W. *Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumessung*. Colonia: Heymann, 1971.
- FRISCH, W. / VON HIRSCH, A. / ALBRECHT, H.-J. (eds.). *Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung*. Heidelberg: C. F. Müller, 2003.
- FUENTES CUBILLOS, H. "El principio de proporcionalidad en Derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena", en *Revista Ius et Praxis*, Vol. 14, N° 2, 2015, pp. 13-42.
- FUENTES OSORIO, J. L. "Sistema de clasificación penitenciaria y el «periodo de seguridad» del art. 36.2 CP", en *InDret* 1/2011, pp. 5-23.
- FULLER, L. L. *The Morality of Law*. New Haven, CT: Yale University Press, 1969.
- GABALDÓN LÓPEZ, J. "Reflexiones sobre la ética judicial", en VV.AA. *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios sobre Deontología. Volumen II*. Murcia: Universidad Católica San Antonio (UCAM), 2003, pp. 781-820.
- GADAMER, H.-G. *El giro hermenéutico*. Madrid: Cátedra, 1998.
- GADAMER, H.-G. *Gesammelte Werke. Band 10: Hermeneutik im Rückblick*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1995.
- GAEDE, K. "Auf dem Weg zum potentiellen Vorsatz? Problematik und Berechtigung der zunehmenden Tendenzen zur normativen Relativierung des Vorsatzerfordernisses", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 121, N° 2, 2009, pp. 239-280.
- GALAIN PALERMO, P. *La reparación del daño a la víctima del delito*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.
- GALINDO AYUDA, F. "Jueces y Democracia. Criterios para una actividad judicial democrática", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, N° 7, 1990, pp. 147-167.
- GALLAS, W. "Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 67, N° 1, 1955, pp. 1-47.
- GALLEGO DÍAZ, M. "Arbitrio y revisión de la individualización judicial de la pena: evolución jurisprudencial", en *Revista de Derecho Penal*, N° 35, 2012, pp. 9-33.
- GALLEGO DÍAZ, M. "La aplicación de la pena en consideración a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal: criterios de determinación legal y factores de individualización judicial", en *Revista Vasca de Administración Pública*, N° 87-88, 2010, pp. 431-467.



- GALLEGO DÍAZ, M. "El sistema general de reglas para la aplicación de las penas del Código Penal de 1995 y las últimas reformas", en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. / GUARDIEL SIERRA, M. / CORTÉS BECHIARELLI, E. (coords.). *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, pp. 321-354.
- GALLEGO DÍAZ, M. *El sistema español de determinación legal de la pena. Estudio de las reglas de aplicación de penas del Código Penal*. Madrid: ICAI, 1985.
- GALLEGO GARCÍA, E. A. *Common law. El pensamiento político y jurídico de Sir Edward Coke*. Madrid: Encuentro, 2011.
- GALLIGAN, D. *Discretionary Powers. A Legal Study of Official Discretion*. Oxford: Clarendon, 1986.
- GARCÍA AMADO, J. A. *Razonamiento jurídico y argumentación. Nociones introductorias*. León: Eolas, 2013.
- GARCÍA AMADO, J. A. "Sobre formalismos y antiformalismos en la Teoría del Derecho", en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Nº 3, 2012, pp. 13-43.
- GARCÍA AMADO, J. A. "¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?", en *Isegoría*, Nº 35, 2006, pp. 151-172.
- GARCÍA AMADO, J. A. "Filosofía hermenéutica y derecho", en *Azafea. Revista de Filosofía*, Nº 5, 2003, pp. 191-211.
- GARCÍA AMADO, J. A. "Razón práctica y teoría de la legislación", en *Derechos y libertades*, Nº 9, 2000 (Año V), pp. 299-317.
- GARCÍA AMADO, J. A. "La filosofía del derecho de Jürgen Habermas", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho*, Nº 13, 1993, pp. 235-258.
- GARCÍA AMADO, J. A. *Teorías de la tópica jurídica*. Madrid: Civitas, 1988.
- GARCÍA AMADO, J. A. "Del método jurídico a las teorías de la argumentación", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nº 3, 1986, pp. 151-182.
- GARCÍA ARÁN, M. "¿Es posible aplicar la agravación por multirreincidencia de forma coherente?", en HORMAZÁBAL MALARÉE, H. (ed.). *Estudios de Derecho penal. En memoria del Profesor Juan José Bustos Ramírez*. Madrid: Edijus, 2011, pp. 93-110.
- GARCÍA ARAN, M. "El llamado principio de culpabilidad: ¿no hay pena sin culpabilidad?", en QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F. (coords.). *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz*. Navarra: Aranzadi, 2001, pp. 401-416.
- GARCÍA ARÁN, M. "La concepción de la pena y los límites constitucionales a la prevención en la reforma penal", en VV.AA. *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz. Volumen I*. Valencia: Universitat de Valencia, 1998, pp. 803-825.
- GARCÍA ARÁN, M. *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*. Pamplona: Aranzadi, 1997.
- GARCÍA ARÁN, M. "Culpabilidad, legitimación y proceso", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 41, Nº 1, 1988, pp. 71-114.

- GARCÍA ARÁN, M. *Los criterios de determinación de la pena en derecho español*. Barcelona: Universitat de Barcelona, 1982.
- GARCÍA ARÁN, M. "La prevención general en la determinación de la pena", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 34, Nº 2-3, 1981, pp. 511-522.
- GARCÍA MANRIQUE, R. *El valor de la seguridad jurídica*. Madrid: Iustel, 2012.
- GARCÍA MAYNEZ, G. *La fenomenología del derecho en Schreier*. México, D.F.: Coyoacán, 2012.
- GARCÍA PÉREZ, O. *La punibilidad en el Derecho penal*. Pamplona: Aranzadi, 1997.
- GARCÍA RAMÍREZ, S. "Desarrollo de los sustitutivos de prisión", en VV.AA. *Las penas sustitutivas de prisión. Cuadernos para la reforma de la justicia. Volumen 2*. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 1995, pp. 31-88.
- GARCÍA SAN MARTÍN, J. *Las medidas alternativas al cumplimiento de las penas privativas de libertad*. Madrid: Dykinson, 2015.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Introducción al Derecho penal*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 4ª ed., 2006.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. "Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal como límite del «Ius Puniendi»", en GONZÁLEZ RUS, J. J. (coord.). *Estudios penales y jurídicos. (Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero)*. Córdoba: Universidad de Córdoba, 1996, pp. 249-260.
- GARRIGA ACOSTA, C. A. / LORENTE SARIÑENA, M. M. "El juez y la ley. La motivación de las sentencias (Castilla, 1489 - España, 1855)", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Nº 1, 1997, pp. 97-144.
- GARRO CARRERA, E. *Reparación del daño e individualización de la pena. Derecho comparado y regulación española*. Bilbao: Universidad del País Vasco, 2005.
- GARRO CARRERA, E. / ASÚA BATARRITA, A. *Atenuantes de reparación y de confesión. Equívocos de la orientación utilitaria*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008.
- GASCÓN ABELLÁN, M. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 3ª ed., 2010.
- GASCÓN ABELLÁN, M. "Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 28, 2005, pp. 127-139.
- GASCÓN ABELLÁN, M. (coord.). *Argumentación jurídica*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014.
- GELSTHORPE, L. / PADFIELD, N. (eds.). *Exercising Discretion*. Devon: Willan Publishing, 2003.
- GÉNY, F. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Granada: Comares, 2000.
- GIANNOULIS, G. *Studien zur Strafzumessung. Ein Beitrag zur Dogmatik, Rechtstheorie und Rechtsinformatik mit Vertiefung in den Eigentums- und Vermögensdelikten*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*. Madrid: Tecnos, 1999.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. *Estudios de Derecho penal*. Madrid: Civitas, 2ª ed., 1981.

- GIMBERNAT ORDEIG, E. "Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 82, Nº 2, 1970, pp. 379-410 (y su posterior traducción al español: "¿Tiene un futuro la Dogmática jurídico-penal?", en *Estudios de Derecho penal*. Madrid: Civitas, 1976, pp. 64 y ss.).
- GIMENO SENDRA, J. V. *Derecho procesal penal*. Madrid: Civitas, 2ª ed., 2015.
- GIMENO SENDRA, J. V. "La casación y el derecho a los recursos", en *Justicia. Revista de Derecho procesal*, Año 1988, Nº 3, pp. 547-560.
- GIUSSANI, L. *El sentido religioso. Curso Básico de Cristianismo. (Volumen 1)*. Madrid: Encuentro, 10ª ed., 2008.
- GOENA VIVES, B. *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2017.
- GOIG MARTÍNEZ, J. M. "De la primeridad a la primariedad en la tutela de los derechos. La tutela a través de la tutela", en *RDUNED. Revista de Derecho UNED*, Nº 10, 2012, pp. 283-314.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. *Estudios penales*. Madrid: Colex, 2001.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. "Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudio sobre las ideas de prevención general y de culpabilidad en la reforma penal española. (Proyecto 1980 de Código penal)", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, Nº 3 (extraordinario), 1980, pp. 129-194.
- GÓMEZ LANZ, F. J. "Lenguaje legal y actividad judicial: la reducción teleológica de tipos penales", en VV. AA. *Jueces y ciudadanos. Elementos del discurso judicial*. Madrid: Dykinson, 2009, pp. 120-159.
- GÓMEZ LANZ, J. / OBREGÓN GARCÍA, A. *Derecho penal. Parte general. Elementos básicos de teoría del delito*. Madrid: Tecnos, 2ª ed., 2015.
- GÓMEZ MARTÍN, V. *El Derecho penal de autor. Desde la visión criminológica tradicional hasta las actuales propuestas del Derecho penal de varias velocidades*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007.
- GÓMEZ RIVERO, Mª del C. (dir.). *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte general*. Madrid: Tecnos, 3ª ed., 2015.
- GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.). *Comentarios al Código penal*. Valladolid: Lex Nova, 2010.
- GÓMEZ TOMILLO, M. / GUTIÉRREZ FUENTES, J. A. / LÓPEZ-IBOR, J. J. (dirs.). *Aspectos médicos y jurídicos del dolor, la enfermedad terminal y la eutanasia*. Madrid: Unión Editorial, 2008.
- GÓMEZ-JARA DIEZ, C. "La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena. ¿El dolor penal como constructo comunicativo?", en *InDret* 2/2008, pp. 1-31.
- GONZÁLEZ BALLESTEROS, T. *Diccionario jurídico*. Madrid: Dykinson, 2011.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. "La aplicación de la pena en el nuevo Código Penal de 1995", en GÓMEZ COLLOMER, J. L. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (coords.). *La reforma de la justicia penal. Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann*. Valencia: Universidad Jaume I, 1997, pp. 253-281.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*. Valencia: Universidad de Valencia, 1988.

- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. "Arbitrio judicial y artículo 61.4 del Código Penal: comentario a la sentencia de 20 de marzo de 1986", en *Poder Judicial*, N° 4, 1986, pp. 141-158.
- GONZÁLEZ GARCÍA, V. "El arbitrio judicial y el código penal vigente", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 4, N° 2, 1951, pp. 253-302.
- GONZÁLEZ ORDOVÁS, M<sup>a</sup> J. "Leer o no leer, ésa es la cuestión", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, N° 20, 2003, pp. 159-164.
- GONZÁLEZ VICEN, F. "Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, N° 8, 1961, pp. 47-76.
- GRANGER, G.-G. *La théorie aristotélicienne de la science*. Paris: Aubier-Montaigne, 1976.
- GRASNICK, W. *Über Schuld, Strafe und Sprache*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1987.
- GRASSBERGER, R. *Die Strafzumessung*. Viena: Springer, 1932.
- GRIBBOHM, G. "Vorbemerkungen zu den §§ 46 bis 50", en VV.AA. *Leipziger Kommentar StGB. Band 2*. Berlín: Walter de Gruyter, 11<sup>a</sup> ed., 1995, pp. 83-242.
- GRIBBOHM, G. *et alter* (coords.). *Leipziger Kommentar. Strafgesetzbuch. Band 2: §§ 32-55*. Berlín: Walter de Gruyter, 11<sup>a</sup> ed., 1995.
- GRISPIGNI, F. *Derecho penal italiano. Volumen I*. Buenos Aires: Losada, 1948.
- GRYGIEL, S. *Extra communionem personarum nulla philosophia*. Prolusione Dies Academicus 2001-2002. Roma: Lateran University Press, 2002.
- GRYGIEL, S. "Extra communionem personarum nulla philosophia", en *Communio. International Catholic Review*, Vol. 29, N° 4, 2002, pp. 691-702.
- GROCHOLEWSKI, Z. "La certezza morale como chiave di lettura delle norme processuali", en *Ius ecclesiae*, Vol. 9, N° 2, 1997, pp. 417-450.
- GRÜNWARD, G. "Tatrichterliches Ermessen bei der Strafzumessung?", en *Monatsschrift für Deutsches Recht*, Vol. 13, 1959, pp. 713-717.
- GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, F. *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*. Granada: Comares, 2009.
- GUASTINI, R. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 1999.
- GUISASOLA LERMA, C. *Reincidencia y delincuencia habitual*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008.
- GÜNTHER, K. *Schuld und kommunikative Freiheit. Studien zur personalen Zurechnung strafbaren Unrechts im demokratischen Rechtsstaat*. Frankfurt a.M.: V. Klostermann, 2005.
- GÜNTHER, K. "Individuelle Zurechnung im demokratischen Verfassungsstaat", en *Jahrbuch für Recht und Ethik*, Vol. 2, 1994, pp. 143-157.
- HAAG, K. *Rationale Strafzumessung. Ein entscheidungstheoretisches Modell der strafrichterlichen Entscheidung*. Colonia: Heymann, 1970.
- HABERMAS, J. *Wahrheit und Rechtfertigung. Philosophische Aufsätze. Erweiterte Ausgabe*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1999.

- HABERMAS, J. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1992.
- HABERMAS, J. "Wahrheitstheorien", en *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1984, pp. 127-183.
- HABERMAS, J. *Theorie des kommunikativen Handelns (Zwei Bände)*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1981.
- HABERMAS, J. "Wahrheitstheorien", en FAHRENBACH, H. (ed.). *Wirklichkeit und Reflexion. Festschrift für Walter Schulz zum 60. Geburtstag*. Pfullingen: G. Neske, 1973, pp. 211-265.
- HARDWIG, W. "Tat- und Täterstrafrecht im Lichte der Strafrechtsreform", en *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, Vol. 42, N° 1, 1959, pp. 1-25.
- HART-HÖNIG, K. *Gerechte und zweckmäßige Strafzumessung. Zugleich ein Beitrag zur Theorie positiver Generalprävention*. Berlín: Duncker & Humblot, 1992.
- HART, H. L. A. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 3ª ed., 2012 (y su traducción al español en HART, H. L. A. *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1963).
- HART, H. L. A. *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2ª ed., 2008.
- HART, H. M. / SACKS, A. M. *The Legal Process. Basic Problems in the Making and Application of Law*. Westbury, NY: Foundation Press, 1994.
- HASSEMER, W. "Sistema jurídico y codificación. La vinculación del juez a la ley", en VV.AA. *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid: Debate, 1992, pp. 199-218.
- HASSEMER, W. "Juristische Hermeneutik", en *Archiv für Rechtsphilosophie und Sozialphilosophie*, Vol. 72, N° 2, 1986, pp. 195-212.
- HASSEMER, W. *Fundamentos del Derecho penal*. Barcelona; Bosch, 1984.
- HASSEMER, W. *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*. Reinbek: Rowohlt, 1974.
- HASSEMER, W. "Automatisierte und rationale Strafzumessung", en VV.AA. *Gesetzesplanung. Beiträge der Rechtsinformatik*. Berlín: J. Schweitzer, 1972, pp. 95 y ss.
- HASSEMER, W. / MUÑOZ CONDE, F. *Introducción a la Criminología*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011.
- HAWKINS, R. K. (ed.). *The Uses of Discretion*. Oxford: Clarendon Press, 1992.
- HEIDEGGER, M. *Sein und Zeit*. Tübingen: Max Niemeyer, 10ª ed., 1963.
- HEINITZ, E. "Strafzumessung und Persönlichkeit", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 63, 1951, pp. 57-82.
- HEINITZ, E. "Der Strafzweck bei der richterlichen Strafbemessung mit besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwürfe", en *Archiv für Rechtsphilosophie und Wirtschaftsphilosophie*, Vol. 22, 1928/1929, pp. 259-288.
- HENKEL, H. *Die "richtige" Strafe. Gedanken zur richterlichen Strafzumessung*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1969.

- HENKEL, H. *Introducción a la Filosofía del Derecho. Fundamentos del Derecho*. Madrid: Taurus, 1968.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, J. "Exigencias éticas y motivación", en VV.AA. *Ética judicial: reflexiones desde "Jueces para la Democracia"*. Madrid: Fundación Antonio Carretero, 2009, pp. 43-54.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, J. (dir.). *93 cuestiones básicas sobre la segunda instancia penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015.
- HERNÁNDEZ GIL, A. *Metodología de la ciencia del derecho. Vol. I. Las concepciones y los métodos jurídicos tradicionales. El proceso de su revisión. Expansión y superación del positivismo*. Madrid: Gráficas Uguina, 2ª ed., 1971.
- HERNÁNDEZ MARÍN, R. L. *Las obligaciones básicas de los jueces*. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- HERRERA ABIÁN, R. *La inmediación como garantía procesal*. Granada: Comares, 2006.
- HERRERA RESTREPO, D. "Husserl y el mundo de la vida", en *Franciscanum*, Vol. 52, Nº 153, 2010, pp. 247-274.
- HERRERO HERRERO, C. *Fenomenología criminal y criminología comparada*. Madrid: Dykinson, 2011.
- HERVADA XIBERTA, J. *¿Qué es el derecho?* Pamplona: EUNSA, 3ª ed., 2011.
- HERVADA XIBERTA, J. *Introducción crítica al derecho natural*. Pamplona: EUNSA, 9ª ed., 1998.
- HERVADA XIBERTA, J. "Reflexiones acerca de la prudencia jurídica y el Derecho canónico", en *Revista Española de Derecho Canónico*, Vol. 16, Nº 47-48, 1961, pp. 415-451.
- HIRSCH, G. "Vorbemerkungen zu den §§ 46", en VV.AA. *Leipziger Kommentar StGB*. Berlín: Walter de Gruyter, 1985, 10ª ed., pp. 1-79.
- HIRSCH, H.-J. "Über Irrungen und Wirrungen in der gegenwärtigen Schuldlehre", en DANNECKER, G. *et aliter* (eds.). *Festschrift für Harro Otto (zum 70. Geburtstag am 1. April 2007)*. Colonia: Heymann, 2007, pp. 307 y ss.
- HIRSCH, H.-J. "Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 106, Nº 4, 1994, pp. 746-765.
- HIRSCHEL, D. J. / WAKEFIELD, W. O. / SASSE, S. *Criminal Justice in England and the United States*. Sudbury, MA: Jones & Bartlett Learning, 2ª ed., 2008.
- HOFFMANN-HOLLAND, K. *Der Modellgedanke im Strafrecht. Eine kriminologische und strafrechtliche Analyse von Modellversuchen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.
- HOFFMANN, N. D. *Punktstrafe und Spielraumtheorie. Wahrheit und Vertretbarkeit im Recht*. Frankfurt a.M.: Grin Verlag, 2008.
- HOLMES, O. W. "The Path of the Law", en *Harvard Law Review*, Vol. 10, 1897, pp. 457 y ss.
- HOMMERDING, A. N. *Teoría de la legislación y Derecho como integridad*. Curitiba: Juruá, 2012.
- HONNETH, A. *El derecho de la libertad: esbozo de una eticidad democrática*. Madrid: Katz, 2014.
- HONNETH, A. *The Struggle for Recognition. The Moral Grammar of Social Conflicts*. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology Press, 1995.

- HORN, E. "Wider die «doppelspurige Strafhöhenzumessung», en GRÜNWARD, G. (coord.). *Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag (am 28. Juli 1975)*. Göttingen: J. Schwartz, 1975, pp. 241-254.
- HORN, E. *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit. Eine systematische Grundlagenanalyse der Schuldtheorie*. Berlín: Duncker & Humblot, 1969.
- HOROVITZ, A. "The emergence of sentencing hearings", en *Punishment & Society*, Vol. 9, N° 3, pp. 271-299.
- HÖRNLE, T. "Theories of Criminalization", en DUBBER, M. D. / HÖRNLE, T. (eds.). *The Oxford Handbook of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, pp. 679-701.
- HÖRNLE, T. "Subsidiariedad como principio limitador. Autoprotección", en ROBLES PLANAS, R. (ed.). *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Barcelona: Atelier, 2012, pp. 87-100.
- HÖRNLE, T. *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*. Buenos Aires: F. J. Di Plácido Editor, 2003.
- HÖRNLE, T. "Kriterien für die Herstellung von Tatproportionalität", en FRISCH, W. / VON HIRSCH, A. / ALBRECHT, H.-J. (eds.). *Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung*. Heidelberg: C. F. Müller, 2003, pp. 129-140.
- HÖRNLE, T. "La concepción anticuada de la culpabilidad en la jurisprudencia y doctrina tradicionales de la medición de la pena", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 54, 2001, pp. 401-429.
- HÖRNLE, T. *Tatproportionale Strafzumessung*. Berlín: Duncker & Humblot, 1999.
- HRUSCHKA, J. *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*. Madrid: Thomson Aranzadi, 2005.
- HRUSCHKA, J. *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil*. Berlín: Walter de Gruyter, 2ª ed., 1988.
- HUSAK, D. *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- HUSAK, D. "Why Punish the Deserving?", en *Noûs*, Vol. 26, 1992, pp. 447-64.
- HUSSERL, E. *Die Krisis der europäischen Wissenschaften und die transzendente Phänomenologie*. La Haya: Martinus Nijhoff, 1984.
- HUSSERL, E. *Zur Phänomenologie der Intersubjektivität. Texte aus dem Nachlass. Erster Teil: 1905-1920*. La Haya: Martinus Nijhoff, 1973.
- HUSSERL, E. *Zur Phänomenologie der Intersubjektivität. Texte aus dem Nachlass. Zweiter Teil: 1921-1928*. La Haya: Martinus Nijhoff, 1973.
- HUSSERL, E. *Zur Phänomenologie der Intersubjektivität. Texte aus dem Nachlass. Dritter Teil: 1929-1935*. La Haya: Martinus Nijhoff, 1973.
- HUSSERL, E. *Ideas relativas a una fenomenología pura y una filosofía fenomenológica*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2ª ed., 1962.

- HUSSERL, E. *Cartesianische Meditationen und Pariser Vorträge*. La Haya: Martinus Nijhoff, 1950.
- HUSSERL, G. *Person, Sache, Verhalten. Zwei phänomenologische Studien*. Frankfurt a.M.: V. Klostermann, 1969.
- HUSSERL, G. *Recht und Welt. Rechtsphilosophische Abhandlungen*. Frankfurt a.M.: V. Klostermann, 1964.
- HUSSERL, G. *Recht und Zeit. Fünf rechtsphilosophische Essays*. Frankfurt a.M.: V. Klostermann, 1955.
- HUSSERL, G. "Men and the Law", en FARBER, M. (coord.). *Philosophical Essays in Memory of Edmund Husserl*. Cambridge: Harvard University Press, 1940, pp. 262-277.
- HUSSERL, G. *Der Rechtsgegenstand. Rechtslogische Studien zu einer Theorie des Eigentums*. Berlín: J. Springer, 1933.
- IACOVIELLO, F. M. *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*. Milán: Giuffrè, 1997.
- IGARTUA SALAVERRÍA, J. *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. Lima: Palestra, 2009.
- IGARTUA SALAVERRÍA, J. "La moral en la justificación de las decisiones judiciales", en VV.AA. *Jueces y Derecho. Problemas contemporáneos*. México, D.F.: Porrúa, 2004, pp. 75-98.
- IGARTUA SALAVERRÍA, J. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- IGARTUA SALAVERRÍA, J. "Motivación de las sentencias, presunción de inocencia, «in dubio pro reo»", en *Anuario de Derechos Humanos*, Nº 2, 2001, pp. 459-480.
- IGARTUA SALAVERRÍA, J. *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*. Madrid: Civitas, 1998.
- IGARTUA SALAVERRÍA, J. "Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial", en *Revista Vasca de Administración Pública*, Nº 46, 1996, pp. 95-118.
- IGARTUA SALAVERRÍA, J. *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995.
- IGARTUA SALAVERRÍA, J. *Teoría analítica del derecho. La interpretación de la ley*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1994.
- IGARTUA SALAVERRÍA, J. "La motivación de las sentencias", en *Revista Vasca de Administración Pública*, Nº 31, 1991, pp. 143-160.
- IGLESIAS VILA, M. *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.
- ÍNIGO CORROZA, E. / RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, E. *Los Acuerdos de la Sala Penal del Tribunal Supremo: naturaleza jurídica y contenido (1991-2007)*. Barcelona: Atelier, 2007.
- ISAY, A. *Rechtsnorm und Entscheidung*. Berlín: F. Vahlen, 1929.
- ISNARDI PARENTE, M. *Téchne. Momenti del pensiero greco da Platone ad Epicuro*. Florencia: Nuova Italia, 1966.



- ITURRALDE SESMA, M<sup>a</sup> V. “Justificación judicial y valoraciones”, en *Isegoría*, N<sup>o</sup> 35, 2006, pp. 207-220.
- ITURRALDE SESMA, M<sup>a</sup> V. *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004.
- IUSTINUS DE CASTELLO, A. “Tractatus syndicatus cum expositione inquisitionis generalis et querelarum porrectarum contra officiales et eorum defensiones”, en VV.AA. *Tractatus de formatione libelli in syndicatu quamplurium auctorum*. Venecia: H. Zenarum, 1586, pp. 34-75.
- JAÉN VALLEJO, M. “Recursos contra sentencias penales”, en *Lefebvre-El Derecho*, 21.03.2016. [disponible en: <[http://www.elderecho.com/tribuna/penal/Recursos-sentencias-penales\\_11\\_9319-30001.html](http://www.elderecho.com/tribuna/penal/Recursos-sentencias-penales_11_9319-30001.html)>; última consulta: 11.01.2017]
- JAÉN VALLEJO, M. “Suspensión y libertad condicionales: dos formas de inejecución de la pena privativa de libertad”, en CANCINO MORENO, A. J. (comp.). *Derecho penal y sistema acusatorio en Iberoamérica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 29-54.
- JAÉN VALLEJO, M. *Tendencias actuales de la jurisprudencia constitucional penal*. Madrid: Dykinson, 2002.
- JAÉN VALLEJO, M. “Arbitrio judicial: individualización de la pena, motivación y principios constitucionales”, en VV.AA. *Estudio y aplicación práctica del Código penal de 1995. Tomo I*. Madrid: Colex, 1997, pp. 153-174.
- JAÉN VALLEJO, M. “Los puntos de partida de la dogmática penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 48, N<sup>o</sup> 1, 1995, pp. 57-70.
- JAÉN VALLEJO, M. / PERRINO PÉREZ, Á. L. *La reforma procesal penal de 2015*. Madrid: Dykinson, 2015.
- JAGUSCH, H. *Die Praxis der Strafzumessung*. Berlín: Walter de Gruyter, 1956.
- JAKOBS, G. “Coacción y personalidad. Reflexiones sobre una teoría de las medidas de seguridad complementarias a la pena”, en *InDret* 1/2009, pp. 1-16.
- JAKOBS, G. *El Derecho penal como disciplina científica*. Madrid: Civitas 2008.
- JAKOBS, G. “Terroristen als Personen im Recht?”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 107, N<sup>o</sup> 4, 2005, pp. 839-851.
- JAKOBS, G. “Gleichgültigkeit als dolus indirectus”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 114, N<sup>o</sup> 3, 2002, pp. 584-599.
- JAKOBS, G. *Das Schuldprinzip*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1993.
- JAKOBS, G. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*. Berlín: Walter de Gruyter, 2<sup>a</sup> ed., 1991 (y su traducción al español: JAKOBS, G. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons, 2<sup>a</sup> ed., 1997).
- JAREÑO LEAL, Á. “Reincidencia, arbitrio judicial y principio de legalidad (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1990)”, en *Poder Judicial*, N<sup>o</sup> 22, 1991, pp. 245-256.
- JESCHECK, H.-H. “El principio de culpabilidad como fundamento y límite de la punibilidad en el Derecho alemán y español”, en *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, N<sup>o</sup> 9, 1995, pp. 25-38.

- JESCHECK, H.-H. *Tratado de Derecho penal. Parte general. Volumen primero*. Barcelona: Bosch, 1981.
- JESCHECK, H.-H. *Tratado de Derecho penal. Parte general. Volumen segundo*. Barcelona: Bosch, 1981.
- JESCHECK, H.-H. "Methoden der Strafrechtswissenschaft", en *Studium Generale*, Vol. 12, 1959, pp. 107-119.
- JESCHECK, H.-H. / WEIGEND, T. *Tratado de Derecho penal. Parte general*. Granada: Comares, 5ª ed., 2002.
- JIMÉNEZ CANO, R. M. *Una metateoría del positivismo jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *La sentencia indeterminada. El sistema de penas determinadas a posteriori*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Principios de Derecho penal. La ley y el delito*. Buenos Aires: LexisNexis, 2005.
- JORGE BARREIRO, A. "La motivación en la individualización judicial de la pena", en VV.AA. *Problemas específicos de la aplicación del Código penal. Manuales de Formación Continuada (Nº 4)*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 43-116.
- JUAN DE SALISBURY. *Metalogicon*. Turnhout: Brepols, 2013.
- JUANATEY DORADO, C. *Manual de Derecho penitenciario*. Madrid: Lustel, 3ª ed., 2016.
- JUSTINIANO. *Digestorum, seu Pandectarum*.  
[disponible en: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=602>>; última consulta: 03.03.2017]
- JUSTINIANO. *Institutionum*.  
[disponible en: <<https://www.wdl.org/es/item/18188/>>; última consulta: 03.03.2017]
- KANTOROWICZ, H. (GNAEUS FLAVIUS). *Der Kampf um Rechtswissenschaft*. Heidelberg: Carl Winter, 1906.
- KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.
- KAUFMANN, Arthur. "Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz", en WARD, G. *et aliter* (eds.). *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag*. Berlín: Walter de Gruyter, 1976, pp. 26-38.
- KAUFMANN, Arthur. "Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht", en *Juristen Zeitung*, Vol. 22, Nº 11, 1967, pp. 553-560.
- KAUFMANN, Arthur. *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*. Heidelberg: Carl Winter, 1961.
- KAUFMANN, F. *Methodenlehre der Sozialwissenschaften*. Viena: J. Springer, 1936.
- KAUFMANN, F. *Die Kriterien des Rechts. Eine Untersuchung über die Prinzipien der Juristischen Methodenlehre*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1924.
- KAUFMANN, F. *Logik und Rechtswissenschaft. Grundriss eines Systems der reinen Rechtslehre*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1922.
- KELSEN, H. *Teoría pura del derecho*. México, D.F.: UNAM, 1982.
- KELSEN, H. *Teoría general del Estado y del Derecho*. México, D.F.: UNAM, 2ª ed., 1958.

- KENNETT, J. *Agency and Responsibility. A Common-Sense Moral Psychology*. Nueva York: Oxford University Press, 2001.
- KINDHÄUSER, U. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Baden-Baden: Nomos, 7<sup>a</sup> ed., 2015.
- KINDHÄUSER, U. "Rechtstreue als Schuld-kategorie", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 107, N° 4, 1995, pp. 701-733.
- KINDHÄUSER, U. *Gefährdung als Straftat*. Frankfurt a.M.: V. Klostermann, 1989.
- KLEINIG, J. *Punishment and Desert*. La Haya: Martinus Nijhoff, 1973.
- KLOSKO, G. / WALL, S. (eds.). *Perfectionism and Neutrality. Essays in Liberal Theory*. Lanham, MD: Rowman & Littlefield, 2003.
- KÖBERER, W. *Iudex non calculat. Über die Unmöglichkeit, Strafzumessung sozialwissenschaftlich-mathematisch zu rationalisieren*. Frankfurt a.M.: P. Lang, 1996.
- KÖHLER, M. "Der Begriff der Zurechnung", en WEIGEND, T. / KÜPPER, G. (eds.). *Festschrift für Hans-Joachim Hirsch (zum 70. Geburtstag am 11. April 1999)*. Berlin: Walter de Gruyter, 1999, pp. 65-81.
- KÖHLER, M. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Berlin: Springer, 1997.
- KÖHLER, M. *Der Begriff der Strafe*. Heidelberg: Decker & Müller, 1986.
- KÖHLER, M. *Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung*. Heidelberg: Decker & Müller, 1983.
- KOHLSCHÜTTER, H. *Entweder "Schuld des Täters" oder "Tatproportionalität" als Grundlage für die Strafzumessung, eine echte Alternative? Die Eliminierung der Quantums der strafwertigen Sanktion*. Aachen: Shaker, 2001.
- KOHLSCHÜTTER, H. *Die mathematische Modellierung der Strafzumessung. Das Strafwertkalkül als Idee zur Evolution der Strafrechtstheorie?* Marburgo: Tectum, 1998.
- KOSCHAKER, P. *Europa y el derecho romano*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 2<sup>a</sup> ed., 1955.
- KRAHL, M. *Tatbestand und Rechtsfolge. Untersuchungen zu ihrem strafrechtsdogmatisch-methodologischen Verhältnis*. Frankfurt a.M.: V. Klostermann, 1999.
- KRAMER, E. A. *Juristische Methodenlehre*. München: C. H. Beck, 5<sup>a</sup> ed., 2016.
- KUHLEN, L. *Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen*. Heidelberg: C. F. Müller, 2006.
- KUNZ, K.-L. "Prävention oder gerechte Zurechnung. Überlegungen zur normativen Kontrolle utilitaristischer Strafbegründung", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 98, N° 4, 1986, pp. 823-838.
- KUNZ, K.-L. "Überlegungen zur Strafbemessung auf erfahrungs-wissenschaftlicher Grundlage", en KIELWEIN, G. (ed.). *Entwicklungslinien der Kriminologie. Vorträge und Beiträge anlässlich des 30. Jahrestages der Gründung des Instituts für Kriminologie der Universität des Saarlandes*. Colonia: Heymann, 1985, pp. 29-45.
- KYMLICKA, W. "Liberal Individualism and Liberal Neutrality", en *Ethics*, Vol. 99, N° 4, 1989, pp. 883-905.

- LA LEY (REDACCIÓN). *La determinación y el cálculo de la pena en el Código Penal*. Madrid: Wolters Kluwer, 2017.
- LACKNER, K. "Grundsätze der Strafzumessung", en LACKNER, K. / KÜHL, K. (coords.). *StGB. Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*. Múnich: C. H. Beck, 21ª ed., 1995, pp. 276 y ss.
- LACKNER, K. *Über neue Entwicklungen in der Strafzumessungslehre und ihre Bedeutung für die richterliche Praxis*. Heidelberg: C. F. Müller, 1978.
- LACKNER, K. / KÜHL, K. (coords.). *Strafgesetzbuch Kommentar*. Múnich: C. H. Beck, 23ª ed., 1999.
- LALINDE ABADÍA, J. *Derecho histórico español*. Barcelona: Ariel, 3ª ed., 1983.
- LANDA GOROSTIZA, J.-M. (dir.). *Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma 2015*. Madrid: Dykinson, 2017.
- LANDA GOROSTIZA, J.-M. (ed.). *Delincuentes peligrosos*. Madrid: Trotta, 2014.
- LANDECHO VELASCO, C. Mª / MOLINA BLÁZQUEZ, Mª C. *Derecho penal español. Parte general*. Madrid: Tecnos, 9ª ed., 2015.
- LANDROVE DÍAZ, G. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Madrid: Tecnos, 5ª ed., 2002.
- LANDROVE DÍAZ, G. "La victimización del delincuente", en BERISTAIN IPIÑA, A. / DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. (coords.). *Victimología. VIII Cursos de Verano en San Sebastián*. Donostia: Universidad del País Vasco, 1990, pp. 149-158.
- LANGE, R. "Die Systematik der Strafdrohungen", en VV.AA. *Materialen zur Strafrechtsreform. Band I. Gutachten der Strafrechtslehrer*. Bonn: Bundesministerium der Justiz, 1954, pp. 69 y ss.
- LANGER, W. "Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft", en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, Vol. 137, Nº 10, 1990, pp. 435-466.
- LARENZ, K. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.
- LARENZ, K. *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. Madrid: Civitas, 1985.
- LARIGUET, G. "El aguijón de Aristófanes y la moralidad de los jueces", en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, Nº 36, 2013, pp. 107-126.
- LARIGUET, G. *Virtudes, ética profesional y derecho. Una introducción filosófica*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2012.
- LARIGUET, G. *Dogmática jurídica y aplicación de normas. Un análisis de las ideas de autonomía de ramas jurídicas y unidad del derecho*. México, D.F.: Alveroni, 2006.
- LÁRRAGA, F. *Prontuario de la teología moral*. Barcelona: Juan Francisco Piferrer, 1833.
- LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A. "Proporcionalidad penal", en MAQUEDA ABREU, Mª L. et al. (coords.). *Derecho penal para un estado social y democrático de derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2016, pp. 175-192.
- LEGANÉS GÓMEZ, S. *La evolución de la clasificación penitenciaria*. Madrid: Dirección General de Instituciones Penitenciarias, 2005.

- LEGAZ Y LACAMBRA, L. "Justification de la décision en droit", en HUBIEN, H. (ed.). *Le raisonnement juridique*. Bruselas: Bruylant, 1971, pp. 295-300.
- LESCH, H. H. *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*. Colonia: Heymann, 1999.
- LEVAGGI, A. "La fundamentación de las sentencias en el Derecho indiano", en *Revista de Historia del Derecho*, N° 6, 1978, pp. 45-73.
- LEVI, E. H. *An Introduction to Legal Reasoning*. Chicago: University of Chicago Press, 1949.
- LIFANTE VIDAL, I. "Dos conceptos de discrecionalidad jurídica", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 25, 2002, pp. 413-439.
- LOIDOLT, S. *Einführung in die Rechtsphänomenologie. Eine historisch-systematische Darstellung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010.
- LOPARDO, M. "Aplicabilidad de la pena natural", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Vol. 2, N° 9, 2012, pp. 61-77.
- LÓPEZ ARANGUREN, J. L. *Ética*. Barcelona: Altaya, 1998.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *Contestaciones al programa de Derecho penal. Parte general para acceso a las carreras judicial y fiscal. Tomo I*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 6ª ed., 2015.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *Tratado de Derecho penal. Parte general*. Pamplona: Civitas, 2010.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *Derecho penal. Parte general. Volumen III: Los fundamentos de extensión de la tipicidad*. Madrid: Leynfor Siglo XXI, 2001.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *El consentimiento en Derecho Penal*. Madrid: Dykinson, 1999.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *Teoría de la pena*. Madrid: Akal, 1991.
- LÓPEZ CERRADA, V. M. "La acumulación jurídica de penas", en *Revista de Estudios Penitenciarios*, N° 250, 2004, pp. 9-72.
- LÓPEZ EBRI, G. A. / MANZANA LAGUARDA, R. S. "El arbitrio judicial en la punición de las faltas", en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, N° 1248-1249-1250, 15 de agosto de 1981, pp. 3-31.
- LÓPEZ GUERRA, L. Mª. "Presunción de inocencia, tutela judicial y motivación de sentencias penales", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, N° 5, 1992, pp. 141-161.
- LÓPEZ MONROY, J. de J. *El sistema jurídico del Common law*. México, D.F.: Porrúa, 2011.
- LÓPEZ SÁENZ, Mª del C. "Intersubjetividad trascendental y mundo social", en *Enrahonar. Quaderns de filosofia*, N° 22, 1994, pp. 33-61.
- LÓPEZ, G. (ed.). *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio. Tomo Segundo*. París: Lecointe y Lasserre, 1843.
- LÓPEZ, G. (ed.). *Las Siete Partidas del sabio Rey Don Alfonso el X. Tomo III*. Madrid: Imprenta de Luis Amarita, 1830.
- LORENZ, K. "Der dialogische Wahrheitsbegriff", en VV.AA. *Neue Hefte für Philosophie. Heft 2/3: Dialog als Methode*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1972, pp. 111-123.

- LUHMANN, N. *El derecho de la sociedad*. México, D.F.: Herder, 2ª ed., 2005.
- LUHMANN, N. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Barcelona: Paidós, 1990.
- LUNA SERRANO, A. *La seguridad jurídica y las verdades oficiales del derecho*. Madrid: Dykinson, 2015.
- LUYPEN, W. *Fenomenología del derecho natural*. Buenos Aires: Carlos Lohlé Ediciones, 1968.
- LUZÓN CUESTA, J. M. *Compendio de Derecho penal. Parte general*. Madrid: Dykinson, 23ª ed., 2016.
- LUZÓN PEÑA, D.-M. *Lecciones de Derecho penal. Parte general*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 3ª ed., 2016.
- LUZÓN PEÑA, D.-M. "Dolo y dolo eventual: reflexiones", en ARROYO ZAPATERO, L. A. / BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (coords.). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. In memoriam. *Volumen I*. Cuenca: Ediciones de las Universidades de Castilla-La Mancha y Salamanca, 2001, pp. 1109-1134.
- LUZÓN PEÑA, D.-M. "Observaciones sobre culpabilidad y pena en el Código Penal español de 1995", en VV.AA. *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*. Granada: Comares, 1999, pp. 161-170.
- LUZÓN PEÑA, D.-M. "Libertad, culpabilidad y neurociencias", en *InDret* 3/2012, pp. 1-59.
- LUZÓN PEÑA, D.-M. *Curso de Derecho penal. Parte general. Volumen I*. Madrid: Editorial Universitas, 1996.
- LUZÓN PEÑA, D.-M. *Estudios penales*. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias, 1991.
- LUZÓN PEÑA, D.-M. "Prevención general y psicoanálisis", en MIR PUIG, S. (ed.). *Derecho penal y Ciencias sociales*. Barcelona: UAB, 1982, pp. 149 y ss.
- LUZÓN PEÑA, D.-M. "Prevención general, sociedad y psicoanálisis", en *Cuadernos de Política Criminal*. Nº 16, 1982, pp. 93-106.
- LUZÓN PEÑA, D.-M. *Medición de la pena y sustitutivos penales*. Madrid: Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1979.
- LLOBELL TUSET, J. "La certezza morale nel processo canonico matrimoniale", en *Il Diritto ecclesiastico*, Vol. 109, Nº 4, 1998, pp. 758-802.
- LLOBELL TUSET, J. "La sentencia canónica en las causas de nulidad matrimonial", en *Ius Canonicum*, Vol. XXIX, Nº 57, 1989, pp. 151-182.
- LLOBELL TUSET, J. *Historia de la motivación de la sentencia canónica*. Zaragoza: Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Zaragoza, Aragón y Rioja, 1985.
- LLORCA ORTEGA, J. *Manual de determinación de la pena*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 6ª ed., 2005.
- LLOYD, G. E. *Aristóteles. Desarrollo y estructura de su pensamiento*. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2008.
- MACCORMICK, N. / WEINBERGER, O. *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*. Dordrecht: Springer-Science+Business Media, 1986.
- MACCORMICK, N. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon, 1978.
- MACINTYRE, A. C. *After Virtue. A Study in Moral Theory*. Londres: Bloomsbury, 2013.

- MAIN, T. O. "Judicial Discretion to Condition", en *Temple Law Review*, Vol. 79, Nº 4, 2006, pp. 1075-1126.
- MAIWALD, M. "Dogmatik und Gesetzgebung im Strafrecht der Gegenwart", en BEHREND, O. / HENCKEL, W. (eds.). *Gesetzgebung und Dogmatik*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1989, pp. 120-137.
- MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORO, J. "Líneas de influencia canónica en la Historia del proceso español", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Nº 23, 1953, pp. 467-494.
- MALEM SEÑA, J. F. *El error judicial y la formación de jueces*. Barcelona: Gedisa, 2008.
- MALEM SEÑA, J. F. "La vida privada de los jueces", en OROZCO HENRIQUEZ, J. J. / VÁZQUEZ CARDOZO, R. / MALEM SEÑA, J. F. (comps.). *La función judicial. Ética y democracia*. Barcelona: Gedisa, 2003, pp. 163-179.
- MALEM SEÑA, J. F. "¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 24, 2001, pp. 379-403.
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. "¿Son vinculantes los Acuerdos del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS?", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 10-02, 2008, pp. 1-25.
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. "La «poena naturalis» en el Derecho penal vigente", en VV.AA. *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat. Tomo I*. Madrid: Edisofer, 2008, pp. 1121-1148.
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. *La atenuante analógica de dilaciones indebidas. Analogía e interpretación: el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*. Barcelona: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2007.
- MANRIQUE, M<sup>a</sup> L. "Responsabilidad, dolo eventual y doble efecto", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 30, 2007, pp. 415-434.
- MAÑALICH, J. P. "La pena como retribución", en *Estudios Públicos*, Nº 108, 2007, pp. 117-205.
- MAPELLI CAFFARENA, B. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Pamplona: Aranzadi, 5<sup>a</sup> ed., 2011.
- MAPELLI CAFFARENA, B. "El insoportable artículo 66 del Código Penal", en VV.AA. *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat. Tomo I*. Madrid: Edisofer, 2008, pp. 1149-1172.
- MAQUEDA ABREU, M<sup>a</sup> L. / LAURENZO COPELLO, P. *El Derecho penal en casos. Parte general. Teoría y práctica*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 4<sup>a</sup> ed., 2016.
- MARCIC, R. *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat. Recht als Mass der Macht. Gedanken über den demokratischen Rechts- und Sozialstaat*. Viena: Springer, 1957.
- MARCILLA CÓRDOBA, G. *Racionalidad legislativa*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- MARCHILI, L. A. *Cómo legislar con sabiduría y elocuencia. El arte de legislar reconstruido a partir de la tradición retórica*. Buenos Aires: Dunker, 2009.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. "Lección 17. La individualización de la pena", en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (dir.). *Lecciones de Derecho penal. Parte general*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2<sup>a</sup> ed., 2015, pp. 259-271.

- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. "El debate actual sobre los fines de la pena y su aplicación práctica", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 11, 2014, pp. 119-146.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. *La reincidencia. Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*. Granada: Comares, 1999.
- MARTÍN LORENZO, M. *La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009.
- MARTÍN PALLÍN, J. A. *¿Para qué servimos los jueces?* Madrid: Los Libros de la Catarata, 2010.
- MARTÍN Y MARTÍN, J. A. "Arbitrio judicial en el Código penal de 1995", en VV.AA. *Estudio y aplicación práctica del Código penal de 1995. Tomo I*. Madrid: Colex, 1997, pp. 131-150.
- MARTÍNEZ ARRIETA, A. "La refundición de penas: una interpretación alternativa", en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. / ZUGALDÍA ESPINAR, J. M<sup>a</sup>. (coords.). *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo. Volumen I*. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp. 473-482.
- MARTÍNEZ ARRIETA, A. / ENCINAR DEL POZO, M. Á. *El recurso de casación y de revisión penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 3<sup>a</sup> ed., 2016.
- MARTÍNEZ GARAY, L. "La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad", en *InDret 2/2014*, pp. 1-77.
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J. A. *La determinación de las penas en el Código Penal*. Barcelona: Bosch, 2013.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, D. *Metodología jurídica y argumentación*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- MAS TORRES, S. "El tema de la virtud: A. MacIntyre, lector de Aristóteles", en *Revista de Filosofía*, 3<sup>a</sup> época, Vol. 9, N° 15, 1996, pp. 159-182.
- MASSINI CORREAS, C. I. "Entre la analítica y la hermenéutica. La filosofía jurídica como filosofía práctica", en *Persona y Derecho*, N° 56, 2007, pp. 205-243.
- MASSINI CORREAS, C. I. "Dworkin, Finnis y la «única respuesta correcta»", en *Ars Iuris*, N° 34, 2005, pp. 131-161.
- MASSINI CORREAS, C. I. *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1982.
- MATA Y MARTÍN, R. M. *Fundamentos del sistema penitenciario*. Madrid: Tecnos, 2016.
- MATTEI, U. *Il modello di Common Law*. Turín: G. Giappichelli, 4<sup>a</sup> ed., 2014.
- MAURACH, R. / GÖSSEL, K. H. / ZIPF, H. *Derecho penal. Parte general. Tomo II*. Buenos Aires: Astrea, 7<sup>a</sup> ed., 1995.
- MAURER, M. *Komparative Strafzumessung. Ein Beitrag zur Fortentwicklung des Sanktionenrechts*. Berlín: Duncker & Humblot, 2005.
- MAYER, O. *Deutsches Verwaltungsrecht. Band I*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1895.
- MAZA MARTÍN, J. M. *Circunstancias que excluyen o modifican la responsabilidad criminal*. Madrid: La Ley, 2007.



- McILWAIN, C. H. *Constitutionalism Ancient and Modern*. Nueva York: Ithaca, 2ª ed., 1947.
- MECCARELLI, M. *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*. Milán: Giuffrè, 1998.
- MEDINA ECHAVARRÍA, J. *Situación presente de la filosofía jurídica. Esquema de una interpretación*. Madrid: Reus, 2009.
- MELENDO PARDOS, M. "Lección 25. La punibilidad como elemento del delito", en GIL GIL, A. *et alter. Curso de Derecho penal. Parte general*. Madrid: Dykinson, 2ª ed., 2015, pp. 679-699.
- MENDES DE CARVALHO, É. *Punibilidad y delito*. Madrid: Reus, 2007.
- MENDES DE CARVALHO, G. *Suicidio, eutanasia y Derecho penal. Estudio del art. 143 del Código penal español y propuesta de lege ferenda*. Granada: Comares, 2009.
- MENDIETA ALATORRE, Á. *Métodos de investigación y manual académico*. México, D.F.: Porrúa, 4ª ed., 1973.
- MENÉNDEZ PIDAL Y DE MONTES, J. "Sobre la motivación de las resoluciones judiciales", en *Revista de Derecho Procesal*, 1953, pp. 3-28.
- MERKL, A. *Teoría general del Derecho administrativo*. Granada: Comares, 2004.
- MERTON, R. K. *On the Shoulders of Giants: A Shandean Postscript*. Nueva York: The Free Press, 1965.
- MEYER, M. *Principia Rhetorica. Una teoría general de la argumentación*. Buenos Aires: Amorrortu, 2013.
- MEZGER, E. "Strafzweck und Strafzumessungsregeln", en VV.AA. *Materialen zur Strafrechtsreform. Band I. Gutachten der Strafrechtslehrer*. Bonn: Bundesministerium der Justiz, 1954, pp. 1-8.
- MEZGER, E. *Deutsches Strafrecht. Ein Grundriß*. Berlín: Junker & Dünnhaupt, 3ª ed., 1943.
- MEZGER, E. "Tatstrafe und Täterstrafe, insbesondere im Kriegsstrafrecht", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 60, 1941, pp. 353-374.
- MEZGER, E. "Die Straftat als Ganzes", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 57, 1938, pp. 675-701.
- MILLÁN-PUELLES, A. *Obras completas. Volumen VII: Léxico filosófico (1984)*. Madrid: Rialp, 2015.
- MILLÁN-PUELLES, A. *Obras completas. Volumen II: Fundamentos de filosofía (1955)*. Madrid: Rialp, 2012.
- MILLÁN-PUELLES, A. *El valor de la libertad*. Madrid: Rialp, 1995.
- MIR PUIG, C. *Derecho penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*. Barcelona: Atelier, 3ª ed., 2015.
- MIR PUIG, S. *Derecho penal. Parte general*. Barcelona: Reppertor, 10ª ed., 2015.
- MIR PUIG, S. "El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal", en VV.AA. *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Prof. Tomás Salvador Vives Antón. Volumen. 2*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009, pp. 1357-1382.
- MIR PUIG, S. *Estado, pena y delito*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2006.

- MIR PUIG, S. *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.
- MIR PUIG, S. *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método*. Barcelona: Bosch, 1976.
- MIRAUT MARTÍN, L. “La paradoja del perfeccionamiento moral de la función judicial”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nº 25, 2008-2009, pp. 57-78.
- MIRÓ LLINARES, F. *Conocimiento e imputación en la participación delictiva*. Barcelona: Atelier, 2010.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F. “Societas peccare non potest... nec delinquere”, en BACIGALUPO SAGGESE, S. *et alter* (coords.). *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016, pp. 361-416.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F. (coord.). *Memento Penal 2016*. Madrid: Francis Lefebvre, 2015.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F. / DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. “Capítulo 15. Penas. Sección 8. Reglas de determinación de la pena”, en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (coord.). *Memento Penal 2016*. Madrid: Francis Lefebvre, 2015, pp. 577-612.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F. / MENDOZA BUERGO, B. “Lección 10. La determinación de la pena, las instituciones individualizadoras y los sustitutivos de las penas privativas de libertad”, en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (coord.). *Introducción al Derecho penal*. Pamplona: Civitas, 2ª ed., 2015, pp. 325-378.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F. “La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Derecho penal”, en VV. AA. *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid: Civitas, 2005, pp. 691-742.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F. *Antijuridicidad penal y sistema del delito*. Barcelona: Bosch, 2001.
- MONGE FERNÁNDEZ, A. *La circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena*. Barcelona: Bosch, 2009.
- MONTENBRUCK, A. *Abwägung und Umwertung. Zur Bemessung der Strafe für eine Tat und für mehrere Taten*. Berlín: Duncker & Humblot, 1989.
- MONTENBRUCK, A. *Strafraahmen und Strafzumessung*. Berlín: Duncker & Humblot, 1983.
- MONTERO AROCA, J. *et alter. Derecho Jurisdiccional. Vol. III. Proceso Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 24ª ed., 2016.
- MONTESQUIEU, C.-L. *El espíritu de las leyes*. Madrid: Istmo, 2002.
- MONTIEL FERNÁNDEZ, J. P. (ed.). *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decaencia o evolución?* Madrid: Marcial Pons, 2012.
- MOORE, M. S. *Placing Blame. A Theory of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 1997.
- MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho procesal penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 7ª ed., 2015.
- MORESO I MATEOS, J. J. *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho*. Barcelona: Universitat Oberta de Catalunya, 2014.
- MORILLAS CUEVA, L. “La función de la pena en el Estado social y democrático de derecho”, en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Nº 4, 2013, pp. 47-72.

- MORILLAS CUEVA, L. "Valoración político-criminal sobre el sistema de penas en el Código penal español", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Nº 17, 2003, pp. 21-78.
- MORILLAS CUEVA, L. *Metodología y ciencia penal*. Granada: Comares, 2ª ed., 1991.
- MORILLAS CUEVA, L. (dir.). *La pena de prisión entre el expansionismo y el reduccionismo punitivo*. Madrid: Dykinson, 2016.
- MORILLAS CUEVA, L. / BARQUÍN SANZ, J. (dirs.). *La aplicación de las alternativas a la pena de prisión en España*. Madrid: Defensor del Pueblo, 2013.
- MORRIS, H. "Persons and Punishment", en *The Monist*, Vol. 52, 1968, pp. 475-501.
- MUGUERZA CARPINTIER, J. "De la conciencia al discurso: ¿un viaje de ida y vuelta?", en GIMBERNAT ORDEIG, J. A. (coord.). *La filosofía moral y política de Jürgen Habermas*, Madrid: Biblioteca Nueva, 1997, pp. 75 y ss.
- MÜLLER-DIETZ, H. *Strafvollzugsrecht*. Berlín: Walter de Gruyter, 1977.
- MÜLLER, F. / CHRISTENSEN, R. *Juristische Methodik. Band I: Grundlagen, Öffentliches Recht*. Berlín: Duncker & Humblot, 9ª ed., 2004.
- MULLIGAN, K. (ed.). *Speech Act and Sachverhalt. Reinach and the Foundations of Realist Phenomenology*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1987.
- MUÑOZ CONDE, F. "Dogmática penal y Política criminal en la Historia moderna del Derecho penal y en la actualidad penal", en *Revista penal*, Nº 36, 2015, pp. 172-181.
- MUÑOZ CONDE, F. *Introducción al Derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1975.
- MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal. Parte general*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 9ª ed., 2015 (y estas otras dos versiones anteriores del manual: 8ª ed., 2010; y 1ª ed., 1996).
- MUÑOZ MACHADO, S. (dir.). *Diccionario del español jurídico*. Barcelona: Espasa, 2016.
- MURILLO VILLAR, A. "Antecedentes históricos de la obligación de motivar las decisiones judiciales en el derecho español", en *Teoria e Storia del Diritto Privato*, Nº 5, 2012, pp. 1-65.
- MURILLO VILLAR, A. "La motivación de la sentencia en el proceso civil romano", en *Cuadernos de Historia del Derecho*, Nº 2, 1995, pp. 11-46.
- MURPHY, J. G. *Punishment and the Moral Emotions. Essays in Law, Morality, and Religion*. Nueva York: Oxford University Press, 2012.
- MUSHOFF, T. *Strafe - Maßregel - Sicherungsverwahrung. Eine kritische Untersuchung über das Verhältnis von Schuld und Prävention*. Frankfurt a.M.: Peter Lang, 2008.
- NEBRICH, W. *Die Revisibilität der Strafzumessung*. Dresden: Dittert, 1939.
- NEGRO PAVÓN, D. "Lo público y lo privado", en *Revista de Estudios Políticos*, Nº 197, 1974, pp. 77-108.
- NEUMANN, U. "Zur Bedeutung von Modellen in der Dogmatik des Strafzumessungsrechts («Punktstrafe», «Spielraumtheorie», «Normanfall»)", en SEEBODE, M. et al. (coords.). *Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992*. Berlín: Walter de Gruyter, 1992, pp. 435-450.

- NICOLÁS MARÍN, J.-A. / FRÁPOLLI SANZ, M<sup>a</sup> J. (eds.). *Teorías de la verdad en el siglo XX*. Madrid: Tecnos, 1997.
- NIETO GARCÍA, A. *Balada de la Ley y de la Justicia*. Madrid: Trotta, 2002.
- NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio judicial*. Madrid: Ariel, 2000.
- NINO, C. S. *Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)*. México, D.F.: UNAM, 1989.
- NINO, C. S. *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. Barcelona: Ariel, 1989.
- NINO, C. S. *La validez del derecho*. Buenos Aires: Astrea de A. y R. Depalma, 1985.
- NINO, C. S. *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*. Buenos Aires: Astrea, 1980.
- NOLL, P. *Gesetzgebungslehre*. Reinbek: Rowohlt, 1973.
- NOWAKOWSKI, F. "Freiheit, Schuld, Vergeltung", en HOHENLEITNER, S. *et alter* (eds.). *Festschrift für Theodor Rittler zu seinem 80. Geburtstag*. Aalen: Scientia, 1957, pp. 55 y ss.
- NUEVO LÓPEZ, P. "Tema 12. Introducción al Derecho administrativo", en CORTÉS PACHECO, C. (coord.) / GONZÁLEZ DE LEÓN BERINI, A. (ed. y coord.). *Introducción al Derecho. Parte general y Parte especial*. Madrid: Dykinson, 2015, pp. 319-352.
- NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. "Lección 32. Aplicación y determinación de la pena", en GIL GIL, A. *et alter*. *Curso de Derecho penal. Parte general*. Madrid: Dykinson, 2<sup>a</sup> ed., 2015, pp. 843-930.
- OBREGÓN GARCÍA, A. "Capítulo III. Determinación de la pena", en MOLINA BLÁZQUEZ, M<sup>a</sup> C. (coord.). *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito. Estudio práctico*. Barcelona: Bosch, 2005, pp. 75-111.
- OBREGÓN GARCÍA, A. *La atenuación de la pena. Sentido y regulación legal de la llamada atenuación extraordinaria, con especial referencia a las eximentes incompletas y a las atenuantes muy calificadas*. Madrid: Dykinson, 1998.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, S. *Sobre el concepto del Derecho penal*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1981.
- OLLERO TASSARA, A. "El papel de la personalidad del juez en la determinación del derecho. Derecho, historicidad y lenguaje en Arthur Kaufmann", en *Persona y Derecho*, N<sup>o</sup> 47, 2002, pp. 279-324.
- OLLERO TASSARA, A. "La crisis del positivismo jurídico. (Paradojas teóricas de una rutina práctica)", en *Persona y Derecho*, N<sup>o</sup> 28, 1993, pp. 209-255.
- OLLERO TASSARA, A. "Juzgar o decidir: el sentido de la función judicial", en *Poder Judicial*, N<sup>o</sup> 32, 1993, pp. 123-139.
- OLLERO TASSARA, A. *Interpretación del derecho y positivismo legalista*. Madrid: Edersa, 1982.
- OLMEDO CARDENETE, M. D. / BARQUÍN SANZ, J. "Artículo 143", en COBO DEL ROSAL, M. (dir.). *Comentarios al Código Penal. Volumen V*. Madrid: Edersa, 1999, pp. 175-249.

- ORTEGA GARCÍA, R. (coord.). *Teoría del derecho y argumentación jurídica. Ensayos contemporáneos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.
- ORTEGA GUTIÉRREZ, D. *Los conceptos jurídicos indeterminados en la jurisprudencia constitucional española*. Madrid: Dykinson, 2009.
- ORTEGA LLORCA, V. "Individualización judicial de la pena: conformidad del acusado y dilaciones indebidas", en *Revista General de Derecho*, Año XLIX, Nº 586-587, 1993, pp. 6823-6832.
- ORTELLS RAMOS, M. "Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional en la Constitución Española", en *Anuario de la Facultad de Derecho (UEX)*, Nº 3, 1984-1985, pp. 415-458.
- ORTELLS RAMOS, M. "Origen histórico del deber de motivar las sentencias", en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Nº 4, 1977, pp. 899-932.
- ORTÍ Y LARA, J. M. *Lógica*. Madrid: Imprenta de Tejado, 1867.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í. *La excusa del positivismo. La presunta superación del "positivismo" y el "formalismo" por la dogmática penal contemporánea*. Madrid: Civitas, 2007.
- ORTIZ DE ZÚÑIGA, M. "Fundamentación de las sentencias", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Vol. 14, Nº 29, 1866, pp. 113-126.
- ORTIZ DE ZÚÑIGA y HERRERA, M. L. *Deberes y atribuciones de los Corregidores, Justicias y Ayuntamientos de España. Tomo Cuarto*. Madrid: Imprenta de T. Jordan, 1832.
- ORTS BERENGUER, E. (dir.). *Derecho penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015.
- ORTS BERENGUER, E. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Compendio de Derecho penal. Parte general*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 5ª ed., 2015.
- OSINAGA LOZANO, I. *La relevancia jurídica del orden en la determinación de la pena*. Trabajo de Fin de Grado inédito: Universitat Rovira i Virgili (URV), 2014.  
[disponible en: <<http://nportal0.urv.cat:18080/fourrepo/rest/digitalobjects/DS?objectId=TFG%3A157&datastreamid=Mem%C3%B2ria&mime=application%2Fpdf>>; última consulta: 03.03.2017]
- OTERO PARGA, M. / PUY MUÑOZ, F. *Una concepción prudencial del Derecho*. Madrid: Tecnos, 2013.
- OTTO, H. *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*. Berlín: Walter de Gruyter, 7ª ed., 2004.
- PADILLA ALBA, H. R. "Problemas que plantean las eximentes incompletas en la determinación judicial de la pena", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 48, Nº 2, 1995, pp. 503-524.
- PAEFFGEN, H.-U. *et alter* (coords.). *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*. Berlín: Duncker & Humblot, 2011.
- PALACIOS RODRÍGUEZ, L. E. *La prudencia política*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1946.
- PALACIOS RODRÍGUEZ, L. E. "La prudencia política", en *Revista de Estudios Políticos*, Nº 13-14, 1944, pp. 89-128.
- PAREDES CASTAÑÓN, J. M. *La justificación de las leyes penales*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.

- PARRA QUIJANO, J. *Manual de Derecho probatorio*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 15ª ed., 2006.
- PASTOR RODRÍGUEZ, R. *Estudio teórico de las reglas de aplicación de penas*. Madrid: Imprenta de la Viuda e Hija de Gómez Fuentenebro, 1894.
- PAWLIK, M. *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.
- PAWLIK, M. *La libertad institucionalizada. Estudios de filosofía jurídica y Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- PAWLIK, M. *Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe*. Berlín: Duncker & Humblot, 2004.
- PAWLOWSKI, H.-M. *Methodenlehre für Juristen. Theorie der Norm und des Gesetzes. Ein Lehrbuch*. Heidelberg: C. F. Müller, 1999.
- PECZENIK, A. *On Law and Reason*. Dordrecht: Kluwer, 1989.
- PERALTA, J. M. *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- PERALTA, J. M. "Motive im Strafrech", en HEINRICH, M. et aliter (eds.). *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011. Band I*. Berlín: Walter de Gruyter, 2011, pp. 257-271.
- PERALTA, J. M. "Elementos subjetivos del ilícito en la determinación de la pena", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 63, Nº 1, 2010, pp. 251-176.
- PERALTA, J. M. "Dogmática del hecho punible, principio de igualdad y justificación de segmentos de pena", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 31, 2008, pp. 599-623.
- PERELMAN, C. *Justice, Law, and Argument. Essays on Moral and Legal Reasoning*. Dordrecht: D. Reidel Publishing & Co., 1980.
- PERELMAN, C. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid: Civitas, 1979.
- PERELMAN, C. / OLBRECHTS-TYTECA, L. *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*. Madrid: Gredos, 2006.
- PÉREZ ALONSO, E. J. "Las revoluciones científicas del Derecho Penal. Evolución y estado actual de la dogmática jurídico-penal", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 50, Nº 1-3, 1997, pp. 185-210.
- PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones de Derecho penal. Parte general*. Madrid: Dykinson, 2016.
- PÉREZ DEL VALLE, C. "¿Filosofía versus política criminal? Un estudio en los orígenes de la cuestión", en *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 117, 2015, pp. 91-114.
- PÉREZ DEL VALLE, C. *La imprudencia en el Derecho penal. El tipo subjetivo del delito imprudente*. Barcelona: Atelier, 2012.
- PÉREZ DEL VALLE, C. "Derecho penal europeo, principio de legalidad y principio de proporcionalidad", en *InDret* 4/2008, pp. 1-24.

- PÉREZ DEL VALLE, C. *Estudios sobre los fundamentos del Derecho penal*. Madrid: Dykinson, 2007.
- PÉREZ DEL VALLE, C. "Independencia judicial y jurisprudencia como arte", en PEÑA GONZÁLEZ, J. (coord.). *Libro Homenaje a D. Iñigo Cavero Lataillade*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005, pp. 1075-1096.
- PÉREZ DEL VALLE, C. *¿Castigo sin venganza? Reflexiones sobre la pena como retribución*. Barcelona: Universitat Abat Oliba CEU, 2005.
- PÉREZ DEL VALLE, C. *Estudios sobre la independencia judicial y el proceso penal*. Lima: Grijley, 2005.
- PÉREZ DEL VALLE, C. "En torno a la modernización del Derecho penal", en *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 84, 2004, pp. 149-168.
- PÉREZ DEL VALLE, C. *Teoría de la prueba y Derecho penal*. Madrid: Dykinson, 1999.
- PÉREZ DEL VALLE, C. "La individualización de la pena y su revisión", en DEL ROSAL BLASCO, B. (ed.). *Estudios sobre el nuevo Código Penal de 1995*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997, pp. 41-71.
- PÉREZ DEL VALLE, C. / GONZÁLEZ-RIVERO, P. / SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. *El arresto de fin de semana en la legislación española*. Madrid: Dykinson, 2002.
- PÉREZ LUÑO, A. E. *El desbordamiento de las fuentes del derecho*. Madrid: La Ley, 2011 (y su primera edición: *El desbordamiento de las fuentes del derecho*. Sevilla: Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, 1993).
- PÉREZ MANZANO, M. *Autoría y participación imprudente en el Código Penal de 1995*. Madrid: Civitas, 1999.
- PÉREZ MANZANO, M. *Culpabilidad y prevención. Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación y de la pena*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1990.
- PÉREZ MARTÍN, A. *El Derecho procesal del "ius commune" en España*. Murcia: Universidad de Murcia, 1999.
- PÉREZ ROYO, J. *Curso de Derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 15ª ed., 2016.
- PESQUEIRA ZAMORA, Mª J. "Tema 15. Introducción al Derecho procesal", en CORTÉS PACHECO, C. (coord.) / GONZÁLEZ DE LEÓN BERINI, A. (ed. y coord.). *Introducción al Derecho. Parte general y Parte especial*. Madrid: Dykinson, 2015, pp. 419-451.
- PETERS, K. *Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters bei der Bestimmung der Strafrechtsfolgen*. Berlin: Springer, 1932.
- PFEIFFER, C. / OSWALD, M. (eds.). *Strafzumessung. Empirische Forschung und Strafrechtsdogmatik im Dialog*. Stuttgart: F. Enke, 1989.
- PIEPER, J. *Prudencia y templanza*. Madrid: Rialp, 1969.
- PIEPER, J. *The Four Cardinal Virtues. Prudence, Justice, Fortitude and Temperance*. Notre Dame, IN: University of Notre Dame Press, 1966 (y su traducción al español: PIEPER, J. *Las virtudes fundamentales*. Madrid: Rialp, 8ª ed., 2003).
- PLATAS PACHECO, Mª del C. "El deber del juez prudente; elementos para una reflexión personal", en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, Nº 31, 2011, pp. 45-53.

- PLATAS PACHECO, M<sup>a</sup> del C. *Filosofía del derecho. Prudencia, arte del juzgador*. México, D.F.: Porrúa, 2009.
- PLATAS PACHECO, M<sup>a</sup> del C. "Prudencia y Justicia: exigencias de la ética judicial", en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, N<sup>o</sup> 21, 2006, pp. 197-213.
- PLATÓN. *La República*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 4<sup>a</sup> ed., 1997.
- PLATÓN. *Fedro, o de la belleza*.  
[disponible en: <<http://www.filosofia.org/cla/pla/azc02261.htm>>; última consulta: 03.03.2017]
- PLATÓN. *Protágoras*.  
[disponible en: <<http://www.filosofia.org/cla/pla/protbil.htm>>; última consulta: 03.03.2017]
- PLUCKNETT, T. F. *A Concise History of the Common Law*. Indianápolis, IN: Liberty Fund, 2010.
- POHL, K. "Strafgesetzgebungstheorie – Voraussetzung für die Effektivität von Strafnormen?", en SCHÄFFER, H. / TRIFFTERER, O. (eds.). *Rationalisierung der Gesetzgebung. Jürgen Rüdiger Gedächtnissymposium*. Baden-Baden: Nomos, 1984, pp. 172-178.
- POLAINO NAVARRETE, M. *Lecciones de Derecho penal. Parte general. Tomo II*. Madrid: Tecnos, 2<sup>a</sup> ed., 2016.
- POLO, L. "La voluntad y sus actos (II)", en *Cuadernos de Anuario Filosófico. Serie Universitaria*, N<sup>o</sup> 60, 1998, pp. 1-68.
- POPPER, K. *Logik der Forschung*. Viena: Springer, 1935.
- PORTILLA CONTRERAS, G. "Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal", en PORTILLA CONTRERAS, G. (coord.). *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Akal, 2005, pp. 57-85.
- POUND, N. R. *An Introduction to Philosophy of Law*. New Haven: Yale University Press, 1922.
- PRIETO SANCHÍS, L. *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho*. Lima: Palestra, 2007.
- PRIETO SANCHÍS, L. *Ley, principios, derecho*. Madrid: Dykinson, 1998.
- PRIETO SANCHÍS, L. *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- PRIETO SANCHÍS, L. *Ideología e interpretación jurídica*. Madrid: Tecnos, 1987.
- PUENTE SEGURA, L. *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*. Madrid: Colex, 1997.
- PUIG BRUTAU, J. *La jurisprudencia como fuente del derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial*. (2<sup>a</sup> edición con estudios introductorios [a cargo de ROCA TRIAS, E., CASAS VALLÉS, R. y FERRERES COMELLA, V.]. Edición homenaje a D. José Puig Brutau). Barcelona: Bosch, 2006 (así como también la primera edición: *La jurisprudencia como fuente del derecho*. Barcelona: Bosch, 1952).
- PUIG BRUTAU, J. "Arbitrio judicial (voz)", en PELLISÉ PRATS, B. (ed.). *Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo II*. Barcelona: Francisco Seix, 1950, pp. 795-797.



- PUIGPELAT I MARTÍ, F. *El derecho del ser y estado del juez. La filosofía jurídica de René Marcic*. Barcelona: Universitat de Barcelona, 1983.
- PUJOL CAPILLA, P. *Guía de comportamiento en las actuaciones judiciales. Modos y formas ante los Tribunales*. Madrid: La Ley, 2007.
- PUPPE, I. *El Derecho penal como ciencia. Método, teoría del delito, tipicidad y justificación*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2014.
- PUPPE, I. *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen. Logische Studien zum Verhältnis von Tatbestand und Handlung*. Berlín: Duncker & Humblot, 1979.
- PUY MUÑOZ, F. / GUILLERMO PORTELA, J. (coords.). *La argumentación jurídica. Problemas de concepto, método y aplicación*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2004.
- QUESADA MORILLAS, Y. M<sup>a</sup>. "La individualización judicial de la pena en la reforma penal", en *Cuadernos de Política Criminal*, N<sup>o</sup> 88, 2006, pp. 237-255.
- QUINTANAR DÍEZ, M. / ORTIZ NAVARRO, J. F. *Elementos de Derecho penal. Parte general*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2<sup>a</sup> ed., 2015.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Comentarios al Código penal. Volumen I*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 2<sup>a</sup> ed., 1966.
- QUINTERO OLIVARES, G. *Parte general del Derecho penal*. Pamplona: Thomson Aranzadi, 5<sup>a</sup> ed., 2015.
- QUINTERO OLIVARES, G. "Determinación de la pena y política criminal", en *Cuadernos de Política Criminal*, N<sup>o</sup> 4, 1978, pp. 49-70.
- QUINTILIANO. *Instituciones oratorias. Tomo primero*. Madrid: Imprenta de la Administración del Real Arbitrio de Beneficencia, 1799.
- RADBRUCH, G. *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1930.
- RAGUÉS I VALLÈS, R. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1999.
- RAGUÉS I VALLÈS, R. "§ 17 Anexo: la determinación de la pena", en BALDÓ LAVILLA, F. (coord.). *Casos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales. Parte general*. Barcelona: Bosch, 2<sup>a</sup> ed., 1997, pp. 503-541.
- RAKOVE, J. N. *Original Meanings. Politics and Ideas in the Making of the Constitution*. Nueva York: Vintage, 1997.
- RAMÍREZ, T. *Ciencia, método y sociedad. Contribución a la crítica del empirismo en la investigación social*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2<sup>a</sup> ed., 2002.
- RAMOS TAPIA, M<sup>a</sup> I. "El control del arbitrio judicial en la individualización de la pena", en *Cuadernos de Política Criminal*, N<sup>o</sup> 69, 1999.
- RAMOS TAPIA, M<sup>a</sup> I. / WOISCHNIK, J. "Principios constitucionales en la determinación legal de los marcos penales. Especial consideración del principio de proporcionalidad", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2001, pp. 143-156.

- RANIERI, F. "El estilo judicial español y su influencia en la Europa del Antiguo Régimen", en PÉREZ MARTÍN, A. (coord.). *España y Europa, un pasado jurídico común*. Murcia: Instituto de Derecho común, 1986, pp. 101-118.
- RAWLS, J. *Political Liberalism. Expanded Edition*. Nueva York: Columbia University Press, 2011.
- RAZ, J. *The Morality of Freedom*. Oxford: Clarendon, 1986.
- REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA (comp.). *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio. Tomo II. Partidas Segunda y Tercera*. Madrid: Imprenta Real, 1807.
- REALE, M. *Lições preliminares do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1973.
- REALE, M. *O Direito com Experiência. Introdução à epistemologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1968.
- REALE, M. *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1968.
- REALE, M. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1953.
- REALE, M. *Fundamentos do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1940.
- RECASÉNS SICHES, L. *Introducción al estudio del derecho*. México, D.F.: Porrúa, 11ª ed., 1995.
- RECASÉNS SICHES, L. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México, D.F.: Porrúa, 3ª ed., 1980.
- RECASÉNS SICHES, L. "La logique matérielle du raisonnement juridique", en HUBIEN, H. (ed.). *Le raisonnement juridique*. Bruselas: Bruylant, 1971, pp. 129-135.
- REDONDO, Mª C. "La justificación de decisiones judiciales", en *Isegoría*, Nº 21, 1999, pp. 149-163.
- REICHENBACH, H. *Experience and Prediction. An Analysis of the Foundations and the Structure of Knowledge*. Chicago: University of Chicago Press, 1938.
- REICHERT, C. *Intersubjektivität durch Strafzumessungsrichtlinien. Eine Untersuchung mit Bezug auf die "Sentencing Guidelines" in den USA*. Berlín: Duncker & Humblot, 1999.
- REINACH, A. *La premeditación. Su significación ética y jurídica*. Madrid: Encuentro, 2015.
- REINACH, A. *Sobre fenomenología*. Madrid: Encuentro, 2014.
- REINACH, A. *Sämtliche Werke. Textkritische Ausgabe. Band 1*. Múnich: Philosophia Verlag, 1989.
- REINACH, A. *Sämtliche Werke. Textkritische Ausgabe. Band 2*. Múnich: Philosophia Verlag, 1989.
- REINACH, A. "Concerning Phenomenology", en *The Personalist*, Vol. 50, 1969, pp. 194-211 (traducido y anotado por Dallas WILLARD).
- REINACH, A. "Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes", en *Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung*, Vol. 1, Nº 2, 1913, pp. 685-847 (y su posterior traducción al inglés: "The A Priori Foundations of the Civil Law", en *Aletheia. An International Journal of Philosophy*, Vol. 3, 1983, pp. 1-142).
- REINACH, A. "Die Überlegung; ihre ethische und rechtliche Bedeutung (II)", en *Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik*, Vol. 149, 1913, pp. 30-58.
- REINACH, A. "Die Überlegung; ihre ethische und rechtliche Bedeutung (I)", en *Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik*, Vol. 148, 1912, pp. 181-196.

- REINOSO BARBERO, F. (coord.). *Principios generales del derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*. Pamplona: Aranzadi, 2014.
- RENTERÍA DÍAZ, A. *Discrecionalidad judicial y responsabilidad*. México, D.F.: Fontamara, 2001.
- RHONHEIMER, M. *The Common Good of Constitutional Democracy. Essays in Political Philosophy and on Catholic Social Teaching*. Washington, DC: Catholic University of America Press, 2013.
- RHONHEIMER, M. *La perspectiva de la moral. Fundamentos de la ética filosófica*. Madrid: Rialp, 2000.
- RICOEUR, P. *Si mismo como otro*. Madrid: Siglo XXI, 3ª ed., 2006.
- RICOEUR, P. *The Course of Recognition*. Cambridge: Harvard University Press, 2005.
- RICOEUR, P. *Historia y narratividad*. Barcelona: Paidós, 1999.
- RICHARDSON, H. S. "Specifying Norms as a Way to Resolve Concrete Ethical Problems", en *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 19, N° 4, 1990, pp. 279-310.
- RÍOS ARENALDI, J. *Individualización judicial de la pena y doctrinas de la pena*. Tesis doctoral inédita: Universitat de Lleida, 2014.
- RÍOS MARTÍN, J. C. / PASCUAL RODRÍGUEZ, E. / ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X. *Manual sobre las consecuencias jurídicas del delito: su determinación y aplicación*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas (ICAI-ICADE), 2016.
- ROBLES PLANAS, R. "La identidad de la dogmática jurídico-penal", en *Zeitschrift für die Internationale Strafrecht* 2/2010, pp. 134-142.
- ROBLES PLANAS, R. *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*. Barcelona: Atelier, 2007.
- ROBLES PLANAS, R. "Participación en el delito e imprudencia", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 6, 2000, pp. 223-251.
- ROBLES PLANAS, R. (dir.) *La responsabilidad en los "delitos especiales". El debate doctrinal en la actualidad*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2014.
- ROBLES PLANAS, R. / RIGGI VALLEJOS, E. J. "El extraño artículo 65.3 del Código Penal. Un diálogo con Enrique Peñaranda sobre sus presupuestos dogmáticos y su ámbito de aplicación", en *InDret* 4/ 2008, pp. 1-29.
- ROCA DE AGAPITO, L. *El sistema de sanciones en el Derecho penal español*. Barcelona: Bosch, 2007.
- RÓDENAS CALATAYUD, Á. "En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 24, 2001, pp. 63-83.
- RÖDIG, J. *Einführung in eine analytische Rechtslehre*. Berlín: Springer Verlag, 1986.
- RODRÍGUEZ BOENTE, S. E. *Los Principios Generales del Derecho*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2008.
- RODRÍGUEZ BOENTE, S. E. *La justificación de las decisiones judiciales. El art. 120.3 de la Constitución Española*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2003.

- RODRÍGUEZ CALERO, J. M. *Principios del Derecho y Razonamiento Jurídico*. Madrid: Dykinson, 2011.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J. M<sup>a</sup>. *Derecho penal español. Parte general*. Madrid: Dykinson, 10<sup>a</sup> ed. (revisada y puesta al día por Alfonso SERRANO GÓMEZ), 1987.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, C. "Teoría del derecho y decisión judicial. En torno al debate entre H. L. A. Hart y Ronald Dworkin", en VV.AA. *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Bogotá: Siglo del Hombre, 1997, pp. 15-86.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G. "Principio de legalidad y arbitrio judicial", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N<sup>o</sup> 1, 1997, pp. 279-296.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G. "Naturaleza de los conceptos jurídicos y límites de la individualización penal", en VV.AA. *III Jornadas de Profesores de Derecho penal*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, pp. 301-311.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G. "Aspectos críticos de la elevación de pena en casos de multirreincidencia", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 25, N<sup>o</sup> 2, 1972, pp. 289-304.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C. *El sistema penitenciario español ante el siglo XXI*. Madrid: Iustel, 2013.
- RODRÍGUEZ-AGUILERA, C. "Sobre la realización judicial del Derecho", en *Cuadernos de la Facultad de Derecho (UIB)*, N<sup>o</sup> 2, 1982, pp. 107-115.
- RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J. *Principios, fines y derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2000.
- ROLDÁN BARBERO, H. *Manual de Derecho penal. Parte general*. Granada: Comares, 2012.
- ROSENFELD, E. H. "Die richterliche Strafzumessung", en VV.AA. *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsreform. Band III*. Berlín: O. Liebmann, 1908, pp. 93-171.
- ROSS, A. *Sobre el Derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba, 5<sup>a</sup> ed., 1994.
- ROVIRA MADRID, R. "Presentación", en REINACH, A. *Sobre fenomenología*. Madrid: Encuentro, 2014, pp. 5-16.
- ROVIRA MADRID, R. "Realismo fenomenológico y Metafísica", en *Revista de Filosofía*, N<sup>o</sup> 5, 1991, pp. 207-218.
- ROXIN, C. *Derecho penal. Parte general. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*. Pamplona: Civitas, 2014.
- ROXIN, C. *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Pamplona: Thomson Aranzadi, 2<sup>a</sup> ed., 2006.
- ROXIN, C. *Strafverfahrensrecht*. Múnich: C. H. Beck, 25<sup>a</sup> ed., 1998.
- ROXIN, C. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I*. Múnich: C. H. Beck, 3<sup>a</sup> ed., 1997.
- ROXIN, C. "Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig?", en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, Vol. 104, N<sup>o</sup> 3, 1987, pp. 356-376.
- ROXIN, C. "¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho penal?", en *Cuadernos de Política Criminal*, N<sup>o</sup> 30, 1986, pp. 671-692.

- ROXIN, C. *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*. Madrid: Reus, 1981.
- ROXIN, C. "Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht", en KAUFMANN, A. (ed.). *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978*. München: C. H. Beck, 1979, pp. 279-309.
- ROXIN, C. "Prevención y determinación de la pena", en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 9, 1979, pp. 55-74.
- ROXIN, C. *Problemas básicos del Derecho penal*. Madrid: Reus, 1976.
- ROXIN, C. "Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip", en *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, Vol. 56, 1973, pp. 316 y ss.
- ROXIN, C. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. Berlín: Walter de Gruyter, 1970.
- RUBIO LARA, P. Á. *Teoría de la pena y consecuencias jurídicas del delito. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017.
- RUEDA NEIRA, R. R. *Parte artística del Código Penal vigente. Estudio teórico y práctico de las reglas de aplicación de penas*. Santiago de Compostela: Imprenta de J. M. Paredes, 1890.
- RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, E. *El sistema de penas y las reglas de determinación de la pena tras las reformas del Código Penal de 2003*. Pamplona: Aranzadi, 2004.
- RUIZ FERNÁNDEZ, J. "Sobre el a priori material de la fenomenología", en *Pensamiento. Revista de Investigación e Información Filosófica*, Vol. 69, N° 259, 2013, pp. 315-330.
- RUIZ MIGUEL, A. "Creación y aplicación en la decisión judicial", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, N° 1, 1984, pp. 7-32.
- RUIZ MORENO, J. M<sup>a</sup>. *La prohibición de "reformatio in peius" en el proceso penal español: su consideración a la luz de la jurisprudencia*. Pamplona: Aranzadi, 2010.
- RUIZ RUIZ, R. "El desplazamiento de la discrecionalidad del legislador al juzgador: causas y recelos", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, N° 27, 2011, pp. 187-208.
- RUIZ SANZ, M. "El cambio de paradigma en las funciones de la dogmática jurídica. Algunos apuntes sobre la teoría de la argumentación jurídica de R. Alexy", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, N° 11, 1994, pp. 347-366.
- RUIZ VADILLO, E. "La ética y los jueces", en *ICADE. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, N° 33, 1994, pp. 41-48.
- RUIZ-GALLARDÓN GARCÍA DE LA RASILLA, I. *Una aproximación a la equidad desde la teoría y la dogmática jurídicas*. Madrid: Universidad Complutense, 2002.
- RUIZ-RICO RUIZ, G. / CARAZO LIÉBANA, M<sup>a</sup> J. *El derecho a la tutela judicial efectiva*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012.
- SACHS, W. *Beweiswürdigung und Strafzumessung entwickelt an praktischen Strafrechtsfällen*. Mannheim: Bensheimer, 1932.
- SADURSKI, W. *Giving Desert its Due*. Dordrecht: D. Reidel Publishing & Co., 1985.

- SÁINZ MORENO, F. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976.
- SALAT PAISAL, M. *La respuesta jurídico-penal a los delincuentes imputables peligrosos: especial referencia a la libertad vigilada*. Pamplona: Aranzadi, 2015.
- SALDAÑA SERRANO, J. "Virtudes judiciales: principio básico de la deontología jurídica", en *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, Nº 8, 2006, pp. 81-94.
- SALEILLES, R. *La individualización de la pena. Estudio de criminalidad social*. Madrid: Hijos de Reus, 1914.
- SALGUERO SALGUERO, M. *Argumentación jurídica por analogía*. Madrid: Marcial Pons, 2002.
- SALINERO ALONSO, C. *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código penal*. Granada: Comares, 2000.
- SAN MARTÍN SALA, J. *La fenomenología de Ortega y Gasset*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2012.
- SAN MARTÍN SALA, J. *La estructura del método fenomenológico*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), 2005.
- SÁNCHEZ CÁMARA, I. "Ética y función judicial", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Nº 4, 2000, pp. 449-458.
- SÁNCHEZ LÁZARO, F. G. *Una teoría principialista de la pena*. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- SÁNCHEZ ORTIZ DE URBINA, R. *La Fenomenología de la verdad: Husserl*. Oviedo: Pentalfa, 1984.
- SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J. *El Arbitrio Judicial en el Antiguo Régimen (España e Indias, siglos XVI-XVIII)*. Madrid: Dykinson, 2013.
- SÁNCHEZ-MIGALLÓN GRANADOS, S. "Fenomenología", en FERNÁNDEZ LABASTIDA, F. / MERCADO MONTES, J. A. (eds.). *Philosophica: Enciclopedia filosófica on line*. Pontificia Università della Santa Croce. [disponible en: <<http://www.philosophica.info/voces/fenomenologia/Fenomenologia.html>>; última consulta: 15.07.2016]
- SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. "Sobre la proporcionalidad y el «principio» de proporcionalidad en Derecho penal", en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. / RUSCONI, M. A. (dirs.). *El principio de proporcionalidad penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2014, pp. 511-534.
- SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. *Fundamentos de Política criminal. Un retorno a los principios*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2008.
- SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. "Principios y reglas de las decisiones de la política criminal", en *Persona y derecho*, Nº 56, 2007, pp. 59-102.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. "Una reforma necesaria para acompañar al Código penal: el juicio oral en dos fases", en *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 73, 2001, pp. 159-187.

- SANCHO GARGALLO, I. "Ética Judicial: el paradigma del buen Juez", en *ICADE. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, Nº 72, 2007, pp. 117-138.
- SANZ MORÁN, Á. J. "Las reglas relativas a la unidad y pluralidad de delitos en el Código penal de 1995", en *VV.AA. El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Dr. Don Ángel Torío López*. Granada: Comares, 1999, pp. 505-521.
- SANZ MORÁN, Á. J. *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1986.
- SAUVEL, T. *Histoire du jugement motivé*. París: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1955.
- SCAPINI, N. "Il problema della motivazione della sentenza nel diritto processuale romano", en *Studi Parmensi*, Vol. 33, 1983, pp. 233-257.
- SCHAEFERDIEK, S. *Die kurze Freiheitsstrafe im schwedischen und deutschen Strafrecht*. Berlín: Duncker & Humblot, 1997.
- SCHÄFER, G. *Praxis der Strafzumessung*. Múnich: C. H. Beck, 1990.
- SCHÄFFER, G. *et alter. Praxis der Strafzumessung*. Múnich: C. H. Beck, 4ª ed., 2008.
- SCHAFFSTEIN, F. "Spielraum-Theorie, Schuldbegriff und Strafzumessung nach den Strafrechtsreformgesetzen", en LACKNER, K. *et alter* (eds.). *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag (am 22. Juli 1973)*. Berlín: Walter de Gruyter, 1973, pp. 99-116.
- SCHAUER, F. "La categorización, en el Derecho y en el mundo", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 28, 2005, pp. 307-320.
- SCHAUER, F. "The Generality of Law", en *West Virginia Law Review*, Nº 107, 2004, pp. 217 y ss.
- SCHELER, M. F. *De lo eterno en el hombre*. Madrid: Encuentro, 2011.
- SCHELER, M. F. "Vom Wesen der Philosophie", en *Summa. Eine Vierteljahresschrift*, Vol. 1, Nº 2, 1917, pp. 40-70.
- SCHLICK, F. M. "Gibt es ein materiales a priori?", en *Gesammelte Aufsätze (1926-1936)*. Viena: Hindelsheim, 1938, pp. 20-30.
- SCHMIDHÄUSER, E. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. (Studienbuch)*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 2ª ed., 1984.
- SCHMIDHÄUSER, E. "Gesinnungsethik und Gesinnungsstrafrecht", en LACKNER, K. *et alter* (eds.). *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag (am 22. Juli 1973)*. Berlín: Walter de Gruyter, 1973, pp. 81-97.
- SCHMIDHÄUSER, E. *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1958.
- SCHMIDT, Eberhard. *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 3ª ed. 1965.
- SCHMIDT, Eberhard. "Kriminalpolitische und strafrechtsdogmatische Probleme in der deutschen Strafrechtsreform", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 69, Nº 3, 1957, pp. 359-396.

- SCHNEIDER, P. "In dubio pro libertate", en VV.AA. *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages (1860-1960). Band II.* Karlsruhe: C. F. Müller, 1960, pp. 263-290.
- SCHNELLE, K. *Die Funktion generalpräventiver Gesichtspunkte bei der Strafzumessung.* Göttingen: Jur. Diss., 1977.
- SCHÖCH, H. "Kriminologie und Strafgesetzgebung", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 92, N° 1, 1980, pp. 143-184.
- SCHÖCH, H. "Grundlagen und Wirkungen der Strafe. Zum Realitätsgehalt des § 46, Abs. I, StGB" en GRÜNWALD, G. (coord.). *Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag am 28. Juli 1975.* Göttingen: J. Schwartz, 1975, pp. 255-273.
- SCHÖNEBORN, C. "Schuldprinzip und generalpräventiver Aspekt", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 88, N° 3, 1976, pp. 349-364.
- SCHÖNKE, A. / SCHRÖDER, H. (eds.). *Strafgesetzbuch Kommentar.* München: C. H. Beck, 29ª ed., 2014.
- SCHÖNKE, A. / SCHRÖDER, H. / STREE, W. (eds.). *Strafgesetzbuch Kommentar.* München: C. H. Beck, 25ª ed., 1997.
- SCHREIBER, R. *Theorie des Beweiswertes für Beweismittel im Zivilprozess.* Berlin: Springer, 1968.
- SCHREIER, F. *Schuld und Unrecht.* Viena: Rohrer, 1935.
- SCHREIER, F. *Die Interpretation der Gesetze und Rechtsgeschäfte.* Viena: Deuticke, 1927.
- SCHREIER, F. *Grundbegriffe und Grundformen des Rechts. Entwurf einer phänomenologisch begründeten formalen Rechts- und Staatslehre.* Viena: Deuticke, 1924.
- SCHÜNEMANN, B. "Prólogo", en HÖRNLE, T. *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania.* Buenos Aires: F. J. Di Plácido Editor, 2003, pp. 15 y ss.
- SCHÜNEMANN, B. "La culpabilidad: estado de la cuestión", en VV.AA. *Sobre el estado de la teoría del delito. (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra).* Madrid: Civitas, 2000, pp. 91 y ss.
- SCHÜNEMANN, B. "La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo", en SCHÜNEMANN, B. / SILVA SÁNCHEZ, J.-Mª. (eds.) *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario.* Madrid: Tecnos, 1991, pp. 147-178.
- SCHÜNEMANN, B. "Die Entwicklung der Schuldlehre in der Bundesrepublik Deutschland", en HIRSCH, J.-H. / WEIGEND, T. (eds.). *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland.* Berlin: Duncker & Humblot, 1989, pp. 147-176.
- SCHÜNEMANN, B. "Plädoyer für eine neue Theorie der Strafzumessung", en ESER, A. / CORNILS, K. (eds.). *Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik, Beiträge zu einem deutsch-skandinavischen Strafrechtsskolloquium.* Friburgo: Max-Planck-Institut, 1987, pp. 209-238.
- SCHÜNEMANN, B. "Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht", en SCHÜNEMANN, B. (ed.). *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems.* Berlin: Walter de Gruyter, 1984, pp. 153-195.



- SCHÜNEMANN, B. "Summum ius = summa iniura in der Strafzumessung", en VV.AA. *Pönometrie. Rationalität oder Irrationalität der Strafzumessung*. Colonia: Institut für Konfliktforschung, 1977, pp. 73-78.
- SCHWARZ, B. *Ewige Philosophie. Gesetz und Freiheit in der Geistesgeschichte*. Leipzig: J. Hegner, 1937.
- SEARLE, J. R. *The Construction of Social Reality*. Nueva York: Simon & Schuster, 1995.
- SEARLE, J. R. *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*. Cambridge: Cambridge University Press, 1969.
- SEELMANN, K. *Rechtsphilosophie*. München: C. H. Beck, 4ª ed., 2007.
- SEGURA ORTEGA, M. "La argumentación judicial: control y responsabilidad de los órganos jurisdiccionales", en *Telos. Revista iberoamericana de estudios utilitaristas*, Vol. 18, Nº 1-2, 2011, pp. 197-229.
- SEGURA ORTEGA, M. *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2006.
- SEGURA ORTEGA, M. *Sobre la interpretación del Derecho*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2003.
- SEGURA ORTEGA, M. *La racionalidad jurídica*. Madrid: Tecnos, 1998.
- SEIFERT, J. *De veritate - Über die Wahrheit. Wahrheit und Wahrheitstheorien. Band 2: Der Streit um die Wahrheit*. Frankfurt a.M.: Ontos, 2009.
- SEIFERT, J. *Discurso de los métodos de la filosofía y la fenomenología realista*. Madrid: Encuentro, 2008.
- SEIFERT, J. "Prólogo", en CRESPO ALONSO, M. *El perdón. Una investigación filosófica*. Madrid: Encuentro, 2004, pp. 13-22.
- SEIFERT, J. *Sein und Wesen*. Heidelberg: Carl Winter, 1996.
- SEIFERT, J. "¿Qué es filosofía? La respuesta de la fenomenología realista", en *Anuario Filosófico*, Vol. 28, 1995, pp. 91-108.
- SEIFERT, J. *Back to "Things in Themselves". A Phenomenological Foundation for Classical Realism*. Nueva York: Routledge & K. Paul, 1987.
- SEIFERT, J. "Is Reinach's «Apriorische Rechtslehre» More Important for Positive Law than Reinach Himself Thinks?", en *Aletheia. An International Journal of Philosophy*, Vol. 3, 1983, pp. 197-230.
- SEIFERT, J. *Erkenntnis objektiver Wahrheit*. Salzburgo: A. Pustet, 1976.
- SELLÉS DAUDER, J. F. "Coexistencia y comunicación", en *Revista ComHumanitas*, Vol. 1, Nº 1, 2010, pp. 23-34.
- SELLÉS DAUDER, J. F. "La virtud de la prudencia según Tomás de Aquino", en *Cuadernos de Anuario Filosófico. Serie Universitaria*, Nº 90, 1999, pp. 1-198.
- SENDOR, B. B. "The Relevance of Conduct and Character to Guilt and Punishment", en *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, Vol. 10, Nº 1, 1996, pp. 99-136.
- SENN, F. *Les origines de la notion de jurisprudence*. París: Recueil Sirey, 1926.

- SERRANO MAÍLLO, A. *Compensación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal e individualización de la pena*. Madrid: Dykinson, 1995.
- SHOEMAKER, D. (ed.). *Oxford Studies in Agency and Responsibility. Volume 1*. Nueva York: Oxford University Press, 2013.
- SHOEMAKER, D. (ed.). *Oxford Studies in Agency and Responsibility. Volume 3*. Nueva York: Oxford University Press, 2015.
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. *En busca del derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2015.
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. *Tiempos de Derecho penal*. Madrid: Edisofer, 2009.
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. "Zur sogenannten ideologischen Auslegung", en PAWLIK, M. / ZACZYK, R. (eds.). *Festschrift für Günther Jakobs (zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007)*. Colonia: Heymann, 2007, pp. 645-662.
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. "La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo", en *InDret* 2/2007, pp. 1-15.
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. "Del Derecho abstracto al Derecho «real». Recensión a Günther Jakobs, *La pena estatal: significado y finalidad* [traducción y estudio preliminar de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez], Thomson-Civitas, Madrid, 2006, 182 págs.", en *InDret* 4/2006, pp. 1-6.
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. "Straftatsystematik deutscher Prägung: Unzeitgemäss?", en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, Vol. 151, N<sup>o</sup> 12, 2004, pp. 679 y ss.
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. "Introducción: dimensiones de la sistematicidad en la teoría del delito", en WOLTER, J. / FREUND, G. (eds.). *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*. Barcelona: Marcial Pons, 2004, pp. 15-30.
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. *Normas y acciones en Derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2003.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M<sup>a</sup>. "Problemas de la determinación de la pena", en SUÁREZ GONZÁLEZ, C. / SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. *La dogmática penal frente a la criminalidad en la Administración Pública y otros problemas actuales del Derecho penal*. Lima: Grijley, 2001, pp. 88 y ss.
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999.
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. "¿Política criminal del legislador, del juez, de la Administración Penitenciaria? Sobre el sistema de sanciones del Código penal", en *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N<sup>o</sup> 4, 1998, pp. 1450-1453.
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. "Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites", en SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. (ed.). *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: Bosch, 1997, pp. 17-30.
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992 (y también la segunda edición, ampliada y actualizada: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2<sup>a</sup> ed., 2010).

- SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. "La revisión en casación de la individualización judicial de la pena", en *Poder Judicial*, Nº 6, 1987, pp. 137-144.
- SOBRAL FERNÁNDEZ, J. / PRIETO EDERRA, A. *Psicología y Ley. Un examen de las decisiones judiciales*. Madrid: Eudema Universidad, 1994.
- SOLANES CORELLA, Á. "El camino de la ética a la política: la sanción en Jeremy Bentham y John Stuart Mill", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nº 23, 2006, pp. 131-156.
- SOLUM, L. B. "Virtue jurisprudence. Una teoría de la decisión judicial centrada en las virtudes", en *Persona y Derecho*, Nº 69, 2013, pp. 5-51.
- SOTO NIETO, F. "Necesidad en el Juez de una conciencia moral recta e ilustrada", en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Nº 743, 15 de agosto de 1967, pp. 3-9.
- SPEDEL, G. *Für Vernunft und Recht. Zwölf Studien*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004.
- SPEDEL, G. "Zur Entwicklung der Strafzumessungslehre", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 83, Nº 1, 1971, pp. 203-242.
- SPEDEL, G. "Die Begründung des richterlichen Strafmasses", en *Neue Juristische Wochenschrift*, Vol. 17, Nº 38, 1964, pp. 1758 y ss.
- SPEDEL, G. *Zur Lehre vom Strafmass*. Frankfurt a. M.: V. Klostermann, 1954.
- SPIEGELBERG, H. *The Phenomenological Movement*. La Haya: Martinus Nijhoff, 3<sup>a</sup> ed., 1984.
- SPROTTE, S. *Die poena naturalis im Straf- und Strafzumessungsrecht*. Frankfurt a.M.: Peter Lang (Academic Research), 2013.
- STEIN, F. *El conocimiento privado del juez. Investigaciones sobre el Derecho probatorio en ambos procesos*. Pamplona: EUNSA, 1973.
- STRATENWERTH, G. *Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Die Straftat*. Berna: Stämpfli, 1982.
- STRATENWERTH, G. *Tatschuld und Strafzumessung*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1972 (y su traducción al español: "Culpabilidad por el hecho y medida de la pena", en *El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad*. Madrid: Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1980, pp. 41-127).
- STRATENWERTH, G. "Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht", en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, Vol. 79, Nº 2, 1963, pp. 233-256.
- STRENG, F. "§ 46 Grundsätze der Strafzumessung", en KINDHÄUSER, U. / NEUMANN, U. / PAEFFGEN, H.-U. (eds.). *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch. Band 1*. Baden-Baden: Nomos, 2<sup>a</sup> ed., 2005, pp. 1422 y ss.
- STRENG, F. *Strafrechtliche Sanktionen. Die Strafzumessung und ihre Grundlagen*. Stuttgart: W. Kohlhammer, 1991.
- STRENG, F. *Strafzumessung und relative Gerechtigkeit. Eine Untersuchung zu rechtlichen, psychologischen und soziologischen Aspekten ungleicher Strafzumessung*. Heidelberg: R. von Decker, 1984.

- SUÁREZ-RODRÍGUEZ, J. J. "La *determinatio* en el proceso de adjudicación: una visión prudencial del razonamiento jurídico", en *Dikaion*, Año 24, Vol. 19, Nº 2, 2010, pp. 373-398.
- SUAU MOREY, J. *Inmediación y apelación en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, 2010.
- SUAZO LAGOS, R. *La evolución histórica del sistema de determinación de la pena en Alemania y Honduras*. Tesis doctoral inédita: Universidad Complutense de Madrid, 1979.
- SUCAR, J. G. *Concepciones del derecho y de la verdad jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- TADROS, V. *The Ends of Harm. The Moral Foundations of the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- TARDÍO PATO, J. A. *Los principios generales del Derecho*. Barcelona: Bosch, 2011.
- TARUFFO, M. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009.
- TARUFFO, M. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2ª ed., 2005.
- TARUFFO, M. "Jueces y política. De la subordinación a la dialéctica", en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Nº 22, 2005, pp. 9-19.
- TARUFFO, M. *La motivazione della sentenza civile*. Padua: CEDAM, 1975 (y su traducción al español: TARUFFO, M. *La motivación de la sentencia civil*. Madrid: Trotta, 2011).
- TARUFFO, M. "L'obbligo di motivazione della sentenza civile: tra diritto comune e illuminismo", en *Rivista di Diritto processuale*, Vol. XXIX (II Serie), 1974, pp. 265-295.
- TARUFFO, M. "Il giudice e lo storico: considerazioni metodologiche", en *Rivista di Diritto processuale*, Vol. XXII (II Serie), 1967, pp. 438-465.
- TAYLOR, C. M. *Sources of the Self. The Making of the Modern Identity*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.
- TAYLOR, C. M. "The Politics of Recognition", en TAYLOR, C. M. / GUTMANN, A. (ed.). *Multiculturalism. Examining the Politics of Recognition*. Princeton: Princeton University Press, 1992, pp. 25-73.
- TEIXEIRA, A. *Teoria da aplicação da pena. Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- TEIXEIRA, A. *Grundlagen einer tatproportionalen Strafzumessungslehre. Ein Beitrag unter besonderer Berücksichtigung des Problems der Rückfallschärfung*. Baden-Baden: Nomos, 2014.
- TÉLLEZ AGUILERA, A. *Derecho penal. Parte general*. Madrid: Edisofer, 2015.
- TIERNEY, B. *Religion, Law, and the Growth of Constitutional Thought (1150-1650)*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.
- TILLERS, P. / GREEN, E. (eds.). *Probability and Inference in the Law of Evidence. The Uses and Limits of Bayesianism*. Dordrecht: Kluwer, 1988.
- TIMM HIDALGO, A. K. "Antiformalismo jurídico, aproximaciones básicas", en *Revista de Derechos Fundamentales*, Nº 11, 2014, pp. 195-226.

- TINOCO PASTRANA, Á. *Fundamentos del sistema judicial penal en el "common law"*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2001.
- TOLLER, F. M. *Sistema de citas y redacción en Derecho. Manual hispanoamericano*. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- TOMÁS DE AQUINO. *Suma de Teología. Tomo IV. Parte II-II (b)*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos (BAC), 1994.
- TOMÁS DE AQUINO. *Suma de Teología. Tomo II. Parte I-II*. Madrid: BAC, 2ª ed., 1989.
- TOMÁS DE AQUINO. *Questiones Disputatae de Veritate*.  
[disponible en: <<http://www.corpusthomicum.org/qdv01.html>>; última consulta: 03.03.2017]
- TOMÁS DE AQUINO. *Questiones Disputatae De virtutibus*.  
[disponible en: <<http://www.corpusthomicum.org/qdw100.html>>; última consulta: 03.03.2017]
- TOMÁS DE AQUINO. *Quaestiones de Quolibet*.  
[disponible en: <<http://www.corpusthomicum.org/q01.html>>; última consulta: 03.03.2017]
- TOMÁS DE AQUINO. *Sententia libri Ethicorum*.  
[disponible en: <<http://www.corpusthomicum.org/ctc0101.html>>; última consulta: 03.03.2017]
- TOMÁS DE AQUINO. *Summa Contra Gentiles*.  
[disponible en: <<http://www.corpusthomicum.org/scg1001.html>>; última consulta: 03.03.2017]
- TOMÁS DE AQUINO. *Scriptum super Sententiis*.  
[disponible en: <<http://www.corpusthomicum.org/snp0000.html>>; última consulta: 03.03.2017]
- TOMÁS Y VALIENTE, F. *Manual de Historia del Derecho español*. Madrid: Tecnos, 4ª ed., 1996.
- TORRES ZÁRATE, F. "La prudencia judicial", en *Alegatos*, N° 74, 2010, pp. 147-166.
- TRÖNDLE, H. / FISCHER, T. (coords.). *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. Múnich: C. H. Beck, 49ª ed., 2000.
- TVERSKY, A. / KAHNEMAN, D. "Judging Under Uncertainty: Heuristic and Biases", en *Science*, Vol. 185, N° 4157, 1974, pp. 1124-1131.
- URIARTE VALIENTE, L. Mª / FARTO PIAY, T. *El proceso penal español: jurisprudencia sistematizada*. Madrid: La Ley, 2007.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B. *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho. Tomo I. La ciencia del Derecho a lo largo de su historia*. Madrid: Consejo General del Notariado, 2000.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B. *Metodología de la determinación del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B. *Metodología jurídica*. Madrid: Civitas, 1988.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B. *Montesquieu: leyes, gobiernos y poderes*. Madrid: Civitas, 1986.
- VAN WEEZEL DE LA CRUZ, A. "Compensación racional de atenuantes y agravantes en la medición judicial de la pena", en *Revista chilena de derecho*, Vol. 24, N° 3, 1997, pp. 459-502.

- VÁZQUEZ CARDOZO, R. (comp.). *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*. Barcelona: Gedisa, 1998.
- VÁZQUEZ SOTELO, J. L. "Discrecionalidad y derecho procesal", en *Justicia. Revista de Derecho procesal*, Nº 3-4, 1995, pp. 51-62.
- VEGA LÓPEZ, J. "La actualidad de la equidad de Aristóteles. Doce tesis antiformalistas sobre el derecho y la función judicial", en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del derecho*, Nº 29, 2014, pp. 1-31.
- VEGA LÓPEZ, J. "Reglas prácticas y equidad en Aristóteles", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nº 30, 2014, pp. 413-463.
- VEGA LÓPEZ, J. *La idea de ciencia en el Derecho. Una crítica histórico-gnoseológica a partir de la idea de "ciencia normativa"*. Oviedo: Fundación Gustavo Bueno, 2000.
- VIDAURRI ARECHIGA, M. "La interpretación de la ley penal", en VV.AA. *Liber Ad Honorem Sergio García Ramírez. Tomo I*. México, D.F.: UNAM, 1998, pp. 731-750.
- VIEHWEG, T. *Tópica y jurisprudencia*. Madrid: Taurus, 1999.
- VIGO, R. L. "La interpretación o argumentación jurídica como saber jurídico prudencial-retórico", en *Quid iuris*, Nº 22, 2013, pp. 15-28.
- VIGO, R. L. "Iusnaturalismo vs. iuspositivismo (un alegato iusnaturalista)", en *Prudentia iuris*, Nº 62-63, 2007, pp. 43-102.
- VIGO, R. L. "Ética judicial e interpretación jurídica", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 29, 2006, pp. 273-294.
- VIGO, R. L. "Razonamiento judicial justificatorio", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 21, Fasc. 2, 1998, pp. 483-499.
- VIGO, R. L. "Aproximaciones a la seguridad jurídica", en *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Vol. 3, Nº 6, 1998, pp. 495-516.
- VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. Oxford: Clarendon Press, 1967.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. *Stalking y Derecho penal. Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*. Madrid: Iustel, 2009.
- VILLEY, M. *Filosofía del derecho*. Madrid: Scire, 2003.
- VILLEY, M. *La formation de la pensée juridique moderne*. París: Montchretien, 4ª ed., 1975.
- VISKY, K. "Urteilsbegründung im römischen Zivilprozess", en *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, Nº 18, 1971, pp. 735-759.
- VIVES ANTÓN, S. T. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996.
- VOGEL, J. "Strafgesetzgebung und Strafrechtswissenschaft", en SCHÜNEMANN, B. *et alter* (eds.). *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*. Berlin: Walter de Gruyter, 2001, pp. 105-118.
- VOGEL, K. "Legislación penal y Ciencia del Derecho Penal", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Nº 11, 2003, pp. 249-265.

- VON BELING, E. *Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht*. Leipzig: Engelmann, 1908.
- VON HILDEBRAND, D. *Was ist Philosophie?* Regensburg: Habel, 1976.
- VON HILDEBRAND, D. *Der Sinn philosophischen Fragens und Erkennens*. Bonn: P. Hanstein, 1950.
- VON HIRSCH, A. "Proportionality in the Philosophy of Punishment", en TONRY, M. (ed.). *Crime and Justice. A Review of Research. (Volume 16)*. Chicago: University of Chicago Press, 1992, pp. 55-98.
- VON HIRSCH, A. *Past or Future Crimes. Deservedness and Dangerousness in the Sentencing of Criminals*. New Brunswick (Canadá): Rutgers University Press, 1985.
- VON HIRSCH, A. *Doing Justice. The Choice of Punishments*. Nueva York: Hill & Wang, 1976.
- VON HIRSCH, A. / ASHWORTH, A. *Proportionate Sentencing. Exploring the Principles*. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- VON HIRSCH, A. / JAREBORG, N. *Strafmass und Strafgerechtigkeit. Die deutsche Strafzumessungslehre und das Prinzip der Tatproportionalität*. Bonn: Forum Verlag, 1991.
- VON HIRSCH, A. / JAREBORG, N. "«Neoklassizismus» in der skandinavischen Kriminalpolitik. Sein Einfluss, seine Grundprinzipien und Kriterien", en ESER, A. / CORNILS, K. (eds.). *Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik, Beiträge zu einem deutsch-skandinavischen Strafrechtsskolloquium*. Friburgo: Max-Planck-Institut, 1987, pp. 35-64.
- VON HIRSCH, A. / SEELMANN, K. / WOHLERS, W. (eds.). *Mediating principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*. Baden-Baden: Nomos, 2006 (y su posterior traducción al español: ROBLES PLANAS, R. [ed.]. *Limites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Barcelona: Atelier, 2012).
- VON IHERING, R. *El espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo*. Granada: Comares, 2011.
- VON LINSTOW, B. *Berechnenbares Strafmass*. Berlín: J. Schweitzer, 1974.
- VON TROTHA, T. *Distanz und Nähe. Über Politik, Recht und Gesellschaft zwischen Selbsthilfe und Gewaltmonopol*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1987.
- VON WEBER, H. *Die richterliche Strafzumessung*. Karlsruhe: C. F. Müller, 1956.
- VRANKEN, M. *Western Legal Traditions. A Comparison of Civil Law and Common Law*. Annadale (Nueva Zelanda): The Federation Press, 2015.
- VV.AA. *Derecho procesal: dilemas sobre la verdad en el proceso judicial*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana, 2014.
- VV.AA. *Pönometrie. Rationalität oder Irrationalität der Strafzumessung*. Colonia: Institut für Konfliktforschung, 1977.
- WALUCHOW, W. J. *Positivism jurídico incluyente*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- WALUCHOW, W. J. "Strong Discretion", en *The Philosophical Quarterly*, Vol. 33, Nº 133, 1983, pp. 321-339.

- WARDA, G. *Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht*. Colonia: Heymann, 1962.
- WEIGEND, T. "Richtlinien für die Strafzumessung", en VV.AA. *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*. Colonia: Heymann, 1988, pp. 591-602.
- WEIGEND, T. "«Neoklassizismus» –ein transatlantisches Missverständnis–", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 94, N° 4, 1982, pp. 801-814
- WELZEL, H. *Derecho penal alemán. Parte general*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed., 1976.
- WELZEL, H. *Introducción a la Filosofía del derecho. Derecho natural y justicia material*. Madrid: Aguilar, 2ª ed., 1974.
- WELZEL, H. "Persönlichkeit und Schuld", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 60, 1941, pp. 428-474.
- WELZEL, H. *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht. Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft*. Mannheim: Deutsches Druck- und Verlagshaus, 1935.
- WENISCH, F. *Die Philosophie und ihre Methode*. Salzburgo: A. Pustet, 1976.
- WESSELS, J. / BEULKE, W. / SATZGER, H. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*. Heidelberg: C. F. Müller, 45ª ed., 2015.
- WOLTER, J. / FREUND, G. (eds.). *Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem*. Heidelberg: C. F. Müller, 1996 (y su posterior traducción al español: WOLTER, J. / FREUND, G. [eds.]. *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*. Barcelona: Marcial Pons, 2004).
- WRÓBLEWSKI, J. "Sentido" y "hecho" en el Derecho. San Sebastián: Universidad del País Vasco, 1989.
- WRÓBLEWSKI, J. "Justification of Legal Decisions", en *Revue Internationale de Philosophie*, N° 127-128, 1979, pp. 277-293.
- WRÓBLEWSKI, J. "Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision", en *Rechtstheorie*, N° 5, 1974, pp. 33-46
- WULFF, A. *Die Existenziale Schuld. Der fundamentalontologische Schuldbegriff Martin Heideggers und seine Bedeutung für das Strafrecht*. Münster: LIT Verlag, 2008.
- WÜRTEMBERGER, T. "Die irrationalen Elemente bei der Strafzumessung", en *Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat. Ausgewählte Aufsätze und Vorträge (1948-1969)*. Stuttgart: F. Enke, 1970, pp. 157-174.
- WÜRTEMBERGER, T. "Vom Ethos des Strafrichters", en *Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat. Ausgewählte Aufsätze und Vorträge (1948-1969)*. Stuttgart: F. Enke, 1970, pp. 140-156.
- WÜRTEMBERGER, T. "Zur Phänomenologie der richterlichen Erfahrung bei der Strafzumessung", en *Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat. Ausgewählte Aufsätze und Vorträge (1948-1969)*. Stuttgart: F. Enke, 1970, pp. 175-190.



- WÜRTEMBERGER, T. (coord.) *Phänomenologie, Rechtsphilosophie, Jurisprudenz. Festschrift für Gerhart Husserl zum 75. Geburtstag*. Frankfurt a.M.: V. Klostermann, 1969.
- ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C. "La «nueva» refundición o acumulación de condenas: el olvido lamentable del principio de legalidad", en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 89, 2006, pp. 133-152.
- ZACZYK, R. "Was ist Strafrechtsdogmatik?", en HETTINGER, M. *et alter* (eds.). *Festschrift für Wilfried Küpper zum 70. Geburtstag*. Heidelberg: C. F. Müller, 2007, pp. 723 y ss.
- ZAFFARONI, E. R. / ALAGIA, A. / SLOKAR, A. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2ª ed., 2005.
- ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1995.
- ZAIBERT, L. *Punishment and Retribution*. Aldershot: Ashgate, 2006.
- ZÁRATE CONDE, A. / GONZÁLEZ CAMPO, E. *Derecho penal. Parte general*. Madrid: La Ley, 2015.
- ZIFFER, P. *Lineamientos de la determinación de la pena*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2ª ed., 1999.
- ZIPF, H. "Principios fundamentales de la determinación de la pena", en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 17, 1982, pp. 353-360.
- ZIPF, H. *Die Strafzumessung. Eine systematische Darstellung für Strafrechtspraxis und Ausbildung*. Heidelberg: C. F. Müller, 1977.
- ZIPF, H. *Die Strafmassrevision. Eine strafrechtsdogmatische Untersuchung über den systematischen Aufbau der Strafzumessung und ihrer Revisibilität im Erwachsenen- und Jugendstrafrecht*. München: C. H. Beck, 1969.
- ZIPPELIUS, R. *Juristische Methodenlehre*. München: C. H. Beck, 11ª ed., 2012.
- ZIPPELIUS, R. *Rechtsphilosophie. Ein Studienbuch*. München: C. H. Beck, 5ª ed., 2007.
- ZIPPELIUS, R. *Teoría general del Estado (Ciencia de la política)*. México, D.F.: UNAM, 1985.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. "El principio de culpabilidad en las reformas penales", en VV.AA. *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid: Civitas, 2005, pp. 1093-1107.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. "¿Que queda en pie en el Derecho penal del principio «mínima intervención, máximas garantías»?", en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 79, 2003, pp. 109-124.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. *Fundamentos de Derecho penal*. Granada: Universidad de Granada, 1990.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. "El derecho a obtener una sentencia motivada y la individualización de la pena", en *Poder Judicial*, N° 18, 1990, pp. 133-140.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (dir.). *Derecho penal. Parte general*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2ª ed., 2004.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. "Lección 13. La determinación de la pena", en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (coord.). *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Tomo I: Introducción al Derecho penal*. Madrid: lustel, 2ª ed., 2015, pp. 345-361.
- ZYSMAN QUIRÓS, D. *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos. Un estudio sobre las United States Sentencing Guidelines*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

