

Gonzalo Basso
Universidad Autónoma de Madrid

Sumario

-

El artículo presenta una nueva teoría de determinación judicial de la pena que adjudica especial relevancia a consideraciones sistemáticas en la imposición del castigo individual, pero que defiende al mismo tiempo que la magnitud de punición del caso concreto debe corresponderse estrictamente con la gravedad del hecho. Partiendo de las influyentes aportaciones de VON HIRSCH, el modelo propuesto efectúa una redefinición del concepto, contenido e implicaciones de lo que se debe entender por proporcionalidad cardinal y ordinal, y postula que la pena individual debe surgir de la valoración sincrética de exigencias (sistemáticas) de proporcionalidad cardinal y de exigencias (estrictas) de proporcionalidad ordinal. En última instancia, la teoría esbozada conduce a que el margen de maniobra del que disponen los juzgadores para fijar el castigo del caso concreto se deba ejercitar conforme a un estándar de interpretación restrictiva, exigiéndose una fundamentación reforzada frente a cualquier desviación de la magnitud mínima de punición legalmente prevista.

Abstract

-

The article presents a new criminal sentencing theory that assigns special relevance to systematic considerations and that, simultaneously, defends that the severity of the individual penalty must correspond strictly to the seriousness of the criminal conduct. In light of VON HIRSCH 's influential achievements, the theory develops a redefinition of the concept, content and implications of the notions of cardinal and ordinal proportionality, and defends that the individual punishment must arise from the syncretic assessment of (systematic) demands of cardinal proportionality and (strict) demands of ordinal proportionality. Ultimately, the presented model imposes a duty to proceed cautiously following a standard of restrictive interpretation of the margins of judicial assessment in criminal sentencing, which implies that, when anchoring the concrete penalty within the abstract scale, any judicial deviation from the legal mandatory minimum punishment requires an intensified motivation.

Abstract

-

Der vorliegende Beitrag schlägt eine neue Lehre der Strafzumessung vor, die die besondere Relevanz der systematischen Überlegungen betont und gleichzeitig eine strikte Entsprechung zwischen der Schwere der Strafe und der Schwere der Straftat vertritt. Ausgehend von der von VON HIRSCH entwickelten einflussreichen Strafzumessungslehre führt das hier aufgebaute Modell zu einer Umformulierung des Begriffs, des Inhalts sowie der Implikationen der sog. Kardinal- und Ordinalproportionalität. Dabei wird vertreten, dass die individuelle Strafe durch eine synkretische Bewertung der (systematischen) Anforderungen Kardinalproportionalität sowie der (strengen) Anforderungen nach Ordinalproportionalität zu bestimmen ist. Aus dem hier entwickelten Gedankengang wird die Schlussfolgerung gezogen, dass der Spielraum, der den Gerichten für die Strafzumessung im Einzelfall zur Verfügung steht, nach einem restriktiven Auslegungsstandard genutzt werden muss. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit, jede Abweichung von der gesetzlich vorgeschriebenen Mindeststrafe besonders deutlich zu begründen.

Title: *Cardinal proportionality and ordinal proportionality in criminal sentencing*

Titel: *Kardinale Proportionalität und ordinale Proportionalität bei der Strafzumessung*

-

Palabras clave: Determinación Judicial de la Pena, Proporcionalidad Cardinal, Proporcionalidad Ordinal.

Keywords: *Criminal Sentencing, Cardinal Proportionality, Ordinal Proportionality.*

Stichwörter: *Strafzumessung, Kardinale Proportionalität, Ordinale Proportionalität.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2021.i2.06

-

2.2021

Recepción
12/07/2020

-

Aceptación
23/11/2020

-

Índice

-

1. Introducción

2. El estado de la cuestión en el campo conceptual de la determinación judicial de la pena

2.1. Las teorías continentales y anglonorteamericanas de la determinación judicial de la pena

2.2. Tendencias contemporáneas y problemáticas requeridas de ulterior tratamiento

3. Propuesta de una teoría de determinación judicial de la pena orientada hacia el plano sistemático y hacia la proporcionalidad estricta con la gravedad del hecho

3.1. Proporcionalidad cardinal: concepto, contenido e implicaciones de las exigencias cardinales del castigo

a. Concepto

b. Contenido

(i) Consideraciones procedentes de las reglas de determinación de la pena aplicables en supuestos concursales de pluralidad delictiva

(ii) Consideraciones procedentes de dinámicas procesales

(iii) Consideraciones procedentes de principios constitucionales

(iv) Consideraciones procedentes del Derecho penal internacional

(v) Consideraciones emergentes de las teorías de la pena

c. Implicaciones

3.2. Proporcionalidad ordinal: concepto, contenido e implicaciones de las exigencias ordinales del castigo

a. Concepto

b. Contenido

(i) Primer punto de anclaje de la pena en la escala abstracta

(ii) Segundo punto de anclaje de la pena en la escala abstracta

c. Implicaciones

3.3. La interrelación existente entre las exigencias cardinales y ordinales en la fijación judicial de la pena proporcional: la incidencia refleja de lo cardinal en los puntos ordinales de anclaje de la pena concreta en la escala abstracta

4. A modo de conclusión

5. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción*

La determinación judicial de la pena constituye un campo de enorme complejidad y de gran relevancia práctica¹ en el que el grado de concreción de lo que se busca fundamentar y fijar —castigos precisos— no resulta fácilmente compatible con la formulación de criterios generales suficientemente determinados y de los que puedan inferirse penas exactas.² Se trata de una

* Autor de contacto: Gonzalo Basso, gonzalo.basso@uam.es.

¹ El grado de afflictividad que conlleva la aplicación de la pena en tanto medida privativa o restrictiva de derechos de la persona condenada (en no pocas ocasiones, derechos de carácter fundamental, como sucede con la pena privativa de libertad) depende muy especialmente (aunque no exclusivamente) de su intensidad, que deberá ser siempre objeto de determinación judicial en cada sentencia condenatoria que se dicte; ello basta para ilustrar la relevancia práctica máxima de la materia, y de la necesidad de contar con criterios sólidos de graduación judicial de la pena. Téngase presente que el componente afflictivo de la pena, entendido como dolor sensible o como consecuencia percibida (normalmente) como no placentera (y que se impone pública e intencionadamente al sujeto responsable para reaccionar frente a su delito) —con independencia de la *finalidad* que con ello se persiga—, constituye un elemento definitorio del castigo (al respecto, véase, HART, «The Presidential Address: Prolegomenon to the Principles of Punishment», *Proceedings of the Aristotelian Society*, (60), 1959-1960, p. 4). Sobre ello, véanse también, LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, 1979, p. 25; GARCÍA ARÁN, *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, 1982, p. 109 (la pena conceptualmente consiste en “la imposición de un mal (privación de bienes jurídicos) a quien ha realizado otro mal [...]. Por ello tienen razón quienes afirman que la teoría de la retribución es la que más se acerca al *concepto* de pena: la pena, lo queramos o no, retribuye” —con cursiva añadida—); DEMETRIO CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, 1999, p. 54 (la pena “puede definirse como una privación o restricción de bienes jurídicos, prevista por la ley, e impuesta por los órganos jurisdiccionales competentes al autor de un hecho delictivo”); FRASE, *Just Sentencing. Principles and Procedures for a Workable System*, 2013, p. 81 (“El castigo, por definición, no es placentero y resulta lesivo para el ofensor”); VON HIRSCH, *Deserved criminal sentences. An overview*, 2017, p. 37; y FRISCH, «Zum Begründungshintergrund von Übel und Tadel in der Theorie der Strafe. Grundlinien einer kommunikativen Strafrechtstheorie», *GA*, (9), 2019, pp. 537 ss.; entre otros. En general, sobre la insoslayable relevancia práctica de la determinación judicial de la pena, véanse, QUINTERO OLIVARES, «Determinación de la pena y política criminal», *CPC*, (4), 1978, pp. 52, 58; ZIPF, *Introducción a la política criminal*, 1979, pp. 146 ss.; DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, 1979, p. 59; GARCÍA ARÁN, *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, 1982, p. 12; LA MISMA, *Fundamentos y Aplicación de Penas y Medidas de Seguridad en el Código Penal de 1995*, 1997, p. 61; DEMETRIO CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, 1999, pp. 28, 38; SILVA SÁNCHEZ, «La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo», *InDret*, (2), 2007, p. 3; y GUERRA ESPINOSA, «Determinación de la pena exacta. Algunas consideraciones acerca de la mayor o menor extensión del mal», *Revista de Derecho Universidad de San Sebastián*, (22), 2016, p. 2; entre otros.

² La tendencia en los sistemas penales occidentales —dejando a salvo los supuestos en los que se recepte la pena (de discutible constitucionalidad) de prisión perpetua o de prisión permanente revisable— se orienta hacia la fijación de penas *relativamente* determinadas en abstracto por el legislador y *absolutamente* determinadas en concreto (de forma *exacta*) por el juzgador, a quien se le atribuye la función de fijar la pena *puntual* imponible al sujeto activo penalmente responsable (sobre ello, con respecto al sistema español, véanse MOLINA FERNÁNDEZ, «Reglas de determinación de la pena», en EL MISMO (coord.), *Memento práctico penal 2021*, 2020, nm. 5420 ss.; EL MISMO, «1. La determinación de la pena», en LASCURAÍN SÁNCHEZ (coord.), *Manual de Introducción al Derecho Penal*, 2019, pp. 213 ss., especialmente pp. 215, 228 s.; y MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 10ª ed., 2019, pp. 510 ss.; entre otros). En este sentido, los sistemas de penas indeterminadas característicos de jurisdicciones anglosajonas han ido perdiendo influencia, y las propuestas de adopción de sistemas de penas determinadas *a posteriori* (como la formulada en JIMÉNEZ DE ASÚA, *La sentencia indeterminada*, 2ª ed., 1948, pp. 44 ss., 379 ss., 395 ss.) no han tenido recepción legislativa ni acogida mayoritaria en la doctrina. Sobre el abandono en numerosas jurisdicciones estadounidenses (estatales e incluso a nivel federal) del sistema de penas indeterminadas sustentado en el modelo resocializador y su sustitución por modelos de penas determinadas (si bien de diversa configuración y con distintos alcances), véanse, entre otros, MORRIS, *Madness and the Criminal Law*, 1982, p. 157; y ZYSMAN QUIRÓS, «Determinación judicial de la pena, poderes de los jueces y derecho a un juicio por jurados. Una

disciplina que históricamente se ha mostrado renuente a su propia sistematización.³ Sin embargo, avanzar en la formulación de tales criterios generales resulta fundamental si se pretende genuinamente aumentar la seguridad jurídica,⁴ maximizar la vigencia del principio de igualdad e incrementar las posibilidades de control pleno y efectivo de las decisiones judiciales cuantificadoras de pena. En este escenario, el presente artículo procura contribuir al desarrollo de la materia proponiendo una nueva teoría que, partiendo de los avances conceptuales logrados hasta la fecha, intenta dar solución a las cuestiones aún problemáticas y requeridas de mayor tratamiento conceptual.

El artículo se estructura en dos partes. En la primera, se plantean sintéticamente los principales modelos teóricos propuestos en la doctrina y se identifican tendencias contemporáneas en la materia. En la segunda, se desarrolla una nueva teoría que procura aproximar la determinación judicial de la pena a la teoría jurídica del delito y en la que se parte, por un lado, de que la magnitud punitiva a imponer debe reflejar la lesividad social concurrente en el delito —y de que

aproximación al sistema estadounidense de *Sentencing Guidelines* a partir del reciente fallo *Blakely v. Washington*», *Nueva doctrina penal*, (B), 2004, p. 663; MANNOZZI, *Razionalità e “Giustizia” nella commisurazione della pena. Il Just Desert Model e la riforma del Sentencing nordamericano*, 1996, pp. 35, 71 ss; FRASE, *Just Sentencing. Principles and Procedures for a Workable System*, 2013, p. 5 —quien indica que, como resultado de tal proceso evolutivo todas las jurisdicciones adoptaron, por lo menos, algunas sanciones de obligada imposición o, incluso, penalidades mínimas obligatorias, y que, dependiendo de la concreta jurisdicción, se introdujeron sistemas de directrices de determinación de la pena (*sentencing guidelines*) vinculantes o no vinculantes apoyados en la creación de órganos especializados (*sentencing commissions*), se aprobaron directrices legislativamente sin recurrir a dichos órganos o conservaron protagonismo la discrecionalidad judicial y el papel de las autoridades correccionales—; y FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica*, 2014, pp. 140 ss. —especialmente pp. 143 ss., notas 30, 31—.

³ El insuficiente grado de desarrollo de la dogmática de la determinación judicial de la pena, que contrasta con el elevado nivel de refinamiento alcanzado por la teoría jurídica del delito, se reconoce de forma extendida en la doctrina. Al respecto, véanse, por todos, BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 40 ss., nota 29; y GONZÁLEZ DE LEÓN BERINI, «La hegemonía de los fines de la pena en la concreción del castigo: situación actual, análisis crítico y alternativas de futuro», *Política Criminal*, (15-30), 2020, pp. 584 s., 602 ss.

⁴ Más allá de la relevancia práctica inherente a la decisión sobre el *quantum* de pena del caso concreto, conviene precisar que tal decisión influye también en otras resoluciones que pueden o deben efectuarse en fases *previas* o *posteriores* del proceso penal. El logro de mayores niveles de seguridad jurídica en la fase de determinación *judicial* de la pena en sentido *estricto* incidirá positivamente en todo aquello que de ella (parcialmente) dependa. Así, por ejemplo, la decisión sobre el *quantum* de pena *eventualmente* imponible en el futuro debe tenerse en cuenta al momento de dictar medidas de coerción personal frente al investigado —como la prisión provisional, que depende, entre otros, del pronóstico de pena que judicialmente se impondría en el futuro, si terminara recayendo condena; al respecto, véanse los arts. 502.3 (“El juez tendrá en cuenta para adoptar la prisión provisional [...] la entidad de pena que pudiera ser impuesta”), 503.1.3.º a) (“Para valorar la existencia de [...] [riesgo de fuga], se atenderá [...] a la gravedad de la pena que pudiera imponerse) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española—. Además, la decisión de determinación *judicial* de la pena en sentido *estricto* incide en decisiones que pueden o deben tomarse en momentos *posteriores* a la condena, y cuya adopción se ve condicionada por la pena que *ya haya sido efectivamente impuesta*; sobre ello pueden mencionarse numerosos ejemplos: a) la aplicación de penas accesorias depende de la cuantía de pena *impuesta* (véanse los arts. 55, 56 del CP español); b) la determinación del límite relativo máximo de pena aplicable en supuestos de concurso real, ideal o medial, y el cálculo de la prescripción de la pena dependen parcialmente de la *cuantía* de pena —en su caso, más grave— *judicialmente impuesta* (véase el art. 134 del CP español); c) la posibilidad de suspender ordinariamente la pena depende, entre otros requisitos, de que la pena *judicialmente ya fijada* no sea superior a dos años de privación de libertad (véase el art. 80.1 del CP español); y d) la clasificación en tercer grado puede —o, en algunos casos, debe— supeditarse al cumplimiento de la mitad de la cuantía de pena *ya impuesta* si se ha castigado a más de cinco años de prisión (véase el art. 36.2 del CP español).

ello requiere valorar no solo elementos vinculados con la conducta individual desplegada, sino también aspectos generales de carácter sistemático— y, por otro, de que el acto de medición judicial del castigo reviste naturaleza dual o híbrida, dado que, aunque constituya prevalentemente un acto de *aplicación* estricta del Derecho, debe concebirse también, si bien de forma marginal, como un acto de *configuración* del mismo —los juzgadores deben sujetarse a las normas jurídicas y efectuar, además, diferenciaciones (típicas y punitivas) complementarias a las legislativamente formuladas—.

Sentadas dichas premisas, se defiende que la medida *exacta* de punición del caso concreto debe resultar de la valoración sincrética de exigencias de proporcionalidad cardinal y de proporcionalidad ordinal.⁵ Según el enfoque propuesto, las exigencias de proporcionalidad *cardinal* no deben circunscribirse a consideraciones estrictamente legislativas, sino que deben interpretarse a la luz de múltiples y variadas consideraciones de tipo sistemático que, en última instancia, fundamentan un deber de proceder con cautela y conforme a un estándar de interpretación restrictiva respecto al margen judicial de maniobra existente en la determinación de la pena; las exigencias de proporcionalidad *ordinal*, por su parte, obligan al juzgador a que la pena a imponer se corresponda estrictamente con la gravedad de la concreta configuración fáctica del delito cometido. Se trata de una teoría que concede marcada relevancia a consideraciones pertenecientes al plano sistemático, pero que al mismo tiempo aboga por la fijación de penas individuales estrictamente proporcionadas con la gravedad del hecho cometido.

A fin de delimitar el ámbito al que se circunscribe la propuesta es menester tener presentes dos cuestiones. La primera radica en que se inserta en un plano *prescriptivo*: partiendo del estado actual en la bibliografía especializada, lo que se pretende es contribuir a determinar cómo deberían estructurarse y fundamentarse racionalmente las decisiones de determinación judicial de la pena, con independencia del concreto sistema en el que pueda tener eventual recepción y aplicación efectiva la teoría que se propone.⁶ La segunda cuestión radica en que el enfoque desarrollado se orienta esencialmente a cómo debería graduarse el castigo en *supuestos de unidad*

⁵ La distinción categorial entre proporcionalidad cardinal y proporcionalidad ordinal ha sido esbozada y desarrollada hace ya varias décadas por VON HIRSCH en la doctrina anglonorteamericana. Su surgimiento se produjo en el contexto de aparición de las teorías del merecimiento no coincidentes de VON HIRSCH y de MORRIS: el primer autor recurrió a ella para defender la capacidad de rendimiento (*ordinal*) del merecimiento —esto es, para explicar y fundamentar que el concepto de merecimiento resultaría lo suficientemente determinado o preciso (en términos *relativos*) como para justificar un mayor o menor castigo de un delito respecto del que comparativamente correspondería aplicar a otros de mayor o menor gravedad—, y para admitir, al mismo tiempo, su imprecisión (*cardinal*) para definir los niveles de severidad general del sistema —la noción de merecimiento, aunque sí permitiría identificar delitos de distinta gravedad, no permitiría, según VON HIRSCH, definir con precisión con qué niveles de severidad (mínimo y máximo, en términos absolutos) debe sancionar el sistema penal los delitos que contemple—; el segundo autor, en cambio, desconfiaba de la posibilidad de efectuar distinciones finas respecto a la gravedad del hecho y de la pena de conformidad con el merecimiento, en razón de tratarse de un concepto impreciso que, a su entender, solo permitía la fijación de los *límites externos* de lo no inmerecido. La distinción entre proporcionalidad *cardinal* y *ordinal* se constata ya en VON HIRSCH, «Utilitarian Sentencing Resuscitated: The American Bar Association's Second Report on Criminal Sentencing», *Rutgers Law Review*, (33), 1981, p. 787.

⁶ No se realizará, por tanto, una descripción, siquiera mínima, de regulaciones legislativas ni de la forma de proceder habitual en la jurisprudencia, puesto que ello excede el objeto de estudio; no obstante, se efectuarán limitadas referencias de *lege* o *sententia lata* cuando se estime que resulten de utilidad para la exposición.

*delictiva*⁷ en el estadio de determinación judicial de la pena en sentido estricto tras haberse agotado la valoración de las circunstancias atenuantes o agravantes que hayan sido legislativamente previstas (o tras haberse constatado su falta de concurrencia), por lo que no se abordarán problemáticas conceptuales inherentes a otros estadios de determinación de la pena, ni tampoco aspectos relacionados con circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

2. El estado de la cuestión en el campo conceptual de la determinación judicial de la pena

La determinación de la pena se define, en términos generales, como la fijación de la consecuencia punitiva que corresponda aplicar como respuesta frente a la comisión de un delito.⁸ En particular, la determinación *judicial* de la pena en *sentido estricto*⁹ se ocupa de la identificación y

⁷ Una delimitación precisa de lo que deba entenderse por unidad delictiva (en contraposición a pluralidad delictiva) no se encuentra exenta de dificultades y requeriría introducirse en el estudio del complejo campo de los concursos de delitos y de la continuidad delictiva (al respecto, puntualizando el carácter problemático de la distinción entre unidad y pluralidad delictiva, como así también de la figura del delito continuado, véase SANZ MORÁN, «Un creciente embrollo: últimas aportaciones legislativas y jurisprudenciales en materia de concurso de delitos», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, (44), 2016, pp. 15 ss.). Sin perjuicio de ello, puede señalarse que aquí se entenderá que constituyen casos de unidad delictiva aquellos supuestos de realizaciones fácticas que, desde una perspectiva de carácter jurídico que tome a la descripción del tipo penal como unidad valorativa decisiva, supongan una única instancia realizadora de un solo delito y que requieran, por tanto, de la determinación de una única medida de pena; nótese que tales realizaciones fácticas pueden estar compuestas de un único acto o de una pluralidad de actos que se conciban como supuestos de unidad natural de acción en sentido estricto e incluso también en sentido amplio (sobre tales conceptos, véase especialmente MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, pp. 667 ss.). De conformidad con tal entendimiento, lo que se desarrollará no resulta aplicable a los supuestos de realizaciones fácticas más complejas en las que se requiera la determinación de una penalidad global frente a escenarios delictivos para los que se contemplen reglas específicas de determinación de la pena, como suele suceder en supuestos de concurso ideal, medial o real de delitos (que requieren de la aplicación cumulativa de tipos penales para la adecuada captación del desvalor jurídico concurrente) y en supuestos de continuidad delictiva (que se caracterizan por la concurrencia de una pluralidad de acciones/hechos que, de no estipularse reglas específicas que supongan contemplarlos como casos de unidad jurídica de acción, deberían ser sometidos al tratamiento penológico del concurso real). En palabras de MOLINA FERNÁNDEZ, los supuestos en los que se centrará este trabajo son aquellos que se derivan de situaciones en las que lo sometido a juicio “sea una única acción u omisión, delimitada en el tiempo y el espacio, y que solo puede ser subsumida en un tipo penal” (MOLINA FERNÁNDEZ, «Concursos de leyes y de delitos», en EL MISMO (coord.), *Memento práctico penal 2021*, 2020, nm. 3255). Que la teoría que se propone se circunscriba a la determinación judicial de la pena en supuestos de unidad delictiva no significa que en dicho campo deba resultar irrelevante el tratamiento penológico que se prevea para la fijación de la penalidad global aplicable en escenarios más complejos de pluralidad delictiva; sobre ello, véase infra, apartado 3.1.b.(i).

⁸ Véase MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, p. 758 (“Se entiende por ‘determinación de la pena’ la fijación de la pena que corresponde al delito”). En términos generales, la determinación de la pena atraviesa diversas fases interrelacionadas entre sí, pero de contenidos no necesariamente coincidentes, y que dan lugar a los estadios de determinación constitucional, legal, judicial (en sentido estricto y en sentido amplio), administrativa y gubernativa de la pena (sobre las distintas fases de determinación de la pena, véase BASSO, *Determinación judicial y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 33 ss., con ulteriores referencias).

⁹ La determinación *judicial* de la pena en sentido *amplio* —que no será objeto aquí de tratamiento— se ocupa de la decisión referida a la ejecución, suspensión o sustitución de la pena impuesta. Sobre la distinción entre determinación judicial de la pena en sentido amplio y estricto, véanse, entre otros, SCHÖCH, «Grundlagen und Wirkungen der Strafe. Zum Realitätsgehalt des § 46, Abs. 1, StGB», en GRÜNWALD/MIEHE/RUDOLPHI/SCHREIBER (eds.), *Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag am 28. Juli 1975*, 1975, p. 259; DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, 1979, pp. 7 s.; DEMETRIO CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, 1999, pp. 41 ss.; BESIO HERNÁNDEZ, *Los criterios*

sistematización de los criterios y de la estructuración que deben orientar la labor del juzgador de instancia a fin de decidir sobre la específica magnitud de punición a imponer a quien resulte condenado por la perpetración de un delito,¹⁰ magnitud que debe situarse dentro del espectro específico de penas legislativamente previstas para el delito objeto de condena.¹¹

La respuesta al interrogante de cuánto debe castigarse requiere preguntarse por la forma en que se debe descender del terreno abstracto del marco o escala penal (legal) al terreno concreto de la pena exacta (judicial) que debe imponerse en un caso específico. En el ejercicio de la función jurisdiccional de determinación de la pena en sentido estricto se reconoce de forma extendida que los juzgadores de instancia, dentro de lo permitido por el marco penal, ostentan un amplio margen de maniobra, si bien se admite también que se trata de un terreno en el que las decisiones cuantificadoras que se adopten deben fundamentarse en la aplicación de reglas jurídicas y resultar controlables por vía recursiva.

2.1. Las teorías continentales y angloamericanas de la determinación judicial de la pena

Para dar respuesta al interrogante respecto a cuánto castigo imponer en el caso concreto se han formulado múltiples propuestas teóricas en la ciencia jurídico-penal continental y angloamericana. Si bien su exposición y su examen crítico no pueden aquí llevarse a cabo

legales y judiciales de individualización de la pena, 2011, p. 32; MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, p. 768; y MOLINA FERNÁNDEZ, en LASCURAÍN SÁNCHEZ (COORD.), *Manual de Introducción al Derecho Penal*, 2019, p. 228.

¹⁰ Al respecto, véanse las definiciones esbozadas en ZIFFER, «Consideraciones acerca de la problemática de la individualización de la pena», en MAIER (comp.), *Determinación judicial de la pena*, 1993, p. 91 (“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”); SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, (2), 2007, p. 5 (“el acto de determinación judicial de la pena se configura especialmente 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”); y BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, p. 31 (“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 relevante”). Sobre el concepto de determinación judicial de la pena, véanse, además, KÖHLER, *AT*, 1997, p. 578; DEMETRIO CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, 1999, pp. 42 ss.; ZIFFER, *Lineamientos de la determinación de la pena*, 2ª ed., 1999, pp. 23, 29; PERALTA, «Dogmática del hecho punible, principio de igualdad y justificación de segmentos de pena», *Doxa*, (31), 2008, p. 600; BESIO HERNÁNDEZ, *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, 2011, pp. 33 ss., 42 s.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 10ª ed., 2019, pp. 511 s.; y BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 29, 387 ss.; entre otros.

¹¹ Así lo exige el principio de legalidad, que obliga al legislador a elaborar la ley penal de la forma más precisa y determinada posible (mandato de *lex certa*), y que exige al juzgador que se sujete estrictamente a lo estipulado legislativamente, lo que le impide castigar tanto por encima del máximo, como por debajo del mínimo previstos. Al respecto, véase específicamente DREHER, «Anmerkung zu einem Urteil des OLG Stuttgart», *MDR*, (4), 1961, pp. 344 (“no puede suceder, que [...] [el juez] tenga por adecuada una pena que se sitúa fuera del marco penal legal”). Sobre el principio de legalidad y sus garantías, mandatos o corolarios, véanse, entre otros, LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Principios del Derecho penal (I). El principio de legalidad y las fuentes del Derecho penal», en EL MISMO (COORD.), *Introducción al Derecho Penal*, 2ª ed., 2015, pp. 66 ss.; MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, pp. 114 ss. (especialmente p. 117); y ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 5ª ed., 2020, § 5/1 ss. (especialmente nm. 80 ss.).

en profundidad,¹² se procederá a continuación a presentar de forma sucinta los lineamientos fundamentales de cada una de dichas teorías.

Hacia mediados del siglo XIX, BERNER formuló el esbozo de la denominada *teoría del espacio de juego o del margen de libertad (Spielraumtheorie)*, que se erigiría en el primer modelo de determinación judicial de la pena en la doctrina alemana y que se mantendría como enfoque dominante hasta finales de los años setenta del siglo XX.¹³ Para dicha teoría, la fijación del castigo individual debe efectuarse asignando relevancia directa y sucesiva a la valoración judicial de fines retributivos, en un primer momento, y preventivos, en un segundo momento, de lo que surgiría la pena final exacta a imponer. Para la *Spielraumtheorie*, no resulta suficiente atender solo a consideraciones retributivas que, por su imprecisión, no permitirían arribar a una pena final exacta (pero sí a un marco de penas adecuadas a la culpabilidad), ni tampoco exclusivamente a consideraciones preventivas que podrían conducir a la imposición de penas que trascendieran los límites mínimo y máximo resultantes de la noción retributiva de culpabilidad por el hecho (aunque sí permitirían arribar a una magnitud exacta de pena final). Para este enfoque, se debe imponer la pena final preventivamente necesaria dentro del marco de penas jurídicamente correctas por adecuarse a la culpabilidad; dicho marco se construiría partiendo de la escala *legal* de penas aplicables e identificando *judicialmente* en su interior la pena mínima *ya* adecuada a la culpabilidad y la pena máxima *todavía* adecuada a la culpabilidad.

Como enfoque contrapuesto a la *Spielraumtheorie*, Arthur KAUFMANN propuso la *teoría de la pena puntual (Punktstrafetheorie)*, según la cual no existiría un *marco* de penas adecuadas a la culpabilidad (todas ellas jurídicamente correctas), sino *una única pena justa y correcta* adecuada a la culpabilidad del autor del delito, en cuya fijación no se deberían tener en cuenta consideraciones preventivo-generales ni preventivo-especiales;¹⁴ con todo, el propio precursor de tal enfoque reconocía la imposibilidad de conocer con precisión la medida de la culpabilidad,

¹² La sistematización de teorías continentales y/o anglonorteamericanas existentes en la materia pueden consultarse, entre otros, en HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, pp. 23 ss.; DEMETRIO CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, 1999, pp. 187 ss.; BESIO HERNÁNDEZ, *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, 2011, pp. 85 ss.; TEIXEIRA, *Teoria da aplicação da pena. Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*, 2015, pp. 35 ss.; BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 81 ss.; y STOCO, *Culpabilidade e medida da pena. Uma contribuição à teoria judicial de aplicação da pena proporcional ao fato*, 2019, pp. 93 ss.

¹³ Véase BERNER, «Entwurf zu einer phänomenologischen Darstellung der bisherigen Straftheorien, sowie zu einer begriffsmäßigen Vereinigung der relativen Theorien mit der absoluten», *Archiv des Criminalrechts*, (26), 1845, pp. 144 ss., especialmente pp. 162, 170. La propuesta de BERNER fue receptada mayoritariamente por la doctrina y jurisprudencia alemanas, siendo acogida expresamente por el Tribunal Supremo Federal alemán en su conocida sentencia de 10 de noviembre de 1954 (BGHSt 7, 28), en la que se fijó la siguiente doctrina: “Qué pena resulta adecuada a la culpabilidad no puede determinarse con exactitud. Existe un margen de libertad, que está delimitado hacia abajo por la pena ya adecuada a la culpabilidad y hacia arriba por la pena todavía adecuada a la culpabilidad. El juez del hecho no puede rebasar el límite superior. Tampoco puede imponer una pena tan severa por su cuantía o clase, que según su apreciación no sea ya adecuada a la culpabilidad. Sin embargo, el juez del hecho, dentro del margen de libertad, puede decidir según su parecer qué tan elevada debe ser la pena a aplicar.” [BGHSt 7, 28 (32)].

¹⁴ Sobre la teoría de la pena puntual, véase KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 2ª ed., 1976, pp. 65 s., 201 ss. (“[l]os fines preventivos de la pena de la disuasión, la enmienda y el aseguramiento podrían ser buenos y, por tanto, dignos de perseguir, pero no son tomados en cuenta por la pena culpable, porque la pena también debe imponerse incluso cuando se sepa con certeza que dichos fines no pueden ser alcanzados” —p. 206—; “la pena encuentra únicamente en la culpabilidad su medida interna y su justificación” —p. 207—), 261 (“La culpabilidad es siempre una magnitud fija y determinada y, por tanto, la pena correcta únicamente puede ser una sola”), 276.

por tratarse de una noción metafísica que solo podemos aspirar a alcanzar de forma aproximada.¹⁵

DREHER, por su parte, formuló la *teoría del acto de configuración social* (*Theorie des sozialen Gestaltungsaktes*), según la cual la pena individual debe construirse de conformidad con valoraciones sociales contenidas en las normas jurídicas y a partir de un acto creador del juzgador, que es a quien correspondería fijar el castigo *justo* del caso concreto continuando la labor valorativa realizada previamente por el legislador y cristalizada en los marcos abstractos previstos para cada delito, marcos a los que el juzgador se debería sujetar estrictamente.¹⁶ Para DREHER, tales marcos deberían interpretarse como escalas de gravedad continua, en el sentido de que contienen penas mínimas, medias y máximas legalmente establecidas que se deberían imponer en supuestos de delitos cuyas concretas configuraciones fácticas se valoren, respectivamente, como de gravedad mínima, media y máxima.¹⁷

Para la denominada *teoría de los dos niveles o del valor posicional del empleo* (*Stufentheorie o Stellenwerttheorie*) construida a partir de aportaciones de HENKEL, HORN y SCHÖCH, la magnitud de pena únicamente debería determinarse en sede judicial a partir de la medida del injusto perpetrado de forma culpable, con independencia de lo que puedan aconsejar consideraciones de tipo preventivo que solo deberían ser objeto de examen en el estadio posterior de determinación judicial de la pena *en sentido amplio* —referido a la decisión respecto a si procede la sustitución o suspensión de la pena impuesta y que tiene lugar una vez que se haya fijado la clase y cuantía de castigo en la determinación judicial de la pena *en sentido estricto*—. ¹⁸

Al producirse hacia los años setenta del siglo pasado el giro desde un Derecho penal fundamentado retributivamente hacia uno fundamentado preventivamente, la teoría del margen de libertad fue objeto de importantes matizaciones, emergiendo la *teoría alemana de la prohibición del desbordamiento de la culpabilidad* (*Schuldüberschreitungsverbot*), que tuvo a ROXIN

¹⁵ Sobre ello, véase especialmente KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 2ª ed., 1976, pp. 66, 213 (“[L]a culpabilidad es un objeto metafísico que escapa a una comprensión adecuada o totalmente calculable. La medida de la culpabilidad no puede nunca, por tanto, determinarse con exactitud”), 215, 261.

¹⁶ Véanse DREHER, *Über die gerechte Strafe. Eine theoretische Untersuchung für die deutsche strafrechtliche Praxis*, 1947, pp. 56 ss., 61 ss., 71 ss.; EL MISMO, *MDR*, (4), 1961, pp. 343 s.; EL MISMO, «Zur Spielraumtheorie als der Grundlage der Strafzumessungslehre des Bundesgerichtshofes», *JZ*, (2), 1967, pp. 41 ss.; y EL MISMO, «Gedanken zur Strafzumessung», *JZ*, (7), 1968, pp. 209 ss.

¹⁷ Específicamente respecto a la interpretación del marco penal como escala de gravedad continua, véanse DREHER, *MDR*, (4), 1961, p. 344; EL MISMO, *JZ*, (2), 1967, p. 43; y EL MISMO, *JZ*, (7), 1968, pp. 212 s.

¹⁸ Véanse HENKEL, *Die “richtige” Strafe. Gedanken zur richterlichen Strafzumessung*, 1969, pp. 42 s. (“[C]ada uno es punible únicamente por aquello por lo que tiene que responder personalmente. [...] [A] nadie debería afectar una pena que él no se haya merecido de conformidad con la gravedad de su culpabilidad”); HORN, «Wider die “doppelspurige” Strafhöhenzumessung», en GRÜNWARD/MIEHE/RUDOLPHI/SCHREIBER (eds.), *Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag am 28. Juli 1975*, 1975, pp. 244 (se admite “no tener en cuenta la prevención todavía en el acto de fijación de la cuantía de pena”), 246 (“la duración de la pena se hace depender solamente de la medida del injusto culpable”); SCHÖCH, en GRÜNWARD/MIEHE/RUDOLPHI/SCHREIBER (eds.), *Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag am 28. Juli 1975*, 1975, pp. 255 ss., especialmente pp. 260, 270 (respecto a la toma en consideración de aspectos preventivos recién en la determinación judicial en sentido amplio); HORN, «§ 46», *SK*, 7ª ed., 2001, nm. 1 ss., especialmente nm. 34; y HORN/WOLTERS, «§ 46», *SK*, 9ª ed., nm. 1 ss., especialmente nm. 34.

como su principal referente y que recibió acogida mayoritaria en la doctrina alemana.¹⁹ Según dicha teoría, no puede imponerse un castigo *de una intensidad mayor* que el que se corresponda con la medida de la culpabilidad individual por el hecho cometido, ni tampoco uno que se quede por debajo de lo que requieran exigencias preventivo-general positivas. Para ROXIN, “en la fase de determinación de la pena sólo puede llegarse al grado máximo de culpabilidad, siempre que ello fuera necesario por razones de prevención general o especial”.²⁰ La pena, según su concepción, se fundamentaría en términos preventivos y la culpabilidad únicamente desempeñaría un papel de límite (*máximo*) —pero no de fundamento (*mínimo*)— de la medida del castigo.²¹ ROXIN admite la legitimidad de la imposición de penas *por debajo* de lo exigido por la culpabilidad por el hecho cometido, siempre que así lo aconsejen consideraciones de corte preventivo-especial positivo (evitación de la desocialización) y que se respeten, a su vez, los requerimientos (*mínimos*) —legalmente previstos— de prevención general positiva que derivarían de la denominada cláusula de defensa del ordenamiento jurídico.²² La teoría de ROXIN ha tenido una influencia decisiva en planteamientos surgidos desde la década de 1980 en adelante en el ámbito continental.²³

¹⁹ La teoría de ROXIN constituiría una particular versión del modelo *clásico* del espacio de juego, pero desde una fundamentación no ya *retributiva*, sino *preventiva* del Derecho penal. Se trata del enfoque mayoritario actualmente en Alemania (sobre ello, véanse, entre otros, HENKEL, *Die “richtige” Strafe. Gedanken zur richterlichen Strafzumessung*, 1969, p. 43 —nota 78—; KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 2ª ed., 1976, p. 276; ROXIN, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, 1981, pp. 188 s.; JAKOBS, AT, 2ª, 1991, 1/50; HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, p. 25; BUßMANN, «§ 46», en MATT/RENZIKOWSKI, 2013, nm. 5; y FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica*, 2014, p. 229).

²⁰ ROXIN, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, 1981, p. 45; parecería, no obstante, que para el autor las consideraciones de prevención *especial* (positiva) jugarían un papel preponderante a fin de recorrer el marco de la culpabilidad en toda su extensión y fijar la pena (véanse especialmente pp. 100, 104, 107, 134).

²¹ ROXIN, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, 1981, pp. 71, 155, 164, 169, 188 s., 192.

²² ROXIN, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, 1981, pp. 110 ss. (“Si la reserva preventiva especial [...] manda tener en cuenta los efectos de la pena privativa de libertad en la vida futura del reo en sociedad, esto sólo puede significar que puede imponerse una pena inferior a la correspondiente a la culpabilidad para evitar la desocialización implícita en toda pena privativa de libertad de larga duración, siempre que la ‘defensa del ordenamiento jurídico’ (es decir, la reserva mínima que impone la prevención general) así lo permita. [...] Cuando [...] [la duración de una pena privativa de libertad puede tener un efecto negativo para la socialización], *excepcionalmente*, puede ser impuesta una pena inferior a la correspondiente al grado de culpabilidad, no se manifiesta la componente preventiva general del acto de determinación de la pena, sino que se mantiene dentro del grado indispensable para la defensa del ordenamiento jurídico” —con cursiva añadida—).

²³ Múltiples enfoques conceptuales de prohibición del desbordamiento de la culpabilidad (o de la pena proporcional) fuertemente influenciados por la concepción de ROXIN se han ido elaborado en la doctrina, erigiéndose tal teoría en el modelo dominante en la actualidad en la dogmática continental de la determinación judicial de la pena. Entre las variantes más difundidas y desarrolladas de dicha concepción en la literatura de habla hispana, portuguesa e italiana, cabe citar, entre otras, las propuestas contenidas en LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, 1979, *passim*; DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, 1979, *passim* (véanse especialmente pp. 22, 353 ss.); GÓMEZ BENÍTEZ, «Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española», *RFDUC*, (3), 1980, pp. 129 ss. (véanse allí especialmente pp. 115, 175 ss.); GARCÍA ARÁN, *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, 1982, *passim* (véase especialmente p. 187); MIRANDA RODRIGUES, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade (Os criterios da culpa e da prevenção)*, 1995, *passim* (véanse especialmente pp. 368 ss., 470 ss., 545 ss., 569 ss.); GARCÍA ARÁN, *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995*, 1997, *passim* (véanse especialmente pp. 61 ss.); CHOCLÁN MONTALVO, *Individualización judicial de la pena, función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*, 1997, *passim* (véase especialmente p. 65, nota 130);

Asimismo, en la doctrina alemana y española se han elaborado enfoques que, procurando también que no se supere el límite máximo fijado por el castigo que corresponda en función del grado de injusto culpable concurrente, han postulado que la determinación judicial de la pena, prescindiendo de consideraciones de tipo preventivo-instrumental, se efectúe según el menoscabo *intelectual* producido por el delito —apelando a las ideas de *retribución de la culpabilidad* o de *fijación de penas proporcionales* y partiendo de un concepto de injusto de corte sistémico/comunicativo²⁴— o según la afectación *material* derivada del ilícito —abogando por la imposición de *penas proporcionadas a la gravedad del hecho* (medida esta última en términos de disminución de la calidad de vida de la víctima) y adoptando un concepto de injusto de corte individual/empírico²⁵—. ²⁶

El panorama recién esbozado respecto a los desarrollos teóricos en el ámbito continental no difiere radicalmente de los avances producidos en la doctrina angloamericana, en donde se constatan concepciones ciertamente próximas. Así, el enfoque del *retribucionismo limitador* (*limiting retributivism*) de MORRIS, también denominado *teoría de la proporcionalidad negativa*

DEMETRIO CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, 1999, *passim* (véanse especialmente pp. 88 ss., 257 ss., 329 ss.); y BESIO HERNÁNDEZ, *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, 2011, *passim* (véanse allí especialmente pp. 51, nota 43 —en donde describe su modelo como uno “conforme al cual el juez debe en primer lugar fijar un ámbito de pena —espacio de juego— que sea proporcional a la gravedad del hecho y luego, dentro de dicho ámbito de pena la cláusula de las circunstancias personales del autor fijaría la pena específica a imponer, pudiéndose en algunos casos rebasar por abajo el límite inferior de dicho marco proporcional”—, 61). Sobre la diferencia del enfoque de ROXIN con la teoría clásica del espacio de juego, véase MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, pp. 669 s. Una extensa y profunda sistematización de las distintas vertientes conceptuales que, en la línea de ROXIN, suponen teorías específicas orientadas a la *Schuldüberschreitungsverbot* (con explicitación de las similitudes y diferencias entre dichas teorías y el enfoque clásico del espacio de juego) puede consultarse en BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 161 ss.

²⁴ Respecto a enfoques que ponen el acento en el menoscabo intelectual de la norma de conformidad con la idea de la retribución de la culpabilidad por el hecho, véanse KÖHLER, *Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung erörtert am Problem der Generalprävention*, 1983, *passim*; WOLFF, «Das neue Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität», *ZStW*, (97), 1985, pp. 786 ss.; y KÖHLER, *AT*, 1997, pp. 578 ss. (“La pena se justifica como restablecimiento compensatorio de las relaciones jurídicas parcialmente negadas en su validez general por la producción del delito a través de la negación de la libertad externa del condenado” —p. 580—; sobre el rechazo de lo preventivo instrumental, véanse especialmente pp. 586 ss.). Por su parte, respecto a enfoques sistémicos orientados hacia la proporcionalidad con el hecho, véanse JAKOBS, *AT*, 2ª, 1991, 1/21; FREUND, «Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho penal», en WOLTER/FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal: delito, determinación de la pena y Derecho penal*, 2004, pp. 91 ss. (especialmente pp. 99, 109); JAKOBS, *La pena estatal: significado y finalidad*, 2006, pp. 129 ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica*, 2014, *passim* (especialmente pp. 64 s., 85 s., 129, 279, 291, 374 s.); y FRISCH, «Pena, delito y sistema de delito en transformación», *InDret*, (3), 2014, pp. 1 ss.

²⁵ Respecto a corrientes partidarias de la *proporcionalidad estricta o positiva* entre la gravedad del hecho y la pena concreta, a partir de un concepto de injusto orientado en función del daño material resultante del delito, véanse SCHÜNEMANN, «Plädoyer für eine neue Theorie der Strafzumessung», en ESER/CORNILS (eds.), *Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik: Beiträge zu einem Deutsch-Skandinavischen Strafrechtskolloquium*, 1987, pp. 209 ss.; SCHÜNEMANN, «La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo», en EL MISMO (comp.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, 1991, pp. 147 ss.; y, muy especialmente, HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, pp. 108 ss.

²⁶ Se apunta correctamente que el aspecto diferencial entre ambas vertientes continentales de las teorías de la proporcionalidad con el hecho se sitúa en el diverso concepto de injusto que adoptan como punto de partida en SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, (2), 2007, pp. 6 s., nota 19. Sobre la cuestión, véase BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 218 ss., 235 ss., 272 ss. —con ulteriores referencias en p. 272, nota 5, p. 273, nota 6—.

(*negative proportionality*),²⁷ postula que la pena debe determinarse dentro de los límites externos (*outer limits*) fijados en términos de retribución o de merecimiento, y que la concreción judicial última del castigo debe surgir de la valoración de aspectos que se vinculan prevalentemente con la utilidad o la necesidad de la pena²⁸ —concepción próxima a la clásica *Spielraumtheorie* alemana²⁹—, y muy especialmente de lo que el autor denomina *principio de parsimonia* (*parsimony principle*), que obliga a la imposición de la pena mínima que resulte preventivamente necesaria.³⁰

En contraposición a la concepción de MORRIS, VON HIRSCH ha planteado un modelo orientado hacia la configuración judicial de penas proporcionadas fijadas de conformidad con la idea de merecimiento y con sustento en la función de censura del castigo, que se suele designar como *teoría de la proporcionalidad estricta o positiva* (*strict or positive proportionality*)³¹ y que ha tenido especial repercusión más allá del ámbito anglonorteamericano.³² El autor aboga por la fijación legislativa y judicial de penas *estrictamente proporcionadas* a la gravedad del delito cometido, de forma tal que se maximice el principio de igualdad en la distribución del castigo; para VON HIRSCH, la medida de pena depende de la función de censura y no de consideraciones de tipo preventivo-instrumental, debiendo graduarse el castigo en función del merecimiento individual atendiendo a la gravedad del hecho cometido.³³ Tal graduación debe efectuarse respetando exigencias de

²⁷ Véase tal denominación, por ejemplo, en TEIXEIRA, *Teoria da aplicação da pena. Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*, 2015, pp. 62 s.

²⁸ En general, sobre tal planteamiento, véanse MORRIS, «The future of imprisonment: toward a punitive philosophy», *Mich. L. Rev.*, (72), 1973-1974, pp. 1161 ss.; y EL MISMO, *Madness and the Criminal Law*, 1982, *passim*, especialmente pp. 128 ss., 178 ss. Sobre la orientación de la medida final de pena judicialmente impuesta hacia la satisfacción de fines utilitaristas, en detrimento de consideraciones de igualdad, véase MORRIS, *Madness and the criminal law*, 1982, pp. 107 (dentro “de los límites superiores e inferiores del castigo merecido en términos retributivos hay un fundamento poderoso para aplicar valores utilitaristas”), 195.

²⁹ Puntualizan la semejanza entre la *Spielraumtheorie* alemana y el *limiting retributivism* norteamericano, entre otros, VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, 1998, p. 93; ZYSMAN QUIRÓS, *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos. Un estudio sobre las United States Sentencing Guidelines*, 2013, pp. 42 s.; FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica*, 2014, pp. 47 ss., nota 38; VON HIRSCH, *Deserved criminal sentences. An overview*, 2017, p. 103; y BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 82 s., 103 ss.

³⁰ El principio de parsimonia consiste en la minimización de la afflictividad del castigo penal, lo que conduce a la imposición de una pena que se reduzca a lo estrictamente necesario (véase, MORRIS, *Madness and the Criminal Law*, 1982, p. 169; sobre el principio de parsimonia, véanse en dicha obra, además, pp. 149, 155 ss., 181, 189 ss.). Sobre el referido principio, véanse también MORRIS, *Mich. L. Rev.*, (72), 1973-1974, pp. 1162 (el principio de parsimonia conduce a elegir “la sanción menos restrictiva o menos punitiva que sea necesaria para el logro de propósitos sociales definidos”), 1163 (se califica el principio de parsimonia como principio utilitario y humanitario); y FRASE, *Just Sentencing. Principles and Procedures for a Workable System*, 2013, p. 11 (“la pena a imponer no debería ser más severa que la necesaria para alcanzar estos otros propósitos [de prevención general disuasoria y, excepcionalmente, prevención especial negativa]”).

³¹ Sobre el planteo de dicho autor, véanse especialmente VON HIRSCH, *Rutgers Law Review*, (33), 1981, pp. 772 ss.; EL MISMO, *Past or future crimes. Deservedness and dangerousness in the sentencing of criminals*, 1985, *passim*; EL MISMO, *Censurar y castigar*, 1998, *passim*; y EL MISMO, *Deserved criminal sentences. An overview*, 2017, *passim*.

³² Así, constituyen planteamientos influenciados por las ideas de VON HIRSCH, entre otros, los desarrollados en HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, pp. 108 ss., 387 ss.; TEIXEIRA, *Teoria da aplicação da pena. Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*, 2015, pp. 71 ss.; STOCO, *Culpabilidade e medida da pena. Uma contribuição à teoria judicial de aplicação da pena proporcional ao fato*, 2019, pp. 129 ss., 199 ss.; y BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 271 ss., 301 ss.

³³ VON HIRSCH, *Deserved criminal sentences. An overview*, 2017, pp. 1, 4, 21, 31 ss., 49 ss. El autor adjudica, de todas formas, un valor nada desdeñable a consideraciones de prevención general instrumental (véanse pp.

proporcionalidad *cardinal* y *ordinal*,³⁴ que se identificarían, respectivamente, con el nivel de severidad general del sistema de penas en función de lo previsto en abstracto por el legislador, por un lado, y con la ordenación de los delitos y de las penas dentro de una única escala continua de punición, esto es, con la inserción, posición o ranking que en esta última se asigne a cada delito y a cada pena en función de su gravedad relativa, por otro.

Para VON HIRSCH, el nivel de severidad general del sistema de penas surge esencialmente de los puntos de anclaje de la escala de castigos que resulte de aplicación, que justamente son los que informan qué tan punitivo es el sistema en términos *absolutos (cardinales)* —en general, respecto de todos los delitos o en particular respecto de un delito específico y sus infinitas posibilidades de configuración fáctica—. A su vez, la concreta ubicación de un delito con su correspondiente pena en dicha escala de castigos informa qué tan graves son *ese* delito y *esa* pena en términos *relativos (ordinales)*. La posición ordinal de cada delito dentro de la escala aplicable se determina en función de su específico grado de injusto (culpable), medido tanto en comparación con otros delitos, como en comparación con otras configuraciones fácticas de la misma ofensa; cada hecho debe castigarse en función de su gravedad relativa, debiendo merecer similar respuesta punitiva hechos delictivos de gravedad análoga y distinta respuesta punitiva hechos delictivos de gravedad diferenciada.

Más recientemente, y a partir de la matización del enfoque de MORRIS, FRASE ha propuesto el *modelo expandido de retribucionismo limitador (expanded limiting-retributive model)*, según el cual la noción de retribución permitiría realizar —por lo menos— juicios comparativos de cierta precisión con respecto a la mayor o menor gravedad de delitos entre sí, y que la misma contribuiría también a definir los límites *máximos* de punición, aun cuando no resulte de gran utilidad para la fijación de los límites *mínimos* de castigo, que se determinarían atendiendo a principios utilitaristas que exigen medidas mínimas de castigo³⁵ —concepción próxima a la *Schuldüberschreitungsverbot* alemana—.³⁶

2.2. Tendencias contemporáneas y problemáticas requeridas de ulterior tratamiento

De la valoración conjunta de los diversos enfoques que procuran dar cuenta de la forma en que se debe *aterrizar* en un punto específico del marco aplicable de punición (o, en otras palabras, anclar la pena concreta dentro de la escala abstracta) es posible inferir ciertas tendencias relativamente convergentes, como así también algunas problemáticas requeridas de ulterior tratamiento. La identificación de dichas tendencias y problemáticas permitirá completar una visión panorámica sobre el estado actual de la discusión en el campo conceptual de la

9, 18 s., 36 ss. en la obra citada), reconociendo que la censura se vehiculiza a través de la aflicción (dolor sensible) del castigo (véase específicamente p. 37: “la aflicción de la pena para expresar censura (en lugar de utilizar mecanismos de censura simbólicos) [...] suministra razones adicionales de tipo prudencial para resistir las tentaciones. En efecto, un agente que haya aceptado el mensaje subyacente a la sanción y que reconoce su propia falibilidad de caer en la tentación de delinquir bien podría beneficiarse de la existencia de una respuesta censuradora que expresa un desincentivo prudencial”).

³⁴ Al respecto, véase la última sistematización de la teoría efectuada por el propio autor en VON HIRSCH, *Deserved criminal sentences. An overview*, 2017, pp. 23 s., 55 ss., 63 ss., 111, 126, 146 s.

³⁵ Sobre ello, véase FRASE, *Just Sentencing. Principles and Procedures for a Workable System*, 2013, *passim*, especialmente pp. 14, 27, 29, 236 ss.

³⁶ BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 161 s., 196 ss.

determinación judicial de la pena, cuyo conocimiento resulta indispensable como punto de partida para la elaboración de una nueva propuesta teórica en la materia.

Quizás la tendencia que con mayor facilidad pueda inferirse radica en que los diversos enfoques elaborados en la doctrina especializada han apelado directamente a las teorías de los fines de la pena —más específicamente, al fin de la pena al que se adjudique valor prevalente— para justificar la forma en que se debe fijar judicialmente la cuantía del castigo.³⁷ Ello significa que la discusión respecto al *quantum* de pena se ha hecho depender de la problemática de las *antinomias de los fines de la pena*:³⁸ frente a fines de la pena concurrentes en el caso concreto pero incompatibles entre sí —por exigir cada uno una punición distinta a la requerida por los demás—³⁹, se suele optar por conceder preferencia a la medida de pena que resulte de aplicar el fin de valor prevalente.⁴⁰

Sustentar la determinación judicial del castigo imponible en el caso concreto *directamente* recurriendo a la medida de punición que exija un fin al que se asigne valor prevalente resulta, sin embargo, inconsistente con el extendido reconocimiento de que los fines absolutos y relativos

³⁷ Véanse DREHER, *JZ*, (2), 1967, p. 41; HENKEL, *Die "richtige" Strafe. Gedanken zur richterlichen Strafzumessung*, 1969, pp. 13 s.; DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, 1979, pp. 49, 353 ss.; GARCÍA ARÁN, *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, 1982, pp. 13 s., 98 s., 199; MIRANDA RODRIGUES, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade (Os critérios da culpa e da prevenção)*, 1995, pp. 44 ss., 545, 575; KÖHLER, *AT*, 1997, p. 586; GARCÍA ARÁN, *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995*, 1997, pp. 34 s., 61 s.; ZIFFER, *Lineamientos de la determinación de la pena*, 2ª ed., 1999, pp. 53 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, (2), 2007, p. 3.; CASTELLÓ NICÁS, *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos (art. 66.1 del Código Penal)*, 2007, pp. 34 ss.; PERALTA, *Doxa*, (31), 2008, pp. 599 ss.; BESIO HERNÁNDEZ, *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, 2011, pp. 23 s., 53; FRASE, *Just Sentencing. Principles and Procedures for a Workable System*, 2013, p. 7; TEIXEIRA, *Teoria da aplicação da pena. Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*, 2015, pp. 22, 35; MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, p. 769; GONZÁLEZ DE LEÓN BERINI, *La concreción del castigo. El ejercicio legítimo del arbitrio judicial en las decisiones individualizadoras, desde un enfoque fenomenológico*, 2017, p. 374; BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 291 ss. —con extensas referencias en p. 292, nota 49—; y GONZÁLEZ DE LEÓN BERINI, *Política Criminal*, (15-30), 2020, pp. 585 ss.; entre otros.

³⁸ Ello es predicable incluso respecto a la teoría de la proporcionalidad positiva o estricta, ya que, sin perjuicio de la diferenciación expresa que pregona entre fundamento del castigo *en general* y determinación (o distribución) judicial de las penas *en particular*, termina justificando incrementos o disminuciones de pena en atención al fin expresivo (o de censura) del castigo que se considera prevalentemente concurrente en la fundamentación del castigo y exclusivamente concurrente como factor de graduación punitiva en la determinación judicial de la pena (véanse, por ejemplo, HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, pp. 20 s., 112 ss., 125 ss., 387 s.; y VON HIRSCH, *Deserved criminal sentences. An overview*, 2017, pp. 17 ss., 37 ss.). Que lo que justifica el castigo *en abstracto* no sea coincidente íntegramente con lo que lo justifica *en concreto* no significa que se prescindiera de los fines de la pena, sino sencillamente que en uno y otro plano (general/particular) se asigna valor a fines que no necesariamente resultan coincidentes. Sobre ello, específicamente respecto a la teoría de VON HIRSCH, véase RODRÍGUEZ HORCAJO, *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, 2016, p. 84, en donde se puntualiza que el autor “plantea una fundamentación del principio de proporcionalidad *sin separarse de su propia teoría de la pena*” —con cursiva añadida—.

³⁹ Sobre que cada fin de la pena exige una punición diferente —e incompatible— a la que requerirían los demás fines del castigo véanse, entre otros, LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, 1979, pp. 20, 64; DEMETRIO CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, 1999, pp. 74 ss.; y ROBINSON, *Distributive principles. Who should be punished, how much?*, 2008, pp. 2, 4 s., 17 ss.

⁴⁰ Señala FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica*, 2014, pp. 253 ss., 295, que, en última instancia, aunque se asignen diversos fines a la pena, se debe identificar un único criterio que permita resolver las situaciones problemáticas que puedan plantearse.

de la pena constituyen nociones en sí mismas imprecisas y de las que no resulta posible derivar magnitudes exactas de punición.⁴¹ Además, no debe olvidarse que el terreno de los fines de la pena constituye un campo proclive a posiciones teóricas enfrentadas e irresolubles⁴² en el que no suele haber tampoco un reconocimiento legislativo, constitucional ni jurisprudencial expreso e inequívoco respecto a qué fin de la pena debe prevalecer.⁴³

Sin perjuicio de lo indicado, debe puntualizarse que existe una tendencia creciente a *relativizar* la relevancia *directa* que los fines de la pena tendrían en la graduación del castigo efectuada en sede jurisdiccional. Tal línea de pensamiento se observa especialmente en autores partidarios de que la medición judicial de la pena se aproxime a la teoría jurídica del delito, que propugnan una mayor interrelación entre dogmática del hecho delictivo y dogmática de la determinación de la pena y que asignan relevancia cualitativa a la primera (responder sobre el *sí* de la pena) y cuantitativa a la segunda (responder sobre el *cuánto* de la pena).⁴⁴ Con todo, no queda

⁴¹ Sobre la imprecisión de los fines absolutos (cualquiera sea la nomenclatura que respecto a ellos se utilice) y/o relativos (en todas sus múltiples vertientes) de la pena —que impide derivar de ellos magnitudes exactas de punición—, véanse, entre otros, DREHER, *JZ*, (2), 1967, pp. 42, 45; HENKEL, *Die "richtige" Strafe. Gedanken zur richterlichen Strafzumessung*, 1969, pp. 29, 32 s.; SCHÖCH, en GRÜNWARD/MIEHE/RUDOLPHI/SCHREIBER (eds.), *Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag am 28. Juli 1975*, 1975, pp. 262 s.; KAUFMANN, Arthur, *Das Schulprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 2ª ed., 1976, pp. 16, 213, 261; LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, 1979, p. 83; GÓMEZ BENÍTEZ, *RFDUC*, (3), 1980, pp. 130, 133; ROXIN, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, 1981, pp. 96 s., 127, 135 s.; MORRIS, *Madness and the Criminal Law*, 1982, pp. 148 ss.; MIRANDA RODRIGUES, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade (Os critérios da culpa e da prevenção)*, 1995, pp. 523 s., 570 s.; GARCÍA ARÁN, *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995*, 1997, pp. 68, 70, 72; KÖHLER, *AT*, 1997, p. 601; VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, 1998, p. 53 (especialmente nota 14); ZIFFER, *Lineamientos de la determinación de la pena*, 2ª ed., 1999, pp. 50, 54 s.; HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, pp. 30, 38 ss., 110 ss.; PERALTA, *Doxa*, (31), 2008, pp. 606 s., 619; FRASE, *Just Sentencing. Principles and Procedures for a Workable System*, 2013, pp. xii, 7, 11; TEIXEIRA, *Teoria da aplicação da pena. Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*, 2015, pp. 40 s.; y VON HIRSCH, *Deserved criminal sentences. An overview*, 2017, pp. 21 s., 26, 55, 59 s., 71.

⁴² Sobre la dificultad de avizorar el logro de acuerdos o consensos en el ámbito de las teorías de la pena, véanse, por todos, ZIFFER, *Lineamientos de la determinación de la pena*, 2ª ed., 1999, p. 24; RODRÍGUEZ HORCAJO, *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, 2016, pp. 25 s.; y GONZÁLEZ DE LEÓN BERINI, *Política Criminal*, (15-30), 2020, pp. 588, 599, 604.

⁴³ Téngase presente que incluso habiendo claras referencias a la *reeducción/reinserción social* (prevención especial positiva) en el Derecho positivo (así, por ejemplo, en el art. 25.2 de la Constitución española y en el art. 1, párrafo 1º de la Ley Orgánica General Penitenciaria), ello no ha supuesto que se conceda (en la doctrina ni en la jurisprudencia) carácter de fin prevalente ni tampoco exclusivo a la prevención especial positiva en detrimento de los demás fines del castigo. Sobre ello, en la jurisprudencia del TC español, véanse, por ejemplo, la STC 91/2000, ponente Vives Antón, de 30 de marzo (FJ noveno); STC 120/2000, ponente González Campos, de 10 de mayo (FJ cuarto); y STC 160/2012, ponente Ortega Álvarez, de 20 de noviembre (FJ tercero y cuarto). En la doctrina, por su parte, véanse, entre otros, PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, 1990, p. 242; RODRÍGUEZ HORCAJO, *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, 2016, pp. 277 ss., especialmente pp. 283 ss.; PÉREZ MANZANO, «IV. «El mandato» constitucional de reeducación y reinserción social» y PEÑARANDA RAMOS, «La pena: nociones generales», ambos en LASCURAÍN SÁNCHEZ (coord.), *Introducción al Derecho Penal*, 2ª ed., 2015, pp. 151 ss., 288 ss., respectivamente; y SÁNCHEZ TOMÁS, «Artículo 25.2. Los fines de la pena y los derechos fundamentales de los presos», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER/CASAS BAAMONDE (dirs.), *Comentarios a la Constitución española. XL Aniversario*, t. I, 2018, p. 949.

⁴⁴ Al respecto, véanse, entre otros, ZIFFER, en MAIER (comp.), *Determinación judicial de la pena*, 1993, p. 91; HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, pp. 18, 38 ss., 126, 389; ZIFFER, *Lineamientos de la determinación de la pena*, 2ª ed., 1999, pp. 45 s., 54, 96; FEIJOO SÁNCHEZ, «Individualización de la pena y teoría

suficientemente aclarado en dicha línea de pensamiento qué tipo de relevancia (*no directa*) se continuaría asignando a los fines de la pena en la ponderación de la medida del castigo individual.

En cualquier caso, la existencia de autores enrolados en posiciones críticas respecto a la capacidad de rendimiento de las teorías de la pena en sede de medición judicial del castigo es sintomático de que se está ante un ámbito conceptual que no debe concebirse de forma necesaria como un campo exclusivamente orientado en función de cómo se dé solución a las antinomias de los fines de la pena, sino como uno en el que lo que puede primar es una estructuración que se base en *la comparación de casos en función de su gravedad relativa medida en términos de lesividad social*. En este sentido, se constata también como punto de encuentro prácticamente unánime en la doctrina la idea de que, de conformidad con lo que permitan las escalas penales previstas en abstracto, hechos de mayor gravedad deben recibir un tratamiento punitivo más severo que hechos de menor gravedad (y viceversa), y de que hechos de gravedad análoga deben recibir un tratamiento punitivo de análoga intensidad.⁴⁵

Asimismo, existe una línea de pensamiento convergente respecto a las dificultades para la configuración de penas absolutamente *precisas*: aun cuando los sistemas occidentales exigen la imposición de penas *puntuales* en el caso concreto, se reconoce de forma extendida lo complicado que resulta arribar a magnitudes exactas de punición siendo que se manobra en un terreno

de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena», *InDret*, (1), 2007, pp. 1 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, (2), 2007, pp. 1 ss.; PERALTA, *Doxa*, (31), 2008, pp. 599 ss.; FRISCH, *InDret*, (3), 2014, pp. 1 ss.; STAHL, *Strafzumessungstatsachen zwischen Verbrechenlehre und Straftheorie. Zugleich ein Betrag zur Strafzumessungsrelevanz des Vor- und Nachtatverhaltens*, 2015, pp. 34 ss., 238 ss.; VON HIRSCH, *Deserved criminal sentences. An overview*, 2017, pp. 23, 64; BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, p. 263; y GONZÁLEZ DE LEÓN BERINI, *Política Criminal*, (15-30), 2020, pp. 599, 602 ss. Sobre la tradicional diferenciación entre teoría jurídica del delito y teoría de la determinación de la pena, véanse, entre otros, GARCÍA ARÁN, *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, 1982, p. 64; FEIJOO SÁNCHEZ, *InDret*, (1), 2007, pp. 1 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, (2), 2007, pp. 5, 7 s.; PERALTA, *Doxa*, (31), 2008, pp. 600, 610 s.; y FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica*, 2014, pp. 129, 250, 256, 277 ss.

⁴⁵ En dicha línea, directa o indirectamente, DREHER, *JZ*, (2), 1967, pp. 44 s.; EL MISMO, *JZ*, (7), 1968, pp. 213 s.; HENKEL, *Die "richtige" Strafe. Gedanken zur richterlichen Strafzumessung*, 1969, pp. 20 s., 33; MORRIS, *Mich. L. Rev.*, (72), 1973-1974, pp. 1162 s.; LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, 1979, pp. 23 s., 38 s., 44, 69, 81, 110, 115; ROXIN, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, 1981, pp. 138 ss.; MORRIS, *Madness and the Criminal Law*, 1982, pp. 148 ss., 152, 160 s., 168, 179, 188, 200, 203; GARCÍA ARÁN, *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, 1982, pp. 128 ss., 175, 206; LA MISMA, *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995*, 1997, pp. 72, 80 s.; KÖHLER, *AT*, 1997, pp. 579 ss., 600; VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, 1998, pp. 63 ss., 160 s.; DEMETRIO CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, 1999, pp. 33, 36, 41, 88, 94, 100 s.; HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, pp. 21 s., 27, 36, 39, 69, 71, 195 ss., 361, 389; FEIJOO SÁNCHEZ, *InDret*, (1), 2007, pp. 9 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, (2), 2007, pp. 5, 8; ROBINSON, *Distributive principles. Who should be punished, how much?*, 2008, pp. 120, 141, 157 ss., 238 ss.; BESIO HERNÁNDEZ, *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, 2011, pp. 106 s.; ELHART, *Individualización judicial de la pena en el derecho penal argentino*, 2012, p. 208; FRASE, *Just Sentencing. Principles and Procedures for a Workable System*, 2013, pp. 15 s., 19 s., 25 ss., 29 ss., 35 ss., 56 s.; FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica*, 2014, pp. 85 s., 129, 291 s.; VON HIRSCH, *Deserved criminal sentences. An overview*, 2017, p. 63 —nota 1—; y BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 263 s., 271 ss., 301 ss., 387 ss.; entre otros.

sumamente complejo,⁴⁶ eminentemente valorativo,⁴⁷ y en el que parece necesario asumir que se debe proceder más bien por suficiencia⁴⁸ o por aproximación⁴⁹ en la configuración de la pena puntual a imponer judicialmente.

Resulta posible inferir también una tendencia creciente a colocar el énfasis en el concepto de *injusto* por sobre el de *culpabilidad* en las teorías de la determinación judicial de la pena, que se han ido orientando hacia la fijación de la medida de *injusto* (cometido de forma culpable), y no tanto hacia el establecimiento de la medida de *culpabilidad* del sujeto.⁵⁰ Además, de los

⁴⁶ Al respecto, véase, por todos, BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, p. 32, nota 5, con extensas referencias.

⁴⁷ En tal sentido, véanse, entre otros, DREHER, *JZ*, (2), 1967, pp. 43 ss.; HENKEL, *Die "richtige" Strafe. Gedanken zur richterlichen Strafzumessung*, 1969, pp. 30 ss.; QUINTERO OLIVARES, *CPC*, (4), 1978, p. 69; KÖHLER, *AT*, 1997, pp. 581 s.; MIRANDA RODRIGUES, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade (Os critérios da culpa e da prevenção)*, 1995, p. 588; ZIFFER, *Lineamientos de la determinación de la pena*, 2ª ed., 1999, pp. 31, 55; y BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, p. 263.

⁴⁸ Véanse, por ejemplo, referencias a la pena *suficiente* exigida por razones de prevención general y a la aplicación de la pena legal mínima en función de lo exigido por la prevención especial en LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, 1979, pp. 39 ss. Al respecto, véanse también ROXIN, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, 1981, p. 127 ("hacer determinar la magnitud exacta de la pena exclusivamente por la culpabilidad, es irrealizable ante la inexistencia de una correspondencia exacta entre pena y culpabilidad. La teoría del margen de libertad que decide dentro del marco de la culpabilidad la magnitud de la pena conforme a necesidades preventivas, suministra también bajo este presupuesto un claro resultado: la fijación de la pena en el grado mínimo de culpabilidad."); GARCÍA ARÁN, *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, 1982, pp. 121 s., 170, 199; ROXIN, «Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad», en MAIER (comp.), *Determinación judicial de la pena*, 1993, pp. 34 s. ("En algunos casos, pero no necesariamente siempre, ya el límite mínimo del marco penal asegura el respeto del 'mínimo de prevención general'."); MIRANDA RODRIGUES, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade (Os critérios da culpa e da prevenção)*, 1995, p. 571 (quien se refiere a mínimos de punición que sean suficientes para la prevención general comunitaria); VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, 1998, pp. 73 ss., especialmente p. 83; FREUND, en WOLTER/FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal: delito, determinación de la pena y Derecho penal*, 2004, p. 121 (se señala que sólo la reacción más moderada puede ser adecuada y correcta); ELHART, *Individualización judicial de la pena en el derecho penal argentino*, 2012, pp. 10, 207; FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica*, 2014, pp. 270 ss.; y BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 265, 373 ss. En el marco de la determinación de la pena en supuestos concursales, una propuesta orientada, entre otros principios, por el de punición suficiente, puede consultarse en MOLINA FERNÁNDEZ, en EL MISMO (coord.), *Memento práctico penal 2021*, 2020, nm. 3250 ss., especialmente nm. 3257.

⁴⁹ Aun cuando se exija la fijación de magnitudes *exactas* de pena, se reconoce que no existe una correspondencia ontológica entre gravedad del injusto y gravedad de la pena, que tal correspondencia es fruto de convenciones y que, en todo caso, se debe proceder por *aproximación*. La pena que se impone en cada caso sería una especie de pena exacta a la que se llega, de alguna manera por *aproximación*. Sobre la necesidad de proceder por aproximación, véanse DREHER, *JZ*, (2), 1967, pp. 42 s.; HENKEL, *Die "richtige" Strafe. Gedanken zur richterlichen Strafzumessung*, 1969, pp. 30 s.; KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 2ª ed., 1976, p. 261; MORRIS, *Madness and the Criminal Law*, 1982, p. 155; ERHARD, *Strafzumessung bei Vorbestraften unter dem Gesichtspunkt der Strafzumessungsschuld*, 1992, p. 351; VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, 1998, p. 160; ZIFFER, *Lineamientos de la determinación de la pena*, 2ª ed., 1999, p. 54; GONZÁLEZ DE LEÓN BERINI, *La concreción del castigo. El ejercicio legítimo del arbitrio judicial en las decisiones individualizadoras, desde un enfoque fenomenológico*, 2017, pp. 379, 386; y BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, p. 263; entre otros.

⁵⁰ En dicha línea, véanse HENKEL, *Die "richtige" Strafe. Gedanken zur richterlichen Strafzumessung*, 1969, pp. 26 s.; GÓMEZ BENÍTEZ, *RFDUC*, (3), 1980, pp. 152, 176 ss., 183; ROXIN, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, 1981, pp. 112 s.; ERHARD, *Strafzumessung bei Vorbestraften unter dem Gesichtspunkt der Strafzumessungsschuld*, 1992, pp. 345 ss.; KÖHLER, *AT*, 1997, pp. 598 ss.; DEMETRIO CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, 1999, p. 212; HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, pp. 18,

planteamientos existentes puede inferirse que el concepto de injusto sería susceptible de graduación bidireccional, en sentido descendente (atenuatorio) o en sentido ascendente (agravatorio), lo que justificaría disminuciones o aumentos de pena, respectivamente, en función del menor o mayor contenido de injusto, y que el concepto de culpabilidad, en cambio, operaría de forma unidireccional como mero límite del castigo, esto es, como un filtro que debe atravesar el injusto concurrente a los efectos de poder ser legítimamente castigado. La culpabilidad sería solo susceptible de graduación en sentido descendente (atenuatorio) y permitiría fundamentar, por tanto, el mantenimiento pleno de la medida de pena que se justifique en razón del injusto cometido o, en su defecto, la imposición de un castigo reducido o la absolución, según concurren causas de disminución o de exclusión de la culpabilidad, respectivamente.⁵¹

Otra tendencia que puede inferirse en la materia radica en el amplio reconocimiento de que la mejor orientación existente a los fines de determinar la pena salvaguardando la seguridad jurídica debe proceder de una adecuada actuación del poder legislativo: en cumplimiento del principio de legalidad de los delitos y de las penas (y más específicamente, del mandato de determinación —*lex certa*— inherente al mismo), los límites (mínimo y máximo) de punición de cada delito deberían fijarse en sede legislativa, de forma suficientemente determinada y procurando la elaboración de marcos penales relativamente estrechos. No obstante, se suele defender también la necesidad de conceder un margen de maniobra nada desdeñable a los órganos jurisdiccionales para que puedan valorar las circunstancias concretas del hecho y del autor, recorrer en toda su extensión el marco de punición desde su mínimo hasta su máximo y fijar, en última instancia, el castigo adecuado al caso enjuiciado, existiendo cierta reticencia a que se predetermine de forma excesiva por parte del legislador el campo de lo punible.⁵²

21, 50, 62, 195 ss., 220, 390 ss.; HORN, «§ 46», *SK*, 7ª ed., 2001, nm. 41; FEIJOO SÁNCHEZ, *InDret*, (1), 2007, pp. 9 s.; SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, (2), 2007, pp. 4, 9 s.; y FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica*, 2014, pp. 291 s.; entre otros.

⁵¹ Sobre el reconocimiento de que injusto y culpabilidad constituyen magnitudes graduables, véanse, por ejemplo, ERHARD, *Strafzumessung bei Vorbestraften unter dem Gesichtspunkt der Strafzumessungsschuld*, 1992, p. 345; MIRANDA RODRIGUES, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade (Os critérios da culpa e da prevenção)*, 1995, pp. 478 ss.; CHOCLÁN MONTALVO, *Individualización judicial de la pena, función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*, 1997, p. 180; SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, (2), 2007, p. 5 (injusto, culpabilidad y punibilidad son “magnitudes materiales graduables”); y BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 271 ss. Sobre la concepción mayoritaria en la determinación judicial de la pena que adjudica a la culpabilidad una función de límite (o, en terminología de HORN, de filtro, cedazo o colador) respecto a la *medida de injusto* que debe atribuirse al responsable, véase, por todos, BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 274 s. —con extensas referencias en nota 13—).

⁵² Aunque se pretenda evitar la implementación de marcos penales excesivamente amplios, existen reticencias desde los enfoques de la proporcionalidad positiva a la implementación de directrices de determinación de la pena demasiado estrictas que limiten sustancialmente el margen de maniobra del juzgador para *recorrer* la escala de penas (sobre ello, véanse, por ejemplo, HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, pp. 20, 22, 362 ss. —donde se constata un enfoque orientado hacia la proporcionalidad con el hecho en el que, dentro de marcos penales legales no demasiado amplios, la medida de pena final sea ponderada y calibrada *judicialmente* y no excesivamente por vía *legislativa* ni por *directrices numéricas de determinación de la pena*—; VON HIRSCH, *Deserved criminal sentences. An overview*, 2017, pp. 15 s.; y HÖRNLE, «Zur Lage der Strafzumessung in Deutschland», *GA*, (4), 2019, pp. 285 ss.). Sobre la discusión respecto a la necesidad de contar con directrices de determinación de la pena relativamente estrictas, véanse especialmente las diversas contribuciones contenidas en la obra AMBOS (ed.), *Strafzumessung. Angloamerikanische und deutsche Einblicke / Sentencing. Anglo-American and German Insights*, 2020.

Una tendencia adicional en la doctrina especializada de la determinación judicial de la pena radica en que los marcos penales suelen concebirse en clave estrictamente individual para su aplicación a supuestos de unidad delictiva, sin que quede claro qué papel deben ostentar, si es que alguno, consideraciones de tipo sistemático. De una interpretación estrictamente apegada al tenor literal de los preceptos contenidos en la legislación penal, se infiere que los marcos penales de cada tipo contienen elencos de posibles castigos a aplicarse en supuestos de unidad delictiva, de forma tal que cualquier pena inserta entre el mínimo y el máximo de la escala legislativa sería formalmente utilizable, siempre que se respete la unidad mínima de punición que se contemple por parte del legislador.⁵³ La posibilidad de aplicar una pena mayor o menor de entre aquellas previstas en el marco legislativo dependería de la valoración estrictamente judicial de la gravedad o intensidad de circunstancias relacionadas con el delito y con el sujeto responsable del mismo.⁵⁴ Pero poco se suele indicar respecto a la incidencia que en tal valoración deberían tener —si es que alguna— factores de carácter *sistemático* desvinculados del hecho y de la persona del autor, como la penalidad que correspondería aplicar en supuestos concursales de pluralidad delictiva (que podrían a veces castigarse con idénticas penas que las que resultarían formalmente imponibles en supuestos de unidad delictiva), o como las dificultades de control efectivo de las decisiones de fijación de pena por parte de tribunales de alzada en función de la existencia de prácticas deferentes hacia lo decidido por los tribunales de instancia.⁵⁵

⁵³ Téngase presente, en dicha línea, la influencia de la concepción de DREHER del marco penal concebido como escala de gravedad continua (véase supra, nota 17). Según una concepción de tal tipo, la modificación de la escala aplicable debería repercutir en términos generales en la penalidad que corresponda imponer a cada delito, que deberá graduarse en función de la nueva penalidad prevista, y ello incluso retroactivamente, si se tratase de una reforma que disminuya la severidad del marco legal de penas. En una posición próxima se sitúa el planteamiento de VON HIRSCH, si bien teniendo en cuenta todas las escalas penales previstas por el sistema (y no únicamente la correspondiente al concreto delito enjuiciado): para el autor, la modificación legislativa de la medida de punición mínima y máxima de la escala *general* de penas debería repercutir *en cascada* en todas las penas previstas por el sistema para los diversos delitos —dicho en otras palabras: frente a una modificación de la escala de penas en términos *cardinales*, deberá ajustarse la penalidad aplicable a los diversos delitos, manteniéndose la posición dentro de la nueva escala de castigos de cada uno de ellos en función de su gravedad *relativa*—. La lectura en clave individual de las escalas penales por parte de VON HIRSCH también se infiere de que su diferenciación categorial entre proporcionalidad cardinal y ordinal fue objeto de elaboración para el abordaje de la penalidad aplicable en supuestos de unidad delictiva —y no de pluralidad delictiva—. Sobre ello, véanse, entre otros, DREHER, *MDR*, (4), 1961, p. 344; EL MISMO, *JZ*, (2), 1967, pp. 42 s.; EL MISMO, *JZ*, (7), 1968, p. 212; KÖHLER, *AT*, 1997, pp. 595 ss.; VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, 1998, pp. 71 ss.; ZIFFER, «Artículos 40/41», en BAIGÚN/ZAFFARONI (dirs.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. 2A, 2ª ed., 2007, p. 74 (“toda modificación del marco penal produce, automáticamente, una alteración del parámetro utilizado y habrá de modificar, necesariamente, el monto de la pena”); ROBINSON, *Distributive principles. Who should be punished, how much?*, 2008, p. 141; FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica*, 2014, pp. 105 s. —nota 60—; y VON HIRSCH, *Deserved criminal sentences. An overview*, 2017, pp. 58, 60.

⁵⁴ Justamente en ello radicaría lo específico de la determinación *judicial* de la pena: en el *margen de maniobra* del que disponen los juzgadores para moverse con relativa libertad *dentro del marco penal legislativamente previsto*, para *recorrer* el mismo en sentido ascendente o descendente y *fijar* en su interior la pena específica que consideren corresponde aplicar al caso concreto.

⁵⁵ Sobre lo que sí hay referencias es sobre la escasa utilidad de ciertas teorías de la determinación judicial de la pena para fundamentar las decisiones de *fijación* de la pena por parte de tribunales de instancia, como así también sobre el origen procesal (en la jurisprudencia de tribunales de revisión) y la utilidad de dichas teorías para fundamentar decisiones *deferentes* hacia lo decidido por tribunales de instancia. Al respecto, véanse ROXIN, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, 1981, p. 148; ALBRECHT, *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität. Eine vergleichende und empirische Studie zur Herstellung und Darstellung des Strafmaßes*, 1994, p. 41; HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, pp. 17, 35 s., 62 s., 75; y ZIFFER, *Lineamientos de la determinación de la pena*, 2ª ed., 1999, p. 50.

La superación de la concepción ilustrada del juzgador como mero aplicador mecánico de la ley (como *bouche de la loi*) y el reconocimiento de que los órganos judiciales ostentan atribuciones interpretativas obligan a que se deba conceder a los juzgadores *cierto margen de maniobra* en la determinación de la pena, lo que supone necesariamente adjudicarles la potestad de adoptar decisiones con implicaciones político-criminales.⁵⁶ Sin embargo, se debe tener presente también que el acto de determinación judicial de la pena no se concibe ya como un acto soberano absolutamente discrecional perteneciente en exclusiva al juzgador de instancia y no susceptible de ulterior control, sino que en el desarrollo de la labor de fijación del castigo del caso concreto se exige que los órganos judiciales utilicen el margen de maniobra que se les reconoce mediante la sujeción estricta a los principios y normas jurídicas vigentes y procurando la maximización de las posibilidades de control.⁵⁷

De lo indicado, sin embargo, no debe inferirse que el cometido de los juzgadores en la determinación del castigo se sitúe *exclusivamente* en *recorrer* (de forma *ascendente* o *descendente*) la escala legal de penas, sin que quepa asignarles margen de maniobra alguno (también) para incidir en la decisión (previa) referida a si se debe *ingresar* al marco penal, decisión esta última que se vincula con el *sí* de la pena y que tradicionalmente ha sido respondida por la teoría jurídica del delito en función de las exigencias previstas en la norma primaria de conducta, *con independencia de lo previsto en la norma secundaria de sanción*. Cabe pensar que la severidad de la pena *mínima* que deba imponerse en función de la escala legal aplicable podría resultar relevante como criterio hermenéutico para efectuar una delimitación adecuada del alcance mismo de la norma primaria de conducta. Ello supondría admitir la posibilidad de interpretar que un determinado hecho *formalmente* típico no deba ser, sin embargo, castigado por no resultar *materialmente* relevante al no alcanzar el umbral de gravedad requerido por la penalidad *mínima* de obligada imposición. Tal matiz no ha sido objeto de tratamiento en profundidad en la doctrina especializada.

Del reconocimiento de un *margen de maniobra* a los juzgadores de instancia en supuestos de unidad delictiva tampoco resulta evidente que se les deba permitir *recorrer* la escala de punición *en toda su amplitud desde su punto mínimo hasta su máximo*: un margen de maniobra de tal amplitud no parece casar bien con la idea del logro de un control efectivo y pleno de las decisiones de determinación de la pena. Y ello por dos razones: a) si se pretende seriamente controlar en mayor medida (idealmente, de forma plena y efectiva) las decisiones de medición del castigo judicialmente adoptadas conforme a principios y normas jurídicas, deberían diferenciarse (o, en terminología de VON HIRSCH, “espaciarse”)⁵⁸ claramente los puntos de castigo de legítimo empleo por parte de los juzgadores de instancia, quienes deberían limitarse a recorrer la escala de penas únicamente utilizando dichos puntos específicos diferenciados;⁵⁹ y b) debería

⁵⁶ En la línea del texto, véase especialmente SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, (2), 2007, p. 4 —“No puede dudarse de que el juez hace política criminal; de modo especial en la individualización de la pena” —, p. 4, nota 5 —“También la lleva a cabo en la determinación de los hechos y en la imputación del delito”—).

⁵⁷ La naturaleza jurídica tradicionalmente reconocida a la determinación judicial de la pena como acto perteneciente al juzgador de instancia —a su discrecionalidad plena— y jurídicamente irrevisable ha evolucionado hasta llegar a ser concebido como un acto de discrecionalidad reglada y constitucionalmente revisable. Sobre la evolución de la naturaleza jurídica de la determinación judicial de la pena, véase BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 277 ss.

⁵⁸ Véanse, al respecto, VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, 1998, pp. 46 s.

⁵⁹ Mientras más alternativas de tratamiento penológico se admitan para las posibles realizaciones fácticas de un mismo tipo penal (esto es, mientras más variada sea la gama de posibles magnitudes de pena a

evitarse la posibilidad de que se apliquen idénticas magnitudes de punición para supuestos que no se correspondan valorativamente con idéntica medida de injusto culpable.⁶⁰

Finalmente, cabe apuntar que de la evolución en la discusión científica existente en la materia parece desprenderse la concurrencia de un fundamento diferenciado respecto a lo que justifica las medidas mínima y máxima de pena de posible aplicación: al hilo del abandono del denominado Derecho penal retributivo y de la adhesión a un Derecho penal fundamentado en términos preventivos, se constata una suerte de *asimetría en la punición*, ya que el fundamento (preventivo-general) de la pena *mínima* no coincidiría con el fundamento (con base en la idea de retribución/culpabilidad/merecimiento) de la pena *máxima* (que no debe ser desbordada).⁶¹ Si se admite que incluso con la imposición de la pena *mínima* legalmente prevista se satisfacen *suficientemente* los fines preventivo-generales que fundamentan la intervención penal, no resulta evidente que deba permitirse demasiada amplitud para que el juzgador *recorra* toda la escala de penas y decida con suma libertad dónde *aterrizar* dentro del marco de punición, con la única exigencia de que respete los límites (mínimo y máximo) y la unidad mínima de punición —que legalmente se fijen—, máxime si se tiene en cuenta, de conformidad con lo anteriormente indicado, que los fines absolutos y/o relativos que *puedan* aún no estar suficientemente

aplicar), más dificultades surgirán para determinar si el juzgador de instancia ha procedido correctamente. Limitar las alternativas de punición de posible utilización puede facilitar la adopción de decisiones valorativas sobre cuál pena debe aplicarse (por parte del tribunal de instancia) y sobre si se ha aplicado la alternativa punitiva (más) correcta (a juicio del tribunal de revisión). Ciertos estudios reflejan que, en la práctica, se emplean a veces relativamente pocas magnitudes de punición por los juzgadores de instancia, pese al gran abanico de alternativas que permitiría el marco penal; en tal sentido, véanse, por ejemplo, STRENG, *Strafzumessung und relative Gerechtigkeit. Eine Untersuchung zu rechtlichen, psychologischen Aspekten ungleicher Strafzumessung*, 1984, p. 105; ALBRECHT, *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität. Eine vergleichende und empirische Studie zur Herstellung und Darstellung des Strafmaßes*, 1994, pp. 287 ss.; MIRANDA RODRIGUES, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade (Os critérios da culpa e da prevenção)*, 1995, pp. 104 s.; HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, p. 52; OSTROM/OSTROM JR., «A New Look at Sentence Severity», en TATA/HUTTON (eds.), *Sentencing and society. International perspectives*, 2004, pp. 277 ss.; ALBRECHT, «Tatproportionalität in der Strafzumessungspraxis», en FRISCH/VON HIRSCH/ALBRECHT (eds.), *Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung. Buchenbach-Symposium 1999*, 2003, p. 227 (“En conjunto, las penas se ubican en el tercio inferior del marco penal legal; estas distribuciones han sido siempre una y otra vez detectadas desde hace tiempo; la utilización del marco penal se concentra en pocas magnitudes de pena dentro del marco penal”), p. 229 (se indica que en ciertos ámbitos delictivos de gravedad existen estudios empíricos que demuestran que en porcentajes significativos de casos las penas se insertan en únicamente 7 magnitudes individuales de punición —con referencias a estadísticas de Alemania y Austria—); y BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 373 ss., especialmente p. 374, nota 179; entre otros.

⁶⁰ Adviértase la posibilidad de que castigos insertos en los segmentos superiores del marco penal e impuestos en supuestos de *unidad delictiva* coincidan con los que puedan disponerse en supuestos de *pluralidad delictiva* que presenten un grado de injusto culpable de mayor intensidad. La problemática indicada puede visualizarse con claridad en supuestos de concurso ideal: que en algunos sistemas tales supuestos deban resolverse mediante la aplicación del principio de absorción agravada (como sucede en España, en donde la regla penológica prevista para castigar tales supuestos se contiene en el art. 77.2 del CP, que obliga a emplear la escala penal correspondiente al delito más grave, en su mitad superior), supone que el marco penal del delito más gravemente castigado (o una parte del mismo) deberá utilizarse para castigar el injusto global concurrente; pero ello no impide que, como fruto del ejercicio de la discrecionalidad judicial sujeta a reglas jurídicas, una pena de la misma magnitud pueda imponerse si se perpetrara únicamente un solo delito —aquel más severamente castigado—.

⁶¹ Sobre la existencia de límites consecuencialistas a la pena, véase RODRÍGUEZ HORCAJO, «¿Límites consecuencialistas a una pena consecuencialista? Una introducción», en CANCIO MELIÁ/MARAVÉ GÓMEZ/FAKHOURI GÓMEZ/GUÉREZ TRICARICO/RODRÍGUEZ HORCAJO/BASSO (eds.), *Libro homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, t. I, 2019, pp. 291 ss.

satisfechos con la imposición de la pena mínima representan nociones esencialmente imprecisas y, por tanto, inidóneas para identificar magnitudes punitivas exactas.⁶²

3. Propuesta de una teoría de determinación judicial de la pena orientada hacia el plano sistemático y hacia la proporcionalidad estricta con la gravedad del hecho

Partiendo del estado actual de la cuestión en la materia, se procede al planteamiento de un nuevo enfoque conceptual de determinación judicial de la pena con énfasis en consideraciones de carácter sistemático y en la fijación de penas estrictamente proporcionadas a la gravedad del hecho. El enfoque que se propone procura tomar debidamente en cuenta las tendencias convergentes anteriormente identificadas e intenta subsanar el déficit de tratamiento de las problemáticas aún requeridas de mayor abordaje y sistematización en el plano conceptual.

La teoría que se desarrolla se estructura en torno a la redefinición del concepto, contenido e implicaciones de las categorías de proporcionalidad cardinal y ordinal de VON HIRSCH. En última instancia, se postula que la pena del caso concreto debe resultar de la valoración sincrética de exigencias de proporcionalidad *cardinal* y de proporcionalidad *ordinal*. Al amparo de las primeras, se procurará atender a la problemática respecto a si corresponde asignar relevancia a aspectos sistemáticos (desvinculados del injusto culpable individualmente concurrente) en la medición judicial de la pena. Al amparo de las segundas, se procurará atender a las problemáticas consistentes en responder a los interrogantes respecto a si existen supuestos en los que se debe *no ingresar* al marco penal y respecto a con qué amplitud debe interpretarse el *margen de maniobra* del que disponen los juzgadores de instancia al fijar la pena individual al *recorrer* la escala aplicable.

En el ejercicio de descender desde el plano de lo abstractamente previsto por el legislador hasta el plano concreto de la pena exacta aplicable, el juzgador debe desarrollar su labor de determinación de la pena a partir de la realización de una actividad valorativa de naturaleza jurídica híbrida o dual, desarrollando *prevalentemente actos de aplicación estricta del Derecho* y *marginalmente actos de configuración* del mismo. Los primeros implican que el juez debe sujetarse a los valores, principios y normas jurídicas vigentes; los segundos, que el juez, *dentro del marco de lo legalmente permitido*, dispone de margen de maniobra para efectuar una delimitación de lo previsto en abstracto a los efectos de realizar ulteriores diferenciaciones (típicas y punitivas), contribuyendo con ello de forma *complementaria* a la delimitación del campo de lo delictivo y de lo punible —delimitación que, en su núcleo *esencial*, compete en exclusiva al poder legislativo—. En el terreno de la graduación judicial del castigo, de lo que se trata, en definitiva, es de que el juzgador, dentro del margen de valoración que se le conceda, maximice el respeto de los principios de legalidad y de proporcionalidad cuando determine la *intensidad típica* de la configuración fáctica del delito —de entre las infinitas alternativas posibles— formalmente subsumible en un tipo penal, y que establezca la penalidad específica que, en su caso, corresponda aplicar —dentro de las amplias alternativas de punición que admita la norma de sanción—.

La determinación judicial de la pena, conforme a lo recién indicado, se concibe como un proceso estructurado en torno a la realización de sendos juicios de subsunción *punitiva* de hechos

⁶² Sobre ello, véase *supra*, nota 41.

formalmente típicos en la norma de sanción.⁶³ El *primer juicio de subsunción punitiva* requiere delimitar el alcance de la norma primaria de conducta en función del nivel de punición contenido en la penalidad *mínima* prevista por la norma secundaria de sanción, y definir, con ello, qué *umbral o intensidad de injusto típicamente concurrente* se requiere para *ingresar* al marco penal; dicho juicio se corresponde con la decisión respecto a si se debe *ingresar* al marco penal abstracto. El *segundo juicio de subsunción punitiva*, por su parte, supone una labor de mayor complejidad, puesto que requiere delimitar tanto el alcance de la norma secundaria de sanción como el de la norma primaria de conducta: se trata de precisar qué tan grave es el hecho delictivo (que ya reúne el umbral de gravedad requerido por la penalidad mínima contenida en la norma secundaria de sanción), y qué tan intensa debe ser la respuesta punitiva al mismo, debiéndose decidir si esta se *mantiene* anclada en el punto inferior de la escala aplicable, o si esta última se *recorre en sentido ascendente* hasta fijar la pena en una magnitud superior por estarse ante una intensidad de injusto culpable concurrente que excede la que resulta proporcionada estrictamente a la penalidad mínima prevista en la norma secundaria de sanción; dicho juicio se corresponde con la decisión respecto a si el marco penal abstracto debe *recorrerse en sentido ascendente*.

Se desarrollará primeramente el tratamiento conceptual de lo atinente a las exigencias (sistemáticas) de proporcionalidad *cardinal* (3.1.). Seguidamente se realizará el abordaje de las exigencias (estrictas) de proporcionalidad *ordinal* (3.2.). En el último apartado se especificará la interrelación existente entre las exigencias de proporcionalidad cardinal y ordinal del castigo (3.3.).

3.1. Proporcionalidad cardinal: concepto, contenido e implicaciones de las exigencias cardinales del castigo

a. Concepto

La fijación de penas para casos concretos en sede judicial debe respetar exigencias de proporcionalidad *cardinal*. En la concepción de VON HIRSCH, ello significa que la pena individual debería fijarse de conformidad con los niveles de severidad de castigos previstos *convencionalmente* por el sistema jurídico-penal. En consonancia con ello, para dicho autor, las exigencias de proporcionalidad cardinal se identificarían con los puntos estipulados en abstracto de anclaje mínimo y máximo de la escala general de penas y de las escalas específicas de penas (marcos penales) aplicables a cada delito, y con el límite que se prevea (también en abstracto) para proceder a la suspensión de la ejecución de la pena impuesta —“*in/out line*”—.⁶⁴

⁶³ De forma previa a la realización de los juicios de subsunción *punitiva* (que conducen a determinar en qué magnitud exacta de la escala de penas se debe *insertar* el delito perpetrado) se requiere, evidentemente, que se haya respondido afirmativamente al juicio de subsunción *típica* de la conducta a castigar (que conduce a determinar que el hecho resulta subsumible en la descripción típica realizada en abstracto por el legislador). Téngase presente que, ya sea que se trate de un juicio de subsunción *típica*, ya sea que se esté ante uno de subsunción *punitiva*, la labor judicial que se debe llevar a cabo requiere del ejercicio de atribuciones interpretativas que no se limitan a una mera aplicación mecánica de normas jurídicas. Sobre ello, véase BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 282 ss.

⁶⁴ Sobre el concepto de proporcionalidad cardinal (o absoluta), véanse, entre otros, VON HIRSCH, *Past or future crimes. Deservedness and dangerousness in the sentencing of criminals*, 1985, pp. 43 ss., 92 ss.; MANNOZZI, *Razionalità e “Giustizia” nella commisurazione della pena. Il Just Desert Model e la riforma del Sentencing nordamericano*, 1996, pp. 200 (nota 4), 203 ss.; VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, 1998, pp. 43 ss., 71 ss.; JAREBORG, «Why Bulk Discounts in Multiple Offence Sentencing?», en ASHWORTH/WASIK (eds.), *Fundamentals of Sentencing Theory*, 1998, p. 138; RODRÍGUEZ HORCAJO, *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión*,

Sin embargo, limitar lo que deba entenderse por *niveles de severidad de castigos del sistema* a lo que se estipule *en abstracto* implica restringir excesivamente el marco de las exigencias de proporcionalidad cardinal del castigo a las convenciones fijadas por el legislador.⁶⁵ Ello supone un enfoque demasiado centrado en el plano formal, que dejaría fuera de consideración aspectos de diversa procedencia que, a mi parecer, deberían ser tomados en cuenta a los efectos de delimitar e interpretar, más allá de lo previsto en abstracto en las normas de sanción, lo que deba entenderse por *nivel de severidad de castigos del propio sistema jurídico-penal*.

En dicha línea, en la determinación judicial de la pena, además de los niveles de punición convencional y formalmente fijados en abstracto y plasmados en las normas de sanción, el juzgador debe tener en cuenta aspectos de corte *sistemático* que, pese a no vincularse específicamente con el delito individual a enjuiciar, deben ser tomados en consideración a los efectos de *minimizar distorsiones valorativas* que generan cierta desigualdad en la imposición de las penas. Se trata de aspectos que deben incidir interpretativamente en la comprensión del nivel de severidad previsto por el sistema jurídico-penal y que se erigen en parámetros hermenéuticos para delimitar la forma en que se debe ejercitar el margen de maniobra del que dispone el juzgador al momento de interpretar las escalas penales aplicables y de descender del terreno de lo abstracto al de lo concreto en la determinación de la pena.

Los factores sistemáticos deben irradiar todo el proceso de determinación judicial de la pena y contribuyen a dotar de mayor contenido el campo de la proporcionalidad cardinal, que no debe concebirse exclusivamente como *identificación* de los niveles de severidad de castigos previstos convencionalmente y en abstracto por el sistema jurídico-penal. Por irradiar todo el proceso cuantificador, las exigencias *cardinales* del castigo no pueden resultar desatendidas ni tampoco infravaloradas, sino que deben recibir atención central por parte de la dogmática de la determinación judicial de la pena. La asignación de un papel protagónico a lo *cardinal* en la imposición judicial del castigo supone, por tanto, un elemento diferencial respecto al planteamiento de VON HIRSCH y sus partidarios, para quienes la atención parece recaer en todo aquello perteneciente al campo categorial de la proporcionalidad *ordinal*.⁶⁶ Lo planteado supone un reposicionamiento del concepto de proporcionalidad cardinal en la determinación judicial de la pena, hasta ahora escasamente tenido en cuenta por considerarse que este se vinculaba únicamente con aspectos dependientes de cuestiones político-criminales impuestas externamente al juzgador y frente a las que este poco o nulo margen de maniobra ostentaba.

La toma en consideración en sede de graduación judicial del castigo de aspectos sistemáticos no debe resultar problemática, ya que se reconoce al juzgador de lo penal atribuciones

cooperación y equidad, 2016, p. 84; BASSO, «Sobre la relevancia de las penas mínimas. Una reflexión a partir del caso mesa nacional Herri Batasuna (STC 136/1999, de 20 de julio)», en PÉREZ CEPEDA (dir.), *Actas del Seminario Internacional. El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político-criminal*, 2017, pp. 244 s.; y VON HIRSCH, *Deserved criminal sentences. An overview*, 2017, pp. 59 s.

⁶⁵ O, en el caso de ciertos sistemas jurídicos, por las comisiones expertas y especializadas competentes en materia de elaboración de directrices de determinación de la pena (*sentencing commissions*).

⁶⁶ Sobre el énfasis de los partidarios de teorías de la proporcionalidad estricta en exigencias de proporcionalidad *ordinal* en detrimento del concepto de proporcionalidad *cardinal*, véanse, por ejemplo, VON HIRSCH, *Past or future crimes. Deservedness and dangerousness in the sentencing of criminals*, 1985, pp. 92 ss.; EL MISMO, *Censurar y castigar*, 1998, pp. 71 ss., 146 s.; HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, pp. 21 s., 155 —nota 202—, 361; SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, (2), 2007, p. 7; ROBINSON, *Distributive principles. Who should be punished, how much?*, 2008, p. 141; y VON HIRSCH, *Deserved criminal sentences. An overview*, 2017, pp. 56, 62.

interpretativas que deben canalizarse *prevalentemente* a través de la *aplicación estricta* del Derecho y *marginalmente* a través de la *configuración* de las normas jurídicas aplicadas. El juzgador, al fijar la pena, efectúa juicios interpretativos respecto a la *aplicación del sistema jurídico en su conjunto* —y no solo con relación a la norma *legislativa* de sanción asociada a un tipo penal—; asimismo, mediante sus juicios interpretativos contribuye también a la *configuración* misma del Derecho que aplica, puesto que su labor supone una delimitación del alcance de las normas jurídicas elaboradas en abstracto por el legislador: el juez *complementa* la *función legislativa* de creación del contenido *esencial* de la norma típica (efectuando ulteriores distinciones sobre la intensidad típica concurrente) y de las escalas penales (precisando la pena exacta que debe imponerse frente a cada realización concreta del tipo).

Que el juzgador disponga de atribuciones interpretativas no significa, sin embargo, que se le adjudique un *margen de maniobra* que suponga una injerencia indebida en el terreno propiamente legislativo de *creación* de delitos y marcos penales. En tanto la labor de configuración judicial de castigos individuales suponga un ejercicio *complementario* y *marginal* respecto a la delimitación del ámbito de lo delictivo y de lo punible que se subordina al *núcleo esencial* de las prescripciones contenidas en las normas jurídicas de formulación parlamentaria, no podrá afirmarse que exista una indebida injerencia judicial en el terreno de lo propiamente legislativo.⁶⁷

b. Contenido

Conforme a lo recién indicado, los niveles de severidad de castigos previstos convencionalmente y en abstracto por el sistema jurídico-penal no agotan el contenido propio de las exigencias de proporcionalidad cardinal. Las consideraciones *sistemáticas* desvinculadas del concreto delito (y de su autor) son múltiples y variadas: pueden consistir en prescripciones jurídicas de rango constitucional, legal o de otra clase, en cuestiones vinculadas con la dinámica del Derecho en sede aplicativa o en aspectos de carácter conceptual. Se trata de aspectos de difícil ponderación y concreción, y cuya contribución como *complementos* a tener en cuenta para precisar el nivel de severidad de castigos del sistema se produce a partir de su incidencia *difusa o indirecta* en la forma en que deben judicialmente interpretarse los marcos penales previstos en abstracto cuando se trata de proceder a la imposición de penas en supuestos concretos.

Sin ánimo de exhaustividad, se examinan a continuación las principales consideraciones sistemáticas relevantes en la determinación judicial de la pena y que, según el esquema que se propone, proceden de la dogmática de los concursos de delitos, de dinámicas de tipo procesal, de

⁶⁷ Lo indicado supone, en esencia, un fenómeno análogo al del funcionamiento de las normas penales en blanco o con elementos normativos. Las exigencias de legitimidad para admitir la labor complementaria, marginal y subordinada del juzgador para *completar* el alcance de tales normas *incompletas* mediante el ejercicio de sus atribuciones interpretativas y de integración del Derecho —precisando los alcances del tipo y la magnitud exacta de punición aplicable— debería regirse por requisitos análogos a los exigidos en el ámbito de las normas penales en blanco o con elementos normativos. Sobre ello en el sistema español, véase la consolidada jurisprudencia constitucional reflejada, entre otras, en la STC 120/1998, ponente García-Mon y González-Regueral, de 15 de junio (FJ quinto) y STC 24/2004, ponente Pérez Vera, de 24 de febrero (FJ séptimo y octavo). Sobre la cuestión, véanse también RODRÍGUEZ MOURULLO, *PG*, 1978, pp. 62, 286 s. (quien puntualiza que la integración de tipos abiertos o en blanco a partir de valoraciones *judiciales*, aunque necesaria, debe admitirse solo de forma excepcional, por implicar “una sensible limitación del principio de legalidad”) y FREUND, en WOLTER/FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal: delito, determinación de la pena y Derecho penal*, 2004, p. 93 (quien alude al carácter ideal y necesariamente abstracto tanto del Derecho penal sustantivo como del de la determinación de la pena).

principios de raigambre constitucional, del terreno del Derecho penal internacional y del campo conceptual de las teorías de la pena.

(i) *Consideraciones procedentes de las reglas de determinación de la pena aplicables en supuestos concursales de pluralidad delictiva*

Como aspectos que deben incidir en la interpretación judicial de los marcos penales cabe aludir, en primer lugar, a consideraciones vinculadas con la penalidad aplicable en supuestos concursales de pluralidad delictiva. En los sistemas de corte continental suelen existir reglas que fijan límites *jurídicos* de carácter cuantitativo respecto al castigo global imponible en supuestos de pluralidad de delitos y que impiden, en ocasiones, que la penalidad correspondiente a tales supuestos pueda ser la resultante de la suma aritmética de las penas individualmente imponibles respecto a cada delito objeto de condena. Se trata de situaciones en las que se terminan concediendo descuentos punitivos incluso en los casos donde paradójicamente concurre, en términos estrictamente delictivos, una mayor lesividad social: aquellos en los que la sumatoria de penas individualmente impuestas exceda los límites (relativos o absolutos) que legislativamente se fijen para supuestos de concursal real y en los que, con independencia de la cantidad y gravedad de los delitos objeto de condena, se aplicarán (*en beneficio del condenado*) dichos límites legislativamente fijados.⁶⁸

Que se proceda de tal forma en *supuestos concursales de pluralidad delictiva*, a mi parecer, no puede constituir un elemento irrelevante respecto a la pena final que deba imponerse en *supuestos de unidad delictiva*. Si bien se está ante situaciones pertenecientes a distintos regímenes de determinación de la pena, ambas se insertan en un único sistema jurídico en el que debe procurarse la evitación de distorsiones valorativas consistentes en que idénticas magnitudes (absolutas) de punición se apliquen a supuestos comparativamente (en términos relativos) de diverso contenido de injusto culpable (individual o global).⁶⁹

Con independencia de las reglas legales de determinación de la pena aplicables a cada caso, la necesidad de minimizar posibles inconsistencias valorativas del sistema y de fomentar una ordenación lo más consistente posible en cuanto a la penalidad aplicable a supuestos de unidad delictiva y a supuestos concursales de pluralidad delictiva deben conducir a interpretar restrictivamente las posibilidades de recorrer la escala legal de penas por parte del juzgador en supuestos de unidad delictiva.

Por tanto, si frente a plataformas fácticas complejas en la que concurren efectivamente múltiples delitos se contemplan posibles restricciones a la pena global aplicable (incluso en casos especialmente graves a través de descuentos punitivos inmerecidos concedidos en atención a

⁶⁸ En supuestos de concurso real, la pena global resultante, de aplicarse los límites jurídicos previstos, podría ser significativamente menor que la sumatoria aritmética de las penas individualmente impuestas por cada delito; en los supuestos de concurso ideal y medial, por su parte, la pena global resultante no podrá ser nunca mayor que la sumatoria aritmética de las penas individualmente imponibles por cada delito (sobre los diferentes límites de punición aplicables en supuestos de concurso real, ideal y medial en el sistema español, véanse los arts. 76, 77 del CP español; en la doctrina, véase especialmente MOLINA FERNÁNDEZ, en EL MISMO (coord.), *Memento práctico penal 2021, 2020*, nm. 5567 ss., 5591 ss., 5595 s.).

⁶⁹ Sobre ello, véanse BASSO, «Determinación de la pena en supuestos de unidad delictiva y de concursos», en ZIFFER (dir.), *Jurisprudencia de Casación Penal. Justicia Federal*, t. 11, 2018, pp. 19 ss.; y EL MISMO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 309 ss.

razones desvinculadas del delito, como sucede en supuestos de concurso real), ello debería tenerse en consideración y conducir, de forma refleja o indirecta, a interpretar restrictivamente por parte del juzgador los marcos penales aplicables al momento de efectuar la determinación judicial de la pena en supuestos de unidad delictiva, la cual debería, en razón de ello, orientarse hacia la fijación, en principio, de castigos próximos a los segmentos inferiores de la escala aplicable.⁷⁰

(ii) *Consideraciones procedentes de dinámicas procesales*

Como aspectos que deben incidir en la interpretación judicial de los marcos penales cabe referirse, en segundo lugar, a consideraciones procedentes de dinámicas procesales y que se vinculan con las prácticas deferentes de los tribunales de control que pueden generar indefensión, y con las posibles desigualdades que puedan producirse en las distintas fases de la determinación de la pena.⁷¹ Respecto a lo primero, se ha constatado que los tribunales (judiciales y constitucionales) competentes para controlar la corrección de las decisiones de determinación judicial de la pena suelen ser deferentes a lo decidido inicialmente por los tribunales de enjuiciamiento y por el propio legislador; dicha dinámica procesal *deferente* dificulta las posibilidades de control efectivo de las decisiones adoptadas y, con ello, la corrección de posibles penas desproporcionadas (del propio legislador, al elaborar la ley, o del juzgador de instancia, al aplicarla ejercitando su margen de maniobra) en la imposición del castigo.⁷² Respecto a lo segundo, es menester señalar que en ciertos estadios de determinación de la pena la presencia de fuertes componentes de discrecionalidad ha conducido a que se los caracterice como proclives a la generación de prácticas desigualitarias. Ello sucede muy especialmente, por ejemplo, en el campo de la determinación judicial de la pena⁷³ o en el de la determinación gubernativa de la pena —concesión (o denegación) de indultos—. ⁷⁴

La constatación de tales dinámicas procesales, a mi parecer, no puede constituir un elemento irrelevante respecto a la forma en que deben ejercitarse las atribuciones del juzgador de instancia

⁷⁰ Referencias a cuestiones de proporcionalidad cardinal y de proporcionalidad ordinal en el ámbito estrictamente de la dogmática de los concursos (que permitirían afirmar la relevancia de los límites jurídicos de acumulación aritmética de penas como condicionante *cardinal* de la ordenación de delitos y penas en función de su gravedad en supuestos de unidad delictiva) se contienen en JAREBORG, en ASHWORTH/WASIK (eds.), *Fundamentals of Sentencing Theory*, 1998, pp. 129 ss.; MAÑALICH RAFFO, «La reiteración de hechos punibles como concurso real. Sobre la conmensurabilidad típica de los hechos concurrentes como criterio de determinación de la pena», *Política criminal*, (10-20), 2015, pp. 511 ss., 523 ss.; y MOLINA FERNÁNDEZ, en EL MISMO (coord.), *Memento práctico penal 2021*, 2020, nm. 3257.

⁷¹ Sobre ello, véase BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 315 ss.

⁷² Sobre la deferencia en la jurisprudencia del TC español, véase especialmente LASCURAÍN SÁNCHEZ, «¿Restrictivo o deferente? El control de la ley penal por parte del Tribunal Constitucional», *InDret*, (3), 2012, pp. 1 ss. Sobre la deferencia en la jurisprudencia del TS a lo decidido discrecionalmente por los tribunales de instancia en materia de determinación de la pena, véanse STS 433/2019, ponente Del Moral García, de 1 de octubre (FJ primero) y STS 207/2020, ponente Del Moral García, de 21 de mayo (FJ segundo).

⁷³ HÖRNLE se ha referido a la problemática de niveles desigualitarios de imposición de penas entre distintas jurisdicciones alemanas: la autora, pese a la escasa perspectiva de éxito de obtener una rebaja de pena en sede recursiva invocándose las desigualdades en los niveles de punición constatables entre distintas regiones, afirma que tales desigualdades deberían tenerse en cuenta a fin de proponer regulaciones penales que aseguren niveles mayores de seguridad jurídica en la aplicación del Derecho (HÖRNLE, *GA*, (4), 2019, pp. 283 ss.).

⁷⁴ Al respecto, véase BASSO, «Determinación de la pena e indulto», en MOLINA FERNÁNDEZ/CARRACEDO CARRASCO (eds.), *El Indulto. Pasado, presente y futuro*, 2019, pp. 503 ss.

al determinar la pena. Mientras se identifiquen dinámicas que dificulten las posibilidades de revisión plena y de corrección efectiva de posibles penas incorrectas (por ejemplo, por resultar legal o judicialmente desproporcionadas su fijación), o que impidan asegurar una aplicación igualitaria del sistema de castigos, el margen de maniobra admisible para calibrar en sede judicial la pena del caso individual debe ser objeto de especiales cautelas. Ello debe tenerse también en cuenta y repercutir como efecto reflejo o indirecto en la forma de interpretar los marcos penales al momento de efectuar la determinación de la pena, justificando que se proceda bajo estándares de interpretación restrictiva al fijarse la pena individual en sede judicial. Mientras más se apegue el juzgador de instancia a la penalidad legal mínima de obligada imposición, menores situaciones de indefensión y/o desigualdad se producirán, por lo que las dinámicas procesales indicadas aconsejan también la orientación hacia la fijación, en principio, de castigos próximos a los segmentos inferiores de la escala aplicable.

(iii) *Consideraciones procedentes de principios constitucionales*

Como aspectos sistemáticos relevantes con incidencia difusa en la interpretación de los marcos penales de cara a la fijación de la pena del caso concreto cabe mencionar también consideraciones procedentes de la vigencia de los principios constitucionales de legalidad, de resocialización, de prohibición de penas inhumanas o degradantes, de intervención mínima y de proporcionalidad.⁷⁵ Importantes aportaciones procedentes de la doctrina especializada de la determinación judicial de la pena se relacionan estrechamente con dichos principios y encuentran cobertura jurídica al amparo de alguno (o varios) de ellos. Así sucede, por ejemplo, con el principio de parsimonia, que se vincula con exigencias de intervención mínima, con el principio de legalidad y con el de proporcionalidad (negativa).⁷⁶ Lo mismo puede decirse del principio de maximización de la no desocialización,⁷⁷ que tiene anclaje en el principio de resocialización entendido en sentido negativo. También la idea de adecuación o equivalencia estricta entre gravedad del delito y gravedad de la pena, que debería presidir la determinación del castigo, se conecta de forma indubitable con el principio de proporcionalidad estricta o positiva. Además, las tendencias anteriormente identificadas en materia de determinación judicial de la pena y consistentes en que se trata de un campo abocado a proceder por aproximación y en el que los esfuerzos deben orientarse hacia la fijación de penas suficientes encuentran cobertura jurídica en el principio de intervención mínima. El deber de concretar la

⁷⁵ Al respecto, véase BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 329 ss.

⁷⁶ Téngase presente que el principio de parsimonia se inserta como pieza fundamental en las concepciones de autores angloamericanos partidarios del *limiting retributivism* en su versión inicial o en su más reciente versión expandida (véase, sobre ello, la breve referencia a dichas teorías efectuada en el apartado 2.1).

⁷⁷ Ciertas vertientes de la teoría de la prohibición de desbordamiento de la culpabilidad conceden especial relevancia al principio de resocialización concebido en términos más bien normativos y negativos (y no propiamente en términos empíricos y positivos), colocando el énfasis en la *maximización de la evitación de la desocialización* del condenado como parámetro parcial o exclusivamente a tomar en consideración en la graduación de la pena; en dicha línea, véanse, por ejemplo, ROXIN, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, 1981, pp. 111 s.; GARCÍA ARÁN, *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, 1982, pp. 32, 37, 81 s., 121, 183 ss.; MIRANDA RODRIGUES, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade (Os critérios da culpa e da prevenção)*, 1995, pp. 563 ss., 574 s.; DEMETRIO CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, 1999, pp. 50 ss., 64 s., 201, 207, 328 s.; y BESIO HERNÁNDEZ, *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, 2011, pp. 592 ss. Sobre la evitación de la desocialización, véase también FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica*, 2014, p. 296.

pena dentro del marco de lo legalmente (convencionalmente) permitido constituye tradicionalmente la esencia de las exigencias cardinales del castigo y se vincula directamente con el principio de legalidad de los delitos y de las penas.

El hecho de que diversas aportaciones y tendencias en el ámbito de las teorías de la determinación judicial de la pena se puedan explicar recurriendo directamente a principios penales de raigambre constitucional debe conducir a adjudicarles incidencia en la fijación judicial de la pena individual. Los principios constitucionales de Derecho penal constituyen también, por lo tanto, aspectos que deben tener un efecto reflejo o indirecto en la forma de interpretar los marcos penales al momento de efectuar la determinación judicial de la pena. Por tratarse de principios limitadores del *ius puniendi* estatal, se trata de elementos que fundamentan proceder bajo estándares de interpretación restrictiva al fijar judicialmente la pena concreta. El juzgador de instancia debe procurar desarrollar su labor de forma tal de maximizar la vigencia de los principios constitucionales del Derecho penal, y ello suministra una razón adicional para proceder con moderación hacia la imposición de castigos que deberán, en principio, insertarse en los segmentos inferiores de la escala legal aplicable cuando se efectúe la determinación judicial de la pena en supuestos de unidad delictiva.

(iv) *Consideraciones procedentes del Derecho penal internacional*

En el terreno del Derecho penal internacional se observa una tendencia gradual hacia la morigeración de los niveles de severidad de castigos previstos para crímenes que se consideran de máxima gravedad sistémica y que atentan contra la comunidad internacional. Dicha tendencia se observa con claridad si se examina la penalidad máxima establecida en abstracto para los principales tribunales penales internacionales que han funcionado desde la segunda posguerra mundial hasta la actualidad.

Así, cabe puntualizar que el Estatuto de Roma ya no contempla como posible sanción la pena capital —que sí fue prevista y aplicada en los tribunales penales internacionales de Núremberg y Tokio—, ni tampoco estipula la pena de reclusión perpetua como sanción máxima en situaciones de gravedad *ordinaria*, la cual solo se establece como castigo posible en escenarios de gravedad *extraordinaria*⁷⁸ —y sí se contemplaba y aplicaba como sanción máxima, en cambio, en los tribunales penales internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y para Ruanda—. En el sistema de Derecho penal internacional convencional del Estatuto de Roma la penalidad máxima prevista actualmente para escenarios de gravedad *no extraordinaria* es la pena de reclusión temporal revisable de hasta treinta años.⁷⁹

La tendencia estrictamente vinculada con el nivel de anclaje de la pena *máxima* estatutariamente prevista en el terreno del Derecho penal internacional más reciente, por tanto, refleja una orientación gradual hacia la disminución de la aflictividad de los castigos. Un fenómeno análogo parece suscitarse en el ámbito concreto de la determinación judicial de las penas por parte de los tribunales penales internacionales que se han ido sucediendo desde la segunda posguerra mundial hasta la actualidad, en el que se constata también que los niveles de severidad de las

⁷⁸ Véase art. 77.1.b) del Estatuto de Roma.

⁷⁹ Véase art. 77.1.a) del Estatuto de Roma.

sanciones individualmente impuestas, en términos agregados, han ido disminuyendo.⁸⁰ Además, ciertos datos avalarían la orientación hacia la morigeración de los castigos impuestos en concreto en la escasa y más reciente jurisprudencia de la Corte Penal Internacional: a) aún no se ha impuesto en ningún caso reclusión perpetua revisable (penalidad máxima prevista para crímenes de extraordinaria gravedad), b) solo en un único supuesto se ha dispuesto la imposición de la pena de reclusión temporal máxima de 30 años,⁸¹ c) en los casos en los que el tribunal disponía de margen discrecional de maniobra para adoptar penas de mayor severidad (en función del sistema de sanciones del Estatuto de Roma) se optó por ejercitar cierto *self-restraint* y aplicar la penalidad mínima reclamada por la parte acusadora⁸² o la penalidad mínima exigida por la cláusula concursal del art. 78.3 del Estatuto de Roma.⁸³

En el Derecho penal internacional convencional más reciente, por tanto, se constata cierta morigeración en el nivel de severidad estatutariamente previsto para el castigo de los crímenes de mayor lesividad imaginables, como así también cierto proceder restrictivo por parte de la Corte Penal Internacional al interpretar cómo debe efectuar la determinación judicial de la pena imponible a la luz de las previsiones contenidas en su sistema de fuentes y de la ausencia de marcos penales diferenciados para cada delito.

Si se tiene en cuenta que en las jurisdicciones penales nacionales y en la jurisdicción penal internacional rige el principio de proporcionalidad penal —aunque con alcances no necesariamente idénticos—, y si se considera también que desde la entrada en vigor del Estatuto de Roma cualquier hecho de competencia de la Corte Penal Internacional, en principio, debe ser investigado, enjuiciado y, en su caso, sancionado en la jurisdicción *nacional* que corresponda —la jurisdicción de la Corte Penal Internacional es complementaria y subsidiaria de las jurisdicciones de los Estados parte del Estatuto de Roma⁸⁴—, los niveles de severidad de castigos previstos internacionalmente para los crímenes nucleares contra la comunidad internacional deberían erigirse también en un parámetro *sistemático* relevante para interpretar, de alguna manera, los niveles de punición que los Estados parte del Estatuto de Roma deberían implementar en sus jurisdicciones internas. Se estaría aquí ante una situación relativamente análoga a las reflexiones anteriormente planteadas en el apartado (i): si en el tratamiento de casos de máxima severidad sistémica se tiene cierta contemplación —aplicación de descuentos

⁸⁰ Sobre la orientación hacia la morigeración en los niveles de punición en abstracto y en concreto en los tribunales penales internacionales, véanse, entre otros, MEERNIK, «Sentencing Rationales and Judicial Decision Making at the International Criminal Tribunals», *Social Science Quarterly*, (92-3), 2011, p. 601; AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, t. II, 2014, p. 254, nota 51 —con múltiples referencias—; y BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 334 ss.

⁸¹ Ello ha sucedido en la última sentencia de determinación de la pena de la Corte Penal Internacional dictada hasta la fecha (CPI, *Ntaganda Sentence*, 7/11/2019, parágrafos 246 ss.).

⁸² CPI, *Al Mahdi Conviction and Sentence*, 27/9/2016, parágrafos 106, 109.

⁸³ Tal precepto contempla que: “Cuando una persona haya sido declarada culpable de más de un crimen, la Corte impondrá una pena para cada uno de ellos y una pena común en la que se especifique la duración total de la reclusión. La pena no será inferior a la más alta de cada una de las penas impuestas y no excederá de 30 años de reclusión o de una pena de reclusión a perpetuidad de conformidad con el párrafo 1 b) del artículo 77.”. En aplicación de tal cláusula, al dictar sentencia de fijación de la pena por crímenes de suma gravedad contra la comunidad internacional, la Corte, hasta la fecha, ha optado por imponer siempre como pena global una magnitud idéntica a la pena individualmente “más alta de cada una de las penas impuestas” (al respecto, véanse CPI, *Lubanga Sentence*, 10/7/2012, parágrafos 98, 107; CPI, *Katanga Sentence*, 23/5/2014, parágrafos 146, 147; y CPI, *Ntaganda Sentence*, 7/11/2019, parágrafos 248 ss).

⁸⁴ Véanse los arts. 17, 20.3 del Estatuto de Roma.

punitivos legalmente previstos respecto a supuestos concursales de pluralidad delictiva en el ámbito doméstico; fijación de penas en abstracto y en concreto gradualmente decrecientes en su severidad para el castigo de los crímenes de mayor lesividad imaginables en materia de Derecho penal internacional—, ello debería repercutir, de alguna manera, en la interpretación que se efectúe de los niveles de severidad que corresponda estipular en abstracto y aplicar en concreto en el ámbito nacional respecto a cualquier tipo de hechos delictivos.⁸⁵

En efecto, si las tendencias orientadas a cierta morigeración de los castigos más graves que se constata en el ámbito internacional no repercuten de ninguna manera en el ámbito nacional, en el escenario actual podría suceder que hechos formalmente de competencia de la Corte Penal Internacional que se investiguen, enjuicien y castiguen en sede estatal resulten más severamente punidos de lo que lo serían en el ámbito internacional, si así lo exigieran los niveles de severidad de penas previstos en abstracto y aplicados en concreto en el ámbito jurisdiccional interno que corresponda. Si bien desde una perspectiva de *lege y sententia lata* ello resulta posible —cada jurisdicción es autónoma e independiente, y los niveles de punición previstos en el Estatuto de Roma no prejuzgan respecto a los mayores niveles de punición que respecto a los *mismos delitos* pudieran preverse a nivel estatal—⁸⁶, una perspectiva de tipo prescriptivo como la que aquí se adopta aconseja proceder de forma tal de maximizar la evitación de posibles inconsistencias valorativas cuando ellas resulten de las desigualdades en el tratamiento penológico que pueda derivarse de jurisdicciones conexas, aunque formalmente independientes.⁸⁷

En tanto no se produzca una reforma legislativa que ajuste los niveles de punición nacionales a la luz de lo que suceda en el ámbito penal internacional, la única alternativa posible consistirá en adjudicar cierta relevancia refleja o indirecta a lo que (en abstracto y en concreto) vaya sucediendo en este último ámbito. De lo que se trata, en definitiva, es de evitar la inconsistencia valorativa que se produciría si se castigasen en sede estatal delitos de gravedad análoga o inferior a la de crímenes nucleares de Derecho penal internacional, pero con penas de mayor severidad a las aplicadas en la jurisdicción penal internacional —por así permitirlo los marcos de punición de la legislación nacional—. Lo que se estipule en abstracto y en concreto respecto a los niveles de severidad de castigos aplicables en el ámbito del Derecho penal internacional convencional más reciente, por lo tanto, debería erigirse en un elemento hermenéutico relevante de carácter sistemático y con incidencia refleja o indirecta, que fundamentaría un deber de interpretación restrictiva de la forma en que se deben concebir las escalas penales estatales y que implicaría que, dentro de los límites legislativamente previstos, los juzgadores nacionales deberían proceder a la imposición de castigos insertos prevalentemente en los segmentos inferiores de los marcos abstractos de punición.

⁸⁵ Al respecto, véase BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 334 ss.

⁸⁶ Así lo dispone el propio Estatuto de Roma en su art. 80.

⁸⁷ El argumento tratado en el texto, por tanto, podría generalizarse de la siguiente manera: frente a la constatación de prácticas judiciales desigualitarias en el tratamiento de delitos de gravedad equivalente entre jurisdicciones *conexas* (aunque no necesariamente pertenecientes al mismo sistema jurídico), se debe proceder con cautela y mediante una interpretación restrictiva respecto a la posible imposición de penalidades que se desvíen de la cuantía punitiva mínima de obligada imposición. Nótese que la situación es análoga a la planteada respecto a la constatación de imposición judicial de niveles desigualitarios de penas en jurisdicciones pertenecientes a un mismo sistema jurídico estatal; sobre ello, véase el apartado 3.1.b.(ii) —nota 73—.

(v) *Consideraciones emergentes de las teorías de la pena*

Finalmente, resulta posible también identificar elementos sistemáticos que proceden del campo conceptual de las teorías de la pena. Como consideraciones emergentes de dicho campo cabe hacer referencia de forma especial a cinco cuestiones sobre las que parece existir cierto consenso y que deben resultar relevantes, por tanto, para determinar la forma en que deben recorrerse los marcos penales al efectuar la graduación judicial del castigo del caso concreto.⁸⁸ La primera de dichas cuestiones se vincula con la imprecisión inherente a *todos* los fines de la pena, que no constituyen conceptos idóneos para fijar cuantías exactas de punición —especialmente tratándose de fines preventivos en sus diversas vertientes, cuya capacidad de rendimiento para la fijación de penas puntuales debe considerarse incluso menor que la que quepa atribuir a los fines absolutos del castigo—. ⁸⁹ La segunda cuestión se identifica con el reconocimiento de la ausencia, escasez o dificultad de contrastación empírica (en no pocos casos) del logro de los efectos instrumentales que se pretenden conseguir con la pena.⁹⁰ La tercera cuestión consiste en que el énfasis mayoritario en materia de fines de la pena se coloca en la producción de efectos en el medio-largo plazo.⁹¹ La cuarta cuestión radicaría en que la producción de los efectos que se esperan conseguir con la imposición de la pena se lograría con la imposición de la pena mínima legalmente prevista, ostentando normalmente un rendimiento escaso, por lo menos en términos estrictamente de prevención de delitos, la posible (mayor o menor) medida de la pena a aplicar en función de lo que permita el marco legal abstracto. Dicho de otra manera: los efectos preventivos se derivarían más bien de evitar la impunidad, condenando con independencia de la *medida* de pena, y no de la imposición de una medida concreta de pena de cierta severidad.⁹² La quinta y última cuestión de relevancia a tener en cuenta puede expresarse en cuanto a que existe

⁸⁸ Al respecto, véase BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 291 ss., 340 ss.

⁸⁹ Sobre el proceder habitual en la materia, que confía excesivamente en la capacidad de rendimiento de las teorías de la pena a los efectos de fundamentar la graduación judicial de la pena del caso concreto, véanse BASSO, «Sobre la incidencia de los fines de la pena en la determinación judicial del castigo», en CANCIO MELIÁ/MARAVÉ GÓMEZ/FAKHOURI GÓMEZ/GUÉREZ TRICARICO/RODRÍGUEZ HORCAJO/BASSO (eds.), *Libro homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, t. II, 2019, pp. 1323 ss.; y GONZÁLEZ DE LEÓN BERINI, *Política Criminal*, (15-30), 2020, pp. 583 ss. Sobre el diverso grado de *confianza* en la noción de merecimiento para efectuar diferenciaciones (*ordinales*) adicionales a las del marco legal de punición aplicable, véase especialmente VON HIRSCH, *Deserved criminal sentences. An overview*, 2017, p. 62.

⁹⁰ Sobre ello, véanse, entre otros, MORRIS, *Madness and the Criminal Law*, 1982, pp. 154 s., 169; DEMETRIO CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, 1999, p. 145; PERALTA, *Doxa*, (31), 2008, pp. 602, 604 s.; FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica*, 2014, pp. 102 ss. (especialmente p. 107: “[L]a gravedad de la pena carece de efectos empíricamente constatables, y la experiencia evidencia más bien lo contrario: las cifras de delincuencia no se ven afectadas por las variaciones punitivas.”), 176 ss., 273; y VON HIRSCH, *Deserved criminal sentences. An overview*, 2017, pp. 5 ss., 27, 35, 46 —nota 3—, 48, 83, 101, 106 ss., 139, 144.

⁹¹ Al respecto, véanse, entre otros, GÓMEZ BENÍTEZ, *RFDUC*, (3), 1980, p. 143; FRASE, *Just Sentencing. Principles and Procedures for a Workable System*, 2013, pp. 4, 17, 43 s., 236; FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica*, 2014, pp. 53, 96 ss., 106 s., 168, 176 s., 274 s.; RODRÍGUEZ HORCAJO, *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, 2016, pp. 114, 126, 143 s., 149, 174 s., 209, 253 s.; y BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 265 s.

⁹² Sobre la idea de que con penas de baja intensidad aflictiva pero suficientemente serias se puede lograr similar efecto preventivo que con penas de mayor dureza, véanse, entre otros, GARCÍA ARÁN, *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, 1982, pp. 115 s., 119.; DEMETRIO CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, 1999, p. 145; HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, pp. 79, 387 s.; FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica*, 2014, pp. 101, 106 ss., 270, 274; y VON HIRSCH, *Deserved criminal sentences. An overview*, 2017, p. 10.

amplio consenso respecto a la necesidad de castigar cada hecho en función de su gravedad relativa, de manera tal que hechos de mayor gravedad sean objeto de mayor castigo que hechos de menor gravedad (y viceversa), y que hechos de análoga/idéntica gravedad sean objeto de análogo/idéntico tratamiento penológico.⁹³

Tales cuestiones sobre las que existe amplio consenso en la doctrina resultan relevantes para fundamentar un proceder cauteloso de los juzgadores al invocar los fines preventivo-instrumentales de la pena para justificar segmentos de punición y recorrer en sentido ascendente la escala de castigos. En contraposición a ello, los fines de la pena que puedan resultar más idóneos para determinar la mayor o menor gravedad del hecho podrán tener incidencia para justificar una mayor o menor punición, si bien de carácter limitado, en atención a la imprecisión que (también) les afecta.

Por lo tanto, si los fines (absolutos y relativos) de la pena resultan imprecisos, si se constatan problemas empíricos en la consecución de fines preventivos de tipo instrumental, si el énfasis se coloca en el logro de objetivos en una perspectiva temporal no inmediata —que dificulta construir y constatar una relación estricta de causa-efecto entre medida de pena y consecución del efecto perseguido—, si con la imposición de la pena *mínima* legalmente prevista se satisfacen *suficientemente* los fines perseguidos por el castigo, y si se admite la vigencia de la máxima (*ordinal*) de castigar cada hecho en función de su gravedad relativa, los fines de la pena —especialmente tratándose de aquellos de tipo preventivo-instrumental— difícilmente constituyan parámetros sólidos para justificar desviaciones significativas de la penalidad mínima legalmente prescripta y para fundamentar que se pueda recorrer con amplitud y en sentido ascendente la escala abstracta de penas aplicable. En función de ello, se debe *relativizar* la importancia directa de los fines de la pena en la determinación judicial del castigo y se deben *moderar* las expectativas de rendimiento ordinal que de los mismos cabe esperar en la materia.

Del campo conceptual de las teorías de la pena, por tanto, pueden extraerse consideraciones que deben tener incidencia refleja o indirecta al momento de interpretar los marcos penales aplicables en sede de determinación judicial del castigo, desaconsejando cualquier orientación que, con fundamento directo en los fines de la pena, procure justificar la imposición de castigos individuales precisos significativamente alejados de la penalidad mínima de obligada imposición, máxime si ello se pretende realizar mediante el recurso a fines preventivo-instrumentales desligados de la gravedad objetiva del hecho cometido.

c. *Implicaciones*

Las variadas consideraciones recién esbozadas —sin pretensiones de exhaustividad— constituyen aspectos relevantes para complementar la comprensión de lo que deba entenderse como *nivel de severidad de castigos previstos por el sistema jurídico-penal*. Se trata de consideraciones que contribuyen a robustecer el contenido propio de la categoría de proporcionalidad *cardinal*, que no puede seguir identificándose exclusivamente con las convenciones sobre penalidades aplicables dispuestas en abstracto por el legislador. Tal nivel de severidad debe surgir de un examen de mayor complejidad, en el que la forma de concretar el margen de maniobra del juzgador en la determinación de la pena debe resultar del examen de

⁹³ Sobre ello, que supone una tendencia prácticamente unánime en la doctrina, véanse las referencias contenidas en nota 45.

consideraciones vinculadas con las previsiones penológicas legislativamente formuladas y con la valoración global de consideraciones sistemáticas de variada procedencia, que fundamentan un deber de proceder conforme a un estándar de interpretación restrictiva respecto al margen de maniobra que dispone el juzgador al momento de fijar la pena individual dentro de la escala legal.

Como ha quedado reflejado, las diversas consideraciones sistemáticas enunciadas inciden *de forma refleja o indirecta* en la interpretación judicial que deba hacerse del nivel de severidad previsto en las escalas legales de punición. Su valoración resulta necesaria a fin de *minimizar distorsiones que podrían producirse en caso de tomarse únicamente en cuenta aspectos vinculados con el injusto culpable individualmente concurrente*. Que tales consideraciones incidan *de forma refleja o indirecta* significa que se está ante aspectos relevantes, pero de imposible o difícil graduación y, por ende, de nula o escasa utilidad para justificar diferenciaciones punitivas bidireccionales (al alza o a la baja); se trata de aspectos que únicamente deben incidir *de forma asimétrica* al erigirse en razones que aconsejan proceder con prudencia y conforme a un estándar de interpretación restrictiva conducente a la imposición de castigos más bien moderados y próximos a los segmentos inferiores del marco penal, y que dificultan la imposición de penas individuales que se desvíen al alza de la penalidad mínima de obligada aplicación.

Tomar en cuenta consideraciones de tipo sistemático supone aceptar también que, cuando se trata de efectuar la determinación de la pena en sede judicial, no debe interpretarse solamente el concreto injusto culpable en su faceta puramente material e individual, sino también —y de forma muy relevante— el nivel de severidad de castigos previstos y realmente aplicados en el sistema desde una perspectiva de conjunto. De lo que se trata, en última instancia, es de construir (legislativa y jurisprudencialmente) un sistema valorativamente (lo más) ordenado y consistente (posible) de delitos y de penas, graduado *integralmente* en función de la *lesividad social* inherente a la/s conducta/s perpetrada/s.

La categoría de proporcionalidad cardinal, con el contenido propio que aquí se le atribuye (consideraciones variadas de carácter sistemático), conduce a que, en última instancia, los órganos judiciales deban proceder con cautela y conforme a una interpretación restrictiva del nivel de severidad legislativamente previsto en la norma jurídica de sanción cuando adopten decisiones de determinación judicial de la pena en supuestos de unidad delictiva. Ello supone que aquellas decisiones que conduzcan a un apartamiento de la penalidad mínima requieren de un especial esfuerzo argumentativo, por así exigirle razones de proporcionalidad cardinal.

3.2. Proporcionalidad ordinal: concepto, contenido e implicaciones de las exigencias ordinales del castigo

a. Concepto

La segunda piedra angular sobre la que debe versar el proceso de determinación judicial de la pena se vincula con el concepto de proporcionalidad *ordinal*, que requiere que se atribuya mayor penalidad a hechos que se consideren más graves, menor penalidad a hechos que se consideren más leves e idéntica/análoga penalidad a hechos que se consideren de idéntica/análoga gravedad.⁹⁴ En la concepción de VON HIRSCH el concepto de proporcionalidad *ordinal* presenta

⁹⁴ Sobre el concepto de proporcionalidad ordinal (o relativa), véanse, entre otros, VON HIRSCH, *Past or future crimes. Deservedness and dangerousness in the sentencing of criminals*, 1985, pp. 40 ss., 63 ss.; MANNOZZI,

carácter prevalente respecto al de proporcionalidad *cardinal*, lo que se explica en función de que, en la época y en el contexto en que formuló su teoría, su interés radicaba en combatir el sistema de penas indeterminadas vigente en el ámbito anglonorteamericano —sustentado en la teoría de la prevención especial—, frente al que el autor ofreció como alternativa uno de penas determinadas que dispusiese de escalas penales abstractas que permitiesen ordenar la gravedad relativa de los delitos y de sus penas entre sí.⁹⁵ A partir de la acogida que fueron teniendo las teorías orientadas hacia la proporcionalidad —como la de VON HIRSCH—, numerosas jurisdicciones de países de tradición anglosajona han ido adoptando escalas que ordenan en abstracto los delitos y las penas en función de su gravedad relativa. En los sistemas penales continentales orientados hacia la determinación *legal* relativa de la pena, se ha contado tradicionalmente, en cambio, con escalas abstractas de ordenación de delitos y de penas en función de su gravedad desde las primeras experiencias codificadoras.

Los avances que se han ido produciendo en la ordenación *en abstracto* de los delitos y de las penas en función de su gravedad relativa, sin embargo, no deben interpretarse en el sentido de que tal tarea de ordenación deba apreciarse como concluida, ni tampoco como que resulta por completo ajena a la labor que debe llevar a cabo el juzgador al graduar el castigo. En su cometido de determinación judicial de cada pena a imponer, el juzgador, al ejercitar sus atribuciones interpretativas, debe efectuar la valoración de la gravedad *relativa* de la concreta configuración fáctica formalmente subsumible en un tipo penal —de entre las infinitas posibilidades de realización (de intensidad divergente) que admita el tipo— y, de resultar materialmente relevante por concurrir suficiente grado de injusto culpable, debe asignar a dicha concreta configuración una pena *exacta* dentro de las innumerables opciones de punición que permita la horquilla de penas resultante del marco aplicable. El juzgador, por tanto, *debe complementar* la ordenación *en abstracto* efectuada por el legislador y efectuar una ordenación de los delitos y de las penas *en concreto*.⁹⁶ En ello radica la capacidad de rendimiento de la categoría de proporcionalidad *ordinal* una vez que se ha elaborado ya en abstracto una escala general de penas y marcos penales diferenciados para cada delito.

b. Contenido

La consolidación de sistemas de determinación *legal relativa* de la pena —en razón de la presencia del principio de legalidad de los delitos y de las penas (en sistemas de tradición continental) o de la creciente adopción de modelos de pena determinada (en sistemas de tradición anglosajona)— no convierte, por tanto, en irrelevantes las exigencias de proporcionalidad *ordinal* en la determinación *judicial* de la pena. Sin embargo, sí que cabría efectuar un redimensionamiento

Razionalità e “Giustizia” nella commisurazione della pena. *Il Just Desert Model e la riforma del Sentencing nordamericano*, 1996, pp. 200 s. (nota 4); VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, 1998, pp. 45 ss., 61 ss.; JAREBORG, en ASHWORTH/WASIK (eds.), *Fundamentals of Sentencing Theory*, 1998, p. 138; RODRÍGUEZ HORCAJO, *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, 2016, pp. 36 s., 84; BASSO, en PÉREZ CEPEDA (dir.), *Actas del Seminario Internacional. El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político-criminal*, 2017, p. 244; y VON HIRSCH, *Deserved criminal sentences. An overview*, 2017, pp. 56 ss.

⁹⁵ Al respecto, véase BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, p. 305.

⁹⁶ Sobre ello, que supone asumir que labor de determinación de la pena que lleva a cabo el juzgador de lo penal presenta incidencia político-criminal directa, aunque marginal, respecto a la ordenación de los delitos y de las penas, y que constituye una concretización de la labor legislativa, véase BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 282 ss., con extensas referencias en p. 283, nota 34, pp. 344 ss.

del contenido de dicha categoría respecto al inicialmente atribuido por VON HIRSCH, si se pretende adaptarla al ámbito continental europeo y al nuevo contexto anglonorteamericano caracterizado por la implementación de sistemas de determinación relativa de la pena en abstracto (*sentencing guidelines*). Ello a fin de dotar a la categoría de mayor capacidad de rendimiento, de contribuir a profundizar la estructuración del proceso de determinación judicial de la pena y de aumentar los niveles de seguridad jurídica en la materia.

A mi parecer, tal redimensionamiento requiere que el cumplimiento de exigencias de proporcionalidad ordinal se lleve a cabo mediante la realización de dos operaciones lógicamente diferenciables en las que se deconstruiría el proceso cuantificador de la pena que lleva a cabo el juzgador. La primera operación se vincula con *ingresar* en la escala penal —me referiré a ella como *primer punto de anclaje* de la pena en la escala abstracta—; la segunda operación, por su parte, se asocia con *recorrer* (en sentido ascendente) la extensión de dicha escala —me referiré a ella como *segundo punto de anclaje* de la pena en la escala abstracta—.

(i) *Primer punto de anclaje de la pena en la escala abstracta*

La primera operación valorativa supone asignar al juzgador una atribución expresa para determinar si una concreta configuración fáctica ya formalmente típica supera el umbral *mínimo* de contenido de injusto. Dicho umbral mínimo se requiere a los efectos de afirmar la relevancia *material* de la conducta y de proceder, por lo menos, a la aplicación de la pena legal *mínima* de obligada imposición. Según tal entendimiento, el juzgador, como primera operación de proporcionalidad *ordinal*, debe decidir si, en el caso concreto, corresponde ingresar al marco legislativamente previsto o si, por el contrario, corresponde calificar el caso como materialmente atípico e impune por no concurrir una configuración fáctica formalmente subsumible en un tipo penal que reúna las exigencias contenidas en la penalidad *mínima* obrante en la norma de sanción. La valoración sobre la *suficiencia* de contenido de injusto a los efectos de decidir respecto al *ingreso* al marco legislativo debe efectuarse en función de la penalidad *mínima* legalmente preestablecida.

En esta primera operación valorativa, como puede observarse, no se trata de fijar judicialmente una penalidad mínima que se corresponda con un supuesto de hecho formalmente típico —siempre que el legislador estipule ya penas mínimas *exactas* para cada tipo penal abstractamente formulado—, sino de determinar si una específica configuración fáctica *formalmente* relevante por encuadrar en el tenor literal del tipo resulta también *materialmente* relevante por presentar un contenido de injusto que se corresponda con el que resulte propio de la penalidad *mínima* legislativamente prescripta. En otras palabras: la operación valorativa recién delineada constituye un *primer juicio de subsunción punitiva* que debe efectuarse en sede de determinación judicial de la pena a los efectos de establecer si una determinada realización fáctica del tipo encaja como supuesto de hecho que torne aplicable, por lo menos, la consecuencia jurídica punitiva de menor intensidad prevista en la norma de sanción.

En la realización de tal operación el juzgador de lo penal contribuirá a delimitar *marginalmente* —en función de las exigencias derivadas de la penalidad mínima contenida en la norma de sanción— el ámbito de lo materialmente delictivo, y deberá procurar la maximización de la vigencia del principio de igualdad, de forma tal que hechos de análogo contenido de injusto no reciban respuesta dispar respecto a si satisfacen el umbral previsto como penalmente relevante de conformidad con la severidad de la norma mínima de sanción.

La postulación de esta operación valorativa conduce a poner de manifiesto que en la determinación judicial del castigo el primer punto de referencia del que dispone el juzgador se encuentra en la penalidad *mínima* legalmente prevista y de obligada imposición. Con relación a dicho punto de referencia, debe establecerse si la concreta realización fáctica (de entre las infinitas que puedan resultar formalmente subsumibles en el tipo penal) contiene un grado de injusto suficiente que justifique *materialmente* su punición. A tal fin, se deberán tener en cuenta otras normas penales que castiguen hechos diferentes con la misma penalidad mínima de obligada imposición, a la vez que se deberán tomar en consideración las diversas configuraciones fácticas posibles —de gravedad no necesariamente coincidente— del tipo de aplicación al caso concreto.⁹⁷ Ambos juicios comparativos resultan necesarios a fin de que, en caso de ingresarse a la escala penal, se apliquen castigos de similar severidad a hechos que se consideren de gravedad análoga. *En la medida de lo que interpretativamente resulte posible, las exigencias de proporcionalidad ordinal deben impedir que hechos de gravedad similar reciban un tratamiento penológico diferente en cuanto al ingreso en la escala penal abstracta.*

El reconocimiento de una primera operación valorativa —primer punto de anclaje de la pena en la escala abstracta— implica suscribir una concepción según la cual la norma secundaria de sanción incide en la configuración misma (si bien de forma marginal y complementaria) de la norma primaria de conducta.⁹⁸ Lo expresado, en esencia, constituye un filtro normativo adicional

⁹⁷ Al respecto, sobre la necesidad de comparar la gravedad (relativa) de hechos subsumibles en el mismo o en distintos tipos penales, véanse, entre otros, GARCÍA ARÁN, *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, 1982, pp. 92 s., 213 s.; KÖHLER, AT, 1997, pp. 581 ss., 595 ss.; FREUND, en WOLTER/FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal: delito, determinación de la pena y Derecho penal*, 2004, p. 100; DE LA MATA BARRANCO, *La individualización de la pena en los tribunales de justicia. La atención a la finalidad de la pena, la gravedad del hecho y las circunstancias del procesado en la jurisdicción penal, en su vinculación a la exigencia de imposición de penas proporcionadas*, 2008, p. 297; ROBERTS, «Sentencing guidelines in England and Wales: recent developments and emerging issues», *Law & Contemp. Probs.*, (76), 2013, p. 19; FRASE, *Just Sentencing. Principles and Procedures for a Workable System*, 2013, pp. 29 ss.; VON HIRSCH, *Deserved criminal sentences. An overview*, 2017, pp. 23, 56, 59 s.; y BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, p. 350.

⁹⁸ La admisión de la incidencia de la norma de sanción en la delimitación de la norma de conducta, en la línea del texto, se constata de forma directa o indirecta, entre otros, en KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip*, 2ª ed., 1976, p. 205 —se alude a que delito y pena se condicionan mutuamente, admitiéndose la posibilidad de no castigar conductas insignificantes—; FREUND, en WOLTER/FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal: delito, determinación de la pena y Derecho penal*, 2004, p. 100 (“una cuestión propia del Derecho de la determinación de la pena [...] es la adecuación de la prisión perpetua al ‘nivel’ de la configuración del tipo. Al respecto debe preguntarse (*desde una orientación a las consecuencias jurídicas*) para qué clase de hechos puede legitimarse la imposición de dicha pena”); DE LA MATA BARRANCO, *La individualización de la pena en los tribunales de justicia. La atención a la finalidad de la pena, la gravedad del hecho y las circunstancias del procesado en la jurisdicción penal, en su vinculación a la exigencia de imposición de penas proporcionadas*, 2008, pp. 295, 302 (el autor reconoce la necesidad de interpretar la norma de conducta a partir de la penalidad prevista, pero indica que normalmente se rechaza la posibilidad de declarar que una pena inserta dentro del marco legislativo sea desproporcionada); FREUND, AT, 2ª ed., 2009, 2/37 (se afirma que la infracción a una norma de conducta típica debe ser lo “suficientemente importante” como para justificar la reacción penal); JÄGER, «Wechselbeziehungen zwischen Tatbestand und Strafzumessung unter besonderer Berücksichtigung der Regelbeispielmethode. Zugleich eine Betrachtung zur Bedeutung der strafzumessungsorientierten Auslegung», en SAFFERLING/KETT-STRAUB/JÄGER/KUDLICH (eds.), *Festschrift für Franz Streng zum 70. Geburtstag*, 2017, pp. 285 ss. (quien postula la existencia de implicaciones mutuas entre tipo y pena, y propugna proceder según una interpretación del tipo orientada en función de exigencias procedentes de la determinación de la pena); BASSO, en PÉREZ CEPEDA (dir.), *Actas del Seminario Internacional. El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político-criminal*, 2017, pp. 239 ss., especialmente pp. 247 s.; BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019,

a los que puedan aplicarse tras agotar el tratamiento de la tipicidad a la luz del instrumental dogmático de la teoría jurídica del delito, y se erige en un punto de contacto entre la teoría de la imputación objetiva de la conducta y la dogmática de la determinación judicial de la pena.

En contextos en los que la política criminal discorra por cauces racionales normalmente sucederá que la penalidad mínima derivada de la norma secundaria de sanción habrá sido tenida en cuenta ya por el propio legislador al configurar y delimitar en *sede legislativa* el alcance de la norma *primaria* de conducta (dando adecuado cumplimiento al mandato de determinación emergente del principio de legalidad de los delitos y de las penas y al principio de proporcionalidad estricta entre delito y pena). En los casos en que ello haya ocurrido, al enjuiciarse hechos *formalmente* subsumibles en un tipo no será necesario examinar con especial detenimiento en *sede jurisdiccional* la primera operación conducente a decidir si se *ingresa* en el marco penal abstracto. No obstante, la norma de sanción cumple también en dichos supuestos su función de filtro normativo respecto al contenido de injusto que *materialmente* resulta legítimo —y obligado— castigar, en función del umbral fijado por la penalidad mínima *legislativamente* prevista.

Podría ocurrir, sin embargo, que el legislador de lo penal no adopte las suficientes cautelas y que no se respete el mandato de *lex certa* ni la relación de proporcionalidad *estricta* que debe existir entre la penalidad legal mínima y las múltiples configuraciones fácticas posibles de menor intensidad del tipo, como sucede especialmente en supuestos de tipos penales amplios de contornos imprecisos y de penalidades mínimas de significativa entidad que se constatan en ciertos sectores delictivos, especialmente en aquellos pertenecientes al ámbito del denominado Derecho penal del enemigo.⁹⁹ Es aquí donde en *sede jurisdiccional* se deberá efectuar un especial esfuerzo interpretativo a fin de delimitar el alcance del tipo y de determinar si el hecho sometido a su enjuiciamiento —*formalmente* típico— presenta un contenido de injusto que supere el exigido por la penalidad *mínima* contenida en la norma de sanción.

pp. 282 ss., 349 ss.; PUENTE RODRÍGUEZ/LLOBET ANGLÍ, «Norma de sanción y norma de conducta: ¿por qué castigamos más cuando queremos castigar menos? Una reflexión al hilo del nuevo art. 579 bis 4 CP», *La ley penal*, (141), 2019, *passim*, especialmente pp. 5 ss.; y PANTALEÓN DÍAZ, «Treinta años de reformas del homicidio y las lesiones imprudentes en el Derecho penal español (1989-2019). Historia de un despropósito», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, (55), 2019, pp. 145 ss., especialmente pp. 153 ss. La propuesta de delimitar, en última instancia, la norma primaria de conducta en función de los requerimientos de punición contenidos en la norma secundaria de sanción puede considerarse que constituye incluso una exigencia de la equivalencia estricta entre delito y pena que impone el principio de proporcionalidad penal (al respecto, véase muy especialmente la STC 136/1999, ponente Viver i Pi-Sunyer, de 20 de julio, en la que se dispuso —FJ trigésimo— la inconstitucionalidad de un acto de aplicación judicial del Derecho por incumplimiento de la exigencia de proporcionalidad estricta entre la gravedad del hecho y la penalidad legislativamente prevista). En la jurisprudencia del TS, véanse especialmente, por ejemplo, la STS 459/1996, ponente Bacigalupo Zapater, de 25 de mayo (FJ único, apartado a); STS 883/2016, ponente Jorge Barreiro, de 23 de noviembre (FJ tercero, con ulteriores referencias) y STS 459/2019, ponente Marchena Gómez, de 14 de octubre (FJ B, apartado 3.2.).

⁹⁹ Las tendencias político-criminales más recientes no permiten avizorar que vaya a producirse una elaboración parlamentaria más racional de la legislación penal. Frente a ello, la forma de proceder que se propone ofrece, desde el campo de la determinación de la pena, una herramienta hermenéutica para restringir en sede judicial los alcances de las normas penales, a fin de que el ámbito de lo típico y de lo punible se circunscriba a supuestos en donde concurra un menoscabo típico de *suficiente* lesividad social como para ser considerado punible. Sobre ello, con referencia a los caracteres definitorios del denominado Derecho penal del enemigo, véase BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 46 s.; 349 ss., 388 ss.

En cualquier caso, como puede observarse, se trata de una actividad valorativa vinculada con cuestiones inherentes a la delimitación del campo de lo delictivo y de lo punible —ya sea que la lleve a cabo el *legislador* (en el ejercicio de su competencia de dictar normas penales suficientemente determinadas), o el *juzgador* (de forma marginal, complementaria y subordinada a lo que interpretativamente permita el tenor literal de la norma)—, y que debe reputarse como sujeta a pleno control judicial —por pertenecer al campo de la legalidad *ordinaria*— y constitucional —ya que un agravio fundamentado en la afectación del principio de proporcionalidad habilita *también* la jurisdicción constitucional—. ¹⁰⁰ Además, tratándose de una cuestión vinculada con la delimitación del campo de lo delictivo y de lo punible —que constituye un terreno de competencia prevalentemente legislativa—, debe entenderse que no todo aquello que deje de realizar el legislador en ejercicio de sus competencias puede legítimamente ser objeto de ulterior desarrollo y complementación por parte del juzgador en sede de aplicación del Derecho, puesto que las facultades jurisdiccionales de configuración normativa solo pueden ser ejercitadas de forma marginal, complementaria y subordinada a lo legislativamente decidido.

(ii) *Segundo punto de anclaje de la pena en la escala abstracta*

La segunda operación valorativa de la determinación judicial de la pena, por su parte, consiste en que el juzgador establezca el punto de anclaje exacto que corresponda asignar dentro de la escala penal abstracta a la gravedad de la concreta configuración fáctica del hecho perpetrado. Para efectuar dicha operación se debe estar ante un supuesto de hecho valorado como portador del grado de injusto *suficiente* que se corresponde con lo exigido por la penalidad *mínima* contenida en la norma de sanción —esto es, debe ya haberse *ingresado* al marco penal—.

El concreto anclaje de un determinado caso en la escala penal abstracta depende del juicio comparativo sobre la gravedad que presente la realización fáctica objeto de enjuiciamiento respecto a los casos de referencia que se correspondan valorativamente con el contenido de injusto requerido por la penalidad legal mínima de obligada imposición. Así, frente a supuestos de gravedad equivalente a dichos casos de referencia, corresponderá fijar la pena en el punto mínimo del marco penal, mientras que frente a supuestos de mayor gravedad corresponderá ascender dentro del mismo y fijar una pena de mayor severidad.

¹⁰⁰ Sobre la relevancia del principio de proporcionalidad en sede de legalidad ordinaria —para el legislador y para el juzgador— y en sede constitucional, véanse, entre otros, DE LA MATA BARRANCO, *La individualización de la pena en los tribunales de justicia. La atención a la finalidad de la pena, la gravedad del hecho y las circunstancias del procesado en la jurisdicción penal, en su vinculación a la exigencia de imposición de penas proporcionadas*, 2008, pp. 291 s., 302, 304; AGUADO CORREA, «El principio de proporcionalidad en derecho penal. Especial consideración de los delitos de peligro abstracto», en LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *El principio de proporcionalidad penal*, 2014, pp. 54 ss. —especialmente pp. 55 ss., 64 s. (para quien el principio de proporcionalidad estricta resulta relevante en fase legal y judicial, la pena debe corresponderse con el contenido de injusto del hecho y el juzgador debe dejar de aplicar penas desproporcionadas)—; CUERDA ARNAU, «Proporcionalidad penal. Libertad de expresión y efecto de desaliento. Su proyección sobre los nuevos tipos de apología», en LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *El principio de proporcionalidad penal*, 2014, pp. 154 ss. —“El principio de proporcionalidad [...] se revela, sin embargo, como un excelente canon para proceder a una interpretación constitucionalmente conforme de los tipos penales y [...] es un magnífico instrumento de justicia constitucional *en manos del juez ordinario*” (con cursiva añadida)—; y DE LA MATA BARRANCO, «La actuación proporcionada: una exigencia de la finalidad preventiva del derecho penal», en LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *El principio de proporcionalidad penal*, 2014, pp. 211, 217.

En la segunda operación valorativa, como puede observarse, se está ante un juicio de mayor complejidad que el que se debe realizar en el marco de la primera operación valorativa. Mientras en la decisión respecto al primer punto de anclaje se tiene *certeza legal* sobre un aspecto (penalidad *mínima* fijada con exactitud por el legislador) y *relativa incertidumbre* respecto a otro (el grado de suficiencia de injusto o de intensidad típica concurrente no *necesariamente* se determina de forma acabada por el legislador), en la decisión respecto al segundo punto de anclaje se tiene *relativa incertidumbre* tanto respecto a si se está ante la concurrencia de una medida de injusto que excede del mínimo que se corresponde con la penalidad mínima prevista, como también respecto a qué pena exacta debe asociársele dentro de las previstas en la escala aplicable.

La concreta intensidad típica concurrente y la severidad específica de la penalidad aplicable deben ser, en última instancia, fijadas judicialmente. En tal sentido, si en la primera operación valorativa se afirmaba que se estaba ante una suerte de *primer juicio de subsunción punitiva*, en la segunda se está ante un *segundo juicio de subsunción punitiva*, que debe efectuarse a los efectos de establecer si la intensidad de una determinada realización fáctica del tipo supera el umbral de injusto que deba asociarse a la penalidad mínima de la norma de sanción y de precisar, en su caso, en qué medida se produce tal desbordamiento, a los efectos de proceder a la fijación de la concreta magnitud punitiva.

En la realización de la segunda operación valorativa el juzgador de lo penal también contribuirá —al igual que sucedía con la primera— a delimitar *marginalmente* y, esta vez, de forma *definitiva* —en función de las posibilidades que admita la norma de sanción— el ámbito de lo materialmente delictivo y de lo punible, y deberá procurar maximizar la vigencia del principio de igualdad, de forma tal que hechos de análogo contenido de injusto no reciban respuesta dispar respecto a la pena exacta que se les aplique *dentro* de lo que permita la escala legislativamente prevista.

A fin de no desvirtuar el principio de legalidad de los delitos y de las penas, de salvaguardar en la mayor medida posible la vigencia del principio de igualdad y de asegurar un pleno control de las decisiones judiciales de fijación de la pena que se adopten, debería procurarse, por un lado, que las escalas penales presenten una extensión que sea lo más estrecha posible y, por otro, que se produzca una reducción¹⁰¹ y espaciamiento de los puntos de punición que, dentro de las escalas

¹⁰¹ Las posibilidades que admita la norma de sanción dependerán del grado de cumplimiento del mandato de determinación de los delitos y de las penas por parte del legislador. Se debe aspirar a identificar (preferentemente, en sede legislativa y, subsidiaria y limitadamente, a través de la generación gradual de jurisprudencia en la materia) qué concretas magnitudes de punición (de entre todas las que formalmente se integren dentro de la escala de penas) deberían poder emplearse en la imposición judicial del castigo —en supuestos de unidad delictiva y en supuestos de pluralidad delictiva—. Sobre la necesidad de una mejor delimitación típica del campo de lo delictivo y de lo punible específicamente en materia de delitos de terrorismo, véase especialmente CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, 2010, pp. 118, 212, 225, donde el autor, ante la equiparación global de penas efectuada en ciertos sectores de la regulación de los delitos de terrorismo en el CP español, afirma: “*De lege lata*, la única opción hermenéutica que resta es la de distinguir en el plano de la medición de la pena, de modo correspondiente a las diferenciaciones en las infracciones comunes, lo que es de distinta gravedad. Es claro que ésta no es una *solución*: el legislador deberá introducir las diferenciaciones correspondientes ya en los marcos penales legales.” (con cursiva en el original). Lo que aquí se postula en el texto desde un plano prescriptivo parece ya suceder, en ocasiones, en la práctica jurisprudencial: algunos estudios han constatado que en la determinación judicial de la pena se identifica una utilización reiterada de un elenco más bien reducido de

existentes, puedan ser legítimamente empleados por los juzgadores de lo penal. En tanto se consiga cierto acuerdo (legislativo o, en su defecto y de forma limitada y gradual por vía jurisprudencial)¹⁰² sobre cuáles deben ser dichos puntos de punición, se reducirá el elenco de magnitudes punitivas utilizables y, con ello, se facilitará la labor cuantificadora y la ulterior labor de control respecto a si se ha incurrido en diferenciaciones punitivas ilegítimas al *recorrerse* la escala penal, ya que resultará más sencillo y perceptible identificar la concurrencia de una desproporción *manifiesta*, a diferencia de lo que sucede cuando se cuenta con amplias posibilidades de punición dentro de una escala continua de penas en donde resulta difícilmente discernible la identificación de una pena *evidentemente* desproporcionada.¹⁰³

Ambas cuestiones, sin embargo, exceden el cometido esencial del juzgador en la determinación de la pena y deben ser emprendidas desde el plano legislativo, teniendo en cuenta las especificidades fenomenológicas de cada sector delictivo y la penalidad que podría resultar aplicable en supuestos de pluralidad delictiva.¹⁰⁴ En cualquier caso, los juzgadores deberán utilizar únicamente aquellas magnitudes de punición que sean efectivamente susceptibles de ulterior revisión judicial y/o constitucional. El valor *cardinal* que se ha adjudicado previamente¹⁰⁵ a las prácticas deferentes que restringen la revisabilidad de las decisiones de determinación judicial de la pena de los tribunales de instancia debe ser tomado especialmente en consideración para que, hasta tanto se cuente con mayor precisión legislativa en la materia, se proceda con cautela en sede de aplicación del Derecho, procurándose, en la mayor medida posible, que se

penalidades, pese a las amplísimas magnitudes utilizables que componen las escalas penales (sobre ello, véase supra, nota 59).

¹⁰² Al respecto, véanse KÖHLER, *AT*, 1997, pp. 600, 605; y FRASE, *Just Sentencing. Principles and Procedures for a Workable System*, 2013, pp. 28, 45 ss., 73.

¹⁰³ El espaciamento de penas contribuiría seguramente a tornar en *manifiestas* ciertas situaciones de desproporcionalidad en la imposición de la pena y podría ser decisivo de cara a la declaración de una inconstitucionalidad por desproporción en la jurisdicción constitucional —que solo se dispone frente a la estimación de una desproporción evidente, patente o manifiesta entre gravedad del delito y gravedad de la pena, de conformidad con lo establecido por jurisprudencia constante del TC español y con la concepción mayoritaria en la doctrina—. Sin una mayor segmentación de la escala de penas, parece que la declaración de una inconstitucionalidad por desproporción seguirá siendo especialmente excepcional. El espaciamento de penas de posible utilización contribuiría también a incrementar las posibilidades de control de decisiones de determinación judicial de la pena en sede de legalidad ordinaria, en donde el propio TS parece asumir también una concepción amplia del principio de proporcionalidad y en donde difícilmente se reconozca una desproporción si la pena se inserta dentro de la escala aplicable. Al respecto, véanse las reflexiones críticas sobre la posición mayoritaria respecto al principio de proporcionalidad contenidas en ROBLES PLANAS, «La tiranía de la proporcionalidad», en GARCÍA CAVERO/CHINGUEL RIVERA (coords.), *Derecho penal y persona. Libro homenaje al Prof. Dr. H.C. Mult. Jesús María Silva Sánchez*, 2019, pp. 115 ss.

¹⁰⁴ Se trata de desarrollar una parte especial de la determinación judicial de la pena, que contemple la fenomenología de cada sector delictivo y la necesidad de identificar la penalidad aplicable en supuestos de plataformas fácticas y jurídicas más complejas (al respecto, véase BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 379 ss.). Las exigencias de proporcionalidad ordinal —aunque inicialmente hayan sido pensadas por VON HIRSCH para supuestos de unidad delictiva— deben tenerse como criterio general de determinación de la pena: operan en el marco de la determinación judicial de la pena en supuestos de unidad delictiva (tanto respecto a qué pena comparativamente debe aplicarse a tipos penales diferenciados, como respecto a qué pena debe aplicarse comparativamente a realizaciones fácticas de un mismo tipo penal, pero en las que concurra diverso contenido de injusto culpable) y también respecto a la que se lleva a cabo en supuestos de pluralidad delictiva, en donde también es menester efectuar diferenciaciones de grado. Así como debe efectuarse una ordenación de hechos delictivos (simples) y de sus penalidades individuales de conformidad con su gravedad *relativa*, lo mismo debe hacerse respecto a hechos delictivos (complejos) y a sus penalidades globales y respecto a ambos tipos de situaciones entre sí.

¹⁰⁵ Véase apartado 3.1.b.(ii).

impongan castigos que, de no asegurarse la posibilidad de su ulterior revisión efectiva, se inserten en los segmentos inferiores de la escala aplicable.¹⁰⁶

c. *Implicaciones*

De la forma dual en que se propone descomponer el proceso de determinación judicial de la pena se derivan, básicamente, dos implicaciones. La primera radica en que no necesariamente toda configuración fáctica con encaje formal en un tipo —y que cumpla con los requisitos de la teoría jurídica del delito respecto a la concurrencia de un injusto culpable— constituirá necesariamente un hecho *materialmente* relevante y, por tanto, punible: únicamente constituirán hechos materialmente relevantes aquellas configuraciones fácticas que superen el umbral de gravedad suficiente exigido por la penalidad *mínima* contemplada en la norma de sanción. Dicha implicación se infiere de la primera operación valorativa anteriormente desarrollada.

La segunda implicación consiste en que no toda magnitud punitiva dentro del marco penal abstracto aplicable al delito —e inserta en la escala continua de gravedad— debiera ser susceptible de utilización por parte del juzgador en la determinación de la pena, sino que únicamente lo serán los puntos de punición que se identifiquen previamente y que se encuentren debidamente espaciados. Dicha implicación, por su parte, se infiere de la segunda operación valorativa antes esbozada.

3.3. **La interrelación existente entre las exigencias cardinales y ordinales en la fijación judicial de la pena proporcional: la incidencia refleja de lo cardinal en los puntos ordinales de anclaje de la pena concreta en la escala abstracta**

Con lo dicho hasta aquí ha quedado ya explicitado el entendimiento matizado que se propone asignar a las categorías de proporcionalidad cardinal y ordinal desarrolladas por VON HIRSCH. Resta efectuar una referencia final respecto a la forma en que se deben interrelacionar ambos tipos de categorías entre sí.

La diferenciación sobre la que se ha construido la propuesta teórica aquí formulada ha sido un logro fundamental de VON HIRSCH. Sin embargo, a mi modo de ver, el enfoque de dicho autor —y el de sus seguidores— ha desatendido el concepto de proporcionalidad *cardinal* —no pronunciándose respecto a qué factores deben incidir (ni en qué sentido) en la *interpretación* del nivel de severidad del sistema *legal* de sanciones— y ha adjudicado excesiva prevalencia a la

¹⁰⁶ Lo que aquí se propone desde un plano prescriptivo (y con fundamento en exigencias de proporcionalidad cardinal) parece que también se constata en la práctica jurisprudencial a nivel de Derecho comparado, en donde existen amplísimas referencias respecto a que los juzgadores de lo penal suelen optar por la imposición de penas más bien moderadas e insertas en los segmentos inferiores de las escalas de castigo. Al respecto, véanse, entre otros, DREHER, *MDR*, (4), 1961, p. 344; EL MISMO, *JZ*, (2), 1967, p. 43; DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, 1979, pp. 72 s.; GALLEGO DÍAZ, *El sistema español de determinación legal de la pena. Estudio de las reglas legales de aplicación de penas del Código Penal*, 1985, p. 391; MIRANDA RODRIGUES, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade (Os criterios da culpa e da prevenção)*, 1995, pp. 143 s.; MANNOZZI, *Razionalità e "Giustizia" nella commisurazione della pena. Il Just Desert Model e la riforma del Sentencing nordamericano*, 1996, pp. 390 ss.; KÖHLER, *AT*, 1997, pp. 595 ss.; HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, pp. 30, 67, 372; CASTELLÓ NICÁS, *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos (art. 66.1 del Código Penal)*, 2007, p. 163; BESIO HERNÁNDEZ, *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, 2011, p. 588; y BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 76 ss. —con abundantes referencias en nota 62—.

noción de proporcionalidad *ordinal*, si bien preocupándose únicamente de la problemática respecto a cómo *recorrer* el marco de penas aplicables —a la luz prevalentemente de la gravedad material del hecho individualmente perpetrado— y descuidando la problemática (previa) respecto a si se debe *ingresar* al mismo —que no se aborda de forma sistemática—.

En los enfoques de la proporcionalidad estricta el papel concedido a la categoría de proporcionalidad *cardinal* se circunscribe básicamente a condicionar el rango de posibles castigos judicialmente imponibles: en función de los puntos de anclaje del sistema de penas que formal y convencionalmente determine el legislador, se limita la posibilidad de inserción *ordinal* de los delitos y de las penas dentro de la escala penal (en función de su gravedad relativa). En ellos, la punición indulgente/severa en concreto de cada delito dependerá parcialmente del nivel de indulgencia/severidad en abstracto de los puntos de anclaje mínimo/máximo de la escala general de penas. En el enfoque que aquí se ha desarrollado, en cambio, se produce un redimensionamiento de la categoría de proporcionalidad *cardinal*, puesto que se aboga por asignar un énfasis fuerte a consideraciones *sistemáticas* (que amplían su contenido), pero sin que ello produzca merma alguna respecto a la satisfacción de exigencias de proporcionalidad *ordinal*, que continúan resultando fundamentales y con las que se persigue la maximización de una distribución lo más igualitaria posible del castigo a partir de la graduación judicial de la pena en atención a la valoración de consideraciones estrictas vinculadas con la gravedad material del delito perpetrado.

Según el nuevo enfoque esbozado, las dos operaciones de proporcionalidad *ordinal* —conducentes, en su caso, a *ingresar* primero, y a *recorrer* luego el marco penal abstracto— deben efectuarse teniendo en cuenta el carácter *marginal* y *complementario* del juzgador en la delimitación del campo de lo delictivo y de lo punible —la labor jurisdiccional se debe subordinar siempre a la delimitación previa efectuada por el legislador en lo referido al núcleo esencial del tipo y a la fijación de la escala de punición aplicable— y el estándar de interpretación restrictiva emergente de consideraciones *sistemáticas* de proporcionalidad *cardinal* —estándar que irradia todo el proceso cuantificador—. De ello deben extraerse dos implicaciones.

Por un lado, respecto a la *primera* operación valorativa (de tipo *ordinal*) sobre si se *ingresa* al marco penal, el margen de maniobra judicial debe ejercitarse interpretándose restrictivamente las posibilidades de *no ingresar* al mismo. Tales posibilidades deberían limitarse a los supuestos en los que la (excesiva) amplitud y/o imprecisión en la delimitación *legislativa* de la norma (primaria) de conducta exija reducir su alcance por vía interpretativa, a los efectos de salvaguardar exigencias de *proporcionalidad estricta* entre la gravedad de la realización fáctica concurrente y la penalidad (mínima) de obligada imposición.¹⁰⁷ En otros términos: *aunque lo*

¹⁰⁷ La posibilidad misma, aunque excepcional, de no ingresar en el marco penal abstracto obligará a que incluso la imposición judicial de la pena mínima legalmente prevista se deba acompañar de cierta fundamentación y que la misma resulte susceptible de control, no debiéndose, por tanto, negar automáticamente la posibilidad de revisión de la pena impuesta en el mínimo legalmente previsto (sobre ello, véanse, entre otros, DE LA MATA BARRANCO, *La individualización de la pena en los tribunales de justicia. La atención a la finalidad de la pena, la gravedad del hecho y las circunstancias del procesado en la jurisdicción penal, en su vinculación a la exigencia de imposición de penas proporcionadas*, 2008, p. 315 —donde se puntualiza, sin embargo, que aunque se constate una tendencia hacia la ampliación de la revisión de la pena fijada, ello no sucede cuando se impone la magnitud mínima legalmente prevista—; EL MISMO, en LASCURAIN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *El principio de proporcionalidad penal*, 2014, p. 213 —“si aceptamos la idoneidad en abstracto de cada pena que prevé el legislador [...] es difícil que los tribunales puedan imponer penas inidóneas si estas se enmarcan en los límites fijados legalmente.”—; y BORJA JIMÉNEZ, «Peligrosidad criminal

*habitual será que las diversas configuraciones fácticas formalmente típicas deban ser castigadas con la penalidad mínima de obligada imposición en función de lo legalmente prescripto, el juzgador no debe proceder necesaria ni automáticamente de dicha manera, debiendo no ingresar en el marco penal abstracto y proceder mediante una interpretación restrictiva de la norma primaria de conducta cuando su tenor literal así lo permita y ello resulte imperativo al no concurrir intensidad suficiente de injusto formalmente típico a la luz de la magnitud mínima de sanción legalmente prevista.*¹⁰⁸

Por otro lado, las exigencias *cardinales* del castigo inciden también en la *segunda* operación valorativa de proporcionalidad *ordinal* referida a si se debe mantener el castigo dentro de la penalidad mínima de obligada imposición o a si se debe *recorrer en sentido ascendente* la escala de penas. El margen de maniobra judicial también debe ejercitarse interpretándose restrictivamente la posibilidad de apartarse de la penalidad mínima legislativamente prevista cuando se pretenda ascender en la escala de penas. Tal posibilidad debería limitarse a los casos en que así lo justifique la concurrencia de un injusto de gravedad *manifiestamente* superior al que se asocie a la penalidad mínima, y siempre que se puedan identificar magnitudes de punición susceptibles de efectiva revisión ulterior en sede judicial y/o constitucional. En otros términos: *de la previsión formal de amplias escalas de punición no debe predicarse automáticamente la correlativa existencia de amplias atribuciones judiciales para recorrer libre y legítimamente las mismas en toda su extensión cuando se efectúe la graduación judicial de la pena en supuestos de unidad delictiva.*

Según la concepción propuesta, en definitiva, de la naturaleza jurídica dual que se asigna al acto cuantificador y de la valoración sincrética de exigencias de proporcionalidad *cardinal* y *ordinal* se deriva que *el punto de partida en la determinación judicial de la pena se debe situar siempre en la penalidad mínima de obligada imposición que legislativamente se estipule*. En tanto se pretenda dejar de aplicar una pena por no alcanzarse el grado de injusto culpable exigido por la penalidad mínima de obligada imposición —lo que supone un apartamiento *en favor* del procesado que conducirá a su absolución—¹⁰⁹ o imponer una pena más severa que la punición mínima legislativamente prevista —lo que supone un apartamiento *en perjuicio* del procesado que verá

e individualización judicial de la pena», *Revista Nuevo Foro Penal*, (87), 2016, p. 127 —“[La] obligación de motivación de la sentencia es tomada en consideración cuando el juzgador se aparta del mínimo posible, pues sólo a partir de ahí comienza el peligro del exceso en la punición—”.

¹⁰⁸ En términos abstractos, y atendiendo únicamente al principio de proporcionalidad, a menor penalidad mínima de obligada imposición, concurrirán mayores posibilidades de satisfacer las exigencias de estricta correspondencia entre delito y pena que debe respetarse al configurar judicialmente la magnitud punitiva aplicable a la concreta configuración fáctica del tipo.

¹⁰⁹ Téngase presente que la alternativa de imponer judicialmente una pena menor a la legalmente prevista (que constituiría también un apartamiento de la penalidad mínima de obligada imposición, pero en este caso *en perjuicio* del procesado) debe descartarse por razones de estricta legalidad. Tal alternativa no se contempla entre las tres opciones que menciona la anteriormente citada STC 136/1999, ponente Viver i Pi-Sunyer, de 20 de julio, la cual, en su FJ trigésimo, dispone: “Este coste inevitable en lo que a la determinación de la conducta típica se refiere, sin embargo, sólo resulta constitucionalmente admisible en la medida en que la mencionada apertura del tipo se vea acompañada de la consiguiente ampliación, por así decir, del marco punitivo, que haga a su vez posible la puesta a disposición del Juez de los resortes legales necesarios a la hora de determinar y adecuar la pena correspondiente en concreto a cada forma de manifestación de estas conductas de colaboración con los grupos terroristas [opción 1]. De otro modo, y tal como pone también de manifiesto la legislación comparada, el aplicador del derecho se situaría ante la disyuntiva ya sea de incurrir en evidente desproporción [opción 2], ya sea de dejar impunes conductas particularmente reprochables [opción 3].”.

agravado su castigo— se requerirá siempre una fundamentación especialmente intensificada que justifique la desviación en que se incurre respecto al punto de partida *legislativo* que debe adoptarse como referente. A su vez, del planteamiento debe inferirse también que la imposición misma de la penalidad mínima legalmente prevista, contrariamente a un proceder no infrecuente en la jurisprudencia,¹¹⁰ no queda exenta de necesidad de motivación: atento a que se puede estar ante supuestos de hecho que exijan excepcionalmente no ingresar al marco penal en función del grado de injusto culpable concurrente, la imposición misma de la penalidad mínima legalmente prevista requiere también de una fundamentación que justifique suficientemente que no se está ante tales supuestos.

La atribución de efectuar en sede de determinación judicial de la pena distinciones (ulteriores a las legislativas) que conduzcan al apartamiento del mínimo de pena legislativamente prevista para el delito supone posibilitar la realización de finas diferenciaciones sobre la gravedad del hecho y de la pena a aplicar que complementan el ámbito de lo legislativamente previsto y que se derivan del ejercicio de legítimas atribuciones judiciales de carácter valorativo. Se trata de diferenciaciones que resulta menester efectuar en sede de aplicación del Derecho en tanto que de las previsiones del legislador no pueda predicarse la existencia de un efecto oclusivo que cierre el paso a cualquier tipo de ulterior valoración judicial. Si dichas atribuciones se ejercitan por parte de los juzgadores con prudencia y de forma limitada, subsidiaria y a los efectos de interpretar, integrar y concretar normas jurídico-penales creadas *legislativamente*, se estará ante una actividad necesaria y legítima de delimitación judicial *marginal* del campo de lo delictivo y de lo punible. Solo de dicha manera se podrá seguir afirmando que la tarea de los tribunales esencialmente de aplicación del Derecho y marginalmente de configuración del mismo no supone una incursión indebida en el campo de lo genuinamente legislativo.

De conformidad con ello, la determinación judicial de la pena en supuestos de unidad delictiva consistiría, ante todo, no tanto en recorrer discrecionalmente, de forma jurídicamente reglada y con amplia permisión las escalas continuas de punición —como tradicionalmente ha sido concebida—, sino en concretar (de forma marginal) la delimitación legislativa del campo de lo delictivo y de lo punible, ya sea para ingresar o, excepcionalmente, no ingresar a las escalas de punición, ya sea para recorrer (también excepcionalmente) las mismas en sentido ascendente por encima de la penalidad mínima de obligada imposición.

Según una teoría de la proporcionalidad estricta interpretada en función de exigencias sistemáticas como la que aquí se ha desarrollado, en supuestos de unidad delictiva únicamente se justificaría una determinación judicial de la pena orientada hacia la minimización de desigualdades originadas en factores de carácter sistemático (por exigencias de proporcionalidad *cardinal*) y hacia la maximización del principio de igualdad en función de la valoración estricta de la gravedad relativa del hecho (por exigencias de proporcionalidad *ordinal*). La pena del caso concreto debería resultar de una valoración sincrética de consideraciones sistemáticas y particulares; las primeras fundamentarían un deber general (*cardinal*) de proceder con cautela y

¹¹⁰ Respecto a la tendencia jurisprudencial a eximir de fundamentación a la medida de la pena impuesta si esta se inserta en la magnitud mínima legalmente prevista (o en sus proximidades), véanse referencias, por ejemplo, en MANNOZZI, *Razionalità e "Giustizia" nella commisurazione della pena. Il Just Desert Model e la riforma del Sentencing nordamericano*, 1996, pp. 390 s.; DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, 1979, pp. 59 ss.; y ALBRECHT, «Sentencing in Germany: explaining long-term stability in the structure of criminal sanctions and sentencing», *Law & Contemp. Probs.*, (76), 2013, p. 235; entre otros.

moderación mediante una interpretación restrictiva de las posibilidades de desviación de la penalidad mínima contenida en el marco de punición —que conducirá a la imposición de castigos moderados insertos normalmente en la magnitud mínima de punición legalmente prevista—; las segundas, por su parte, fundamentarían un deber específico (*ordinal*) de correspondencia estricta en el plano valorativo entre la gravedad de cada supuesto de hecho individual (intensidad de injusto culpable concurrente) y de la pena imponible al mismo.

4. A modo de conclusión

El enfoque propuesto, partiendo de que se asigna a la determinación judicial de la pena una naturaleza jurídica híbrida o dual —puesto que consiste en aplicación estricta del Derecho y, al mismo tiempo, en configuración *marginal* de las normas jurídicas aplicadas—, desarrolla una nueva teoría de la determinación judicial de la pena que adjudica especial relevancia a consideraciones sistemáticas en la imposición del castigo individual, pero que defiende también que la magnitud de punición del caso concreto debe corresponderse estrictamente con la gravedad de la configuración fáctica del tipo. Partiendo de las influyentes aportaciones de VON HIRSCH, y procurando tomar en consideración las tendencias convergentes más recientes que se identifican en el campo conceptual de la determinación judicial de la pena, el modelo propuesto efectúa una redefinición del concepto, contenido e implicaciones de lo que se debe entender por proporcionalidad cardinal y ordinal, y postula que la pena individual debe surgir de la valoración sincrética de exigencias (sistemáticas) de proporcionalidad cardinal y de exigencias (estrictas) de proporcionalidad ordinal.

En última instancia, la teoría presentada conduce a que el margen de maniobra del que disponen los juzgadores para fijar el castigo del caso concreto se deba ejercitar conforme a un estándar de interpretación restrictiva (a fin de dar cumplimiento a exigencias de proporcionalidad cardinal), debiéndose efectuar una fundamentación reforzada frente a cualquier desviación que se produzca respecto a la magnitud mínima de punición legalmente prevista. Y ello tanto frente a una desviación que suponga *no ingresar* al marco abstracto por falta de concurrencia de injusto suficiente merecedor de castigo a la luz de la penalidad mínima, como frente a una desviación que implique castigar el supuesto concreto más severamente por estimarse la concurrencia de un grado de injusto culpable de gravedad excedente respecto al que deba asociarse como merecedor de dicha penalidad mínima. Tanto la decisión de no ingresar al marco abstracto, como la de efectuar ulteriores distinciones típicas que requieran la aplicación de penalidades no mínimas dentro de la escala legal suponen el ejercicio de atribuciones que únicamente se deben reconocer de forma *marginal* a los tribunales. La imposición de la penalidad mínima prevista, por no suponer una desviación del punto de referencia legalmente fijado por el órgano competente para efectuar la delimitación del núcleo esencial del terreno de lo típico y de lo punible, requerirá una fundamentación que justifique suficientemente que no se está ante supuestos excepcionales en los que no se deba *ingresar* al marco penal en función del grado de injusto culpable concurrente.

5. Bibliografía

AGUADO CORREA (2014), «El principio de proporcionalidad en derecho penal. Especial consideración de los delitos de peligro abstracto», en LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *El principio de proporcionalidad penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 29 ss.

ALBRECHT (2013), «Sentencing in Germany: explaining long-term stability in the structure of criminal sanctions and sentencing», *Law and Contemporary Problems*, (76), pp. 211 ss.

————— (2003), «Tatproportionalität in der Strafzumessungspraxis», en FRISCH/VON HIRSCH/ALBRECHT (eds.), *Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung. Buchenbach-Symposium 1999*, Müller, Heidelberg, pp. 215 ss.

————— (1994), *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität. Eine vergleichende und empirische Studie zur Herstellung und Darstellung des Strafmaßes*, Duncker & Humblot, Berlín.

AMBOS (ed.) (2020), *Strafzumessung. Angloamerikanische und deutsche Einblicke / Sentencing. Anglo-American and German Insights*, Göttingen University Press, Gotinga.

————— (2014), *Treatise on International Criminal Law*, t. II, Oxford University Press, Nueva York.

BASSO (2019), *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, Marcial Pons, Madrid.

————— (2019), «Sobre la incidencia de los fines de la pena en la determinación judicial del castigo», en CANCIO MELIÁ/MARAVÉR GÓMEZ/FAKHOURI GÓMEZ/GUÉREZ TRICARICO/RODRÍGUEZ HORCAJO/BASSO (eds.), *Libro homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, t. II, UAM Ediciones, Madrid, pp. 1323 ss.

————— (2019), «Determinación de la pena e indulto», en MOLINA FERNÁNDEZ/CARRACEDO CARRASCO (eds.), *El indulto. Pasado, presente y futuro*, B de F, Montevideo/Buenos Aires, pp. 503 ss.

————— (2018), «Determinación de la pena en supuestos de unidad delictiva y de concursos», en ZIFFER (dir.), *Jurisprudencia de Casación Penal. Justicia Federal*, t. 11, Hammurabi, Buenos Aires, pp. 19 ss.

————— (2017), «Sobre la relevancia de las penas mínimas. Una reflexión a partir del caso mesa nacional Herri Batasuna (STC 136/1999, de 20 de julio)», en PÉREZ CEPEDA (dir.), *Actas del Seminario Internacional. El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político-criminal*, Ratio Legis, Salamanca, pp. 239 ss.

BERNER (1845), «Entwurf zu einer phänomenologischen Darstellung der bisherigen Straftheorien, sowie zu einer begriffsmäßigen Vereinigung der relativen Theorien mit der absoluten», *Archiv des Criminalrechts*, (26), pp. 144 ss.

BESIO HERNÁNDEZ (2011), *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

BORJA JIMÉNEZ (2016), «Peligrosidad criminal e individualización judicial de la pena», *Revista Nuevo Foro Penal*, (87), pp. 120 ss.

BUßMANN (2013), «§ 46», en MATT/RENIKOWSKI (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, Franz Vahlen, Múnich, nm. 1 ss.

CANCIO MELIÁ (2010), *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Reus, Madrid.

CASTELLÓ NICÁS (2007), *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos (art. 66.1 del Código Penal)*, Comares, Granada.

CHOCLÁN MONTALVO (1997), *Individualización judicial de la pena, función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*, Colex, Madrid.

CUERDA ARNAU (2014), «Proporcionalidad penal. Libertad de expresión y efecto de desaliento. Su proyección sobre los nuevos tipos de apología», en LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *El principio de proporcionalidad penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 151 ss.

DE LA MATA BARRANCO (2014), «La actuación proporcionada: una exigencia de la finalidad preventiva del derecho penal», en LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *El principio de proporcionalidad penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 203 ss.

————— (2008), *La individualización de la pena en los tribunales de justicia. La atención a la finalidad de la pena, la gravedad del hecho y las circunstancias del procesado en la jurisdicción penal, en su vinculación a la exigencia de imposición de penas proporcionadas*, Thomson-Aranzadi, Pamplona.

DEMETRIO CRESPO (1999), *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca.

DOLCINI (1979), *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Cedam, Padua.

DREHER (1968), «Gedanken zur Strafzumessung», *Juristen Zeitung*, (7), pp. 209 ss.

————— (1967), «Zur Spielraumtheorie als der Grundlage der Strafzumessungslehre des Bundesgerichtshofes», *Juristen Zeitung*, (2), pp. 41 ss.

————— (1961), «Anmerkung zu einem Urteil des OLG Stuttgart», *Monatschrift für deutsches Recht*, (4), pp. 343 s.

————— (1947), *Über die gerechte Strafe. Eine theoretische Untersuchung für die deutsche strafrechtliche Praxis*, Schneider, Heidelberg.

ELHART (2012), *Individualización judicial de la pena en el derecho penal argentino*, tesis doctoral inédita, Universidad Nacional de La Plata, disponible en <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/34940> (última consulta: 7/7/2020).

ERHARD (1992), *Strafzumessung bei Vorbestraften unter dem Gesichtspunkt der Strafzumessungsschuld*, Duncker & Humblot, Berlín.

FEIJOO SÁNCHEZ (2014), *La pena como institución jurídica*, B de F, Montevideo/Buenos Aires.

- (2007), «Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena», *InDret*, (1), pp. 1 ss.
- FRASE (2013), *Just Sentencing. Principles and Procedures for a Workable System*, Oxford University Press, Nueva York.
- FREUND (2009), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Springer, Leipzig.
- (2004), «Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho penal», trad. de RAGUÉS I VALLÈS, en WOLTER/FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal: delito, determinación de la pena y Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, pp. 91 ss.
- FRISCH (2019), «Zum Begründungshintergrund von Übel und Tadel in der Theorie der Strafe. Grundlinien einer kommunikativen Straftheorie», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (9), pp. 537 ss.
- (2014), «Pena, delito y sistema de delito en transformación», trad. COCA VILA, *InDret*, (3), pp. 1 ss.
- GALLEGO DÍAZ (1985), *El sistema español de determinación legal de la pena. Estudio de las reglas legales de aplicación de penas del Código Penal*, ediciones ICAI, Madrid.
- GARCÍA ARÁN (1997), *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995*, Aranzadi, Pamplona.
- (1982), *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, Ediciones Universidad de Barcelona, Barcelona.
- GÓMEZ BENÍTEZ (1980), «Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española», *La Reforma del Derecho Penal. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, (3), pp. 129 ss.
- GONZÁLEZ DE LEÓN BERINI (2020), «La hegemonía de los fines de la pena en la concreción del castigo: situación actual, análisis crítico y alternativas de futuro», *Política Criminal*, (15-30), pp. 583 ss.
- (2017), *La concreción del castigo. El ejercicio legítimo del arbitrio judicial en las decisiones individualizadoras, desde un enfoque fenomenológico*, tesis doctoral inédita, Universidad Abat Oliba CEU, disponible en <http://hdl.handle.net/10803/454745> (última consulta: 9/7/2020).
- GUERRA ESPINOSA (2016), «Determinación de la pena exacta. Algunas consideraciones acerca de la mayor o menor extensión del mal», *Revista de Derecho Universidad de San Sebastián*, (22), pp. 1 ss.
- HART (1959-1960), «The Presidential Address: Prolegomenon to the Principles of Punishment», *Proceedings of the Aristotelian Society*, (60), pp. 1 ss.

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

HÖRNLE (2019), «Zur Lage der Strafzumessung in Deutschland», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, (4), 2019, pp. 282 ss.

————— (1999), *Tatproportionale Strafzumessung*, Duncker & Humblot, Berlín.

HORN (2001), «§ 46», en RUDOLPHI/HORN/SAMSOM, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7ª ed., pp. 1 ss.

————— (1975), «Wider die "doppelspurige" Strafhöhenzumessung», en GRÜNWARD/MIEHE/RUDOLPHI/SCHREIBER (eds.), *Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag am 28. Juli 1975*, Otto Schwartz, Gotinga, pp. 241 ss.

HORN/WOLTERS (2016), «§ 46», en WOLTER (ed.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. II, 9ª ed., Carl Heymanns, Múnich, nm. 1 ss.

JÄGER (2017), «Wechselbeziehungen zwischen Tatbestand und Strafzumessung unter besonderer Berücksichtigung der Regelbeispielmethode. Zugleich eine Betrachtung zur Bedeutung der strafzumessungsorientierten Auslegung», en SAFFERLING/KETT-STRAUB/JÄGER/KUDLICH (eds.), *Festschrift für Franz Streng zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller, Heidelberg, pp. 285 ss.

JAKOBS (2006), *La pena estatal: significado y finalidad*, trad. y estudio preliminar de CANCIO MELIÁ y FEIJOO SÁNCHEZ, Aranzadi, Cizur Menor.

————— (1991), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., De Gruyter, Berlín.

JAREBORG (1998), «Why Bulk Discounts in Multiple Offence Sentencing?», en ASHWORTH/WASIK (eds.), *Fundamentals of Sentencing Theory*, Clarendon Press, Oxford, pp. 129 ss.

JIMÉNEZ DE ASÚA (1948), *La sentencia indeterminada*, 2ª ed., Tea, Buenos Aires.

KAUFMANN, Arthur (1976), *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 2ª ed., Carl Winter-Universitätsverlag, Heidelberg.

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

————— (1983), *Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung erörtert am Problem der Generalprävention*, R. v. Decker's & C. F. Müller, Heidelberg.

LASCURAÍN SÁNCHEZ (2015), «Principios del Derecho penal (I). El principio de legalidad y las fuentes del Derecho penal», en EL MISMO (coord.), *Introducción al Derecho Penal*, 2ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. 59 ss.

————— (2012), «¿Restrictivo o deferente? El control de la ley penal por parte del Tribunal Constitucional», *InDret*, (3), pp. 1 ss.

LUZÓN PEÑA (1979), *Medición de la pena y substitivos penales*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid.

MANNOZZI (1996), *Razionalità e "Giustizia" nella commisurazione della pena. Il Just Desert Model e la riforma del Sentencing nordamericano*, Cedam, Padua.

MAÑALICH RAFFO (2015), «La reiteración de hechos punibles como concurso real. Sobre la conmensurabilidad típica de los hechos concurrentes como criterio de determinación de la pena», *Política criminal*, (10-20), pp. 498 ss.

MEERNIK (2011), «Sentencing Rationales and Judicial Decision Making at the International Criminal Tribunals», *Social Science Quarterly*, (92-3), pp. 589 ss.

MIR PUIG (2016), *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed. (con la colaboración de GÓMEZ MARTÍN y VALIENTE IVÁÑEZ), Reppertor, Barcelona.

MIRANDA RODRIGUES (1995), *A determinação da medida da pena privativa de liberdade (Os critérios da culpa e da prevenção)*, Coimbra Editora, Coimbra.

MOLINA FERNÁNDEZ (2020), «Concursos de leyes y de delitos» y «Reglas de determinación de la pena», respectivamente en EL MISMO (coord.), *Memento práctico penal 2021*, Francis Lefebvre, Madrid, nm. 3250 ss. y nm. 5420 ss.

————— (2019), «1. La determinación de la pena», en LASCURAÍN SÁNCHEZ (coord.), *Manual de Introducción al Derecho Penal*, BOE, Madrid, pp. 213 ss.

MORRIS (1982), *Madness and the Criminal Law*, University of Chicago, Chicago.

————— (1973-1974), «The future of imprisonment: toward a punitive philosophy», *Michigan Law Review*, (72), pp. 1161 ss.

MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (2019), *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed. (revisada y puesta al día con la colaboración de GARCÍA ÁLVAREZ), Tirant Lo Blanch, Valencia.

OSTROM/OSTROM JR. (2004), «A New Look at Sentence Severity», en TATA/HUTTON (eds.), *Sentencing and society. International perspectives*, Ashgate, Hampshire, pp. 277 ss.

PANTALEÓN DÍAZ (2019), «Treinta años de reformas del homicidio y las lesiones imprudentes en el Derecho penal español (1989-2019). Historia de un despropósito», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, (55), pp. 145 ss.

PEÑARANDA RAMOS (2015), «La pena: nociones generales», en LASCURAÍN SÁNCHEZ (coord.), *Introducción al Derecho Penal*, 2ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. 255 ss.

PERALTA (2008), «Dogmática del hecho punible, principio de igualdad y justificación de segmentos de pena», *Doxa*, (31), pp. 599 ss.

PÉREZ MANZANO (2015), «IV. «El mandato» constitucional de reeducación y reinserción social», en LASCURAÍN SÁNCHEZ (coord.), *Introducción al Derecho Penal*, 2ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. 151 ss.

————— (1990), *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid.

PUENTE RODRÍGUEZ/LLOBET ANGLÍ (2019), «Norma de sanción y norma de conducta: ¿por qué castigamos más cuando queremos castigar menos? Una reflexión al hilo del nuevo art. 579 bis 4 CP», *La ley penal*, (141), pp. 1 ss.

QUINTERO OLIVARES (1978), «Determinación de la pena y política criminal», *Cuadernos de Política Criminal*, (4), pp. 49 ss.

ROBERTS (2013), «Sentencing guidelines in England and Wales: recent developments and emerging issues», *Law and Contemporary Problems*, (76), pp. 1 ss.

ROBINSON (2008), *Distributive principles. Who should be punished, how much?*, Oxford University Press, Nueva York.

ROBLES PLANAS (2019), «La tiranía de la proporcionalidad», en GARCÍA CAVERO/CHINGUEL RIVERA (coords.), *Derecho penal y persona. Libro homenaje al Prof. Dr. H.C. Mult. Jesús María Silva Sánchez*, Ideas, Lima, pp. 115 ss.

RODRÍGUEZ HORCAJO (2019), «¿Límites consecuencialistas a una pena consecuencialista? Una introducción», en CANCIO MELIÁ/MARAVÉR GÓMEZ/FAKHOURI GÓMEZ/GUÉREZ TRICARICO/RODRÍGUEZ HORCAJO/BASSO (eds.), *Libro homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, t. I, UAM Ediciones, Madrid, pp. 291 ss.

————— (2016), *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, Marcial Pons, Madrid.

RODRÍGUEZ MOURULLO (1978), *Derecho penal. Parte general*, Civitas, Madrid.

ROXIN (1993), «Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad», trad. de ZIFFER y PASTOR (borrador de BLANCO), en MAIER (comp.), *Determinación judicial de la pena*, Editores del Puerto, Buenos Aires, pp. 15 ss.

————— (1981), *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, trad., introd. y notas de MUÑOZ CONDE, Reus, Madrid.

ROXIN/GRECO (2020), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. I, 5ª ed., C. H. Beck, Múnich.

SÁNCHEZ TOMÁS (2018), «Artículo 25.2. Los fines de la pena y los derechos fundamentales de los presos», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER/CASAS BAAMONDE (dirs.), *Comentarios a la Constitución española. XL Aniversario*, t. I, BOE/Ministerio de Justicia/Fundación Wolters Kluwer/Tribunal Constitucional, Madrid.

SANZ MORÁN (2016), «Un creciente embrollo: últimas aportaciones legislativas y jurisprudenciales en materia de concurso de delitos», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, (44), pp. 15 ss.

SCHÖCH (1975), «Grundlagen und Wirkungen der Strafe. Zum Realitätsgehalt des § 46, Abs. 1, StGB», en GRÜNWARD/MIEHE/RUDOLPHI/SCHREIBER (eds.), *Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag am 28. Juli 1975*, Otto Schwartz, Gotinga, pp. 255 ss.

SCHÜNEMANN (1991), «La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo», en EL MISMO (comp.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, Tecnos, Madrid, pp. 147 ss.

————— (1987) «Plädoyer für eine neue Theorie der Strafzumessung», en ESER/CORNILS (eds.), *Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik: Beiträge zu einem Deutsch-Skandinavischen Strafrechtskolloquium*, Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, Friburgo, pp. 209 ss.

SILVA SÁNCHEZ (2007), «La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo», *InDret*, (2), pp. 1 ss.

STAHL (2015), *Strafzumessungstatsachen zwischen Verbrechenslehre und Straftheorie. Zugleich ein Betrag zur Strafzumessungsrelevanz des Vor- und Nachtatverhaltens*, Duncker & Humblot, Berlín.

STOCO (2019), *Culpabilidade e medida da pena. Uma contribuição à teoria judicial de aplicação da pena proporcional ao fato*, Marcial Pons, San Pablo.

STRENG (1984), *Strafzumessung und relative Gerechtigkeit. Eine Untersuchung zu rechtlichen, psychologischen Aspekten ungleicher Strafzumessung*, R. v. Decker, Heidelberg.

TEIXEIRA (2015), *Teoria da aplicação da pena. Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*, Marcial Pons, San Pablo.

VON HIRSCH (2017), *Deserved criminal sentences. An overview*, Hart Publishing, Portland.

————— (1998), *Censurar y castigar*, trad. e introd. de LARRAURI PIJOAN, Trotta, Madrid.

————— (1985), *Past or future crimes. Deservedness and dangerousness in the sentencing of criminals*, Rutgers University Press, Nueva Jersey.

————— (1981), «Utilitarian Sentencing Resuscitated: The American Bar Association's Second Report on Criminal Sentencing», *Rutgers Law Review*, (33), pp. 772 ss.

WOLFF (1985), «Das neue Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (97), pp. 786 ss.

ZIFFER (2007), «Artículos 40/41», en BAIGÚN/ZAFFARONI (dirs.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. 2A, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, pp. 67 ss.

————— (1999), *Lineamientos de la determinación de la pena*, 2ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires.

————— (1993) «Consideraciones acerca de la problemática de la individualización de la pena», en MAIER (comp.), *Determinación judicial de la pena*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, pp. 89 ss.

ZIPF (1979), *Introducción a la política criminal*, trad. IZQUIERDO MACÍAS-PICAVEA, Edersa, Madrid.

ZYSMAN QUIRÓS (2013), *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos. Un estudio sobre las United States Sentencing Guidelines*, Marcial Pons, Madrid.

————— (2004), «Determinación judicial de la pena, poderes de los jueces y derecho a un juicio por jurados. Una aproximación al sistema estadounidense de *Sentencing Guidelines* a partir del reciente fallo *Blakely v. Washington*», *Nueva doctrina penal*, (B), pp. 627 ss.