

GONZALO J. BASSO

**DETERMINACIÓN JUDICIAL
DE LA PENA Y PROPORCIONALIDAD
CON EL HECHO**

Prólogo de
Manuel Cancio Meliá

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2019

ÍNDICE

	Pág.
PRÓLOGO	17
NOTA PRELIMINAR	23
ABREVIATURAS	25
INTRODUCCIÓN	27
CUESTIONES PRELIMINARES	31
I. DELIMITACIONES CONCEPTUALES	31
II. ALCANCES DE LA INVESTIGACIÓN	40
III. RELEVANCIA DEL OBJETO DE ESTUDIO	43
IV. DENOMINACIONES	47

PRIMERA PARTE

SISTEMAS JURÍDICO-PENALES Y ENFOQUES TEÓRICOS DE DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

CAPÍTULO I. LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN SISTEMAS DE DERECHO PENAL CONTINENTAL, INTERNA- CIONAL Y ANGLOSAJÓN	55
I. PRECEPTOS REGULADORES DE LA DETERMINACIÓN JU- DICIAL DE LA PENA EN SISTEMAS DE DERECHO PENAL CONTINENTAL Y EN EL ESTATUTO DE ROMA DE LA CPI...	55
II. LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN SISTE- MAS DE DERECHO PENAL ANGLOSAJÓN	61

	Pág.
1. Los sistemas de pena indeterminada	62
2. Los sistemas de pena determinada	64
<i>a)</i> Los sistemas con directrices numéricas	65
<i>b)</i> Los sistemas de pena determinada sustentados en principios.....	69
III. TENDENCIAS POLÍTICO-CRIMINALES EN EL CAMPO DE LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA	71
1. La vaguedad y la inconsistencia de los criterios legales y estatutarios de medición judicial de la pena	71
2. La vigencia creciente del principio de legalidad en el ámbito de la medición judicial de la pena.....	74
3. La aplicación de penas moderadas como tendencia general en la atribución judicial del castigo	76
4. La consolidación de criterios ajenos al injusto culpable.....	79
IV. IDENTIFICACIÓN DE CUESTIONES REQUERIDAS DE ULTERIOR PROFUNDIZACIÓN DOGMÁTICA	79
 CAPÍTULO II. ENFOQUES TEÓRICOS DE DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA.....	 81
I. LA TEORÍA ALEMANA DEL MARGEN DE LIBERTAD Y EL ENFOQUE NORTEAMERICANO DEL RETRIBUCIONISMO LIMITADOR	82
1. La teoría alemana del margen de libertad	83
<i>a)</i> El reconocimiento de un margen sustancial de valoración al juzgador	87
<i>b)</i> La inexistencia de una única pena adecuada a la culpabilidad	89
<i>c)</i> La relevancia directa de la culpabilidad y la prevención en la cuantificación del castigo: su valoración en etapas sucesivas.....	90
<i>d)</i> La prohibición de imposición de penas fuera de los límites (mínimo y máximo) fijados por la culpabilidad	91
2. La teoría norteamericana del retribucionismo limitador.....	93
<i>a)</i> La relevancia del principio de parsimonia y la orientación hacia la minimización de la aplicación del castigo	98
<i>b)</i> La equiparación entre marco penal legal y marco del merecimiento	99
<i>c)</i> El reconocimiento expreso de la incertidumbre científica respecto a los efectos preventivos de la pena	99
<i>d)</i> La defensa abierta de la aplicación de penas desiguales en tanto no se rebasen los límites del marco legal de penas.....	100

	Pág.
3. Valoración conjunta de los enfoques presentados	103
<i>a)</i> El reconocimiento de un margen sustancial de valoración...	103
<i>b)</i> La problemática de la imprecisión del concepto de culpabilidad.....	106
<i>c)</i> La relevancia directa de la culpabilidad y la prevención en la cuantificación judicial del castigo y su valoración en etapas sucesivas	112
<i>d)</i> El control judicial de las decisiones cuantificadoras de pena	121
<i>e)</i> Sobre la prohibición de imposición de penas fuera de los límites fijados por la culpabilidad.....	125
<i>f)</i> Sobre la relevancia del principio de parsimonia.....	125
II. LA TEORÍA DE LA PENA PUNTUAL	126
1. Planteamiento.....	126
<i>a)</i> La existencia objetiva de una pena puntual adecuada a la culpabilidad.....	127
<i>b)</i> La exclusión de la valoración de aspectos preventivos.....	128
<i>c)</i> La adhesión al principio bilateral de culpabilidad.....	129
2. Valoración.....	131
<i>a)</i> La incorrección del punto de partida: la inexistencia de una pena puntual y el rechazo de la retribución	131
<i>b)</i> La teoría de la pena puntual conduciría a un inmovilismo político-criminal.....	132
<i>c)</i> Las similitudes de las teorías del margen de libertad y de la pena puntual.....	134
<i>d)</i> La crítica de la incompatibilidad con el Derecho positivo...	135
<i>e)</i> La adhesión minoritaria a la <i>Punktstraftheorie</i> y su relevancia como precursora de las teorías de la proporcionalidad con el hecho.....	136
III. LA TEORÍA DEL ACTO DE CONFIGURACIÓN SOCIAL.....	137
1. Planteamiento.....	137
<i>a)</i> La imposición de una pena legal vinculada a la culpabilidad	137
<i>b)</i> El marco penal típico como escala de gravedad continua y la necesidad de que el juzgador configure la pena según las valoraciones del legislador	139
2. Valoración.....	143
<i>a)</i> La teoría de la configuración social como teoría de la pena puntual de carácter histórico	143
<i>b)</i> La imposición estatal de la pena como acto de atribución...	144
<i>c)</i> La excesiva deferencia al marco penal abstracto y a la penalidad máxima prevista en el mismo.....	145

	Pág.
IV. LA TEORÍA DE LOS DOS NIVELES.....	147
1. Planteamiento.....	147
<i>a)</i> La valoración del injusto culpable y la decisión sobre la determinación de la cuantía del castigo.....	148
<i>b)</i> La valoración de aspectos preventivos y las decisiones sobre la clase y la modalidad de pena aplicable	150
<i>c)</i> La segmentación en dos niveles de la valoración del injusto culpable y de los aspectos preventivos.....	152
2. Valoración.....	154
<i>a)</i> La coincidencia parcial con la teoría del margen de libertad.....	154
<i>b)</i> La segmentación estricta de la valoración de la culpabilidad y de la prevención en fases diversas de la determinación judicial de la pena	155
<i>c)</i> Sobre la inadmisibilidad de la prevención general en la determinación judicial de la pena en sentido estricto	156
<i>d)</i> Sobre los problemas empíricos vinculados con la prevención y la medición de la pena.....	156
<i>e)</i> La incompatibilidad del modelo gradual con el Derecho positivo alemán.....	158
V. LAS TEORÍAS DE LA PROHIBICIÓN DE DESBORDAMIENTO DE LA CULPABILIDAD Y EL ENFOQUE NORTEAMERICANO DEL RETRIBUCIONISMO LIMITADOR EXPANDIDO.	161
1. Las teorías de la prohibición de desbordamiento de la culpabilidad	162
<i>a)</i> La culpabilidad/proporcionalidad como límite máximo al castigo	164
<i>b)</i> La posibilidad de imponer penas inferiores a la culpabilidad y el respeto de exigencias mínimas de prevención general positiva	166
<i>c)</i> El enfoque prevalente o exclusivo hacia consideraciones preventivas especiales o generales.....	166
2. El modelo norteamericano expandido del retribucionismo limitador.....	196
<i>a)</i> El carácter asimétrico del modelo de Frase.....	196
<i>b)</i> La relevancia de la forma de implementación de los principios teóricos	199
<i>c)</i> La expansión del modelo del retribucionismo limitador.....	199
3. Valoración conjunta de los enfoques presentados	203
<i>a)</i> El concepto de culpabilidad y su función de límite máximo de punición.....	204

	Pág.
<i>b)</i> La categoría de la responsabilidad de Roxin y la separación tajante de culpabilidad y prevención.....	205
<i>c)</i> La función de fundamento y límite de la culpabilidad	206
<i>d)</i> La incompatibilidad de la pena preventiva inferior al límite mínimo de la culpabilidad con el párrafo 1.º, inciso 1.º del § 46 del StGB alemán	208
<i>e)</i> La prevención especial positiva entendida como maximización de la no desocialización como criterio exclusivo de cuantificación judicial de la pena.....	208
<i>f)</i> Recapitulación: acuerdos y discrepancias entre la teoría clásica del margen de libertad y su versión alternativa de prohibición de desbordamiento de la culpabilidad	217
 VI. LA TEORÍA DE LA RETRIBUCIÓN DE LA CULPABILIDAD POR EL HECHO Y LOS ENFOQUES SISTÉMICOS DE LA PROPORCIONALIDAD CON EL HECHO.....	 218
1. La teoría de la retribución de la culpabilidad por el hecho.....	218
<i>a)</i> La fundamentación retributiva pre-positiva del Derecho penal y de la determinación judicial de la pena	219
<i>b)</i> El rechazo de fines instrumentales de prevención	220
2. Los enfoques sistémicos de la proporcionalidad con el hecho....	222
<i>a)</i> La relevancia de la necesidad de pena: la orientación prospectiva de ratificación de la vigencia de la norma.....	222
<i>b)</i> La pena proporcional como respuesta a la contradicción con la norma y la necesidad de aproximar la determinación de la pena a la teoría del delito	224
<i>c)</i> El rechazo de la instrumentalización del sujeto	226
<i>d)</i> La relevancia de la prevención especial y la posible imposición de penas inferiores a la pena proporcional al injusto culpable	226
3. Valoración conjunta de los enfoques presentados	228
<i>a)</i> El supuesto carácter retributivo de los enfoques de la compensación de la culpabilidad por el hecho	228
<i>b)</i> Sobre la orientación de los enfoques de la compensación de la culpabilidad por el hecho al injusto	229
<i>c)</i> El fundamento común del Derecho penal y de la medición de la pena	230
<i>d)</i> Sobre la supuesta vulneración de la prohibición de doble valoración	231
<i>e)</i> La relevancia de lo intersubjetivo y de la posición de quien castiga	231
<i>f)</i> La necesidad de la imposición de un mal y la falta de orientación respecto a la determinación de la pena concreta.....	231

	Pág.
g) La diferencia entre los enfoques de la retribución jurídica y los enfoques comunicativos de la proporcionalidad.....	234
VII. LA TEORÍA DE LA PROPORCIONALIDAD POSITIVA CON EL HECHO	235
1. Planteamiento.....	235
a) La diferenciación entre fundamentación de la pena como institución y como acto particular	237
b) La aproximación a la teoría jurídica del delito	241
c) La distinción entre proporcionalidad cardinal y ordinal y la ordenación relativa de los delitos y las penas según su gravedad.....	244
d) La diversa función del tribunal de instancia y del tribunal de alzada en la determinación judicial de la pena.....	252
2. Valoración.....	252
a) El margen de atribución valorativa reconocido al juzgador...	252
b) Sobre el criterio del menoscabo de la calidad de vida de la víctima y sobre el criterio del merecimiento empírico.....	253
c) Sobre la inadmisión de consideraciones preventivas directas	254
d) La distinción entre penas privativas de libertad efectivas y condicionales.....	254
e) La orientación del caso normativo de referencia hacia el tipo delictivo.....	255
f) La adopción de un concepto expresivo de injusto y la implementación de una teoría material de la medición judicial de la pena	255
g) ¿Teoría de medición judicial de la pena o enfoque conceptual orientado a la elaboración legislativa de tipos? Sobre el papel marginal del juzgador en la configuración de los tipos y penas aplicables	256
b) La escasa atención brindada al concepto de proporcionalidad cardinal y la admisión excepcional de penas que exceden lo proporcional	258
i) La inconveniencia de distinguir entre determinación judicial de la pena en sentido estricto y construcción (judicial) del marco penal.....	258
j) El escaso tratamiento del ingreso a la escala penal (y de su segmentación)	259
k) La diferenciación respecto de la doctrina y jurisprudencia tradicionales de determinación judicial de la pena.....	259
VIII. IDENTIFICACIÓN DE CUESTIONES REQUERIDAS DE ULTERIOR PROFUNDIZACIÓN DOGMÁTICA E IDENTIFICACIÓN DE LINEAMIENTOS Y TENDENCIAS	261

SEGUNDA PARTE

**DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA
Y PROPORCIONALIDAD CON EL HECHO:
UN ENFOQUE ALTERNATIVO**

CAPÍTULO III. PUNTOS DE PARTIDA	271
I. EL CONCEPTO DE INJUSTO Y CULPABILIDAD: SU GRADUACIÓN.....	271
1. El concepto de injusto y su posibilidad de graduación (en sentido ascendente y en sentido descendente).....	272
2. El concepto de culpabilidad y su graduación (en sentido descendente)	274
3. Valoración.....	275
II. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ACTO DE ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL CASTIGO	277
1. La concepción de la medición judicial de la pena como acto discrecional y soberano del juzgador exento de toda posibilidad de control.....	278
2. La concepción de la medición judicial de la pena como acto discrecional sujeto a control judicial	279
3. La determinación judicial de la pena como acto híbrido de aplicación y de configuración de normas por parte del juzgador.....	282
III. LOS FINES DE LA PENA EN LA ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL CASTIGO	291
1. Las concepciones tradicionales y la relevancia directa de los fines de la pena en la mensuración judicial del castigo	292
2. Las concepciones contemporáneas y la supuesta irrelevancia de los fines de la pena en la mensuración judicial del castigo	293
3. El efecto reflejo de los fines de la pena en su graduación judicial.....	294
IV. LA ESTRUCTURACIÓN DE LA ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL CASTIGO ESTATAL	296
1. El énfasis en recorrer la escala penal legislativa	296
2. La diferenciación de operaciones de anclaje judicial de la pena individual en la escala legal	298
V. SINOPSIS	300

	Pág.
CAPÍTULO IV. PROPORCIONALIDAD CARDINAL Y PROPORCIONALIDAD ORDINAL EN LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA	301
I. UNA PENA EXACTA DETERMINADA POR APROXIMACIÓN	301
II. LA PROPORCIONALIDAD CARDINAL EN LA ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL CASTIGO	303
1. El concepto de proporcionalidad cardinal y su capacidad de rendimiento	303
2. La proporcionalidad cardinal y el deber de interpretación restrictiva de los alcances de la norma jurídico-penal	306
a) Consideraciones de tipo dogmático	309
b) Consideraciones de tipo procesal	315
c) Consideraciones de tipo constitucional	329
d) Consideraciones procedentes del Derecho penal internacional	334
e) Consideraciones derivadas de las teorías de la pena	340
III. LA PROPORCIONALIDAD ORDINAL EN LA ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL CASTIGO	344
1. El concepto de proporcionalidad ordinal y su capacidad de rendimiento	344
2. El primer punto de anclaje de la pena individual en la escala abstracta	349
a) La realización de un juicio de subsunción formal y la identificación de la penalidad mínima aplicable	349
b) El juicio de suficiente gravedad del hecho como complemento material indispensable del juicio de tipicidad formal	349
c) Conclusión sobre la primera operación de anclaje judicial de la pena	366
3. El segundo punto de anclaje de la pena individual en la escala abstracta	367
a) Sobre la escala abstracta a emplear	368
b) La valoración del menoscabo típico concurrente como criterio para recorrer el marco penal	378
c) La determinación de puntos discontinuos de castigo	379
d) Conclusión sobre la segunda operación de anclaje judicial de la pena	383
IV. SINOPSIS	383
CONCLUSIONES	387
BIBLIOGRAFÍA	393

PRÓLOGO

I

Tengo el gran honor y la gran satisfacción de acompañar con algunas líneas a la presente monografía. Su autor desarrolló los elementos esenciales de la investigación que ha dado lugar a este libro durante la elaboración de su tesis doctoral, cuya brillante defensa (a juicio de los integrantes del tribunal) se produjo en la Universidad Autónoma de Madrid.

El texto lleva a cabo una revisión de conjunto de la teoría de la medición de la pena, centrada en las últimas décadas y desarrollada respecto de las principales jurisdicciones de Occidente, proponiendo una reorientación de esta teoría con base en una fundamentación sistemática original.

Al abordar el análisis del estado de la cuestión, primero se constata la necesidad de actuación teórica, al comprobar que tanto los sistemas legales y su praxis como la doctrina desarrollada al respecto muestran notables niveles de vaguedad e imprecisión, que no han encontrado remedio en las construcciones teóricas que se han propuesto hasta el momento, generándose, así, un déficit en seguridad jurídica. Después de presentar de modo breve y orgánico las principales aportaciones teóricas, el estudio pasa a deconstruir sus elementos para resintetizarlos en el marco de las tendencias materiales en las que se enmarcan, describiendo con precisión cómo se ha producido en las últimas décadas un tránsito global en el área teórica, partiendo de la tradicional orientación en las teorías de la pena —esto es, del sentido del castigo estatal en general— como punto de partida determinante de la medición judicial de la pena concreta, hacia una perspectiva en la cual lo esencial está en la proporcionalidad de la pena a hallar con el hecho delictivo cometido. Esta reconstrucción del campo de discusión teórica —porque no se trata, desde luego, de una enumeración o reproducción de diversos puntos de vista, sino de una vigorosa transformación y reordenación de los elementos del debate habido y por llegar, esto es, más de un video de alta precisión que reconstruye los movimientos pasados y anticipa los futuros que de una fotografía de un estado de cosas— le permite al autor identificar no solo su evolución histórica y, con ello, también las líneas básicas de la evolución futura, sino también señalar áreas deficitarias en la construcción conceptual de los elementos de la determinación judicial de la pena, que

acaban concretándose en déficits de fundamentación y de motivación de la condena impuesta. Los elementos materiales esenciales de este state of the art que Basso destila de múltiples aportaciones individuales, inscritas en diversas «teorías» («retribucionismo limitador», «teoría del acto de configuración social», «teoría de la pena puntual», «teoría de los niveles», etc.), son, sobre todo, los siguientes: por un lado, como antes se decía, las teorías de la pena siguen siendo el marco de referencia más común para la construcción de la determinación de la pena, pero se constata que las aportaciones de las últimas décadas ponen ahora el acento en la proporcionalidad con el hecho —en términos de injusto, y no de culpabilidad—, promoviendo así una mayor proximidad de la medición judicial de la pena con las estructuras de la teoría jurídica del delito. Por otro lado, esta evolución se produce en un marco en el que se ha transitado de la pretensión de la obtención de efectos instrumentales concretos y constatables de la ejecución de la pena a perspectivas de carácter más normativo, asumiendo también la complejidad del proceso de determinación de la pena, no como mero acto de subsunción por parte de la bouche qui prononce les paroles de la loi, como proceso para «hallar» la pena concreta que resulta ser la única aceptable, hacia una comprensión que lo identifica como un proceso de valoración, de construcción normativa por parte del juez o tribunal encargado de la determinación de la pena. Este proceso complejo, de acuerdo con la doctrina de los últimos años, no funciona del mismo modo en todos los segmentos del marco penal, sino que presenta prevalencia de los criterios preventivos en los segmentos inferiores, mientras que los elementos retributivos adquieren relevancia como límite a la pena preventiva, en los segmentos de extensión máxima.

Como no puede ser de otro modo —como recuerda Jakobs al concluir el prólogo a su tratado, las ideas propias solo pueden surgir en confrontación con las teorías de otros—, Basso acaba encontrando su espacio en la discusión actual partiendo de la convicción de que la determinación de la pena es, ante todo, concreción del contenido de lesividad del hecho cometido, esto es, de una de las líneas de pensamiento que mayor adhesión han encontrado en la época actual. Sin embargo, en la construcción de su propia propuesta, Basso no se limita —como, lamentablemente, sucede tan a menudo entre nosotros— a adherirse (como a un club de fútbol) a una determinada posición teórica, o a importar (sin adaptación, con el producto precintado desde sus lugares de producción en el hemisferio norte) a la disciplina en castellano dispositivos teóricos desarrollados en otros contextos de discusión. Por el contrario, el autor del presente libro adopta determinados elementos teóricos que somete a un ulterior desarrollo e integra en una propuesta de conjunto, para la cual parte de tres premisas generales: primero, que la teoría del delito debe ser comprendida siempre no exclusivamente como análisis de una conducta individual, sino como sistema social que es, por lo que la medición de la pena no solo depende de elementos pertenecientes al hecho concreto a enjuiciar, sino también de elementos sistemáticos generales del proceso de imputación. Segundo, que la

medición de la pena no es solo un proceso de subsunción, sino, cumpliendo una función híbrida, también configura la norma, más allá de «aplicarla». Tercero, inscrito en su época: ha de restringirse la influencia directa de argumentos extraídos de la discusión de los fines de la pena —Basso propone una «incidencia refleja»— para examinar, en cambio, de modo primario la proporcionalidad entre pena y hecho.

Partiendo de estas bases, el autor pasa a la formulación de su tesis (no está de más recordar que, habiendo muchas tesis doctorales sin tesis, en este trabajo, todo el material y toda la erudición presentados no son nunca mero alarde, sino siempre necesarios para la construcción de la tesis que el libro defiende), para la cual elige como punto de partida la distinción, originada en el ámbito anglosajón, entre proporcionalidad cardinal y ordinal, esto es, general del sistema y específica de las relaciones entre la gravedad de diversos hechos. Sin embargo, fiel a su línea de trabajo de aprehender críticamente las aportaciones doctrinales previas, en lugar de usarlas, sin transformarlas, como meros argumentos de autoridad, Basso introduce una nueva perspectiva en la diferenciación que modifica toda la impronta de la teoría. Mientras que, en su desarrollo original, la proporcionalidad cardinal es una especie de presupuesto de la medición de la pena, que tiene lugar en el marco del análisis relativo de la proporcionalidad ordinal, en esta monografía se plantea que hay elementos de la proporcionalidad cardinal que deben convertirse en puntos de referencia esenciales dentro de la medición de la pena. Este libro abre así la puerta a un «sistema de fuentes» para la medición de la pena mucho más complejo y matizado, en el que pueden y deben tenerse en consideración elementos provenientes de la dogmática, el proceso penal, el Derecho penal internacional o del Derecho constitucional, junto con los que se infieren de las teorías de la pena. De todos estos inputs, Basso destila un deber de interpretación restrictiva respecto de ambas clases de normas penales, primaria de conducta y secundaria de sanción. En el plano de la proporcionalidad ordinal, reconstruye la concepción original de von Hirsch —recordando el contexto tan diverso al actual en el que surgieron, como reacción al sistema de penas indeterminadas propio del Derecho penal estadounidense antes de la década de 1970— y propone —con la modestia que le caracteriza— una serie de «matizaciones» a la construcción original que le dan, sin embargo, una orientación muy diversa: frente a la aproximación habitual de centrarse en el recorrido del marco legal previsto (¿qué gravedad relativa?), a juicio del autor de este libro, es necesario un primer juicio ordinal para determinar si siquiera se cumple el elenco diseñado por el tipo en cuestión, esto es, un primer juicio que debe determinar si procede siquiera el ingreso en el punto mínimo del marco legal. De este modo, la propuesta de la monografía implica —como lo exige el esprit du temps en este campo— una profundización de la conexión entre medición de la pena y teoría jurídica del delito, estableciendo concretamente un puente sólido entre la teoría de la imputación objetiva y la determinación judicial de la pena.

Es evidente —como subraya el propio autor— que este acoplamiento estructural entre teoría del delito y de la medición de la pena es especialmente importante hoy: con independencia del sistema legal de determinación de la pena en cada ordenamiento (generando un espacio más o menos amplio para la discrecionalidad judicial), la legislación penal en Occidente en la actualidad, propia del populismo punitivo y de un proceso de producción normativa diletante, con múltiples infracciones en el estadio previo a lesiones, o referidos a bienes colectivos extremadamente vagos, genera tipos muy vaporosos en los que las diferenciaciones básicas del sistema de imputación penal (entre preparación, tentativa y consumación; entre acto neutral, participación y autoría) pierden sentido. De este modo, es frecuente que el precepto aprehenda en un mismo marco penal realidades muy distintas en su gravedad. Ante este panorama, alcanzar mayor claridad, complejidad y fundamentación de la determinación de la pena se convierte en una parte imprescindible de lo que debe ofrecer la dogmática penal de nuestros días.

II

No hace falta profundizar más allá del breve esbozo anterior en la propuesta que construye Gonzalo Basso para disponer de elementos que permitan caracterizar a esta monografía. Presenta muchas cualidades que la convierten en un gran estudio de Derecho penal, incluida la más importante: ser necesario, poder generar efectos concretos en su aplicación a la realidad judicial. Aquí solo mencionaré otras dos.

En primer lugar, se trata de una investigación cuyo tema la convierte en el panorama actual en un fenómeno minoritario, tendiendo a ser excepcional: una investigación sobre los fundamentos del sistema penal, de las bases de la construcción dogmática; se trata, como sabemos todos, de un tema muy amplio y profundo, de intensas implicaciones sistemáticas. Llama la atención, desde luego, que un investigador que se inicia en la carrera académica (el tema lo eligió Gonzalo de modo autónomo) opte por un modo de trabajo tan poco instrumental, tan poco «rentable» en términos de «progreso» formal en la carrera. En efecto, nos encontramos en un momento en el que el «diseño de carrera» parece requerir otro tipo de perfil de investigación, hasta el punto de que escuché hace unos días a un colega alemán, particularmente pesimista, decir que si un penalista alcanza hoy una plaza permanente en una Universidad de aquel país, si ha trabajado en dogmática, será «a pesar» de estos trabajos, no «por» ellos, dada la «provincialización», del «retroceso» que cabe constatar, a su juicio, en la ciencia del Derecho penal alemana. En este ámbito, desde luego hay que partir, por un lado, del respeto a las necesidades de las nuevas generaciones de universitarios españoles constreñidas por un panorama de desidia completa del poder público hacia la Universidad pública (sobre todo, un desangramiento presupuestario que llega a poner en cuestión la continuidad de la institución),

y, en particular, en ese marco, respeto a la urgencia de construir en muy poco tiempo una «voz» o un «perfil» reconocibles propios para sobrevivir al overkill burocrático-evaluador-acreditador. Por otra parte, hay que partir del reconocimiento, desde luego, de que la teoría jurídica del delito no es lo único que hay en la vida del penalista y que los temas varían, como siempre, al ser el Derecho un sistema social sometido al cambio histórico: dedicarse a los gender studies en materia criminal, al Derecho penal internacional o al Derecho penal europeo no es de peor condición que abordar la teoría del error. Aún así, el marco del que disfrutaba mi generación era más adecuado para generar estudiosos del Derecho: durante los primeros años, básicamente se nos «dejaba en paz», esperando el sistema que en ese periodo se trabajara autónoma y autorresponsablemente en nuestra pieza inicial, y al mismo tiempo se procurara una formación básica en la disciplina. Frente a esta situación, y teniendo en cuenta las circunstancias antes aludidas, lo cierto es que la diversificación de temas —privilegiando aquellos que están de moda—, la apertura metódica frente a la exclusividad del trabajo dogmático, y la necesidad de producir sí o sí (haya tesis o no) ante las demandas de las aplicaciones informáticas de acreditación, pueden generar un tipo de investigador cuyo campo de trabajo es desde el principio demasiado limitado, hasta llegar a lo que el lenguaje popular alemán llama Fachidiot, esto es, experto idiota o idiota experto. Aquí Gonzalo Basso ha nadado contra la corriente. Una tesis menos ambiciosa que esta, más modesta y más perfilada a algún tema que sea «relevante» a efectos de financiación, pierde fuerza expresiva en cuanto carta de presentación en la disciplina. Este libro, en cambio, revela una amplia y profunda formación en toda la materia que conforma los elementos esenciales de los estudios de Derecho penal. Quien lo lea sabrá que ha llegado una nueva voz a nuestra disciplina. El esfuerzo ha merecido la pena.

En segundo lugar, y a pesar de haber elegido un tema dogmático de solera, y con profundas implicaciones sistemáticas, Basso lo aborda como corresponde a un miembro (avisado) de su generación: con una perspectiva muy diversa a la que aún existía hace unos pocos años, una perspectiva mucho más rica que el mero proceso de recepción de doctrinas alemanas que entonces era lo más habitual. Este libro ha sido escrito en una compleja época de transición, en la que los elementos a tener en cuenta son muchos más que los escritos de los maestros alemanes, hasta el punto de que la construcción propia desarrollada en él tiene una de sus bases de partida centrales, como antes se ha indicado, en una construcción de von Hirsch, un autor que representa en su obra (y en su biografía académica) como pocos los puntos de unión entre los círculos angloamericano y continental. La perspectiva bibliográfica que adopta Basso, en consecuencia, es la que hoy corresponde: se buscan las ideas en obras europeas y americanas, escritas en castellano, inglés, alemán, italiano y portugués — se trata de los inicios de un futuro discurso penal (occidental) verdaderamente internacionalizado.

III

Este libro refleja la personalidad de su autor en múltiples sentidos. Se trata de alguien que siempre argumenta con completa humildad (a veces, para quien escribe esto, demasiada). El autor está acostumbrado a usar el lenguaje con mucha precisión, huyendo siempre de la confusión terminológica en un área de alto nivel de abstracción. Se trata de un investigador mestizo, globalizado: habiendo estudiado la licenciatura en la Universidad Nacional de Córdoba, ha manejado desde el principio el inglés como herramienta de estudio y de docencia (de hecho, ha llegado a explicar Derecho penal continental europeo en inglés en una Universidad china). Aprendió alemán e italiano para poder leer las imprescindibles obras que existen en estos idiomas. Tiene, en general, un alto sentido de la responsabilidad y del deber profesionales. Más allá de estos rasgos, que se proyectan en el libro, hay otras características que no se pueden percibir solo con un texto de investigación, que quien esto firma ha constatado en estos años y que son esenciales para el trabajo en la Universidad: amabilidad erga omnes, incluyendo la necesaria dedicación a los estudiantes, y un compañerismo que todos los que trabajan con él atestiguan.

Siempre he pensado que la suerte es un factor esencial en la vida. En mi carrera académica, fui muy afortunado cuando diversas casualidades (y algunas personas que me querían bien) llevaron a que mis maestros, el español, Agustín Jorge Barreiro, y el alemán, Günther Jakobs, fueran lo mejor que me pudiera pasar en aquel momento inicial. Veinte años más tarde volví a tener mucha suerte cuando Gonzalo me eligió a mí para que dirigiera su tesis doctoral (aunque, como cualquiera que nos conozca puede apreciar, no hubo tal «dirección», sino una suerte de acompañamiento). Nunca me ha hecho pasar noches en vela por mala digestión infantil u otros problemas de crecimiento. Solo me ha dado alegrías, como la que me embarga al tener el honor de presentar a la disciplina esta monografía y a su autor.

Braña/Veiga de Logares, A Fonsagrada (Lugo), verano de 2019.

Manuel CANCIO MELIÁ

NOTA PRELIMINAR

La obra contiene una versión revisada del texto de la tesis doctoral que defendí en la Universidad Autónoma de Madrid el 30 de junio de 2017, bajo el título «Lo general y lo particular en la atribución judicial del castigo estatal. Un estudio sobre el anclaje de la pena concreta en la escala abstracta con sustento en la distinción entre proporcionalidad cardinal y ordinal». La tesis recibió por unanimidad la calificación de sobresaliente *cum laude* y la mención internacional de doctorado por parte del tribunal evaluador, que se integró con los Profs. Dres. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Enrique Peñaranda Ramos, Eduardo Demetrio Crespo, Patricia S. Ziffer y Francesco Viganò. Agradezco especialmente a los miembros del tribunal por su disponibilidad para formar parte del mismo y por sus valiosas observaciones —que he procurado tener en cuenta al revisar el manuscrito original de cara a su publicación—.

Mi gratitud también para con los Profs. Dres. Luis Chiesa, Francesco Viganò, Georg Freund y Tatjana Hörnle —por su cálida recepción y por su disponibilidad para el diálogo científico en el marco de las estancias de investigación que pude realizar bajo su supervisión en Estados Unidos, Italia y Alemania—, Yesid Reyes Alvarado y Anneke Petzsche —quienes informaron favorablemente la tesis para la adjudicación de la mención internacional de doctorado—, y Fabián I. Balcarce —mi maestro argentino de la Universidad Nacional de Córdoba y con quien, por su inesperada partida, lamentablemente no podré compartir los resultados de mi investigación—.

Con todos mis compañeros penalistas de la UAM tengo una deuda de gratitud que trasciende lo profesional y que difícilmente pueda saldar, en tanto no ha dejado de crecer exponencialmente desde que he tenido la suerte de incorporarme al Área de Derecho Penal y de beneficiarme diariamente de un aprendizaje constante de todos ellos que se prolonga desde hace ya más de ocho años.

A mi director de tesis, el Prof. Dr. Manuel Cancio Meliá, nunca podré agradecer lo suficiente la confianza que deposita continuamente en mi persona y en mi trabajo y el que haya aceptado supervisar mi arriesgado emprendimiento doctoral sobre determinación judicial de la pena. La preocupación constante del Prof. Dr. Agustín Jorge Barreiro en la buena marcha de

mi investigación y en que viera la luz adecuadamente merecen también un especial agradecimiento.

Por su apoyo en lo académico y en lo personal y por estar siempre presentes para cuanto pudiera necesitar, agradezco muy especialmente a mis queridos colegas Laura Pozuelo, Mario Maraver, Daniel Rodríguez Horcajo, Camila Correa, Mariona Llobet, Leopoldo Puente, Marta Pantaleón y Ana Garrocho.

Los sacrificios personales que me requirió la realización de la tesis doctoral no habrían sido posibles de asumir sin la comprensión y la ayuda de mis padres y de mi hermana Gisela, a quienes agradezco infinitamente su afecto constante y su presencia incondicional durante todos estos años.

A Gustavo y a Rosa les manifiesto mi especial gratitud por la calidez con que me recibieron y por estar siempre dispuestos a escucharme y a apoyarme.

Mi mayor y último agradecimiento va hacia ti, Candela. Nadie más que tú es consciente del esfuerzo que la realización de la tesis me ha supuesto; tu entrega, tu paciencia y tu cariño me han permitido concluir esta travesía de la mejor manera posible.

INTRODUCCIÓN

En el campo de la aplicación del Derecho se reconocen importantes atribuciones valorativas de interpretación al juzgador. Sin embargo, no resulta sencillo precisar en qué consisten dichas atribuciones, ni cuáles deben ser sus implicaciones concretas. Partiendo de la base de que a los órganos judiciales corresponde una función que no puede reducirse a la realización de puros juicios mecánicos de subsunción de hechos en preceptos penales previamente establecidos, la presente investigación propone una forma de entender los alcances que cabe asignar a las atribuciones interpretativas del juzgador en el campo de la determinación de la pena.

El contexto político-criminal contemporáneo del mundo occidental se ha venido caracterizando desde hace décadas por el endurecimiento —cualitativo y cuantitativo— de la *legislación* penal. Dentro de dicho contexto —en el que la posibilidad de que las normas reguladoras del *ius puniendi* estatal se elaboren con mayor reflexión y sosiego parece cada vez más lejana—, quizá la alternativa más idónea para introducir racionalidad en el campo del Derecho penal deba buscarse en el terreno de su aplicación judicial, es decir, por derroteros que exceden el ámbito de la discusión y creación estrictamente *parlamentaria* de la ley penal.

En la presente investigación, en consonancia con lo recién esbozado, se formula un modelo conceptual orientado a guiar y estructurar la actividad del juzgador en el campo de la imposición del castigo estatal. *Dicho modelo se circunscribe primordialmente al ámbito de la determinación judicial de la pena en sentido estricto en supuestos de unidad delictiva.*

A fin de profundizar dicha delimitación del objeto de estudio se deben efectuar, no obstante, ciertas precisiones. Por un lado, aun cuando el trabajo se centre en la tradicionalmente denominada *determinación judicial de la pena en sentido estricto*, se formularán algunas observaciones sobre la *determinación constitucional, legal, administrativa y gubernativa del castigo*, así como también sobre la determinación de la clase de pena a aplicar y sobre su ejecución efectiva o su suspensión —esto es, sobre la llamada *determinación judicial de la pena en sentido amplio*—. Ello en tanto se considera que el complejo fenómeno del castigo estatal debe ser explicado en función de las interrelaciones existentes entre las diversas fases por las que se debe transi-

tar hasta arribar a la configuración de la pena final. Por otro lado, si bien la investigación se centra en la determinación judicial de la pena en *supuestos de unidad delictiva*, se efectuarán referencias sobre las implicaciones que en ella pueda tener la previsión general de institutos jurídicos para *supuestos concursales*.

Los órganos judiciales ostentan —en mayor o en menor medida— márgenes de valoración tanto de la *gravedad del delito* como de la *medida de pena* a imponer. Las tareas de *concretar* la gravedad del hecho delictivo perpetrado y de *determinar* la cuantía final *exacta* de castigo se contemplan como cometidos judiciales en todos los sistemas occidentales y también en el Derecho penal internacional. Los márgenes de valoración *judicial* en el ámbito de la *concreción de la gravedad del delito* se vinculan con la necesidad de determinar la *intensidad típica* de la configuración fáctica del hecho —de entre las infinitas alternativas posibles— que resulta subsumible en el tipo penal. La atribución *judicial* de *determinar la específica medida de pena*, por su parte, se asocia con la existencia de marcos penales abstractos y con la identificación de la cuantía de punición que se corresponda con la gravedad del delito objeto de enjuiciamiento.

La investigación pretende erigirse en una contribución conceptual con independencia de su compatibilidad con un sistema de Derecho positivo concreto o de la actuación específica llevada a cabo efectivamente por los órganos judiciales. No obstante, el trabajo contiene breves referencias a regulaciones de determinación judicial de la pena vigentes en diversos países y a tendencias existentes en la materia. La inclusión de dichas referencias obedece a que permite una primera aproximación a la temática y a que facilita la identificación de las problemáticas más necesitadas de profundización dogmática. Sin perjuicio de ello, la posible utilidad del estudio desde una perspectiva de *lege lata* o *sententia lata* ostenta un carácter secundario.

La investigación comienza con el planteamiento de ciertas cuestiones preliminares y se estructura, seguidamente, en dos partes. En las cuestiones preliminares se delimita lo que debe entenderse por determinación de la pena y el alcance mismo de la investigación; además, se hace referencia allí a la relevancia práctica de la temática y se indican las principales denominaciones empleadas para referirse a la materia en el Derecho comparado¹.

La primera parte de la investigación se dedica al planteamiento del estado de la cuestión en el terreno de la determinación de la pena, que se desarrolla en dos capítulos. Dicho planteamiento se inicia con un capítulo destinado a identificar los principales preceptos penales que regulan la

¹ El trabajo incluye numerosas referencias que se encuentran en inglés, italiano, alemán y portugués. Las traducciones de dichas referencias han sido efectuadas mayoritariamente por el autor. En los casos en que se haya utilizado una traducción no propia o una obra traducida, así se hará constar —normalmente, indicando los datos de la traducción en la bibliografía final—.

determinación judicial del castigo en diversos ordenamientos jurídicos y a explicitar las tendencias normativas y jurisprudenciales existentes en dicho campo². El segundo capítulo contiene una sistematización y examen de los enfoques teóricos que han sido elaborados con la pretensión de estructurar y fundamentar la forma en que los juzgadores deberían precisar la cuantía específica del castigo imponible³.

La parte segunda de la investigación contiene una propuesta de teoría alternativa de determinación judicial de la pena y consta también de dos capítulos. En el primero de ellos se establecen ciertas bases conceptuales⁴. Seguidamente, se procede al desarrollo del enfoque —sustentado en dichas bases conceptuales— y se defiende que la configuración de la *pena final* debe surgir de la toma en consideración de exigencias tanto de *proporcionalidad cardinal* como de *proporcionalidad ordinal*; como aspecto central, se propone también diferenciar entre *un primer y un segundo punto de anclaje judicial de la pena estatal en la escala legal*, vinculándose el primero a la operación valorativa consistente en *ingresar* al marco abstracto y el segundo a la operación valorativa orientada a *recorrer* dicho marco en la extensión que se estime legítima —ambas cuestiones constituirían aspectos inherentes primordialmente a la categoría de *proporcionalidad ordinal*—⁵.

² Primera Parte, Capítulo I.

³ Primera Parte, Capítulo II.

⁴ Segunda Parte, Capítulo III.

⁵ Segunda Parte, Capítulo IV.

CUESTIONES PRELIMINARES

I. DELIMITACIONES CONCEPTUALES

La determinación de la pena ha sido definida en términos generales por Mir Puig como «la fijación de la pena que corresponde al delito»¹. Más específicamente respecto a la dimensión judicial de la cuantificación del castigo, afirma Silva Sánchez que «el acto de determinación judicial de la pena se configura esencialmente como aquel 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»²; Ziffer señala que se trata del «acto por el cual el juez pondera la infracción a la norma y la transforma en una medida de pena determinada [...] [siendo la] magnitud de la pena siempre expresión de la ponderación del ilícito culpable»³.

La determinación judicial de la pena constituye un proceso de valoración cualitativa y cuantitativa del hecho delictivo y de la pena aplicable que se debe efectuar de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales y que debe manifestarse, en última instancia, en la imposición de la medida de pena final exacta que corresponda atribuir como consecuencia jurídica de la comisión de una acción típica, antijurídica y culpable normativamente relevante⁴.

¹ MIR PUIG, *PG*¹⁰, 2015, p. 758.

² SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, 2/2007, p. 5.

³ ZIFFER, en MAIER (comp.), *Determinación*, 1993, p. 91.

⁴ Sobre la existencia de valoraciones de tipo cualitativo y cuantitativo en la determinación judicial de la pena, véanse KÖHLER, *AT*, 1997, p. 578; DEMETRIO CRESPO, *Prevención general*, 1999, pp. 42-44; ZIFFER, *Lineamientos*², 1999, pp. 23 y 93; BESIO HERNÁNDEZ, *Criterios*, 2011, pp. 33-35, 42-43 y conc. (para quien lo cualitativo de la determinación judicial se vincula con todas las operaciones valorativas conducentes a la depuración del marco penal abstracto y a la construcción judicial del marco penal concretamente aplicable —incluyendo allí también las decisiones respecto a penas alternativas y potestativas y lo referido a la suspensión o ejecución de la pena—, mientras que lo cuantitativo se reduce a la decisión sobre la medida exacta de pena aplicable a decidir dentro de dicho marco penal concreto); MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*³, 2015, pp. 573-574 (quienes distinguen entre determinación cualitativa —operaciones de construcción judicial del marco penal a emplear, para lo cual se deben seguir estrictamente las reglas legales de aplicación de la pena vinculadas con el aumento o la disminución en grado en supuestos de tentativa, de complicidad, de concurrencia de eximentes incompletas o de fundamentos muy cualificados de atenuación o agravación; también pertenece al ámbito de lo cualitativo la fijación de la clase de pena a imponer exis-

El establecimiento de la pena en sede judicial se concibe de forma unánime en la doctrina como un proceso complejo⁵ en el que no resulta sencillo identificar los criterios materiales que los operadores jurídicos intervinientes⁶ deben aplicar. Tampoco existe mayor acuerdo respecto a los pasos en

tiendo penas alternativas en la norma jurídico-penal— y determinación cuantitativa —consistente en recorrer el interior del marco penal en el grado previamente delimitado por parte del juzgador, a partir de la consideración de las circunstancias atenuantes o agravantes legalmente contempladas—, entre otros. Silva Sánchez alude a la dimensión cualitativa y a la dimensión cuantitativa (o de grado) de la medición de la pena y a la función cualitativa y cuantitativa de los elementos constitutivos del injusto típico culpable punible (véase SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, 2/2007, pp. 5 —nota 11—, 8, 11 y 12). Incluso algunas legislaciones se refieren expresamente a aspectos cualitativos y cuantitativos en la determinación de la pena (véanse, p. ej., el art. 59 del CP colombiano y el art. 45-A del CP peruano). Frisch puntualiza que los conceptos de injusto y de culpabilidad tienen diverso alcance en los ámbitos de la dogmática del hecho punible y de la medición judicial de la pena (véase FRISCH, *FS 140 Jabre GA*, 1993, pp. 13-16). Sobre el concepto de determinación judicial de la pena, véanse también PERALTA, *Doxa*, 31 (2008), p. 600; LK-THEUNE¹², *Vor §§ 46-50*, 2006, Rdn. 4, entre otros. Sobre la dimensión cualitativa y cuantitativa del delito y la correlativa dimensión cualitativa y cuantitativa de la pena, véase también HEGEL, *Fundamentos*, 1993 (1821), § 101.

⁵ Al respecto, véanse HENKEL, *Die «richtige» Strafe*, 1969, pp. 19, 22, 36, 45, 51 y conc.; HORN, *FS Schaffstein*, 1975, p. 252; LACKNER, *Entwicklungen*, 1978, p. 12; QUINTERO OLIVARES, *CPC*, 4 (1978), p. 57; ZIPP, *Introducción*, 1979 (1973), p. 148; DOLCINI, *Commisurazione*, 1979, p. 355; PAGLIARO, *RIDPP* 1981, p. 29; MORRIS, *Madness*, 1982, pp. 147 y 185; ZAFFARONI, *Tratado PG*, t. V, 1988, p. 271; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, 1990, p. 284; VON HIRSCH/ROBERTS, *Crim. L. Q.*, 1994-1995, p. 226; MANNOZZI, *Commisurazione*, 1996, pp. 19, 415 y conc.; GARCÍA ARÁN, *Fundamentos*, 1997, p. 83; JAREBORG, en ASHWORTH/WASIK (eds.), *Fundamentals*, 1998, p. 140; ZIFFER, *Lineamientos*², 1999, pp. 23, 24, 46, 93, 183 y conc.; HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, pp. 64, 70-71 y conc.; DEMETRIO CRESPO, *Prevención general*, 1999, pp. 36, 46 y conc.; ALBRECHT, en FRISCH/VON HIRSCH/ALBRECHT (hrsg.), *Tatproportionalität*, 2003, p. 238; CARO CORIA, *LH Jakobs*, 2005, p. 321; FEJJOO SÁNCHEZ, *InDret*, 1/2007, p. 3; SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, 2/2007, pp. 6-7; FREUND, *AT*², 2009, 1/53, entre otros. La complejidad del proceso de determinación judicial del castigo se vincula, indudablemente, con la complejidad misma que caracteriza a la pena como institución [sobre ello, véanse HART, en *id.*, *Punishment and Responsibility*, 1968, p. 3; HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, pp. 21, 108-124 y conc.; *eadem*, en SCHUMANN (hrsg.), *Das strafende Gesetz*, 2010, pp. 115-116; TONRY, en *id.* (ed.), *Why punish?*, 2011, p. v; BESIO HERNÁNDEZ, *Criterios*, 2011, p. 23; MARINUCCI/DOLCINI, *PG*⁴, 2012, p. 585; FRASE, *Just sentencing*, 2013, pp. xii-xiii, pp. 43 y conc.; ALBRECHT, *Law & Contemp. Probs.*, 76 (2013), pp. 233-234; PÉREZ BARBERÁ, *InDret*, 4/2014, p. 9; FEJJOO SÁNCHEZ, *La pena*, 2014, pp. 216, 254, 260, 295 y conc.; RUSCONI, en LASCURAIN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *Proporcionalidad*, 2014, p. 476, entre otros].

⁶ Si bien la determinación judicial de la pena constituye un cometido del juzgador de instancia, diversos sujetos intervinientes en el proceso también deben efectuar valoraciones respecto a la medida de pena aplicable. Se alude a la relevancia práctica de la determinación de la pena en la actividad del fiscal en el proceso penal en MORRIS, *Mich. L. Rev.*, 72 (1973-1974), p. 1162; por su parte, en FRASE, *Just sentencing*, 2013, pp. xi-xii y conc., se hace referencia a la necesidad de atender a consideraciones retributivas y utilitaristas, teniendo en cuenta la forma procesal de implementación del sistema y las contribuciones de los diversos agentes que participan en el mismo —tanto en el plano sistémico-general como judicial-particular, encontrándose entre dichos agentes la legislatura, las comisiones de directrices de determinación de la pena y los jueces, fiscales y oficiales correccionales—. Incluso en la etapa previa de investigación judicial puede resultar necesario efectuar una medición de la pena final *eventualmente* imponible: así, por ejemplo, en el ámbito de la adopción y cese de medidas de coerción personal, el órgano competente para su adopción debe tener en cuenta la pena privativa de libertad que podría finalmente resultar aplicable. También existen supuestos en los que se permite la fijación de la pena en función de negociaciones y acuerdos entre la parte acusa-

los que se debe estructurar la argumentación que conduzca a la fijación de la cuantía final de pena exacta imponible en sede judicial.

La determinación *judicial* de la pena ha constituido tradicionalmente una de las fases o estadios que integran el proceso de atribución del castigo estatal. Según el órgano interviniente, la ubicación temporal que corresponda a su actuación en el proceso y las atribuciones valorativas que se le reconozcan, se han distinguido etapas de *determinación legal, judicial y administrativa/penitenciaria/ejecutiva de la pena*⁷. Cabría incorporar también un estadio de *determinación constitucional* —de carácter necesario y previo a la determinación legal— y una fase de *determinación gubernativa* —de carácter contingente e inserta al final del proceso cuantificador—.

Aun cuando existen importantes matices propios en cada fase de determinación de la pena⁸, se trata de etapas interrelacionadas de un proceso único y complejo: la diversidad de factores que intervienen en cada fase no debe conducir a una diferenciación estricta entre los estadios de medición del castigo; por el contrario, de dicha diversidad debe derivarse una suerte de influencia *refleja* del contenido valorativo de cada etapa en las demás fases configuradoras del castigo⁹. De lo que se trata es de concretar la interrelación que los factores y estadios de medición deben tener entre sí

dora y la parte acusada [sobre la influencia de lo procesal y de la creciente función del acusador en la determinación de la pena —en detrimento de las funciones del juzgador— véase esp. ALBRECHT, en FRISCH/VON HIRSCH/ALBRECHT (hrsg.), *Tatproportionalität*, 2003, *passim*].

⁷ Se trata de la clásica distinción formulada por SALEILLES, *Individualización*², 1914 (1909), pp. 269, 345 y conc. Sobre Saleilles y el principio de individualización, véase JUNG, *GA*, 2017, pp. 57 y ss. Hacen referencia a dicha distinción CHICHIZOLA, *Individualización*, 1967, pp. 55, 85, 123 y conc.; GARCÍA ARÁN, *Criterios*, 1982, p. 65; SOLER, *DP*⁵, t. II, 1992, p. 400; DEMETRIO CRESPO, *ADPCP L* (1997), p. 325; ZIFFER, *Lineamientos*², 1999, pp. 24-25; DEMETRIO CRESPO, *Prevención general*, 1999, pp. 43-44 (quien distingue, dentro de la determinación *legal* de la pena, entre fijación legal —previsión del marco penal abstracto— y determinación judicial —construcción judicial del marco penal concreto, a partir de la valoración del grado de ejecución, del título de intervención del autor y de las circunstancias concurrentes en el hecho—, a lo que agrega como categoría autónoma la individualización judicial de la pena —consistente en la ulterior adopción de la clase, cuantía y forma de ejecución o sustitución de la pena final—; véase esp. nota 10); CARO CORIA, *LH Jakobs*, 2005, p. 321; TEIXEIRA, *Teoria da aplicação*, 2015, p. 32; MIR PUIG, *PG*¹⁰, 2015, p. 759, entre otros. Se muestran críticos con la distinción tripartita clásica ZAFFARONI, *Tratado PG*, t. V, 1988, pp. 272-274; ZIFFER, *Lineamientos*², 1999, pp. 24-25, entre otros.

⁸ Matices que derivan, en esencia, del grado de abstracción o concreción de la decisión a adoptar y de las atribuciones jurídicamente reconocidas al órgano interviniente.

⁹ La medición de la pena presentaría un carácter dual —legislativo y jurisdiccional— [al respecto, véanse, p. ej., OBREGÓN GARCÍA, en MOLINA BLÁZQUEZ (coord.), *Aplicación*, 2005, p. 84, y MAPELLI CAFFARENA, *LH Gimbernat Ordeig*, t. I, 2008, pp. 1151-1152]. La identificación no siempre coincidente del contenido preciso de cada etapa de cuantificación punitiva —así, p. ej., se discrepa respecto a si las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal deben incluirse sistemáticamente dentro de la fase de determinación legal o judicial de la pena— contribuye a cuestionar la utilidad de una segmentación estricta de las fases de la determinación de la pena (véase BESIO HERNÁNDEZ, *Criterios*, 2011, p. 40).

y de especificar cómo ello debe incidir en la atribución del castigo estatal —especialmente en aquellas etapas en las que se reconoce la existencia de importantes márgenes de libertad valorativa—¹⁰.

Sin perjuicio de reconocer, por tanto, que existen interrelaciones recíprocas entre las diversas fases de medición de la pena y que se está, en última instancia, ante un proceso unitario —que debe orientarse de conformidad con un fundamento subyacente común—, la segmentación de la cuantificación del castigo en etapas permite efectuar delimitaciones conceptuales útiles a los efectos de precisar el objeto de estudio del presente trabajo. En razón de ello, se procede a caracterizar brevemente los diversos estadios de la determinación de la pena.

La fase de *determinación constitucional* de la pena supone una primera *aproximación* a la cuantificación de la sanción aplicable¹¹. El poder constituyente prescribe directrices y estipula limitaciones a la pena que deben ser respetadas en los demás estadios del proceso de atribución del casti-

¹⁰ Ello ha sido analizado tradicionalmente en el ámbito de las teorías de la medición judicial de la pena bajo la referencia a las disfuncionalidades de los subsistemas parciales del sistema penal y a las antinomias de los fines de la pena. Sobre ello, véase DEMETRIO CRESPO, *Prevención general*, 1999, p. 75, con especial referencia a la función diversa —y, en ocasiones, incompatible— que se asigna a la medición *judicial* de la pena —sustentada para un sector doctrinal en la retribución de la culpabilidad— y a la determinación de la pena *en sede de su ejecución penitenciaria* —en la que los resultados de la etapa (judicial-retributiva) previa podrían mermar significativamente los objetivos resocializadores que la deberían presidir—. Sobre las disfuncionalidades entre las diversas fases de medición de la pena, enfatizando que ello se produce —entre la prevención especial y general— incluso en un Derecho penal entendido exclusivamente en términos preventivos, véanse esp. LUZÓN PEÑA, *Medición*, 1979, pp. 20 y conc., y GÓMEZ BENÍTEZ, *RFDUC*, 3 (1980), p. 132; en sentido opuesto, afirmando que no necesariamente deben producirse disfuncionalidades dentro de un sistema entendido exclusivamente en términos preventivos, en tanto se acepten principios de medición de la pena diversos en los estrictamente diferenciados estadios de cuantificación, véase ZUGALDÍA ESPINAR, *ADPCP*, 34 (1981), p. 872.

¹¹ Se hace referencia a la dimensión constitucional de la determinación de la pena o a aspectos constitucionales vinculados con la pena individual en QUINTERO OLIVARES, *CPC*, 4 (1978), pp. 57 y 65; GARCÍA ARÁN, *Criterios*, 1982, pp. 6, 8, 9 y conc.; DEMETRIO CRESPO, en *ADPCP*, L (1997), p. 325; PUENTE SEGURA, en *La Ley* 1 (1998), p. 1974; DEMETRIO CRESPO, *Prevención general*, 1999, pp. 30, 43, 57, 68, 71, 77 y conc.; MIR PUIG, en LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *Proporcionalidad*, 2014, pp. 329 y ss. (recurre el autor allí a la Constitución para fundamentar los límites de la intervención penal), entre otros. Se alude a consideraciones de interpretación constitucional como parte del proceso de determinación judicial de la pena en BACIGALUPO ZAPATER, *RFDUC*, 3 (1980), pp. 60-61. El texto constitucional y los valores fundamentales que se desprenden del mismo irradian todo el sistema jurídico. Los abstractos y difícilmente precisables postulados constitucionales que resultan relevantes en la determinación de la pena deben ser canalizados, de alguna manera, al ámbito concreto de la cuantificación judicial de la pena llevada a cabo diariamente por los operadores jurídicos. García Arán, aun cuando rechaza formalmente la existencia de una etapa de determinación *constitucional* de la pena, defiende la relevancia directa de las normas y valores constitucionales en la cuantificación judicial del castigo (véase GARCÍA ARÁN, *Fundamentos*, 1997, p. 62 —«En ese nivel [constitucional] no puede hablarse de determinación de la pena, pero sí de orientación general del sistema jurídico y, en algunos casos, como el español, de orientación general de las penas, por lo que no puede obviarse como marco general de referencia para la resolución de conflictos»—).

go estatal¹². En las leyes fundamentales, si bien existen pautas valorativas que pueden incidir en la fundamentación *positiva* de la medición de la pena —es decir, en cómo debe efectivamente determinarse la cuantía exacta de pena—¹³, se contienen principalmente límites que no pueden ser infringidos por el legislador ni por los órganos judiciales y administrativos —al ejercitar, respectivamente, sus funciones de elaboración y aplicación de las normas penales—¹⁴.

Las directrices y limitaciones constitucionales proporcionan el marco dentro del cual se debe configurar el sistema de penas. La primera aproximación respecto al concreto sistema de penas a adoptar corresponde al legislador y forma parte de la llamada *determinación legal*, en la que se debe proceder al establecimiento de las escalas penales abstractas que correspondan a cada conducta prevista como delito, fijando generalmente para cada hecho delictivo penas máximas y mínimas¹⁵. Además de ello —y ya de forma autónoma a cada tipo penal—, el legislador suele estipular también cuantías máximas y mínimas de castigo para cada clase de pena.

En ciertos sistemas se contienen también reglas de aplicación de las penas para los supuestos designados como concursos de leyes, concursos de delitos y continuidad delictiva. Asimismo, existen ordenamientos jurídicos que contemplan circunstancias genéricas que conducen a agravar o atenuar la responsabilidad penal por el delito cometido y normas vinculadas con la

¹² Sobre la expresa vinculación del legislador y del juzgador a los límites constitucionalmente impuestos a la medición de la pena realizada por ambos en sus respectivos ámbitos, véase DEMETRIO CRESPO, *Prevención general*, 1999, p. 91, en donde indica que la Constitución española establece límites normativos que se derivan de su art. 1 (donde se proclaman los valores superiores del ordenamiento jurídico del Estado social y democrático de Derecho, como la libertad y la justicia) y de su art. 10 (en donde se contempla la dignidad humana, los derechos inviolables inherentes a la persona y el libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político y la paz social).

¹³ Así, por ejemplo, en la doctrina española se asigna relevancia *directa* al art. 25.2 de la CE como criterio fundamental de la determinación de la pena (al respecto, véanse GARCÍA ARÁN, *Criterios*, 1982, pp. 121, 186 y conc., y *eadem*, *Fundamentos*, 1997, pp. 34-35, pp. 41, 43 y conc. —quien postula la prevención especial como criterio constitucional que no debe limitarse a la fase penitenciaria de la pena, sino que debe incidir también en sede legislativa y judicial, en función de que así lo exige una interpretación de los arts. 1, 10 y 25.2 de la CE—; DEMETRIO CRESPO, *Prevención general*, 1999, pp. 71-72 —a su criterio, la prevención especial debe desplegar sus efectos en la medición legal, judicial y en sede de ejecución penal, en dicha línea véase también la STS 8484/1995, de 6 de abril (véase esp. FJ 4.º)—, 77, 201 y conc., entre otros. En similar sentido, Dolcini ha propuesto derivar directamente de la Constitución italiana el criterio de determinación *legal y judicial* de la pena, que residiría en la resocialización o reinserción social del sujeto, según la pauta del art. 27.3 de la ley fundamental (véase DOLCINI, *Commisurazione*, 1979, p. 157).

¹⁴ Así, por ejemplo, los límites derivados del principio de prohibición de penas inhumanas o degradantes, previsto normalmente en textos constitucionales nacionales y en instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (véase LK-THEUNE¹², Vor §§ 46-50, 2006, Rdn. 1 —quien señala que la prohibición de imponer penas degradantes e inhumanas en la medición de la pena en Alemania encuentra suficiente protección al amparo de los principios constitucionales de dignidad humana, de proporcionalidad y de prohibición de exceso—).

¹⁵ Véase ZIFFER, *Lineamientos*², 1999, pp. 24-25.

penalidad aplicable en función del grado de participación y ejecución del hecho o de concurrencia de error de tipo o de prohibición. La consideración de dichas normas como pertenecientes al ámbito de la determinación *legal* de la pena resulta, no obstante, controvertida; ello en razón del mayor *margen valorativo* que permiten al juzgador en comparación con las normas que fijan los límites máximos y mínimos de penalidad aplicable en función del tipo abstracto o de la clase de pena a imponer¹⁶.

El proceso de mensuración continúa con la llamada fase de *determinación judicial* de la pena, en la que el órgano judicial establece las consecuencias punitivas que corresponde aplicar frente a un hecho delictivo específico sometido a su enjuiciamiento¹⁷. En función de que la pena constituye la forma en que el sistema ordena reaccionar frente al quebrantamiento de sus normas, su clase y medida debe traducirse en una *aproximación a la pena exacta*, que surgirá tras un proceso de ponderación de la gravedad de la concreta infracción cometida.

En el acto de fijación judicial de la pena se deben tomar en consideración diversas normas jurídicas que complementan el tipo y el marco penal¹⁸. La necesidad de recurrir a normas complementarias implica que tanto la valoración concreta del hecho delictivo cometido como la identificación de la sanción imponible deben efectuarse mediante una apreciación que no puede sustentarse únicamente en lo expresado en el tipo penal concreto, sino que debe recurrirse también a preceptos diseminados en el ordenamiento jurídico en su conjunto.

¹⁶ Véase BESIO HERNÁNDEZ, *Criterios*, 2011, pp. 40 y 42-43 —quien propone un entendimiento amplio del alcance de la determinación *judicial* de la pena—. Otro sector de la doctrina, no obstante, señala que la valoración de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y, más genéricamente, de todo aquello que contribuya a la construcción del marco aplicable debe efectuarse dentro del estadio de determinación legal de la pena, reduciéndose la determinación judicial estrictamente a las operaciones consistentes en recorrer el marco y fijar la pena exacta (véanse GONZÁLEZ CUSSAC, *Teoría general*, 1988, pp. 201-202; DEMETRIO CRESPO, *Prevención general*, 1999, pp. 43-44 —nota 15—, 278 y conc., entre otros).

¹⁷ Véanse QUINTERO OLIVARES, *CPC*, 4 (1978), p. 57; ZIFFER, *Lineamientos*², 1999, p. 23, entre otros.

¹⁸ En los sistemas de tradición continental los preceptos de la parte especial de los códigos penales contienen normas *incompletas* que deben necesariamente ser *integradas* con diversas disposiciones jurídicas al momento de su aplicación judicial: «Los enunciados legales que prevén los delitos y sus penas no determinan por sí solos todos los elementos de las normas penales a que sirven de base, sino que [...] han de ponerse en relación con otros enunciados legales previstos en la Parte General. Ello permite afirmar que ni el supuesto de hecho ni la consecuencia jurídica de las normas penales se hallan expresamente de forma completa en ningún precepto del Código Penal» (MIR PUIG, *PG*¹⁰, 2015, p. 72 —en donde el autor termina apostillando que todas las disposiciones del Código Penal son incompletas si se las analiza de forma aislada e individualizada—). Rodríguez Mourullo señala que una norma penal incompleta es aquella que contempla el supuesto de hecho o precepto, pero no la sanción o, en sentido inverso, que contempla la sanción, pero no el supuesto de hecho o precepto; en tales casos, «el intérprete debe recomponer la norma, investigando dónde se encuentran sus dos elementos esenciales [el supuesto de hecho o precepto y la sanción] y procediendo, finalmente, a su armónica integración» (RODRÍGUEZ MOURULLO, *PG*, 1978, p. 87).