

Análisis de los criterios de la individualización judicial de la pena en el nuevo código penal español de 1995

EDUARDO DEMETRIO CRESPO

Profesor Asociado de la Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. Introducción. 1. Delimitación conceptual: 1.1 «Individualización judicial de la pena»/Determinación legal de la pena; 1.2 «I.J.P. *stricto sensu*» e «I.J.P. *lato sensu*»; 1.3 El concepto «factor de la I.J.P. y sus tres significados como factor real, final y lógico. 2. Las cinco fases de la «I.J.P.».— II. Análisis de los criterios de la individualización judicial de la pena en el Nuevo Código Penal Español de 1995. 1. Aclaraciones previas. 2. El criterio de la gravedad del hecho: 2.1 Aproximación al concepto. 2.2 La gravedad del hecho como factor real de la I.J.P.: el problema de la graduabilidad del injusto. 2.3 Pautas para la determinación de la gravedad del hecho: 2.3.1 Dependientes de los factores finales de la I.J.P.: A. Introducción; B. La retribución: a) La nocividad del comportamiento; b) La reprochabilidad del comportamiento; C. La Prevención General: a) Como exigencia de proporcionalidad, b) Como juicio de prognosis frente a la comunidad. 2.3.2 Dependientes de otros factores reales de la I.J.P.: A. La culpabilidad; B. El bien jurídico. 3. El criterio de las circunstancias personales del delincuente: 3.1 Importancia del criterio en el CP de 1995. 3.2 La personalidad del delincuente como factor real de la I.J.P.: 3.2.1 Aproximación al concepto. 3.2.2 Personalidad del delincuente y fines de la pena: A. Personalidad del delincuente y retribución; B. Personalidad del delincuente y prevención especial; C. Personalidad del delincuente y prevención general. 3.2.3 Factores indiciarios: A. La vida anterior del reo; B. El comportamiento posterior al hecho. 3.3 Otras circunstancias personales: 3.3.1 La situación familiar, profesional o económica. 3.3.2 La «sensibilidad a la pena del autor» y la «susceptibilidad de pena» del autor. III. Conclusión Final.—IV. Bibliografía.—V. Abreviaturas y siglas.

I. INTRODUCCIÓN

1. Delimitación conceptual

1.1 «Individualización judicial de la pena» (*) y «Determinación legal de la pena»

En primer lugar conviene recordar una diferenciación conceptual previa, y es la existente entre la «*determinación legal de la pena*» («*Strafbemessung*»), y la «*I.J.P.*» («*Strafzumessung*»). En el primer estadio se determina por el legislador en abstracto las penas correspondientes a determinados delitos, y aquél deberá fijar unas penas máximas y otras mínimas para cada delito conforme a la gravedad del mismo, ofreciendo de este modo un espacio de juego («*Spielraum*»), o marco penal («*Strafrahmen*»), que se pone a disposición del juez. A este estadio pertenece también la aplicación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. En la *individualización de la pena por el juez*, éste asume la tarea de la elección de la pena adecuada al caso concreto, dentro del marco ofrecido por el legislador (1). En el derecho positivo español la I.J.P. implica una delimitación de tipo cuantitativo, pero también de carácter cualitativo, como por ejemplo en los supuestos de penas alternativas (arts. 244.1, 291, 295, etc.), penas de imposición potestativa (art. 226.2), o en los supuestos en que cabe la aplicación de sustitutivos penales (arts. 88 y 89) (2).

Según Dreher el problema de la I.J.P. es el determinar la pena justa a partir del marco penal típico de un tipo penal correctamente determinado, pero en modo alguno la corrección de un tipo penal determinado incorrectamente (que es un problema del uso correcto de los medios jurídicos), como tampoco la cuestión de la inimputabilidad del autor (3). A estos efectos hay que tomar en consideración el tenor del artículo 4.3.º del CP 1995 en el que se señala lo siguiente:

(*) En lo sucesivo citaremos este término con las siglas «I.J.P.»

(1) Cfr.: MEZGER, Edmund, «Strafzweck und Strafzumessungsregeln», en *Materialen zur Strafrechtsreform*, 1954, I.Bd, pp. 1-28, esp. p. 1 (Cit.: «Strafzweck ...»); SPENDEL, Günter, *Zur Lehre von Strafmaß*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1955, pp. 160 y ss. (Cit.: *Zur Lehre ...*).

(2) Cfr.: MAPELLI CAFFARENA/TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, Civitas, 1996, p. 189 (Cit.: *Las consecuencias ...*).

(3) DREHER, Eduard, «Rationalere Strafzumessung?», en VV.AA., *Pönometrie, Rationalität oder Irrationalität der Strafzumessung*, Köln, Institut für Konfliktforschung, 1977, pp. 37-48, esp. pp. 37-38 (Cit.: «Rationalere...»).

«Del mismo modo acudirá al Gobierno (el Juez o Tribunal) exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia (4), cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos *el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo*» (5) (6).

Mir Puig señala que por «determinación de la pena» se entiende la fijación de la pena que corresponde al delito, y que ello afecta tanto a la clase como a la cantidad de pena, incluyendo en un sentido amplio la decisión acerca de la suspensión de la pena o su sustitución por otras penas o por medidas de seguridad. Aclara además, que en ese esquema la determinación de la pena posee un momento legal y otro judicial, a lo que debe añadirse la intervención de la Administración penitenciaria en la ejecución de las penas privativas de libertad (7). Por su parte Quintero Olivares añade a esos dos momentos otro de carácter previo y fundamental como es la determinación constitucional de la pena (8).

(4) Me parece interesante poner de relieve las repercusiones que esta declaración legal puede tener sobre la discusión de si por motivos de prevención especial debería renunciarse a ejecutar una pena si no existieran necesidades resocializadoras o el autor fuera, por el contrario, irresocializable. Esta frecuente objeción a la disolución de la antinomia entre prevención general y prevención especial a favor de ésta última, nos parece al menos equívoca, entre otras cosas, porque, aunque el juez llegara a esa conclusión, está obligado a determinar una pena o un sustitutivo penal dentro del marco legal de un ordenamiento jurídico (que puede disponer o no de la llamada «renuncia a la pena») en la sentencia, y a ejecutarla por mandato constitucional (art. 117 CE).

(5) La cursiva es mía.

(6) Hay que observar la sustitución de los criterios legales que se ha producido en este precepto respecto al CP, TR 1974, en el que se aludía en el artículo 2.º 2 a «el grado de malicia» y el «daño causado por el delito», siendo especialmente importante la introducción de un criterio de corte básicamente preventivo especial («circunstancias personales del reo»), en sustitución de uno de corte retributivo («el grado de malicia»).

Se ha dicho, respecto a la regulación del artículo 2.º, párrafo 2.º, CP TR 1973, que se trata de «una vía secundaria para resolver la injusticia del caso concreto: la propuesta de un indulto total o parcial para el condenado, con lo que este precepto, que podría ser un instrumento útil para la reforma de la Ley penal, se ha convertido en un medio de atenuar los efectos de la Ley al caso concreto» (Cfr.: VV.AA., *Código Penal Comentado*, Madrid, Akal, 1990, p. 11).

(7) Cfr. MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 4.ª edición corregida y puesta al día con arreglo al Código penal de 1995, Barcelona, PPU, 1996, pp. 736-737 (Cit.: *Derecho Penal*, 4.ª ed.).

(8) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Determinación de la pena y política criminal», *CPC*, núm. 4, 1978, pp. 49-84, esp. p. 57 («Determinación ...»).

El acto de I.J.P ha sido calificado como un acto de «discrecionalidad jurídicamente vinculada» (9). Efectivamente, el juez puede moverse «libremente» en principio en el marco legal previamente determinado por el legislador para un determinado delito, y al juez le corresponde la misión de concretar la conminación penal de la ley para el caso concreto, pero siempre orientado por algunos principios que habrán de extraerse bien de las declaraciones expresas de la ley, bien de los fines del derecho penal en su conjunto, o más concretamente de los fines de la pena (10), partiendo de la función y de los límites que corresponden al Derecho Penal (11). Hay que tener en cuenta a estos efectos que fines de la pena, modelo de Estado y elementos de teoría del delito no son independientes, sino que se condicionan entre sí (12).

1.2 «I.J.P stricto sensu», e «I.J.P lato sensu»

La I.J.P en sentido estricto es la decisión sobre el tipo y cantidad de pena que corresponde aplicar al autor de un hecho delictivo por la transgresión culpable de un precepto penal, decisión en la que el primer paso lógico es la elección entre la pena privativa de libertad y la pena de multa. A la I.J.P en sentido amplio pertenecen a su vez la decisión sobre la aplicación o no de la suspensión de la ejecución de la pena, y otros substitutivos penales (13).

1.3 El concepto «factor individualizador de la pena», y sus tres significados como factor final, real, y lógico

El concepto de «fundamento individualizador de la pena» («*Strafzumessungsgrund*»), en la ya clásica concepción de Spendel, comprende tres significados: real, final, y lógico (14).

(9) JESCHECK, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4.^a ed, Granada, Comares, 1993, p. 788 (Cit.: *Tratado* ...); Jescheck/Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Berlin, Duncker & Humblot, 5.^a ed, 1996, p. 871.

(10) Cfr. en la doctrina alemana JESCHECK, *Tratado...*, *Op. cit.* p. 788; en la doctrina española MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, PPU, 1990, p. 825 (Cit.: *Derecho Penal* ...).

(11) Cfr.: MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal*, 4.^a ed, *Op.cit.*, p. 745.

(12) Cfr.: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO/GARCÍA RIVAS/FERRÉ OLIVÉ/SERRANO PIEDECASAS, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, Praxis, 1996, p. 817.

(13) HIRSCH, Günter, «Vorbemerkungen zu den §§ 46», en *LK*, 10 Auflage, pp. 1-79, p. 27 (cit.: «Vorbemerkungen...»); ZIPF, Heinz, *Die Strafzumessung, Eine systematische Darstellung für Strafrechtspraxis und Ausbildung*, Heidelberg, Karlsruhe, C.F. Müller, 1977, pp. 7-8; BRUNS, Hans-Jürgen, *Strafzumessungsrecht. Gesamtdarstellung*, 2., neubearbeitete und erweiterte Auflage, Köln.Berlin.Bonn.München, Carl Heymanns Verlag, 1974, pp. 38 y ss (cit.: *Strafzumessungsrecht*...).

(14) SPENDEL, GÜNTER, *Zur Lehre* ..., pp. 191 y ss.

La advertencia de que el concepto de fundamento individualizador no es unitario se encuentra por primera vez en las investigaciones de Wimmer, bien que éste último sólo diferenciara entre los factores reales de la medición («*Zumessungstatsachen*»), y consideraciones acerca de la misma («*Zumessungserwägungen*») (15).

De acuerdo con la definición de Spendel el concepto «fundamento individualizador de la pena» puede entenderse en primer lugar como «fundamento real» («*Realgrund*»), o *causa essendi* de la medida de la pena. Con ello se quiere aludir a los antecedentes de hecho y circunstancias que necesariamente tienen que ser tenidas en cuenta. Los ejemplos que señala el autor son clarificadores: el extraordinario valor de las cosas robadas, la especial brutalidad de unos malos tratos, o el número de muertos como consecuencia de una acción imprudente. En segundo lugar tiene el significado de «fundamento final» («*Zweckgrund*»), o *causa finalis*, lo cual significa preguntarse por el fin que se persigue con la imposición de la pena. Por último está el «fundamento lógico» («*logischer Strafzumessungsgrund*»), o *ratio cognoscendi* que vincula los presupuestos de la individualización con la individualización misma (16).

2. Las cinco fases de la I.J.P

Bruns ha refinado el esquema de Spendel, proponiendo distinguir hasta cinco fases de la I.J.P: a) *Ajustamiento a los fines de la pena*; b) *Averiguación de los factores de hecho relevantes para la individualización de la pena*; c) *La determinación de la dirección valorativa de los factores reales*; d) *La ponderación de las circunstancias de la individualización de la pena entre sí* (17); e) *Clasificación del caso en la escala de penas del marco penal previo* (18).

Streng ha criticado esta clasificación en el sentido de que no se puede esperar de ella que ayude a solucionar los problemas de la I.J.P, bien que le reconozca el valor de ayudar a una exposición ordenada

(15) WIMMER, August, «Die Strafzumessungstatsachen im Prozess», en *NJW*, (1947/8), pp. 126-129, esp. p. 126-7.

(16) SPENDEL, GÜNTER, *Zur Lehre ...*, *Op. cit.*, pp. 191-3.

(17) Sobre el problema de la ponderación desde el punto de vista del Derecho Constitucional, Cfr.: OSSENBÜHL, Fritz, «Abwägung im Verfassungsrecht», en *Abwägung im Recht*, Symposium zur Emeritierung von Werner Hoppe, Köln.Berlin.Bonn.München, Carl Heymanns, 1996, pp. 25-41.

(18) *Strafzumessungsrecht...*, *Op. cit.*, p. 6.

de los mismos (19). Montenbruck, por su parte, considera esta crítica fuera de lugar ya que una clasificación de esta índole hace las decisiones del juez más controlables (20).

En nuestro país Bacigalupo se ha adherido básicamente a esta ordenación sistemática de las «operaciones intelectuales» propias de la I.J.P, como proceso lógico que, a su juicio, consta de los siguientes niveles: «1. *Determinación de los fines de la pena* (...); 2. *Fijación de las circunstancias de hecho a valorar* (factores reales o de hecho de la individualización de la pena) a partir del criterio seguido respecto de los fines de la pena (...); 3. *Valoración de los factores reales de la individualización a favor o en contra del autor* (...); 4. *Transformación de todas las consideraciones en una expresión numérica*» (21).

II. ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS DE LA I.J.P EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL DE 1995

1. Aclaraciones previas

En el análisis teórico de cuáles deben ser los criterios que guíen al juez en el momento que representa la cúspide de su actividad resolutoria habrán de tomarse en cuenta en primer término las indicaciones expresas de la ley. En este sentido nos fijaremos preferentemente en los criterios indicados en la regla primera del artículo 66 (CP de 1995) relativo a la aplicación de la pena cuando no concurrieren circunstancias agravantes ni atenuantes o cuando concurren unas y otras; a saber, «las circunstancias personales del delincuente», y «la mayor o menor gravedad del hecho».

Tampoco se puede olvidar el análisis de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, ya que si atendemos al tenor de la regla 4.^a del artículo 66 (22), la entidad y número de éstas se erige

(19) Cfr.: STRENG, Franz, *Strafzumessung und relative Gerechtigkeit. Eine Untersuchung zu rechtlichen, psychologischen Aspekten ungleicher Strafzumessung*, Heidelberg, R.v. Decker's & G.Schenck, 1984, p. 46 (Cit.: *Strafzumessung* ...).

(20) Cfr.: MONTENBRUCK, Axel, *Abwägung und Umwertung. Zur Bemessung der Strafe für eine Tat und für mehrere Taten*, Berlin, Duncker&Humblot, 1989, p. 20.

(21) Cfr.: BACIGALUPO, Enrique, «La individualización de la pena en la reforma penal», en *RFDUC*, 1980, pp. 58-73, esp. pp. 60-61 (Cit.: «La individualización...»).

(22) Artículo 66. 4.^a: «Cuando sean dos o más las circunstancias atenuantes o una sola muy cualificada, los Jueces o Tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena en uno dos grados a la señalada por la Ley, aplicándola en la extensión que estimen pertinente, según la *entidad y número* de dichas circunstancias».

igualmente en un importante criterio individualizador. Sin embargo, no hay que olvidar que las circunstancias agravantes y atenuantes en cuanto tales pertenecen a la fase de la determinación legal de la pena, y no a la de la I.J.P. *stricto sensu* (23). Por este motivo, y con el propósito de delimitar el objeto de estudio, nos ceñiremos en este trabajo al análisis de los criterios de la gravedad del hecho y de las circunstancias personales del delincuente.

Pero fuera de esto, las reglas segunda y tercera del artículo 66, así como los artículos 74, 76, y 77, no proporcionan criterios para la individualización de la pena dentro de los marcos que establecen. Creemos que hubiera sido conveniente la introducción de un precepto en

(23) En este sentido se manifiesta igualmente BACIGALUPO, quien entiende que las circunstancias agravantes y atenuantes no son sino elementos del tipo, de lo que se deduce que tienen que ver con la individualización legislativa y no con la judicial. Advierte, además, que esta terminología («individualización legislativa», «individualización judicial») puede conducir a errores «porque la determinación del marco penal abstracto aplicable a un delito no queda definido, en el sistema español, en el momento de la sanción de la ley, sino que requiere una operación complementaria que el legislador ha puesto en manos del juez, al permitirle establecer el grado de la pena (máximo, mínimo, medio) antes de entrar a la individualización judicial propiamente dicha» (Cfr.: BACIGALUPO, Enrique, «La individualización...», *Op. cit.*, p. 63).

En el sistema de penas actual, conforme a la regulación del CP 1995, este paso intermedio, todavía de la determinación legal de la pena, bien que llevada a cabo por el juez, no lleva como en el CP TR 1973 a la aplicación de las penas en sus grados mínimo, medio, o máximo, sino que según la concurrencia o no de circunstancias, y según qué tipo de circunstancias concurren o no concurren, permiten al juez moverse en toda la extensión del marco penal típico (regla 1.ª del artículo 66), en su mitad inferior (regla 2.ª del artículo 66), en su mitad superior (regla 3.ª del artículo 66), o en la pena inferior en uno o dos grados (regla 4.ª del artículo 66). Por *grado* se entiende ahora no los grados máximo, medio, o mínimo, de la anterior, con la que venían previstas las diferentes penas consistentes en escalas graduales (artículo 73 CP TR 1973), sino que pena superior en grado será la resultante de aumentar a la cifra máxima señalada por la Ley para el delito la mitad de su cuantía, y pena inferior en grado la resultante de deducir a la cifra mínima señalada por la ley para el delito la mitad de su cuantía (artículo 70.1.º y 2.º CP 1995). La nueva regulación ofrece un marco mucho mayor que la anterior al ámbito de la I.J.P., en coherencia con exigencias doctrinales que entendían que aquella regulación contenía una excesiva determinación legal apriorística que impedía una concreta individualización, y que ha obligado al juez a hacer uso de su arbitrio en un momento anterior como es la calificación técnico-penal del hecho y de las circunstancias, para forzar una calificación más ajustada a la entidad del hecho y las circunstancias del autor.

Creemos que, en rigor, podría hablarse de una etapa inmediatamente anterior a la I.J.P., indicada por el término «determinación judicial de la pena» («*richterliche Strafbemessung*»), que junto a la «fijación legal de la pena» («*gesetzliche Strafbestimmung*»), integraría lo que con carácter general denominamos «determinación legal de la pena» («*Strafbemessung*»).

el NCP que regulara los criterios para la I.J.P (24), de modo que éste dejara de ser un ámbito condenado en mayor o menor medida a la «arbitrariedad».

Hay que destacar que tanto el artículo 25.2 de la Constitución de 1978, como el artículo 1 de la Ley General Penitenciaria de 1979, ponen un énfasis especial en el fin de la *prevención especial en su aspecto positivo de reeducación y reinserción social*. Sin embargo, y pese a estas declaraciones, el derecho penal español asienta sus bases sobre una *teoría unitaria de la pena*, lo cual sigue estando vigente en el nuevo CP 1995 (25), en el que el criterio de la *gravedad del hecho* como criterio de la I.J.P, junto a *las circunstancias personales del delincuente*, es una prueba de ello, bien que este último criterio haya adquirido una gran importancia al impregnar el Código Penal en diferentes aspectos de la I.J.P en sentido estricto y en sentido amplio, así como otros aspectos conexos a la misma.

2. El criterio de la gravedad del hecho

2.1 Aproximación al concepto

El Tribunal Supremo en sentencia de 20 de marzo de 1986 entiende que «gravedad del hecho equivale al desvalor de la conducta puesta de manifiesto en la infracción», tanto en su vertiente de acto personal, como la referida al resultado lesivo a un bien jurídico (26), (27).

En la doctrina italiana existen aportaciones específicas sobre este elemento que aparece en el artículo 133 del Código Penal Italiano (28). Entre los elementos enunciados por los distintos autores como relevantes en el estudio de este criterio aparecen la modalidad del mismo, su naturaleza, especie, medios, objeto, tiempo, lugar, daño o peligro ocasionado, intensidad del dolo o gravedad de la imprudencia, etc. Es decir, todo el conjunto de circunstancias objetivas y subjetivas del

(24) En este sentido, Cfr.: LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal Español. Parte General*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 513.

(25) Cfr.: CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 30.

(26) GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, «Arbitrio judicial y artículo 61.4 del Código Penal: comentario a la sentencia de 20 de marzo de 1986», en *PJ*, 1986, pp. 141-158, esp. p. 147.

(27) Cfr.: LLORCA ORTEGA, José, *Manual de determinación de la pena conforme al Código Penal de 1995*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 92.

(28) Cfr.: GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Los criterios de la determinación de la pena en el Derecho español*, Barcelona, Ediciones de la Universidad de Barcelona, 1982, *Op. cit.*, pp. 212 y ss (Cit: *Los criterios ...*).

hecho criminal. Para García Arán el Código Penal italiano presenta, al igual que el español, la confluencia entre los datos que allí se enumeran como indiciarios y las circunstancias modificativas genéricas. En este sentido señala que es evidente «que la determinación de la mayor o menor gravedad encuentra una vía indiciaria en aquello que es considerado como más o menos grave en otros lugares del código, especialmente en las circunstancias genéricas, independientemente de las críticas que se formulen en ese estadio y por lo tanto si allí se ha aceptado que el incremento objetivo del injusto agrave la pena, ese debe ser el sentido del incremento de la gravedad» (29).

2.2 *La gravedad del hecho como factor real de la I.J.P : el problema de la graduabilidad del injusto*

La parte especial del Código Penal contiene una ordenación valorativa de los diferentes bienes jurídicos protegidos a través de las distintas cantidades de pena asignadas para la lesión o puesta en peligro de cada uno de ellos. Pues bien, a juicio de Bruns, este esquema valorativo representa en último término, un gran catálogo de factores de la I.J.P, que necesitan de una complementación más cercana para la delimitación de la cantidad final de pena (30). Cuando el legislador determina con carácter general el desvalor de los diferentes tipos penales, determina asimismo programáticamente las fronteras de la actividad judicial en el caso concreto.

Pues bien, ello pone de relieve y justifica que la pregunta por la adecuación a la culpabilidad se plantee ya en lo que se refiere al marco penal típico. Con carácter general, el marco penal debe permitir, dentro de un mayor o menor marco de arbitrio judicial, la aplicación de la pena adecuada a cada caso.

Una consideración elemental que subyace a este planteamiento es la capacidad de graduación del injusto culpable. Si bien esta capacidad de graduación de la culpabilidad fue reconocida desde antiguo, no sucede lo mismo respecto al injusto, para lo que hemos de remitirnos al trabajo de Kern, «*Grade der Rechtswidrigkeit*» (31). El autor comienza poniendo de relieve, de acuerdo con los parámetros de la evolución del pensamiento penal en aquel momento, que la culpabilidad, al comprender diversos grados, tales como el dolo, o la imprudencia, era susceptible de graduación, y que además, ello se podía

(29) *Ibidem*, p. 214.

(30) BRUNS, Hans-Jürgen, *Strafzumessungsrecht...*, *Op. cit.*, p. 70.

(31) KERN, Eduard, «Grade der Rechtswidrigkeit», en *ZStW*, (1952), 64, pp. 255-291.

comprobar complementariamente en la determinación de la pena, en la que diferentes criterios podían afectar la medida de la misma aumentándola o disminuyéndola. A continuación señala que, a diferencia de la culpabilidad, esta capacidad de graduación no había sido constatada respecto a la antijuricidad. Respecto a esta última se constata su existencia o su no existencia, pero no que pueda ser mayor o menor (32). Pues bien, como ha puesto de relieve Bruns, el grado de la antijuricidad modifica el contenido del injusto y el concepto del injusto en la I.J.P va más allá del juicio formal de antijuricidad, comprendiendo sutiles diferenciaciones materiales, que sólo adquieren significado a la luz de la dogmática propia de aquella. Las razones por las cuales una acción antijurídica puede pesar de modo diferente, son de diversa índole: carácter tutelable de la víctima, envergadura del daño causado, tipo de ejecución del hecho, utilización de determinados medios, especiales funciones, obligaciones jurídicas, o relaciones del autor, etc (33).

La afirmación relativa a que la medida de la «culpabilidad por el hecho» depende del contenido de injusto del hecho penal individual y de que la cantidad de la pena adecuada al injusto se mide de acuerdo a la gravedad del injusto individual parece clara; sin embargo por sí misma no representa nada más que una especie de declaración de principios. Para poder poner en relación este proceso de cuantifica-

(32) La consecución de dicha graduación la argumenta el autor a partir de la constatación básica del lenguaje ordinario conforme a la cual se habla de cosas «prohibidas», «estrictamente prohibidas», «prohibidas con pena», «prohibidas con penas graves», etc. Desde el punto de vista jurídico aparece a un lado la categoría de lo prohibido, y a otro, la de lo permitido y lo obligatorio. Esta tripartición conduce a las tres categorías de lo antijurídico, lo jurídicamente neutro, y lo adecuado al Derecho. Dentro de lo antijurídico la primera graduación se produce entre lo prohibido penalmente y lo prohibido sin una pena, en la que aquello representa, frente a esto último, un grado especial de antijuricidad. Dentro de lo prohibido con pena, se puede diferenciar asimismo entre lo prohibido con una ley penal, y lo prohibido con una ley administrativa; lo cual no es sólo una diferenciación en cuanto al grado, sino también en cuanto al tipo de sanción. Y así continua aportando una serie de criterios para comprobar los grados de la antijuricidad: una acción materialmente antijurídica, en el sentido de que tanto su contenido como su resultado es desaprobado por el ordenamiento jurídico, es más grave que una acción antijurídica, que lo es por el hecho de lesionar prescripciones formales o ir más allá de la competencia correspondiente; el grado de la antijuricidad de una acción es esencialmente menor cuando actúa sobrepasando los límites de su derecho que cuando actúa injustificadamente o sin autorización; por otro lado la lesión de determinadas obligaciones jurídicas que derivan de la profesión o el cargo representan asimismo un especial grado de antijuricidad (*Ibidem*, pp. 261 y ss).

(33) BRUNS, Hans-Jürgen, *Strafzumessungsrecht...*, *Op. cit.*, p. 394.

ción con la pena adecuada al caso concreto, se requiere su integración en el conjunto del sistema de la I.J.P. El proceso de cuantificación del injusto individual pasa por los siguientes pasos: 1. Determinación del fin de la I.J.P; 2. Indagación relativa a los fundamentos reales de la I.J.P relevantes en el injusto concreto; 3. Valoración de cada uno de los factores reales relevantes en el injusto concreto; 4. Ponderación de todos los factores reales de la I.J.P relevantes para el injusto que han sido sopesados; 5. Ordenación del injusto individual en el interior del marco penal típico (34).

Desde mi punto de vista se puede decir que nuestro Código Penal incorpora con las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal puntos de referencia importantes para la determinación del tipo del injusto individual, ya que a tenor de las reglas de aplicación de las penas, la concurrencia o no de circunstancias agravantes y/o atenuantes implica la determinación de un marco penal típico más o menos amplio. Su verdadera relevancia en la I.J.P viene dada sin embargo, en la medida en que el número y entidad de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal condiciona la labor de individualización. En el contexto en que ahora las traemos a colación adquieren significado como *catálogo incompleto de factores reales de la individualización de la pena anticipado legalmente y con una determinada valoración (agravatoria o atenuatoria), indicada por la ley*. Se diferencian del catálogo de circunstancias para la I.J.P contenidos en el parágrafo 46.2 del StGB en que las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal no son criterios de la I.J.P en sentido estricto, sino que entran en juego en una fase previa a la individualización misma, aunque la condicionen posteriormente de acuerdo con su número y entidad. A juicio de Günther el catálogo de circunstancias de la I.J.P recogidos en el parágrafo 46.2 del StGB constituyen en parte puntos de referencia equívocos, por lo que es necesario recurrir también aquí a los elementos esenciales del concepto del injusto: *el desvalor de acción y el desvalor de resultado*. Para hallar el tipo del injusto relevante en la I.J.P hay que deducir del conjunto del suceso todos aquellos hechos que influyen el injusto de acción y el injusto de resultado del correspondiente injusto típico, y que por otra parte representan valo-

(34) Cfr.: GÜNTHER, Hans-Ludwig, «Grade des Unrechts und Strafzumessung», en *Kriminalität, Persönlichkeit, Lebensgesichte, und Verhalten. Festschrift für Hans Göppinger zum 70. Geburtstag*, Berlin, Heidelberg, New York, London, Paris, Tokyo, Hong Kong, Springer, 1990, pp. 453-462, esp. p. 455-6.

res de acción o de resultado en la esfera de la justificación con un efecto de aminoración del injusto (35).

2.3 Pautas para la determinación de la «gravedad del hecho»

2.3.1 Dependientes de los factores finales de la I.J.P

A. INTRODUCCIÓN

Los criterios para la determinación (medición) de la gravedad del hecho dependen, a nuestro juicio, en buena medida de los fines de la pena. De igual manera que los factores reales de la I.J.P y los fines de la pena se relacionan entre sí en la medida en que la determinación de los «factores reales» a tener en cuenta en la individualización judicial de la pena depende de los fines de la pena que se tomen en consideración, en coherencia con ello la fijación de los criterios en particular para la determinación de un factor real en concreto depende asimismo de los fines de la pena (36). De este modo, por ejemplo, si se entiende que el fin de la pena por excelencia en la I.J.P es la «compensación de la culpabilidad» («*Schuldausgleich*»), tal y como entiende Schaeferdick (37), de ello resultan los siguientes criterios de determinación de la gravedad del hecho: la nocividad del comportamiento («*Die Schädlichkeit des Verhaltens*») y la reprochabilidad del comportamiento («*Die Vorwerfbarkeit des Verhaltens*») (38), sin que se admita en principio, la posibilidad de tomar en consideración circunstancias que hagan posible castigar de modo diferente hechos de la misma grave-

(35) *Ibidem*, p. 458.

(36) Esta misma idea es puesta de relieve por DOLCINI, cuando señala la falta de claridad del criterio de la gravedad del hecho (que se menciona expresamente, junto al de la inclinación del autor a la comisión de delitos, como criterios de ponderación de la I.J.P., en el artículo 133 del Código Penal italiano), ya que el legislador no ha señalado si la gravedad del hecho debe medirse conforme al fin de la pena de la retribución, de la prevención general o de la prevención especial. Señala, por ejemplo, que un mismo hecho habrá de medirse de forma muy diferente según que entendamos que dicha medición sirve a la retribución de la culpabilidad, a la producción de confianza en los ciudadanos respecto al ordenamiento jurídico, o a la prevención de la reincidencia (Cfr.: DOLCINI, Emilio, «Probleme der Strafzumessung in Italien», en *ZStW*, 94, (1982), pp. 373-403, esp. p. 377 (cit.: «Probleme...»)).

(37) Cfr.: SCHAEFERDIEK, Sascha, *Die kurze Freiheitsstrafe im schwedischen und deutschen Strafrecht*, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln, 1996, punto VI. Apartado 2.º Capítulo IV, (citado del manuscrito que el autor tuvo la amabilidad de proporcionarme).

(38) *Ibidem*, punto VI.2.4. Apartado 2.º. Capítulo IV.

dad (es decir, se rechaza la idea de la *individualización de la medición de la pena*, de la *racionalidad final de una I.J.P orientada a las consecuencias* (39).

B. DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA RETRIBUCIÓN

a) *La nocividad del comportamiento*

La nocividad del comportamiento depende del grado del daño cometido o del peligro provocado. La determinación de este componente es relativamente aporoblemática en la comparación de delitos del mismo tipo, a los que subyacen los mismos o parecidos bienes jurídicos; así como en categorías de delitos homogéneas. La comparación de categorías de delitos, sin embargo, en los cuales se protegen bienes jurídicos diferentes o que afectan a diferentes tipos de intereses, es muy problemática. Para responder a esta cuestión se han propuesto diferentes criterios, entre los cuales se encuentran «el grado de limitación de la libertad de decisión de la víctima» (entendida como la capacidad de la persona de determinar el curso de su vida), o el «grado de menoscabo del nivel de vida de la víctima» (entendiendo éste último en un sentido amplio, no sólo desde el punto de vista económico) (40).

La valoración de la gravedad del hecho a través de este criterio no puede consistir en una determinación *a priori* de valor universal, sino que depende de las costumbres de cada cultura. Por ejemplo la nocividad de una figura delictiva que se base en la protección de la «esfera privada» presupone la valoración de la misma por un grupo humano determinado como digna de dicha protección, etc. (41). Ello pone de

(39) Cfr.: GIEHRING, Heinz, «Ungleichheiten in der Strafzumessungspraxis und die Strafzumessungslehre - Versuch einer Analyse aus der Sicht eines Strafrechtswissenschaftlers», en PFEIFFER/OSWALD, *Strafzumessung. Empirische Forschung und Strafrechtsdogmatik im Dialog*, Stuttgart, Ferdinand Enke, 1989, pp. 77-125, esp. pp. 81 y ss; DECKERT, Martina Renate, *Folgeorientierung in der Rechtsanwendung*, München, C.H. Beck, 1995, pp. 218 y ss; BAURMANN, Michael, *Folgeorientierung und subjektive Verantwortlichkeit*, Baden-Baden, Nomos, 1981, pp. 7 y ss.

(40) Cfr.: HIRSCH, ANDREW. V./JAREBORG, Nils, *Strafmaß und Strafgerechtigkeit. Die deutsche Strafzumessungslehre und das Prinzip der Tatproportionalität*, Bonn, Forum, 1991, pp. 41 y ss, esp. pp. 44 y 45 (Cit.: *Strafmaß* ...); «Gauging Criminal Harm: A living-Standard Analysis», en *Oxford Journal of Legal Studies*, 11, (1991), pp. 1 y ss.

(41) HIRSCH/JAREBORG, *Strafmaß* ..., *Op.cit.*, p. 45. Los autores derivan de este argumento la conclusión de que una doctrina orientada en la culpabilidad no es en modo alguno metafísica o absoluta. Desde mi punto de vista, sin embargo, esto no es tan evidente, puesto que la «historicidad» de la pena puede realmente constituir un elemento de la pena absoluta (¿cómo habría de ser entendida sino como la «única

relieve a su vez que el criterio de interpretación de la gravedad del hecho que estamos analizando afecta en realidad más directamente a la determinación de las escalas penales que a la I.J.P en el caso concreto.

b) *La reprochabilidad del comportamiento*

La cuestión de los factores que han de intervenir en la valoración de la reprochabilidad es muy discutida (42). En este sentido se alude a la forma de culpabilidad (grado de conciencia y perseverancia o determinación, así como el grado de la infracción al deber), los motivos e intenciones del autor, así como el ánimo o móvil expresado en el hecho. Circunstancias que pueden agravar la reprochabilidad del hecho y, por consiguiente, la culpabilidad, pueden ser el aprovechar un desamparo especial de la víctima, o una situación especial de confianza, el seguimiento de motivaciones racistas, etc. Se discute si la reincidencia puede constituir también en este sentido una circunstancia agravante con la fundamentación de que el hecho le es más reprochable al autor porque ha desatendido la advertencia de procesos anteriores (43), (44). Por el contrario pueden funcionar en sentido atenuatorio una provocación de la víctima, diversas circunstancias de la vida anterior del reo como alcoholismo grave, etc.

Junto a ello habría que considerar circunstancias que no afectan en sí a la gravedad del hecho, sino al denominado *merecimiento de pena* («*Strafwürdigkeit*») del autor. Existirían circunstancias que aminoran este merecimiento de pena, como la reparación después del hecho, un mal estado de salud del autor, o la circunstancia de que el autor, como consecuencia del hecho, haya sufrido ya consecuencias graves como la pérdida del puesto de trabajo, etc.

Una interpretación del proceso de I.J.P que se guíe y fundamente en el criterio de la gravedad del hecho, interpretado además del modo

pena justa posible» por un grupo humano determinado? Está claro que esta valoración no puede ser la misma en un siglo que en otro, en un país que en otro, etc., y sin embargo, reconocer ésto no impide seguir en el contexto metafísico de la consecución de la «pena adecuada a la culpabilidad»).

(42) STRENG, Franz, *Strafzumessung ...*, *Op. cit.*, pp. 22 y ss.

(43) Esta circunstancia agravante se recoge en el CP 1995, artículo 22.8.º, bien que se haya circunscrito a cuando el culpable hubiese sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo Título del Código, a cuyos efectos no se computan los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.

(44) Cfr.: CHANG, Gyu-Won, *Rückfall und Strafzumessung. Rechtsvergleichende Untersuchung zur Behandlung des Rückfalls im deutschen und koreanischen Strafrecht und kritische Studie zur Strafschärfung wegen Rückfalls*, Pfaffenweiler, Centaurus, 1993, esp. pp. 53 y ss.

anteriormente expuesto, no es a mi modo de ver compatible ni con la regulación del Código Penal alemán (donde se incorpora una cláusula preventivo especial en el § 46.2 StGB), ni con la del Código Penal español de 1995 (que también la incorpora en el artículo 66.1.º). De cualquier forma hay que ver que los criterios que se proponen para la interpretación del elemento de la nocividad del hecho, juegan más bien en la fase de determinación legal de la pena para la consecución de los marcos penales típicos y las escalas de gravedad correspondiente (que para nosotros es una cuestión de proporcionalidad, pero también de prevención general, o si prefiere de la prevención general limitada por el principio de proporcionalidad). Y que, por otra parte, los criterios para la interpretación de la reprochabilidad del hecho, con el correspondiente aumento o disminución de la culpabilidad, han sido ya seleccionados por el legislador en nuestro ordenamiento en un amplio catálogo de circunstancias atenuantes y agravantes, que juegan como catálogo incompleto de factores reales de la I.J.P previstos legalmente (45). Estas circunstancias, como ya hemos dicho, pertenecen al estadio de la determinación legal de la pena, y sirven al juez para la determinación del marco penal concreto. Más allá de las mismas no creemos posible en nuestro ordenamiento jurídico aludir a otras circunstancias que agraven la culpabilidad y, por consiguiente, la pena. Esta última afirmación se basa en una interpretación de la culpabilidad en la I.J.P en nuestro ordenamiento jurídico, que en todo caso sirve para limitar o excluir la pena, pero no para aumentarla (46).

C. DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA PREVENCIÓN GENERAL

a) *Como exigencia de proporcionalidad*

Antes de entrar en el análisis de los concretos criterios de interpretación de la gravedad del hecho que vendrían dados por una interpretación preventivo general de ésta última, aclaremos cuál puede ser el sentido de una interpretación de este tipo. Para ello, nos sirven muy bien las reflexiones de Mir Puig sobre el criterio de la gravedad del hecho:

«Las críticas que suelen dirigirse a la prevención general atribuyen con frecuencia un contenido a la prevención inadecuado al Derecho positivo. Así sucede cuando se critica, pongo por caso, a la prevención gene-

(45) *Vide supra*.

(46) Cfr.: HORN, Eckhard, «Vorbemerkungen vor & 46», en SK, 1995, pp. 1-97, p. 33, marg. núm. 42 (Cit.: «Vorbemerkungen...).

ral porque puede llevar a la consecuencia inadmisible de castigar con pena de escasa gravedad los hechos más graves, que, precisamente por serlo, encuentran ya un firme obstáculo a su realización en la firme reprobación ético-social que les rodea y son, por ello, de escasa comisión. Esta objeción presupone una idea excesivamente amplia de lo que ha de ser objeto de la prevención (...). No basta, pues, decir que la función de la pena es la prevención para el Derecho positivo. En este punto es donde tiene entrada la idea de *gravedad del hecho*, que lejos de ser irrelevante a los efectos preventivos, es una de sus dos guías centrales. La otra es la del *peligro* del modo de ataque o de repetición del hecho. La gravedad del hecho es tomada por la ley como base de la gravedad de la pena en la tipificación de los delitos y como criterio general de medición de la pena (art. 61.4.º y 7.º). (...). De lo anterior se sigue que la función de la pena –y del Derecho Penal– es, en nuestro Derecho, la *prevención de los delitos por razón de su gravedad y del peligro representado por los medios empleados y por la posibilidad de repetición*. La gravedad del hecho integra, por tanto, el contenido de la función de prevención. Pero junto a este sentido *positivo*, le corresponde otro *negativo*: servir de límite a la prevención. Según aquel primer aspecto positivo, la gravedad del hecho indica cuándo hay necesidad de prevenir mediante una pena, aunque no exista o sea pequeño el peligro de repetición. En su función de límite, determina en cambio, cuándo no se puede castigar *aunque haya necesidad de prevención* por razón de la peligrosidad del hecho. Este segundo aspecto en que importa considerar la gravedad del hecho, que podría resumirse bajo la expresión «necesidad de proporcionalidad» de pena y delito, ya no integra la vertiente positiva, constitutiva o fundamentadora de la función del Derecho Penal, sino que posee solamente el sentido de límite al desarrollo de esta función: no se castiga *para* realizar la idea de proporción (lo contrario sería admitir la función retributiva de la pena), sino *para* prevenir hechos graves y peligrosos *hasta el límite* determinado por la necesidad de proporción» (47).

De las dos funciones atribuidas por Mir Puig a la gravedad del hecho entendemos que sólo la negativa tiene un significado central a los efectos que nos ocupan de la I.J.P. Es decir la función positiva, conforme a la cual la gravedad del hecho indica cuándo hay necesidad de prevenir con una pena aunque no exista peligro de repetición afecta a la etapa de la determinación legal de la pena, en la que según la importancia del bien jurídico se establece la pena correspondiente (prescindiendo de la probabilidad de repetición que pueda existir). Esta función se refiere efectivamente a la vertiente constitutiva y fundamentadora del Derecho Penal (protección de bienes jurídicos a tra-

(47) MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método*, Barcelona, Bosch, 1976, pp. 97-99 (Cit.: *Introducción...*).

vés de la prevención general). Sin embargo cuando hablamos de gravedad del hecho como criterio de la I.J.P, y lo interpretamos desde la prevención general, estamos hablando de una cuestión muy diferente.

Hasta qué punto una lectura preventivo general de la gravedad del hecho como criterio de la I.J.P puede reducirse a lo que Mir Puig entiende en las declaraciones anteriormente transcritas por *aspecto negativo* de la gravedad del hecho, en el sentido de límite a la prevención que se identifica con la «necesidad de proporcionalidad» entre pena y delito es harto discutible. Nosotros entendemos que la proporcionalidad es efectivamente tanto un límite de la prevención general como fin del Derecho Penal y de la pena, como un límite de la I.J.P, derivado del Estado de Derecho, pero creemos que los criterios preventivo generales interpretativos de la gravedad del hecho como factor real de la I.J.P pueden ser diferentes a la mera exigencia de proporcionalidad. Declaraciones posteriores del autor dan a entender que él también excluye la prevención general como factor final de la I.J.P, es decir, como fin de la pena que determina directamente la clase y cantidad de pena aplicable al caso concreto, así como la aplicación o no de sustitutivos penales, o que fundamenta una agravación de la pena en este estadio de la intervención penal:

«El momento judicial de imposición de la pena es, en primer lugar, confirmación de la seriedad de la amenaza típica, por lo que sirve también a la prevención general; sin embargo, la medición de la pena debe respetar el límite máximo de la culpabilidad (prevención general hasta el límite de la culpabilidad). (...). La función de la pena en el momento judicial tendrá, pues en nuestro Derecho la exclusiva función de prevención general (...) sólo en el caso de que la «personalidad» a que se refiere el artículo 61.4.º del Código Penal no se entienda como índice de peligrosidad de futuros delitos, sino como expresión de la «perversidad» reprochable al delincuente. Sólo entonces cabrá decir que la pena persige evitar que los ciudadanos, en general (prevención general), eviten la perversión de su personalidad. Si se concibe, en cambio, la «personalidad» como base de la peligrosidad del autor, la pena fijada en atención a ella responderá a la idea de prevención especial. Debería, en esta segunda interpretación, modificarse el planteamiento (...), atribuyendo a la determinación judicial de la pena junto a la función de prevención general, la de prevención especial en el marco que ofrece el artículo 61.4.º del Código Penal. Debe insistirse, por último, en el sentido que, con Roxin, atribuimos a la función de la prevención general propia de la determinación judicial de la pena. No se trata de que en ese momento puedan tomarse en cuenta las *concretas* necesidades de prevención general (p. ej.: la mayor o menor frecuencia del delito en el momento de ser juzgado), sino *sólo de que la aplicación de la pena con*

arreglo a las prescripciones de la ley constituye la confirmación de la amenaza abstracta de la pena, y de este modo, condición de eficacia de la prevención general (48). En este sentido, aplicar la pena según las reglas legales responde a la función de prevención general. Una ulterior concreción de las necesidades de prevención general, según las circunstancias sociales del momento, sería inadmisibles, por lo menos en cuanto ello hubiese de suponer la agravación de la pena. Se vulneraría por esta vía el *límite de proporcionalidad* de pena y delito cometido, utilizándose al delincuente como *instrumento* al servicio de la utilidad social, más allá de lo que el actual pensamiento jurídico-penal y el propio derecho positivo consienten. (...) el Derecho Penal español no permite fijar la pena en atención a las concretas necesidades defensistas del momento: los únicos criterios *generales* de medición judicial de la pena (...) no aluden a ellas» (49).

A mi modo de ver, de la argumentación anterior puede extraerse la conclusión del rechazo de la prevención general como factor final de la I.J.P, y ello no significa afirmar que la imposición de la pena por el juez no sirva a la prevención general, sino que más bien al contrario la confirma. Pero la cuestión que nos ocupa ahora son las consecuencias dogmáticas de una interpretación preventivo general del factor real de la I.J.P «gravedad del hecho», y estas no son otras que la admisión del criterio interpretativo del «*peligro de difusión del delito*» o de la «*real difusión del delito*» (50). Estos criterios constituyen la excusa para satisfacer necesidades preventivo generales (normalmente al abrigo de la culpabilidad por quienes argumentan que son «consecuencias culpables» del hecho) en la etapa de la I.J.P.

Creemos que, en último término, hay que concluir, que la gravedad del hecho debería considerarse como límite *máximo* de la cuantía de la pena, lo cual constituye, a mi modo de ver, una garantía para el individuo que se deriva del principio de culpabilidad como principio constitucional derivado del Estado de Derecho, que no puede ser rebasado en ningún caso, ni por razones de prevención general, ni por razones de prevención especial, y que coincide básicamente con las exigencias de la «culpabilidad por el hecho».

No compartimos el punto de vista de Luzón Peña, quien entiende en su magnífico estudio *Medición de la pena y sustitutivos penales*, que la prevención general bien entendida requiere siempre proporcionalidad, y que ésta es una exigencia de la propia prevención general, motivo por el

(48) MIR PUIG, Santiago, La cursiva es mía.

(49) MIR PUIG, Santiago, *Introducción* ..., *Op. cit.*, pp. 99, 101, 102.

(50) A estos criterios, entre otros, alude GARCÍA ARÁN como datos indiciarios sobre modulaciones de la gravedad (*Cfr.: Los criterios* ..., *Op. cit.*, p. 220).

cual cree que el entendimiento de la proporcionalidad con la gravedad del hecho como límite máximo de la cuantía de la pena «se deriva de la exigencia de eficacia de la prevención general, que a la larga se vería menoscabada si –aunque sea dentro del mismo tipo de delito– a hechos de menor gravedad se les impusiera por intereses de prevención especial igual o superior pena que a hechos de mayor gravedad (...)» (51).

El entendimiento del principio de proporcionalidad se revela fundamental en la interpretación del principio de la gravedad del hecho. Creemos que una interpretación del mismo desde la perspectiva de la «compensación de la culpabilidad» conduce a los planteamientos de una teoría de la proporcionalidad con el hecho en el sentido del *neoclasicismo*, que hemos rechazado por tener un carácter retributivo. La interpretación preventivo general del mismo no está exenta de ciertas divergencias, sobre las cuales no es baladí incidir. Nosotros compartimos la posición de quienes sostienen que el principio de proporcionalidad con la gravedad del hecho es equivalente a la exigencia del principio de culpabilidad, entendida como un conjunto de garantías para el individuo y el sistema punitivo, derivadas del Estado de Derecho (52). Como dice Quintero Olivares, «la defensa de dichas garantías impone la inexcusable necesidad de rechazar que el fundamento o aumento del castigo pueda inspirarse en razones de prevención general», o dicho de modo más preciso, que la prevención general pueda ser un factor final de la I.J.P (53). La creencia de Luzón Peña, conforme a la cual lo anterior es incorrecto porque presupone manejar un concepto de prevención general equivocado, se basa en una concepción de la prevención general que incorpora el principio de proporcionalidad y que deriva las exigencias de ésta de la propia prevención general (54), pero esto no es más que la concepción de prevención general tal y como el autor la entiende *a priori* (por lo demás perfectamente válida); pero a mi modo de ver, no es cierto que la eficacia de la prevención general venga dada por la proporcionalidad, sino por la dureza de la pena impuesta, motivo por el cual la proporcionalidad ha de constituirse en límite autónomo a la prevención general que deriva del Estado de Derecho por el principio de culpabilidad, pero no de la prevención general misma.

(51) *Medición de la pena...*, *Op. cit.*, p. 84.

(52) Cfr.: CALLIES, Rolf-Peter, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, Ein Beitrag zur strafrechtsdogmatischen Grundlagendiskussion*, Frankfurt am Main, Fischer Taschenbuch, 1973, p. 186-193, esp. p. 187.

(53) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Determinación de la pena...», *Op. cit.*, p. 66.

(54) LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, 1979, p. 44.

b) *Como juicio de prognosis frente a la comunidad*

Otro aspecto de una posible lectura preventivo general de la gravedad del hecho como criterio de la I.J.P, desde una perspectiva preventivo general positiva, a nuestro juicio coincidente en su esencia con criterios retributivos, es ofrecida por Vicente Remesal, en el sentido de que «el fundamento de las consecuencias o efectos del hecho en función de las exigencias de la prevención general radica en su significado como juicio de prognosis frente a la comunidad, en la medida en que dicha gravedad repercute en la nocividad social: cuanto mayor sea la nocividad social, tanto más serio y efectivo debe ser el medio de prevención (...). Desde esta orientación preventivo general, la gravedad de las consecuencias del hecho (considera en función de su significado para el ordenamiento jurídico lesionado) se toma en cuenta, no tanto porque se haya producido un daño, sino fundamentalmente con la intención de evitar la producción de daños posteriores semejantes por cualquier otro miembro de la comunidad o, más exactamente, con la de evitar la falta de reacción punitiva (...) frente a dichos daños o efectos del delito. Desde esta perspectiva se justifica, por tanto, la inclusión de la gravedad del daño en la determinación de la pena orientada a la prevención general. La consideración de la actitud de la comunidad ante la prevalencia de lo justo frente a lo injusto, ante la reafirmación (aunque parcial y tardía) del ordenamiento jurídico, sino que abarca también su dimensión cuantitativa» (55).

El autor se refiere con esta argumentación en realidad a las «consecuencias del hecho», a propósito del análisis del comportamiento postdelictivo en relación a la prevención general; y considera el concepto de la «gravedad del hecho», como equivalente al de acción injusta culpable, rechazándose un concepto amplio de hecho (56). Sin embargo, y dado el condicionamiento que en nuestro ordenamiento jurídico adquieren las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal sobre la I.J.P, unido a la escasa precisión dogmática en la que nos movemos, parece conveniente señalar que el razonamiento anterior sigue un camino argumentativo equivocado, en cuanto a su posible transvase a la interpretación del criterio de la gravedad del hecho en cuanto tal como criterio de la I.J.P. Ello se debe a nuestro juicio a que, como revela el propio lenguaje utilizado («nocividad social», «prevalencia de lo justo frente a lo injusto»), en último tér-

(55) VICENTE REMESAL, Javier de, *El comportamiento postdelictivo*, León, Universidad de León, 1985, pp. 360 y ss, esp. pp. 360-361.

(56) *Ibidem*, p. 352, nota 9.

mino, se produce una remisión a la retribución para la determinación de la relevancia de las consecuencias del hecho, y por consiguiente, de la gravedad del hecho misma.

2.3.2 Dependientes de otros factores reales de la I.J.P

A. DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA CULPABILIDAD

Bacigalupo, ha señalado que, la culpabilidad reserva su función, entre nosotros, al ámbito de los *presupuestos de la pena*, mientras que la individualización se lleva a cabo desde puntos de vista *puramente preventivos*, cuya consecuencia práctica ha sido la anulación del aspecto retributivo de las teorías de la unión (57), ya que en la fórmula legislativa la decisión de la medida de la pena se hace depender de la gravedad del hecho y de la personalidad del autor, y no de la culpabilidad (58). El autor entiende que dentro del marco de las teorías de la unión, hoy predominantes en España, y en la medida en que la cuestión fundamental en discusión sea la proporcionalidad de la pena con la gravedad del delito cometido, en el estado actual de la discusión son posibles dos respuestas: o bien la gravedad del hecho depende de la gravedad de la culpabilidad (reprochabilidad), y los fines preventivos se contemplan en el sentido de la teoría del espacio de juego (59) o de la teoría del valor del empleo (60); o bien la gravedad del hecho dependerá de fines preventivos (fundamentalmente preventivo especiales) que será necesario alcanzar, sin que en todo caso, la pena aplicable pueda superar la medida de la que corresponda con la gravedad de la culpabilidad (61).

Todos los problemas derivados de las opciones señaladas por Bacigalupo (la culpabilidad como fundamento, la culpabilidad como límite, o finalmente la renuncia a la culpabilidad en la I.J.P.), tienen su

(57) BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, «La individualización...», *Op. cit.*, p. 68.

(58) BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, «Culpabilidad y prevención en la fundamentación del Derecho Penal español y latinoamericano», en STRATENWERTH, Günter, *El Futuro del Principio Jurídico Penal de Culpabilidad*, Madrid, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1980, pp. 11-40, esp. p. 40.

(59) Sobre esta teoría, Cfr. por todos, DREHER, Eduard, «Zur Spielraumtheorie als der Grundlage der Strafzumessungslehre des Bundesgerichtshofes», *JZ*, 1967, pp. 41-46.

(60) Sobre esta teoría, Cfr.: HORN, Eckhard, «Vorbemerkungen...», *Op. cit.*, pp. 30 y ss.

(61) BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, «La individualización...», *Op. cit.*, pp. 68-69.

significado respecto al criterio de la gravedad del hecho, en el sentido de que finalmente ésta debería medirse respecto de dos dimensiones diversas, que no tienen por qué ser coincidentes, lo cual implicaría la necesidad de «dar un fundamento a la exclusión de ciertas consecuencias derivadas de la determinación de la pena en base a consideraciones puramente preventivas (por ejemplo la exagerada agravación de la pena para el reincidente, la indeterminación del tiempo de la privación de libertad para el habitual, la aplicación de sanciones que tienen consecuencias más dañosas que beneficiosas, etc)» (62).

No hay que olvidar, como ha señalado Gómez Benítez, que «con frecuencia se alude a la culpabilidad para significar la gravedad del hecho o del delito, es decir, para aludir al conjunto de elementos desvalorativos (de la acción y del resultado) y de la reprochabilidad que conforman el desvalor del injusto y de la culpabilidad», con lo que en último término, se pretende decir «que la exigencia de proporcionalidad entre pena y gravedad del hecho no es más que un mandato al juez para que busque la pena proporcional a la culpabilidad» (63). Sin embargo, a juicio del autor, una alternativa preventiva de la medición de la pena requiere mantener la separación entre los elementos de las categorías dogmáticas del injusto y la culpabilidad en la I.J.P, graduando la gravedad del hecho con independencia de la graduación del desvalor de la culpabilidad, por lo que «es inevitable la ubicación del dolo y de la infracción objetiva de cuidado en el desvalor del injusto y la consecuente regulación y explicación preventivo-general de la incidencia del error vencible en la medición de la pena: con el «dolo» y la «imprudencia» se tratará, en todo caso, de problemas concernientes al desvalor al desvalor del injusto, y en este sentido, afectantes a la gravedad del hecho. El desvalor de la culpabilidad ni existe ni es graduable en este contexto (...)» (64).

B. DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL BIEN JURÍDICO

Para determinar la gravedad del hecho resultan esenciales aquellos factores que determinan oscilaciones en el contenido del injusto, así como la propia delimitación de este último. La gravedad se medirá

(62) *Ibidem*, p. 71.

(63) Cfr.: GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, «Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española», *RDUC*, (1980), monográfico 3, pp. 129-194, esp. p. 183 (Cit.: «Racionalidad...»).

(64) *Ibidem*, p. 186.

de acuerdo con la entidad del desvalor del acto y del resultado descritos en el tipo, por lo que se identifica en último término con el injusto y de ahí que el concepto de injusto que se sostenga resulte relevante a la hora de definirla. Si se parte de la concepción conforme a la cual el injusto es un acto contrario a derecho que provoca la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, habrá que admitir la relevancia del concepto de bien jurídico que se mantenga a estos efectos, de modo que si se entiende el bien jurídico como expresión de una relación social concreta, ello lleva a configurar la relación concreta en que se encuentran el autor y la víctima en un criterio de graduación del injusto cometido (65).

El bien jurídico, es además una clave interpretativa del sistema de determinación legal de la pena, así como de la repercusión de ésta en la I.J.P, que guarda relación por otro lado con el significado preventivo general que se otorgue a ésta última y con papel del principio de culpabilidad en éste ámbito. Gómez Benítez ha puesto de relieve, en primer lugar, la relación existente entre la dependencia de la reacción estatal respecto al valor del bien jurídico lesionado y el principio de culpabilidad como garantía liberal para una medición *proporcional* de la pena, bien que tradicionalmente no se haya deducido de la misma solamente la función limitativa del principio de culpabilidad, sino también el criterio básico de graduación de la culpabilidad a efectos de la imposición de una pena (66). Asimismo, en relación a los sustitutivos penales, éstos pueden entrar o no en juego, en último término, en base al valor del bien jurídico lesionado, de acuerdo con el límite preventivo general que se fije.

3. Las circunstancias personales del delincuente

3.1 Importancia del criterio en el CP 1995

Como ya hemos mencionado anteriormente el Código Penal de 1995 alude a «las circunstancias personales del delincuente» como criterio de la I.J.P cuando no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes, o cuando concurren unas y otras (art. 66.1.^a). El texto sustituye el inciso de «personalidad del delincuente», del artículo 61.4.^a del CP, TR 1973, por el de «circunstancias personales del delincuente», del cual se puede decir que es más amplio y que en definitiva debe comprender la personalidad del delincuente y junto a ello, otra

(65) GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Los criterios...*, *Op. cit.*, p. 217.

(66) GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel «Racionalidad...», *Op. cit.*, pp. 186-187.

serie de factores (67). Creemos que en nuevo Código penal reduce en este punto el arbitrio del juez puesto que le obliga a tomar en consideración un mayor número de cuestiones.

El criterio aparece en el Nuevo Código Penal en más ocasiones, como en el artículo 4.3.º para los supuestos en que el Juez o Tribunal estime conveniente la derogación o modificación de un precepto o la concesión del indulto, para lo que acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente «sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del delincuente».

En el artículo 68 CP 1995 también se alude, junto a otros criterios, a las circunstancias personales del autor como consideración para modular la pena en los casos de concurrencia de eximentes incompletas, supuesto en el que los Jueces o Tribunales podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados.

En el marco de la I.J.P en sentido amplio es muy importante la regulación contenida en el artículo 80 CP 1995 relativa a la *suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad*, conforme a la cual «los Jueces o Tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad inferiores a dos años», y donde se señala en su párrafo segundo que el plazo de suspensión «se fijará por los Jueces o Tribunales, previa audiencia de las partes, atendidas las circunstancias personales del delincuente, las características del hecho y la duración de la pena».

Asimismo, a tenor del artículo 88 CP 1995, los Jueces y Tribunales *podrán* sustituir las penas de prisión que no excedan de un año por arresto de fin de semana o multa, aunque la Ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, cuando *las circunstancias personales del reo*, la naturaleza del hecho, su conducta, y en particular, el esfuerzo por reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales. Asimismo, excepcionalmente pueden sustituir las penas de prisión que no excedan de dos años a los reos no habituales cuando de *las circunstancias del hecho y del culpable* se infiera que el cumplimiento de aquellas habría de frustrar sus *finés de prevención y reinserción social*.

(67) SERRANO MAILLO, Alfonso, *Compensación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal e individualización de la pena*, Madrid, Dikynson, 1995, p. 17, nota núm. 17.

No hay que olvidar que en el ámbito de las medidas de seguridad, el criterio asume igualmente un papel relevante. El artículo 95 CP 1995 señala:

«1. Las medidas de seguridad se aplicarán por el Juez o Tribunal, previos los informes que estime convenientes, a las personas que se encuentren en los supuestos previstos en el Capítulo siguiente de este Código, siempre que concurren estas circunstancias:

- 1.º Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito
- 2.º Que del hecho y de las *circunstancias personales del sujeto* pueda deducirse un *pronóstico de comportamiento futuro* que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos».

3.2 *La personalidad del delincuente como factor real de la I.J.P*

3.2.1 Aproximación al concepto

Respecto al criterio relativo a la personalidad del delincuente, sin perjuicio de que se tomen en consideración las aportaciones de la criminología, la psicología o la psiquiatría, al derecho penal deben interesar fundamentalmente «el conjunto de factores existenciales que configuran su actitud ante lo protegido por el derecho penal» porque «sólo así puede avanzarse en la averiguación de la necesidad preventivo especial y de la reacción penal más adecuada para cumplir tal efecto» (68).

El Tribunal Supremo en diferentes sentencias (20 de marzo de 1986, 3 de octubre de 1989), entiende que la «personalidad del delincuente» representa una apreciación compleja integrada por elementos psicológicos y el análisis de su proyección social (69), debiendo ponderarse las condiciones personales de educación, entorno familiar, oficio, situación profesional y económica, valorando su posible sensibilidad frente a la pena y los efectos de ésta sobre su vida (sentencia de 29 de noviembre de 1993) (70). Conviene, en cualquier caso, afirmar que este criterio no puede conducir a una pena superior a la que se considere adecuada a la gravedad del hecho (además, en la determinación de ésta última, no cabe incluir las características personales del autor, el grado de su oposición al derecho, ni otros rasgos ya existentes con anterioridad al delito); sino que tendrá que jugar por debajo de la pena adecuada al injusto culpable indicando si

(68) GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Los criterios ...*, *Op. cit.*, p. 224.

(69) GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, «Arbitrio ...», *Op. cit.*, p. 147.

(70) LLORCA ORTEGA, José, *Manual ...*, *Op. cit.*, p. 92.

una pena inferior es suficiente para producir el efecto contramotivador que se persigue y evitar la desocialización del reo. El campo que puede ofrecer mayor juego a un criterio individualizador preventivo-especial favorable al reo es el de los sustitutivos penales (71).

En relación a la cuestión de si las circunstancias que conciernen a la personalidad del autor pueden influir la cantidad de pena en sentido agravatorio a través del aumento de la culpabilidad, se han señalado la existencia de dos posibles vías argumentativas para ello (72): una de ellas es que al entenderse la culpabilidad de la I.J.P como «injusto culpable», quepa entonces teóricamente la posibilidad de que la personalidad del autor aumente el injusto a través de circunstancias que atañen a la culpabilidad; y por otro lado podría también discutirse si el componente de la culpabilidad del «injusto culpable» debe entenderse con un substrato totalmente diferente al de la teoría del delito, de modo que los puntos de vista orientados en el autor pudieran jugar un papel en este marco. Frisch ha puesto de relieve sin embargo la invalidez de ambas argumentaciones. De la primera porque no es inteligible cómo y en qué medida esos elementos de la personalidad deben elevar el injusto del hecho (por ejemplo es claro que el injusto de resultado no se ve influenciado por la personalidad), y lo segundo porque es la coartada perfecta para una concepción moralizante, que traspasa la frontera hacia la culpabilidad por la conducción de la vida (73).

3.2.2 Personalidad del delincuente y fines de la pena

Como Bruns ha subrayado el criterio de la «personalidad del delincuente» como factor real de la I.J.P tiene consecuencias muy diferentes para la medición de la pena en función de la óptica final con la que se interprete (74). Al igual que señalamos en relación al criterio de la gravedad del hecho como factor real de la I.J.P se trata de un criterio complejo, cuya interpretación depende en primer término de los fines de la pena a los cuales se conceda validez en este estadio de la intervención penal.

(71) GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Los criterios ...*, *Op. cit.*, p. 226.

(72) FRISCH, Wolfgang, «Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik. Das Recht der Strafzumessung im Lichte der systematischen Darstellungen von Hans-Jürgen Bruns und Franz Pallin (Teil I)», en *ZStW*, 99, (1987), pp. 349-388, esp. pp. 383 y ss (cit.: «Gegenwärtiger ...»).

(73) *Ibidem*, p. 384.

(74) BRUNS, Hans Jürgen, *Strafzumessungsrecht...*, 2.^a ed, *Op. cit.*, p. 479 («Das Täterprinzip ist an sich mit allen Strafzwecken vereinbar, wird von den verschiedensten kriminalpolitischen Strömungen getragen, führt im einzelnen aber zu unterschiedlichen, oft abweichenden Folgerungen»).

A. PERSONALIDAD DEL DELINCUENTE Y RETRIBUCIÓN

La vinculación del principio de la personalidad del delincuente como factor real de la I.J.P a la retribución viene dada por su conexión a la culpabilidad (como la propia denominación actual de la retribución como principio de culpabilidad/expiación –*Schuldsühneprinzip*– pone claramente de relieve), y por consiguiente, su desnaturalización como principio preventivo; lo cual supone al mismo tiempo la no aceptación del concepto de la «culpabilidad por el hecho» en la I.J.P. Esta línea argumentativa aparece de modo paradigmático en la obra de BRUNS, de cuya obra extraemos a continuación dos breves pasajes que ilustran perfectamente lo que queremos indicar:

«La culpabilidad por el hecho y el injusto del hecho sólo pueden ser valorados plenamente como factores reales de la I.J.P., si al mismo tiempo se considera convenientemente la personalidad del autor. De este modo la I.J.P. se ha convertido desde hace tiempo en puerta de entrada del principio del autor («*Täterprinzips*»): no hay que castigar el hecho, sino al autor; la pena justa y correcta sólo puede encontrarse a través de la adecuación de su medida a la personalidad del autor» (75). «Las cualidades específicas del acusado, sobre todo sus obligaciones pueden conducir ya a un crecimiento del injusto del hecho, influyendo en cualquier caso el grado de culpabilidad, que depende fuertemente de los elementos psicológicos, motivacionales y caractereológicos de la culpabilidad. Que diferentes autores, aun cometiendo el mismo delito, reciben penas diferentes según su personalidad, bajo el punto de vista del principio de la culpabilidad/expiación, no puede discutirse y es hoy reconocido de forma general» (76).

B. PERSONALIDAD DEL DELINCUENTE Y PREVENCIÓN ESPECIAL

Desde el punto de partida adoptado en este trabajo una interpretación retributiva del criterio de la personalidad del delincuente, de modo que éste pueda determinar en sentido agravatorio la cantidad de pena a imponer, debe ser rechazada. Ello obedece tanto a los planteamientos político-criminales que deben presidir una fundamentación preventiva del Derecho Penal y de la pena, como a los criterios lógico-argumentativos de su relación/diferenciación con respecto a la I.J.P., y a los criterios dogmáticos que conducen a la exclusión de la culpabilidad de autor en la I.J.P. en sus diferentes manifestaciones. Por el contrario, procede una interpretación preventivo especial de

(75) *Ibidem*, p. 384.

(76) *Ibidem*, p. 479.

este criterio como plasmación en nuestro ordenamiento jurídico de la consideración de las consecuencias de la imposición de la pena para la vida futura del reo, y no como una consideración especial de la peligrosidad del delincuente (criterio que habría de usarse para las medidas de seguridad), en función de sus circunstancias personales (lo cual comprende tanto su concreta personalidad, como la llamada sensibilidad a la pena del reo y otros datos relativos a sus condiciones de vida). En este sentido parece evidente que la elección de la pena que proporcione al reo mayores utilidades y menores daños depende de modo prioritario y principal de la personalidad del reo (77).

C. PERSONALIDAD DEL DELINCUENTE Y PREVENCIÓN GENERAL

Al igual que respecto al criterio de la gravedad del hecho, Vicente Remesal entiende que el criterio de la personalidad del delincuente es susceptible de una interpretación preventivo general, usando para ello prácticamente los mismos argumentos: «Quién es el autor, sobre qué motivos de su personalidad se asentó la decisión de cometer el delito, cómo se manifiesta su actitud frente al ordenamiento jurídico, con qué intensidad se muestran la energía y la intensidad criminal manifestadas por el autor a través de la comisión del delito, en qué medida se descubre en el comportamiento del autor (...). Son aspectos todos ellos que, en la medida en que pueden ser captados por la comunidad, influyen sobre sus reacciones ante la conminación y, en su caso, imposición y ejecución de una pena por el Estado» (78).

Sobre nuestro rechazo a este tipo de argumentación nos remitimos a lo dicho a propósito de la misma en relación a la gravedad del hecho (79).

En el mismo sentido entiende Bruns que la opinión pública reacciona de modo muy diferente a los diferentes juicios penales –tanto por lo que se refiere a la inclinación a la comisión de delitos, como al fortalecimiento de su confianza jurídica– dependiendo de quién haya sido el autor. De modo especial, señala, sin considerar la personalidad del delincuente no podría valorarse correctamente el interés de la comunidad en la ejecución de la pena impuesta. Para el autor, por

(77) Cfr.: GRIBBOHM, Günter, «Vorbemerkungen zu den §§ 46 bis 50», en *Leipziger Kommentar*, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1995, pp. 83-242, esp. p. 109 (Cit.: «Vorbemerkungen...»).

(78) VICENTE REMESAL, Javier de, *El comportamiento...*, Op. cit, pp. 367-368.

(79) *Vide supra*.

consiguiente, la prevención general y la personalidad del autor no son criterios contrapuestos e independientes (80).

A nuestro modo de ver, en último término, de lo que se está hablando es de que en determinados supuestos la sociedad puede entender que, debido al juicio favorable que merece la personalidad del delincuente, puede prescindirse de la ejecución de la pena atendiendo, por consiguiente, a criterios de prevención especial. Sin embargo esta mediación de la opinión de la sociedad en cada caso particular nos parece una «abstracción» rechazable por diferentes motivos, entre los cuales se encuentran, la escasa fiabilidad de la racionalidad de la supuesta decisión de tolerancia social. Más bien, habría que dejar de hablar en este terreno de prevención general (vinculándola a la retribución a través de su formulación «positiva»), y quedarnos con una interpretación preventivo especial de un criterio que mira fundamentalmente hacia el futuro de la vida de la persona sobre la que recaerá la pena.

3.2.3 Factores indiciarios

A. LA VIDA ANTERIOR DEL REO

Se trata de un concepto «peligroso» por su cercanía a la idea de la «culpabilidad por la conducción de la vida», en la que se mezclan diferentes ideas que pueden favorecer o perjudicar al reo. En esta temática resulta especialmente relevante la cuestión de las penas anteriormente impuestas, o a *sensu contrario*, la impunidad anterior del reo hasta ese momento, que se supone que pueden dar un elemento de juicio para la consideración de la personalidad del delincuente (81). En nuestro Ordenamiento Jurídico hay que señalar que el Nuevo Código Penal de 1995 sigue incluyendo la reincidencia como «consecuencia agravante» (artículo 22.8.º). Sin duda todo ello constituye uno de los puntos más actuales y complicados de la actual investigación de la dogmática del Derecho de la I.J.P (82), cuya exposición,

(80) *Strafzumessungsrecht...*, 2.ª ed, *Op. cit.*, pp. 386 y ss.

(81) Cfr.: BRUNS, Hans Jürgen, *Strafzumessungsrecht...*, 2.ª Ed, *Op. cit.*, pp. 578 y ss.; VOGLER, Theo, «Die strafschärfende Verwertung strafbarer Vor- und Nachtaten bei der Strafzumessung und die Unschuldvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK)», en *Strafverfahren im Rechtsstaat, Festschrift für Theodor Kleinknecht*, München, C.H. Beck, 1985, pp. 429-444, *passim*.

(82) Cfr, por todos, ERHARD, Christopher, *Strafzumessung bei Vorbestraften unter dem Gesichtspunkt der Strafzumessungsschuld. Zugleich ein Beitrag zur Struktur der in § 46 StGB verwendeten Systemkategorie, Schuld*, Berlin, Duncker & Humblot, 1992, *passim*.

siquiera en sus rasgos fundamentales, desborda por completo el marco de este trabajo.

B. EL COMPORTAMIENTO POSTERIOR AL HECHO

La relevancia del comportamiento postdelictivo (83) constituye igualmente un tema de una gran envergadura en la dogmática del Derecho de la I.J.P (84), de especial actualidad en la discusión doctrinal en Alemania, debido a la introducción por el legislador a través de la Ley de lucha contra el delito de 28.10.94 (en vigor a partir del 1.12.94) de un nuevo precepto en el Código Penal Alemán, el § 46 a (85), que confiere a la reparación un significado mayor que el que había tenido hasta ahora en el Derecho Penal de adultos. Dicho precepto complementa la regulación de los principios de la I.J.P en el StGB, contenida fundamentalmente en el parágrafo 46, donde en su apartado segundo se hace alusión a aquellas circunstancias que hablan a favor o en contra del reo, tomándose en consideración, entre otras, el esfuerzo del autor por reparar el mal causado y procurar una compensación a la víctima. Junto a ello en los artículos 56 y ss. del

(83) En la literatura española, Cfr, por todos, Vicente REMESAL, Javier, *El comportamiento...*, *Op. cit, passim*.

(84) Cfr, por todos, BRAUNS, Uwe, *Die Wiedergutmachung der Folgen der Straftat durch den Täter. Ein Beitrag zur Neuarbeitung eines Strafzumessungsfaktors de lege lata und de lege ferenda*, Berlin, Duncker & Humblot, 1996, *passim*.

(85) El precepto reza así:

«§ 46 a Hat der Täter

1. in dem Bemühen, einen Ausgleich mit dem Verletzten zu erreichen (Täter-Opfer-Ausgleich), seine Tat ganz oder zum überwiegenden Teil widergutmacht oder deren Wiedergutmachung ernsthaft erstrebt oder

2. in einem Fall, in welchem die Schadenswiedergutmachung von ihm erhebliche persönliche Leistungen oder persönlichen Verzicht erfordert, das Opfer ganz oder zum überwiegenden Teil entschädigt, so kann das Gericht die Strafe nach § 49 Abs.1 mildern oder, wenn keine höhere Strafe als Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bis zu dreihundertsechzig Tagessätzen verwirkt ist, von Strafe absehen».

«Si el autor,

1. en el esfuerzo por conseguir una conciliación con la víctima (compensación autor-víctima), ha reparado el hecho totalmente o en su mayor parte, o ha perseguido seriamente la reparación del mismo o

2. en un caso en el que la reparación del daño requiere considerables esfuerzos o renunciaciones personales, ha indemnizado totalmente o en su mayor parte a la víctima, podrá el Tribunal atenuar la pena conforme al §49.1, o si la pena privativa de libertad no es de más de un año, o la pena de multa de trescientos sesenta días-multa, renunciar a la imposición de la pena».

Código Penal alemán se regula la «remisión condicional de la pena» («*Strafaussetzung zur Bewährung*»), y en el artículo 56.b.2. establece que el tribunal puede imponer al autor la reparación de los daños ocasionados por el hecho. Además aparece regulada como sanción, aunque recibe el nombre de «Instrucción» («*Weisung*») en el Derecho Penal Juvenil alemán, con el propósito de contribuir al proceso de educación del menor encausado, sin que se halle limitado a un determinado grupo de delitos. En concreto queda regulado en el artículo 10. 1. 7 de la Ley de Tribunales de Menores («*Jugendgerichtsgesetz*») (86).

En nuestro Código Penal, el haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, constituye una circunstancia atenuante (artículo 21.5.º). Asimismo el artículo 81.3 de nuestro Código Penal exige la satisfacción de las responsabilidades civiles para dejar en suspenso la ejecución de la pena, y el artículo 88 señala que para la sustitución de las penas de prisión, los Jueces o Tribunales valorarán, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado.

El tema goza además actualmente en el campo político-criminal y criminológico de un lugar preferente en la discusión, por lo que se refiere a la relevancia jurídico penal de la reparación y de la llamada «compensación autor-víctima», o conciliación entre las partes (87). La discusión, con carácter general se centra en saber cuál ha de ser el papel de la reparación dentro del sistema de consecuencias del delito en el Derecho Penal material (88), así como en la I.J.P específicamente.

(86) Cfr.: EISENBERG, Ulrich, *Jugendgerichtsgesetz*, München, C.H. Beck'sche, 1995, pp. 137-167, esp. pp. 149 y ss; WALTER, Michael, *Jugendkriminalität*, Stuttgart-München..., Richard Boorberg, 1995, esp. pp. 229 y ss.

(87) Cfr., por todos, KERNER/HASSEMER/MARKS/WANDREY (Hrsg.), *Täter-Opfer-Ausgleich-Auf dem Weg zur bundesweiten Anwendung?* Bonn, Forum, 1994.

(88) En este sentido se han sugerido diversas posibilidades, entre las cuales destacan las siguientes: a) *La composición privada del conflicto*, (junto a la pena privativa de libertad y la multa); b) *La incorporación de la reparación en el Derecho Penal como sanción penal*; c) *Establecer la reparación como un nuevo fin de la pena* alcanzable por prestaciones compensatorias del Derecho civil; d) *Convertir la reparación en una sanción autónoma*, en la que se mezclan elementos jurídico-civiles y penales; e) *Otorgar a la reparación un papel dependiente dentro del Derecho Penal con su carácter civil inalterado* (Cfr.: DEMETRIO CRESPO, Eduardo, «La «solución» de conflictos de intereses en Derecho Penal. Problemas dogmáticos y perspectivas político criminales para la discusión», en *Conflicto social y sistema penal*, Madrid, Colex, 1996, pp. 19-38, esp. pp. 31-35).

3.3 Otras circunstancias personales

3.3.1 La situación familiar, profesional o económica

A mi modo de ver bajo la expresión «circunstancias personales del delincuente», caben una serie de aspectos diversos que, con carácter general, deberían tender a contemplar las consecuencias de la imposición de la pena concreta en el caso particular para la vida futura del reo. En Alemania, donde el parágrafo 46.1.2 incluye una cláusula preventivo especial, la doctrina ha aludido a una de serie de posibles *consecuencias negativas*, que atañen por ejemplo a la *situación familiar o profesional* (89). En este sentido se advierte sobre todo de los efectos perniciosos de la ejecución de penas cortas privativas de libertad (90) en el plano personal: separa al reo de su familia y de su puesto de trabajo, y le impide durante el tiempo de su duración ocuparse de su familia, y reparar el daño causado; además implica el peligro del llamado «contagio criminal» (91). Nos parece, sin embargo, que todo ello debe ser objeto de consideración también en la imposición de penas privativas de libertad de larga duración, y tal vez, en muchos supuestos, aun con mayor razón. De cualquier forma ello parece evidente en nuestro Ordenamiento jurídico en el que la pena privativa de libertad inferior a seis meses ha sido ya abolida.

Pero también se puede hablar de *circunstancias de tipo económico* que deben ser tomadas en consideración, en especial en la imposición de penas de multa, ya que si éstas son demasiado altas, y dejan al reo en una situación cercana al desamparo, pueden impulsarle a volver a delinquir. Tampoco es conveniente, sin embargo, que sean demasiado bajas, puesto que ello contribuiría a restar importancia al hecho.

Respecto a las *consecuencias de tipo profesional* el Tribunal Supremo alemán ha señalado la necesidad de considerar en la I.J.P (e incluso ya en la elección del marco penal) las consecuencias de la imposición de la pena para la vida profesional del reo en el futuro, sobre todo en supuestos de funcionarios en los cuales la imposición de la pena implica la pérdida definitiva de su condición de tales, o de

(89) Cfr, por todos, GRIBBOHM, Günter, «Vorbemerkungen...», *Op. cit.*, pp. 109 y ss.

(90) El artículo 35 del CP español de 1995 establece que «la pena de prisión tendrá una duración mínima de seis meses y máxima de veinte años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del presente Código». A su vez el artículo 71.2 establece la sustitución preceptiva de la pena de prisión inferior a seis meses, que pueda resultar como consecuencia de aplicar las reglas de determinación de la pena establecidas en el código.

(91) Cfr.: GRIBBOHM, Günter, «Vorbemerkungen...», *Op. cit.*, p. 109.

soldados, que son igualmente despedidos y pierden el derecho a indemnización, o de otros profesionales como farmacéuticos o abogados, que tienen también consecuencias negativas para el ejercicio posterior de su profesión. Las consecuencias de tipo profesional deberían ser contempladas, sin embargo, en todo tipo de profesiones o trabajos, valorando caso por caso (92).

3.3.2 La «sensibilidad a la pena» del autor y la «susceptibilidad de pena» del autor

Con los términos «sensibilidad a la pena» («*Strafempfindlichkeit*») y «susceptibilidad a la pena» («*Strafempfänglichkeit*»), se viene aludiendo desde hace tiempo en los escritos de la doctrina alemana sobre I.J.P a otro aspecto que se toma en consideración bajo puntos de vista preventivo especiales, en relación a la personalidad del delincuente, que al igual que las circunstancias de tipo familiar, profesional, o económico, no guardan conexión ni con la gravedad del injusto, ni con la culpabilidad; y que constituye un factor real de la I.J.P especialmente importante (93).

Hay que poner de relieve, sin embargo, que los defensores del mantenimiento del fin retributivo del Derecho Penal se han preocupado de dar, incluso a este factor, no sólo una lectura preventiva (preventivo especial), sino también una lectura expiatoria (94). Por ello se ha establecido una diferenciación conceptual en el sentido siguiente: diferente «sensibilidad a la pena» significa que una persona padece más que otra con la imposición de la misma pena, mientras que diferente «susceptibilidad de pena» implica que el efecto positivo o negativo de la misma pena puede ser distinto según el reo, entendiendo que el primer aspecto atañe a la imposición de la pena *más justa* en el caso concreto, y el segundo a aquella que es *necesaria* para alejar al autor de la comisión de nuevos hechos delictivos (95).

El elemento de la «sensibilidad a la pena» juega *con carácter atenuatorio* en la I.J.P, y se han contemplado bajo este punto de vista en la Jurisprudencia alemana supuestos relativos a una elevada edad, o a enfermedades graves (96), sobre todo se ha tratado de argumentar en

(92) *Ibidem*, p. 110.

(93) Cfr.: BRUNS, Han Jürgen, *Strafzumessungsrecht...*, 2.^a Ed, *Op. cit.*, pp. 497 y ss.

(94) *Ibidem*, p. 497-8.

(95) Cfr.: HIRSCH, Günter, «Vorbemerkungen...», *Op. cit.*, marginal núm. 89.

(96) Nuestro CP introduce en el artículo 80.4 un supuesto de suspensión extraordinaria de la ejecución de la pena privativa de libertad, sin sujeción a requisito alguno, en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con

casos de sida por esta vía. Por el contrario, una valoración agravatoria de una escasa «susceptibilidad de pena» está prohibida por el principio del Estado de Derecho de la proporcionalidad de la pena con la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor (97). El mismo planteamiento ha de esgrimirse respecto a la valoración de las circunstancias de tipo familiar, profesional, o económico.

Zipf entiende que un mayor grado de «sensibilidad a la pena» puede verse correspondido con una disminución del nivel de la intervención penal, logrando una mayor *humanización del Derecho Penal*, sin afectar por ello a la efectividad de la lucha contra el delito (98). Hay que tener en cuenta que para la valoración del elemento de la «sensibilidad a la pena» del autor se requieren investigaciones de tipo criminológico, de las cuales debe ayudarse el juez; y en las que resultan de interés primero el dato del efecto general medio de la aplicación de las penas, y en segundo lugar las desviaciones correspondientes a casos particulares. Cabría subrayar, con zipf, lo siguiente: «El principio de culpabilidad no indica nunca cómo debe ser penalizado el autor, sino sólo cómo *no* puede ser penalizado. Para el «cómo» de la determinación de la pena la «accesibilidad a la pena» es uno de los factores decisivos en el ámbito preventivo» (99).

No hay que perder de vista en este marco, los peligros que conlleva una consideración «elitista» de este elemento (así como de las circunstancias profesionales), que lleve a privilegiar a personas cultivadas, o que ocupan puestos importantes en la sociedad, frente al resto. Más bien al contrario, entendemos que el concepto de la «no necesidad de resocialización» debería revisarse, en el sentido de que creemos que también los «delincuentes de cuello blanco» necesitan probablemente «ser resocializados», toda vez que aceptemos este concepto con carácter amplio como la «dotación de la capacidad al individuo de no lesionar bienes jurídicos». En todo caso, la individualización significa precisamente en este terreno el examen particular de cada caso. Se puede decir, con Bruns, que el principio de igualdad no prohíbe una I.J.P. que atienda a la personalidad del delincuente, pero no debe

padecimientos incurables. Resulta criticable, sin embargo, la excepción que establece para el caso de que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo.

(97) Cfr.: GRIBBOHM, Günter, «Vorbemerkungen...», *Op. cit.*, p. 111.

(98) Cfr.: ZIPF, Heinz, *Die Strafmaßrevision*, München, C.H. Beck, 1969, p. 128.

(99) *Ibidem*, p. 130 («Das Schuldprinzip besagt nie, wie ein Täter bestraft werden muß, sondern nur, wie er *nicht* bestraft werden darf. Für das, "Wie" der Strafbemessung ist die Strafzugänglichkeit einer der entscheidendsten Faktoren im Präventionsbereich»).

conducir a privilegiar de modo injusto a determinados grupos de la población (100).

III. CONCLUSIÓN FINAL

El Derecho Penal español no plantea, a mi modo de ver, en los criterios generales para la I.J.P, a saber, *la gravedad del hecho* y *las circunstancias personales del delincuente*, la antinomia entre prevención general y prevención especial, sino la *antinomia entre retribución y prevención especial*. Adopta, por lo tanto, una teoría mixta de la pena en la I.J.P, que es contradictoria «a conciencia». El criterio de la *gravedad del hecho*, pese a ser susceptible de una determinada lectura preventivo general (la pena adecuada a la gravedad del hecho es probablemente la pena preventivo generalmente más eficaz), es en esencia una exigencia de *proporcionalidad* vinculada al principio de la *culpabilidad por el hecho*. El criterio de las *circunstancias personales del delincuente* obliga al juez a individualizar la pena, a tener en cuenta una serie de factores de *carácter preventivo especial*, desde la personalidad del delincuente, hasta sus circunstancias personales, económicas, y profesionales, así como su concreta «sensibilidad a la pena»; que en definitiva deben contribuir a una valoración proyectada al futuro sobre los efectos de la pena en la vida futura del reo en sociedad.

A mi juicio la prevención general no juega un papel constitutivo en la I.J.P en nuestro ordenamiento jurídico. Por el contrario, como ha sido argumentado, entendemos que una agravación de la pena adecuada a la gravedad del hecho, o la mera elección de la pena más grave entre aquellas que puedan considerarse como adecuadas a la gravedad del hecho por motivos preventivo generales, es un comportamiento jurídicamente ilícito, que debería ser susceptible de revisión en casación. La pena debe individualizarse, a mi modo de ver, siguiendo para ello criterios de prevención especial positiva favorables al reo que persigan por encima de todo la *maximización del fin de la no desocialización del reo*, así como la consecución de las máximas cotas de *resocialización* siempre que ello sea posible.

Entiendo que *no existe en el caso concreto una sola pena adecuada a la gravedad del hecho*, sino que pueden existir un conjunto de penas que respondan a ese criterio. Las exigencias planteadas por

(100) Cfr.: BRUNS, Hans Jürgen, *Das Strafzumessungsrecht...*, 2.^a Ed, *Op. cit.*, p. 501.

la presencia en nuestro ordenamiento jurídico del criterio de la gravedad del hecho, confirmarían a la culpabilidad por el hecho como criterio garantista y protector que juega a favor del reo marcando la frontera superior que en ningún caso puede ser rebasada por criterios preventivos, ni preventivo generales, ni preventivo especiales. Esta frontera superior no tiene porqué ser necesariamente coincidente, como ha señalado algún autor, con el límite superior del marco penal típico, en cuyo caso bastaría con aludir al principio de legalidad y no a la culpabilidad por el hecho.

La búsqueda de la pena adecuada a la culpabilidad se sustituye en nuestro ordenamiento jurídico por la búsqueda de la pena adecuada a la gravedad del hecho. A mi modo de ver ello no es simplemente un cambio de etiquetas, sino que la formulación de la gravedad del hecho como un criterio de la I.J.P. junto al de las circunstancias personales del delincuente (incluso mencionado en segundo lugar respecto a éste último en el CP 1995), evitando fórmulas legislativas como la desafortunada frase del parágrafo 46 del Código penal alemán conforme a la cual «la culpabilidad es el fundamento de la I.J.P.», hace que podamos afirmar con cierta claridad su *carácter meramente limitativo y no constitutivo* en nuestro ordenamiento jurídico, vaciando de contenido retributivo al criterio de la culpabilidad en la I.J.P.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, Enrique, «Culpabilidad y prevención en la fundamentación del Derecho Penal español y latinoamericano», en Stratenwerth, Günther, *El Futuro del Principio Jurídico Penal de Culpabilidad*, Madrid, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1980, pp. 11-40.
- , «La individualización de la pena en la reforma penal», en *RFDUC*, 1980, pp. 58-73 (Cit.: «La individualización...»).
- BAURMANN, Michael, *Folgeorientierung und subjektive Verantwortlichkeit*, Baden-Baden, Nomos, 1981.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO/GARCÍA RIVAS/ FERRÉ OLIVÉ/SERRANO PIEDECASAS, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, Praxis, 1996.
- BRAUNS, Uwe, *Die Wiedergutmachung der Folgen der Straftat durch den Täter. Ein Beitrag zur Neuarbeitung eines Strafzumessungsfaktors de lege lata und de lege ferenda*, Berlin, Duncker & Humblot, 1996.

- BRUNS, Hans-Jürgen, *Strafzumessungsrecht. Gesamtdarstellung*, 2., neubearbeitete und erweiterte Auflage, Köln.Berlin.Bonn.München, Carl Heymanns Verlag, 1974 (cit.: *Strafzumessungsrecht...*).
- CALLIES, Rolf-Peter, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, Ein Beitrag zur strafrechtsdogmatischen Grundlagendiskussion*, Frankfurt am Main, Fischer Taschenbuch, 1973.
- CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, Madrid, Tecnos, 1996.
- CHANG, Gyu-Won, *Rückfall und Strafzumessung. Rechtsvergleichende Untersuchung zur Behandlung des Rückfalls im deutschen und koreanischen Strafrecht und kritische Studie zur Strafschärfung wegen Rückfalls*, Pfaffenweiler, Centaurus, 1993.
- DECKERT, Martina Renate, *Folgeorientierung in der Rechtsanwendung*, München, C.H. Beck, 1995.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo, «La «solución» de conflictos de intereses en Derecho Penal. Problemas dogmáticos y perspectivas político criminales para la discusión», en *Conflicto social y sistema penal*, Madrid, Colex, 1996, pp. 19-38.
- DOLCINI, Emilio, «Probleme der Strafzumessung in Italien», en *ZStW*, 94, (1982), pp. 373-403.
- DREHER, Eduard, «Rationalere Strafzumessung?», en v.v.AA, *Pönometrie, Rationalität oder Irrationalität der Strafzumessung*, Köln, Institut für Konfliktforschung, 1977, pp. 37-48.
- , «Zur Spielraumtheorie als der Grundlage der Strafzumessungslehre des Bundesgerichtshofes», *JZ*, 1967, pp. 41-46.
- EISENBERG, Ulrich, *Jugendgerichtsgesetz*, München, C.H. Beck'sche, 1995.
- ERHARD, Christopher, *Strafzumessung bei Vorbestraften unter dem Gesichtspunkt der Strafzumessungsschuld. Zugleich ein Beitrag zur Struktur der in § 46 StGB verwendeten Systemkategorie "Schuld"*, Berlin, Duncker & Humblot, 1992.
- FRISCH, Wolfgang, «Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik. Das Recht der Strafzumessung im Lichte der systematischen Darstellungen von Hans-Jürgen Bruns und Franz Pallin (Teil I)», en *ZStW*, 99, (1987), pp. 349-388 (cit.: «Gegenwärtiger ...»).
- GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Los criterios de la determinación de la pena en el Derecho español*, Barcelona, Ediciones de la Universidad de Barcelona, 1982 (cit: *Los criterios ...*).
- GIEHRING, Heinz, «Ungleichheiten in der Strafzumessungspraxis und die Strafzumessungslehre - Versuch einer Analyse aus der Sicht eines Strafrechtswissenschaftlers», en Pfeiffer/Oswald, *Strafzumessung. Empirische Forschung und Strafrechtsdogmatik im Dialog*, Stuttgart, Ferdinand Enke, 1989, pp. 77-125.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, «Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española», *RFDUC*, (1980), monográfico 3, pp. 129-194 (Cit.: «Racionalidad...»).

- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, «Arbitrio judicial y artículo 61.4 del Código Penal: comentario a la sentencia de 20 de marzo de 1986», en *PJ*, 1986, pp. 141-158.
- GRIBBOHM, Günter, «Vorbemerkungen zu den §§ 46 bis 50», en *Leipziger Kommentar*, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1995, pp. 83-242 (Cit.: «Vorbemerkungen...»).
- GÜNTHER, Hans-Ludwig, «Grade des Unrechts und Strafzumessung», en *Kriminalität, Persönlichkeit, Lebensgesichte, und Verhalten. Festschrift für Hans Göppinger zum 70. Geburtstag*, Berlin, Heidelberg, New York, London, Paris, Tokyo, Hong Kong, Springer, 1990, pp. 453-462.
- HIRSCH, Andrew.v./JAREBORG, Nils, *Strafmaß und Strafgerechtigkeit. Die deutsche Strafzumessungslehre und das Prinzip der Tatproportionalität*, Bonn, Forum, 1991 (Cit.: *Strafmaß*).
- , «Gauging Criminal Harm: A living-Standard Analysis», en *Oxford Journal of Legal Studies*, 11, (1991), pp. 1 y ss.
- HIRSCH, Günter, «Vorbemerkungen zu den §§ 46», en *LK*, 10 Auflage, pp. 1-79 (cit.: «Vorbemerkungen...»).
- HORN, Eckhard, «Vorbemerkungen vor & 46», en *SK*, 1995, pp. 1-97 (Cit.: «Vorbemerkungen...»)..
- JESCHECK, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4.^a ed, Granada, Comares, 1993, (Cit.: *Tratado* ...).
- JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Berlin, Duncker & Humblot, 5.^a ed, 1996.
- KERN, Eduard, «Grade der Rechtswidrigkeit», en *ZStW*, (1952), 64, pp. 255-291.
- KERNER/HASSEMER/MARKS/WANDREY (Hrsg), *Täter-Opfer-Ausgleich-Auf dem Weg zur bundesweiten Anwendung?* Bonn, Forum Verlag, 1994.
- LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal Español. Parte General*, Madrid, Tecnos, 1996.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, 1979.
- LLORCA ORTEGA, José, *Manual de determinación de la pena conforme al Código Penal de 1995*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
- MAPELLI CAFFARENA/TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, Civitas, 1996.
- MEZGER, Edmund, «Strafzweck und Strafzumessungsregeln», en *Materialien zur Strafrechtsreform*, 1954, 1. Bd, pp. 1-28.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 4.^a edición corregida y puesta al día con arreglo al Código penal de 1995, Barcelona, PPU, 1996 (Cit.: *Derecho Penal*, 4.^a ed).
- , *Introducción a las bases del Derecho Penal. Cocepto y método*, Barcelona, Bosch, 1976 (Cit.: *Introducción*...).
- MONTENBRUCK, Axel, *Abwägung und Umwertung. Zur Bemessung der Strafe für eine Tat und für mehrere Taten*, Berlin, Duncker&Humblot, 1989.

- OSSENBUHL, Fritz, «Abwägung im Verfassungsrecht», en *Abwägung im Recht*, Symposium zur Emeritierung von Werner Hoppe, Köln. Berlin. Bonn. München, Carl Heymanns, 1996.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Determinación de la pena y política criminal», *CPC*, n.º 4, 1978, pp. 49-84 («Determinación ...»).
- SCHAEFERDIEK, Sascha, *Die kurze Freiheitsstrafe im schwedischen und deutschen Strafrecht*, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln, 1996 ejemplar dactilografiado.
- SERRANO MAILLO, Alfonso, *Compensación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal e individualización de la pena*, Madrid, Dikynson, 1995.
- SPENDEL, Günter, *Zur Lehre von Strafmaß*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1955 (Cit.: *Zur Lehre ...*).
- STRENG, Franz, *Strafzumessung und relative Gerechtigkeit. Eine Untersuchung zu rechtlichen, psychologischen Aspekten ungleicher Strafzumessung*, Heidelberg, R.v. Decker's & G.Schenck, 1984 (Cit.: *Strafzumessung ...*).
- VICENTE REMESAL, Javier de, *El comportamiento postdelictivo*, León, Universidad de León, 1985 (Cit.: *El comportamiento...*).
- VOGLER, Theo, «Die strafschärfende Verwertung strafbarer Vor- und Nachteilen bei der Strafzumessung und die Unschuldvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK)», en *Strafverfahren im Rechtsstaat, Festschrift für Theodor Kleinknecht*, München, C.H. Beck, 1985, pp. 429-444.
- VV.AA, *Código Penal Comentado*, Madrid, Akal, 1990, p. 11.
- WALTER, Michael, *Jugendkriminalität*, Stuttgart. München..., Richard Boorberg, 1995.
- WIMMER, August, «Die Strafzumessungstatsachen im Prozess», en *NJW*, (1947/8), pp.126-129.
- ZIPF, Heinz, *Die Strafmaßrevision*, München, C.H. Beck, 1969, p. 128.
- , *Die Strafzumessung, Eine systematische Darstellung für Strafrechtspraxis und Ausbildung*, Heidelberg. Karlsruhe, C.F. Müller, 1977.

V. ABREVIATURAS Y SIGLAS

CP	<i>Código Penal</i>
CPC	<i>Cuadernos de Política Criminal</i>
IJP	<i>Individualización judicial de la pena</i>
JZ	<i>Juristen Zeitung</i>
LK	<i>Leipziger Kommentar</i>
NCP	<i>Nuevo Código Penal</i>
NJW	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i>
PJ	<i>Poder Judicial</i>

<i>RFDUC</i>	<i>Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense</i>
<i>SK</i>	<i>Systematischer Kommentar</i>
<i>StGB</i>	<i>Strafgesetzbuch</i>
<i>VVAA</i>	<i>Varios Autores</i>
<i>ZStW</i>	<i>Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft</i>