ÍNDICE

Pág.

PRÓLOGO 17

NOTA PRELIMINAR 23

ABREVIATURAS 25

INTRODUCCIÓN 27

CUESTIONES PRELIMINARES 31

I. DELIMITACIONES CONCEPTUALES 31
II. ALCANCES DE LA INVESTIGACIÓN 40
III. RELEVANCIA DEL OBJETO DE ESTUDIO 43
IV. DENOMINACIONES 47

PRIMERA PARTE

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

CAPÍTULO I. **LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN SISTEMAS DE DERECHO PENAL CONTINENTAL, INTERNACIONAL Y ANGLOSAJÓN** 55

I. PRECEPTOS REGULADORES DE LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN SISTEMAS DE DERECHO PENAL CONTINENTAL Y EN EL ESTATUTO DE ROMA DE LA CPI... 55
II. LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN SISTEMAS DE DERECHO PENAL ANGLOSAJÓN 61

Pág.

1. Los sistemas de pena indeterminada 62
2. Los sistemas de pena determinada 64

a) Los sistemas con directrices numéricas 65
b) Los sistemas de pena determinada sustentados en principios 69

III. TENDENCIAS POLÍTICO-CRIMINALES EN EL CAMPO DE LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA 71

1. La vaguedad y la inconsistencia de los criterios legales y estatutarios de medición judicial de la pena 71
2. La vigencia creciente del principio de legalidad en el ámbito de la medición judicial de la pena 74
3. La aplicación de penas moderadas como tendencia general en la atribución judicial del castigo 76
4. La consolidación de criterios ajenos al injusto culpable 79

IV. IDENTIFICACIÓN DE CUESTIONES REQUERIDAS DE ULTERIOR PROFUNDIZACIÓN DOGMÁTICA 79

CAPÍTULO II. **ENFOQUES TEÓRICOS DE DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA** 81

I. LA TEORÍA ALEMANA DEL MARGEN DE LIBERTAD Y EL ENFOQUE NORTEAMERICANO DEL RETRIBUCIONISMO LIMITADOR 82

1. La teoría alemana del margen de libertad 83

a) El reconocimiento de un margen sustancial de valoración al juzgador 87
b) La inexistencia de una única pena adecuada a la culpabilidad 89
c) La relevancia directa de la culpabilidad y la prevención en la cuantificación del castigo: su valoración en etapas sucesivas 90
d) La prohibición de imposición de penas fuera de los límites (mínimo y máximo) fijados por la culpabilidad 91

2. La teoría norteamericana del retribucionismo limitador 93

a) La relevancia del principio de parsimonia y la orientación hacia la minimización de la aplicación del castigo 98
b) La equiparación entre marco penal legal y marco del merecimiento 99
c) El reconocimiento expreso de la incertidumbre científica respecto a los efectos preventivos de la pena 99
d) La defensa abierta de la aplicación de penas desiguales en tanto no se rebasen los límites del marco legal de penas 100

Pág.

3. Valoración conjunta de los enfoques presentados 103

a) El reconocimiento de un margen sustancial de valoración... 103
b) La problemática de la imprecisión del concepto de culpabilidad 106
c) La relevancia directa de la culpabilidad y la prevención en la cuantificación judicial del castigo y su valoración en etapas sucesivas 112
d) El control judicial de las decisiones cuantificadoras de pena 121
e) Sobre la prohibición de imposición de penas fuera de los límites fijados por la culpabilidad 125
f) Sobre la relevancia del principio de parsimonia 125

II. LA TEORÍA DE LA PENA PUNTUAL 126

1. Planteamiento 126

a) La existencia objetiva de una pena puntual adecuada a la culpabilidad 127
b) La exclusión de la valoración de aspectos preventivos..... 128
c) La adhesión al principio bilateral de culpabilidad 129

2. Valoración 131

a) La incorrección del punto de partida: la inexistencia de una pena puntual y el rechazo de la retribución 131
b) La teoría de la pena puntual conduciría a un inmovilismo político-criminal 132
c) Las similitudes de las teorías del margen de libertad y de la pena puntual 134
d) La crítica de la incompatibilidad con el Derecho positivo... 135
e) La adhesión minoritaria a la *Punktstrafetheorie* y su relevancia como precursora de las teorías de la proporcionalidad con el hecho 136

III. LA TEORÍA DEL ACTO DE CONFIGURACIÓN SOCIAL 137

1. Planteamiento 137

a) La imposición de una pena legal vinculada a la culpabilidad 137
b) El marco penal típico como escala de gravedad continua y la necesidad de que el juzgador configure la pena según las valoraciones del legislador 139

2. Valoración 143

a) La teoría de la configuración social como teoría de la pena puntual de carácter histórico 143
b) La imposición estatal de la pena como acto de atribución... 144
c) La excesiva deferencia al marco penal abstracto y a la penalidad máxima prevista en el mismo 145

Pág.

IV. LA TEORÍA DE LOS DOS NIVELES 147

1. Planteamiento 147

a) La valoración del injusto culpable y la decisión sobre la determinación de la cuantía del castigo 148

b) La valoración de aspectos preventivos y las decisiones sobre la clase y la modalidad de pena aplicable 150

c) La segmentación en dos niveles de la valoración del injusto culpable y de los aspectos preventivos 152

2. Valoración 154

a) La coincidencia parcial con la teoría del margen de libertad 154

b) La segmentación estricta de la valoración de la culpabilidad y de la prevención en fases diversas de la determinación judicial de la pena 155

c) Sobre la inadmisibilidad de la prevención general en la determinación judicial de la pena en sentido estricto 156

d) Sobre los problemas empíricos vinculados con la prevención y la medición de la pena 156

e) La incompatibilidad del modelo gradual con el Derecho positivo alemán 158

V. LAS TEORÍAS DE LA PROHIBICIÓN DE DESBORDAMIENTO DE LA CULPABILIDAD Y EL ENFOQUE NORTEAMERICANO DEL RETRIBUCIONISMO LIMITADOR EXPANDIDO. 161

1. Las teorías de la prohibición de desbordamiento de la culpabilidad 162

a) La culpabilidad/proporcionalidad como límite máximo al castigo 164

b) La posibilidad de imponer penas inferiores a la culpabilidad y el respeto de exigencias mínimas de prevención general positiva 166

c) El enfoque prevalente o exclusivo hacia consideraciones preventivas especiales o generales 166

2. El modelo norteamericano expandido del retribucionismo limitador 196

a) El carácter asimétrico del modelo de Frase 196

b) La relevancia de la forma de implementación de los principios teóricos 199

c) La expansión del modelo del retribucionismo limitador 199

3. Valoración conjunta de los enfoques presentados 203

a) El concepto de culpabilidad y su función de límite máximo de punición 204

Pág.

b) La categoría de la responsabilidad de Roxin y la separación tajante de culpabilidad y prevención 205
c) La función de fundamento y límite de la culpabilidad 206
d) La incompatibilidad de la pena preventiva inferior al límite mínimo de la culpabilidad con el párrafo 1.º, inciso 1.º del § 46 del StGB alemán 208
e) La prevención especial positiva entendida como maximización de la no desocialización como criterio exclusivo de cuantificación judicial de la pena 208
f) Recapitulación: acuerdos y discrepancias entre la teoría clásica del margen de libertad y su versión alternativa de prohibición de desbordamiento de la culpabilidad 217

VI. LA TEORÍA DE LA RETRIBUCIÓN DE LA CULPABILIDAD POR EL HECHO Y LOS ENFOQUES SISTÉMICOS DE LA PROPORCIONALIDAD CON EL HECHO 218

1. La teoría de la retribución de la culpabilidad por el hecho 218

a) La fundamentación retributiva pre-positiva del Derecho penal y de la determinación judicial de la pena 219
b) El rechazo de fines instrumentales de prevención 220

2. Los enfoques sistémicos de la proporcionalidad con el hecho 222

a) La relevancia de la necesidad de pena: la orientación prospectiva de ratificación de la vigencia de la norma 222
b) La pena proporcional como respuesta a la contradicción con la norma y la necesidad de aproximar la determinación de la pena a la teoría del delito 224
c) El rechazo de la instrumentalización del sujeto 226
d) La relevancia de la prevención especial y la posible imposición de penas inferiores a la pena proporcional al injusto culpable 226

3. Valoración conjunta de los enfoques presentados 228

a) El supuesto carácter retributivo de los enfoques de la compensación de la culpabilidad por el hecho 228
b) Sobre la orientación de los enfoques de la compensación de la culpabilidad por el hecho al injusto 229
c) El fundamento común del Derecho penal y de la medición de la pena 230
d) Sobre la supuesta vulneración de la prohibición de doble valoración 231
e) La relevancia de lo intersubjetivo y de la posición de quien castiga 231
f) La necesidad de la imposición de un mal y la falta de orientación respecto a la determinación de la pena concreta 231

Pág.

g) La diferencia entre los enfoques de la retribución jurídica y los enfoques comunicativos de la proporcionalidad 234

VII. LA TEORÍA DE LA PROPORCIONALIDAD POSITIVA CON EL HECHO 235

1. Planteamiento 235

a) La diferenciación entre fundamentación de la pena como institución y como acto particular 237
b) La aproximación a la teoría jurídica del delito 241
c) La distinción entre proporcionalidad cardinal y ordinal y la ordenación relativa de los delitos y las penas según su gravedad 244
d) La diversa función del tribunal de instancia y del tribunal de alzada en la determinación judicial de la pena 252

2. Valoración 252

a) El margen de atribución valorativa reconocido al juzgador ... 252
b) Sobre el criterio del menoscabo de la calidad de vida de la víctima y sobre el criterio del merecimiento empírico 253
c) Sobre la inadmisión de consideraciones preventivas directas 254
d) La distinción entre penas privativas de libertad efectivas y condicionales 254
e) La orientación del caso normativo de referencia hacia el tipo delictivo 255
f) La adopción de un concepto expresivo de injusto y la implementación de una teoría material de la medición judicial de la pena 255
g) ¿Teoría de medición judicial de la pena o enfoque conceptual orientado a la elaboración legislativa de tipos? Sobre el papel marginal del juzgador en la configuración de los tipos y penas aplicables 256
h) La escasa atención brindada al concepto de proporcionalidad cardinal y la admisión excepcional de penas que exceden lo proporcional 258
i) La inconveniencia de distinguir entre determinación judicial de la pena en sentido estricto y construcción (judicial) del marco penal 258
j) El escaso tratamiento del ingreso a la escala penal (y de su segmentación) 259
k) La diferenciación respecto de la doctrina y jurisprudencia tradicionales de determinación judicial de la pena 259

VIII. IDENTIFICACIÓN DE CUESTIONES REQUERIDAS DE ULTERIOR PROFUNDIZACIÓN DOGMÁTICA E IDENTIFICACIÓN DE LINEAMIENTOS Y TENDENCIAS 261

Pág.

SEGUNDA PARTE

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

CAPÍTULO III. **PUNTOS DE PARTIDA** 271

I. EL CONCEPTO DE INJUSTO Y CULPABILIDAD: SU GRADUACIÓN 271

1. El concepto de injusto y su posibilidad de graduación (en sentido ascendente y en sentido descendente) 272
2. El concepto de culpabilidad y su graduación (en sentido descendente) 274
3. Valoración 275

II. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ACTO DE ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL CASTIGO 277

1. La concepción de la medición judicial de la pena como acto discrecional y soberano del juzgador exento de toda posibilidad de control 278
2. La concepción de la medición judicial de la pena como acto discrecional sujeto a control judicial 279
3. La determinación judicial de la pena como acto híbrido de aplicación y de configuración de normas por parte del juzgador 282

III. LOS FINES DE LA PENA EN LA ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL CASTIGO 291

1. Las concepciones tradicionales y la relevancia directa de los fines de la pena en la mensuración judicial del castigo 292
2. Las concepciones contemporáneas y la supuesta irrelevancia de los fines de la pena en la mensuración judicial del castigo 293
3. El efecto reflejo de los fines de la pena en su graduación judicial 294

IV. LA ESTRUCTURACIÓN DE LA ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL CASTIGO ESTATAL 296

1. El énfasis en recorrer la escala penal legislativa 296
2. La diferenciación de operaciones de anclaje judicial de la pena individual en la escala legal 298

V. SINOPSIS 300

Pág.

CAPÍTULO IV. **PROPORCIONALIDAD CARDINAL Y PROPORCIONALIDAD ORDINAL EN LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA** 301

I. UNA PENA EXACTA DETERMINADA POR APROXIMACIÓN 301
II. LA PROPORCIONALIDAD CARDINAL EN LA ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL CASTIGO 303

1. El concepto de proporcionalidad cardinal y su capacidad de rendimiento 303
2. La proporcionalidad cardinal y el deber de interpretación restrictiva de los alcances de la norma jurídico-penal 306

a) Consideraciones de tipo dogmático 309
b) Consideraciones de tipo procesal 315
c) Consideraciones de tipo constitucional 329
d) Consideraciones procedentes del Derecho penal internacional 334
e) Consideraciones derivadas de las teorías de la pena 340

III. LA PROPORCIONALIDAD ORDINAL EN LA ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL CASTIGO 344

1. El concepto de proporcionalidad ordinal y su capacidad de rendimiento 344
2. El primer punto de anclaje de la pena individual en la escala abstracta 349

a) La realización de un juicio de subsunción formal y la identificación de la penalidad mínima aplicable 349
b) El juicio de suficiente gravedad del hecho como complemento material indispensable del juicio de tipicidad formal. 349
c) Conclusión sobre la primera operación de anclaje judicial de la pena 366

3. El segundo punto de anclaje de la pena individual en la escala abstracta 367

a) Sobre la escala abstracta a emplear 368
b) La valoración del menoscabo típico concurrente como criterio para recorrer el marco penal 378
c) La determinación de puntos discontinuos de castigo 379
d) Conclusión sobre la segunda operación de anclaje judicial de la pena 383

IV. SINOPSIS 383

CONCLUSIONES 387

BIBLIOGRAFÍA 393