

GONZÁLEZ DE LEÓN, Arturo: “La hegemonía de los fines de la pena en la concreción del castigo: situación actual, análisis crítico y alternativas de futuro”
Polít. Crim. Vol. 15, N° 30 (Diciembre 2020), Art. 3, pp. 583-613
[<http://politicrim.com/wp-content/uploads/2020/10/Vol15N30A3.pdf>]

La hegemonía de los fines de la pena en la concreción del castigo: situación actual, análisis crítico y alternativas de futuro

The Hegemonic Theories of Punishment in Sentencing: Critical Assessment of the Current Status and Future Insights

Arturo González de León Berini
Profesor colaborador doctor
Universidad Abat Oliba CEU
agonzalezdeleon@uao.es

Resumen

El presente artículo tiene como objetivo básico esbozar un panorama general de la discusión sobre la incidencia del debate dogmático acerca de los llamados “fines de la pena” en el proceso judicial de la concreción del castigo. Y ello desde una triple perspectiva complementaria: (i) la evolución histórica de esta relación —todavía hegemónica— y su *statu quo*; (ii) un análisis crítico de la cuestión, señalando los problemas esenciales; y (iii) las alternativas de futuro, que se abren a partir de las investigaciones de los últimos años. Tras una valoración en profundidad de las posturas doctrinales y jurisprudenciales mayoritarias, se pone finalmente de manifiesto la urgente necesidad de un mayor desarrollo científico en materia de la individualización judicial de la pena.

Palabras clave: fines de la pena, concreción del castigo, individualización judicial.

Abstract

The purpose of this article is to outline a general overview of the discussion about the impact of the debate regarding the so-called “theories of punishment” within the judicial decision-making over sentencing. This will be accomplished from a complementary triple perspective: (i) The historical evolution of that relationship —which is still a hegemonic one— and its *statu quo*; (ii) A critical analysis of the issue, pointing out its essential problems; and (iii) The alternatives for the future, or insights which are based on previous studies. After an in-depth assessment of the majoritarian doctrinal and jurisprudential approaches, I will make an argument for an urgent need in a deeper scientific development of sentencing practices.

Keywords: theories of punishment, sentencing, judicial decision-making.

Introducción

A pesar de la importancia empírica que tienen las labores de concreción del castigo,¹ en nuestro entorno jurídico —el de la tradición continental— el debate contemporáneo ha dejado de lado la trascendental cuestión de la individualización judicial de las penas;² efectivamente, no es un tema candente ni prioritario en la doctrina mayoritaria de las últimas décadas.³ Ello se pone de manifiesto hoy con un especial énfasis en España, donde hace falta generar todavía más posicionamientos novedosos y críticos a tal respecto.⁴ No obstante, también es cierto que, durante las últimas décadas, la discusión científica en torno a la antaño olvidada concreción del castigo ha ido resurgiendo poco a poco, ya fuera en ocasiones por brotes esporádicos, o (en tiempos más recientes) ligada al despertar de los movimientos llamados “neoproporcionalistas”.⁵

Siendo la determinación de las sanciones una cuestión que constituye el remate y la “coronación” de todo sistema penal,⁶ sería conveniente superar el reducido tratamiento que ha tenido durante años. Sin embargo, esto no siempre fue así en Alemania, donde “[...] el estado de abandono y de retraso lamentables”⁷ acerca de la concreción del castigo fue remediado por una prolífica labor doctrinal⁸ entre 1950 y 1980. Pero en España aún hoy sigue vigente el diagnóstico de Gallego Díaz, que se refería de este modo a la praxis judicial: la fijación de la magnitud sancionadora es un puro “juego de azar”,⁹ ya que depende, en última instancia, “[...] más del sentimiento, de la rutina, de la intuición o de puntos de vista moralizantes, y en todo caso oscilantes, [...] que de consideraciones y criterios estrictamente racionales”.¹⁰

¹ Respecto de la terminología aquí empleada, véase GONZÁLEZ DE LEÓN (2019a), pp. 47 y ss.

² Pues afecta no solo al *quantum* temporal, sino también a la aplicación facultativa de una serie de mecanismos e instituciones que pueden suspender (o bien condicionar) la ejecución de la pena —y en ocasiones, incluso llegan a implicar la remisión definitiva de ésta, sin consecuencias demasiado gravosas para el reo—.

³ En Alemania, por ejemplo, más allá de unos completos comentarios doctrinales que periódicamente se hacen respecto del § 46 StGB, y de las revisiones actualizadas de los dos manuales básicos sobre medición penal —cuyas primeras ediciones son las siguientes: STRENG (1991), *passim*; y SCHÄFER (1990), *passim*—, solo algunas monografías y obras colectivas han abordado en global la cuestión desde que Hans-Jürgen Bruns reeditara ya en 1985 su tratado de síntesis sobre la materia que nos ocupa. Así, los trabajos más relevantes son —según el orden cronológico inverso— GIANNOULIS (2014), *passim*; MAURER (2005), *passim*; FRISCH *et al.* (eds.) (2003), *passim*; HÖRNLE (1999), *passim*; WOLTER y FREUND (eds.) (1996), *passim*; o PFEIFFER y OSWALD (eds.) (1989), *passim*.

⁴ En España, únicamente algunos autores han dedicado una parte de su investigación al proceso de la concreción de las sanciones en los últimos 30 años; de entre ellos, destacan sobre todo los siguientes cinco: BESIO (2011), *passim*; DE LA MATA (2008), *passim*; CASTELLÓ (2007), *passim*; DEMETRIO (1999), *passim*; y CHOCLÁN (1997), *passim*.

⁵ Para un resumen sobre la génesis científica y la evolución reciente de las dichas teorías, véase —por todos— FEIJOO (2007b), pp. 1-20.

⁶ Así se refiere a ello SPENDEL (1964), pp. 1758 y ss.

⁷ GALLEGO (1985), p. 1.

⁸ Entre las obras más destacadas, véanse SPENDEL (1954), *passim*; VON WEBER (1956), *passim*; JAGUSCH (1956), *passim*; BRUNS (1967), *passim*; BRUNS (1980), *passim*; HENKEL (1969), *passim*; ZIPF (1969), *passim*; ZIPF (1977), *passim*; HAAG (1970), *passim*; FRISCH (1971), *passim*; y STRATENWERTH (1972), *passim*. Además, a partir de la década de los 60, el creciente interés por la temática de la individualización se vio reflejado en una mayor extensión dedicada al asunto en los comentarios al Código penal alemán (StGB) —sobre todo con la actual redacción del § 46, introducida mediante la reforma de 1969— y en los manuales; una tendencia que se ha mantenido constante hasta nuestros días.

⁹ La expresión de denuncia (en alemán, *Glückspiel*) está tomada aquí de VON WEBER (1956), p. 21.

¹⁰ GALLEGO (1985), p. 2.

En efecto, durante largo tiempo, en España la tendencia académica fue no ir mucho más allá de “[...] las obligadas referencias de los comentarios y manuales y algunas publicaciones de revistas y trabajos en colaboración dedicados particularmente al estudio de cuestiones concretas de las técnicas individualizadoras y de las reglas de aplicación de penas que establece el Código [...]”.¹¹ El esperanzador repunte que tuvo el tratamiento doctrinal de la determinación del castigo, a final de los años 70 y principios de los 80¹² —ciertamente al son de los ecos alemanes—, no tuvo continuidad en la sucesiva discusión mayoritaria. Así el estudio del tema había ido quedando encorsetado en perspectivas reduccionistas (verbigracia, la dosimetría sancionatoria), o bien en problemas muy específicos de las interpretaciones del texto legal.

Más aún, allí donde se hace un esfuerzo por dedicarse en serio a la cuestión, la doctrina suele recurrir a lugares comunes, de manera que no se avanza en una solución realista y eficaz —con rendimiento resolutivo—. Como tendremos oportunidad de explicar, el debate actual gira en torno de la influencia hegemónica que los fines del Derecho Penal tienen a la hora de individualizar una sanción concreta impuesta en cada caso;¹³ pero con dicha aproximación metodológica solo conseguimos polarizar o enquistar las posturas. Como consecuencia, una de las tareas más fundamentales de los tribunales correrá el riesgo de depender enteramente del albedrío ilimitado —por lo tanto, arbitrario— de éstos, poniendo en tela de juicio la legitimidad del sistema (en su conjunto).

1. El recurso a los fines de la pena y sus problemas metodológicos

Empecemos, pues, por plantear el *statu quo* de la cuestión que ahora trato en su perspectiva histórica, para lo cual inicialmente abordo —de modo sintético, con tal de resumir y no reiterar la bibliografía existente sobre la materia— las posturas que (en el ámbito académico) mantienen los autores. De entrada, una mirada global al estado dogmático de la materia arroja la siguiente conclusión preliminar: hoy en día, en una tendencia ya prolongada en el tiempo, el debate gira en torno a la incidencia de las llamadas “teorías de la pena”¹⁴ en los momentos de fijar la magnitud del reproche. Ello acontece sin duda en España,¹⁵ aunque en gran parte por el tradicional influjo alemán¹⁶ en la península, generándose una situación de primacía en la *communis opinio*;¹⁷ y, así, las voces discrepantes nadan todavía a contracorriente.

¹¹ GALLEGO (1985), p. 4.

¹² Al respecto, véanse GARCÍA ARÁN (1982), *passim*; GÓMEZ BENÍTEZ (1980), pp. 129-194; BACIGALUPO (1980b), pp. 55-74; LUZÓN PEÑA (1979), *passim*; y QUINTERO (1978), pp. 49-70, entre otros.

¹³ En este sentido, es hoy paradigmático el análisis de BESIO (2011), pp. 85-205; véase también el clásico trabajo de DEMETRIO (1999), pp. 133 y ss.

¹⁴ Sobre ello, véanse —recientemente— RUBIO (2017), pp. 15 y ss.; y SILVA (2015), pp. 111 y ss.

¹⁵ Verbigracia, véanse —entre otros— MIR PUIG (2015), p. 768; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN (2015), p. 574; MAPELLI (2011), pp. 285-286; BESIO (2011), pp. 41 y ss., 149 y ss., y 181 y ss.; BACIGALUPO (2009b), pp. 933 y ss.; GALLEGO (2003), pp. 348-349; DEMETRIO (1999), pp. 45 y ss., 73 y ss.; o GARCÍA ARÁN (1997), p. 61.

¹⁶ Por todos, véanse JESCHECK y WEIGEND (2002), pp. 944 y ss.; GRIBBOHM (1995), pp. 103-104; ALBRECHT (1994), pp. 24 y ss.; FRISCH (1987a), pp. 349 y ss.; BRUNS (1985), pp. 81 y ss.; HIRSCH (1985), pp. 9-10; y BRUNS (1974), pp. 193 y ss.

¹⁷ Pues también en la jurisprudencia española se constata tal primacía; así, véanse —verbigracia— las SSTS 28/2009, de 23 de enero; 252/2008, de 22 de mayo; 174/2007, de 9 de marzo; 197/2006, de 28 de febrero; o la 145/2005, de 7 de febrero.

Dicho dominio no es más que otra secuela de una idea creciente en el discurso universitario de los años 60,¹⁸ y que plasmó (magistralmente) Claus Roxin con su opúsculo de 1970 —intitulado *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*—. La etapa de transición se puede considerar completa, y confirmado el cambio de paradigma, cuando Gallego Díaz escribe que “[...] toda solución dogmática [...] ha de operar con los criterios de la política criminal, y en la determinación [...] [del castigo] de [una] forma directa y en conexión con la teoría de los fines de la pena”.¹⁹ Descartada la esencia retributiva del *ius puniendi* estatal,²⁰ tras un lento y agónico destierro académico, el renovado consecuencialismo auspició un arraigo de las nociones preventivas, con muchas variantes; empero, el debate sobre la concreción sancionatoria muy pronto tomó un cariz resocializador, apenas disputado.

Inclusive Pérez del Valle, quien ha defendido planteamientos críticos con la postura mayoritaria, a la sazón se hizo eco de dicha tendencia hegemónica, si bien solo para darle una cabida fragmentaria. Poco después de promulgado el “Código de la democracia”,²¹ señalaba el autor que “en la fase de individualización [...] deberían ser considerados básicamente los efectos secundarios de la pena:²² el miedo a sus efectos (la prevención general negativa) y la cimentación cognitiva²³ del derecho en el autor (prevención especial [positiva])”.²⁴ Así, resulta clara esa cierta preferencia de criterios relativos al contexto personal del condenado,²⁵ pero sin que ello implique renunciar a circunstancias ajenas. En el fondo, por una sencilla razón: si se trata de cuantificar una medida del reproche, en base a la culpabilidad —manifestada en el delito—, es lógico que primen las consideraciones “individuales”.

Todavía hoy sigue vigente, en cualquier caso, el mismo enfoque operativo que sintetiza con acierto Quintero Olivares: “[...] el arbitrio judicial tendrá que acomodarse a una serie

¹⁸ El punto de inflexión doctrinal fue el así llamado *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*, el texto presentado en 1966 por un grupo cada vez más influyente de (jóvenes) catedráticos alemanes y suizos, en medio del prolongado —pero candente— debate para la aprobación de la ulterior reforma global del Código Penal germano, que vio la luz (dividida en dos partes) en el año 1969.

¹⁹ GALLEGO (1985), p. 5. Y, ya en esta misma línea, como autores que se consideran paradigmáticos en España y Alemania respectivamente, véanse —entre muchos otros— LUZÓN PEÑA (1979), pp. 17-18; o ZIPF (1969), p. 9.

²⁰ Algo que fue sin duda fruto de malentendidos en su fundamentación y su formulación teórica, que suele limitarse aún hoy, al menos en los ámbitos dogmáticos de influencia germánica e hispanoamericana, a las aportaciones de los dos grandes representantes del idealismo alemán —Kant y Hegel—. Con ello se han ido olvidando y apartando, poco a poco, las ineludibles contribuciones a la materia que provienen de entornos claramente diferenciados, ya sean anteriores en el tiempo (sobre todo, por la filosofía moral de la tradición occidental pre-moderna —como en la doctrina de la *vindictio* penal, expuesta de una forma magistral en la *Suma Teológica* de Santo Tomás De Aquino—) o posteriores (en especial desde la cultura jurídica anglosajona, con la aparición del movimiento etiquetado como “just deserts”, o merced a los planteamientos iusnaturalistas).

²¹ Disconforme con la aplicación de esta etiqueta en la actualidad, véase ACALE SÁNCHEZ (2004), pp. 1197-1226.

²² Con las palabras de PÉREZ DEL VALLE (2016), pp. 33-34, la razón primaria del castigo penal es una “expiación” social de infracciones culpables de normas esenciales para la protección del bien común. Y, como un simple “efecto reflejo” de las sanciones, habría una serie de consecuencias deseables —que pueden reconducirse a las conocidas aproximaciones preventivas—.

²³ Según apunta el autor, la terminología empleada se corresponde con una traducción fidedigna de la expresión original de JAKOBS (1991), p. 57: *kognitive Untermauerung*.

²⁴ PÉREZ DEL VALLE (1997), p. 59.

²⁵ En un sentido amplio de la expresión, lo que desde luego abarcaría a todas las esferas de la experiencia vital del ser humano.

de principios que varían en función de la estructura básica político-criminal del sistema [...]”.²⁶ La preeminencia de los fines del castigo es, pues, abrumadora en tal esfera; a lo sumo, únicamente otro tipo de argumentaciones teóricas han matizado y han complementado ese debate doctrinal, con unas perspectivas algo más amplias (sobre los fundamentos filosófico-jurídicos del Derecho Penal). Me refiero aquí a unas valiosas reflexiones acerca de cómo los postulados constitucionales, que limitan el ejercicio del *ius puniendi* estatal, se han de ponderar también a la hora de establecer la magnitud sancionatoria. En concreto, dos han sido los elementos con un mayor rendimiento práctico en nuestro campo de estudio: la culpabilidad y la proporcionalidad.²⁷

Entonces, dicha hegemonía —respecto de las consideraciones en torno a los cimientos y las finalidades del régimen— ha gozado de una buena salud, perpetuándose en el tiempo, gracias a una coincidencia casi unánime, desde puntos de vista muy variopintos. Así, en Alemania y España los autores que se ocupan de este asunto —ya sea de una manera tangencial, o con detalle y profusión— difícilmente cruzarán las fronteras que demarcan estas tres ideas clave ahora en liza: prevención (general y/o especial),²⁸ culpabilidad por el hecho²⁹ y proporcionalidad.³⁰ No obstante, y pese a que todas las aportaciones han enriquecido la discusión en estas últimas décadas, y pueden seguir haciéndolo en el futuro, hay dos problemas metodológicos asociados —que reclaman una atención urgente—. Ello nos permitirá rentabilizar al máximo los conocimientos adquiridos, alejando el riesgo de quedar atrapados en un estéril callejón sin salida.

Primero, y como consecuencia directa de su carácter abstracto, las nociones filosóficas son siempre complicadas de aterrizar en orientaciones prácticas, que sean de utilidad en esa labor prudencial de aplicación judicial del derecho. En efecto, más allá de la necesaria cobertura argumental —con la que sería posible “vestir” un buen número de decisiones alternativas, a veces en las antípodas—, el potencial individualizador real que tengan los fines y los principios penales al uso es dudoso.³¹ O, en otras palabras, dos magistrados disidentes pueden elegir en el mismo caso los extremos de la horquilla legal, justificando ambos la magnitud en razones preventivas. No en vano la ingente literatura sobre los

²⁶ QUINTERO (2015), p. 649.

²⁷ Recordemos que, según la perspectiva de PÉREZ DEL VALLE (2016), pp. 45-47, la proporcionalidad entre delitos y penas no es más que una manifestación derivada del principio de culpabilidad.

²⁸ Para un panorama general de los autores que han sostenido estos puntos de vista, véanse BESIO (2011), pp. 62 y ss., ó 150 y ss.; y DEMETRIO (1999), pp. 133 y ss. —ambos incluyen numerosas referencias ulteriores—. Hoy en día son minoritarias, en cambio, las posturas de quienes defienden de un modo directo tesis preventivo-generales en sede individualizadora, según compendia DEMETRIO (1999), pp. 146 y ss.

²⁹ Véase el origen del principio básico aplicado a la concreción del castigo en STRATENWERTH (1972), *passim* —y la posterior traducción al español, de BACIGALUPO (1980a), pp. 42-84—. Ya a posteriori, véanse también por todos FRISCH (1972), pp. 321-322; BRUNS (1974), pp. 404 y ss.; o ZIPF (1977), pp. 23 y ss. En un sentido crítico con la incidencia real de tal postulado en la individualización penal, véase recientemente PÉREZ DEL VALLE (2016), pp. 229-230.

³⁰ En un primer momento, ELLSCHEID y HASSEMER (1975), pp. 266-292, apostaron por medir la pena sin recurrir a la culpabilidad, acudiendo en su defecto al principio —estrictamente jurídico, y no “metafísico” (como lo sería aquélla) — de la proporcionalidad. Una postura doctrinal que fue pronto rechazada por Arthur KAUFMANN (1976), pp. 26-38.

³¹ “A la vista del gran número de personas que son tratadas con reglas jurídicas imprecisas en la determinación de la pena, no puede sorprender que supuestos semejantes sean castigados de forma diferente en distinto tiempo y lugar. [...] Y así, por ejemplo, en el periodo 1985/86, de los autores de un delito de hurto en un caso especialmente grave (§§ 242, 243 [StGB]) que poseían antecedentes penales, se beneficiaron de una suspensión condicional de la pena un 7,9% en el ámbito de jurisdicción del LG [Landgericht] Hanau y[, de otro lado,] un 56,1% en el (cercano) de LG Limburg”, JESCHECK y WEIGEND (2002), p. 943; he eliminado la negrita del texto original traducido, por motivos estilísticos).

fundamentos del *ius puniendi* abre múltiples interpretaciones, aun opuestas; frente a lo cual, ¿Qué criterios nos sirven para evaluar la corrección material de un fallo?

Al hilo de lo anterior, y en segundo lugar, circunscribir un asunto forense a las grandes teorías del Derecho Penal, que a menudo nos remiten a cosmovisiones iusfilosóficas, solo contribuye a encorsetar el debate anclándolo así en algo “identitario”. O peor todavía, intuyo que el peligro estaría en bloquear, *ab initio*, los eventuales acuerdos intersubjetivos en torno a elementos concretos que midan la culpabilidad del reo, a los cuales sería viable llegar en ausencia de unos condicionamientos maximalistas. Por ello mi intuición es que hace falta adoptar un rumbo metodológico diferente: no será ya deducir pautas a partir de proposiciones abstractas, sino buscar un catálogo (*numerus apertus*³²) de lugares comunes —o *topoi*—, inferidos de una reiterada observación fenomenológica de aquellas situaciones procesales similares.

En efecto, como bien explica Pérez del Valle, un objetivo fundamental de la doctrina es ahora elaborar (y ordenar) una serie de factores relevantes para la cuantificación del castigo, “[...] que puedan ser aceptados en un cuadro plural sobre los fines de la pena [...]”.³³ Pues “[...] de otro modo, el enfrentamiento conceptual [...] hace imposible tanto el debate como la [prudente] aplicación [...] de los criterios”,³⁴ en un contexto de razonabilidad discursiva. De forma análoga, incluso Jescheck sugiere adoptar mecanismos que promuevan el entendimiento entre las distintas instancias competentes,³⁵ en aras de aunar las varias decisiones individualizadoras ampliamente admitidas³⁶ por la *communis opinio*. Y con mayor motivo si cabe en esa materia de una trascendencia colosal para el reo,³⁷ en la que nos incumbe optimizar la seguridad jurídica.

2. Panorama general en la *communis opinio*: *statu quo* y visión crítica

2.1. Ideas básicas en la doctrina y la jurisprudencia germanas

³² Esto es, de entrada, no exhaustivo, y desde luego sujeto a la evolución posterior, según las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales.

³³ PÉREZ DEL VALLE (2016), p. 228.

³⁴ PÉREZ DEL VALLE (2016), p. 228.

³⁵ “Esto puede llevarse a cabo informalmente a través del simple intercambio de información o, por ejemplo, a través de seminarios judiciales celebrados regularmente. Pero también es imaginable la elaboración de [algunas] *pautas* que evalúen y unifiquen la individualización de la pena que sea usual en la práctica[,] o [la] que sea considerada adecuada para supuestos que se dan con frecuencia. Tales instrucciones serían [...] valiosas aunque no poseyeran un carácter vinculante[,] en la medida en que los criterios suministrados en ellas descansan sobre un posible y amplio consenso entre la práctica y la doctrina”, JESCHECK y WEIGEND (2002), p. 944; mantengo en este caso la cursiva empleada por los autores).

³⁶ Así, véanse especialmente PFEIFFER y OSWALD (eds.) (1989), pp. 88-90, 120 y 290; WEIGEND (1988), pp. 591-602; y STRENG (1984), pp. 304-312.

³⁷ La dogmática “[...] ha descuidado por completo durante décadas el campo de la medición de la pena, a pesar de que para el acusado —en muchos casos— la pregunta acerca de la determinación [o el *quantum*] de la pena es la decisión judicial más importante; mientras que los presupuestos de [la] punibilidad (determinante para la pregunta sobre si se «condena o absuelve») en la práctica generalmente no plantean problemas especiales, dado que el porcentaje de absolución en Alemania se encuentra por debajo del 4% [...]” (SCHÜNEMANN (2003), p. 17).

Sin ánimo de reproducir aquí lo dicho por todos aquellos autores que han tomado postura en este asunto,³⁸ resulta muy oportuno presentar un estado de la cuestión, con tal de plasmar (en un resumen valorativo) dónde se enmarcaría mi propuesta alternativa. En el ámbito alemán brotaron tres aportaciones capitales que han permeado en España, preconfigurando así la manera de entender las cosas. De un lado, y de gran importancia a la hora de contribuir a racionalizar las operaciones de concreción de la pena, recupero “la distinción técnica”³⁹ entre los factores reales, finales o lógicos; desde que Spindel la enunciara,⁴⁰ ha gozado de buena acogida en la doctrina, salvo algunas excepciones.⁴¹ De ellos, el aspecto terminante es el potencial teleológico que se confiere a la reflexión sobre los fundamentos y límites del *ius puniendi* estatal.

Respecto de la decisión individualizadora dentro de la horquilla específica, no es menos crucial para nuestra discusión la noción de *Spielraum*⁴² —o el “espacio de juego”—, absolutamente extendida hoy en día. Esta teoría tiene un origen jurisprudencial en Alemania, al aplicarse el § 46 StGB:⁴³ en cada caso, la sanción más adecuada a la culpabilidad⁴⁴ del reo es irreducible a un *quantum* exacto o matemático (esto es, a una única *Punktstrafe*);⁴⁵ en cambio, hay una zona de penas posibles —a priori, igual de justas—:⁴⁶ desde un mínimo, lo que ya compensaría su responsabilidad personal por el hecho, hasta un máximo, aún proporcional a ello. En el interior del abanico, el

³⁸ Para un tratamiento en mayor profundidad, véanse —por todos— los estudios de BESIO (2011), pp. 88 y ss.; DEMETRIO (1999), pp. 44 y ss.; y ZIFFER (1999), pp. 27 y ss.

³⁹ BESIO (2011), p. 48.

⁴⁰ Véase SPENDEL (1954), pp. 191 y ss.

⁴¹ Por ejemplo, ZIFFER (1999), pp. 95-96, nos advierte de que ello tuvo un efecto perverso, de tal modo que se desplazó “[...] la atención del punto decisivo de la determinación de la pena: la graduación del ilícito culpable” (p. 96).

⁴² Con gran detalle sobre la evolución de los planteamientos asociados a ese concepto, véase DEMETRIO (1999), pp. 188 y ss., quien sitúa un antecedente indirecto del mismo en la obra del penalista hegeliano Albert F. BERNER (1898), pp. 7-8. Y, para una perspectiva crítica, véanse —muy especialmente— las aportaciones de BESIO (2011), pp. 51 (nota 43), 137 y ss.; ZIFFER (1999), pp. 49 y ss.; HÖRNLE (2003b), pp. 39 y ss.; o SCHÜNEMANN (1984), pp. 187 y ss.

⁴³ Así reza completo el precepto citado, en su versión original alemana:

“§ 46. Grundsätze der Strafzumessung.

(1). Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe. Die Wirkungen, die von der Strafe für das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu erwarten sind, sind zu berücksichtigen.

(2). Bei der Zumessung wägt das Gericht die Umstände, die für und gegen den Täter sprechen, gegeneinander ab. Dabei kommen namentlich in Betracht:

- die Beweggründe und die Ziele des Täters, besonders auch rassistische, fremdenfeindliche oder sonstige menschenverachtende,
- die Gesinnung, die aus der Tat spricht, und der bei der Tat aufgewendete Wille,
- das Maß der Pflichtwidrigkeit,
- die Art der Ausführung und die verschuldeten Auswirkungen der Tat,
- das Vorleben des Täters, seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse sowie
- sein Verhalten nach der Tat, besonders sein Bemühen, den Schaden wiedergutzumachen, sowie das Bemühen des Täters, einen Ausgleich mit dem Verletzten zu erreichen. [...]”.

⁴⁴ En tanto que, para el Código español, se trata de la “[...] directriz principal y rectora de la tarea de individualización judicial de la pena [...]” (BESIO (2011), p. 138).

⁴⁵ Originariamente véanse KAUFMANN (1961), pp. 65 y ss.; o BRUNS (1979), pp. 289 y ss. Empero, con un sentido crítico, véanse también HOFFMANN (2008), *passim*; o ZIPF (1969), p. 192.

⁴⁶ Y entonces, de ello se seguiría la paradoja de que el ejercicio del arbitrio judicial no sería susceptible de una revisión *ad quem*; véanse BRUNS (1974), pp. 267 y ss.; o GRÜNWARD (1959), pp. 713-717.

sentenciador escoge la medida numérica, en función de consideraciones preventivas y con especial atención al catálogo abierto de criterios enumerados en la ley.

Hay otra deuda principal hacia la dogmática germana en la materia, esta vez con carácter esencialmente metodológico. Ya en 1954, Günter Spendel sugirió un modelo tripartito, para sistematizar el proceso de individualización;⁴⁷ algo que Bruns reformuló con su (conocido) esquema de cinco fases,⁴⁸ adoptado casi sin fisuras⁴⁹ en el debate posterior.⁵⁰ A grandes rasgos, la propuesta se basa en optar por que los fines penales tengan una incidencia en la concreción del castigo, para después asignar la oportuna dirección valorativa a los elementos fácticos seleccionados; todo ello antes de ponderar tales exigencias —en ciertas ocasiones, contradictorias entre sí—, que se convierten en una magnitud condenatoria. Tras una breve síntesis de lo fraguado en Alemania, a continuación vuelvo la mirada a nuestro ámbito académico más cercano.

2.2. Valoración sobre el tratamiento del asunto en España

2.2.1. La función teleológica de los fines de la pena

Grosso modo, un estudio transversal y analítico de la bibliografía existente en la doctrina hispana nos permite llegar a tres conclusiones cardinales. Primero, “[...] no cabe duda de que los fines del Derecho penal⁵¹ resultan relevantes para la individualización [...], en tanto factores finales de [la] decisión”.⁵² Entonces, el tenor literal de los dos criterios generales establecidos en el art. 66.1.6ª del Código Penal (en adelante, “CP”) únicamente lograría su pleno sentido lógico-valorativo a la luz de aquéllos.⁵³ Pues solo así puede interpretarse qué circunstancias del hecho o del autor orientan a un juez, y cómo equilibrar su correspondiente gradualidad en un *quantum* del castigo.⁵⁴ Según afirma Bacigalupo, la elección sobre la medida del reproche se obtiene de transformar los elementos considerados en una específica expresión numérica para cada sanción, atribuyéndoles luego su influjo (mitigador o agravatorio), en función del enfoque teórico sostenido.⁵⁵

⁴⁷ Así, véase SPENDEL (1954), pp. 191 y ss.

⁴⁸ Véase BRUNS (1974), pp. 6 y ss.

⁴⁹ Por el contrario —verbigracia—, STRENG (1984), p. 46, sí que se lamenta de que dicha clasificación no ayude a solventar los problemas reales del juez en la última fase de concretar el castigo, aunque le reconoce potencial explicativo y pedagógico.

⁵⁰ En Alemania, véase por todos MONTENBRUCK (1989), pp. 20 y ss.

⁵¹ Acerca de ello, ya SILVA (1992), p. 180 nos advirtió —en su momento— de que es preferible esta expresión, más amplia, puesto que “[...] el Derecho penal no solo se explica por la pena (o la medida de seguridad), ni reduce sus fines en sociedad a lo que éstas puedan cumplir”. Y, en cambio, MIR PUIG (2015), p. 84 sí cree que “la función del Derecho penal depende de la función que se asigne a la pena y a la medida de seguridad, como medios más característicos de [su] intervención [...]” (elimino la negrita original, por razones estilísticas).

⁵² BESIO (2011), p. 49.

⁵³ En esta línea, véanse —entre otros autores— MIR PUIG (2015), p. 768; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN (2015), p. 528; MAPELLI (2011), p. 245; BACIGALUPO (2009b), p. 933; GALLEGO (2003), p. 348; y DEMETRIO (1999), pp. 44 y 73.

⁵⁴ “La determinación de qué fines persigue la pena, en qué momento, y con qué intensidad en cada momento[,] en la intervención del sistema penal, es la clave a partir de la cual se obtiene [una] respuesta tanto a la cuestión de la dirección valorativa de los factores reales que concurre en la I.J.P. [individualización judicial de las penas], como a la del peso de los mismos en la pena final a imponer” (DEMETRIO (1999), p. 73).

⁵⁵ Y así BACIGALUPO (2009b), pp. 933 y ss., señala que la concreción del castigo supone una operación intelectual que se lleva a cabo en estos cuatro niveles sucesivos:

Más aún, la jurisprudencia se une gustosa a dicha corriente, y admite una clara proyección de los fines de la pena⁵⁶ en el proceso de la concreción a través de modelos basados en la *Spielraumtheorie*.⁵⁷ Ahora bien, ya en sede casacional, los pronunciamientos sobre esa materia surgen al hilo del deber —constitucional (art. 120.3 de la Constitución Española) y legal (art. 72 del Código Penal español) — de motivar las resoluciones condenatorias⁵⁸ —explícitamente, la extensión del castigo—. ⁵⁹ Y, en tal contexto, el Tribunal Supremo apela al potencial justificativo que las tradicionales doctrinas fundamentadoras del *ius puniendi* brindan al juez, para que cimiente su argumentación en derecho.⁶⁰ Una línea abierta hoy en día en España a cualquier discurso filosófico, incluso retributivo o intimidatorio;⁶¹ sin embargo, hay una cierta primacía de lo preventivo-especial.⁶² Así, por ejemplo, diversas sentencias avalan, amparando las razones de instancia, que el carácter peligroso del autor repercute (al alza) en su individualización.⁶³

-
- (i) seleccionar y jerarquizar los fines de la pena atendibles, sin que ello venga predeterminado legal o constitucionalmente;
 - (ii) fijar los elementos fácticos o personales que se tendrán en cuenta, *ad casum*, en conexión con esas premisas anteriores;
 - (iii) valorar tales criterios concretos, ponderando su uso (sea a favor o en contra del reo) dentro del marco específico; y
 - (iv) convertir tales consideraciones precedentes en una magnitud numérica, la que corresponda para cada sanción a imponer.

A dicho planteamiento se adhiere luego —casi sin reservas— CHOCLÁN (1997), pp. 172 y ss., si bien reconduce los pasos a tan solo dos, a partir de la unión de algunos de los anteriores. O también de una forma similar, ZIFFER (1999), pp. 93 y ss., divide el proceso de determinación en fases, que pivotan en torno a la opción por los fines penales; éstos constituyen el “[...] marco conceptual ineludible, y permite[n] realizar una selección previa del material a ser tomado en cuenta[,] y un primer lineamiento acerca de cuál es la importancia [...] que se [les] otorgue [...]” (p. 94).

⁵⁶ También en la fundamentación dogmática respecto de otras instituciones jurídico-penales utiliza el Tribunal Supremo —y con cierta frecuencia— argumentos relativos al ámbito de las teorías iusfilosóficas; esto ocurre sin ir más lejos, por ejemplo, con la prescripción o con la acumulación de condenas —véase BESIO (2011), pp. 165-169.

⁵⁷ Véase BESIO (2011), pp. 172 y ss. —con amplias referencias bibliográficas adicionales—.

⁵⁸ A tal respecto, véase GONZÁLEZ DE LEÓN (2019c), pp. 518 y ss.

⁵⁹ Y, precisamente, a ello se refiere PÉREZ DEL VALLE (2016), p. 228, cuando afirma que “[...] es conveniente situar el debate teórico [...] en la posibilidad de que un juez o un tribunal revisen la individualización de la pena realizada por otro [...]. Este marco procesal [...] es el [lugar] adecuado para el examen de la cuestión”.

⁶⁰ Una vez más, aquí se pone de manifiesto que el sometimiento de los magistrados al “imperio de la ley” lo es a todo el ordenamiento, en su complejo sistema de fuentes, y no tan solo al Derecho positivo. Por lo tanto, cabe interpretar las normas escritas —aunque sea solo subsidiariamente— con la ayuda de los principios jurídicos o de las reflexiones teórico-dogmáticas, para resolver los casos de la mejor manera posible. Algo parecido a lo que pasa cuando la Carta Magna se refiere a las diferentes actuaciones de la Administración Pública española, cuyo objetivo es servir al interés general con sujeción plena “a la ley y al Derecho” (art. 103.1 de la Constitución Española).

⁶¹ Véase BESIO (2011), pp. 164 y ss. —con muchas referencias jurisprudenciales en tal sentido—. Igualmente, en Alemania se constata un discurso preventivo-general en los tribunales, según explica con gran detalle DEMETRIO (1999), pp. 134-138.

⁶² Ya en este sentido, véanse —por todas— las SSTs 28/2009, de 23 de enero; 252/2008, de 22 de mayo; 174/2007, de 9 de marzo; 197/2006, de 28 de febrero; ó 145/2005, de 7 de febrero; así como también las muchas otras citadas en BESIO (2011), pp. 172 y ss.

⁶³ Verbigracia, véase así la STS 683/2009, de 15 de junio, FJ 5º: “Los factores de la individualización invocados por la Audiencia son correctos, pues se explican desde la perspectiva de la prevención especial, dado que revelan una actitud del acusado de resistencia ante la actuación policial, y de aumentada desconsideración hacia la víctima, que efectivamente incrementa la gravedad de los hechos”.

Una última consideración en este primer nivel merece la llamada “antinomía” de los fines de la pena,⁶⁴ que podría generar diferencias sustanciales⁶⁵ al graduar el *quantum* del castigo.⁶⁶ En efecto, los criterios de medición escogidos y su operatividad práctica —a favor o en contra— toman rumbos en ocasiones opuestos, si los deducimos a partir de posturas puramente ideológicas;⁶⁷ verbigracia, la pretendida “alarma social” suele acarrear un olvido de la reinserción. Aunque todo ello emana de un problema mayor, y que Demetrio Crespo recapitula así con gran lucidez: la coexistencia de los principios de culpabilidad y prevención —u orientación a las consecuencias— en el fundamento del sistema provoca una cierta dosis de irracionalidad.⁶⁸ Y a su vez ésta “se eleva a su máxima expresión”⁶⁹ en el terreno que nos ocupa, donde atendemos a los aspectos procedentes de ambos axiomas en apariencia irreconciliables.⁷⁰

No en vano, también advierte Demetrio Crespo que los posicionamientos teóricos condicionan las opciones en materia de la individualización, pues solo unos fines admisibles en las bases del Derecho Penal habrán de proyectarse en tal fase ulterior.⁷¹ Entonces, no sería nada lógico defender planteamientos retributivos⁷² (*Schuldausgleich*) para concretar un reproche, si antes se han desechado para la legitimación “externa”⁷³ —y viceversa—. En suma, esta asunción (que es, en esencia, político-criminal, o acaso subsidiariamente dogmática) de nociones iusfilosóficas se erige en “una determinación previa y necesaria a la cuantificación”⁷⁴ sancionatoria. En el ordenamiento español vigente, pues, la gravedad del hecho y las circunstancias personales del autor se habrían

⁶⁴ Al respecto, véanse especialmente GRIBBOHM (1995), p. 107; LUZÓN PEÑA (1979), pp. 16 y ss., y 58 y ss.; BACIGALUPO (1978), pp. 16 y ss.; MÜLLER-DIETZ (1977), pp. 62 y ss.; MIR PUIG (1976), pp. 83 y ss.; HASSEMER (1974), pp. 56 y ss.; CALLIESS (1974), pp. 75 y ss.; y AMELUNG (1972), pp. 358 y ss.

⁶⁵ Según afirma LUZÓN PEÑA (1979), p. 38, la individualización de las penas es un “campo de tensión” donde a menudo se enfrentan las exigencias contrapuestas de las dos caras de la prevención, en tanto que fase intermedia entre la conminación y la ejecución.

⁶⁶ Así, para un abordaje —muy exhaustivo— de los múltiples conflictos teórico-prácticos que suscitan los habituales fines penales, véase DEMETRIO (1999), pp. 77-91.

⁶⁷ No obstante, BACIGALUPO (2010), p. 18, reivindica esa necesaria presencia de un “auténtico discurso ideológico” en torno a los límites del *ius puniendi*, lo que no en vano “existió probablemente siempre”, en la tradición del pensamiento occidental. También DEMETRIO (1999), p. 48 (nota 41), asume que los debates al respecto de tal cuestión desembocan en “[...] un tema político”.

⁶⁸ Acerca de ello, véase BAURMANN (1987).

⁶⁹ DEMETRIO (1999), p. 32.

⁷⁰ Véanse —por todos— GÓMEZ BENÍTEZ (1980), pp. 129-194; y DE BOOR *et al.* (coords.) (1977), *passim*.

⁷¹ Véase DEMETRIO (1999), p. 48. Sin embargo, no sucederá lo mismo a la inversa: que un fin del Derecho Penal sea elemento legitimador del sistema “no implica necesariamente la admisión de su virtualidad como factor de la I.J.P. [...]”. Para una distinción clara entre ambos niveles argumentales aquí aludidos, véanse HART (2008), pp. 1-27; SCHAEFERDIEK (1997), pp. 198 y ss.; ALBRECHT (1994), pp. 24-25; y HIRSCH (1985), p. 6.

⁷² Empero, así lo hacen —entre otros— SCHAEFERDIEK (1997), pp. 205 y ss.; BRUNS (1985), p. 82; y KÖHLER (1983), *passim*.

⁷³ En una línea similar, véase la crucial crítica de BAURMANN (1981), pp. 7 y ss.: resulta esquizofrénico rechazar un fundamento retributivo del sistema penal en su conjunto y, al mismo tiempo, basar una distribución concreta de los castigos en el principio de culpabilidad.

⁷⁴ BESIO (2011), p. 49.

de interpretar en clave teleológica, por su integral dependencia valorativa⁷⁵ con el llamado “triángulo mágico”⁷⁶ de la *Praxis der Strafzumessung*.

2.2.2. Gravedad del hecho y circunstancias personales

La segunda conclusión tiene que ver con la incidencia real de los factores finales en la decisión individualizadora, lo que sucederá cuando se atribuye a aquéllos “[...] la virtualidad de [...] operar específicamente [...] permitiendo mayores o menores medidas de pena”.⁷⁷ Y en dicho punto verifico un acuerdo muy amplio en la doctrina hispana, solo alterado por leves —a veces, insignificantes— alejamientos del enfoque común⁷⁸; empero, ya desde hace años hay interesantes novedades, y que han servido para vivificar el debate.⁷⁹ De entrada, aún es habitual rechazar papel alguno para la retribución y/o la prevención general,⁸⁰ así como utilizar, de un modo prioritario, consideraciones resocializadoras y/o “peligrosistas”.⁸¹ No obstante, la influencia de éstas se encuadraría dentro de las lindes de un submarco intratípico,⁸² lo que reflejaría, *ad casum*, la compensación equitativa del daño infligido a la comunidad (es decir, que la lesividad poseería un potencial cuantificador superior).⁸³

En línea con lo afirmado aquí, conviene hacer también un matiz “cardinal”: pese al aparente predominio teórico de lo “individual” en la *Strafzumessung* —pues nadie discute el rol crucial que tienen las circunstancias personales del delincuente⁸⁴—, la “gravedad del hecho” mantiene todavía vivas las perspectivas estabilizadoras. Y en puridad, las múltiples variantes de la *positive Generalprävention*⁸⁵ nunca han dejado de estar presentes en el debate contemporáneo sobre la aplicación “práctica” de los fines del

⁷⁵ Luego “[...] los fines del Derecho penal tendrán incidencia sobre los factores reales [,] en el sentido de posibilitar una interpretación respecto de qué circunstancias de hecho se incluyan en esos conceptos y, muy especialmente, [...] para dilucidar cómo operan en la práctica [...] de su ponderación, como una valoración negativa (que importe una mayor pena) o positiva (menor pena) para el delincuente” (BESIO (2011), p. 50).

⁷⁶ ZIPF (1982), p. 353; mantengo la cursiva del autor, presente en el texto traducido.

⁷⁷ BESIO (2011), p. 89.

⁷⁸ Que implican, por ejemplo, la posibilidad —aun *extra legem*— de sobrepasarse el límite mínimo del marco penal inicial, por razones preventivo-especiales.

⁷⁹ Me refiero aquí a aquellos autores que se encuadran en un enfoque *stricto sensu* dogmático de las labores individualizadoras del juez sentenciador —cuyas posturas esenciales mencionaré brevemente en el próximo apartado (3) del presente artículo—.

⁸⁰ En torno a dichos planteamientos, véanse respectivamente LUZÓN PEÑA (1979), pp. 24 y ss.; o DEMETRIO (1999), pp. 35, 49, 133 y ss. (con referencias ulteriores). Más aún, BESIO (2011), pp. 150-164, resume las críticas principales formuladas a ambas teorías de la pena, con numerosas citas bibliográficas.

⁸¹ Véanse —entre muchos otros— MIR PUIG (2015), pp. 771 y ss.; QUINTERO (2015), pp. 720 y ss.; DE LA MATA (2007), pp. 308 y ss.; FEIJOO (2007a), pp. 727 y ss.; ZUGALDÍA (dir.) (2004), pp. 62 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ (2001), pp. 32-33, 37 y ss.; DEMETRIO (1999), pp. 35 y ss., 93 y ss., y 328 y ss.; GARCÍA ARÁN (1997), pp. 75, 81 y ss.; o CHOCLÁN (1997), pp. 85 y ss.

⁸² Excepto en el caso de MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN (2015, pp. 537 y ss.), quienes no se pronuncian explícitamente sobre la operativa recíproca entre factores finales concurrentes en la individualización, el resto de autores españoles aquí analizados asumen diversas versiones de la teoría del espacio de juego. Ello supone dar una cierta primacía metodológica a la prevención general positiva, que *crea* la segunda intra-horquilla —de penas proporcionales al delito—.

⁸³ Véase BESIO (2011), pp. 139-140.

⁸⁴ Así, véase especialmente DEMETRIO (1999), p. 90.

⁸⁵ Sobre los modelos teóricos de la prevención general o integradora como fin de la pena, véase por todos DEMETRIO (1999), pp. 109 y ss. (con un gran aparato crítico); también las pp. 126 y ss. —para una perspectiva crítica global al respecto de la cuestión—.

Derecho Penal⁸⁶ (bien sea en Alemania⁸⁷ o España⁸⁸), incluso en sede de la concreción del castigo.⁸⁹ En efecto, de entre los diferentes paradigmas considerados “tradicionales”, muchos autores que en sus planteamientos sistemáticos usan las tres nociones de *Spielraum*,⁹⁰ *Stellenwert*⁹¹ y/o *sozialen Gestaltungsaktes*⁹² luego defienden una labor judicial orientada parcialmente a la integración normativa.

Besio Hernández, por su parte, nos ayuda a vislumbrar la conexión entre los factores reales y finales a la hora de especificar la sanción, según el Código Penal español. En ausencia de criterios explicitados en el texto, se acostumbra a sostener lo siguiente: la gravedad del hecho y las circunstancias personales del autor traducen las exigencias sobre proporcionalidad de la pena con un ilícito culpable y las de la prevención especial — respectivamente—. ⁹³ Esta concepción es hoy mayoritaria en el debate, ⁹⁴ lo que demuestra el *statu quo* de la reflexión sobre los fundamentos y los límites del *ius puniendi*.⁹⁵ En tal ámbito, las teorías retributivas cumplen, en la actualidad, un rol de legitimación “negativa”⁹⁶ (o mejor dicho, garantista⁹⁷) del sistema penal, mientras que las bases que justifican su existencia tienen —por el contrario— “mimbres” de cariz consecuencialista.

Zanjaremos ahora la segunda observación conclusiva de las que enuncié arriba, otra vez desde una perspectiva sintética, y bien apoyado en la exhaustiva tarea recopilatoria que

⁸⁶ Verbigracia, véase VON HIRSCH *et al.* (eds.) (2006), *passim* —y su posterior traducción al español: ROBLES (ed.) (2012), *passim*—.

⁸⁷ Entre muchos otros, véanse SCHÄFER (1995), pp. 168 y ss.; KUNZ (1986), pp. 823 y ss.; STRENG (1984), *passim*; BAUMANN (1979), pp. 56 y ss.; SCHNELLE (1977), pp. 165 y ss.; CALLIESS (1973), pp. 191 y ss.; BRUNS (1963), pp. 75-97; HARDWIG (1959), pp. 1-25; y NOWAKOWSKI (1957), pp. 55 y ss.

⁸⁸ Por ejemplo, véanse (por todos) PÉREZ MANZANO (1990), pp. 259 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO (1981), p. 368; y MIR PUIG (1976), p. 160.

⁸⁹ Para un repaso exhaustivo sobre esa materia, véase —especialmente— DEMETRIO (1999), pp. 146 y ss. (con numerosas citas y referencias ulteriores).

⁹⁰ A dicho respecto, véanse GRIBBOHM (1995), pp. 107 y ss.; ALBRECHT (1994), p. 37; NEUMANN (1992), pp. 443 y ss.; HIRSCH (1985), pp. 12 y ss.; ROXIN (1979), pp. 306 y ss.; LACKNER (1978), pp. 12 y ss.; BRUNS (1974), pp. 264 y ss.; SCHAFFSTEIN (1973), pp. 107 y ss.; ZIPF (1969), pp. 55 y ss.; o DREHER (1967), pp. 41-46.

⁹¹ Introducida en sus inicios por HENKEL (1969), pp. 49-50, luego fue reelaborada dogmáticamente por HORN (1975), pp. 241-254, y complementada —desde una perspectiva ya tan solo criminológica— por SCHÖCH (1980), pp. 143-184; o (1975), pp. 255-273.

⁹² La formulación original de la expresión se debe a la obra de Eduard DREHER (1947), pp. 64 y ss., 127 y ss. Posteriormente, en Alemania fue asumida por JESCHECK y WEIGEND (2002, pp. 940 y ss.), entre muchos otros.

⁹³ De manera clara lo sostiene BESIO (2011), pp. 50 (nota 41), 135, y 201-205. Sin embargo, ello no excluye diferentes interpretaciones posibles en derecho —por tanto, válidas— acerca de dichas cláusulas legales (*ex art. 66.1.6ª CP*), ni tampoco manifiesta una postura unánime en la doctrina.

⁹⁴ Así, véanse ya —verbigracia— MIR PUIG (2015), pp. 771-772; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN (2015), p. 537; BESIO (2011), pp. 297-299 y 407-408; DE LA MATA (2008), pp. 155-156; MAPELLI (2008), pp. 1162-1163; CASTELLÓ (2007), pp. 168 y ss.; GALLEGÓ (2003), pp. 331 y 349; JORGE (1999), pp. 71 y ss.; DEMETRIO (1999), pp. 329-330; LUZÓN PEÑA (1999), pp. 165-166; GARCÍA ARÁN (1997), pp. 82-83; y CHOCLÁN (1997), pp. 172 y 193.

⁹⁵ En mayor profundidad, si bien solo en relación con el tema tratado aquí, véanse —por todos— BESIO (2011), pp. 53-84; y DEMETRIO (1999), pp. 51-90.

⁹⁶ Al respecto, véanse MAPELLI (2011), pp. 48-49; GARCÍA-PABLOS (2006), p. 249; BACIGALUPO (1999), pp. 33 y ss.; DEMETRIO (1999), p. 62; y CHOCLÁN (1997), pp. 65 y ss.

⁹⁷ Todo ello mediante los límites que introducen en el sistema jurídico-penal el principio de culpabilidad y sus postulados derivados (dignidad, humanidad, *ultima ratio*, necesidad, etc.); véanse MORILLAS (2013), pp. 47-72; o BACIGALUPO (2009a), pp. 795 y ss.

caracteriza a la obra de Besio Hernández —quien no obstante tampoco escatima en lo propositivo—. ⁹⁸ Si hemos dado por sentado que “[...] los criterios legales de individualización [...] pueden y *deben* ser interpretados en clave de [los] fines de la pena”, ⁹⁹ con la sola ayuda indirecta del art. 66.1.6ª CP, el “triángulo mágico” (del que hablaba Zipf) irá tomando forma de un modo singular. Habrá que ver, pues, en el contexto del ordenamiento jurídico español, de qué manera se engarzan los factores finales y reales en las tareas judiciales de concreción del castigo.

De una parte está la gravedad del hecho, que —según el esquema mayoritario en España— habría de servirnos para que se pongan de manifiesto legítimamente ciertas pretensiones preventivo-generales. ¹⁰⁰ Entonces, se trataría de lograr aquí un adecuado encaje entre la lesividad de la conducta típica y la sanción necesaria, que diera cabida a una estabilización normativa “restringida” (*favor dignitatis*) ¹⁰¹ por el conjunto de las garantías materiales neo-retributivas. ¹⁰² Y, por otro lado, las circunstancias personales del autor son el *locus* propio donde incluir objetivos de índole resocializadora ¹⁰³ o “peligrosista”. ¹⁰⁴ Mas con los elementos “individuales”, la divergencia se sitúa en un nivel práctico: ¹⁰⁵ ¿Cómo graduamos la condena sobre esa base?; los autores hoy se decantan —de una forma muy abrumadora— por patrocinar una incidencia a la baja, pero nunca al alza. ¹⁰⁶

2.2.3. La aplicación práctica al concretar el castigo

Veamos, en tercer lugar, cómo la doctrina plantea en España la operatividad de los fines penales, en función de lo señalado por cada marco específico. De una manera ordinaria, resulta que posturas diferentes llegan a una estructura similar para el proceso

⁹⁸ Véase muy especialmente BESIO (2011), pp. 275-296, 350-355, 587 y ss.

⁹⁹ BESIO (2011), p. 181; la cursiva es mía.

¹⁰⁰ Véanse —entre muchos otros autores— FREUND (2009), pp. 51-52; ALCÁCER (1998), pp. 464-465; y SILVA (1992), p. 216.

¹⁰¹ La crítica más letal para una fundamentación preventivo-general del *ius puniendi* es la de que ello instrumentaliza al delincuente, en aras de la consecución de fines sociales en beneficio de la colectividad —y a costa del reo—; así lo afirman SILVA (1992), pp. 235 y ss., y MIR PUIG (1976), pp. 137, 139-140. E igualmente ROXIN (2006), nm. 3/51, considera que dicha mediatización es del todo inevitable, pues “[...] el condenado es siempre el objeto del poder coercitivo del Estado”. Por este motivo se establecerán límites a su ejercicio, sobre la base de los principios de dignidad, culpabilidad y necesidad.

¹⁰² Hasta el punto de que esas restricciones introducidas convierten en algo jurídico-políticamente tolerable “una cierta instrumentalización del delincuente” (BESIO (2011), p. 193); lo que se admitiría hoy por razón de “las garantías materiales de proporcionalidad, humanidad, dignidad [...], igualdad y resocialización” (BESIO (2011), p. 191).

¹⁰³ Entonces, y según BESIO (2011), p. 205, a través de las circunstancias personales del reo “[...] deben ser valorados todos aquellos elementos de corte individual, de muy diversa índole, que puedan justificar racionalmente una disminución de la cuantía de [la] pena[,] en orden a la evitación de la desocialización del sujeto activo”. Véase, por ejemplo, CIGÜELA (2017), pp. 41-45, con una propuesta sistemática sobre cómo tener en cuenta la exclusión social del autor en sede de individualización del castigo.

¹⁰⁴ Si bien “[...] la concepción del factor real de circunstancias personales[,] en términos de peligrosidad futura[,] viene dada no por el significado natural de dicha expresión —que [...] es ajena a la idea de peligrosidad— sino [...] por su interpretación en clave preventivo-especial (que se vincula a la evitación de la reincidencia[,] y opera por medio de una prognosis futura de comportamiento)” (BESIO (2011), p. 420).

¹⁰⁵ En torno a las discrepancias indicadas, véase el abordaje de dicha cuestión en BESIO (2011), pp. 196 y ss., 297 y ss., ó 407 y ss. (con múltiples referencias bibliográficas).

¹⁰⁶ Así, véanse por todos BESIO (2011), pp. 197-205, 410 y ss.; CASTELLÓ (2007), pp. 169 y ss.; SALINERO (2000), pp. 162-163; DEMETRIO (1999), pp. 90, 328 y ss.; o CURY (1988), pp. 696 y ss.

individualizador:¹⁰⁷ desde la búsqueda de un espacio de juego —algo interior a la horquilla legal— y hasta la elección de un *quantum* numérico, normalmente dentro de aquél. En cualquier caso, dicho *Spielraum* se “construye” a partir del principio de proporcionalidad¹⁰⁸ (entre gravedad delictiva y afflictividad de la sanción), y luego son consideraciones preventivo-especiales las que influyen en la medida del reproche. Así, un modelo paradigmático es el que sugiere emplear Mir Puig:¹⁰⁹ la lesividad del ilícito fija un máximo del castigo adecuado a la culpabilidad del reo, pero aquel mínimo bien puede traspasarse en aras de fomentar —o no obstaculizar¹¹⁰— su ulterior acción conforme al derecho.

Otros autores usan variantes de este mismo esquema,¹¹¹ cuya característica distintiva es el peso mitigador otorgado a las circunstancias personales del sujeto como factor propio de la individualización penal en clave resocializadora.¹¹² Según Demetrio Crespo, la cláusula del art. 66.1.6ª CP obliga al juez a estimar los elementos relevantes que sirvan para “una valoración proyectada al futuro sobre los efectos [...] en la vida [...] del reo en sociedad”,¹¹³ siempre *favor libertatis*.¹¹⁴ En cambio, hay quienes no limitan la incidencia de la prevención especial a rebajar el *quantum* (ya sea dentro o fuera del marco ajustado

¹⁰⁷ Sobre ello, véase BESIO (2011), pp. 88-134.

¹⁰⁸ Normalmente dicha idea trae causa de una aproximación culpabilística, como un último reducto de las teorías retributivas. Y, no obstante, LUZÓN PEÑA (1979), pp. 24 y ss., entiende que la proporcionalidad entre delito y sanción es una exigencia inherente a la orientación intimidatoria del sistema, en tanto que ello es un fin superior a la retribución o al principio de igualdad —véase asimismo LUZÓN PEÑA (1982), pp. 145 y ss.—.

¹⁰⁹ Véase MIR PUIG (2015), pp. 767 y ss.

¹¹⁰ Esto es, cuando el sujeto ya se encuentra bien integrado en la comunidad (con trabajo, familia, amigos, etc.), y la privación de su libertad podría tener efectos muy perjudiciales para su desarrollo en el futuro, al alejarle de un entorno adecuado. En tal sentido, y según mantiene DEMETRIO (1999), p. 90, “la prevención especial sólo puede conducir [...] a reducciones de la pena en función de las necesidades de resocialización del autor, y a la idea global de [...] la medición de la pena (en la que hay que tener en cuenta las circunstancias personales del delincuente, [pero] precisamente en su favor)”.

¹¹¹ Por ejemplo, DEMETRIO (1999, pp. 48 y ss., 160 y ss.; 1997, pp. 323-362) logra llegar a un “sistema operativo” coincidente, aunque desde un posicionamiento teórico más comprometedor. En efecto, afirma el autor que la prevención especial es ahora la única causa final legítima en fase individualizadora, mientras que el influjo anterior y posterior de las consideraciones estabilizadoras solo determina la decisión cuantitativa del juez de forma indirecta, al haberse delimitado (de antemano) los extremos insuperables y el tope para la suspensión.

También CHOCLÁN (1997, pp. 67 y ss., 173 y ss.) articula un régimen semejante, con estos dos matices: (i) la gravedad del hecho se manifiesta en el carácter graduable de la culpabilidad —véase CHOCLÁN (1996), pp. 1514-1524—, que para cada caso concreto permite fijar una horquilla (dentro del marco legal) de castigos proporcionales al delito; y (ii) si los rasgos destacables de la personalidad del autor aconsejaran situarse por debajo de tal suelo, eventualmente podría llegar a tener incidencia la prevención general positiva, mediante esa barrera infranqueable impuesta por la llamada “defensa del ordenamiento jurídico” —en Alemania, en virtud de las cláusulas de la así llamada “*Verteidigung der Rechtsordnung*” (§§ 47.1 y 56.3 StGB)—.

¹¹² Y en esta línea formula BESIO (2011), p. 135, una conclusión preliminar de su análisis crítico de los modelos doctrinales en España: “[...] la prevención especial[,] en todos los autores referidos[,] se constituye como criterio o factor final de medición penal”. Incluso LUZÓN PEÑA (1991), pp. 318 y ss., pese a las peculiaridades de su régimen, coincide en dar preferencia —*ceteris paribus*— a dicha exigencia, en sede de concreción penal, dentro de los límites necesarios para que no sufra merma la estabilización normativa de la comunidad. Yendo un paso adelante, DEMETRIO (1999), p. 90, señala que aquélla es el “único factor final de la pena en sentido estricto [...] directamente atendible en la I.J.P. [...]”.

¹¹³ DEMETRIO (1999), p. 329.

¹¹⁴ Sobre ello, véanse BESIO (2011), pp. 197 y ss.; o DEMETRIO (1999), pp. 328 y ss.

a la culpabilidad), sino que asumen la doble consecuencia de tales aspectos.¹¹⁵ Verbigracia, Luzón Peña sostiene coherentemente que en el interior de una horquilla proporcional caben múltiples opciones: desde recorrer toda la extensión¹¹⁶ a renunciar al castigo.¹¹⁷

Frente a la acogida doctrinal —que es aún mayoritaria— de la *Spielraumtheorie*, Besio Hernández censura con mucha agudeza la validez de este “mecanismo” en España. Y, así, solo con base en una interpretación del § 46 StGB “[...] tiene sentido como estructura de razonamiento judicial [...] la teoría del espacio de juego [...]”. Sin embargo, en la legislación española no existe una norma de esa naturaleza [...],¹¹⁸ ni por tanto una jerarquía expresa y positivizada para los dos criterios orientadores.¹¹⁹ Es erróneo, pues,

¹¹⁵ Por ejemplo, MUÑOZ CONDE admite la posibilidad práctica de aumentar la magnitud penal que habría de imponerse —*ad casum*—, en base a las necesidades preventivo-especiales; al respecto, véanse MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN (2015), pp. 545 y ss.; o HASSEMER y MUÑOZ CONDE (2011), p. 256. Del mismo modo, GÓMEZ BENÍTEZ (2001), pp. 49 y ss., plantea la operatividad bilateral de dichos aspectos “subjetivos” del reo —o circunstancias personales— con incidencia, pero siempre dentro del ámbito sancionatorio determinado por la integración normativa —o la gravedad del hecho—; es decir, un abanico de castigos adecuados a la nocividad social y al perjuicio ocasionado.

Más aún, recientemente FEIJOO (2007), p. 747, nos advierte de que, si optamos por “[...] tomar en consideración[,] a efectos de la determinación de la pena[,] las ponderaciones preventivo-especiales o basadas en la peligrosidad criminal, se debe asumir que éstas puedan actuar en contra del reo (dentro del marco [...] correspondiente), aunque [...] pretendan el efecto contrario”.

¹¹⁶ En efecto, LUZÓN PEÑA (1996, pp. 49 y ss.; 1982, pp. 149 y ss.; y 1979, pp. 22 y ss.) dibuja un panorama más flexible; así, dando lugar para que los elementos “individuales” incrementen o disminuyan la cuantía, en función de algún fin social que se pretenda potenciar (como resocialización, amenaza o aseguramiento). No obstante, defiende la superioridad de la prevención general sobre la especial, si es que sean irreconciliables; y ello por una primacía de la comunidad frente a los intereses particulares —véase LUZÓN PEÑA (1979), pp. 64-65—. E igualmente en dos obras posteriores (LUZÓN PEÑA (1996), p. 85; y LUZÓN PEÑA (1991), pp. 308 y ss.) justifica aumentar una pena, sin desbordar el máximo fijado por la gravedad del hecho, en los delitos que se repiten con una cierta frecuencia, para tratar de evitar su proliferación en el futuro. Aquí se constataría un mayor desvalor objetivo —si bien “extrínseco”— de la acción, apoyado en la alarma social que genera un miedo a su repetición, en tanto que una respuesta legítima del Estado con perspectiva intimidatoria.

¹¹⁷ Siempre que ello fuera “necesario o aconsejable desde ese punto de vista [preventivo-especial]” (LUZÓN PEÑA (1982), p. 156). Aduce el autor que, en tales casos, no hay “colisión” real entre el bien social y el del infractor, pues la estabilización normativa sería ya eficaz con la mera posibilidad *ex ante* de que una pena se imponga —salvo excepciones—. Lo que ocurre es que, de *lege lata*, en España solo se podría llegar tan lejos mediante una petición razonada de indulto tras la sentencia condenatoria (*ex art. 4.4 CP*), al contrario de lo que ocurre en otros países del entorno, donde se regulan mecanismos judiciales de renuncia a las sanciones. En cambio, sí será viable superar el límite inferior del marco abstracto, todavía en la fase de la determinación, a través de atenuantes analógicas —que incluso pueden estimarse como “muy cualificadas”, rebajando entonces hasta dos grados la horquilla. Tal idea apunta a la necesidad de manejar un concepto amplio de “decisión individualizadora”, que reúna los varios momentos del proceso de concreción del castigo donde el sentenciador acude, primordialmente, a consideraciones relativas a la medida de la culpabilidad del reo. Y, más aún, arguye en este sentido LUZÓN PEÑA (1982), p. 156, que la posibilidad de la no ejecución penitenciaria de la prisión —esto es, sustituir o suspender tal sanción— conlleva asimismo atender a criterios personales.

¹¹⁸ BESIO (2011), pp. 138-139. Pero también QUINTERO (2015), p. 733, lamenta que un gran sector numeroso de autores españoles haya “[...] seguido miméticamente los pasos de la doctrina alemana en el tema de la relación entre [la] culpabilidad y [la] pena, olvidando una importante diferencia entre los respectivos sistemas [...]”.

¹¹⁹ Igualmente, véase por todos MIR PUIG (2015), p. 772: “No decide, en cambio, nuestro Derecho [se refiere al español] la jerarquía de los distintos criterios a los que alude —la gravedad del hecho y las circunstancias personales del sujeto como principios generales, y las circunstancias modificativas como manifestaciones particulares de los mismos—. Si en estos factores pueden verse representados los distintos fines de la pena, cabe considerar compatible con la regulación vigente toda teoría que combine de algún

el predominio en abstracto de la gravedad del hecho en las decisiones individualizadoras, por encima de las circunstancias personales del autor.¹²⁰ Y allende la reflexión de *lege lata*, la praxis de la *communis opinio* apunta a una curiosa paradoja: ni “revistiéndola” de prevención estabilizadora pierde la culpabilidad (en versión funcionalista) su contenido retributivo.

Queda un ulterior comentario crítico, con tal de cerrar mi panorama global de esta parte de la discusión reciente sobre el método aplicado al proceso de concreción del castigo. Al respecto, me sumo a una conclusión de Besio Hernández:¹²¹ los modelos existentes no son más que propuestas formales para sistematizar los procesos de la toma de decisiones, pero no definen “materialmente” los factores precisos que el juez habrá de emplear en la búsqueda del *quantum* adecuado. Mas esa vaguedad caracteriza también a la *Spielraumtheorie*,¹²² inclusive con el catálogo enumerado en el Código alemán, y por consiguiente se arrastra en el debate.¹²³ Luego falta, en todo caso, traducir los fines de la pena y las cláusulas legales en *topoi* específicos que gradúen (ya sea al alza, o a la baja) el reproche, justificando su real operatividad sancionatoria.

3. Perspectiva de futuro: dogmática de la concreción del castigo

3.1. La distinción entre niveles de la culpabilidad

Según he ido poniendo de manifiesto en el apartado anterior, los patrones probados hasta ahora para conceptualizar (y “sistematizar”) la individualización de las sanciones, con tal de guiar al juez en su proceso decisorio, se han mostrado insuficientes. Agrupados a título descriptivo en torno a planteamientos iusfilosóficos de cariz teleológico y consecuencialista, todos ellos adolecen de notables carencias estructurales, que —no en vano— señalan el camino por el que debería transitar cualquier vía de solución alternativa. Así, las posturas basadas en la influencia directa de los fines de la pena caen en sendos errores: (i) uno *teórico*, al confundir entre los planos de fundamentación y medida de la culpabilidad, sin respetar de ese modo una separación instrumental

modo, en ambas fases de la determinación judicial —en sentido estricto y en sentido amplio— dichos fines” (elimino la negrita del autor, por motivos estilísticos).

¹²⁰ Esto es algo muy habitual en la jurisprudencia española; y, así, verbigracia, véase BESIO (2011), pp. 172 y ss. En concreto, dicho autor lo explica con estas palabras: “La interpretación que realiza [hoy] el Tribunal Supremo se inclina [...] por una primacía de los fines preventivo-generales [la gravedad del hecho], encomendando a la etapa de ejecución penitenciaria de la sanción el cumplimiento del objetivo resocializador” (p. 172).

¹²¹ Véase BESIO (2011), pp. 48-49, y 188-189.

¹²² Por todos, véase HÖRNLE (2003b), pp. 27 y ss. En una línea similar, BESIO (2011), p. 51 (nota 43), señala que “[...] las exigencias derivadas de la gravedad del hecho son susceptibles de una traducción aproximada (no exacta) de tiempo de condena (que es la que delimita el espacio de juego [,] y que tiene un límite superior y uno inferior [...])”.

¹²³ “[...] los modelos ordenados conforme a la estructura de la teoría del espacio de juego [...], pese a una cierta ordenación general del razonamiento judicial, no provee[n] al juez de reglas objetivas y uniformes para, precisamente, fijar la cuantía específica de sanción. Así se advierte, por ejemplo, tanto en la tarea de construcción del sub-marco adecuado (proporcional) a la culpabilidad del autor (gravedad del hecho) como en la fijación exacta de la cantidad de pena en su interior” (BESIO (2011), p. 147).

auspiciada por Achenbach;¹²⁴ y (ii) otro *estratégico*, pues los *Strafzwecke* son —en esencia— polémicos,¹²⁵ y dificultan llegar a acuerdos reales en la praxis.

En este sentido, no se facilita la labor decisoria de los órganos jurisdiccionales si manejamos criterios tan abstractos como los que hoy son predominantes en la doctrina, merced a las “tradicionales” teorías de la pena: retribución, prevención general y prevención especial. En cambio, se encierra a los jueces en un callejón sin salida, al solo amparo de sus intuiciones (o de su ideología). Y tampoco será posible un control legítimo del ejercicio de la discrecionalidad¹²⁶ —en la segunda instancia— si no se opera con razonamientos más precisos o adaptados a la realidad de las prácticas forenses, que puedan entonces suscitar un amplio acuerdo entre los juristas implicados.¹²⁷ De ahí que sea necesario plantear un nuevo paradigma metodológico para abordar el estudio global de la concreción de la sanción.

Por ejemplo, en tiempos más recientes destacan las aportaciones de Hörnle¹²⁸ y Feijoo:¹²⁹ ambos conectan (de un modo u otro, con engarces heterogéneos) su postura iusfilosófica a una elaboración dogmática de las cuestiones relativas a la individualización. Para la discípula de Schönemann, el quid sería “transformar” *ad casum* los criterios del § 46 StGB en una medida numérica de penas, con base en una escala proporcional al daño real para los bienes jurídicos.¹³⁰ Y, en cambio, Feijoo apuntala su propuesta analítica¹³¹ acerca del proceso de cuantificación en una lectura funcional —o simbólica— del régimen punitivo estatal.¹³² Sin embargo, el mérito común es intentar superar aquel enfoque aún mayoritario, que fía las decisiones a un método teleológico *stricto sensu*, controvertido *per se*; así, tal avance nos señala el camino para futuras investigaciones.

Volviendo ahora al plano teórico, interesa en estos momentos traer a colación la clásica diferencia que Achenbach propone entre las tres acepciones básicas presentes en el empleo del término *Schuld*.¹³³ Dicho autor distingue estos tres niveles suplementarios acerca de la culpabilidad jurídico-penal:¹³⁴ a) como *Idee* —o su dimensión filosófico-

¹²⁴ Véase ACHENBACH (1974), pp. 1 y ss.

¹²⁵ Recordemos que, tal como ya dije más arriba, la discusión en torno a las llamadas “teorías de la pena” tiene un carácter demasiado “identitario”, por cuanto que se apela a lo más profundo de las convicciones iusfilosóficas de quienes nos dedicamos a este sector del derecho.

¹²⁶ Al respecto, véase GONZÁLEZ DE LEÓN (2019c), pp. 508 y ss.

¹²⁷ Una primera aproximación doctrinal en esta innovadora línea la apunta REICHERT (1999), *passim*.

¹²⁸ Así, véanse HÖRNLE (1999), *passim*; y HÖRNLE (2003a), pp. 99 y ss.

¹²⁹ Véanse FEIJOO (2007a), pp. 677 y ss.; y FEIJOO (2007b), *passim*.

¹³⁰ Tal como siempre ocurre con este tipo de aproximaciones, el problema radica en fijar los topes inferior y superior de la horquilla proporcional —véanse, por todos, DEMETRIO (1999), pp. 203 y ss.; o ALBRECHT (1994), pp. 39 y ss.—.

¹³¹ Especialmente véase FEIJOO (2007a), pp. 677 y ss.

¹³² Unos años antes —aunque desde un planteamiento metodológico distinto—, en una línea similar se manifiesta REICHERT (1999), pp. 255 y ss.

¹³³ Sobre las múltiples acepciones de la palabra, ACHENBACH (1974, p. 1) apunta que en el ámbito penal aquélla se emplea de muy diversas maneras, con significados no unívocos y, a veces, hasta poco coincidentes. En efecto, se identifican al menos estas dimensiones cumulativas del vocablo: colectiva o individual, abstracta o concreta, formal o material, en sentido estricto —para la teoría del delito, como una categoría dogmática— o amplio —en una esfera procesal—, por el hecho concreto (*Tatschuld*), según el carácter (*Charakterschuld*), en base a la “conducción de la vida” (*Lebensführungschuld*), de tendencia crónica, etc.

¹³⁴ Así, véase inicialmente ACHENBACH (1974), p. 3. Una toma de postura que luego ha sido reiterada por el mismo autor en varias ocasiones; por ejemplo, ya en España, véase ACHENBACH (1991), pp. 135 y ss. En cambio, JESCHECK (1995), p. 31, sugiere una tripartición alternativa, que no obstante coincide

abstracta—; b) en tanto que fundamento del *ius puniendi* estatal (así pues, la validez de la imputación *ad casum*); y c) en su función dogmática *stricto sensu* de medida o graduación de la misma. Entonces, todos concuerdan en su referencia a la responsabilidad personal del autor como requisito básico de la sanción, pero cada cual afronta preguntas diversas. El concepto teórico se ocupa de los *porqués* del castigo institucionalizado, la *Strafbegründungsschuld* sirve para confirmar el *sí* de un reproche, mientras en la *Strafzumessungsschuld* un juez decide y argumenta sobre el *cómo* (o el *quantum*) de aquél.

No obstante, por lo que respecta a nuestro tema, el debate se centra de manera especial en una cuestión técnica: ¿Hay que diferenciar, de modo estricto, entre culpabilidad como fundamento de las penas y culpabilidad en la medición de la sanción, asumiendo que se trata de cosas distintas? Por supuesto, Achenbach señala que sí, aunque lo hace precisamente con el fin de poder rechazar papel alguno para la *Strafbegründungsschuld*¹³⁵ —en la legitimación externa del *ius puniendi*—, entendida aquí según la llamada “concepción anticuada”.¹³⁶ Pero además, a la vez, con un doble objetivo dogmático: mantener la última de las categorías sistemáticas (tradicionales) de la teoría del delito, y justificar el espacio de una individualización que sea proporcional al hecho. Luego dicha bipartición analítica tuvo *ab initio* una clara función: desligar la operativa lógico-estructural del bagaje retributivo propio de su dimensión valorativa.

Y a tal perspectiva se suma, sin duda alguna, un nutrido sector de la doctrina; por ejemplo, así lo hace Jescheck.¹³⁷ *A fortiori*, Hörnle extrae una conclusión de *lege lata*: “hoy es indiscutible que el § 46 [...] StGB no puede entenderse como una referencia directa exclusiva a la categoría «culpabilidad» en el sentido del sistema del delito”.¹³⁸ Ello

—en dos de sus dimensiones básicas— con la anterior. Según aquél, “por la función en la que opera cabe distinguir tres planos en el principio de culpabilidad: culpabilidad procesal (*prozessuale Schuld*), culpabilidad fundamentadora de la pena (*Strafbegründungsschuld*)[,] y culpabilidad en la determinación y medición de la pena (*Strafbemessungsschuld*)”.

¹³⁵ Y, en efecto, ACHENBACH (1991), p. 146, indica sin tapujos que “[...] se puede renunciar al concepto de culpabilidad como fundamento de la pena”, en defensa de una visión plenamente no retributiva del sistema. Un paso adelante en la evolución posterior de la noción de “*Schuld*”, en clave ya solo preventiva y/o funcionalista, supone PERALTA (2008), p. 614, que “[...] no existe diferencia alguna entre culpabilidad fundamentadora y culpabilidad de la determinación de la pena”. En parecidos términos, véase antes SCHÜNEMANN (1989), pp. 147 y 160.

¹³⁶ Véase HÖRNLE (2001), pp. 401-429. Y, acerca de esta cuestión, DEMETRIO (2007), p. 37, explica lo siguiente: “Cuando Roxin dice que la culpabilidad no sirve para fundamentar la pena no quiere decir que pierda este papel constitutivo que acabamos de otorgarle [dogmático, o para el «sí» del *ius puniendi*], sino sólo que la idea de retribución subyacente a su entendimiento tradicional ([esto es,] en el plano de los fines de la pena) no queda justificada al mismo tiempo”.

¹³⁷ “Para comprender bien el significado del principio de culpabilidad [...], conviene tener presentes sus diferentes expresiones. [...] La culpabilidad fundamentadora [...] comprende la totalidad de los presupuestos jurídicos que fundamentan, restringen o excluyen la responsabilidad individual del autor de un comportamiento antijurídico y amenazado con pena. La culpabilidad en la determinación de la pena consiste en la totalidad de [los] presupuestos subjetivos de la punibilidad y en la responsabilidad del autor por el injusto culpable cometido [...], así como por su comportamiento previo y posterior al hecho, junto con el conjunto de los factores [los más relevantes] de los que se deriva[rá] el grado de reprochabilidad del hecho[, de] cara a la determinación de la pena” (JESCHECK (1995), p. 31).

¹³⁸ HÖRNLE (2001), p. 408. Como muestra de esa opinión mayoritaria, véanse por ejemplo TRÖNDLE y FISCHER (eds.) (2000), § 46, nmm. 23 y ss.; LACKNER y KÜHL (coords.) (1999), § 46, nm. 34; SCHÖNKE *et al.* (eds.) (1997), § 46, nmm. 26 y ss.; GRIBBOHM *et al.* (coords.) (1995), § 46, nm. 151; BLOY (1995), pp. 576-596; BRUNS (1985), pp. 158 y ss.; o FRISCH (1972), pp. 321-347.

porque la *Strafzumessungsschuld* se distancia de la *Strafbegründungsschuld*,¹³⁹ inclusive cuando ésta se lee en una clave solamente preventiva, para apreciar también los criterios de aquel Código.¹⁴⁰ Y, ya en España, Demetrio Crespo alaba la inmensa utilidad que tiene distinguir entre estos dos ámbitos complementarios del discurso: “[...] la idea de culpabilidad (plano filosófico-axiológico), y la culpabilidad como categoría del delito y en la medición de la pena (plano de la aplicación del derecho)”.¹⁴¹

Por el contrario, otro grupo de autores considerarían la *Strafzumessungsschuld* una mera extensión del primer nivel fundamentador,¹⁴² en un muy evidente planteamiento lógico-estructural. Y de un modo analítico lo interpreta igualmente Hans-Joachim Hirsch, si bien con un matiz que conviene ahora reflejar: la culpabilidad en la concreción del castigo es más amplia en sus puntos de vista que la dimensión legitimadora.¹⁴³ No en vano sirve para individualizar las sanciones, cosa que requiere de una complejidad intrínseca, capaz de adaptarse a las peculiaridades fácticas y personales del caso. Sin embargo, todas las circunstancias que sean relevantes en dicha etapa de la decisión judicial han de quedar limitadas siempre al hecho cometido —o bien ceñidas, por tanto, a la *Tatschuld*, y lejos de tentaciones caracterológicas—. ¹⁴⁴

3.2. ¿El estudio sistemático como solución de futuro?

Como vía alternativa frente a la predominante orientación teleológica —esto es, hacia los *Strafzwecke*—, otro sector doctrinal (cada vez más numeroso) adopta hoy planteamientos dogmáticos. Así, la individualización del castigo sería tan solo la traducción cuantitativa de las categorías de la teoría del delito en una medida penal,¹⁴⁵ y por ende proporcional a la lesividad del injusto culpable.¹⁴⁶ Entonces, se trataría de emplear —en la fase judicial de la concreción del castigo— todos aquellos factores con el potencial necesario para

¹³⁹ Pues una “no es idéntica” a la otra, según HÖRNLE (2001), p. 408. En igual línea, véanse por todos ROXIN (1997), § 19, nnmm. 50-51; SCHÄFER (1995), nnmm. 226-227; y ZIPF (1977), pp. 28-29.

¹⁴⁰ Recordemos aquellos factores a tener en cuenta por el juez —según un catálogo *numerus apertus*—: los móviles (y los fines) del autor, la actitud delictiva que se desprende del hecho y la voluntad empleada en el mismo, el grado de la infracción del deber incumplido, el modo de la ejecución desplegado, los efectos que se deriven del daño causado, la vida anterior del reo, su coyuntura personal y/o económica, e inclusive su comportamiento posterior al hecho (especialmente, los esfuerzos por reparar a la víctima).

¹⁴¹ DEMETRIO (2007), p. 37. También otros autores coinciden en lo importante de esta idea: la culpabilidad como presupuesto de la pena y la culpabilidad en tanto base para la determinación cuantitativa de la misma difieren en su contenido, ya que “[...] mientras la primera tiene la misión de constatar los elementos que fundamentan la reprochabilidad del autor, la segunda tiene que establecer los criterios de la medición de la gravedad del reproche [personalizado]” (BACIGALUPO (1994), p. 110).

¹⁴² Y, así, véanse entre otros HIRSCH (2007), pp. 317-318; FRISCH (2001), pp. 237-238; o KÖHLER (1983), pp. 28-29.

¹⁴³ Véase HIRSCH (2007), pp. 317-318. En igual sentido se manifiesta antes STRENG (2005), p. 1422.

¹⁴⁴ Para una visión global acerca de dicho tipo de perspectivas sobre la culpabilidad jurídico-penal y cómo influirían en sede de la *Strafzumessung*, véanse —por ejemplo— BESIO (2011), pp. 220 y ss., 410 y ss.; HÖRNLE (2001), pp. 415 y ss.; o DEMETRIO (1999), pp. 227 y ss.

¹⁴⁵ De acuerdo con esta premisa, véase en Alemania por todos FRISCH (1993), pp. 14 y ss.

¹⁴⁶ Hablando sobre la naturaleza de aquel acto judicial con el que se seleccionará un *quantum* del reproche penal, SILVA (2001), p. 88, nos puntualiza lo siguiente: ello “[...] se configura [...] como aquel en virtud del cual se concreta [en una cifra] el contenido de injusto, culpabilidad y punibilidad de un [...] hecho [delictivo], determinándose subsiguientemente cuál es la exacta medida de su merecimiento y necesidad de pena”.

poder graduar la (ya imputada¹⁴⁷) responsabilidad personal del reo, en tanto que aún se entiendan apreciables a los tales efectos.¹⁴⁸ Lógicamente, sin olvidar tampoco el inherente anclaje sistemático del modelo: siempre habría que interpretar los criterios utilizados — y su incidencia mitigadora o perjudicial— a la luz de estructuras e instituciones propias de la *Verbrechenslehre*.

Desde dicho punto de vista, se pretende compensar la colosal diferencia que existe entre el esmerado desarrollo científico de la dogmática (*stricto sensu*¹⁴⁹) y la frecuente “carestía” argumentativa¹⁵⁰— ya sea en el discurso académico o la praxis de los tribunales— sobre la concreción sancionatoria.¹⁵¹ Por consiguiente, estos enfoques novedosos procuran sortear la inseguridad jurídica o las desigualdades que acarrear los razonamientos usuales en sede forense, y aspiran a reducir con ello el margen de arbitrariedad¹⁵² del órgano sentenciador.¹⁵³ En otro orden de cosas, pese a que no es algo homogéneo en el reciente abordaje doctrinal de la cuestión que nos ocupa¹⁵⁴ —ni tampoco estaríamos ante la única lectura hoy viable del axioma¹⁵⁵—, el vínculo material con un principio de proporcionalidad penal¹⁵⁶ es característico de las posturas ligadas a la teoría del delito.

Y, en ambos sentidos, creo que se trata de un avance muy importante para el *statu quo* del tema objeto de la investigación. En efecto, la perspectiva sistemática sin duda ha de ayudarnos a ganar en claridad expositiva y en capacidad intersubjetiva, de tal manera que

¹⁴⁷ Así las cosas, tras afirmarse sistemáticamente la existencia de un hecho típico y antijurídico que sea imputable a su agente. Entonces, la disyuntiva se produce entre el “sí o no” del castigo versus el “cuánto” (o el “cómo”) del mismo.

¹⁴⁸ Pues no en vano podría haber distintos tipos de valoraciones, que desaconsejen el uso de ciertos criterios en sede de la *Strafzumessung*.

¹⁴⁹ Con esta expresión me refiero aquí solo al ámbito propio de la llamada “teoría del delito”; sobre la distinción entre los dos sentidos (complementarios) que admite el término “dogmática”, véase recientemente GONZÁLEZ DE LEÓN (2019b), pp. 449-454.

¹⁵⁰ Entonces, “[...] se ha privado a los jueces de una orientación suficiente a la hora de decidir sobre diferencias de pena[que pueden llegar a ser] de años de duración. Consiguientemente, [no es extraño] que los razonamientos judiciales sobre los que se asienta la asignación de una determinada medida de pena sean pobres, en unos casos; variables, siempre; y[,] en ocasiones, directamente arbitrarios” (SILVA (2007), pp. 3-4).

¹⁵¹ Véase HÖRNLE (2003b), pp. 34-35, 65 y ss.; la autora explica que no tiene sentido que se despliegue tanta energía en la elaboración de las teorías dogmáticas y que luego se abandone a la pura discrecionalidad su concreción última. Asimismo, advierte de que los magistrados necesitan establecer claramente si el delito que tienen que juzgar hoy merece igual, mayor o menor castigo que el que ya resolvieron ayer.

¹⁵² Según la perspectiva jurídica esta expresión se define como antónimo del término “arbitrio”; entonces, la arbitrariedad de los jueces o magistrados sería aquel ejercicio incorrecto de su libertad decisoria, que no en vano es algo inherente a la función jurisdiccional —y, por lo tanto, del todo lícita. Al respecto, véase por todos NIETO (2000), *passim*

¹⁵³ En tal sentido, véase por ejemplo MARÍN DE ESPINOSA (2014), p. 133. En línea similar, SILVA (2007), p. 8, señala que lo más valioso de las últimas aportaciones en este terreno es haber puesto en marcha “[...] un proceso de sistematización dogmática, cuya finalidad de reducir el margen de [una] arbitrariedad de las decisiones judiciales de individualización de la pena se justifica[ría] por sí sola”.

¹⁵⁴ Verbigracia, SILVA (2007), *passim*, no se adscribe —o, al menos, no lo hace formalmente— a las tesis proporcionalistas, si bien se reconoce heredero de estas corrientes, en tanto que asume sin matices la premisa estructural básica del paradigma.

¹⁵⁵ Pues en la doctrina española actual hay otras interpretaciones plausibles acerca de la influencia que ha de tener el principio de proporcionalidad en sede de la individualización de la pena. Así las cosas, véanse —entre muchos otros autores— BESIO (2011), pp. 135-136, 297 y ss.; o DEMETRIO (1999), pp. 297-299.

¹⁵⁶ Con una aproximación global al asunto, véanse recientemente por todos ROBLES (2019), pp. 111 y ss.; SÁNCHEZ-OSTIZ (2014), pp. 511-534; o LASCURAÍN (2016), pp. 175-192.

los criterios reales de medición del castigo se separen del terreno de lo incontrolable — o, peor aún, de lo extraño al derecho—. ¹⁵⁷ Además, Silva Sánchez añade así un motivo nomofiláctico de peso para acogerse a un planteamiento categorial: “[...] el examen de las circunstancias que inciden en la individualización [...] puede conducir a una revisión [teórica] de los conceptos dogmáticos de partida, al mostrar [ulteriormente] que éstos son demasiado estrechos, por ejemplo, [o bien laxos,] para dar razón de determinados incrementos o disminuciones de [la] pena”¹⁵⁸ en ese período.

Sin embargo, no estoy seguro de que este desarrollo sea *per se* suficiente,¹⁵⁹ al menos si queremos superar las críticas atribuidas a una orientación iusfilosófica (esto es, en torno al clásico “triángulo mágico” de los *Strafzwecke*) en las operaciones para concretarse un reproche punitivo. Por un lado, sería posible elaborar listas —bastante específicas— de los aspectos a valorar,¹⁶⁰ aprovechando el *know how* científico propio del análisis estructural.¹⁶¹ En cambio, todo apunta a que seguiría habiendo divergencias profundas acerca de los criterios relevantes para cuantificar el castigo, y del resultado graduable— al alza o a la baja— que éstos deberían ejercer sobre una magnitud numérica. Ello tanto si se admite (de una forma explícita¹⁶²) la “construcción” teleológica de las instituciones de la teoría del delito como si no,¹⁶³ pues hay un sustrato potencialmente controvertible que subyace a dicho estudio considerado como “tradicional”.

Conclusiones

A modo de colofón, en el presente artículo he puesto de manifiesto la urgente necesidad de un mayor desarrollo científico —esto es, lo teórico-práctico: académico y jurisprudencial— en materia de la individualización judicial de las penas. Entonces sobre dicha conclusión hay un acuerdo unánime en la doctrina actual, tanto la alemana¹⁶⁴ como

¹⁵⁷ No obstante, de una opinión contraria es NIETO (2000), pp. 219 y ss., para quien el ejercicio lícito de la discrecionalidad se llevaría a cabo generalmente cuando el juez acude a criterios “extrajurídicos” en apoyo de su decisión.

¹⁵⁸ SILVA (2007), p. 9; y agrega después que “ello sucede, en particular, con el concepto [material] de injusto [y con sus elementos]. Pero no sólo”.

¹⁵⁹ Igualmente escéptico con un exclusivo tratamiento categorial en la individualización de la pena, véase DEMETRIO (1999), pp. 246 y ss.

¹⁶⁰ Verbigracia, el catálogo de cuatro elementos que formula SILVA (2007), pp. 11-12, como expresivos del injusto objetivo: a) el grado de probabilidad *ex ante* de un riesgo para el bien jurídico protegido; b) la magnitud esperable de la lesión —es decir, un pronóstico de cuantificación del menoscabo sufrido—; c) la infracción de algunos deberes especiales, relativos a la situación típica; y d) otros factores de contenido simbólico —pero considerados *ab initio*.

¹⁶¹ Así, véase cómo lo desarrolla SILVA (2007), p. 10: “[...] cada criterio examina los casos a partir de la adopción de una determinada perspectiva o nivel de análisis [...]. En cuanto al contenido, cada criterio examina los casos a partir de las concepciones básicas sobre la teoría del delito de la que parta, aplicadas en concreto a la categoría sistemática en la que se enmarque [...]”.

¹⁶² Con una inmensa claridad en este punto, véanse sobre todo SILVA (2007), p. 9; y DEMETRIO (1999), p. 205.

¹⁶³ Sin llegar a pronunciarse (de una manera tajante) sobre la dependencia axiológica directa entre la *Verbrechenslehre* y los *Strafzwecke*, FRISCH (2001), p. 247, tan solo entiende que “[...] la búsqueda de la pena ajustada a la culpabilidad [...] no es sino una prosecución de la cualificación del hecho como delito”. De acuerdo con ello véase HÖRNLE (2003b), pp. 50-51: la individualización de las penas va a depender, básicamente, de las categorías propias del injusto objetivo (de la acción y del resultado), del injusto subjetivo y de la culpabilidad.

¹⁶⁴ A tal respecto, véase por todos el paradigmático y completo análisis de FRISCH (1987a), pp. 349-388; y FRISCH (1987b), pp. 751-806).

la española;¹⁶⁵ algo que tiene aquí un valor especial, puesto que se produce desde muy diversos puntos de vista (en ocasiones enfrentados entre sí). En tal sentido, y pese a los esfuerzos que recientemente han fructificado con aportaciones de gran interés, sigue existiendo un desequilibrio patente: el nivel de perfeccionamiento con la teoría del delito es superior al *statu quo* vigente en sede de concreción del castigo.¹⁶⁶ Un ámbito cuyo avance se hace perentorio, por las indiscutibles secuelas gravosas que supone para el reo.

No obstante, el consenso universal termina pronto, y por ello hoy los autores que están en liza se agrupan en torno a dos perspectivas metodológicas, *a priori* contrapuestas. Por un lado se sitúan quienes, en línea con la tendencia usual en el estudio de la *Strafzumessung*, sostienen la correlación inmediata de los factores relevantes para la medición del reproche con los llamados “fines de la pena”. Empero, este enfoque iusfilosófico adolecería de un problema esencial: su carácter controvertible¹⁶⁷ dificulta llegar a soluciones prácticas compartidas, que sean válidas desde posturas teóricas adversas —quizás incluso irreconciliables—. Por eso resultaría en vano acudir directamente a la retribución y la prevención (general o especial) para hallar los criterios con los que cuantificar una sanción si se pretende fomentar la intersubjetividad en el debate.

Una alternativa actual y de futuro se plantea con la noción de *Tatproportionalität* —o proporcionalidad con el hecho— usada para concretar el castigo, ahora en una lectura retrospectiva que sería lo propio de la fase individualizadora. Se trata, pues, de una orientación del modelo de medición a la teoría del delito: el *quantum* penal únicamente estriba en la gravedad del hecho. Allende las críticas doctrinales, los autores que patrocinan la correspondencia entre la infracción y la sanción tienen el mérito de arribar a una conclusión compartida: el abordaje científico más cabal para lograr una *Strafzumessung* que esté ya por fin justificada será (en esencia) el sistemático. Luego las categorías dogmáticas han de proyectarse en una magnitud del reproche, en tanto que sean “[...] una diferenciación gradual de los diversos aspectos relevantes de aquélla[s]”.¹⁶⁸

De todas las ventajas materiales que brinda dicho enfoque, lo decisivo sería facilitar una búsqueda de factores específicos que integren el catálogo de los datos a tomar en consideración, así como fundar en derecho su operatividad a la baja o al alza para medir la pena. En ese sentido, se fomenta una normativización de los criterios, fruto indirecto del excelso nivel de refinamiento que ha alcanzado en nuestro campo la llamada “*Zurechnungslehre*”. No obstante, se objeta habitualmente a las diversas variantes de las teorías proporcionalistas —sean de ascendencia retributiva o preventivo-general— la dificultad práctica de establecer los puntos de anclaje superior e inferior de la escala. Por ello, mi “trazado” metodológico toma un rumbo diferente: no ya deducir a partir de proposiciones abstractas, sino buscar un catálogo *numerus apertus* de lugares comunes

¹⁶⁵ Entre muchos otros autores, véanse PÉREZ DEL VALLE (2016), pp. 229-230; BESIO (2011), pp. 25 y 588; SILVA (2007), pp. 2 y s.; DEMETRIO (1999), p. 292; o GALLEGO (1985), p. 6.

¹⁶⁶ Y, así, véase muy especialmente SILVA (2007), p. 3.

¹⁶⁷ En este sentido, una orientación estricta hacia las teorías de la legitimación del *ius puniendi* afecta al núcleo —o a lo que es más “identitario”— de las creencias jurídicas de los penalistas, con el peligro que ello supone. De tal manera que se hace muy difícil un avance intersubjetivo sobre los criterios valorativos a tener en cuenta para guiar la labor individualizadora del juez sentenciador.

¹⁶⁸ FEIJOO (2007a), p. 696.

(o *topoi*), inferidos de una reiterada observación “fenomenológica” de aquellas situaciones procesales parejas.

En el fondo, son propuestas que suponen —obviamente— un avance doctrinal, pero a mi entender soslayan una premisa científica primordial: el método de investigación lo dicta el objeto a conocer. En nuestro caso, las visiones dogmáticas caen en una disyuntiva de muy difícil arreglo: “sí o no” versus “cuánto”. Mientras que las instituciones de la teoría del delito son (inherentemente) alternativas, a fin de poder cargarle a alguien con su hecho por razones normativas, en la individualización se examina la mera vertiente cuantitativa de tal proceso. En efecto, en aquéllas rige un *tertium non datur*: la conducta de un imputable es —o no— relevante, típica, dolosa (o imprudente), antijurídica e inexcusada. En cambio, la magnitud numérica del reproche se decide según el grado de culpabilidad, expresada en las circunstancias fácticas y personales que rodean lo ocurrido —como fenómeno unitario—.

Bibliografía citada

- ACALE SÁNCHEZ, María (2004): “Del Código penal de la Democracia al Código penal de la Seguridad”, en: PÉREZ ÁLVAREZ, Francisco (coord.), Serta in Memoriam Alexandri Baratta (Salamanca, USAL), pp. 1197-1226.
- ACHENBACH, Hans (1991): “Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad”, en: SCHÜNEMANN, Bernd; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-M^a (eds.), El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales (Madrid, Tecnos), pp. 135-146.
- ACHENBACH, Hans (1974): Historische und dogmatische Grundlage der strafrechtssystematischen Schuldlehre (Berlín, Schweitzer).
- ALBRECHT, Hans-Jörg (1994): Strafzumessung bei schwerer Kriminalität (Berlín, Duncker & Humblot).
- ALCÁCER GUIRAO, Rafael (1998): “Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política”, en: ADPCP (Vol. 51, N° 1-3), pp. 365-588.
- AMELUNG, Knut (1972): Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft (Frankfurt, Athenäum).
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (2010): “Filosofía e ideología de las teorías de la pena”, en: Derecho y Humanidades (Vol. 1, N° 16), pp. 17-30.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (2009a): Teoría y práctica del Derecho penal (Madrid, Marcial Pons), tomo I.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (2009b): Teoría y práctica del Derecho penal (Madrid, Marcial Pons), tomo II.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (1999): “Principio de culpabilidad e individualización de la pena”, en: VV.AA., El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos (Granada, Comares), pp. 33-48.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (1994): Principios de Derecho penal. Parte general, 3^a ed. (Madrid, Akal).
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (1980a): El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad (Madrid, Universidad Complutense de Madrid).
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (1980b): “La individualización de la pena en la reforma penal”, en: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (N° 3), pp. 55-74.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (1978): “Significación y perspectiva de la oposición «Derecho penal-Política criminal»”, en: Revue Internationale de Droit Pénal (N° 1), pp. 15 y ss.
- BAUMANN, Jürgen (1979): Grundbegriffe und System des Strafrechts (Stuttgart, Kohlhammer).
- BAURMANN, Michael (1987): Zweckrationalität und Strafrecht (Opladen, Westdeutscher).
- BAURMANN, Michael (1981): Folgenorientierung und subjektive Verantwortlichkeit (Baden-Baden, Nomos).
- BERNER, Albert Friedrich (1898): Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 18^a ed. (Leipzig, Tauchnitz).
- BESIO HERNÁNDEZ, Martín (2011): Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena (Valencia, Tirant Lo Blanch).
- BRUNS, Hans-Jürgen (1985): Das Recht der Strafzumessung, 2^a ed. (Colonia, Heymann).
- BRUNS, Hans-Jürgen (1980): Leitfaden des Strafzumessungsrechts (Colonia, Heymann).

- BRUNS, Hans-Jürgen (1979): “Der «Bestimmtheitsgrad» der Punktstrafe im Strafzumessungsrecht”, en: *Neue Juristische Wochenschrift* (Vol. 32, N° 6), pp. 289-292.
- BRUNS, Hans-Jürgen (1974): *Strafzumessungsrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed. (Colonia, Heymann).
- BRUNS, Hans-Jürgen (1967): *Strafzumessungsrecht. Allgemeiner Teil* (Colonia, Heymann).
- BRUNS, Hans-Jürgen (1963): “Die «Generalprävention» als Zweck und Zumessungsgrund der Strafe? Eine Analyse der Rechtsprechung”, en: WELZEL, Hans (ed.), *Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70. Geburtstag* (Bonn, Röhrscheid), pp. 75-97.
- CALLIESS, Rolf-Peter (1974): *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat* (Frankfurt, Fischer).
- CASTELLÓ NICÁS, Nuria (2007): *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos* (Granada, Comares).
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio (1997): *Individualización judicial de la pena* (Madrid, Colex).
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio (1996): “La pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad”, en: *La Ley* (N° 6), pp. 1514-1524.
- CIGÜELA SOLA, Javier (2017): “Aproximación a una dogmática de la exclusión social”, en: *Revista de Derecho Penal y Criminología* (N° 17), pp. 13-46.
- CURY URZÚA, Enrique (1988): “La prevención especial como límite de la pena”, en: *ADPCP* (Vol. 41, N° 3), pp. 685-702.
- DE BOOR, Wolfgang (coord.) (1977): *Pönometrie. Rationalität oder Irrationalität der Strafzumessung* (Colonia, Institut für Konfliktforschung).
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier (2008): *La individualización de la pena en los tribunales de justicia* (Pamplona, Aranzadi).
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier (2007): *El principio de proporcionalidad penal* (Valencia, Tirant Lo Blanch).
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo (2007): “Culpabilidad y fines de la pena. Con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin”, en: *Revista General de Derecho Penal* (N° 8), pp. 1-38.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo (1999): *Prevención general e individualización judicial de la pena* (Salamanca, USAL).
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo (1997): “Análisis de los criterios de la individualización judicial de la pena en el nuevo Código penal español de 1995”, en: *ADPCP* (Vol. 50, N° 1-3), pp. 323-362.
- DREHER, Eduard (1967): “Zur Spielraumtheorie als der Grundlage der Strafzumessungslehre des Bundesgerichtshofes”, en: *JZ* (Vol. 22, N° 2), pp. 41-46.
- DREHER, Eduard (1947): *Über die gerechte Strafe* (Heidelberg, Schneider).
- ELLSCHIED, Günther y HASSEMER, Winfried (1975): “Strafe ohne Vorwurf. Bemerkungen zum Grund strafrechtlicher Haftung”, en: LÜDERSEN, Klaus y SACK, Fritz (coords.), *Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität* (Frankfurt, Suhrkamp), tomo I, pp. 266-292.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José (2007a): *Retribución y prevención general* (Buenos Aires, B de F).
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José (2007b): “Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena”, en: *InDret* (N° 1), pp. 1-20.

- FREUND, Georg (2009): “La determinación de las consecuencias jurídico-penales como sistema”, en: ASÚA, Adela; GARRO, Enara (eds.), Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena (Bilbao, UPV), pp. 27-55.
- FRISCH, Wolfgang (2001): “Unrecht und Schuld im Verbrechensbegriff und in der Strafzumessung”, en: BRITZ, Guido (ed.), Grundfragen staatlichen Strafans. Festschrift für Heinz Müller-Dietz (Múnich, Beck), pp. 237 y ss.
- FRISCH, Wolfgang (1993): “Straftatsystem und Strafzumessung. Zugleich ein Beitrag zur Struktur der Strafzumessungsentscheidung”, en: WOLTER, Jürgen (ed.), 140 Jahre Goldammer’s Archiv (Heidelberg, von Decker), pp. 1 y ss.
- FRISCH, Wolfgang (1987a): “Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik (Teil I)”, en: ZStW (Vol. 99, N° 3), pp. 349-388.
- FRISCH, Wolfgang (1987b): “Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik (Teil II)”, en: ZStW (Vol. 99, N° 4), pp. 751-806.
- FRISCH, Wolfgang (1972): “Die «verschuldeten» Auswirkungen der Tat”, en: GA (Vol. 119, N° 7), pp. 321-347.
- FRISCH, Wolfgang (1971): Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumessung (Colonia, Heymann).
- FRISCH, Wolfgang; ALBRECHT, Hans-Jörg; VON HIRSCH, Andrew (eds.) (2003): Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung (Heidelberg, Müller).
- GALLEGO DÍAZ, Manuel (2003): “El sistema general de reglas para la aplicación de las penas en el Código Penal de 1995 y las últimas reformas”, en: OCTAVIO DE TOLEDO, Emilio; GURDIEL, Manuel; CORTÉS, Emilio (eds.), Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón (Valencia, Tirant Lo Blanch), pp. 321-354.
- GALLEGO DÍAZ, Manuel (1985): El sistema español de determinación legal de la pena (Madrid, ICAI).
- GARCÍA ARÁN, Mercedes (1997): Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995 (Pamplona, Aranzadi).
- GARCÍA ARÁN, Mercedes (1982): Los criterios de determinación de la pena en Derecho español (Barcelona, UB).
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio (2006): Introducción al Derecho penal, 4ª ed. (Madrid, Ramón Areces).
- GIANNOULIS, Giannis (2014): Studien zur Strafzumessung (Tübingen, Mohr).
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel (2001): Estudios penales (Madrid, Colex).
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel (1980): “Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena”, en: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (N° 3), pp. 129-194.
- GONZÁLEZ DE LEÓN BERINI, Arturo (2019a): “¿Hacia una «dogmática» de la individualización de la pena?”, en: SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo (dir.), Comprender el Derecho penal (Buenos Aires, B de F), pp. 39-75.
- GONZÁLEZ DE LEÓN BERINI, Arturo (2019b): “Dogmática jurídico-penal y concreción del castigo”, en: Foro FIPC (N° 1), pp. 439-456.
- GONZÁLEZ DE LEÓN BERINI, Arturo (2019c): “El arbitrio judicial en la concreción del castigo: naturaleza y contenido del deber de motivar”, en: GARCÍA CAVERO, Percy (coord.), Derecho penal y persona (Lima, Ideas), pp. 505-534.
- GRIBBOHM, Günter (1995): “Vorbemerkungen zu den §§ 46 bis 50”, en: VV.AA., Leipziger Kommentar StGB, 11ª ed. (Berlín, de Gruyter), tomo II, pp. 83-242.
- GRÜNWARD, Gerald (1959): “Tatrichterliches Ermessen bei der Strafzumessung?”, en: Monatsschrift für Deutsches Recht (Vol. 13), pp. 713-717.
- HAAG, Karl (1970): Rationale Strafzumessung (Colonia, Heymann).

- HARDWIG, Werner (1959): “Tat- und Täterstrafrecht im Lichte der Strafrechtsreform”, en: *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* (Vol. 42, Nº 1), pp. 1-25.
- HART, Herbert Lionel Adolphus (2008): *Punishment and Responsibility*, 2ª ed. (Oxford, OUP).
- HASSEMER, Winfried (1974): *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik* (Reinbek, Rowohlt).
- HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco (2011): *Introducción a la Criminología* (Valencia, Tirant Lo Blanch).
- HENKEL, Heinrich (1969): *Die “richtige” Strafe* (Tübingen, Mohr).
- HIRSCH, Hans-Joachim (2007): “Über Irrungen und Wirrungen in der gegenwärtigen Schuldlehre”, en: DANNECKER, Gerhard (coord.), *Festschrift für Harro Otto* (Colonia, Heymann), pp. 307 y ss.
- HIRSCH, Günter (1985): “Vorbemerkungen zu den §§ 46”, en: VV.AA., *Leipziger Kommentar StGB*, 10ª ed. (Berlín, de Gruyter), pp. 1-79.
- HOFFMANN, Nadine Dominique (2008): *Punktstrafe und Spielraumtheorie* (Frankfurt, Grin).
- HORN, Eckhard (1975): “Wider die «doppelspurige Strafhöhenzumessung»”, en: GRÜNWARD, Günter (ed.), *Festschrift für Friedrich Schaffstein* (Göttingen, Schwartz), pp. 241-254.
- HÖRNLE, Tatjana (2003a): “Kriterien für die Herstellung von Tatproportionalität”, en: FRISCH, Wolfgang; ALBRECHT, Hans-Jörg; VON HIRSCH, Andrew (eds.), *Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung* (Heidelberg, Müller), pp. 99-127.
- HÖRNLE, Tatjana (2003b): *Determinación de la pena y culpabilidad* (Buenos Aires, Di Plácido).
- HÖRNLE, Tatjana (2001): “La concepción anticuada de la culpabilidad en la jurisprudencia y doctrina tradicionales de la medición de la pena”, en: ADPCP (Vol. 54), pp. 401-429.
- HÖRNLE, Tatjana (1999): *Tatproportionale Strafzumessung* (Berlín, Duncker & Humblot).
- JAGUSCH, Heinrich (1956): *Die Praxis der Strafzumessung* (Berlín, de Gruyter).
- JAKOBS, Günther (1991): *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed. (Berlín, de Gruyter).
- JESCHECK, Hans-Heinrich (1995): “El principio de culpabilidad como fundamento y límite de la punibilidad en el Derecho alemán y español”, en: *Eguzkilore* (Nº 9), pp. 25-38.
- JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas (2002): *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 5ª ed. (Granada, Comares).
- JORGE BARREIRO, Alberto (1999): “La motivación en la individualización judicial de la pena”, en: VV.AA., *Problemas específicos de la aplicación del Código penal* (Madrid, CGPJ), pp. 43-116.
- KAUFMANN, Arthur (1976): “Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz”, en: WARDA, Günter (ed.), *Festschrift für Richard Lange* (Berlín, de Gruyter), pp. 26-38.
- KAUFMANN, Arthur (1961): *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung* (Heidelberg, Winter).
- KÖHLER, Michael (1983): *Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung* (Heidelberg, Decker & Müller).
- KUNZ, Karl-Ludwig (1986): “Prävention oder gerechte Zurechnung. Überlegungen zur normativen Kontrolle utilitaristischer Strafbegründung”, en: *ZStW* (Vol. 98, Nº 4), pp. 823-838.

- LACKNER, Karl (1978): *Über neue Entwicklungen in der Strafzumessungslehre und ihre Bedeutung für die richterliche Praxis* (Heidelberg, Müller).
- LACKNER, Karl y KÜHL, Kristian (eds.) (1999): *Strafgesetzbuch Kommentar*, 23ª ed. (Múnich, Beck).
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio (2016): “Proporcionalidad penal”, en: MAQUEDA ABREU, Mª Luisa; MARTÍN LORENZO, María y VENTURA PÜSCHEL, Arturo (eds.), *Derecho penal para un estado social y democrático de derecho* (Madrid, Universidad Complutense de Madrid), pp. 175-192.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (1999): “Observaciones sobre culpabilidad y pena en el Código Penal español de 1995”, en: VV.AA., *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos* (Granada, Comares), pp. 161-170.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (1996): *Curso de Derecho penal. Parte general* (Madrid, Universitas), volumen I.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (1991): *Estudios penales* (Barcelona, PPU).
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (1982): “Prevención general y psicoanálisis”, en: MIR PUIG, Santiago (ed.), *Derecho penal y Ciencias sociales* (Barcelona, UAB), pp. 141-157.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (1979): *Medición de la pena y sustitutivos penales* (Madrid, Universidad Complutense de Madrid).
- MAPELLI CAFFARENA, Borja (2011): *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed. (Pamplona, Aranzadi).
- MAPELLI CAFFARENA, Borja (2008): “El insoportable artículo 66 del Código Penal”, en: VV.AA., *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat* (Madrid, Edisofer), tomo I, pp. 1149-1172.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena Blanca (2014): “El debate actual sobre los fines de la pena y su aplicación práctica”, en: *Revista de Derecho Penal y Criminología* (Nº 11), pp. 119-146.
- MAURER, Matthias (2005): *Komparative Strafzumessung* (Berlín, Duncker & Humblot).
- MIR PUIG, Santiago (2015): *Derecho penal. Parte general*, 10ª ed. (Barcelona, Reppertor).
- MIR PUIG, Santiago (1976): *Introducción a las bases del Derecho penal* (Barcelona, Bosch).
- MONTENBRUCK, Axel (1989): *Abwägung und Umwertung* (Berlín, Duncker & Humblot).
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo (2013): “La función de la pena en el Estado social y democrático de derecho”, en: *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia* (Nº 4), pp. 47-72.
- MÜLLER-DIETZ, Heinz (1977): *Strafvollzugsrecht* (Berlín, de Gruyter).
- MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes (2015): *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed. (Valencia, Tirant Lo Blanch).
- NEUMANN, Ulfrid (1992): “Zur Bedeutung von Modellen in der Dogmatik des Strafzumessungsrechts («Punktstrafe», «Spielraumtheorie», «Normanfall»)”, en: SEEBODE, Manfred (ed.), *Festschrift für Günter Spindel* (Berlín, de Gruyter), pp. 435-450.
- NIETO GARCÍA, Alejandro (2000): *El arbitrio judicial* (Madrid, Ariel).
- NOWAKOWSKI, Friedrich (1957): “Freiheit, Schuld, Vergeltung”, en: HOHENLEITNER, Siegfried (ed.), *Festschrift für Theodor Rittler* (Aalen, Scientia), pp. 55 y ss.

- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio (1981): *Sobre el concepto del Derecho penal* (Madrid: Universidad Complutense de Madrid).
- PERALTA, José Milton (2008): “Dogmática del hecho punible, principio de igualdad y justificación de segmentos de pena”, en: *Doxa* (Nº 31), pp. 599-623.
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos (2016): *Lecciones de Derecho penal. Parte general* (Madrid, Dykinson).
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos (1997): “La individualización de la pena y su revisión”, en: DEL ROSAL, Bernardo (ed.), *Estudios sobre el nuevo Código Penal de 1995* (Valencia, Tirant Lo Blanch), pp. 41-71.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes (1990): *Culpabilidad y prevención* (Madrid, Universidad Autónoma de Madrid).
- PFEIFFER, Christian; OSWALD, Margit (eds.) (1989): *Strafzumessung. Empirische Forschung und Strafrechtsdogmatik im Dialog* (Stuttgart, Enke).
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (1978): “Determinación de la pena y política criminal”, en: *Cuadernos de Política Criminal* (Nº 4), pp. 49-70.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (2015): *Parte general del Derecho penal, 5ª ed.* (Pamplona, Aranzadi).
- REICHERT, Christoph (1999): *Intersubjektivität durch Strafzumessungsrichtlinien* (Berlín, Duncker & Humblot).
- ROBLES PLANAS, Ricardo (2019): “La tiranía de la proporcionalidad”, en: GARCÍA CAVERO, Percy (coord.), *Derecho penal y persona* (Lima, Ideas), pp. 55-77.
- ROBLES PLANAS, Ricardo (ed.) (2012): *Límites al Derecho penal* (Barcelona, Atelier).
- ROXIN, Claus (2006): *Derecho penal. Parte general, 2ª ed.* (Pamplona, Aranzadi), tomo I.
- ROXIN, Claus (1997): *Strafrecht. Allgemeiner Teil, 3ª ed.* (Múnich, Beck), tomo I.
- ROXIN, Claus (1979): “Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht”, en: KAUFMANN, Arthur (ed.), *Festschrift für Paul Bockelmann* (Múnich, Beck), pp. 279-309.
- RUBIO LARA, Pedro Ángel (2017): *Teoría de la pena y consecuencias jurídicas del delito* (Valencia, Tirant Lo Blanch).
- SALINERO ALONSO, Carmen (2000): *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal* (Granada, Comares).
- SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo (2014): “Sobre la proporcionalidad y el «principio» de proporcionalidad en Derecho penal”, en: LASCURAÍN, Juan Antonio; RUSCONI, Maximiliano. Adolfo (dirs.), *El principio de proporcionalidad penal* (Buenos Aires, Ad-Hoc), pp. 511-534.
- SCHAEFERDIEK, Sascha (1997): *Die kurze Freiheitsstrafe im schwedischen und deutschen Strafrecht* (Berlín, Duncker & Humblot).
- SCHAFFSTEIN, Friedrich (1973): “Spielraum-Theorie, Schuldbegriff und Strafzumessung nach den Strafrechtsreformgesetzen”, en: LACKNER, Karl; GALLAS, Wilhelm (eds.), *Festschrift für Wilhelm Gallas* (Berlín, de Gruyter), pp. 99-116.
- SCHÄFER, Gerhard (1990): *Praxis der Strafzumessung* (Múnich, Beck).
- SCHNELLE, Karl (1977): *Die Funktion generalpräventiver Gesichtspunkte bei der Strafzumessung* (Göttingen, Jur. Diss.).
- SCHÖCH, Heinz (1980): “Kriminologie und Strafgesetzgebung”, en: *ZStW* (Vol. 92, Nº 1), pp. 143-184.

- SCHÖCH, Heinz (1975): “Grundlagen und Wirkungen der Strafe. Zum Realitätsgehalt des § 46, Abs. I, StGB”, en: GRÜNWALD, Gerald (ed.), Festschrift für Friedrich Schaffstein (Göttingen, Schwartz), pp. 255-273.
- SCHÜNEMANN, Bernd (2003): “Prólogo”, en: HÖRNLE, Tatjana, Determinación de la pena y culpabilidad (Buenos Aires, Di Plácido), pp. 15 y ss.
- SCHÜNEMANN, Bernd (1989): “Die Entwicklung der Schuldlehre in der Bundesrepublik Deutschland”, en: HIRSCH, Hans-Joachim; WEIGEND, Thomas (eds.), Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland (Berlín, Duncker & Humblot), pp. 147-176.
- SCHÜNEMANN, Bernd (1984): “Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht”, en: SCHÜNEMANN, Bernd (coord.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems (Berlín, de Gruyter), pp. 153-195.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-M^a (2015): En busca del Derecho penal (Buenos Aires, B de F).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-M^a (2007): “La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo”, en: InDret (Nº 2), pp. 1-21.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-M^a (2001): “Problemas de la determinación de la pena”, en: SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-M^a, La dogmática penal frente a la criminalidad en la Administración Pública y otros problemas actuales del Derecho penal (Lima, Grijley), pp. 88 y ss.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-M^a (1992): Aproximación al Derecho penal contemporáneo (Barcelona, Bosch).
- SPENDEL, Günter (1964): “Die Begründung des richterlichen Strafmasses”, en: Neue Juristische Wochenschrift (Vol. 17, Nº 38), pp. 1758 y ss.
- SPENDEL, Günter (1954): Zur Lehre vom Strafmass (Frankfurt, Klostermann).
- STRATENWERTH, Günter (1972): Tatschuld und Strafzumessung (Tübingen, Mohr).
- STRENG, Franz (2005): “§ 46. Grundsätze der Strafzumessung”, en: KINDHÄUSER, Urs (ed.), Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch, 2^a ed. (Baden-Baden, Nomos), tomo I, pp. 1422 y ss.
- STRENG, Franz (1991): Strafrechtliche Sanktionen (Stuttgart, Kohlhammer).
- STRENG, Franz (1984): Strafzumessung und relative Gerechtigkeit (Heidelberg, Decker & Müller).
- TRÖNDLE, Herbert; FISCHER, Thomas (eds.) (2000): Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 49^a ed. (Múnich, Beck).
- VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang; SEELMAN, Kurt (eds.) (2006): Mediating principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung (Baden-Baden, Nomos).
- VON WEBER, Hellmuth (1956): Die richterliche Strafzumessung (Karlsruhe, Müller).
- WEIGEND, Thomas (1988): “Richtlinien für die Strafzumessung”, en: VV.AA., Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln (Colonia, Heymann), pp. 591-602.
- WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (eds.) (1996): Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem (Heidelberg, Müller).
- ZIFFER, Patricia (1999): Lineamientos de la determinación de la pena, 2^a ed. (Buenos Aires, Ad-Hoc).
- ZIPF, Heinz (1982): “Principios fundamentales de la determinación de la pena”, en: Cuadernos de Política Criminal (Nº 17), pp. 353-360.
- ZIPF, Heinz (1977): Die Strafzumessung. Eine systematische Darstellung für Strafrechtspraxis und Ausbildung (Heidelberg, Müller).
- ZIPF, Heinz (1969): Die Strafmasrevision (Múnich, Beck).

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (dir.) (2004): Derecho penal. Parte general, 2ª ed.
(Valencia, Tirant Lo Blanch).