

EL DEBATE ACTUAL SOBRE LOS FINES DE LA PENA Y SU APLICACIÓN PRÁCTICA

Elena B. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS

Catedrática de Derecho Penal (Universidad de Granada)

SUMARIO: I. Introducción; II. Los nuevos puntos de vista de los fines de la Pena; 1. La teoría de Jakobs; 2. La Teoría de Roxin; 3. Toma de posición; III. La individualización judicial de la Pena y los fines de la Pena: su cuestionamiento; 1. La teoría de la proporcionalidad por el hecho; 2. Toma de posición; 3. Algunas reflexiones sobre el proceso de individualización judicial de la pena; 4. Una posible propuesta de lege ferenda; IV. Bibliografía.

I. Introducción

Las teorías de la pena es una de las cuestiones fundamentales del Derecho Penal, ya que «la historia de las teorías penales es la historia universal del Derecho Penal»¹. Las teorías de la pena son propuestas legitimantes del Derecho Penal y están estrechamente vinculadas al tema de su individualización, porque es en este ámbito donde se manifiestan sus efectos, ya que la justificación de la imposición de una pena dependerá de las condiciones en que se entienda que ésta es legítima. En palabras de Zugaldia Espinar: la teoría de la pena «es importante, sobre todo, aunque pueda resultar paradójico, para la práctica y la reforma del Derecho Penal, ya que pese a su nombre de «teorías», los axiomas legitimantes del Derecho Penal no son pu-

¹ Cfr. MAURACH, R. GÖSSEL, K., ZIPF, H. Derecho penal. Parte General. Ed. Astrea. p. 86; en este sentido también se manifiesta ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. Franz von Liszt, la idea del fin en el Derecho penal. Comares, 1995. p. 11; QUINTERO OLIVARES, G., Determinación de la pena y política criminal» CPC, n.º 4, 1978. p. 51.

ras elucubraciones teóricas, sino que tienen una gran trascendencia práctica para configurar la legislación penal (el CP) y orientar su aplicación práctica por parte de los Tribunales, sobre todo a la hora de fijar de forma concreta la pena que se le debe imponer al autor de un delito —art. 66 CP— ya que «la individualización de la pena debe llevarse a cabo ponderando sus fines en el caso concreto» (por todas: STS. de 22 de octubre de 2001)².

En definitiva, las teorías de la pena no sólo legitiman o justifican la imposición de una pena sino que, además, orientan su aplicación práctica. Sin embargo, estas dos cuestiones básicas, en la actualidad, se encuentran sometidas a un profundo debate doctrinal: por un lado, se ha empezado a revisar y a reformular los fines de las teorías de la pena y, por otro, se proponen nuevos puntos de partida para su aplicación práctica, es decir, se está cuestionando que el proceso de individualización judicial de la pena deba realizarse desde una teoría de la pena, ofreciéndose un sistema diferente que vincula la individualización de la pena a la teoría del delito.

Por consiguiente, el objeto del presente trabajo, es, principalmente reflejar el debate actual sobre los fines de la pena y su incidencia en el proceso de su individualización judicial, con la única finalidad de participar en el debate. Aunque soy consciente de que esta materia requiere un profundo estudio, este artículo es tan sólo una primera reflexión que se centra en algunos de sus aspectos y, evidentemente, no pretende cerrar la discusión, porque en este tema todas las opiniones son válidas y presentan aciertos y deficiencias.

II. Los nuevos puntos de vista de los fines de la Pena

1. *La teoría de Jakobs*

Con respecto a la primera cuestión relativa a la reformulación de los fines de la pena, en la actualidad, se ha incorporado un nuevo punto de vista que legitima la imposición de una pena desde la prevención general positiva. Su máximo representante es Jakobs, que asigna a la pena una función preventiva positiva que persigue reafirmar la vigencia de la norma³, esto es, «la pena pública existe para caracterizar el delito como delito, lo que significa lo siguiente:

² Cfr. ZUGALDIA ESPINAR, J. M. Fundamentos de Derecho Penal. Parte General. Zugaldía Espinar (director) Tirant lo Blanch. 2010. p. 51.

³ JAKOBS, G. Derecho Penal. Parte General. 2.^a ed. Marcial Pons. 2001, p. 13.

como confirmación de la configuración normativa concreta de la sociedad»⁴. Este autor ha considerado que la norma no va destinada a que no vuelva a ser infringida o a que los potenciales delincuentes renuncien a la comisión de delitos, sino que va destinada a todos los ciudadanos para ejercitar la fidelidad al Derecho, la confianza en la norma y la aceptación de sus consecuencias. Estos tres efectos son definidos por Jakobs como el ejercicio en el reconocimiento de la norma⁵. Sin embargo, este fin no se extiende a cada fase del proceso punitivo en su totalidad, ya que también se debe atender a las necesidades de prevención especial, aunque a un nivel inferior. Así, en la fase de ejecución de la pena, la prevención general positiva no aporta nada porque debe configurarse desde la prevención especial, que también deberá influir en la individualización de la pena, pues con la teoría de la prevención general positiva no se puede calcular la cantidad exacta de pena, «sino que se indica un marco formado por la reacción que ya puede tomarse en serio y por la reacción drástica que aún no es exagerada»⁶. Este marco se completa desde la perspectiva de la prevención especial no sobrepasando la medida adecuada a la culpabilidad del autor. Esa pena adecuada a la culpabilidad del autor es por definición la pena necesaria para la estabilización de la norma. Por tanto, Jakobs proporciona una culpabilidad configurada funcionalmente con un fin preventivo general positivo, para mantener el reconocimiento general de la norma⁷. Para Jakobs, la función de la culpabilidad no puede reducirse a servir de límite de la pena, sino que también debe fundamentarla⁸. Recientemente, Jakobs ha comenzado a atribuirle a la pena, no ya una función preventiva general, sino una función simbólica de confirmación de la vigencia de la norma, entendida como negación de la negación del Derecho y, además, la pena tiene un aseguramiento cognitivo, esto es, la pena otorga seguridad cognitiva de la norma. Finalmente, parece que Jakobs ha renunciado a la distinción entre injusto y culpabilidad, pues «si de lo único que se trata en el delito es de la desautorización de la vigencia de la norma, esto presupone un autor que actúa

⁴ Cfr. JAKOBS, G. Sobre la teoría de la pena. Cuadernos de conferencias y artículos n. 16 (traducción. Manuel Cancio Melia). Universidad de Externado de Colombia. 1998. p. 15.

⁵ JAKOBS, G. Derecho Penal... ob. cit. p. 584.

⁶ Cfr. JAKOBS, G. Derecho Penal... ob. cit. ps. 35 y 36.

⁷ Vid. JAKOBS, G. Derecho Penal... ob. cit. p. 584; del mismo autor Schuld und Prävention. J. B. C. Mohr. 1976. p. 7, donde afirma que «la culpabilidad se fundamenta a través de la prevención general en esta comprensión que la precisa y se mide conforme a esta prevención». Cfr. p. 9.

⁸ Vid. JAKOBS, G. Derecho Penal... ob. cit. p. 590.

culpablemente»⁹. En efecto, la nueva concepción de la culpabilidad de JAKOBS, equiparando la culpabilidad con el injusto, no se determina a partir de la constitución psíquica del autor, sino de acuerdo con las necesidades sociales de prevención general. Por ello, «la incapacidad de culpabilidad solo se concede al delincuente cuando no existe ninguna necesidad preventivo general que se oponga a ello»¹⁰.

2. *La Teoría de Roxin*

También Roxin¹¹ se ha replanteado los fines de la pena, principalmente, por el descrédito que ha sufrido la prevención especial, ya que no se han logrado crear programas eficientes y de fácil manejo por la carencia de medios económicos. Esta falta de éxito, como medio de resocialización, se ha convertido en un argumento en contra de la prevención especial. Pese a ello, Roxin lo evalúa como un «cambio fructífero de la teoría de los fines de la pena»¹². Roxin se ha replanteado su teoría de la pena para conceder mayor protagonismo a la prevención general, alegando que «no puede haber dudas de que también la prevención general —con restricciones— constituye una importante finalidad de la pena»¹³. Pero no la prevención general negativa, ya que ésta ha sido ampliamente desplazada por la prevención general positiva¹⁴. Esta evidencia se refleja, como señala Roxin, en la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán cuando afirma que «los mandatos legales que ordenan una determinada conducta deben generar protección en dos direcciones. Por un lado, deben desarrollar efectos preventivos y represivos

⁹ Con una posición muy crítica sobre los postulados de Jakobs Cfr. ROXIN, C. «El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. InDret octubre. 2012». p. 15.

¹⁰ Cfr. ROXIN, C. «El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal... p. 18.

¹¹ ROXIN, C. «sentido y límites de la pena estatal» en Problemas básicos del Derecho Penal. (Trad. Diego Manuel Luzón Peña) Ed. Reus. 1976. Ps. 11 y ss. Ampliamente desarrollando los postulados de la teoría de Roxin en Demetrio Crespo, E., Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin, Grijley, 2008

¹² Cfr. ROXIN, C. «Cambios en los fines de la teoría de la pena» en la Teoría del delito en la discusión actual, traducido por Manuel Abanto Vázquez. Grijley. 2007. p. 76

¹³ ROXIN, C. «Cambios en los fines de la teoría de la pena...», ob. cit. p. 78

¹⁴ ROXIN, C. «Cambios en los fines de la teoría de la pena...», ob. cit, ps. 78 y 79. El Estado debe interesarse no porque se produzcan condenados por nuevos delitos, sino impedir, desde el principio e influyendo en la totalidad de los ciudadanos que se cometan delitos. También se ha demostrado que intimidar al ciudadano mediante el Derecho Penal tampoco promete mucho éxito, pues el delincuente suele confiar en que no va a ser descubierto y, por ello, no teme al Derecho Penal.

para el caso concreto, cuando exista una amenaza de lesión al bien jurídico protegido o cuando su violación ya se ha llevado a cabo. Por otro lado, deben fortalecer y fomentar en la población una idea viva de valores y una visión de lo justo y de lo injusto y, por su parte, configurar la conciencia jurídica de los individuos» (BVerfGE 45,187 [254, 256]).

Los cambios en la teoría de la pena de Roxin suponen un reconocimiento del distinto peso que debe tener la prevención en los fines de la pena. En este sentido, tiempo atrás defendió que «la teoría de los fines de la pena debe tomar en cuenta la dimensión temporal de la realización del Derecho Penal. Esta dimensión temporal va desde la pura prevención general en las conminaciones penales, pasando por la conminación entre la prevención general y prevención especial al momento de imponer la sanción, hasta llegar a la clara preeminencia de la prevención especial en la ejecución de la pena y de las sanciones no privativas de libertad»¹⁵. Sin embargo, en la actualidad, su pensamiento ha cambiado notablemente en la fase de individualización judicial de la pena al dejar de concederle preferencia a la prevención especial. En concreto, afirma que en la imposición de sanciones influyen conjuntamente la prevención general y la prevención especial, aunque lo hacen de manera escalonada según la gravedad del delito. En este sentido, defiende que, «cuando el proceso penal culmine en una condena, pasan a primer plano, la imposición de la sanción, los puntos de vista de prevención general y de prevención especial por igual. Mientras más grave sea el delito, tanto más exige la prevención general un agotamiento de la medida de la culpabilidad. Y es que cuando se trata de delitos gravísimos, la confianza en el ordenamiento jurídico solamente puede mantenerse y la paz jurídica solo puede restablecerse, cuando se produzca una represión adecuada a la culpabilidad. Por el contrario, en los delitos leves y de mediana gravedad, que son la mayoría, puede practicarse más tolerancia, esto es, razones de prevención especial. Entonces aquí... la pena puede quedarse por debajo de la medida de la culpabilidad, y pueden entrar a tallar todos los beneficios que se basen en la posibilidad de la suspensión condicional de la pena, la reparación civil, la reconciliación y el trabajo comunitario. Y es que los delitos menores conmueven la paz social de manera comparativamente leve y, una reintegración social del delincuente sirve más a la seguridad pública, que un rigor promotor de la reincidencia»¹⁶.

¹⁵ Cfr. ROXIN, C. «Cambios en los fines de la teoría de la pena...» ob. cit. p. 85

¹⁶ ROXIN, C. «Cambios en los fines de la teoría de la pena...», ob. cit. p. 84

Finalmente, Roxin reconoce que también ha influido en las transformaciones surgidas en su teoría de los fines de la pena el cambio de posición que, en la actualidad, tiene el delincuente hacia el poder estatal. Este autor señala que durante siglos la pena era concebida como algo que se imponía y que el sujeto debía soportarlo. Sin embargo, los nuevos métodos de sanción —la compensación autor-victima, la reparación civil prestada bajo esfuerzos personales o los trabajos comunitarios—, exigen un compromiso activo del condenado, en lugar de una simple actitud de soportar las medidas coercitivas estatales¹⁷.

3. Toma de posición

La tesis de Jakobs, como es conocido por todos, ha recibido críticas, principalmente, en lo relativo a que si aceptamos la prevención general como fundamento de la pena habría que utilizar la pena, aunque ésta no sea necesaria para la inmediata protección de los bienes jurídicos¹⁸. Por otro lado, los cambios propuestos por Roxin en su teoría de la pena, concediendo a la prevención general un protagonismo desigual en el proceso de individualización judicial de la pena en función de la gravedad del delito sugiere un «Derecho Penal de intervención»¹⁹ o un «Derecho Penal de dos velocidades»²⁰, que utiliza criterios diferentes en función del delito cometido. La pena, a mi entender, debe cumplir diferentes funciones, porque se trata de un fenómeno pluridimensional. Por ello, se debería legitimar a través de un «modelo integrado» (no excluyente) de axiomas legitimantes que, siguiendo la propuesta de Zugaldia, *articularía la teoría de la prevención general positiva con la teoría dialéctica de la unión*. En concreto, en el momento de la conminación legal, la pena sirve a los fines de la prevención general negativa y, además, la prevención

¹⁷ ROXIN, C. «Cambios en los fines de la teoría de la pena...», ob. cit. p. 86

¹⁸ En este sentido vid. MIR PUIG, S. «Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva» ADP, fas. I, tomo XXXIX. 1986. p. 54; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. «Fran von Liszt.... ob. cit. ps. 25 y 26; LUZÓN PEÑA, D. M. «Prevención general, sociedad y psicoanálisis». Estudios penales. PPU. 1991. p. 270.

¹⁹ HASSEMER, W. «Crisis y características del moderno Derecho Penal» AP. N. 43. 1993. Ps. 635 y ss., proponiendo un modelo intermedio de intervención con penas más leves, con más flexibilidad en su aplicación y con una finalidad preventiva, se trataría de, una vía intermedia entre el derecho penal y el derecho administrativo

²⁰ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M. La expansión del Derecho Penal. 2.^a ed. Civitas. 2001, proponiendo un derecho penal de dos velocidades una más rígida, con mayores garantías para el derecho penal clásico y otro «secundario» con sanciones más leves y con unas garantías menos rígidas.

general positiva relativiza lo que el Derecho Penal puede conseguir a través de la intimidación. En el momento de la individualización e imposición judicial de la pena, ésta debe servir prioritariamente a los fines de la prevención especial (necesidad individual de pena), aunque siempre dentro del límite determinado por la culpabilidad del autor por el hecho. En este momento se confirma indirectamente la seriedad de la amenaza de la pena, cumpliéndose así también una finalidad preventivo general negativa (la colectividad se toma en serio la amenaza de la pena) y positiva (se confirma la vigencia de la norma violada). Finalmente, en fase de ejecución, la pena debe servir a los fines de la prevención especial (aunque sin falsos optimismos, como obliga a reconocer la teoría de la prevención general positiva, a la resocialización del autor si se trata de una pena privativa de libertad). «En conclusión, de la forma integrada que ha quedado expuesta, la pena se fundamentaría (se legitimaría) en su necesidad para el buen funcionamiento del sistema social y serviría a los fines socialmente útiles de la prevención general (negativa) y especial (con el límite de la culpabilidad del autor), así como para reforzar la conciencia colectiva en torno a la vigencia de las normas sociales fundamentales y afirmar el valor y la vigencia de las normas violadas»²¹.

III. La individualización judicial de la Pena y los fines de la Pena: su cuestionamiento

La segunda polémica relacionada con las teorías de la pena afecta directamente a su aplicación práctica, ya que se está cuestionando el punto de partida en el proceso de individualización judicial de la pena que, con carácter general, ha sido abordado desde un determinado marco teórico, esto es, desde una teoría de la pena. Tradicionalmente se ha afirmado que el estudio de la individualización de la pena se encuentra estrechamente relacionado con la cuestión sobre la función que debe cumplir el Derecho Penal, función que no puede determinarse sin la referencia a las concepciones sobre su legitimidad, es decir, a las teorías de la pena. En consecuencia, el análisis de la individualización de la pena, con carácter general, se ha abordado desde un determinado marco teórico (una teoría de la pena), ya que se ha partido de la premisa de que la justificación de la imposición de una pena dependerá de las condiciones en que se entienda que ésta es legítima. Sin embargo, en la actualidad, esta premisa básica se ha empezado a cuestionar y se propone vincular la individualización de la pena a

²¹ Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. Fundamentos..., ob. cit. p. 64.

la teoría del delito. En este sentido, se afirma que en el proceso de individualización de la pena «debería huirse de la tentación de pensar que ésta ha de ser una política criminal directa, esto es, en la que se consideraran de modo inmediato los fines del Derecho Penal»²², pues la teoría de la determinación de la pena debería manifestarse, ante todo, como la dimensión cuantitativa (o de grado) de un sistema de la teoría del delito²³. En definitiva, los defensores de esta tesis parten de la premisa de que «la determinación de la pena constituye, pues, la continuación cuantitativa de la teoría del delito»²⁴.

1. La teoría de la proporcionalidad por el hecho

La teoría de la proporcionalidad por el hecho o de la pena proporcional al hecho, de origen anglosajón, está alcanzando una gran influencia teórica y práctica, provocando un nuevo debate sobre los modelos de determinación de la pena, especialmente, en Alemania²⁵. Esta teoría fue expuesta inicialmente por Von Hirsch/Jareborg, y en la actualidad ha sido ampliamente desarrollada por Tatiana Hörnle, discípula de Schünemann, que mantiene una posición muy crítica hacia la teoría de medición de la pena «del espacio de juego»²⁶, que es

²² Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M. «La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo InDret 2/2007. p. 4.

²³ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M. «La teoría de la determinación de la pena ..., ob. cit., p. 5.

²⁴ SILVA SÁNCHEZ, J. M. «La teoría de la determinación de la pena..., ob. cit., p. 8. En este sentido, señala que la teoría del delito se configurará así como un sistema de reglas que permiten establecer con la mayor seguridad posible el *sí o no* de tales merecimiento y necesidad de pena. Y la teoría de la determinación de la pena como teoría de la concreción del contenido delictivo del hecho implicará, a la vez, el establecimiento del *quantum* de su merecimiento y necesidad (político-criminal) de pena (p. 5).

²⁵ FELJOO SÁNCHEZ, B. «individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena». InDret Revista para el análisis del Derecho. n.º 1. 2007, p. 4.

²⁶ La Teoría del espacio de juego (Spielraumtheorie) ha sido elaborada por la jurisprudencia a partir de la sentencia de 10 de Noviembre de 1954 (BGH 7, núm. 9, pág. 28) y desarrollada por la doctrina alemana. Esta teoría considera que la pena adecuada a la culpabilidad no es una magnitud exacta, sino que vendrá determinada por un marco de pena, con un máximo y un mínimo, y dentro de ese marco, la pena será adecuada a la gravedad de la culpabilidad del autor por el hecho penal. La concreción exacta de la pena se calculará atendiendo a criterios de prevención. La valoración de la culpabilidad delimita el marco de la pena y dentro de este marco se establecen los fines preventivos. De esta manera, la designación de magnitud de culpabilidad y la prevención se hacen en un mismo momento, ya que la determinación de los fines preventivos se establece dentro de la extensión de la pena adecuada a la culpabilidad del autor, para más detalles vid. BRUNS, H. J. *Das recht der Strafsumessung 2. neubearbeitete und erweiterte*, 2.ª ed., Carl Heymanns, Köln, Berlin, Bonn, München, 1985, p. 106; ZIPF, H. *Die Strafmassrevision*. C. H Beckische ver-

la dominante en la doctrina y en la jurisprudencia alemana. En España, se ha hecho eco de esta tesis Silva Sánchez²⁷ y Feijoo Sánchez²⁸.

lagsbuchhandlung. München 1969, p. 59; DREHER, E. „Zur Spielraumtheorie als der Grundlage der Strafzumessungslehre des Bundesgerichtshofes« en J. Z. 1967, p. 45. En contra de esta teoría al considerar que con ella se obtiene una decisión incierta al realizarse de manera separada las diferentes funciones de la pena se manifiestan HEINITZ, E. „Strafzumessung und Schuldgrundsatz« en J. Z., n.º 5/6 1958. en la nota a pie de página n.º 1 cit. 175; DREHER, E. „Die erste Arbeitstagung der Großen Strafrechtskommission« Strafzweck und Strafzumessung. ZStrW, n. 66, 1954, p. 571; SCHMIDT, E. «kriminalpolitische und Strafrechtsdogmatische Probleme in der deutschen Strafrechtsreform» en StrW, n.º 69 1957, p. 373. Este autor se adhiere a las anteriores críticas y, además, considera que no es posible determinar la pena adecuada a la culpabilidad y, por tanto, se trata de una teoría que no puede llevarse a la práctica, ya que el juez no puede determinar cuál es la pena concreta en base a la culpabilidad atendiendo a tres medidas distintas, la máxima, la mínima y la intermedia, ésta última sería la medida propia a la culpabilidad del autor.

²⁷ Defendiendo esta tesis se manifiesta SILVA SÁNCHEZ, J. M. «La teoría de la determinación de la pena ...». Y en Argentina también se adhiere MILTON PERALTA, J. «Dogmática del hecho punible, principio de igualdad y justificación de segmentos de pena». Doxa n.º 31. 2008, que propone trasladar las argumentaciones de la teoría de la pena a la medición de la pena con el fin de buscar legitimidad para la justificación de cada segmento de pena. Por tanto, defiende una teoría de la proporcionalidad por el hecho, pero le otorga un fundamento diferente. En palabras del autor «de todos modos, nuestras coincidencias con estos autores son, en principio, sólo respecto del resultado: pena proporcional conforme a ciertos criterios, a desarrollar, contrastables. Pero el fundamento es diferente. Mientras VON HIRSCH Y HÖRNLE hacen hincapié en la comunicación que la pena proporcional ejerce sobre el penado, apelando a su razón para que comprenda el disvalor de su acción, aquí se trata de algo diferente. Se trata sólo de que la pena es, materialmente, un dolor; un sufrimiento impuesto deliberadamente y que, por ello, debe ser distribuido conforme al principio de igualdad», Además, en su caso no se desatiende la utilidad. Las prohibiciones se justifican solamente porque es socialmente útil (dentro de ciertos límites) que no se realicen ciertas conductas (cualquiera sea la finalidad de la pena que se considere adecuada o legítima) y se castiga también sólo porque es útil. Es decir, ni se prohíbe ni se castiga para hacer justicia metafísica, pero si se castiga, entonces no se puede hacer de cualquier modo. Dicho de otra manera, se debe hacer distribuyendo el castigo con equidad. Este principio de distribución del castigo no se satisface cuando un autor es sancionado con menos dureza que otro, no por haber hecho algo diferente, sino porque no es necesario de acuerdo a ciertos fines de la pena sancionarlo con igual intensidad. El objetivo principal, entonces, de una comprensión como ésta es refutar la teoría de la culpabilidad como límite máximo, que sostiene que el único criterio de carácter no utilitarista que interviene en la determinación de la pena es la no superación del marco delimitado por la culpabilidad. Por el contrario, la pena será moralmente aceptable sólo si se puede afirmar que se ha respetado a los sujetos que la padecen tratándolos a todos por igual. De esta forma, 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.

²⁸ Con una posición crítica FEJOO SANCHEZ, B. «individualización de la pena y teoría de la pena...».

En concreto, Hörnle señala que los jueces en su trabajo diario deben determinar la responsabilidad de los distintos sujetos. Para realizar esta labor necesitan criterios que le indiquen qué circunstancias del crimen hacen al mismo más grave y, por tanto, tienen que precisar si el crimen que evalúan hoy merece mayor o menor castigo que el que tuvieron que evaluar el día anterior²⁹. Sin embargo, la teoría del «ámbito de juego» no proporciona ningún detalle respecto de cómo deben realizarlo. Esta teoría sugiere, falsamente, que un análisis más detallado no es necesario porque la jurisprudencia actual defiende que la pena se determina por la noción de prevención³⁰, pese a que «los criminólogos están de acuerdo de que es prácticamente imposible decir exactamente que penas poseen efectos preventivos generales o especiales y, es completamente imposible para los jueces realizar esos juicios de manera científicamente seria, debiendo confiar en intuiciones personales»³¹. Si a ello añadimos que tampoco es posible valorar el entorno personal del delincuente o la necesidad social para disuadirlo de un nuevo delito, ya que no es factible en la práctica cotidiana de los tribunales porque ello implicaría dedicar demasiado tiempo, se llega a la conclusión de que este modo de proceder provoca «que los razonamientos judiciales sobre los que se asienta la asignación de una determinada medida de pena sean pobres y variables»³². De ahí, que esta tesis pretende, que en la determinación de la pena, en la medida de lo posible, se traduzca en reglas, y no se quede en el plano de los principios³³.

Desde esta perspectiva, «el acto de determinación judicial de la pena se configura esencialmente como aquél en virtud del cual se constata el concreto contenido de injusto, culpabilidad y punibilidad de un determinado hecho, traduciéndolo en una determinada medida de pena»³⁴. Por tanto, la única política criminal que debe realizar el juez es la que discurre por el cauce de las categorías dogmáticas³⁵.

²⁹ HÖRNLE, T. Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania, Ed, Fabian J. de Placido. 2003. p. 34.

³⁰ HÖRNLE, T. Determinación de la pena..., ob. cit., p. 35. Confiar en el «ámbito de juego» tiene sentido desde la perspectiva de la corte de apelación p. 35, no sería posible que una corte de apelación revea todas las decisiones tomadas por las cortes inferiores. El problema se halla en el caso de las penas, que los principios de la corte de apelación son demasiados vagos.

³¹ Cfr. HÖRNLE, T. Determinación de la pena..., ob. cit., p. 25.

³² Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M. «La teoría de la determinación de la pena ...», ob. cit., p. 6.

³³ SILVA SÁNCHEZ, J. M. «La teoría de la determinación de la pena ...», ob. cit., p. 7.

³⁴ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M. «La teoría de la determinación de la pena ...», ob. cit., p. 5.

³⁵ SILVA SÁNCHEZ, J. M. «La teoría de la determinación de la pena ...», ob. cit., p. 7.

El punto de partida legal en Alemania, como pone de relieve Hörnle, para la medición de la pena es la culpabilidad (§ 46, párrafo, inciso primero 1 STGB³⁶), pero, según esta autora, la pena adecuada a la culpabilidad se ha mantenido conscientemente borrosa, ya que se afirma que la existencia de ese espectro de penas adecuadas a la culpabilidad abarca desde una pena ya adecuada a la culpabilidad hasta una pena que todavía es adecuada. Este espacio de juego se rellenaría mediante consideraciones preventivas especiales y generales³⁷. En definitiva, «el principal problema con la teoría del ámbito de juego es que permanece muy superficial para guiar la determinación de la pena»³⁸. El legislador y la jurisprudencia afirman que el valor justicia es importante pero no dicen cómo llegar a sentencias justas. Por este motivo, esta autora considera que la teoría del espacio de juego no se corresponde con las condiciones de actuación de la práctica³⁹.

Ante este horizonte, Hörnle afirma que la noción de proporcionalidad debe ser el punto de partida. Un principio de proporcionalidad es un proceso de ponderación: el logro de objetivos político criminales se pondera con las consecuencias negativas de la punición, pero mediante una relación medio-fin no puede alcanzarse más que una protección relativa, no absoluta frente a penas abusivas. Si el fin perseguido se valora como especialmente importante, se amplía el ámbito de medios admisibles»⁴⁰. En definitiva, para Hörnle, la constatación esencial para la medición de la pena es «la adhesión a una

³⁶ § 46 StGB. «Principios para la individualización de la pena:

1) La culpabilidad del autor es fundamento para la individualización de la pena. Las consecuencias que son de esperar de la pena para la vida futura del autor en la sociedad, se tomaran en cuenta.

2) En la individualización, el tribunal deberá considerar las circunstancias en favor y en contra del autor. Al respecto se tomarán especialmente en consideración:

Los motivos y los fines del autor

La disposición que expresa el hecho y la voluntad aplicada al hecho

La medida de la contrariedad al deber;

La forma de ejecución y las consecuencias culpables del hecho;

La vida anterior del autor, sus condiciones personales y económicas, así como su conducta posterior al hecho, en particular sus esfuerzos para reparar los daños.

3) No deben ser tomadas en cuenta las circunstancias que son ya características del tipo legal.»

³⁷ HÖRNLE, T. Determinación de la pena..., ob. cit., p. 42.

³⁸ Cfr. HÖRNLE, T. Determinación de la pena..., ob. cit., p. 33.

³⁹ HÖRNLE, T. Determinación de la pena..., ob. cit., p. 42.

⁴⁰ Cfr. HÖRNLE, T. Determinación de la pena...» ob. cit., p. 47 «A causa del saldo de consecuencias se puede compatibilizar con el principio de proporcionalidad, por ejemplo la imposición de una pena draconiana para evitar futuros delitos graves, mientras que la gravedad del delito objeto de la condena no lo justificaría».

valoración retrospectiva del hecho como fundamento de la medición de la pena. Bajo qué circunstancias puede o debe modificarse este fundamento en determinadas constelaciones de casos es un segundo paso»⁴¹. De ahí que el delito se considere un injusto culpable graduable y, la determinación de la pena no sería 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 sociedad, sino sólo una teoría dogmática con todas las ventajas que han hecho triunfar a ésta como ciencia jurídica⁴².

Por consiguiente, para proceder a la individualización de la pena debe atenderse, en primer lugar, al injusto del hecho, para ello se deberían desarrollar criterios que permitan la medida del injusto del resultado y establecer que facetas de la conducta del autor influyen en el injusto de la acción (se valora observando el resultado del hecho y las circunstancias que concurren)⁴³. Junto a ello, es preciso atender a la «culpabilidad personal del autor», entendida como la imputación subjetiva del hecho al autor, que, o hay que afirmar, afirmar atenuadamente o negar⁴⁴. «En el caso normal de culpabilidad no limitada del autor, esta solo depende de que el hecho se le pueda imputar, conforme a un concepto de culpabilidad ontológico, la desaprobación jurídico penal se debe a que se le reprocha al autor haber cometido un hecho antijurídico pudiendo haberlo evitado»⁴⁵.

Hörnle no acepta el concepto de culpabilidad que se utiliza para la determinación de la pena porque se desprende completamente de

⁴¹ Cfr. HÖRNLE, T. Determinación de la pena..., ob. cit., p. 45. De ahí deduce que no puede ser objeto del parágrafo 46 del CP alemán las circunstancias preventivo - especiales u otras específicas del autor (p. 44).

⁴² FEJOO SÁNCHEZ, B. «individualización de la pena y teoría de la pena...», ob. cit., p. 10 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.

⁴³ HÖRNLE, T. Determinación de la pena..., ob. cit., p. 50.

⁴⁴ HÖRNLE, T. Determinación de la pena..., ob. cit., p. 54.

⁴⁵ Cfr. HÖRNLE, T. Determinación de la pena..., ob. cit., P. 68. El examen de la culpabilidad debe asemejarse, según la metáfora de Horn, al uso de un colador. Dado que en el caso normal. Sin causas de disminución de culpabilidad, el peso del hecho se determina exclusivamente por el injusto del hecho, todo el injusto traspasa el «tamiz de la culpabilidad» y cae íntegro en el platillo de la balanza. Por el contrario, si la culpabilidad esta disminuida, tiene lugar una criba y no todo el peso del injusto llega a ser eficaz para la medición de la pena. Y al revés. Una elevación de la pena como consecuencia del examen de la culpabilidad está excluida, porque no hay circunstancias que incrementen la culpabilidad.

la valoración del hecho, esto es, con ese concepto de culpabilidad, se está valorando una actitud interna del autor⁴⁶. «La moderna teoría del delito no presupone, por el contrario, una indagación de las actitudes internas del autor para un reproche de culpabilidad, sino que se conforma con la comprobación de la ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad»⁴⁷.

En la teoría de la proporcionalidad por el hecho es preciso 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 aquélla⁴⁸. Todo ello exigirá sistematizar las diferentes variables de los hechos concretos en que se realiza el tipo para posibilitar una individualización «dogmática» de la pena⁴⁹. Naturalmente, como señala SILVA SÁNCHEZ, una sistematización llevada hasta los últimos detalles resulta de una enorme complejidad porque ello requiere establecer una escala cuantitativa de subtipos (clases de realizaciones típicas), en

⁴⁶ HÖRNLE, T. Determinación de la pena..., ob. cit. p. 56. En la actualidad, en la medición de la pena se debe atender, dentro del concepto de culpabilidad, a factores personales del autor, para la medida de la culpabilidad en la medición de la pena, es indispensable la apreciación de las circunstancias personales del autor, y no solo para asegurar las consideraciones preventivo especiales, sino también para constatar la culpabilidad personal (es lo que ella denomina «concepción personalizada de la culpabilidad» p. 58). No obstante en la mayor parte de los casos una discusión sería sobre la personalidad del autor es ya completamente imposible por razones de tiempo, por lo que en la práctica son los daños derivados del hecho y los antecedentes penales los que determinan decisivamente la medida de la pena p 59. Esta autora llama la atención del tratamiento doctrinal que se le ha ofrecido a la culpabilidad en la teoría del delito y del escaso estudio respecto al concepto de culpabilidad en la medición de la pena. A Hörnle no le convence (p. 64) que las circunstancias personales del autor se deban tener siempre en cuenta, pues hay circunstancias personales del autor que son relevantes en algunas constelaciones de casos como base de una concepción moderna de culpabilidad, en cuanto que se traten de causas de disminución de la culpabilidad, y, por tanto, esa circunstancias personales del autor pueden repercutir en la medida de la pena. El problema se presenta porque la jurisprudencia siempre entiende que son relevantes las circunstancias personales del autor, siempre deben ser incluidas, pero para esta autora no en todos los casos concurren circunstancias personales que disminuyan la culpabilidad (p. 63 y 64), por ello esa afirmación jurisprudencial solo tiene sentido cuando se vincula a una concepción personalizada de la culpabilidad, claramente se puede comprobar en el caso de dar relevancia en la medición de la pena a los comportamiento pre y pos delictivos, esto, según Hörnle solo tiene sentido desde un Derecho Penal orientado a la actitud interna.

⁴⁷ Cfr. HÖRNLE, T. Determinación de la pena..., ob. cit., p. 58.

⁴⁸ FELJOO SÁNCHEZ, B. «individualización de la pena y teoría de la pena ...», ob. cit., p. 10.

⁴⁹ SILVA SÁNCHEZ, J. M. «La teoría de la determinación de la pena ...», ob. cit., p. 8.

la que se contengan de una manera ordenada las diversas formas de realización de un mismo tipo en función de su gravedad. La aplicación sistemática de los criterios de valoración permitiría obtener un esquema de análisis de los casos⁵⁰. Éste, a su vez, exigiría ordenarlos atendiendo a valores (idealmente) numéricos, por ejemplo, en base 10. Así, y simplemente a título de ejemplo, según Silva Sánchez, en un caso A se podría afirmar que su injusto objetivo es de 5, frente a otro caso B cuyo injusto sería de 7; en cambio, el mismo caso A tendría un injusto subjetivo de 8, mientras que al caso B se le asignaría un injusto subjetivo 5. Naturalmente, no hay que contar aquí con valores exactos, sino sencillamente aproximados⁵¹.

Por tanto, con esta teoría tampoco existiría una sola individualización de la pena jurídicamente correcta, es inevitable admitir ciertos márgenes. Ello conduce a un sector de la doctrina a señalar que, en todo caso, la proporcionalidad no podrá establecerse en términos absolutos, sino relativos (dando lugar a un sistema comparativo de clases de casos más y menos graves). Sin embargo, los defensores de esta tesis consideran que a través de este proceso de sistematización dogmática lo se pretende, principalmente, es intentar reducir el margen de arbitrariedad de las decisiones judiciales en el proceso de individualización de la pena⁵².

Finalmente, Hörnle considera que al sentenciar es preferible basar las decisiones desde la perspectiva de la víctima⁵³, en lugar de utilizar imprecisas nociones de comunidad o nociones de orden legal porque una de las funciones más importantes que tiene la condena es el mensaje que se le trasmite a la víctima. La condena contiene un juicio sobre la extensión de los derechos de la víctima y sobre la demarcación entre su esfera y la del delincuente. La sentencia reconoce que la víctima no necesita aceptar la conducta del delincuente⁵⁴. En definitiva, una sentencia condenatoria no solo comunica la desaprobación para el delincuente⁵⁵, sino que, además, le demuestra a la víctima que ha sido agraviada.

⁵⁰ SILVA SÁNCHEZ, J. M. «La teoría de la determinación de la pena ...», ob. cit., p. 8.

⁵¹ SILVA SÁNCHEZ, J. M. «La teoría de la determinación de la pena ...», ob. cit., p. 10.

⁵² SILVA SÁNCHEZ, J. M. «La teoría de la determinación de la pena ...», ob. cit., p. 8.

⁵³ HÖRNLE, T. Determinación de la pena..., ob. cit., p. 90.

⁵⁴ HÖRNLE, T. Determinación de la pena..., ob. cit., p. 87.

⁵⁵ HÖRNLE, T. Determinación de la pena..., ob. cit., p. 89.

2. Toma de posición

La teoría de la proporcionalidad por el hecho, independientemente de que se acepten o no sus presupuestos, hay que reconocerle que ha contribuido a abrir nuevamente el debate sobre los criterios de la individualización de la pena, porque ya sea vinculando la medida de la pena a las teorías de la pena o ya sea vinculando la individualización de la pena a la teoría del delito, lo cierto es que el juez tiene dificultades para realizar ese proceso.

Esta teoría, que vincula la individualización de la pena a la teoría del delito, pretende, principalmente, evitar la inseguridad jurídica de los razonamientos judiciales y reducir el margen de arbitrariedad de los Jueces. Esta finalidad es necesaria y deseable, aunque también se puede alcanzar legitimando la individualización de la pena desde una teoría de la pena, siempre, claro está, que las reglas para realizar este proceso se encuentren perfectamente determinadas. Por tanto, considero que el problema de la inseguridad jurídica en el proceso de individualización de la pena no sólo depende del punto de partida que se adopte, que condicionará la fundamentación de la imposición de una pena, sino de la ausencia de reglas concretas y claras que permitan al Juez desarrollar esta importante labor de una manera adecuada. Además, es imprescindible, como aclara Quintero Olivares, que exista un equilibrio entre los presupuestos de la reacción punitiva y la reacción misma, tanto en la fase de la conminación del castigo, como en la fase de aplicación de la pena concreta⁵⁶. En efecto, previamente al proceso de individualización de la pena, el sistema debe haber sido formulado de una manera proporcional y equilibrada «a fin de que no se fie a una última instancia la solución de incorrecciones o fallas provocadas por el sistema mismo»⁵⁷. Por ello, como indica Quintero Olivares, «si la legalidad no es correcta, sino disfuncional respecto a la realidad de las cosas o respecto a los postulados político-criminales, la necesidad de aplicarla se torna dramática». El primer peligro de la disfuncionalidad del sistema reside en el propio sistema, pues si el Código carece de coherencia interna, entonces se «evidenciara la falta de homogeneidad de las decisiones que puedan adoptarse con arreglo a él»⁵⁸ o puede, incluso, forzar al juez a la aplicación una pena claramente injusta. En definitiva, el

⁵⁶ QUINTERO OLIVARES, G. «Acto, resultado y proporcionalidad» ADPCP, T. XXXV, Fasc. II, Mayo-Agosto 1982, pp. 381-408.

⁵⁷ Cfr. QUINTERO OLIVARES, G. «Acto, resultado y proporcionalidad... ob. cit., p. 384, *Ibidem.* p. 383

⁵⁸ *Ibidem.* p. 385.

marco penal típico también influye de una manera importante en el posteriormente proceso de individualización judicial de la pena, porque pese a que en esta fase deben primar fines de prevención general deben estar limitados por «los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, principio de intervención mínima y última ratio y principio de proporcionalidad»⁵⁹.

El principal reproche a la teoría de la proporcionalidad por el hecho es que prescinda del fin de la pena. Efectivamente, si no se tiene en cuenta cual es el fin que se pretende con la pena, ésta carecerá de legitimación, ya que la función de la pena debe operar en todo el sistema penal, desde su previsión legal, pasando por su imposición judicial hasta su ejecución. Las fases de la pena solo tendrán sentido si consiguen alcanzar la función que previamente se les había designado. En este sentido se ha manifestado previamente Feijoo Sánchez al señalar que a esta teoría «le falta el sustento de una teoría sobre la función social de la pena. No es posible determinar la medida de la pena si ésta no se encuentra referida a un fin. 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 pena»⁶⁰. También se le ha objetado a esta teoría que la individualización judicial de la pena se oriente especialmente a los intereses de la víctima⁶¹, ya que esta concepción tendrá una importante relevancia práctica. Así es, si se concede un peso excesivo a la afectación de intereses individuales, no se podrán explicar «muchos factores de la 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»⁶². Y, finalmente, 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

⁵⁹ Cfr. DEMETRIO CRESPO, E. *Prevención general e individualización de la pena*. Ediciones Universidad de Salamanca. 1999. P. 271

⁶⁰ Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, B. «individualización de la pena y teoría de la pena...», ob. cit. p. 8.

⁶¹ En sentido contrario y rechazando esta crítica se manifiesta SILVA SÁNCHEZ, J. M. «La teoría de la determinación de la pena...», ob. cit., p. 7. En concreto, en la nota a pie de página número 19 Silva Sánchez afirma que «Este autor, en efecto, reprocha a v. Hirsch, Hörnle o Schünemann que en sus planteamientos se procede a la determinación de la pena según la perspectiva de la víctima, descuidando la dimensión del hecho para el orden social. Ahora bien, esta crítica, si bien se advierte, no afecta a la teoría en sí, en tanto que proporcionalista, sino a la teoría del delito desde la que aquéllos proponen la sistematización de los presupuestos de la cuantificación de la pena».

⁶² Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, B. «individualización de la pena y teoría de la pena...» ob. cit., p. 8.

una sistematización dogmática de la pena que consiga reducir el margen de arbitrariedad de las decisiones judiciales. De este modo se podrían obtener fallos más predecibles. Esta manera de proceder, a mi juicio, conduciría a la aplicación de la pena de un modo prácticamente «mecánico». 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.

3. Algunas reflexiones sobre el proceso de individualización judicial de la pena

En el proceso de individualización de la pena, como es sabido, se pueden diferenciar tres fases, que alcanzan desde que el legislador señala el marco de pena genérica que le corresponde a cada hecho delictivo, pasando por la imposición de la pena concreta, hasta que ésta es ejecutada. En la primera fase, encomendada al legislador, y que se denomina fase de individualización legal, se establece el marco genérico de pena que le corresponde a cada hecho delictivo en base al principio de proporcionalidad⁶³. La segunda fase, denominada individualización judicial de la pena, interviene el Juez o Tribunal. Éste impondrá y aplicará la pena concreta que le corresponde a un determinado delincuente por el delito cometido, atendiendo a dos momentos sucesivos. Un primer momento, donde el Juez o Tribunal, a través de una serie de reglas, determina cuál es el marco penal concretamente aplicable. En esta primera etapa, la denominada determinación de la pena en sentido estricto, se señala la cuantía exacta que corresponde al culpable mediante el manejo de determinados criterios. Y un segundo momento, la llamada determinación de la pena en sentido amplio, en el que, una vez cuantificada la pena concreta en principio aplicable, el Juez decide si es conveniente y posible, según la normativa vigente, suspender, sustituir o modificar la duración de la pena. Finalmente, en la tercera etapa, denominada fase de individualización penitenciaria, administrativa o ejecutiva,

⁶³ Ampliamente sobre la diferencia entre el principio de proporcionalidad abstracto y concreto vid. AGUADO CORREA, T. El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal. Edersa. 2006;. MATA BARRANCO, N. DE LA, El principio de proporcionalidad penal. Tirant lo Blanch 2007; 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». Ius et praxis n.º 14-2 2008; LAMARCA PÉREZ, C. El principio de proporcionalidad y el control constitucional de las leyes penales Colex. 2011.

se controla judicialmente la ejecución de la pena impuesta al condenado⁶⁴.

En el sistema español, para proceder a esta individualización exacta de la pena (la determinación de la pena en sentido estricto), una vez que se establece el grado de ejecución y de participación, se determina la existencia de causas de eficacia extraordinaria (un error de prohibición vencible; eximentes incompletas, etc.), así como la concurrencia o no de circunstancias modificativas de la responsabilidad, el Código Penal concede cierto arbitrio al Juez. Por este motivo, el Juez necesita determinadas pautas que puedan orientarle para alcanzar la pena concreta. Estos criterios serán de especial trascendencia porque, como señala Landrove Díaz, «conviene tener muy presente en la materia del Derecho Penal no es una disciplina matemática que pueda alcanzar soluciones exactas; se mueve en una esfera de valoraciones, y los juicios de valor no pueden presentar contornos definidos. Solamente pueden alcanzarse resultados de aproximación»⁶⁵.

La individualización judicial de la pena, como señala la jurisprudencia, es «un ejercicio de discrecional reglada, que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial, y controlable en casación, por la vía de la pura infracción de Ley (art. 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)»⁶⁶. Los Tribunales, para imponer la pena exacta, según la jurisprudencia, deben atender a las reglas que se establecen en el artículo 66.º CP, que «contiene la exigencia de que los jueces y tribunales individualicen la pena imponiendo la señalada en la Ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia, y si bien es cierto que en el actual 66.6.ª CP desaparece el aserto: «razonándolo en la sentencia», no puede ser interpretado de manera que conduzca a la ausencia de

⁶⁴ Ampliamente vid. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. La reincidencia. Tratamiento dogmático y alternativas político criminales. Comares. 1999. ps. 327 y ss.; MATA BARRANCO, N. DE LA, El principio de proporcionalidad penal... p.220.

⁶⁵ Cfr. LANDROVE DÍAZ, G. Las consecuencias jurídicas del delito. Tecnos. 3.ªed. 1984. p. 116. En un sentido similar se manifiesta LAMARCAPÉREZ, C. El principio de proporcionalidad... ob. cit. p. 93.

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2009 (RJ 2008/5813).

motivación⁶⁷, pues ésta resulta del art. 120.3 CE⁶⁸. El vigente artículo 72 del Código Penal, ha introducido de nuevo en el texto punitivo la necesidad de motivación, señalando que «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»⁶⁹.

En efecto, «la pena debe individualizarse de forma motivada en todos aquellos casos en los que no se opte por la imposición del

⁶⁷ La Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de abril de 2001 (RTC 2001, 108) proclama que «este Tribunal, en una muy consolidada doctrina, ha venido declarando que el derecho a la tutela judicial efectiva incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes por cuanto la motivación de las resoluciones judiciales, aparte de venir requerida por el art. 120. 3 CE, es una exigencia derivada del art. 24. 1 CE (entre muchas, SSTC de 5 de mayo de 1982 [RTC 1982, 20]; de 3 de febrero de 1984 [RTC 1984, 14]; de 18 de diciembre de 1985 [RTC 1985, 177]; de 23 de febrero de 1989 [RTC 1989, 159]; de 6 de octubre de 1989 [RTC 1989, 159]; de 2 de abril de 1990 [RTC 1990, 63]; de 11 de mayo de 1992 [RTC 1992, 69]; de 15 de febrero de 1993 [RTC 1993, 55]; de 6 de junio de 1994 [RTC 1994, 169]; de 16 de octubre de 1995 [RTC 1995, 146]; de 13 de enero de 1997 [RTC 1997, 2]; de 14 de diciembre de 1998 [RTC 1998, 235]; de 29 de noviembre de [RTC 1999, 214]; de 12 de junio de 200 [RTC 2000, 163]; de 10 de julio de 2000 [RTC 2000, 187] y de 18 de septiembre de 2000 [RTC 2000, 214]).

Esta exigencia constitucional entronca de forma directa con el principio del Estado democrático de Derecho (art. 1 CE) y con una concepción de la legitimidad de la función jurisdiccional sustentada esencialmente en el carácter vinculante que para todo órgano jurisdiccional tienen la Ley y la Constitución (SSTC de 13 de mayo de 1987 [RTC 1987, 55]; de 15 de febrero de 1990 [RTC 1990, 24] de 27 de enero de 1994 [RTC 1994, 22] y de 25 de noviembre de 1997 [RTC 1997, 203]). Por otra parte, si bien la razón última que sustenta este deber de motivación, en tanto que obligación de exteriorizar el fundamento de la decisión, reside en la interdicción de la arbitrariedad y, por tanto, en la necesidad de evidenciar que el fallo de la resolución no es un simple y arbitrario acto de voluntad del juzgador, sino una decisión razonada en términos de Derecho (STC de 15 de febrero de 1990 STC 1990, 24), la exigencia de motivación cumple una doble finalidad inmediata: de un lado, exteriorizar las reflexiones que han conducido al fallo como factor de racionalidad en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, que paralelamente potencia el valor de la seguridad jurídica, de manera que sea posible lograr el convencimiento de las partes en el proceso respecto de la corrección y justicia de la decisión; de otro, garantizar la posibilidad de control de la resolución por los Tribunales superiores mediante los recursos que procedan, incluido este Tribunal a través del recurso de amparo (SSTC de 23 de febrero de 1987 [RTC 1987, 23]; de 6 de octubre de 1989 [RTC 1989, 159]; de 2 de abril de 1990 [RTC 1990, 63]; de 15 de febrero de 1993 [RTC 1993, 55]; de 27 de enero de 1994 [RTC 1994, 22]; de 10 de enero de 1995 [RTC 1995, 5]; de 16 de mayo de 2000 [RTC 2000, 131]; de 16 de mayo de 2000 [RTC 2000, 133] y de 29 de mayo de 2000 (RTC 2000, 139)).

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2003 [RJ 2003, 7644]).

⁶⁹ Sentencia del Tribunal supremo de 19 de septiembre de 2009, (RJ 2008/5813).

mínimo legal. Este es una consecuencia ineludible de la previa afirmación de la comisión de un delito concreto con todas sus circunstancias y, por lo tanto, no precisa de mayores argumentaciones. Sin embargo, la imposición de una pena superior precisa de alguna explicación del Tribunal que justifique razonadamente la exacerbación penológica, mediante el recurso a criterios jurídicos cuya corrección puede ser revisada por esta Sala. En este sentido pueden tenerse en cuenta los aspectos del hecho que resultan de la misma sentencia, de los cuales puede desprenderse con claridad la proporcionalidad de la pena a la culpabilidad por el hecho cometido, sin que sea precisa en esos casos una extensa motivación, pues no es preciso explicar lo que resulta obvio. La motivación debe ajustarse a los parámetros establecidos en el artículo 66, es decir, a la mayor o menor gravedad del hecho y a las circunstancias del culpable»⁷⁰.

En definitiva, para individualizar la pena exacta, los tribunales, por analogía, utilizan las reglas establecidas en el art. 66.6.º CP, que están previstas para los casos en que no concurren atenuantes ni agravantes, ya que, sorprendentemente, en nuestro ordenamiento jurídico no existe un precepto específico que establezca los criterios concretos para individualizar la pena, similar, por ejemplo, al § 46 STGB. Por tanto, aunque esos criterios se encuentran mal ubicados en el Código Penal, hay que afirmar, que los Tribunales deben fundamentar la individualización exacta de la pena atendiendo a la mayor o menor gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente⁷¹.

Sin embargo, pese a la existencia de estos criterios, en la práctica judicial se observa, con frecuencia, que el Juez no motiva⁷² la indivi-

⁷⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2006, (RJ 2006/642).

⁷¹ Un examen detallado del contenido de la gravedad del hecho y de las circunstancias personales del delincuente vid. DEMETRIO CRESPO, E. Prevención general e individualización de la pena... P. 290 y ss.; MATA BARRANCO, N. DE LA, El principio de proporcionalidad penal... p. 262 y ss.

⁷² En este sentido, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 2.ª) de 31 marzo (JUR 2011\302779) estima el recurso por falta de motivación: «en el presente caso el juzgador de instancia sin haber hecho ninguna referencia a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho como exige el artículo 66.1.6.ª del Código penal al no haber concurrido circunstancias agravantes ni atenuantes, mencionado solamente las circunstancias en que se produjeron los hechos las cuales no son exponente de la entidad del hecho delictivo, no ha explicitado las razones por las que le imponía a la acusada, dentro de un marco penal de prisión de 6 meses a 3 años y de multa de 6 a 12 meses que establece el artículo 392 del Código penal, las penas de prisión de 1 año y 6 meses y multa de 9 meses a razón de una cuota diaria de 8 euros, en clara infracción del artículo 66 del Código penal y del artículo 24.1 de la Constitución, que reconoce el del dere-

dualización de la pena, es más, impone la pena sin ofrecer ninguna explicación, no justifica porque le corresponde al condenado esa pena concreta, es más, se limita a trasladar, como «argumentación» la fórmula legal «en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho».

Esta manera de proceder en la determinación exacta de la pena se evidencia, especialmente, en el criterio relativo a las «circunstancias personales del delincuente». En este sentido, es muy revelador el análisis sobre la interpretación que la jurisprudencia está realizando de los criterios relativos a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente elaborado por Besio Hernández⁷³. Este autor llega a la conclusión de que «se observa primacía operativa del baremo legal de gravedad del hecho sobre el criterio de circunstancias personales del delincuente»⁷⁴. Los Tribunales, como ha comprobado Besio Hernández, ofrecen suficientes parámetros para que el Juez pueda valorar las circunstancias personales del autor, como los indicados en la sentencia que cita en su trabajo del Tribu-

cho a la tutela judicial efectiva sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, por lo que procede la imposición de las penas en su extensión temporal mínima de 6 meses y en el caso de la multa con una cuota diaria de 6 euros al no haberse determinado la situación patrimonial de la acusada». Con los mismos argumentos las Sentencias de la Audiencia Provincial de Cuenca de 24 enero, (JUR 2002\73915); Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 2.^a). de 9 marzo de 2012, (JUR2012\135390) y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 7.^a) de 8 julio de 2003 (JUR 2003\220849). Este última se pronuncia sobre la aplicación de una pena de multa donde el Tribunal no establece la capacidad económica del condenado: «Asiste la razón a estos respectos al apelante pues no se ha realizado investigación de su situación económica, ni en la sentencia se contiene razón atendible para establecer la cuota diaria de las multas en la cantidad de 500 pesetas, en lugar de hacerlo en el mínimo legal de 200 pesetas. El razonamiento contenido en el fundamento jurídico tercero de la sentencia es erróneo porque si como en él consta no han quedado acreditados los ingresos de los denunciados, esta escueta motivación debió conducir necesariamente a la fijación de la cuota diaria mínima, esto es, la de 200 pesetas, actualmente 1,2 euros».

⁷³ BESIO HERNÁNDEZ, M. Los criterios legales y jurisprudenciales de individualización de la pena. Tirant lo Blanch. Valencia 2011, p. 407.

⁷⁴ BESIO HERNÁNDEZ, M. Los criterios legales y jurisprudenciales..., ob. cit., p. 596. Con una posición muy crítica, ya que a su juicio ambos criterios debe tener la misma incidencia. Este autor considera que esta diferencia en la valoración de la pena de no atender a las circunstancias personales del delincuente se debe a que la dogmática española y en la jurisprudencia del Supremo es posible advertir, como regla general, que en el modelo de individualización de la pena asume la estructura de la teoría alemana del Especio de juego, que asume en primer lugar un ámbito de pena o marco proporcional a la gravedad del hecho y dentro del ese marco se atendería a las circunstancias personales del autor.

nal Supremo de 12 de julio de 2004⁷⁵. Esta sentencia afirma «que cuando el artículo 66.6.º CP se refiere a las circunstancias personales del delincuente, está pensando, como es lógico, en situaciones, datos o elementos que configuran el entorno social y el componente individual de cada sujeto». Y esas circunstancias, como se aclara en la sentencia citada, son: «la edad de la persona, su grado de formación intelectual y cultural, su madurez psicológica, su entorno familiar y social, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social, son factores que no solo permiten sino que exigen modular la pena ajustándola a las circunstancias personales del autor, sin olvidar la incidencia, que por su lado, puede tener además, la mayor o menor gravedad del hecho que debe ser medida no solo con criterios cuantitativos sino también cualitativos»⁷⁶.

En este estudio se refleja que los Tribunales, pese a que tienen suficientes parámetros para valorar las circunstancias personales del delincuente, no los aprecian en el proceso de individualización judicial de la pena. Por consiguiente, Los Tribunales no utilizan este criterio o, en los mínimos casos que lo valoran, se relaciona con el hecho concretamente realizado. Dicho de otra manera, este autor pone de manifiesto que hay, principalmente, dos tendencias jurisprudenciales: una primera, que se caracteriza porque, simplemente, los Tribunales no utilizan este criterio y, por tanto, no valoran las circunstancias personales del delincuente, a diferencia de la mayor o menor gravedad del hecho. El motivo de ello es, generalmente, porque no hay información o la existente es irrelevante. «La consecuencia directa de dicho modo de proceder radica en que en la fase de decisión cuantitativa de la pena se orienta únicamente a la mayor o menor gravedad del hecho, perdiendo toda funcionalidad practica la cláusula legal circunstancias personales del delincuente»⁷⁷. Y una segunda línea que si valora las circunstancias personales del delincuente pero las vincula al concreto delito realizado para deducir de ese hecho el pronóstico de peligrosidad del delincuente, «perdiendo, por ello, autonomía la consideración de forma independiente de sus circunstancias personales (y de los criterios sostenidos para su

⁷⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2004 (RJ 927). citada por BESIO HERNÁNDEZ, M. Los criterios legales y jurisprudenciales..., ob. cit., p. 421.

⁷⁶ BESIO HERNÁNDEZ, M. Los criterios legales y jurisprudenciales..., ob. cit., p. 422. Sin embargo, a su juicio, los Tribunales «no establecen como deben ser valorados en concreto esos criterios, esto es, no explicita el sentido que debe guiar dicha valoración».

⁷⁷ BESIO HERNÁNDEZ, M. Los criterios legales y jurisprudenciales..., ob. cit., p. 425.

ponderación)»⁷⁸. Este último modo de proceder de los Tribunales es criticado, con acierto, por Besio Hernandez, proponiendo que las circunstancias personales del delincuente se valoren siempre a favor del reo y, por tanto, que no se utilicen «estos parámetros para aumentar la cuantía de la pena, esto es, se maneje en perjuicio del reo»⁷⁹.

Por consiguiente, pese a que la ley exige 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». Sin embargo, un sistema de individualización de la pena que mire más al hecho realizado que a la persona sobre la que va a recaer, supone reconocer, en buena medida, que la pena es «ciega»⁸⁰ respecto de los fines preventivos clásicos. A lo mejor esto debe ser así porque hemos dejado de creer en los fines preventivos clásicos. Pero lo que no es lícito es admitir que la pena debe ser «ciega» porque, aunque seguimos creyendo en los fines preventivos clásicos de la pena, los consideramos inalcanzables debido a que desconocemos totalmente al ser humano que está ahí, sentado en el banquillo de los acusados, esperando a que le individualicemos la pena. Y es que, en efecto, no

⁷⁸ BESIO HERNÁNDEZ, M. Los criterios legales y jurisprudenciales..., ob. cit., ps. 428 y 429. Este autor señala un grupo de sentencias donde se observa con claridad que del hecho concreto realizado el Tribunal deduce un pronóstico de peligrosidad criminal deducido de la especial forma de ejecutarlo, por ejemplo, por tener el autor una especial personalidad más reprochable al tener una actitud incívica (STS 185/2008 3 de abril) o por el modo particularmente insidioso y reprochable de operar, pues desencadenó la estrategia criminal más idónea para asegurar, al mismo tiempo, la mayor exposición de la víctima y el máximo de autoprotección (STS 256/2008 de 14 de mayo).

⁷⁹ BESIO HERNÁNDEZ, M. Los criterios legales y jurisprudenciales..., ob. cit., p. 423. La valoración de este criterio, como indica este autor, es *esencialmente subjetivo, que dependerá inevitablemente de la subjetividad del intérprete. Además, «se trata de aspectos que no guardan relación ninguna con el hecho ejecutado —lo único que el Derecho Penal pretende prevenir y puede lícitamente prohibir— y en buena medida de circunstancias que no controla ni dependen directamente de éste».*

⁸⁰ En este sentido, ya Von Liszt hizo referencia a que la pena es ciega: «La pena es originariamente, o sea, en aquellas formas primitivas que se pueden reconocer en los comienzos de la historia de la cultura humana, una reacción de la sociedad frente a perturbaciones externas de las condiciones de vida, tanto del individuo como del grupo de individuos, ciega, instintiva y no intencional ni determinada por la representación de un fin». V. LISZT, F. La idea de fin en el Derecho Penal. Reimpresión de Primera edición ÉDEVAL; Valparaíso (Chile): 1984. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 1994, p. 63

conocer nada del individuo al que le vamos a aplicar la pena impide totalmente que se la individualicemos «a su medida».

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 permitan valorar el hecho y las circunstancias del delincuente. Evidentemente, este proceso no puede convertirse en una operación matemática, porque siempre existirá un margen de discrecionalidad para que el juez adapte la pena al caso concreto.

4. Una posible propuesta de lege ferenda

Finalmente, y como última reflexión, entiendo que sería necesario que los criterios para proceder a la individualización judicial de la pena, gravedad del hecho y circunstancias personales del delincuente, se ubiquen correctamente en el Código Penal. El Juez, como ya se ha indicado, acude, por analogía, a las pautas que establece el artículo 66.1, 6.º CP, pero sería más adecuado que existiera un precepto específico que abordara esta cuestión y que aportara expresamente esos criterios concretos para guiar al Juez en esta importante labor. En este sentido, para corregir esta carencia, propongo una posible solución que podría venir de eliminar la expresión del párrafo 5.º del artículo 66.1.º relativa «a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho» y trasladarla al actual artículo 72 CP, aunque con esta nueva redacción:

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 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.

Esta propuesta, 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. Además, con la incorporación del apartado tercero se concreta el límite de la pena en la culpabilidad del autor por el hecho y se atendería al mandato constitucional del artículo 25, 2.º, que establece que «las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social».

IV. Bibliografía

- AGUADO CORREA, T. El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal. Edersa. 2006.
- BRUNS, H. J. Das recht der Strafzumessung 2. neubearbeitete und erweiterte, 2.^a ed., Carl Heymanns, 1985.
- DEMETRIO CRESPO, E. Prevención general e individualización de la pena. Ediciones Universidad de Salamanca. 1999.
- DEMETRIO CRESPO, E. Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin, Lima: Grijley, 2008.
- DREHER, E. «Die erste Arbeitstagung der Grossen Strafrechskommission» Strafzweck und Strafzumessung. ZStrW, n. 66, 1954.
- DREHER, E. «Zur Spielraumtheorie als der Grundlage der Strafzumessungslehre des Bundesgerichtshofes» en J. Z. 1967.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. «individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena». InDret Revista para el análisis del Derecho. n.º 1. 2007.
- 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». Ius et praxis n.º 14-2 2008.
- HASSEMER, W. «Crisis y características del moderno Derecho Penal» AP. N. 43. 1993.
- HEINITZ, E. «Strafzumessung und Schuldgrundsatz» en J. Z., n.º 5/6 1958.
- HÖRNLE, T. Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania, Ed, Fabian J. de Placido. 2003.

- JAKOBS, G Schuld und Prävention. J. B. C. Mohr. 1976. Pág.
- JAKOBS, G. «Sobre la teoría de la pena». Cuadernos de conferencias y artículos n. 16 (traducción. Manuel Cancio Melia). Universidad de Externado de Colombia. 1998.
- JAKOBS, G. Derecho Penal. Parte General. 2.^a ed. Marcial Pons. 2001.
- LAMARCAPÉREZ, C. El principio de proporcionalidad y el control constitucional de las leyes penales Colex. 2011.
- LANDROVE DÍAZ, G. Las consecuencias jurídicas del delito. Tecnos. 3.^a ed. 1984.
- LUZÓN PEÑA, D. M. «Prevención general, sociedad y psicoanálisis». Estudios penales. PPU. 1991p. 270.
- MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. La reincidencia. Tratamiento dogmático y alternativas político criminales. Comares. 1999.
- MATA BARRANCO, N. DE LA, El principio de proporcionalidad penal. Tirant lo Blanch 2007.
- MAURACH, R. GÖSSEL, K., ZIPF, H. Derecho penal. Parte General. Ed. Astrea.
- MIR PUIG, S. «Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva» Anuario de Derecho Penal, fas. I, tomo XXXIX. 1986.
- MILTON PERALTA, J. «Dogmática del hecho punible, Principio de igualdad y justificación de segmentos de pena» DOXA n. 31 (2008).
- QUINTERO OLIVARES, G. «Determinación de la pena y política criminal» CPC, n.º 4, 1978.
- QUINTERO OLIVARES, G. «Acto, resultado y proporcionalidad» ADPCP, T. XXXV, Fasc. II, Mayo-Agosto 1982, pp. 381-408.
- ROXIN, C. «sentido y límites de la pena estatal» en Problemas básicos del Derecho Penal. (Trad. Diego Manuel Luzón Peña) Ed. Reus. 1976.
- ROXIN, C. «Cambios en los fines de la teoría de la pena» en la Teoría del delito en la discusión actual, traducido por Manuel Abanto Vázquez. Ed. Grijley. 2007. p. 76.
- ROXIN, C. «El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. InDret octubre. 2012.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. La expansión del Derecho Penal. 2.^a ed. Civitas. 2001.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. «La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo InDret 2/2007.

- SCHMIDT, E. «kriminalpolitische und Strafrechtsdogmatische Probleme in der deutschen Strafrechtsreform» en StrW, n.º 69 1957.
- ZIPF, H. Die Strafmassrevision. C. H Beckische verlagsbuchhandlung. 1969.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. Franz von Liszt, la idea del fin en el Derecho penal, Comares, 1995.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. Fundamentos de Derecho Penal. Parte General. Zugaldía Espinar (director) Tirant lo Blanch.2010.

