

# ÍNDICE

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

## PRIMERA PARTE

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

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

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

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

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

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

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

## SEGUNDA PARTE

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

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

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