

Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho

El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena

Bernardo Feijoo Sánchez

Facultad de Derecho
Universidad Autónoma de Madrid

403

Abstract

En el artículo se analizan diversos modelos de individualización judicial de la pena, proponiéndose las bases para un modelo de determinación de la pena proporcional al hecho alternativo al modelo neoproporcionalista que se está extendiendo en el ámbito anglosajón, alemán y escandinavo. Los dos puntos de partida esenciales serían: a) la teoría de la determinación de la pena es una teoría sobre los factores relacionados con el injusto y la culpabilidad que configuran el significado comunicativo del hecho concreto, y b) la prevención especial no influye en la pena adecuada al injusto culpable, sino sólo a sus posibilidades de sustitución o suspensión.

*Sumario***

1. Planteamiento de la cuestión
2. Las razones del surgimiento de un movimiento neo.proporcionalista
3. El neo-proporcionalismo en materia de determinación de la pena
 - 3.1. Análisis crítico
 - 3.2. Los aspectos positivos del neo-proporcionalismo
4. Apunte final
5. Tabla de sentencias citadas
6. Bibliografía

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia "El nuevo sistema de sanciones penales desde la perspectiva de la integración y la Constitución Europea" (SEJ 2004-07025).

* Abreviaturas utilizadas: ADP, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; -FS, Festschrift (Libro Homenaje); GA, Goldammer's Archiv; JA, Juristische Arbeitsblätter; JD, Jueces para la Democracia; JZ, Juristenzeitung; L-H Libro Homenaje; MK, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch; MschrKrim, Monatschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform; NK, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch; RDPC, Revista de Derecho Penal y Criminología; S., sentencia; SK, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch; T.S., Tribunal Supremo; ZStW, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

1. Planteamiento de la cuestión

Hace ya algunos años que las cuestiones relativas a la determinación de la pena ocupan un lugar destacado en el ámbito de las discusiones y preocupaciones político-criminales comunes de los países de nuestro entorno cultural, siendo uno de esos temas que están posibilitando influencias mutuas y aportaciones recíprocas entre el ámbito de las culturas jurídicas anglosajonas y el de las culturas jurídicas europeas continentales. Llamam la atención, por ello, las escasas aportaciones de la doctrina española a este debate internacional y la escasa resonancia del mismo a nivel interno. Aunque es evidente la importancia de esta cuestión en países en los que los órganos judiciales gozan de un amplio margen de decisión con respecto a la concreción de la pena, incluso los sistemas que, como el nuestro, se caracterizan por una mayor desconfianza del legislador hacia el órgano jurisdiccional a la hora de determinar la pena concreta (aunque el Código Penal de 1995 haya diluido parcialmente dicha desconfianza decimonónica¹) tienen que dejar abierto un margen de discrecionalidad judicial. Las reglas de dosimetría penal establecidas por el legislador no resuelven toda la compleja cuestión de determinación de la pena.

Debido a la parquedad de criterios legales para la determinación judicial de la pena, que precisa una motivación específica dentro de la sentencia condenatoria (art. 120.3 CE que se concreta en el art. 72 CP²), el desarrollo de una teoría de la individualización judicial de la pena se ha hecho especialmente acuciante en el ámbito español teniendo en cuenta que la libertad que el Código Penal de 1995 le ha concedido a los órganos judiciales, aunque parcialmente cercenada por las reformas del 2003, los ha convertido en una instancia político-criminal esencial o de primera magnitud³. La referencia en el Código Penal a la necesidad de motivación reitera una exigencia constitucional (bastante relativizada en este punto por el Tribunal Constitucional), pero no resuelve en absoluto el problema, sino que más bien acrecienta la importancia de aportaciones doctrinales para orientar este aspecto de la motivación de la sentencia en la medida en que el Código Penal español no contiene criterios generales que orienten la determinación de la pena exacta, aunque haya algunas pautas particulares en ciertos preceptos como los arts. 68 ó 66.1.6^a CP⁴.

Con independencia de las exigencias legales y constitucionales de motivación, siempre abstractas, lo relevante para la práctica forense es que la fase de individualización de la pena está siendo cada vez más resaltada por el Tribunal Supremo y siendo objeto de un análisis más exhaustivo en la vía de casación. Por sólo citar un ejemplo, la S. T. S. 455/2002, de 13 de marzo, señala como « la regla 1^a del

¹ No se puede dejar de mencionar que las reformas del 2003 han supuesto una involución en este ámbito como en otros muchos.

² Sobre el art. 72 CP LANDROVE DIAZ (2004, p. 1939) y SSTS 761/2006, de 10 de julio y 449/2006, de 17 de abril.

³ SILVA SÁNCHEZ, (1998, p. 1451), denunciando este autor «la escasez, que a veces resulta ser absoluta ausencia, de criterios legales que actúen a modo de principios rectores de la actuación político-criminal del juez».

⁴ Por ello algunos autores como ZUGALDIA ESPINAR, Derecho penal. Parte General, 2^a ed., Valencia, 2004, p. 316, proponen convertir -discutiblemente- estos criterios para supuestos concretos en regla general por vía de la aplicación analógica.

Destacables en este punto las SSTS 1091/2000, de 20 de junio y 1182/1997, de 3 de octubre.

art. 66, en un precepto que es efectivamente desarrollo de normas constitucionales - la que reconoce el derecho de todos a recibir de la jurisdicción una respuesta razonada en derecho y la que obliga a motivar las sentencias, no por cierto la que proscribe la arbitrariedad que es desviación de fondo en el ejercicio del poder-, ha establecido formalmente el deber judicial de razonar en la sentencia la individualización de la pena que se imponga, cuando por no concurrir circunstancias atenuantes ni agravantes o por concurrir unas y otras pueden los Jueces y Tribunales recorrer la pena prevista por la Ley en toda su extensión, atendiendo para ello a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho. No cabe minusvalorar la importancia del deber de motivar la individualización punitiva -ni entenderlo cumplido con una mera y genérica alusión a las circunstancias que la Ley dispone se tengan en cuenta- porque el derecho del justiciable a recibir una respuesta razonada no puede quedar satisfecho si el Tribunal que lo juzga no explicita las razones por las que le impone una determinada magnitud de pena, extremo de la sentencia que es, en la mayoría de los casos, el que más intensamente afecta a sus derechos y a su vida futura ». La propia sentencia señala los tres posibles modos de remediar la falta de motivación de la individualización de la pena que ha apuntado la Sala segunda del T. S.: « a) devolver la sentencia al Tribunal de instancia para que dicte otra razonando lo que en la primera quedó irrazonado; b) subsanar el defecto en el supuesto de que en la Sentencia recurrida se ofrezcan tantos elementos útiles para la individualización que permitan al Tribunal de casación realizar una operación reservada en principio al de instancia; c) imponer la pena establecida por la Ley en su mínima extensión ». Las dos últimas opciones son las más empleadas por nuestro Tribunal de casación con el fin de evitar dilaciones indebidas del proceso, aunque en alguna ocasión se ha hecho uso de la primera⁵.

Con el interés de promover un debate del que se encuentra huérfana la doctrina española, el objetivo de este trabajo es hacer referencia a una de las teorías de determinación de la pena que más influencia teórica y práctica están teniendo en el ámbito del Derecho comparado: la teoría de la proporcionalidad por el hecho o de la pena proporcional al hecho. Se trata de una teoría de origen anglosajón que está produciendo un debate en profundidad sobre los modelos de determinación de la pena en otros países del ámbito continental como Alemania. Aunque se trate de países en los que los órganos judiciales tienen un mayor margen de maniobra, no se debe olvidar que los órganos judiciales españoles tienen la posibilidad de adoptar en las sentencias condenatorias diversas opciones punitivas que impliquen una horquilla de varios años de diferencia. Llamam la atención los esfuerzos que se dedican en muchas ocasiones a delimitar la imprudencia punible de los comportamientos permitidos cuando una imprudencia leve puede ser condenada con una pequeña pena de multa, mientras no se le presta atención a decisiones que pueden suponer la imposición de penas de prisión por un mismo hecho delictivo con diferencias de diez años.

⁵ Vid. por todas, SSTs 941/2000, de 2 de junio; 1362/2000, de 5 de septiembre; 1297/2003, de 9 de octubre; 449/2006, de 17 de abril; 761/2006, de 10 de julio; 783/2006, de 29 de junio. Sobre esta praxis del TS vid. LANDROVE DÍAZ, La Ley 2004-3, p. 1943.

2. Las razones del surgimiento de un movimiento neoproporcionalista

No es posible entender la teoría de la pena proporcional al hecho si no es en el contexto de su oposición teórica a los efectos perniciosos de una praxis judicial orientada a la prevención especial. Una de las objeciones tradicionales contra la teoría de la prevención especial como criterio de legitimación de la pena es que disponemos de la experiencia de cómo las prácticas resocializadoras intentadas a lo largo de los años sesenta y setenta en diversos países (sobre todo en algunos estados de EEUU, Holanda y en algunos países escandinavos como Suecia⁶ o Noruega) han supuesto una decepción (*nothing works* -nada funciona-, en conocida expresión del estadounidense MARTINSON⁷ a modo de epitafio). Ante esta situación, en los países citados surgió una corriente doctrinal (con posteriores triunfos legislativos) de abandono de la ideología resocializadora como función exclusiva del Derecho Penal y de recuperación de un sistema tradicional garantista que ha sido definido -con mayor o menor fortuna- como neoclásico⁸ en el que los hechos y la pena se ven determinados antes

⁶ Interesantísimo el Informe nº 5 de julio de 1978 elaborado por el comité nacional sueco para la prevención del delito recogido en ADP 79, pp. 179 ss.

⁷ MARTINSON (1974, p. 22) Vid., además, HASSEMER/NEUMANN, NK, antes de 1/276, con ulteriores referencias. Sobre las críticas en la literatura estadounidense en los años setenta al modelo orientado a la prevención especial dominante hasta esas fechas, movimiento crítico en el que el trabajo de MARTINSON ocupa un lugar destacado y tremendamente decisivo, vid. GARLAND, (2005 p. 110) y FREHSEE, (1987, p. 75), con ulteriores referencias. Ante la pregunta que da título a su artículo: ¿Qué funciona en la reforma carcelaria?, MARTINSON llega a una conclusión lapidaria tras analizar 231 estudios de evaluación sobre prisiones norteamericanas realizados entre 1945 y 1967: nada funciona.

⁸ BOTTKÉ, (1995, p. 36); COHEN, (1988, p. 355), lo define como «modelo de justicia» o «movimiento de regreso a la justicia», aunque señala que, en su opinión, a mediados de los años ochenta este modelo se encuentra también en crisis; DIEZ RIPOLLES, (2004, p. 38); FREHSEE, (nota 7), p. 80, en sentido crítico con este movimiento; GARLAND, (nota 7), p. 42, p. 115, utilizando terminológicamente la expresión «justicia expresiva»; HASSEMER/MUÑOZ CONDE, (1989, p. 152); HASSEMER/MUÑOZ CONDE, (2001, p. 349), exponiendo básicamente las tesis de v. HIRSCH Y GOTTFREDSON/HIRSCHI; HERZOG, (1987, p. 153), en sentido crítico; v. HIRSCH, (94, p. 1047); v. HIRSCH/JAREBORG, (1987, p. 35), analizando la política criminal que caracterizó a los países escandinavos en los años ochenta, en lo que creo que es la mejor exposición sobre las características de esta reacción a un Derecho Penal preventivo-especial; v. HIRSCH/JAREBORG, (1991, p. 5, 14), con ulteriores referencias, refiriéndose a los países nórdicos, Estados Unidos Reino Unido y Canadá; HÖRNLE, (1999a, p. 19), con notas, exponiendo los casos de Estados Unidos, Inglaterra y Suecia; JESCHECK, (1980, p. 11); LAPPI-SEPPÄLÄ, (2003, p. 261), sobre la situación en Finlandia, con ulteriores referencias; NAUCKE, (94, p. 559), con más referencias, poniendo como ejemplo el Código penal finlandés de 1976; ROXIN, (2006, 3/18), con más referencias; SCHÖCH, (1996, p. 296); SCHREIBER, (94, p. 282); SILVA SÁNCHEZ, (1992, p. 30, 34), señala como el neoclasicismo ha puesto fin a la ideología resocializadora en Estados Unidos y países escandinavos y se caracteriza como movimiento, precisamente, porque su punto de partida es la crítica a la ideología del tratamiento y sus manifestaciones más sobresalientes y menos garantistas; ZYSMAN QUIROS, (2005, p. 265). Sobre la política criminal de los años ochenta en los países escandinavos y la influencia del neoclasicismo o neoproporcionalismo vid. el libro colectivo editado por el Instituto Max Planck de Friburgo ESER/CORNILS (1987).

Sobre la orientación neoclásica del pensamiento penal norteamericano (*just desert, commensurate desert, justice model* o pena merecida y justa o pena justamente merecida), que se plasmó legalmente en 1984 a nivel federal en una nueva legislación sobre sentencias judiciales (*sentencing guidelines*) que buscaba mayor justicia, igualdad y transparencia en el ámbito de la determinación de la pena: BARATTA, (1991, p. 51); CHRISTIE, (1988, p. 14); FRISCH, (2003a, p. 167), con amplias referencias en nota 48; KAISER, (1999, p. 137); KUNZ, (2000, p. 35), exponiendo el paso del preventivismo al proporcionalismo; LARRAURI, (1998, p. 13); REICHERT, (1999, p. 138), en especial 200; SMAUS, (1985, p. 90), con nota 3; WEIGEND, (1994, p. 801). Especialmente interesante es el análisis reciente de WALTER, (2005, p. 362), con conclusiones en p. 377, sobre el funcionamiento del sistema de determinación de la pena estadounidense veinte años después del cambio de sistema, teniendo en cuenta ciertos problemas derivados de las peculiares características del sistema estadounidense.

El sistema de determinación de la pena norteamericano varió completamente en 1984 a través de la *Sentencing Reform*

de la comisión del hecho y de la ejecución de la sentencia. Ello supuso el intento de volver a una estricta vinculación con los principios liberales clásicos (vinculados tradicionalmente a la teoría de la prevención general) de previsibilidad, seguridad jurídica, igualdad y estricta proporcionalidad que la ideología resocializadora había puesto en entredicho.

Lo que tienen en común los diversos autores que se pueden englobar bajo esta contracorriente neoclásica, que se caracteriza por buscar una mayor justicia, igualdad y transparencia en el ámbito de la determinación de la pena, es que intentan combatir la idea de que la medida de la pena se pueda ver incrementada en función de los pronósticos que se puedan hacer sobre sucesos y evoluciones futuros. Los autores denominados como neoclásicos o proporcionalistas han venido propugnando una concentración en las características del hecho a la hora de determinar la pena porque entendieron que las tendencias preventivo-especiales existentes hasta los años setenta y ochenta en países como Estados Unidos, Suecia o Finlandia concedían al órgano judicial una discrecionalidad excesiva que estaba conduciendo a una aplicación desigual del ordenamiento jurídico-penal y a un trato discriminatorio de determinados individuos o tipos de individuos. Hay que resaltar que en esta evolución son decisivos los trabajos de v. HIRSCH Y JAREBORG⁹ desde 1976 (aunque estos autores renieguen de la denominación de neoclasicismo¹⁰), autores decisivos en el actual estado de discusión sobre la pena, especialmente por representar un puente entre la tradición anglosajona y escandinava y la tradición germana. Esta teoría es una reacción pendular crítica con las consecuencias prácticas que han tenido en ciertos países las orientaciones preventivo-especiales (con grandes agravaciones punitivas para autores reincidentes), buscando una pena adecuada a la conducta reprochable del autor. No es ninguna casualidad que en este movimiento se hayan alineado, además de autores estadounidenses, suecos (entre los que destaca JAREBORG¹¹), finlandeses (LAPPI-SEPPÄLÄ¹²) y del

Act. La reforma pretendía básicamente buscar un trato más igualitario y proporcionar seguridad jurídica (*determinate sentencing*) teniendo en cuenta la heterogeneidad de la práctica judicial hasta ese momento. Para llevar a cabo este propósito se puso en marcha la *United States Sentencing Commission* que empezó a funcionar en octubre de 1985 y que en abril de 1987 ya presentaba su primera propuesta al Congreso que entró en vigor en noviembre de ese mismo año. El sistema de determinación de la pena estadounidense sufrió, sobre todo en algunos estados, una transformación radical y un giro de ciento ochenta grados. En profundidad sobre el sistema de las denominadas «guías para sentencias» (*sentencing guidelines*) tanto a nivel federal como de estados concretos (especialmente California, Washington, Oregón y Minesota como estado pionero) vid. v. HIRSCH/KNAPP/TONRY, (1987, *passim*); REICHERT, (nota 8, p. 137), especialmente 200 con amplias referencias; ZYSMAN QUIROS, (nota 8, p. 275). La labor de esta comisión se puede consultar a través de la página web "<http://www.ussc.gov>". Muy crítico con la Comisión penológica federal (US Sentencing Commission) v. HIRSCH, (1998, p. 25). Sobre la influencia de las *sentencing guidelines* en el Derecho Penal holandés vid. ALBRECHT, (2003, p. 239). Sobre las importantes reformas del Código penal sueco en esta materia vid. JAREBORG, ZStW 106, p. 144 y VICTOR, (2003, p. 244). Sobre la misma evolución del Código Penal finlandés desde 1976 vid. LAPPI-SEPPÄLÄ, (nota 8, p. 261).

⁹ Sobre esta redescubrimiento de las ideas de justicia y de proporcionalidad al hecho en detrimento de la prevención con respecto a la teoría de la determinación de la pena en las obras de estos dos autores: v. HIRSCH, (1976) [Haciendo justicia: la elección de los castigos. Informe del Comité para el estudio del encarcelamiento] de una importancia decisiva en la evolución legislativa estadounidense; v. HIRSCH (1994, p. 1063); v. HIRSCH, (nota 8, p. 23); v. HIRSCH, (2003, p. 47); v. HIRSCH/JAREBORG, (Kriminalpolitik, nota 8 *passim*); v. HIRSCH/JAREBORG, (Strafmass, nota 8, *passim*). Vid., además, HÖRNLE, (nota 8, pp. 19), autora muy influenciada por v. HIRSCH, con ulteriores referencias y REICHERT, (nota 8, p. 121, 141).

¹⁰ (Strafmass, nota 8, p. 4), nota 16 y (Kriminalpolitik, nota 8, pp. 35).

¹¹ JAREBORG, (2003, p. 141).

Reino Unido (ASHWORTH¹³, DUFF¹⁴).

3. El neo-proporcionalismo en materia de determinación de la pena

Esta teoría sobre la determinación de la pena pretende desarrollar criterios de proporción con el hecho en el marco de una teoría de la prevención general intimidatoria, desligando la justificación social de la pena de los criterios que sirven para distribuir las penas en concreto. Como ya he señalado, aunque la teoría tiene un origen anglosajón y escandinavo, se trata en estos momentos de uno de los modelos teóricos de mayor empuje en la doctrina alemana, especialmente por las interesantísimas aportaciones de HÖRNLE en esta materia¹⁵.

Nos encontramos ante un modelo de determinación de la pena orientado retrospectivamente y no prospectivamente, que representa uno de los intentos más serios de desarrollar una teoría de la determinación de la pena relacionada con la idea de una prevención general limitada por la culpabilidad y la proporcionalidad con el hecho delictivo. La idea esencial es que se trata de buscar cuál es la pena justa que el autor debe soportar por su hecho más que centrarse en buscar con la pena influencias en el propio autor o en terceros¹⁶. Mientras la conminación penal abstracta estaría dirigida a los potenciales delincuentes, esta es una orientación que, según los neoproporcionalistas, no puede tener cabida en el momento de imposición judicial de la pena, donde pasarían a primar las valoraciones desde la perspectiva de la víctima (del desvalor del resultado o afectación al bien jurídico).

3.1. Análisis crítico

Esta teoría en sus fundamentos plantea una serie de inconvenientes que hacen que no pueda ser compartida, más allá del rechazo genérico inicial de que se trate de un modelo pensado para una

¹² (Nota 8), pp. 261 ss.

¹³ ASHWORTH, (2003, p. 83) y ASHWORTH (2005, p. 69).

¹⁴ DUFF, (2003, p. 23).

¹⁵ Sobre el origen y desarrollo de este movimiento con respecto a la determinación de la pena, vid. FRISCH, (nota 8, p. 1) y v. HIRSCH, (nota 9, p. 47), ambos con amplísimas referencias. Como señalan v. HIRSCH y JAREBORG, (Kriminalpolitik, nota 8, p. 40), entre los países escandinavos este movimiento político-criminal ha tenido mayor influencia en Finlandia y Suecia que en Noruega y Dinamarca.

En el ámbito doctrinal alemán el modelo teórico tiene su origen en SCHÜNEMANN (esbozado en La función del principio de culpabilidad en el Derecho Penal preventivo, en SCHÜNEMANN, (1991, p. 172) y expuesto con más detalle en SCHÜNEMANN (1987, p. 224); en tiempos más recientes, SCHÜNEMANN, (2003, p. 185) y ha sido desarrollado extensamente por su discípula HÖRNLE, autora que ha tenido una clara influencia del inglés v. HIRSCH. HÖRNLE, (nota 8), pp. 143, ha desarrollado, ante las experiencias anglosajona y escandinava, una teoría de determinación de la pena en el marco de la doctrina alemana que elimina como factores decisivos de determinación todos aquéllos relacionados con la prevención especial o con la personalidad del autor, en una línea que va cobrando gran importancia en la doctrina alemana y que le ha colocado en el centro del debate actual sobre individualización judicial de la pena en el ámbito de habla alemana

¹⁶ V. HIRSCH, (nota 9, p. 48).

teoría de la prevención general de influencia intimidatoria en los ciudadanos. Entre sus defectos cabe señalar los siguientes¹⁷:

1. La objeción esencial a teorías como la de v. HIRSCH, HÖRNLE o SCHÜNEMANN es que parten de una perspectiva excesivamente individualista que toma en consideración para la determinación de la pena sólo la perspectiva de la víctima¹⁸, descuidando la dimensión del hecho para el orden social. La teoría de la proporcionalidad por el hecho parte de una concepción extremadamente individualista de la lesividad que fundamenta la responsabilidad penal, no teniendo suficientemente en cuenta la dimensión intersubjetiva o social del hecho o la lesividad de lo común¹⁹. No es extraño, por ello, que estos autores que adoptan una concepción del hecho tan fáctica desarrollen una teoría de la determinación de la pena excesivamente orientada a los intereses de la víctima. Acaba siendo relevante a efectos de determinación de la pena exclusivamente la afectación de intereses individuales. Esta no es meramente una cuestión teórica, sino que tiene una indudable relevancia práctica. La teoría de la proporcionalidad por el hecho, al concederle un peso excesivo a la afectación de intereses individuales, no puede explicar muchos factores de determinación de la pena existentes en nuestro ordenamiento ni factores que resultan decisivos en la praxis judicial y a los que parece que no se debe renunciar.

2. Por otro lado, a la teoría de la proporcionalidad por el hecho le falta el sustento de una teoría sobre la función social de la pena²⁰. No es posible determinar la medida de la pena si ésta no se encuentra referida a un fin²¹. La determinación o la individualización judicial de la pena no deja de ser una concreción de la teoría de los fines o de los criterios generales de legitimación de la pena²².

3.2. Los aspectos positivos del neo-proporcionalismo

Hay una serie de aspectos incluidos en la teoría de la pena proporcional al hecho que metodológicamente deben servir de partida para el desarrollo de una teoría de la individualización judicial de la pena útil para la práctica forense española. Cabe destacar los dos siguientes:

¹⁷ Muy críticos también con la teoría de la proporción con el hecho, coincidiendo en muchos puntos con el análisis que aquí se hace: DÖLLING, Schreiber-FS, pp. 57 s.; KUNZ, (2003, p. 209); RADTKE, MK, antes de 38/18, con ulteriores referencias; STRENG, (2003, p. 129); WEIGEND, (2003, p. 199).

¹⁸ Muy representativa HÖRNLE, (2003a, p. 120, 126) y HÖRNLE (2003b, p. 79).

¹⁹ PAWLIK, (2004, p. 92).

²⁰ FRISCH, (2003 b, p. 6).

²¹ La doctrina ha señalado reiteradamente lo poco coherente que resulta la posición de v. HIRSCH en su explicación dual del castigo: CID MOLINE, (1999, p. 20); KAISER, (nota 8, pp. 180, 187); MARTÍN LORENZO, (1997, p. 560 y passim); PAWLIK, (nota 19, p. 52); SCHÜNEMANN, (1997, p. 93); WEIGEND, (nota 17, p. 201), señalando como la vinculación entre *censure* y *hard treatment* es el talón de Aquiles de la teoría de v. HIRSCH.

²² Baste citar dos clásicos: FEUERBACH, (1799, p. 196) [«los fundamentos de la punibilidad en abstracto son al mismo tiempo los fundamentos de la punibilidad en concreto»]; KÖHLER, (1983, p. 28 y passim) y KÖHLER (1997, p. 38, 580). Vid. también STS 1868/2001, de 22 de octubre.

En la doctrina española DEMETRIO CRESPO, (1999), p. 49), defiende la concepción opuesta y considera que la individualización de la pena es independiente de la teoría sobre los fines de la pena. Vid. mis críticas detalladas a la posición de este autor infra 3.2.

1. 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 concreto²³.

Cuáles son los datos relevantes del hecho delictivo para modular la pena hacia arriba o hacia abajo es una cuestión que sólo puede ser resuelta de acuerdo con un concepto material de delito²⁴. De esa manera se elimina la arbitrariedad (muy preocupante en nuestra Jurisprudencia) al vincularse los criterios de determinación de la pena (del cómo) a los mismos criterios que sirven para decidir si se impone pena o no. Sólo si sabemos por qué definimos una conducta como delito es posible graduar la pena adecuada a un hecho concreto.

Desde las filas del neoproporcionalismo parte especialmente de esta idea la brillante monografía de HÖRNLE²⁵, que, con su teoría de la proporcionalidad al hecho, establece una orientación de la determinación de la pena a la teoría del delito o al injusto culpable, considerando que la determinación de la pena debe hacerse depender sólo de la gravedad del hecho, es decir, de la dimensión del desvalor del hecho. Lo decisivo, pues, pasa a ser identificar los factores que en casos concretos permiten realizar adecuadamente el desvalor del hecho delictivo. Como señala esta autora²⁶, la orientación al sistema del delito a) facilita teóricamente la fundamentación de por qué un determinado factor de determinación de la pena debe ser introducido en el catálogo de los datos a tomar en consideración, b) permite la normativización de los factores de determinación de la pena y, c) además, ayuda a aprovechar el grado de desarrollo que ha alcanzado la teoría jurídica del delito. Desde una perspectiva práctica, la orientación a la teoría jurídica del delito permite excluir factores de determinación de la pena que son utilizados como factores de incremento de la pena a pesar de que carecen de vinculación normativa con el injusto o con la culpabilidad. Todo ello racionaliza un ámbito tan necesitado de racionalización como es la actividad de determinación de la pena y permite una mejor comparación entre casos para intentar evitar la arbitrariedad y la inseguridad lo máximo posible y, con ello, un mayor control de este aspecto por parte de tribunales superiores.

A pesar del acuerdo de partida, lo que no puedo compartir es la concepción material del delito de esta autora²⁷. El principal problema de la teoría de la pena proporcional al hecho de HÖRNLE (que, en

²³ Paradigmático en la literatura alemana FRISCH, Müller-Dietz-FS, p. 237.

²⁴ En la doctrina alemana destaca FRISCH en sus intentos de vincular la teoría de la determinación de la pena a una sistemática general del hecho punible o del delito. Cabe resaltar en su evolución sobre este punto los trabajos en FRISCH (1999, p. 349, 751 y especialmente 794 ss.); FRISCH, (1983, p. 1); FRISCH, (2000, p. 279); Müller-Dietz-FS, *passim*. De acuerdo expresamente con él en este punto su discípulo FREUND, (1999, p. 526) y MK, antes de 13/71 ss. y HÖRNLE, (1999b, p. 1087), (Tatproportionalität, nota 18, p. 105) y (Determinación de la pena, nota 18, p. 68). Manifiesta también su acuerdo en el punto de partida PAWLIK, (nota 19, p. 91). En una línea muy cercana, HORN, SK, 46/41 ss. Tendencialmente en la línea del texto, CHOCLAN MONTALVO (1997, p. 178).

Sobre el estado de la cuestión en Alemania sobre la homogeneidad o no de la teoría jurídica del delito con la teoría sobre la individualización judicial de la pena, *vid. por todos*, DEMETRIO CRESPO, (nota 22, p. 245).

²⁵ (Nota 8, p. 143, 389) [de forma resumida en -Tatproportionalität, nota 18, p. 106, especialmente 126].

²⁶ (Nota 8, p. 145).

²⁷ Crítico también con la teoría de la determinación de la pena de HÖRNLE, en la misma línea del texto, FRISCH, Müller-

mi opinión, es la persona que le ha otorgado un mayor y mejor desarrollo a esta teoría) es que, de acuerdo con su teoría jurídica del delito, ocupa un protagonismo excesivo la producción del resultado típico o la medida del desvalor del resultado²⁸ en detrimento, por un lado, de los elementos expresivos o comunicativos del injusto (del hecho) que ella asume como punto de partida y, por otro lado, de los elementos que tienen que ver con la culpabilidad. La teoría de la determinación de la pena de HÖRNLE es una teoría excesivamente dependiente del desvalor del resultado. Teniendo esto en cuenta no es extraño, por ejemplo, que a HÖRNLE le resulte extraña la praxis judicial alemana que suele castigar los homicidios imprudentes con una pena de multa ya que considera que ello no se concilia con el gravísimo desvalor del resultado²⁹. Como se puede apreciar en este ejemplo, aunque se comparte la idea de HÖRNLE de que la medida de la pena depende directamente de la gravedad del hecho, el problema de su teoría de la pena es que prácticamente identifica gravedad o desvalor del hecho con gravedad o desvalor del resultado (con pequeñas matizaciones relacionadas con la responsabilidad subjetiva por dolo e imprudencia o con el comportamiento defectuoso de la víctima), es decir, tal y como entiende ella el injusto de resultado, por la entidad de la lesión o el peligro concreto que sufre el titular del bien jurídico (cómo ve éste afectada su calidad de vida). De esta manera su teoría de la determinación de la pena no es una teoría expresiva y comunicativa como anuncia esta autora en un principio vinculándose a las teorías expresivas angloamericanas de FEINBERG y v. HIRSCH, sino una teoría en la que priman los aspectos fácticos debido a su concepción fáctico-naturalista del delito. Por ejemplo, para HÖRNLE la reparación tiene efectos atenuatorios de la pena sólo en la medida en la que queda disminuido el injusto de resultado³⁰, pero no el significado comunicativo del hecho para la generalidad. Por otro lado, como reconoce esta autora, su teoría de la determinación de la pena no sirve para todas las modalidades delictivas (como los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos o los delitos de peligro abstracto entre otros). Ello no es más que una consecuencia de los defectos de su planteamiento.

Si se asume que el delito es un injusto culpable graduable, la determinación de la pena no es más que la graduación del injusto culpable. La teoría de la determinación de la pena no es una teoría sobre los efectos que se buscan con la pena concreta en el autor del delito, en terceros o en la sociedad³¹, sino sólo una teoría dogmática con todas las ventajas que han hecho triunfar a ésta como ciencia jurídica. Se hace preciso, pues, desarrollar en paralelo las líneas fundamentales de la teoría jurídica del delito y de la teoría de la determinación de la pena en la medida en la que ésta no es más que una diferenciación gradual de los diversos aspectos relevantes de aquélla.

2. Los factores preventivo-instrumentales, especialmente la prevención especial, sólo pueden operar en el marco de la determinación de la pena entendida en sentido amplio; es decir, no determinan la pena adecuada al injusto culpable sino sus posibilidades de sustitución o suspensión.

Dietz-FS, p. 251.

²⁸ (Nota 8, p. 373, 399).

²⁹ *Ib.*, p. 386.

³⁰ *Ib.*, pp. 296 ss., 391, 398.

³¹ FEIJOO SANCHEZ, (2006, p. 108).

Esta no es una idea novedosa, sino que ha sido defendida tradicionalmente una postura no demasiado alejada formalmente de esta idea en la doctrina alemana, dentro del catálogo de teorías de determinación de la pena que existen, por parte de los defensores de la denominada teoría del valor posicional (*Stellenwerttheorie*)³² o teoría de los escalones (*Stufentheorie*)³³. Este modelo teórico se caracteriza por dividir en dos momentos la individualización de la pena: la individualización judicial de la pena en sentido estricto de acuerdo con la pena adecuada a la culpabilidad y la individualización judicial de la pena en sentido amplio (sustitutivos) orientada a la prevención especial o, mejor dicho, a la evitación de la desocialización. Las críticas a esta graduación de la determinación de la pena en dos niveles en la literatura alemana se han centrado en la difícil compatibilidad de esta posición con el tenor literal de la ley (§ 46 CP alemán)³⁴, crítica que no afecta, desde luego, a una teoría de la determinación de la pena que se desarrolle en otro contexto legal y que, por tanto, aquí carece de relevancia³⁵. Es más, existen ordenamientos como el Derecho Penal sueco donde esta distinción entre la determinación de la pena adecuada a la culpabilidad (Cap. 29) y la decisión posterior sobre el tipo de sanción a imponer (Cap. 30) se encuentra obligada por la ley.

En la -hasta ahora, y en mi opinión- principal monografía sobre modelos de determinación de la pena en la doctrina española, DEMETRIO CRESPO se manifiesta contrario a estas dos ideas que se han expuesto como algo a valorar positivamente³⁶. No asumir estos puntos de partida es lo que provoca, en mi opinión, precisamente, que la teoría de la individualización judicial de la pena de este autor orientada a la no desocialización resulte dogmáticamente endeble. En su monografía sostiene « la tesis de que la prevención especial positiva (entendida como el fin de la maximización de la no desocialización del reo) no es, desde luego, el único fin de las penas privativas de libertad, pero sí el único atendible directamente como factor final en la individualización judicial de la pena ». Según este autor la pena debe individualizarse « siguiendo para ello criterios de prevención especial positiva favorables al reo que persigan por encima de todo la maximización del fin de la no

³² HENKEL, (1969, p. 23).

³³ HORN, Schaffstein-FS, p. 241, y SK, 46/33; SCHÖCH, Schaffstein-FS, p. 255, ofreciendo este autor un respaldo criminológico a la teoría, aunque posteriormente haya cambiado de posición; muy cercano GRASNICK, (1990, p. 87). Sobre esta teoría en profundidad: ENSSLIN, (2003, p. 173); MAURACH/ZIPF, (1992, 7/23), con ulteriores referencias; REICHERT, (nota 8, p. 105), que acaba manteniendo una postura similar en p. 295; ROXIN, Bruns-FS, p. 183; TOMFORDE, (1998, p. 119).

Sobre teorías similares en la literatura estadounidense vid. también REICHERT, (nota 8, p. 163).

³⁴ Vid. por todos, DÖLLING, Schreiber-FS, p. 57; ROXIN, Bruns-FS, p. 186; WEIGEND, (nota 17, p. 206).

Responde a este tipo de críticas HORN, SK, 46/37.

³⁵ Resumen el estado de la cuestión en la doctrina alemana ENSSLIN, (nota 33, p. 175) y STRENG, Müller-Dietz-FS, p. 891. Desde la perspectiva que aquí puede interesar, que son sus posibilidades de aplicación en el marco del Derecho Penal vigente en España, no creo, como señala DEMETRIO CRESPO, (nota 22, p. 77, 201), que una teoría de este tipo pueda presentar problemas de compatibilidad con el art. 25 II CE ni, como señalan LUZON PEÑA, L-H Torío, p. 166 y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, (1999, p. 166), que no sea posible armonizar esta teoría con el Derecho positivo español.

³⁶ (Nota 22, p. 267). En concreto, en contra de una teoría de la individualización judicial de la pena orientada a la prevención general positiva, p. 159 y en contra de la teoría de la proporcionalidad con el hecho como teoría de individualización judicial de la pena, p. 205 en la versión de v. HIRSCH/JAREBORG y p. 209 en la versión de SCHÜNEMANN (aunque creo que las críticas de este autor a la teoría de la proporcionalidad con el hecho son injustas y no suponen una respuesta adecuada a este modelo teórico). Resume sus críticas en DEMETRIO CRESPO (2004, p. 104).

desocialización del reo, así como la consecución de las máximas cotas de resocialización siempre que ello sea posible ». Es evidente que este autor tiene razón en una cosa: si lo único que importa es evitar la desocialización siempre se debe buscar la pena más benigna posible. Sin embargo, ni el reduccionismo en Derecho Penal³⁷ ni la prevención especial en sentido pasivo son criterios válidos para otorgarle sentido a la pena estatal y, por tanto, no pueden orientar sin más la individualización judicial de la pena (como es evidente en las excepciones que suele hacer este autor a lo largo de su monografía con los denominados delitos de cuello blanco). No es muy útil una teoría que ofrece siempre la misma respuesta con independencia de la gravedad del hecho que se haya cometido: imponer la pena en su límite mínimo.

Cabe objetarle a las tesis de DEMETRIO CRESPO, contrarias a las ideas que aquí se han defendido, que, en primer lugar, sólo se pueden hacer cálculos sobre los efectos desocializadores de una pena cuando ésta se encuentra más o menos determinada (la no-desocialización no es un fin preventivo). En segundo lugar, el argumento gramatical de este autor de que el art. 66.1.6^a CP hace referencia a las circunstancias personales del delincuente y que ello obliga a determinar la pena en un sentido preventivo-especial resulta demasiado endeble. Por un lado, por su carácter demasiado concreto, en la medida que el Código Penal sólo hace referencia a las circunstancias personales del reo cuando no concurren circunstancias agravantes ni atenuantes. Por otro lado, porque, como reconoce el propio autor, el art. 66 CP no es relevante para todas las infracciones (como sucede con las faltas -art. 638-, los delitos imprudentes -art. 66.2- o algunos preceptos de la parte especial como ciertos delitos contra la seguridad del tráfico -art. 383-) ni para todas las penas (multa proporcional, que tiene sus propias reglas en el art. 52.2 CP). Y, finalmente, lo más importante, que haya que tener en cuenta las circunstancias personales del reo no significa que sólo vayan a adquirir relevancia desde el punto de vista de los efectos desocializadores de la pena³⁸. Por ejemplo, en el caso de un hurto cometido por un joven de 18 años con problemas de madurez, ello puede ser tenido en cuenta como dato para reducir la pena al mínimo por el significado del hecho para la generalidad con independencia de los efectos que pueda tener la pena con respecto a ese joven en el futuro. En este caso el juzgador estaría atendiendo a las circunstancias personales del reo, pero no utilizando criterios preventivo-especiales. Además, una interpretación sistemática del Código Penal contradice la interpretación de DEMETRIO CRESPO. En otros lugares donde este texto legal hace referencia a las circunstancias personales del autor, como, por ejemplo, en la regulación de la vencibilidad del error (art. 14) es evidente que no se hace referencia a los efectos desocializadores de la pena. Un estudio de los diversos lugares donde en el CP español se hace referencia a las circunstancias personales del autor o del delincuente (arts. 4.3, 68, 80, 88, 95) demuestra que esta expresión va adquiriendo contenidos distintos. En definitiva, lo que DEMETRIO CRESPO afirma con respecto a la referencia a la gravedad del hecho en el art. 66.1.6^a es

³⁷ Sobre ello el propio DEMETRIO CRESPO, (2004, p. 96).

³⁸ Vid. por ejemplo, desde perspectivas dispares, como la referencia a las circunstancias personales del reo es entendida de forma muy variada en la doctrina y jurisprudencia españolas, abundando la idea de que se trata de una referencia a la culpabilidad del autor: BACIGALUPO ZAPATER, L-H Torio, pp. 36 ss.; GRACIA MARTIN, (2004, p. 252, 282); MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, (nota 35, p. 263); la misma, en ZUGALDIA ESPINAR, (nota 4, p. 917); QUINTERO OLIVARES, (2004, p. 70, nota 65); STS 850/2003, de 11 de junio.

también predicable de las circunstancias personales del reo: « Los criterios para la determinación (medición) de la gravedad del hecho dependen, a nuestro juicio, en buena medida, de los fines de la pena»³⁹. Por otro lado, resulta defraudante que, en realidad, DEMETRIO CRESPO no desarrolle una teoría de la individualización judicial orientada a la prevención especial, sino sólo que formule una contra-teoría de la prevención general y el anuncio de un programa pendiente de desarrollo⁴⁰. Sus afirmaciones generales no sirven de nada si no se sabe cómo pueden los jueces hacer su pronóstico de peligrosidad (cuáles son los datos relevantes, con qué método se realizan los pronósticos - estadístico, clínico, estructural, intuitivo, etc.-, cómo se determina el grado de peligro de reincidencia relevante, etc.)⁴¹. No me quiero extender más ya creo que son de sobra conocidos los problemas que presenta una determinación de la pena basada en pronósticos. Con nuestros conocimientos actuales no existe seguridad a este respecto, siendo imposible enunciar un juicio de pronóstico mínimamente seguro respecto a la conducta futura del sujeto⁴².

A pesar de lo dicho, no cabe negar, sin embargo, el mérito de la contribución de este autor ya que, obviando su monografía, se echan de menos en la literatura española reflexiones dogmáticas generales sobre los diversos modelos teóricos de determinación de la pena. La mejor prueba de ello es que su análisis se tiene que canalizar exclusivamente a través de las aportaciones en lengua alemana, donde el tema ha sido mucho más tratado y existen relevantes monografistas sobre la materia. Es hora ya de que en la doctrina española exista un debate propio sobre la materia, debate en el que el trabajo de DEMETRIO CRESPO representa una contribución pionera en muchos sentidos.

4. *Apunte final*

La teoría de la pena proporcional al hecho capitaneada por v. HIRSCH y que ha tenido un desarrollo brillante por parte de HÖRNLE en Alemania ofrece la enorme ventaja, a pesar de lo erróneo de muchos de sus planteamientos, de permitir debatir cuestiones que han tenido un escaso tratamiento por parte de la doctrina y, sobre todo, de la jurisprudencia españolas. Aquí se han señalado ciertos inconvenientes de dicha teoría y ciertos aspectos que pueden ser tenidos en cuenta para el desarrollo ulterior de una teoría de la determinación de la pena compatible con el sistema jurídico-penal español. Pero -como decía MOUSTACHE en esa obra maestra de Billy Wilder *Irma la dulce*- ...esa es otra historia⁴³.

³⁹ (Nota 22, p. 294); ADP 97, p. 334.

⁴⁰ Vid. el prólogo de HIRSCH a su obra.

⁴¹ Por ejemplo, en una monografía importante como la de HART-HÖNIG, (1992, p. 52 a 78), defensor de un modelo de determinación de la pena orientado a la prevención general positiva, se dirigen ya una serie de críticas a modelos como el de DEMETRIO CRESPO que no encuentran una respuesta satisfactoria en la monografía posterior de este autor.

⁴² Vid. por todos, un especialista como FRISCH, Schlüchter-GS, p. 672, 674, con ulteriores referencias.

⁴³ Sobre el desarrollo de una teoría de la determinación de la pena (fundamento y criterios de determinación) en el marco de una teoría normativa y comunicativa de la prevención general positiva, vid. mi monografía en prensa *Retribución y prevención general*, Montevideo-Madrid, 2006, especialmente Capítulo XIII.

5. Tabla de Sentencias citadas

Tribunal Supremo

<i>Sala</i>	<i>Ar.</i>	<i>Ponente</i>	<i>Partes</i>
STS, 2ª, 10.6.2006	4492	Diego Antonio Ramos Gancedo	<i>Ministerio Fiscal c. Jaime</i>
STS, 2ª, 17.4.2006	3101	Julián Sánchez Melgar	<i>Ministerio Fiscal c. Carlos Alberto, Paula, Consuelo, José Ignacio y Sonia.</i>
STS, 2ª, 20.6.2000	4747	Cándido Conde-Pumpido Tourón	<i>Ministerio Fiscal c. Francisco BG, Pedro BG y Juan Ignacio OM.</i>
STS, 2ª, 3.10.1997	6999	Cándido Conde-Pumpido Tourón	<i>Ministerio Fiscal c. Adriana FF y Juan Antonio AF.</i>
STS, 2ª, 2.6.2000	5238	Enrique Bacigalupo Zapater	<i>Ministerio Fiscal c. Francisco Javier HH</i>
STS, 2ª, 5.9.2000	7923	Enrique Bacigalupo Zapater	<i>Ministerio Fiscal c. Jean Marie O y Emmanuel A</i>
STS, 2ª, 9.10.2003	7464	Julián Sánchez Melgar	<i>Ministerio Fiscal c. Bernardo</i>
STS, 2ª, 29.6.2006	4944	Francisco Monterde Ferrer	<i>Ministerio Fiscal c. Juan, Cosme, Santiago, Alberto, Lucio y Ana .</i>
STS, 2ª, 22.10.2003	9383	Enrique Bacigalupo Zapater	<i>Ministerio Fiscal c. Mateo GD.</i>
STS, 2ª, 11.6.2003	4299	Joaquín Delgado García	<i>Ministerio Fiscal y SANTIPAR, S.L. c. Jesús Carlos</i>
STS, 2ª, 13.3.2002	6036	José Jiménez Villarejo	<i>Ministerio Fiscal c. Manuel CC y Dulcenombre CR</i>

6. Bibliografía

ALBRECHT (2003), "Tatproportionalität in der Strafzumessungspraxis", en FRISCH/V. HIRSCH/ALBRECHT (edits.), *Tatproportionalität*, Heidelberg.

ASHWORTH (2005), "El castigo de los delincuentes violentos en el Derecho anglosajón", en: CID/LARRAURI (coords.), *La delincuencia violenta. ¿Prevenir, castigar o rehabilitar?*, Valencia.

ASHWORTH (2003), "Kriterien für die Proportionalität der Strafe", en FRISCH/V. HIRSCH/ALBRECHT (edits.), *Tatproportionalität*, Heidelberg.

BARATTA (1991), *Pena y Estado* nº 1.

BOTTKE (1995), *Assoziationsprävention*, Berlín.

CHOCLAN MONTALVO (1997), *Individualización judicial de la pena*, Madrid.

CHRISTIE (1988), *Kriminologisches Journal* nº 15.

CID MOLINE, *Jueces para la Democracia* 99.

COHEN (1988), *Visiones de control social: delitos, castigos y clasificaciones*, Barcelona.

DEMETRIO CRESPO, *Revista de Derecho Penal y Criminología* 2004.

DEMETRIO CRESPO (1991), *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Salamanca.

DIEZ RIPOLLES, *Jueces para la Democracia* 2004.

DÖLLING, *Schreiber Festschrift*.

DUFF (2003), "Was ist Tatproportionalität, und warum ist dieses Prinzip wichtig?", en FRISCH/v. HIRSCH/ALBRECHT (edits.), *Tatproportionalität*, Heidelberg.

ENSSLIN (2003), *Spezialpräventive Strafzumessung*, Aquisgrán.

ESER/CORNILS (1987), *Neuere Tendenzen del Kriminalpolitik*, Friburgo.

FEIJOO SÁNCHEZ (2006), "Retribución y prevención general", en CUERDA RIEZU (dir.), *La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos*, Madrid.

FEUERBACH (1799), *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Erfurt.

FREHSEE (1987), *Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle*, Berlín.

FREUND, *Goldammer's Archiv* 99.

FREUND, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, antes de 13/71

FRISCH (2003a), "Masstäbe der Tatproportionalität und Veränderungen des Sanktionsniveaus", en: FRISCH/v. HIRSCH/ALBRECHT (edits.), *Tatproportionalität*, Heidelberg.

FRISCH (2003b), "Einleitung-Hintergrund, Grundlinien und Probleme der Lehre von der tatproportionalen Strafe", en FRISCH/v. HIRSCH/ALBRECHT (edits.), *Tatproportionalität*, Heidelberg.

FRISCH (2000), "Strafkonzept, Strafzumessungstatsachen und Masstäbe der Strafzumessung in der Rechtssprechung des Bundesgerichtshofs", en ROXIN/WIDMAIER, *50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft*, Tomo IV (Strafrecht, Strafprozessrecht), Munich.

FRISCH (1999), "Straftatsystem und Strafzumessung. Zugleich ein Beitrag zur Struktur der Strafzumessungsentscheidung", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*.

FRISCH (1983), "Straftatsystem und Strafzumessung. Zugleich ein Beitrag zur Struktur der Strafzumessungsentscheidung" en *140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht*, Heildeberg.

FRISCH, *Müller-Dietz- Festschrift*.

FRISCH, *Schlüchter- Festschrift*.

GARLAND, *La cultura del control*, Barcelona, 2005.

GRACIA MARTIN (2004), *Lecciones de consecuencia jurídicas del delito*, 3ª ed., Valencia.

GRASNICK, *Juristische Arbeitsblätter* 1990.

HART-HÖNIG (1992), *Gerechte und zweckmässige Strafzumessung*, Berlín.

HASSEMER/MUÑOZ CONDE (2001), *Introducción a la Criminología*, Valencia.

HASSEMER/MUÑOZ CONDE (1989), *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Valencia.

HASSEMER/NEUMANN, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, antes de 1/276.

HENKEL (1969), *Die "richtige" Strafe. Gedanken zur richterlichen Strafzumessung*, Tubinga.

HERZOG (1987), *Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts*, Francfort.

V. HIRSCH (2003), "Begründung und Bestimmung tatproportionaler Strafen", en FRISCH/v. HIRSCH/ALBRECHT (edits.), *Tatproportionalität*, Heidelberg.

V. HIRSCH (1998), *Censurar y castigar*, Madrid.

V. HIRSCH, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 94.

V. HIRSCH (1976), *Doing Justice. The Choice of Punishments*, Nueva York.

V. HIRSCH/JAREBORG (1991), *Strafmass und Strafgerechtigkeit*, Bonn.

V. HIRSCH/JAREBORG (1987), "Neoklassizismus" in der skandinavischen Kriminalpolitik. Sein Einfluss, seine Grundprinzipien und Kriterien", en ESER/CORNILS, *Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik*, Friburgo.

V. HIRSCH/KNAPP/TONRY (1987), *The Sentencing Commission and Its Guidelines*, Boston.

HORN, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 46/41.

HORN, *Schaffstein- Festschrift*.

HORN, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 46/33.

HORN, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 46/41.

HORN, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 46/37.

HÖRNLE (2003a), "Kriterien für die Herstellung von Tatproportionalität", en: FRISCH/v. HIRSCH/ALBRECHT (edits.), *Tatproportionalität*, Heidelberg.

HÖRNLE (2003b), *Determinación de la pena y culpabilidad*, Buenos Aires.

HÖRNLE (1999a), *Tatproportionale Strafzumessung*, Berlín.

HÖRNLE (1999b), *Juristenzeitung*.

JAREBORG (2003) "Unbewusste Fahrlässigkeit und Strafzumessung", en FRISCH/v. HIRSCH/ALBRECHT (edits.), *Tatproportionalität*, Heidelberg.

JAREBORG, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 106.

JEHLE (1996), *Kriminalprävention und Strafjustiz*, Wiesbaden.

JESCHECK (1980), "Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del Derecho penal", en: MIR PUIG, *La Reforma del Derecho Penal*, Bellaterra.

KAISER (1999), *Widerspruch und harte Behandlung*, Berlín.

KÖHLER (1997), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlín.

KÖHLER (1983), *Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung erörtert am*

Problem der Generalprävention, Heildeberg.

KUNZ (2003), "Tatproportionalität aus der Perspektive eines normativ begründeten Strafrechts-Kommentar", en FRISCH/v. HIRSCH/ALBRECHT (edits.), *Tatproportionalität*, Heidelberg.

KUNZ (2000), *Bürgerfreiheit und Sicherheit. Perspektiven von Strafrechtstheorie und Kriminalpolitik*, Berna.

LANDROVE DIAZ, *La Ley 2004-3*.

LAPPI-SEPPÄLÄ (2003), "Das Proportionalitätsprinzip in der finnischen Strafzumessungspraxis", en FRISCH/v. HIRSCH/ALBRECHT (dirs.), *Tatproportionalität*, Heidelberg.

LARRAURI (1998), "Control del delito y castigo en Estados Unidos", en: v. HIRSCH, *Censurar y castigar*, Madrid.

LUZÓN PEÑA, *Libro Homenaje a Torío*.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS (1999), *La reincidencia*, Granada.

MARTÍN LORENZO, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 97.

MARTINSON (1974), *The Public Interest* 35.

MAURACH/ZIPF (1992), *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, 8ª ed., Heidelberg.

NAUCKE (1994), *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*.

PAWLIK (2004), *Person Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe*, Berlín.

QUINTERO OLIVARES (2004), *Adonde va el Derecho Penal. Reflexiones sobre las Leyes Penales y los penalistas españoles*, Madrid.

RADTKE, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, antes de 38/18.

REICHERT (1999), *Intersubjektivität durch Strafzumessungsrichtlinien*, Berlín.

ROXIN (2006), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4ª ed., Munich.

ROXIN, *Bruns- Festschrift*.

ROXIN/WIDMAIER (2000), *50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft*, Tomo IV (Strafrecht, Strafprozessrecht), Munich.

SCHÖCH (1996), "Die Rechtswirklichkeit und präventive Effizienz strafrechtlicher Sanktionen", en JEHLE, *Kriminalprävention und Straffjustiz*, Wiesbaden.

SCHÖCH, *Schaffstein Festschrift*.

SCHREIBER, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 94.

SCHÜNEMANN (2003), "Die Akzeptanz von Normen und Sanktionen aus der Perspektive der Tatproportionalität", en: FRISCH/V. HIRSCH/ALBRECHT (edits.), *Tatproportionalität*, Heidelberg.

SCHÜNEMANN (1997), "Sobre la crítica a la prevención general positiva", en SILVA SANCHEZ (edit.), *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje Roxin*, Barcelona.

SCHÜNEMANN (1991), *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Madrid.

SCHÜNEMANN (1987), "Plädoyer für eine neue Theorie der Strafzumessung", en ESER/CORNILS, *Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik*, Friburgo.

SILVA SÁNCHEZ, *La Ley* 98-4.

SILVA SÁNCHEZ (1992), *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona.

SMAUS, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 85.

STRENG (2003), "Kommentar zu "Kriterien für die Herstellung von Tatproportionalität"", en FRISCH/V. HIRSCH/ALBRECHT (edits.), *Tatproportionalität*, Heidelberg.

STRENG, *Müller-Dietz Festschrift*.

TOMFORDE (1998), *Die Zulässigkeit einer Unterschreitung der schuldangemessenen Strafe aus präventiver Gesichtspunkte*, Baden-Baden.

VICTOR (2003), "Der Grundsatz der Tatproportionalität in der Strafzumessungspraxis; die schwedische Erfahrung", en FRISCH/V. HIRSCH/ALBRECHT (edits.), *Tatproportionalität*, Heidelberg.

WALTER (2005), *Monatschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*.

WEIGEND, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 94.

WEIGEND (2003), "Sind Sanktionen zu akzeptieren, die sich am Mass der Tatschuld orientieren?", en FRISCH/V. HIRSCH/ALBRECHT (edits.), *Tatproportionalität*, Heidelberg.

ZUGALDIA ESPINAR (2004), *Derecho penal. Parte General*, 2^a ed., Valencia.

ZYSMAN QUIROS (2005), en RIVERA BEIRAS (coord.), *Política criminal y Sistema penal*, Barcelona.