

EL SISTEMA DE DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN PENAL EN EL C. P.*

Fernando Velásquez V.

INTRODUCCIÓN

Con miras a tomar parte en las xxv Jornadas de Derecho Penal organizadas por esta alta casa de estudios, se aprovecha esta oportunidad para discurrir sobre el sistema de determinación de la sanción penal en Código Penal, problemática ligada con la Teoría de las consecuencias jurídicas del delito; esta última, como se sabe, es uno de los acápites centrales de la Parte General del derecho penal, al lado de las construcciones sobre la ciencia penal y la conducta punible.

Por supuesto, como la cuestión de la cual se ocupa esta exposición se encuentra erizada de dificultades teóricas y prácticas, tanto en los distintos derechos positivos –sin que el colombiano sea, precisamente, la excepción– como en la doctrina y en la jurisprudencia, los estudiosos de diversas nacionalidades proclaman hoy la necesidad de manejar en esta parcela del saber jurídico unas reglas y unos criterios jurídicos racionalmente controlables y, por ende, no discrecionales¹.

* Conferencia pronunciada el 27 de agosto de 2003 en las Jornadas Internacionales de Derecho Penal, organizadas por el Departamento de Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia, en Bogotá.

1. Cfr. HANS JÜRGEN BRUNS. *Das Recht der Strafzumessung*, Colonia, Berlín, Bonn, Munich, Carl Heymananns Verlag, 2.^a ed., 1985. pp. 1 y ss.; REINHART MAURACH/KARL HEINZ GÖSSEL/HEINZ ZIPF. *Derecho penal. Parte general 2*, JORGE BOFILL GENZSCH (trad.), Buenos Aires, Astrea, 1995, p. 688; PATRICIA S. ZIFFER. *Lineamientos de la determinación de la pena*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1996, p. 18; MANUEL GALLEGUO DÍAZ. *El sistema español de determinación legal de la pena*, Madrid, ICAI, 1985, pp. 1 y ss.; DOLCINI, EMILIO. *La commisurazione della pena*, Padova, Cedam, 1979, p. 1.

Ello, justamente, explica el empeño de algunos teóricos encaminado a erigir una nueva rama del saber jurídico dotada de plena autonomía –el Derecho de las sanciones o de las consecuencias jurídicas– buscando, sin duda, ponerles coto al azar y a la arbitrariedad, tan comunes en la práctica judicial cuando se trata de abordar estos asuntos; dicho de otra forma: se persigue jalonar la elaboración de una teoría de la medición judicial de la pena que sea coherente con los principios inspiradores de un ordenamiento jurídico democrático, de tal manera que sea posible lograr la imposición de una pena racional, proporcional y, por ende, adecuada, en cada caso de la vida real².

En fin, debe tenerse en cuenta que la cuestión abordada es bastante compleja dado que involucra diversas perspectivas de análisis, yendo desde las propiamente dogmáticas, pasando por las político-criminales, las criminológicas y culminando con las de índole procesal, sin olvidar que en esta materia también se tienen en cuenta consideraciones de alcance político dado que aquí se juega la vigencia real del diseño constitucional adoptado; esto, obviamente, sin perder de vista que también constituye el más claro ejercicio de la función judicial.

Así las cosas –después de definir algunos conceptos previos y de mostrar los patrones legislativos más usuales en el derecho comparado–, la presente ponencia examina las pautas centrales del sistema de determinación de la pena acogido por el codificador patrio. Finalmente, a manera de conclusión, plantea algunas reflexiones para ambientar la discusión en torno al asunto e indica la bibliografía básica que se ha utilizado.

I. NOCIONES PREVIAS

La temática objeto de reflexión es denominada, usualmente, de diversas formas acudiendo a expresiones no siempre equivalentes desde un punto de vista gramatical y conceptual, como son las de *determinación*, *individualización*, *imposición*, *dosificación*, *tasación*, *medición*, *fijación*, y *aplicación*. No obstante, pese a que el legislador se inclina por las cinco primeras (Cfr. C. P., arts. 3.º, 12, 17 inc. 3.º, 31, 39.3, 59, 60 y 61; C. de P. P., inc. 4.º art. 40), desde un punto de vista estrictamente técnico parece más coherente emplear la voz *determinación* –la más general y la que aparece en el encabezamiento del Capítulo Segundo del Título IV, Libro Primero: *De los criterios y reglas para la determinación de la punibilidad*–, y no *individualización* –que, además de ser la más específica, aunque para algunos es la más amplia, es plasmación de un concepto ideológico presidido por la noción de personalización, esto es, se emplea para designar el fenómeno a través del cual se examina la adaptación de la pena al ser humano concreto que transgrede la ley penal³–. Sin embargo, nada impide el uso de cualquiera de esas locuciones como sinónimas, como es frecuente en la doc-

2. Cfr. GALLEGO DÍAZ. Ob. cit., pp. 5 y 6.

3. Cfr. ANTONIO OBREGÓN GARCÍA y AA. VV. *Comentarios al Código Penal*, t. III, Madrid, Edersa, 2000, edición a cargo de MANUEL COBO DEL ROSAL, p. 726.

trina y en el derecho comparado, a condición de que se hagan las precisiones correspondientes.

Ahora bien, la idea de determinación se concibe tanto en sentido *estricto* como *amplio*⁴: el primero, designa la operación mental mediante la cual el juzgador realiza un proceso de valoración y cuantificación, a través del cual expresa en cifras concretas la magnitud de la sanción imponible; el segundo, hace referencia a un campo mucho más vasto que trasciende la tarea de medición judicial propiamente dicha, dado que también al juez le corresponde ocuparse del procedimiento relativo a todas aquellas cuestiones atinentes a la ejecución penal como la suspensión de la ejecución de la pena, la libertad condicional, el cumplimiento en un determinado establecimiento, la imposición de especiales deberes, la forma como se paga la multa, etc.

Igualmente, se suele diferenciar entre *determinación* o *individualización legal* y *determinación* o *individualización judicial de la pena* a partir de la distinción alemana – derivada del § 46 del Código Penal – entre *gesetzliche Strafbemessung* y *richterliche Strafzumessung*, con lo cual se quiere separar con claridad los momentos legal y judicial de dicha figura⁵. Esta diferencia, obviamente, no deja de ser problemática porque, si algo está claro, es que las esferas legal y judicial se entrecruzan⁶, sin que sea posible delimitar con absoluta exactitud dónde comienza la una y dónde la otra.

A lo anterior, se agrega otra separación entre determinación o individualización abstracta y determinación o individualización concreta de la pena, ambas concebibles en sus modalidades genérica y específica. De esta manera, la determinación o individualización abstracta genérica comprende todo lo relativo a las nociones, especies penales y límites de la pena; mientras que la específica alude a la asignación de la pena a los delitos particulares, así como a la valoración de las circunstancias influyentes en los mismos. A su turno, la determinación o individualización concreta genérica se refiere a aquellas normas y reglas que afectan al modo de aplicación de la pena en general; y, la específica, a la aplicación de la pena al caso singular, esto es, la verdadera medición de la pena⁷.

-
4. Cfr. HANS HEINRICH JESCHECK. *Tratado de derecho penal*, JOSÉ LUIS MANZANARES SAMANIEGO (trad.), Granada, Comares, 4.ª ed. alemana, 1988, pp. 785 y 786; BRUNS. *Das Recht...*, cit., pp. 4 y 5; ZIPF. *Die Strafzumessung*, pp. 7 y 8; ZIFFER. Ob. cit., p. 24; GALLEGU DÍAZ. Ob. cit., p. 8; OBREGÓN GARCÍA. Ob. cit., t. II, p. 725; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF. Ob. cit., p. 695; EDUARDO DEMETRIO CRESPO. *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1999, p. 44.
 5. Cfr. EDUARDO DEMETRIO CRESPO. “Notas sobre la dogmática de la individualización de la pena”, *DPC*, n.º 67, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999; también en *NDP*, 1998 A, Buenos Aires, Editores del Puerto, pp. 20 y 21; RENÉ AGUSTÍN SUAZO LAGOS. *La evolución histórica del sistema de determinación de la pena en Alemania y Honduras. Estudio de derecho comparado y reflexiones para una futura reforma del sistema de determinación de la pena en Honduras*, Madrid, Tesis Doctoral sin publicar, Universidad Complutense de Madrid, 1979, pp. 330, 339 y 340; GALLEGU DÍAZ. Ob. cit., p. 9.
 6. Así SUAZO LAGOS. Ob. cit., p. 330; GALLEGU DÍAZ. Ob. cit., p. 10; Ob. cit., t. II, pp. 733 y 734.
 7. Así GALLEGU DÍAZ. Ob. cit., p. 10.

Incluso, como ya se insinuó, todavía es posible introducir otra distinción más, entre determinación o individualización legal, judicial, administrativa⁸ —que algunos prefieren llamar penitenciaria⁹ o ejecutiva¹⁰—. Es más: de manera acertada, se habla de la determinación constitucional de la pena¹¹, con lo cual se hace referencia a los marcos trazados por la Carta Fundamental en esta materia que, en el caso colombiano, son de una innegable trascendencia.

Finalmente, el alcance de las fórmulas legales sobre los criterios de determinación de la pena, básicamente en relación con la normativa alemana contenida en el § 46, ha dado lugar a una serie de concepciones que se disputan su alcance¹², entre las cuales cabe mencionar las siguientes.

En efecto, en primer lugar, con una profunda influencia hegeliana, se habla de la Teoría del valor relativo o Teoría gradual (*Stellenwerttheorie* o *Stufenwerttheorie*), para la cual el *quantum* de la pena o la determinación judicial en sentido estricto se debe hacer atendiendo a la medida de la culpabilidad, aunque opera con un concepto de culpabilidad distinto; así mismo, afirma que la determinación en sentido amplio está presidida sólo por los fines preventivo-especiales.

Esta opinión es rechazada por la doctrina mayoritaria, pues, se aduce, no se ajusta a los dictados del C. P. alemán que, de todas maneras, exige tener en cuenta los criterios de prevención especial en la individualización de la pena en sentido estricto, lo cual es rechazado por esta concepción —no así en un sentido amplio, como acaba de decirse—, amén de que no comprende todos los casos y es demasiado rígida¹³.

8. Cfr. JOSÉ MANUEL VALLE MUÑOZ y AA. VV. *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, Aranzadi, 1996, pp. 386 y 387; MERCEDES GARCÍA ARÁN. *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, Barcelona, Universitat de Barcelona, 1982, p. 65; EMIRO SANDOVAL HUERTAS. *La pena privativa de la libertad en Colombia y en Alemania Federal*, Bogotá, Temis, 1988, p. 21, La distinción proviene de RAYMOND SALEILLES. *La individualización de la pena. Estudio de criminalidad social*, JUAN DE HINOJOSA (trad.), Madrid, Hijos de Reus, 1914, pp. 269 y ss.

9. Así, GALLEGU DÍAZ. Ob. cit., p. 7, nota 26.

10. Cfr. VALLE MUÑOZ. Ob. cit., pp. 387.

11. En este sentido, GONZALO QUINTERO OLIVARES. “Determinación de la pena y política criminal”, en *CPC*, n.º 4, Madrid, Edersa, 1978, p. 57.

12. Cfr. HANS HEINRICH JESCHECK/THOMAS WEIGEND. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., 1996. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, MIGUEL OLMEDO CARDENOTE (trad.), Granada, Comares, 2002, pp. 944 y ss.; DEMETRIO CRESPO. “Notas...”, cit., en *NDP*, 1998A, pp. 33 y ss.; ZIFFER. Ob. cit., pp. 49 y ss.; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN. *Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 930.

13. Cfr. JESCHECK/WEIGEND. Ob. cit., p. 948; ADOLF SCHÖNKE/HORST SCHRÖDER/THEODOR LENCKNER/PETER CRAMER/ALBIN ESER/WALTER STREE. *Strafgesetzbuch. Kommentar*, Munich, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 25.ª ed., 1997; 26.ª ed., 2001, p. 722; CLAUS ROXIN. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, FRANCISCO MUÑOZ CONDE (trad.), Madrid, Reus, 1981, pp. 117 y ss.; DEMETRIO CRESPO. *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1999, pp. 200 y 201.

En segundo lugar, se defiende la denominada Teoría de la pena exacta o puntual (*Theorie der Punktstrafe*) según la cual, en cada caso concreto, es posible calcular de manera exacta la pena que se corresponde con la culpabilidad del agente. A esta concepción se le han hecho varias críticas: tiene un marcado carácter retributivo; parte de una ficción teórico-jurídica, pues, debido a la incapacidad humana de conocimientos, es imposible determinar exactamente la pena aplicable, máxime si se parte de un concepto metafísico de culpabilidad. Así mismo, supone un absoluto inmovilismo desde la perspectiva político-criminal¹⁴.

En tercer lugar, se ha acuñado por buena parte de la jurisprudencia y de la doctrina la llamada Teoría del espacio de juego (*Spielraumtheorie*), para la cual la pena adecuada a la culpabilidad no puede ser exactamente determinada, pues existe un espacio de juego delimitado, por arriba, por la pena adecuada a la culpabilidad; y, por debajo, por la pena todavía adecuada a la culpabilidad. Dentro de este espacio de juego entran en consideración los fines preventivos.

A esta postura se le ha criticado su punto de partida mixto, pues se encuentra situada entre las teorías absolutas de la pena y las relativas, al colocar en primer plano –al comienzo– la idea de retribución y, luego, en un segundo momento, los fines preventivos que cumplen un papel dentro del marco fijado por la retribución. Además, se observa que es insegura e impracticable porque el juez no puede dividir la culpabilidad concreta en tres magnitudes: una máxima, una mínima y una intermedia que sería la culpabilidad real que le correspondería al hecho. En fin, se dice que el problema fundamental que ella presenta radica en la determinación de los criterios que se deben tener en cuenta para dotar de contenido el “margen de libertad” que se le concede al juez, preguntándose la doctrina si deben ser sólo criterios de prevención especial o también caben los de prevención general¹⁵.

Finalmente, en cuarto lugar, se habla –sobre todo en los países escandinavos, de la mano de una corriente neoclásica en el seno de la política criminal– de la Teoría de la proporcionalidad con el hecho (*Tatproportionalitätstheorie der Strafzumessung*), la cual renuncia a los criterios de prevención en la tasación de la pena en sentido estricto y postula que la medición de la pena se debe hacer a partir de criterios como “la gravedad del hecho”, “la nocividad del comportamiento” y “la culpabilidad del autor.

Esta construcción ha sido cuestionada porque excluye los fines preventivos en la individualización judicial de la pena, por lo cual, en sentir de los críticos, constituye un “retroceso lamentable”. Además, se objeta su incorrección lógica porque si no tiene en cuenta la retribución como criterio de fundamentación del derecho penal, no se entiende cómo la adopta para determinar la cantidad concreta de pena¹⁶.

14. Cfr. DEMETRIO CRESPO. *Prevención general...*, cit., pp.187 y 188.

15. *Ibíd.*, pp. 196 y 197.

16. *Ibíd.*, p. 205.

Una variante de este punto de partida es la concepción ecléctica sostenida por el profesor SCHUNEMANN –también ponente en estas Jornadas–, quien pareciera optar por combinar prevención general positiva y negativa, dejando cierto espacio a la prevención especial negativa y otorgándole una función delimitadora tanto a la culpabilidad como a la prevención especial positiva¹⁷.

II. LOS PATRONES LEGALES

Como se recordará, en Europa hasta fines del siglo XVIII –cuando en 1791 el Código Penal francés adoptó un sistema de penas fijas, al calor de las ideas del movimiento que gestó la Ilustración– rigió un derecho penal cuyas notas predominantes fueron la incertidumbre, la confusión en la confección de sus leyes, las interpretaciones autoritarias y acomodadas, su excesivo rigor, la atrocidad de la penalidad, todo lo cual se traducía en la conculcación de los más elementales derechos del reo. Desde luego, todo ello impedía hablar de la determinación o individualización de la pena en el Antiguo Régimen, dado que la nota predominante era la abdicación en favor del juez y de la administración, de tal manera que el arbitrio judicial terminó convirtiéndose en la única fuente de los delitos y de las penas los cuales se acuñaban dependiendo, naturalmente, de los privilegios sociales; regía, pues, un sistema no reglado de penas, una pena arbitraria, como sucedía ya en el Derecho romano¹⁸.

Contrastando con ello, desde que se inició la época de la codificación, el derecho comparado enseña cómo son posibles seis formas distintas de regular el asunto en los códigos penales¹⁹; ello, sin descartar las fórmulas mixtas. En efecto, en primer lugar, es viable un *sistema de tabulación de agravantes y atenuantes con penas fijas*, al

17. Así, por ejemplo, dice: “[...] la requerida medición de la pena orientada a la prevención general ha de hacer referencia, en primer lugar, a la magnitud de la lesión del bien jurídico (la gravedad del injusto) y, en segundo lugar, a la energía criminal manifestada en el hecho, en la medida en que éstas podían ser conocidas por el autor y, por tanto, serle imputadas subjetivamente. Las consideraciones puramente preventivo-especiales deberían desempeñar un papel –y sólo en este punto estimo convincente la teoría del valor posicional– simplemente en el marco de decisiones de pronóstico, como las que se exigen en los casos de suspensión de la pena conforme al § 56 StGB, de modo que las mismas nunca puedan incidir sobre la pena preventivo-general en perjuicio del autor sino sólo (en caso de pronóstico favorable) a favor de él. Con ello, además, se atiende a las visiones realistas acerca de las posibilidades limitadas de una ‘corrección mediante la pena’” (cfr. *El sistema moderno*, pp. 176 y 177). En palabras del mismo autor: “La magnitud de la pena ha de graduarse en función de la magnitud del injusto imputable y del efecto de amenaza producido por el delito, mientras que las consideraciones preventivo-especiales (prescindiendo de la sensibilidad de la pena) deben limitarse a las decisiones de pronóstico expresamente exigidas en la ley” (p. 178). Críticamente, DEMETRIO CRESPO. *Prevención general...*, cit., pp. 209 y 210.

18. GALLEGO DÍAZ. Ob. cit., pp. 17 a 40.

19. Cfr. EUGENIO RAÚL ZAFFARONI. *Tratado de derecho penal. Parte General*, 5 tomos, Buenos Aires, Ediar, 1980-1983, t. v, pp. 275 y ss.; una clasificación distinta en GONZALO QUINTERO OLIVARES/FERMÍN MORALES PRATS/J. MIGUEL PRATS CANUT. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Aranzadi, 1999, pp. 706 y 707. Sobre ello, GALLEGO DÍAZ. Ob. cit., pp. 84 y 85, 102.

estilo de lo establecido en los códigos penales francés de 1791 y brasileño de 1830, que –de la mano de una concepción filosófica racionalista– muestra una inmensa desconfianza hacia el juez y termina generando tantas dificultades como el modelo no reglado, al que se acaba de hacer referencia; por ello, tal patrón legislativo señala de forma rígida las causas de agravación y atenuación estableciendo un máximo cuando concurren agravantes, un mínimo cuando se detectan atenuantes, y una pena intermedia si no existen ni unas ni otras o se duda en torno a su presencia.

En segundo lugar, un *arquetipo de tabulación con señalamiento de criterios generales de tasación, seguido de atenuantes y agravantes con penas flexibles*, propio del Código Bávaro de 1813, acorde con el cual se indican algunas pautas generales para la imposición de la pena entre un mínimo y un máximo señalado para cada infracción, dentro del cual debe moverse el juez, seguidas de unas circunstancias de mayor y de menor punibilidad.

Así mismo, en tercer lugar, un *método de penas flexibles sin enunciación de criterios generales*, como el consagrado en el Código Penal francés de 1810 –pulido con las reformas de 1824 y 1832–, gracias al cual se señala un mínimo y un máximo de pena para realizar la tarea de medición, aunque sin indicar –como norma general– los criterios generales en este ámbito que, sin duda, comporta un modelo intermedio entre las penas absolutamente indeterminadas del antiguo régimen y las absolutamente determinadas del C. P. de 1791, con lo cual se da paso sanciones relativamente determinadas²⁰.

También, en cuarto lugar, es viable un *régimen de tabulación de circunstancias con penas relativamente rígidas*, como el contenido en los C. P. Español de 1822 (repetido hasta 1870) y, mejor elaborado, en el Código colombiano de 1890. Acorde con este prototipo legal, se hace un largo listado de agravantes y atenuantes y se establece la tasación de la pena partiendo de un marco señalado en la ley para cada figura, a partir de tres grados de delito: al primero, se aplica el máximo; al segundo el término medio entre el máximo y el mínimo; y al tercero el mínimo de la pena. Se cae, pues, en lo que se ha calificado como una verdadera “aritmética penal”²¹, a la que parcialmente –pues su fórmula es mixta– ha vuelto el C. P. colombiano del 2000, al introducir el sistema de los cuartos –en realidad, de tercios– en el artículo 61.

Igualmente, en quinto lugar, se puede concebir un *patrón de penas flexibles sin enunciación de criterios generales, con atenuantes genéricas no especificadas*, que permita disminuir la pena en una proporción determinada (por ejemplo, la sexta parte), como el señalado en el Código Zanardelli para Italia de 1889.

20. Cfr. GALLEGO DÍAZ. Ob. cit., pp. 77 a 80; 103 a 108.

21. Ibíd., p. 82.

Finalmente, es *factible un sistema de criterios generales o fórmulas sintéticas con penas flexibles*, como el plasmado en el Código Suizo de 21 de diciembre de 1937, que se asemeja bastante –aunque simplificándolo– al vertido en el Código Bávaro de 1813. La previsión de criterios genéricos de tasación de la pena ha sido retomada por los códigos peruanos de 1924 y 1991 y argentino de 1921, influenciados ambos por los proyectos suizos.

Por supuesto, en las legislaciones contemporáneas se observan también esos arquetipos legales. En efecto, en primer lugar, el Código Penal alemán cuya Parte General introducida en 1969 rige desde 1975, establece en el párrafo 1 del § 46 –ubicado dentro del Título Segundo dedicado a la cuantificación legal de la pena– intitulado como “Principios de la medición judicial de la pena”, que “La culpabilidad del autor es fundamento para la medición judicial de la pena” aunque “se deben tener en cuenta las consecuencias que son de esperar de la pena, para la vida futura del autor en sociedad”. Así mismo, señala en el párrafo 2 que “en la medición el Tribunal sopesará las circunstancias que hablen a favor y en contra del autor. Al efecto se tomarán especialmente en cuenta: los motivos y los fines del autor; la actitud que deriva del hecho, y la voluntad empleada en él; el grado de infracción al deber; la forma de ejecución y las consecuencias culpables del hecho; la vida del autor anterior a la comisión del hecho, sus relaciones personales y económicas, así como su comportamiento con posterioridad al hecho; sus esfuerzos encaminados especialmente a reparar el daño causado, y el denuedo del autor dirigido a alcanzar un acuerdo indemnizatorio con la víctima”. Y, en el párrafo 3, que “Las circunstancias que son ya características del supuesto de hecho legal, no pueden ser tenidas en cuenta”, aludiendo al llamado principio de la prohibición de la doble valoración.

Esta fórmula ha sido interpretada, casi de manera generalizada –aunque son plurales los matices–, en el sentido de que las pautas de determinación de la pena descansan tanto sobre la culpabilidad del agente (para algunos debe hablarse de un concepto de “culpabilidad de medición de la pena”, distinto de la categoría dogmática del hecho punible que lleva dicho nombre) como en los fines preventivos (haciendo énfasis en la prevención general o en la especial, o en ambas con sus diversas variantes)²²; similares previsiones se observan en el C. P. paraguayo de 1997 (cfr. arts. 65 y ss.).

En segundo lugar, el C. P. austriaco de 1975 en el Título IV, destinado a la cuantificación de la pena –siguiendo parcialmente el prototipo alemán–, consagra los principios

22. Así, SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE. Ob. cit., pp. 637 y ss.; también HEINZ ZIPF. “Principios fundamentales de la determinación de la pena”, en CPC, n.º 17, Madrid, Edersa, 1982, pp. 353 y ss.; JESCHECK. *Tratado de derecho penal*, cit., pp. 785 y ss.; GÜNTER STRATENWERTH. *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, ENRIQUE BACIGALUPO y AGUSTÍN ZUGALDÍA E. (trad.), Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1980, pp. 43 y ss.; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF. *Derecho penal 2*, cit., pp. 717 y ss.; GALLEGO DÍAZ. Ob. cit., pp. 114 a 122. Un análisis del sistema alemán, remontándose a sus orígenes más remotos, en SUAZO LAGOS. Ob. cit., pp. 7 y ss., 328 y ss.

generales en esta materia en el § 32, en cuyo párrafo 1.º afirma que “el fundamento para la medición de la pena es la culpabilidad del autor” –claro desarrollo del § 4 donde se afirma que “no hay pena sin culpabilidad” y “sólo puede ser castigado quien actúa culpablemente”–, sin mencionar los fines preventivo-especiales que, sin embargo, parecieran encontrar asidero en los §§ 41 y 42 (cláusula o principio de necesidad) aunque excluyendo –en todo caso– las consideraciones preventivo-generales. En el párrafo segundo, dispone que en la tasación de la pena el tribunal debe tener en cuenta las denominadas circunstancias de atenuación y agravación –consagradas, respectivamente, en los §§ 33 y 34, que no existen en la normativa alemana–, oportunidad en la cual concreta el principio de culpabilidad y dispone la prohibición de la doble valoración en este ámbito. En el párrafo tercero desarrolla, igualmente, el punto de partida consagrado en el párrafo 1.º.

En tercer lugar, el Código Penal italiano de 1930, en el Título Quinto dedicado a la “Modificación, aplicación y ejecución de la pena”, señala en el capítulo I en su artículo 132, lo siguiente: “*Poder discrecional del juez en la aplicación de la pena. Límites.* Dentro de los límites fijados por la ley, el juez aplicará la pena discrecionalmente; pero deberá indicar los motivos que justifiquen el uso de ese poder discrecional. En el aumento o en la disminución de la pena, no se podrán exceder los límites establecidos para cada especie de pena, exceptuados los casos expresamente determinados por la ley”. Y, en el artículo 133, expresa: “*Gravedad de la infracción. Apreciación para los efectos de la pena.* En el ejercicio del poder discrecional indicado en el artículo anterior, el juez deberá tener en cuenta la gravedad de la infracción, deduciéndola: 1. De la naturaleza, de la especie, de los medios, del objeto, del tiempo, del lugar y de cualquier otra modalidad de la acción; 2. De la gravedad del daño o del peligro ocasionados a la persona ofendida por la infracción; 3. De la intensidad del dolo o del grado de la culpa. El juez también deberá tener en cuenta la capacidad del culpable para delinquir, deduciéndola: 1. De los motivos para delinquir y del carácter del reo; 2. De los antecedentes penales y judiciales del reo y, en general, de la conducta y la vida de éste, anteriores a la infracción; 3. De su conducta contemporánea al delito, o subsiguiente a este; 4. De las condiciones de vida individual, familiar y social del reo”. Naturalmente, esta regulación –al posibilitar disímiles interpretaciones– dista mucho de ser precisa y clara como para tenerla de prototipo de previsión legal²³.

En cuarto lugar, el C. P. español de 1995 en el artículo 66 –parcialmente, retomando el artículo 61, 4.ª del C. P. de 1973: *La mayor o menor gravedad del hecho y la personalidad del delincuente*²⁴– señala diversas reglas, en la primera de las cuales

23. Cfr. GIOVANNI FIANDACA/ENZO MUSCO. *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 3.ª ed., 1995, p. 705; sobre ello también GALLEGO DÍAZ. Ob. cit., pp. 108 a 114.

24. Formulación que algunos estudiosos españoles –aunque el legislador la había concebido desde el plano de la retribución– entendían a la luz de los fines de prevención general y especial. No obstante, este predicado “abandono” de la retribución pareciera desembocar en una verdadera “estafa de etiquetas” cuando a la prevención general se le asignan los mismos cometidos de la retribución (cfr. DIEGO

dispone: “En la aplicación de la pena, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas: 1.^a Cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes o cuando concurren unas y otras, los jueces o tribunales individualizarán la pena imponiendo la señalada por la ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia”.

De aquí se infiere, sin duda, que se debe atender tanto a las circunstancias personales del delincuente como a la mayor o menor gravedad del hecho, pautas que también se desprenden de los artículos 65.1 y 4 apartado tercero²⁵; asimismo, en los artículos 21 y 22 se prevén las circunstancias de atenuación y de agravación.

En quinto lugar, el C. P. portugués de 1995 en los artículos 70 a 79, Sección primera del Capítulo Cuarto del Título Tercero –Consecuencias Jurídicas del hecho–, dispone en el artículo 71 –norma que recuerda, para mejorarla, el § 46 del Código Penal alemán– que la determinación de la pena se hará “dentro de los límites definidos en la ley” a partir “de la culpabilidad del agente y de las exigencias de prevención” (párrafo 1); así mismo, establece diversos criterios en los que desarrolla los dos puntos de partida en seis literales (cfr. párrafo 2); y expresa que en la sentencia se deben indicar expresamente los fundamentos de la medida de la pena (cfr. párrafo 3). En el artículo 72 se refiere a los eventos de atenuación especial de la pena, y en el artículo 73 señala las pautas a seguir en estos casos; y, finalmente, en el artículo 74 dispone la dispensa de pena en sanciones de corta duración (hasta seis de meses de prisión, y multa de hasta 120 días).

En sexto lugar, el Código Penal suizo destina el capítulo segundo del Título Tercero –dedicado a las penas, las medidas de seguridad y otras medidas–, intitulado “La fijación de la pena” (arts. 63 a 69), a regular el asunto: en el artículo 63 postula como regla general, que el juez fijará la pena con base en la culpabilidad del delincuente, aunque teniendo en cuenta los móviles, los antecedentes, y las condiciones personales del agente²⁶; en el artículo 64 señala expresamente algunas circunstancias que atenúan la pena; y, en el artículo 65 indica los efectos de la atenuación.

En séptimo lugar, el C. P. ruso de 1997 en la sección III del Capítulo X, destinada a la “fijación de la pena”, sienta en el artículo 60 los principios generales en esta materia aseverando que la pena se impone “a la persona que ha sido declarada culpable de la comisión de un crimen” (60.1). Además, indica como pautas de tasación “el carácter

MANUEL LUZÓN PEÑA. *Medición de la pena y substitivos penales*, Madrid, Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid, 1979, pp. 21 y ss. y 84). Para una crítica de dicho sistema, cfr. QUINTERO OLIVARES. “Determinación de la pena...”, cit., pp. 54 y ss.

25. Sobre ello, MANUEL COBO DEL ROSAL/TOMÁS SANTIAGO VIVES ANTÓN. *Derecho penal. Parte general*, 5.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 931 y ss.

y el grado del peligro social del crimen cometido”, “la personalidad del culpable”, “las circunstancias de atenuación y de agravación de la pena” a las que dedica sendos artículos (véase arts. 61 y 63), y “la influencia de la pena impuesta sobre la rehabilitación del condenado y sobre las condiciones de vida de su familia” (cfr. art. 60.3).

También, en octavo lugar, la fórmula acogida por el Estatuto de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma el 17 de Julio de 1998, dispone en su artículo 78.1 lo siguiente: “Al imponer una pena, la Corte tendrá en cuenta, de conformidad con las Reglas de procedimiento y Prueba, factores tales como la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado”. Similares previsiones se encuentran en el Estatuto del Tribunal para la ex Yugoslavia creado por la ONU en 1993, que dispone en el artículo 24.2, lo siguiente: “Al imponer las penas, las Salas de Primera Instancia deberán tener en cuenta factores tales como la gravedad del delito y las circunstancias personales del condenado”.

Finalmente, obsérvese, en el derecho anglosajón rige un sistema distinto. En Estados Unidos de América el modelo se caracteriza por dos situaciones: de un lado, la posibilidad de que la pena –normalmente indeterminada²⁷– surja de acuerdos entre las partes (juez, sindicado y fiscal), los llamados *plea bargaining* –o declaración negociada o pactada–; y, del otro, la existencia de mecanismos que –a posteriori– permiten restringir el alcance de esos acuerdos mediante la aplicación de pautas o reglas estrictas de tasación de la pena, como sucede con las *sentencing guidelines*, que generan no pocas dificultades prácticas y se traducen en un gran aumento de la pena privativa de la libertad²⁸.

En Inglaterra, a su turno, la Ley sólo fija la pena para el delito de asesinato y en los demás casos indica un límite superior de la misma, la cual se impone atendiendo a la entidad de la ofensa (gravedad de la culpabilidad por el hecho); así mismo, no se puede aumentar la sanción para cumplir fines intimidatorios, pero es posible tener en cuenta los antecedentes penales, y en determinados delitos graves existe un patrón de individualización que se conoce como *guideline judgements* que rige para los tribunales de apelación²⁹.

26. Ello no ha impedido, desde luego, que se intente interpretar el Código suizo de la misma manera que el alemán. Cfr. CLAUS ROXIN. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, FRANCISCO MUÑOZ CONDE (trad.), Madrid, Reus, 1981, p. 102.

27. Así JESCHECK/WEIGEND. Ob. cit., p. 953.

28. Sobre ello, GERARD LYNCH: “Plea Bargaining: el sistema no contradictorio de justicia penal en Estados Unidos”, en *Nueva Doctrina Penal*, 1998A, pp. 293 y ss.; ANDREW VON HIRSCH. *Censurar y castigar*, prólogo de ELENA LARRAURI (trad.), Madrid, Trotta, 1998, pp. 11 y ss., con prólogo de LARRAURI; ZIFFER. *Lineamientos...*, cit., pp. 187 y ss. Muy crítico BERND SCHUNEMANN. *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 288 y ss.

29. Así JESCHECK/WEIGEND. Ob. cit., pp. 952-953.

III. EL MODELO ADOPTADO

Así las cosas, a continuación se deben examinar las directrices centrales del sistema plasmado en el texto legal –cuyos ejes centrales son las normas rectoras plasmadas en los artículos 3.º a 5.º, 11 y 12 del Código Penal– en el cual se observan dos modalidades de determinación o individualización de la pena: la estricta, con base en pautas cuantitativas; y la amplia, que atiende a pautas cualitativas.

La primera especie, a su turno, supone la vigencia de un patrón legislativo –que se desprende tanto del Código Penal como del Código de Procedimiento Penal– que opera en cuatro niveles distintos: el procedimiento para determinar el marco penal aplicable tanto en la Parte Especial como en la General, de que habla el artículo 60 (primer nivel); el rito para determinar el marco penal aplicable en las circunstancias de los artículos 55 y 58, al cual alude el artículo 61 incisos 1.º y 2.º (segundo nivel); la fórmula para individualizar la pena en concreto, siguiendo los derroteros de los incisos 3.º y 4.º del artículo 61 (tercer nivel); y, por último, el escalón que involucra las rebajas sobre la pena final en la ley procesal penal (cuarto nivel).

A. El primer nivel (art. 60). Es el escalón destinado a determinar los máximos y los mínimos de pena imponibles, esto es, el *marco legal aplicable*, cuya existencia se infiere con toda propiedad de lo establecido en el artículo 60: “El sentenciador deberá fijar, en primer término, los límites mínimos y máximos en los que se ha de mover”. Para ello, se debe partir de las escalas señaladas en la normatividad penal para cada una de las normas penales en particular (marco penal abstracto), la cual indica unos mínimos y unos máximos que sirven de marco a dicha tarea, sea que se trate de normas consagratorias de tipos básicos, especiales, complementados (agravados o atenuados), etc., empezando con las agravantes y culminando con las atenuantes.

Obvio es decirlo, una vez detectadas las causales de la Parte Especial, se examinan las de la Parte General, labor que se inicia con las *causas genéricas que agravan la punibilidad*: el concurso ideal y el concurso material (art. 31), y los delitos continuado y masa (art. 31 parágrafo); y se continúa con las *causas genéricas que disminuyen la punibilidad*: la tentativa (art. 27), la complicidad (inc. 3.º, art. 30), el concurso de personas en los tipos especiales (inc. 4.º, art. 30), el exceso en las causales de justificación (num. 7 inc. 2.º, art. 32), el error de prohibición vencible (art. 32.11), la realización de la conducta bajo la influencia de apremiantes situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema (art. 56), y la ira o el intenso dolor (art. 57).

Desde luego, puede suceder que concurren causas genéricas –obviamente, distintas de las de los artículos 55 y 58, para las cuales se ha diseñado el segundo nivel de la construcción–, evento en el cual, así la ley penal no lo diga, se debe proceder de la siguiente manera: si convergen las genéricas en un caso concreto, por ejemplo en un concurso real o material una de las conductas es un delito masa o es un delito continuado, no parece haber dificultad dado que en estas situaciones el legislador ha tenido el cuidado

de disponer que la dosificación se hace, de manera independiente, para cada una de ellas: “Debidamente dosificadas cada una de ellas” (cfr. art. 31). Si la coincidencia se presenta entre las causales de agravación y las de atenuación se aplican primero las agravantes y luego las atenuantes, tal como sucede en la Parte Especial, aunque se ha debido prever la posibilidad de que ellas se anulen en ciertos casos como lo demandan los postulados de proporcionalidad, razonabilidad, necesidad e igualdad, previstos en el Título I como faros hermenéuticos llamados a irradiar todo el sistema de penas.

Así mismo, si se acumulan varias causales de atenuación (por ejemplo una tentativa y un estado de ira; o una tentativa y una complicidad, etc.), lo procedente es hacer una adición aritmética de las cuantías involucradas, lo que se traduce en una suma de quebrados y de allí se deducirá la proporción en la cual se hace la disminución correspondiente.

Finalmente, téngase en cuenta, los límites legales específicos o genéricos no siempre son constantes dado que el codificador los modifica, básicamente en atención a razones de tipo cuantitativo, de cinco maneras distintas (las “circunstancias modificadoras” de que habla la Ley), como lo indica el propio artículo 60 al enunciar igual número de pautas que son una clara plasmación del *postulado de razonabilidad* contenido en el artículo 3.º del C. P.

B. El segundo nivel (incs. 1.º y 2.º, art. 61). Se alude al procedimiento mediante el cual el juzgador aplica los cuartos, esto es, se trata del momento destinado a precisar el marco penal concreto correspondiente a las causales de atenuación y de agravación de los artículos 55 y 58, como señalan los incisos 1.º y 2.º del artículo 61 que son auténticos desarrollos de los principios de proporcionalidad y de razonabilidad (art. 3.º). Así se deduce del texto: “Efectuado el procedimiento anterior, el sentenciador dividirá el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo. El sentenciador sólo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurren circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurren circunstancias de agravación punitiva”.

Por supuesto, si se tiene en cuenta que los criterios examinados en esta sede sólo operan cuando ya se han aplicado las reglas del artículo 60, es obvio que la división en cuartos (mínimo, primer medio, segundo medio, y máximo) –verdaderos segmentos– persigue precisar cuál es el marco penal concreto correspondiente a las circunstancias de atenuación y de agravación previstas en los artículos 55 y 58, y no a otras previstas en la Parte General y en la Especial, que contienen su propio marco punitivo examinado en el primer nivel.

Así las cosas, el cuarto mínimo está destinado a aquellas situaciones en las cuales no existen circunstancias de atenuación o de agravación, o sólo concurre alguna de ate-

nuación. Ello es susceptible de dos reproches: primero, la equiparación punitiva de dos situaciones distintas desconoce el andamiaje plasmado por el legislador en el Título I del C. P., y resquebraja principios como los de dignidad de la persona humana, necesidad, proporcionalidad, razonabilidad, lesividad, culpabilidad e igualdad, entre otros, al tenor de los cuales no es posible –desde el punto de vista jurídico penal y político-criminal– tratar con el mismo rasero punitivo situaciones diferentes. Y segundo, si se habla de “circunstancias de menor punibilidad”, es porque en esos eventos la pena señalada para el marco penal concreto se debe disminuir por debajo de los mínimos, pues no se puede llamar como “menor” a una sanción que queda encerrada dentro de un espacio que se inicia con el mínimo punitivo.

Una interpretación lógica permite concluir que el cuarto mínimo debe estar destinado para eventos de atenuación; si se presentaren situaciones de “menor punibilidad” la sanción se debe disminuir por debajo del mínimo legal, haciendo una tasación racional, coherente, equilibrada y debidamente motivada, acorde con la verdadera dimensión dogmática y político-criminal de la disposición; de no entenderse así, la disposición se caería en un trasnochado positivismo que vuelve al juez un esclavo del texto de la ley. Así mismo, el primero y el segundo cuarto medios –en realidad un solo segmento, con lo cual el sistema es de tres segmentos– se emplean cuando se presentaren, de manera simultánea, circunstancias de atenuación y de agravación. La redacción legal es, sin embargo, también susceptible de dos observaciones: de un lado, se ha rechazado la posibilidad de que se compensen entre sí las circunstancias dando lugar a una tasación de la pena más benigna en estos casos, lo que no deja de ser inconveniente desde el punto de vista político-criminal³⁰; y, de otro lado, no deja de ser discutible desde el punto de vista constitucional, que se coloquen en pie de igualdad situaciones completamente disímiles: por ejemplo, tres agravantes y una atenuante, o una agravante y tres atenuantes.

Por supuesto, frente a esta última crítica puede objetarse que ese marco penal –el más amplio de los tres– se debe utilizar teniendo en cuenta tanto los principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad (art. 3.^o) y demás normas rectoras, como los criterios del artículo 61 (inc. 3.^o) que son desarrollos de aquellos, con lo cual no es lo mismo acudir al primer cuarto medio que al segundo.

Finalmente, el cuarto máximo opera cuando sólo se presentaren circunstancias de agravación del artículo 58, lo cual torna a la Ley sumamente severa y represiva máxime si se tiene en cuenta el número desaforado de situaciones que tienen ese efecto de mayor incremento punitivo: un total de dieciséis, aunque a veces un solo numeral

30. Algunos Códigos como el Español de 1995 (cfr. art. 66 reglas 1.^a y 4.^a), el chileno de 1874 (art. 67) y el italiano de 1930 (cfr. arts. 63 y ss.), prevén fórmulas en materia de compensación. Cfr. SERRANO MAILLO, ALFONSO. *Compensación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal e individualización de la pena*, Madrid, Dykinson, 1995, pp. 24 y ss., 87 y ss.

reúne varias. Por supuesto, como se habla de “circunstancias” en plural, bien podría afirmarse –apegados al tenor literal del texto– que para poder ubicarse en este cuarto han de presentarse dos o más situaciones de agravación; si solo se presentare una, por exclusión, se deberá acudir a los cuartos medios. Esta parece ser la interpretación más coherente de cara a los axiomas informadores de la materia.

C. El tercer nivel (incs. 3.º y 4.º, art. 61). Se alude al rito mediante el cual el juez lleva a cabo la *individualización judicial de la pena propiamente dicha*, para lo cual debe acudir a los criterios de tasación adoptados en los incisos 3.º y 4.º del artículo 61 que, recuérdese, no son privativos de este nivel. Obviamente, si se parte del presupuesto de que el legislador asigna a la pena unas “funciones” –entiéndase finalidades– precisadas en los artículos 3.º y 4.º, parece obvio concluir que las pautas de tasación punitiva deben interpretarse en armonía con el carácter teleológico otorgado por el legislador a la sanción penal –adecuación al fin o razonabilidad como expresión del principio de proporcionalidad en sentido amplio–, así como con los demás principios fundamentales del derecho represor contenidos en el Título I del C. P., dentro de un modelo legal que puede ser calificado de mixto. Los textos contenidos en los incisos mencionados rezan de la siguiente manera:

Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

Además de los fundamentos señalados en el inciso anterior, para efectos de la determinación de la pena, en la tentativa se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo y en la complicidad el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda.

De la transcripción anterior se desprende, sin duda, que son dos los criterios básicos de tasación de la pena en sentido estricto: el grado o magnitud del injusto y el grado o magnitud de la culpabilidad, los cuales son manifestaciones –respectivamente– de los principios de lesividad o de protección de bienes jurídicos y de culpabilidad y, por consiguiente, del principio del acto o del hecho (arts. 9.º, 11 y 12 del C. P.); por supuesto, esto no descarta el empleo de finalidades preventivas que también tienen cabida cuando se trata de examinar la determinación o individualización de la pena en un sentido amplio.

Ahora bien: los criterios plasmados en la disposición evidencian que el proceso de medición judicial de la pena no constituye un acto discrecional librado al capricho del juez, sino que se trata de un procedimiento reglado jurídicamente, que debe ser debidamente razonado y motivado, sometido en todo caso a una serie de postulados

de rango constitucional y legal, de donde se infiere que la decisión judicial respectiva ha de ser objeto de revisión y de control tanto por parte del superior jerárquico como de los respectivos órganos de control. Por supuesto, para que el proceso de medición sea verdaderamente democrático y garantista se requiere no solo de pautas claras en la Ley –llamadas a fortalecer la colaboración entre el juez y el legislador en este ámbito– sino de funcionarios capaces y preparados, siempre prestos a garantizar un procedimiento justo y racional.

Así las cosas, las pautas plasmadas en los dos incisos en mención –que no sólo operan en el nivel en examen, sino que cobijan todo el proceso de determinación de la pena en sentidos estricto y amplio– son las siguientes:

1. La “mayor o menor gravedad de la conducta”. Sin duda, la referencia legal a la gravedad de la conducta toca de lleno con la magnitud o grado del injusto porque para el legislador, para poner un ejemplo corriente, no es lo mismo realizar una conducta de genocidio (cfr. art. 101) que llevar a cabo un comportamiento de hurto en una cuantía menor (cfr. inc. 2.º, art. 239); se tiene en cuenta, pues, la mayor o menor afectación sufrida por el bien jurídico objeto de tutela, sea que ella se haya traducido en una verdadera lesión o en una mera amenaza efectiva (cfr. art. 11). En otras palabras: la fórmula objeto de análisis es una consecuencia directa de la asunción del postulado de protección de bienes jurídicos o de lesividad en el ámbito de la tasación de la pena (cfr. arts. 3.º y 11 del C. P.), ya desarrollado; y, por supuesto, es clara plasmación del postulado del acto o del hecho que es pilar insustituible del derecho penal vigente.

2. “El daño real o potencial creado”. Así mismo, la alusión legal al “daño” es una reiteración de lo acabado de decir con ocasión del análisis de la pauta anterior, con lo cual cabe decir que se trata de una repetición conceptual innecesaria que sólo busca hacer énfasis en la amenaza efectiva o en la afectación del bien jurídico protegido, esto es, en la magnitud del injusto como pauta de individualización de la pena.

3. La “naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad”. De la redacción legal se desprende, sin duda, que el codificador no dispone tener en cuenta las causales de incremento o disminución de la punibilidad propiamente dichas –obviamente, alude a las plasmadas en los artículos 55 y 58–, sino atender a su “naturaleza”. En otras palabras: se debe precisar la razón de ser de cada una de esas situaciones, su esencia, su sustancia, las características que le son inherentes, su origen, su especie, género o clase, o sea, la índole de cada una de ellas.

Así las cosas, en primer lugar, la tarea judicial debe estar enderezada a determinar si las causales concurrentes son de mayor o menor punibilidad, si se presentan en número singular o plural, o si son o no de la misma clase; obviamente, esta tarea es trascendental porque de ella depende la determinación de la escala en la cual se deba ubicar el juez a la hora de señalar la pena que, en concreto, proceda. Por supuesto, la

emisión de dicho juicio —que puede traducirse en una valoración sobre cualquiera de los niveles de la teoría de la conducta punible, pues las causales contenidas en los artículos 55 y 58 se refieren a todos ellos— debe ser muy cuidadosa y ponderada, para evitar análisis equivocados que conduzcan a tasaciones de la pena incorrectas, poniendo en peligro la seguridad jurídica. Expresado de otra forma: sólo una verdadera dogmática de la tasación de la pena puede impedir que dicha misión se convierta en un desastre sistemático y arrase con los principios ya examinados. No es, entonces, lo mismo estimar procedente la deducción de una causal de agravación que desecharla; concebir la concurrencia de circunstancias de agravación y de atenuación al mismo tiempo, o no hacerlo; o, en fin, estimar procedentes sólo situaciones en las cuales se produce un incremento punitivo.

En segundo lugar, el analista o juzgador debe precisar si se refieren al injusto, a la culpabilidad o a la punibilidad, lo cual es también de trascendencia porque —como ya se insinuó— existen dos maneras diferentes de abordar el concepto de “circunstancia”³¹ —que en un sentido amplio denomina la propia Ley como “causales”, en el artículo 61 (inc. 3.º)—. En un sentido estricto, se emplea tal locución para designar aquellas situaciones atinentes a la culpabilidad y a la punibilidad y no las referidas al injusto que, en cualquier caso, sea que se encuentren en la Parte general o en la Especial, siempre se conciben como elementos integrantes del supuesto de hecho o tipo; así mismo, en un sentido amplio se designa con tal nombre a toda situación o particularidad prevista por el legislador que se hallare alrededor del tipo penal básico o figura típica (*circum-stare*: estar alrededor de), sea en la Parte General (véase arts. 55 y 58) o en la Especial (por ejemplo, en los arts. 104, 110, 119, 121, 124, 129, 130, 140, 166, 167, 170, 171, 179, 181, 183, 185, 211, 216, 223, 234, 240, 241, 245, 247, 266, 267, 268, 290, 324, 342, 344, 365, 384, 438, 443, 451, 473, entre otros).

Incluso, es posible optar por una solución intermedia para la cual sólo son “circunstancias” las consignadas en la Parte General —para el caso las de los artículos 55 a 58— mas no las de la Parte Especial, que ya han sido tenidas en cuenta dentro del respectivo marco punitivo.

De todas maneras, de cara a la redacción legal pareciera que sólo se puede asumir una concepción estricta de “circunstancia”, si se tiene en cuenta que el artículo 62 en su inciso 1.º únicamente se refiere a la comunicabilidad de las atinentes a la responsabilidad (por ende comprendiendo las relacionadas con la culpabilidad y con la punibilidad), mas no a las que tienen que ver con el injusto: “Las circunstancias agravantes o atenuantes de carácter personal [...] sólo serán tenidas en cuenta para agravar o atenuar la responsabilidad de aquellos que las hayan conocido”; por supuesto, también a ellas alude el inciso 2.º de la disposición: “Las circunstancias agravantes o atenuantes”, atinentes a “la responsabilidad”; pareciera, pues, que se descarta de plano la posibilidad de asumir una noción amplia en esta materia.

31. Cfr. FERNANDO VELÁSQUEZ V. *Derecho penal. Parte General*, Bogotá, Temis, 3.ª ed., 1997, p. 636.

Este entendimiento del asunto se refuerza con lo dispuesto por el inciso 3.º en examen, cuando afirma que se debe tener en cuenta como criterio de individualización el atinente a “la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad”, no empece lo cual se comprenden dentro de la expresión amplia de “causales” todos aquellos eventos previstos en los artículos 55 y 58, que aluden tanto a la magnitud del injusto como al grado de culpabilidad o la punibilidad (la “responsabilidad”).

De todas maneras, independientemente de cuál solución se adopte, es bueno precisar que los eventos contenidos en los artículos 55 y 58 reiteran los dos criterios de tasación de la pena hasta ahora examinados: el *grado o magnitud del injusto* (sea por mayor desvalor de acción o de resultado) y el *grado o magnitud de la culpabilidad*, aunque algunos de ellos aluden a situaciones que no tienen ningún vínculo con ambas pautas, por tratarse de factores previos o posteriores a la conducta punible misma y que sólo pueden entenderse a partir de pautas propias de la prevención especial positiva.

Así las cosas, hacen referencia a la gravedad del injusto las situaciones –que con un entendimiento estricto de la noción de circunstancia terminan siendo meros elementos típicos– contempladas en los numerales 2 y 4 del artículo 55, así como en los numerales 2 y 3 del artículo 58 (los motivos, móviles, o finalidades específicas que guían al autor); 1 (el objeto de la acción), 4, 5, 11, 15 (los medios comisivos), 6, 14 (las consecuencias y resultados de la conducta), 7 (la infracción de deberes), 8 (el aumento del sufrimiento de la víctima), 9 (la posición distinguida: infracción a los deberes³²), 10 (la coparticipación criminal, empleada la expresión en un sentido amplio), 12 (las calidades del sujeto pasivo), 13 (las calidades del autor: privado de la libertad), todas ellas del artículo 58.

A su turno, aluden a fenómenos propios de la culpabilidad las consignadas en los numerales 3, 9 (situaciones de imputabilidad disminuida), y 8 (no exigibilidad de otra conducta) del artículo 55. Y, finalmente, tocan con aspectos anteriores o posteriores a la realización de la conducta punible las siguientes: los numerales 1 (la “carencia de antecedentes penales” como situación previa la comisión de la conducta), 5 (la reparación y el arrepentimiento con posterioridad al hecho), 6 (la reparación de los daños), y 7 (el arrepentimiento) del artículo 55.

Igualmente, en tercer lugar, el mandato contenido en el artículo 61 (inc. 3.º), en el sentido de que se debe tener en cuenta la “naturaleza” de las susodichas causales, obliga al juzgador a acatar el *principio de la inherencia o prohibición de la doble valoración*³³, según el cual no se pueden tomar en consideración aquellas circunstan-

32. La entiende como una consagración de la co-culpabilidad ZAFFARONI. *Tratado...*, cit., t. v, p. 315.

33. Como lo ha dicho ZIPF (*Die Strafzumessung*, p. 40), este postulado tiene su fundamento en la repartición de tareas y en la responsabilidad conjunta entre el juez y el legislador, de cara a la imposición de una pena correcta. También: BRUNS. *Ob. cit.*, p. 133; GARCÍA ARÁN. *Ob. cit.*, pp. 90 y 91; EMILIANO

cias de mayor o de menor punibilidad que ya han sido previstas como tales al redactar el respectivo tipo penal, trátase de un supuesto de hecho básico (piénsese, por ejemplo, en la calidad de servidor público prevista en el artículo 397 (inc. 1.º) cuando describe el supuesto de hecho del peculado por apropiación, elemento que no puede ser tenido de nuevo en cuenta como expresamente lo dispone el numeral 12 del artículo 58), o de uno complementado agravado o atenuado (*verbi gratia*: si se comete un homicidio “valiéndose de la actividad de un inimputable” al tenor de lo dispuesto en el artículo 104 N.º 5, no se puede tener en cuenta el numeral 11 artículo 58: “Ejecutar la conducta punible valiéndose de un inimputable”).

Es de tal trascendencia el apotegma en examen que, tanto al iniciar la redacción del artículo 55 como la del 58, el legislador lo consigna expresamente utilizando expresiones que no dejan ninguna duda al respecto: “Son circunstancias de menor punibilidad, *siempre que no hayan sido previstas de otra manera*”. Es más: al redactar algunas de esas situaciones expresamente se reitera la observancia del postulado de la inherencia como, según ya se mostró, sucede en el numeral 12 del artículo 58: “[...] salvo que tal calidad haya sido prevista como elemento o circunstancia del tipo penal”; en este texto, adviértase, se emplea otra expresión como sinónima de “circunstancia” y de “causal”: la de *elemento*.

En síntesis, pues, cuando el legislador plasma el tercer criterio de individualización de la pena ya expuesto no hace cosa distinta que reiterar la necesidad de acudir a la magnitud del injusto y a la magnitud de la culpabilidad, como pautas para tener en cuenta en este ámbito.

4. “La intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes”. Dado que el texto legal concibe estas tres figuras como modalidades de conducta punible (cfr. art. 21), con lo cual el contenido de la voluntad del agente forma parte de la acción (cfr. arts. 22 a 24), la referencia a la “intensidad” de las mismas –que recuerda el texto del artículo 133 italiano– no es otra cosa que la plasmación del grado de injusto como manifestación de los apotegmas del acto y de lesividad (cfr. art. 11). Desde luego, para quienes asuman el dolo, la culpa y la preterintención como formas de culpabilidad, esta referencia tocaría de lleno con el grado de culpabilidad del agente, lo que sería una reiteración del axioma plasmado en el artículo 12.

5. “La necesidad de pena”. Sin duda, esta pauta de individualización está llamada a generar confusas interpretaciones dado que no se trata de un criterio pacífico en la discusión contemporánea. En efecto, en primer lugar –mirado el asunto de *lege ferenda*–, se podría entender esa referencia legal desde la perspectiva de la concepción minimalista abanderada por L. FERRAJOLI, acorde con la cual la sanción penal

BORJA JIMÉNEZ. “El principio de inherencia del artículo 59 del Código Penal”, en *ADPCP*, t. CLV, Madrid, Ministerio de Justicia/Centro de publicaciones, 1991, pp. 165 y ss.

tiene un doble cometido *preventivo general negativo* a partir de los dos fines centrales del derecho penal: la prevención general de los delitos y la prevención general de las penas arbitrarias y desproporcionadas³⁴; no obstante, este planteamiento profundamente garantista –perfectamente compatible de *lege ferenda*– no parece tener eco en el derecho positivo atendida la mixtura de “funciones” que el C. P. asigna a la sanción, amén de la ferocidad con la cual se introduce la sanción privativa de la libertad.

En segundo lugar, podría significar –si se acepta, por ejemplo, la construcción de C. ROXIN³⁵– que se reclama la utilización de criterios preventivos (generales y especiales) en la labor de individualización de la pena; obviamente, si se asumiese este punto de partida, debería concluirse que el legislador no parte del concepto tradicional de culpabilidad sino que demandaría uno en el cual se tendrían en cuenta necesidades preventivas, en el marco de una determinada visión político-criminal, lo que parece ser un denominador común en la doctrina contemporánea³⁶. No obstante, esta postura también debe rechazarse de *lege data* porque, como ya se dijo, el propio legislador desecha tal posibilidad al momento de tasar la pena en un sentido estricto –lo cual no impide que ello suceda en un sentido amplio–, como se infiere con toda claridad de lo dispuesto en el inciso 2.º del artículo 4.º al tenor del cual, recuérdese, la prevención especial y la reinserción social operan “en el momento de la ejecución de la pena de prisión”. Por supuesto, esta disposición no impediría la utilización de tales criterios en tratándose de otras modalidades de pena distintas a la privativa de la libertad.

Así mismo, en tercer lugar, podría afirmarse que la “necesidad de pena” se debe entender a la luz de una de las variantes de la prevención general positiva, para el caso la “integradora” defendida por G. JAKOBS en el seno de un funcionalismo sistémico radical, postura que tampoco encuentra plasmación en la ley penal y contrariaría la Carta Fundamental.

Así las cosas, la expresión “necesidad de pena” (distinta al merecimiento de pena) hace alusión al principio de necesidad de intervención o de necesidad como límite al ejercicio del *ius puniendi* del Estado, acorde con el cual la injerencia penal y la consiguiente imposición del castigo sólo se justifica allí donde la intervención punitiva sea indispensable para mantener la organización política, dentro de los linderos propios de una concepción democrática. Por supuesto, cuando la propia ley penal ad-

34. Cfr. LUIGI FERRAJOLI. *Derecho y razón*, PEREFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ y colaboradores (trad.), Madrid, Trotta, 1995, p. 334: “El derecho penal asume como fin una doble función preventiva, una y otra de signo negativo: la prevención general de los delitos y la prevención general de las penas arbitrarias o desproporcionadas. La primera función marca el límite mínimo y la segunda el límite máximo de las penas”.

35. Cfr. CLAUS ROXIN. *Derecho penal. Parte General*, t. 1, DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA/MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA DE CONLLEDO/JAVIER DE VICENTE REMESAL (trads.), Madrid, Civitas, 1997, pp. 791 y ss.

36. Sobre ello, ZIFFER. Ob. cit., p. 151.

vierte que este axioma se entenderá “en el marco de la prevención” (cfr. inc. 2.º art. 3.º), no quiere significar que se dé cabida a la prevención especial en el ámbito de la imposición de la pena –aunque debe reconocerse, como ya se dijo, que esta afirmación tiene algunas excepciones, cuando se piensa en la evaluación de la conducta anterior del agente, la reparación y el arrepentimiento, de que hablan los numerales 1, 4, 5 y 6 del artículo 55– pues tal finalidad sólo puede operar en el campo de la ejecución de la sanción privativa de libertad de prisión (cfr. art. 4.º); tampoco, obviamente, supone que se pueda acudir a pautas propias de la prevención general (positiva o negativa)³⁷, porque ello implicaría asumir construcciones ajenas a las posturas mixtas que inspiran la Constitución y la ley penal en este ámbito.

6. La “función que ella ha de cumplir en el caso concreto”. Así mismo, la alusión a “la función” busca poner de presente los fines que con su imposición se persigue, a no ser que –de nuevo– se incurra en la confusión entre los “fines” y las “funciones” ya evidenciada en los artículos 4.º y 5.º. Lo procedente, valga la pena repetirlo, es hablar del objeto o motivo que preside la aplicación de la pena, lo que significa el acto de castigar para el propio condenado y para la sociedad; y no hacer referencia a la operación o acción dirigida a un fin susceptible de ser realizado –la función que ella cumple, lo que es–, pues desde esta perspectiva el ser de la pena no es otra cosa que un mal que el Estado le causa al infractor, o sea, es pura y llana retribución.

Así las cosas, cuando de la imposición de la pena se trata, no cabe duda de que se deben tener en cuenta los cometidos asignados a la misma pero atendidos los diversos estadios en los cuales se manifiesta la sanción penal. En efecto, las diversas “funciones” de la pena plasmadas en el artículo 4.º encuentran cabal expresión dentro de los criterios para imponerla: la prevención general positiva juega un papel importante a la hora de formular la amenaza penal, mas no al momento de su imposición, en cuanto asegura la defensa del orden jurídico; también en esta fase opera la prevención especial positiva, porque por mandato constitucional y legal están prohibidas la pena de muerte, la cadena perpetua, los castigos crueles, inhumanos y degradantes, que imposibilitan la resocialización del penado (cfr. art. 12 de la Constitución). Así mismo, la retribución, tildada de “justa” –no entendida en sentido metafísico–, permite graduar la sanción constituyéndose en una limitante al poder punitivo del Estado, cuando se piensa en la determinación de la pena en sentido estricto, que no puede desbordar los marcos legales ni sus postulados fundamentales, dentro del marco trazado por el principio de culpabilidad que es el fundamento y el límite supremo de la pena (cfr. art. 12, C. P.). Esto, debe advertirse, con la salvedad a la prevención especial positiva que hace el artículo 55 (nums. 1, 4, 5 y 6), en materia de la determinación de la pena en sentido estricto como ya se dijo, o cuando se trata de la imposición de las medidas de seguridad.

37. De otra opinión, para el derecho español derogado, GARCÍA ARÁN. Ob. cit., pp. 122 y 177.

Igualmente, la prevención especial positiva pretende una pena racional y proporcionada al hecho cometido cuando se entiende el proceso de individualización en un sentido amplio (etapa de la imposición de la pena), buscando tornar realidad el fin resocializador que –como ya se dijo– por mandato del inciso 2.º del artículo 4.º, se debe tener en cuenta al “momento de la ejecución de la pena de prisión”; en un Estado de derecho social y democrático, pues, no es posible la existencia de un sistema de penas que imposibilite el libre desarrollo de la personalidad (cfr. art. 16, C. P.) y pregone la cosificación del ser humano. Esto último es producto de que, según el artículo 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”, tópicos en los que también repara el legislador al redactar el artículo 4.º y que, por supuesto, no hacen referencia a “funciones” específicas de la pena sino a desarrollos inherentes a la prevención especial positiva.

De ello se infiere, además, que el legislador no tiene en cuenta la prevención especial negativa porque sería abiertamente contrario a la Constitución ejecutar una pena desocializadora, inhumana, que le negara al condenado su dignidad de persona; lo mismo sucede con la prevención general negativa, básicamente en su versión de la coacción psicológica otrora defendida por P. J. A. FEUERBACH, que ya no es muy sostenida en la actualidad. Es más: pareciera que de *lege data* tampoco es posible sostener en la etapa de la ejecución la vigencia de las posturas propias de la prevención general positiva en sus diversas variantes, función que en el debate jurídico-actual ocupa el primer plano de la discusión científica –a manera de verdadera quimera, porque se propone como realidad de la pena lo que apenas es un fruto de la imaginación–, ocupando el lugar que dejaran las corrientes resocializadoras y reeducadoras de los años sesenta del pasado, las cuales entendieron que la función primordial del castigo era la prevención especial positiva cayendo en un auténtico mito, en una verdadera “estafa de etiquetas”. Ahora bien, cuando se habla de la prevención general positiva debe tenerse en cuenta que no se hace sólo referencia a aquella tendencia según la cual con la pena se busca asegurar la vigencia del orden jurídico –a la cual se ha hecho referencia en la etapa de la amenaza de la pena–, sino que también opera a través de otros modelos: a. la pena de efecto moralizador-estabilizante; b. el de la integración; c. el sistémico; d. los modelos construidos a partir del psicoanálisis que también aquí encuentra acogida; y, f. como complemento formalizado del control social³⁸.

En fin, a manera de conclusión, cuando el artículo 61 (inc. 3.º) alude a la “función” que la pena ha de cumplir “en el caso concreto” es indispensable distinguir cuál es el cometido que el castigo cumple en las diversas fases o momentos en los cuales él aparece: la amenaza penal (etapa legislativa), la imposición (etapa judicial) y la ejecución (etapa ejecutiva), todo ello de la mano de las concepciones mixtas de la pena que son las acogidas por el derecho positivo.

38. Sobre ello, DEMETRIO CRESPO. *Prevención general...*, cit., pp. 31, 114 y ss.

7. “El mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo”. Acorde con lo establecido en el inciso 4.º del artículo 61, también se debe tener en cuenta una pauta adicional para la tentativa (cfr. art. 27), esto es, aquella que permite distinguir entre tentativa acabada e inacabada, dependiendo del grado que haya alcanzado el comienzo de la ejecución de la conducta típica, sin que el agente logre su realización por circunstancias ajenas a su voluntad. En otras palabras: el legislador dispone que a la hora de imponer la pena se debe distinguir, necesariamente, entre estas dos modalidades del dispositivo amplificador del tipo, debiendo graduarse la pena —ello significa que de nuevo entra en escena la gravedad o magnitud del injusto como pauta de individualización— atendiendo a tal consideración; por ello, se debe imponer una sanción mayor cuando se tratare de una tentativa acabada que cuando ella fuere inacabada. Así las cosas, el único cometido que tiene la consagración de esta pauta en la Ley es hacer una distinción que el artículo 27 no ha contemplado, pues, por lo demás, dicho criterio emerge de otros como el atinente a la “mayor o menor gravedad de la conducta” señalado en primera instancia, o del “daño real o potencial creado”.

8. “El mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda”. Igualmente, del inciso 4.º en estudio se infiere un nuevo criterio de determinación de la pena, el cual, lo mismo que sucede con el estudiado en precedencia, dimana de pautas como la “gravedad de la conducta” y el “daño real o potencial creado”, con lo cual se hace una inequívoca referencia a la gravedad o magnitud del injusto. En virtud de esta pauta, a efectos de cumplir con la susodicha tarea, se debe distinguir entre complicidad necesaria o primaria y complicidad secundaria o no necesaria —conceptos que tampoco están expresamente comprendidos en el artículo 30 (inc. 2.º)—, imponiendo una pena mayor al primero y menor al segundo. Obviamente, esta regla impone toda la construcción propia del concurso de personas en la conducta punible en sus dos modalidades (autoría y participación), y su redacción recuerda que uno de los axiomas básicos en esta materia es el atinente a la accesoriidad, pues sólo se puede hablar de “contribución o ayuda” cuando se parte del presupuesto de que existe un hecho principal en cuya realización se participa.

Así las cosas, a manera de conclusión de lo expresado, se podría afirmar lo siguiente: el primer criterio para tasar la pena en un sentido estricto es *el grado o la magnitud del injusto*³⁹, dado que la amenaza o lesión sufrida por el bien jurídico es una de las pautas que se debe tener en cuenta para llevar a cabo dicha tarea, acorde con el postulado de protección de bienes jurídicos. Ello explica, por ejemplo, el motivo por el cual un homicidio agravado puede ser sancionado hasta con cuarenta años de pena privativa de libertad (art. 104 del C. P.), mientras que un abuso de autoridad solo dé lugar a una multa y a la pérdida del empleo (cfr. art. 417 del C. P.); y así, se supone, debiera ocurrir con todas las tasaciones llevadas a cabo por el juzgador, quien está obligado a proteger de manera adecuada tanto los intereses colectivos como los par-

39. Sobre ello, DEMETRIO CRESPO. *Prevención general...*, cit., pp. 290 y ss.

ticulares, tarea que, por desgracia, no siempre lleva a cabo respetando los postulados medulares del Estado social y democrático de derecho. Es, pues, este el primer pilar sobre el cual se asienta la cuantificación penal colombiana en sentido estricto.

El segundo criterio es *el grado o la magnitud de la culpabilidad* en virtud del cual la pena se debe imponer atendiendo al grado de exigibilidad que le quepa al agente. Como ya se dijo, ello es consecuencia de que la culpabilidad del autor admite ser medida, pues de no ser así habría de concluirse –en abierta contradicción con el postulado del acto– que para el ordenamiento jurídico es equiparable el juicio de exigibilidad formulable a quien incurre en un tráfico de mil kilos de cocaína, comete un hurto en cuantía de mil pesos, o da muerte a su padre. Si la culpabilidad es exigibilidad, el juzgador no puede formular juicios iguales frente a hechos desiguales; ello es tan evidente, que en diversas hipótesis el mismo codificador se encarga de tasar la pena según dicho criterio: por eso se atenúa la punición para quien obra en un estado de ira o de intenso dolor, proveniente de una provocación ajena, grave e injusta (verdadera hipótesis de imputabilidad disminuida, vertida en el art. 57 del C. P.), realiza el hecho movido por un error de prohibición indirecto de carácter vencible (art. 32-11), realiza la conducta “bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas” (art. 56), etc. Por supuesto, también se alude a esta pauta cuando se mencionan las “causales que agraven o atenúen la punibilidad”, pues en ellas también se consignan referencias a la culpabilidad del agente, como ya se ha dicho. El grado de culpabilidad es, pues, el segundo criterio de determinación de la pena en sentido estricto (cfr. art. 12 C. P.).

Ahora bien, si se mira la individualización de la pena en sentido amplio, dada la forma como han sido redactados los artículos 38 (num. 2 inc. 1.^o), 52 (inc. 1.^o), 63 (num. 2, inc. 1.^o) y 64 (inc. 1.^o), no cabe duda en el sentido de que se tienen en cuenta consideraciones de tipo preventivo especial positivo (y, en el primero de esos casos, de índole general positivo, lo cual no deja de ser reprobable desde el punto de vista constitucional como ya se dijo), acorde con las exigencias propias del principio de necesidad.

Igualmente, téngase en cuenta, así el texto en comentario –a diferencia del artículo 61 del C. P. de 1980– no aluda a la “personalidad del agente”, que la doctrina entendió como un correctivo de la fórmula adoptada que pretendía hacer hincapié en la función preventivo-especial de la pena⁴⁰, la verdad es que esa pauta se debe seguir teniendo en cuenta porque aparece plasmada en la Ley 16 de 1972 en su artículo 5.^o párr. 3, cuyo rango superior a la ley ordinaria no puede desconocerse (cfr. arts. 93 y 94 C. P.), cuando estipula que “la pena no puede trascender la persona del delincuente”. Además, en el estado actual de la discusión sobre el asunto parece una verdad

40. Cfr. VELÁSQUEZ V. *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 697 y 698.

irrefutable aquella según la cual “no se puede prescindir en la determinación de la pena del examen de la personalidad del delincuente”⁴¹. Por supuesto, como tantas veces se ha dicho estudiando el Código de 1980, “la personalidad del agente” no es una fórmula de peligrosidad, ni mucho menos una consagración que contraría el principio de culpabilidad sino que, por el contrario, lo reafirma y le da pleno contenido, con lo cual se reitera que el grado de culpabilidad es una pauta de individualización punitiva⁴².

D. El cuarto nivel: las rebajas sobre la pena final en la ley procesal penal. Finalmente, atendidas las previsiones contenidas en la Ley Procesal Penal, el juzgador debe tener en cuenta un último escalón a efectos de dar aplicación a la cuantificación penal cuando operan ciertas figuras de marcado corte procesal: la sentencia anticipada, la confesión y los beneficios por colaboración eficaz; por supuesto, estas diminuciones sólo se aplican a manera de pena final cuando ya se ha adelantado todo el proceso de individualización hasta ahora examinado. Es más: en principio –salvo alguna precisión en materia de beneficios por colaboración eficaz– ellas no operan con criterios distintos o complementarios a los ya examinados.

En efecto, en primer lugar, cuando en la etapa del sumario opera el mecanismo de la sentencia anticipada el condenado obtiene una rebaja punitiva exacta de la tercera parte de la pena, o de la octava parte en la etapa del juicio (cfr. art. 40 del C. P. P.). En segundo lugar, si se tratare de confesión la reducción de pena es de una sexta parte (cfr. art. 283 C. P. P.), siempre y cuando se den las condiciones plasmadas en la norma.

Y, en tercer lugar, cuando obren los beneficios por colaboración eficaz se prevé la rebaja de pena –que puede ser acumulada– de “una sexta (1/6) hasta una cuarta (1/4) parte de la pena que corresponda al sindicado en la sentencia condenatoria”, dependiendo del “grado de colaboración” –criterio dosimétrico complementario de los genéricos del artículo 61 (incs. 3.º y 4.º)–, según reza el texto del artículo 413 del C. P. P.

E. Otras características del modelo adoptado. El sistema de determinación de la pena asumido posee, además, otras notas complementarias.

En efecto, en primer lugar, prevé unas pautas de graduación para la pena pecuniaria de multa –en cualquiera de sus dos modalidades: acompañante de la pena de prisión y progresiva de unidad multa– que comprenden diversas reglas, como se deduce del artículo 39.3: “Determinación. La cuantía de la multa será fijada en forma motivada por el juez teniendo en cuenta el daño causado con la infracción, la intensidad de la culpabilidad, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo, la

41. Cfr. GALLEGO DÍAZ. Ob. cit., p. 6.

42. La discusión española en DEMETRIO CRESPO. *Prevención general...*, cit., pp. 304 y ss.

situación económica del condenado deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares, y las demás circunstancias que indiquen la posibilidad de pagar”. Por supuesto, advirtiendo que dos de esas pautas coinciden con las del inciso 3.º del artículo 61 (aquí se habla del “daño causado con la infracción” y de la “intensidad de la culpabilidad”), los criterios del artículo 39.3 son autónomos, lo cual no les quita el carácter de genéricos a los plasmados en el artículo 61 (incs. 3.º y 4.º) en armonía con los artículos 11 y 12 del C. P.

En segundo lugar, pese a que el codificador ha plasmado en el Título dedicado a las “Normas Rectoras de la ley penal colombiana” diversos principios que también imperan en el campo de las medidas de seguridad (cfr. arts. 1, 3, 5, 6, 7 y 13, entre otros), tales previsiones no han tenido un cabal desarrollo en el Capítulo IV del Título IV, del Libro Primero, pues —a diferencia de las penas—, no se ha redactado disposición alguna enderezada a establecer los criterios que se deben tener en cuenta para determinar tal forma de sanción penal. Desde luego, ello no significa que la imposición de las medidas de seguridad quede librada al capricho de cada juzgador porque, tal como lo muestra el contenido del articulado respectivo, la individualización de las mismas está gobernada por lo menos por tres criterios diferentes: *la necesidad de tratamiento, asistencia y protección* (cfr. incs. 2.º art. 70, 2.º art. 71, 2.º art. 72, 4.º art. 70, 4.º art. 71, 4.º arts. 72, y 78), consecuencia directa del principio de necesidad de intervención que, recuérdese, según el inciso 2.º del artículo 3.º del C. P. se debe entender en el “marco de la prevención”; *la gravedad o la magnitud del injusto*, dado que las medidas no pueden exceder la duración de las penas imponibles en el evento de que el sujeto fuese tratado como un imputable (cfr. incs. 5.º art. 70, 5.º art. 71, 5.º art. 72); y *el grado o la magnitud de la culpabilidad*, habida cuenta de que los inimputables también son responsables ante la Ley Penal, aunque en un grado disminuido (cfr. incs. 2.º y 33 art. 9.º). Estos dos últimos criterios son, obviamente, expresión de los principios de culpabilidad, proporcionalidad y razonabilidad.

Finalmente, en tercer lugar, el modelo legal adoptado prevé la individualización o determinación judicial de la pena en sentido amplio, atendiendo a pautas cualitativas, en cinco situaciones distintas: la primera, en los casos de penas sustitutivas (la prisión domiciliaria reemplaza a la prisión, el arresto —sea de fin de semana o ininterrumpido— sustituye la multa [cfr. art. 36], y el trabajo no remunerado en asunto de inequívoca naturaleza e interés estatal o social, sustituye la multa al tenor del num. 7 inc. 1.º art. 39). La segunda, en los eventos de penas potestativas en el ámbito de las penas accesorias, dado que las penas privativas de otros derechos se pueden imponer como principales o como accesorias: en el primer caso, siempre aparecen indicadas en las respectivas normas de la Parte Especial y, en el segundo, se atribuyen al condenado cuando la condena contenga penas principales —básicamente la prisión— sea de manera obligatoria (caso de la inhabilitación para el ejercicio para el ejercicio de derechos y funciones públicas: inc. 3.º arts. 43, 44 y 52) o potestativa (las demás mencionadas en el art. 43).

La tercera, en las situaciones en las cuales operan los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad (la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de libertad, la libertad condicional y la reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave que más bien parece una de las penas sustitutivas del art. 36) previstos en los artículos 63 y ss. Obviamente, en cada uno de estos campos rigen unas reglas especiales que, por razones de espacio, no se exponen en esta sede.

La cuarta, el aplazamiento y la suspensión de la ejecución de la pena; y, por último, la quinta destinada a las redenciones de pena por trabajo, estudio, enseñanza y otras actividades: la remisión.

CONCLUSIONES

Después de examinar las reglas de determinación de la sanción penal vigentes en el derecho positivo, se pueden consignar las siguientes reflexiones.

Primera. Pese a los esfuerzos del legislador por dotar de coherencia esta materia, suministrando pautas como las ya expuestas, son evidentes las dificultades para llevar a la vida práctica estas exigencias que más bien –como en otras latitudes– pueden dejar librada la cuantificación penal a consideraciones puramente intuitivas e irracionales⁴³. Por supuesto, de lo que se trata es de cambiar esa mentalidad y de asumir esta tarea con criterios justos, velando por el fortalecimiento de la seguridad jurídica, verdadero norte y guía de un Estado de derecho social y democrático, acorde con el modelo de organización social adoptado por el constituyente, lo cual demanda la colaboración profunda entre jueces y legisladores⁴⁴ para que esa tarea no desborde dichos marcos.

Segunda. Por supuesto, los inocultables abismos entre lo que la Ley penal señala y la realidad, no pueden generar en el estudioso la convicción de que una tarea racional como ésta –que en todo caso debe estar ceñida a los principios propios del ideario demoliberal aquí expuestos–, pueda ser reemplazada por pautas mensurables no discutidas como las brindadas por las ciencias exactas⁴⁵. No es, pues, posible reemplazar al hombre por una máquina computarizada, como en un célebre relato de PAPINI⁴⁶, porque

43. Como ha dicho ZAFFARONI (*Tratado...*, cit., t. v, p. 270): “Se debe confesar que se trata del campo más arbitrario en el ámbito de nuestra práctica tribunalicia y, por consiguiente, una fuente tremenda de inseguridad jurídica [...] el fenómeno puede tener diferencias de grado en los distintos países, pero no puede pasarse por alto que se genera en todos y [...] le cabe a la doctrina gran parte de responsabilidad, especialmente por la escasa atención que le ha prestado al mismo y por el consiguiente magro resultado que el desarrollo dogmático ha alcanzado al respecto”.

44. Cfr. GALLEGO DÍAZ. Ob. cit., p. 93.

45. KARL HAAG. *Rationale Strafzumessung*, Colonia, Carl Heymanns Verlag, 1970, pp. 15 y ss., propone, por ejemplo, acudir a modelos científico-matemáticos.

46. Cfr. “El Tribunal electrónico”, en *Gog y libro negro*, Barcelona, Circulo de Lectores, 1973, pp. 284 y ss.

ello llevaría al desastre y a la cosificación de la persona humana, perdiéndole todo respeto a su dignidad, ahogándose en las náuseas del despotismo y la arbitrariedad.

Tercera. Así mismo, la existencia de vacíos e incongruencias en la Ley tampoco puede servir de pretexto para que, en lugar de una pena democrática, se entronice el terrorismo punitivo como a veces se pretende. Por el contrario, se trata de realizar una verdadera tarea hermenéutica que —a partir de disciplinas como la lógica formal y material, las modernas construcciones del lenguaje, la Criminología, la Política Criminal, la Dogmática, y los principios constitucionales del Estado democrático— permita dotar de profundo humanismo la tarea de cuantificación penal.

Cuarta. Naturalmente, no debe olvidarse que para poder cumplir de mejor manera la tarea de medición penal es indispensable que el funcionario judicial haya llevado a cabo, previamente, una adecuada calificación de la conducta o conductas objeto de valoración, emitiendo con rigor y coherencia los juicios de conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, como lo exigen las construcciones dogmáticas del delito. Pero, más allá de esas elaboraciones, se trata también de impulsar una verdadera dogmática de la tasación de la pena, cuyos principios posibiliten valorar de mejor manera el injusto y la culpabilidad del agente e imponer, de conformidad con ellos, la pena correspondiente en el caso concreto.

Quinta. En esta tarea judicial, como en todas, se requiere de la más absoluta desprevención, ecuanimidad y sobriedad en los juicios, para no caer en cuantificaciones penales abusivas o inhumanas, ridículas o insignificantes. La democracia real exige que los jueces, dotados de un inmenso poder, limiten los derechos fundamentales de la persona humana sólo en cuanto ello sea necesario y, por supuesto, dentro de los cánones propios del ideario liberal que la Constitución y la Ley han señalado. Desde luego, esto no significa que el fallador se tenga que limitar a ser “la boca que pronuncia las palabras de la Ley” en este ámbito, como dijera MONTESQUIEU, pues es evidente que él no sólo aplica el Derecho sino que también lo crea⁴⁷. Ese margen de creación es el que debe estar sometido a severos controles para que deambule dentro de criterios de racionalidad y ponderación en el marco delineado por la Constitución y la Ley⁴⁸.

Sexta. Si algo debe quedar claro después de la exposición anterior, es que urge debatir con profundidad todo el sistema de determinación de las penas con miras a tornarlas, de un lado, en un instrumento más eficaz en la lucha contra la criminalidad; y, del otro, sin que esto excluya lo primero, en un mecanismo respetuoso de los derechos fundamentales de la persona humana. Esta tarea es todavía más urgente, cuando se piensa en la alambicada construcción legislativa que ha confeccionado el legislador

47. Cfr. BRUNS. Ob. cit., p. 1.

48. Cfr. ZIFFER. Ob. cit., p. 28; DEMETRIO CRESPO. *Prevención general...*, cit., p. 272.

la cual, por su complejidad, está llamada a generar muchos dolores de cabeza entre los administradores de Justicia y los estudiosos⁴⁹.

Séptima. Ese replanteamiento es todavía más urgente si se tiene en cuenta que, a diferencia de los sistemas de penas adoptados por los países europeos, cuyos textos legales hacen hincapié en los fines preventivos en este ámbito, en naciones como las del Cono Sur del continente americano los modelos penales siguen aferrados a las penas privativas de libertad de larga duración, haciendo muy pocas concesiones a nuevas especies de sanción e incluso a sustitutivos penales, con lo cual son mayores los riesgos que se corren de cara a la preservación de la seguridad jurídica. Lo anterior, es producto de que en Latinoamérica es una constante el endurecimiento de penas como única herramienta de lucha contra la criminalidad⁵⁰.

Octava. Así mismo, el estudioso y el administrador de justicia colombianos deben ser muy cuidadosos a la hora de interpretar los textos legales en materia de determinación de la pena –sobre todo a raíz de las encrucijadas interpretativas generadas por la normatividad, como ya se mostró a lo largo de este trabajo–, para no caer en el equívoco de creer que ellos se corresponden con la doctrina hispano-germana en este ámbito, sobre todo porque se trata de codificaciones y de sociedades bien distintas en las cuales la pena privativa de libertad tiene también alcances muy diferentes.

Novena. En definitiva, pues, la fórmula adoptada por el Código Penal del 2000 se puede inscribir en el marco de las que se clasifican como mixtas, aunque al abundar en criterios dosimétricos posibilita plurales interpretaciones y múltiples discusiones. Así mismo, de otra parte, al introducir el sistema de los cuartos para los artículos 55 y 58, vuelve al viejo modelo español –contemplado también en los códigos penales de 1837 y 1890– de los grados, que no sólo desemboca en una verdadera aritmética de las penas sino que demuestra una gran desconfianza hacia la tarea judicial la cual quiere delimitar al máximo.

Décima. Esto último, paradójicamente, contrasta agudamente con las exigencias propias de un derecho penal de prevención –por las que tanto clama el legislador– que, al prestar mayor atención a la personalidad del delincuente y a las necesidades de prevención especial, demandan un aumento del arbitrio del juez. Hay, pues, de entrada, si se quiere, un quiebre de las premisas filosóficas que inspiran al codificador quien –al querer complacer a todas las corrientes– termina asumiendo posturas muchas veces contrapuestas.

49. Son aquí compartibles las observaciones que, en su momento, hiciese la Procuraduría General de la nación al Proyecto de 1998: “El proyecto de la Fiscalía, en los artículos 59 y 60, incluye complejos parámetros para precisar y determinar los mínimos y máximos, y la sanción imponible, en forma tan discriminada y compleja que, a no dudarlo, creará confusión e incertidumbre” (cfr. p. 50).

50. Así JOSÉ HURTADO POZO. “Propuesta de un sistema de sanciones penales relativo al Proyecto de Código Penal Tipo Hispanoamericano”, en *ADP, El sistema de penas del nuevo Código Penal*, Lima, Asociación Peruana de Derecho Penal, 1999, p. 25.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- AMBOS, KAI/OSCAR JULIÁN GUERRERO PERALTA (comps.). *El estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.
- APONTE CARDONA, ALEJANDRO DAVID. “La nueva regulación de la punibilidad: del juez como garante de los derechos fundamentales”, en *Memorias Jornadas de Reflexión sobre la reforma al sistema penal colombiano*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2001.
- BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO. “El principio de inherencia del artículo 59 del Código Penal”, en *ADPCP*, t. CLV, Madrid, Ministerio de Justicia/Centro de publicaciones, 1991.
- BRUNS, HANS JÜRGEN. *Das Recht der Strafzumessung*, Colonia, Berlín, Bonn, Munich, Carl Heymananns Verlag, 2.^a ed., 1985.
- CID MOLINÉ, JOSÉ/ELENA LARRAURI PIJOAN (COORDS.) y AA. VV. *Penas alternativas a la prisión*, Barcelona, Bosch, 1997.
- COBO DEL ROSAL, MANUEL/TOMÁS SANTIAGO VIVES ANTÓN. *Derecho penal. Parte General*, 5.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- Código Penal. Sumillado, concordado, notas, índice analítico, cuadro de modificaciones, Lima, 4.^a Edición oficial, Grijley, 1999.
- Código Penal de la República del Paraguay. Asunción, Instituto de Ciencias Penales del Paraguay, 1998.
- Code Pénal Suisse, Berna, Edición oficial, 1995.
- Codificación Nacional, t. VI, años de 1836 y 1837, Bogotá, Imprenta Nacional, 1925, pp. 425 y ss.
- Código Penal de la Nación Argentina, Buenos Aires, Ediciones del País, 2003.
- Comité Nacional Sueco para la Prevención del Delito. *Un nuevo sistema de penas. Ideas y propuestas*, JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS (trad.), en *ADPCP*, 1979, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1979, pp. 179 y ss.
- DEMETRIO CRESPO, EDUARDO. “Notas sobre la dogmática de la individualización de la pena”, en *DPC*, n.º 67, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999; también en *NDP*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998 A.
- DEMETRIO CRESPO, EDUARDO. *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1999.

- DOLCINI, EMILIO. *La commisurazione della pena*, Padova, Cedam, 1979.
- FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y razón*, PEREFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ y colaboradores (trad.), Madrid, Trotta, 1995.
- FIANDACA, GIOVANNI/ENZO MUSCO. *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 3.^a ed., 1995.
- FOREGGER, EGMONT/ERNST EUGEN FABRIZY. *Strafgesetzbuch. Kurzkomentar*, Viena, Manzsche Verlags und Universitätsbuchhandlung, 1999.
- GALLEGO DÍAZ, MANUEL. *El sistema español de determinación legal de la pena*, Madrid, ICAI, 1985.
- GARCÍA ARÁN, MERCEDES. *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, Barcelona, Universitat de Barcelona, 1982.
- GATTI, GIUSTINO/RAFFAELE MARINO /ROSSANA PETRUCCI. *Codice Penale*, Nápoles, Edizioni Giuridiche Simone, 2000.
- GRACIA MARTÍN, LUIS/MIGUEL ÁNGEL BOLDOVA PASAMAR/M. CARMEN ALASTUEY DOBÓN. *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.
- GOLOVKO, LEONID. *Le Code Pénal Russe de 1997*, París, Cujas, 1998.
- HAAG, KARL. *Rationale Strafzumessung*, Colonia, Carl Heymanns Verlag, 1970.
- HASSEMER, WIENFRIED. *Fundamentos de Derecho penal*, FRANCISCO MUÑOZ CONDE y LUIS ARROYO ZAPATERO (trad.), Barcelona, Bosch, 1984.
- HASSEMER, WIENFRIED. “¿Alternativas al principio de culpabilidad?”, FRANCISCO MUÑOZ CONDE (trad.), en CPC, n.º 18, 1982, Madrid, Edersa, 1982.
- HIRSCH, ANDREW VON. *Censurar y castigar*, prólogo de ELENA LARRAURI (trad.), Madrid, Trotta, 1998.
- HURTADO POZO, JOSÉ. “Propuesta de un sistema de sanciones penales relativo al Proyecto de Código Penal Tipo Hispanoamericano”, en ADP, *El sistema de penas del nuevo Código Penal*, Lima, Asociación Peruana de Derecho Penal, 1999.
- JAKOBS, GÜNTHER. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS y JOSÉ LUIS SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO (trad.), Madrid, Marcial Pons, 1995.

- JESCHECK, HANS HEINRICH. *Tratado de derecho penal*, JOSÉ LUIS MANZANARES SAMANIEGO (trad.), Granada, Comares, 4.^a ed. alemana, 1988.
- JESCHECK, HANS HEINRICH/THOMAS WEIGEND. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.^a ed., 1996. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, MIGUEL OLMEDO CARDENOTE (trad.), Granada, Comares, 2002.
- LYNCH, GERARD E. "Plea Bargaining: el sistema no contradictorio de justicia penal en Estados Unidos", NATALIA SERGI (trad.), en *NDP*, 1998A.
- LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL. *Código penal*, Madrid, McGraw-Hill, 2.^a ed., 1998.
- LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL. *Medición de la pena y substitutivos penales*, Madrid, Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid, 1979.
- MAIA GONÇALVES, M. *Código Penal Portugê's. Anotado e comentado e legislação complementar*, Coimbra, 12.^a ed., 1998.
- MAURACH, REINHART/KARL HEINZ GÖSSEL/HEINZ ZIPF. *Derecho penal. Parte General 2*, JORGE BOFILL GENZSCH (trad.), Buenos Aires, Astrea, 1995.
- MIR PUIG, SANTIAGO. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, Ariel, 1994.
- MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, Tecfoto, 5.^a ed., 1998; hay sexta edición de 2002.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO/MERCEDES GARCÍA ARÁN. *Derecho Penal. Parte General*, 3.^a ed., 1998.
- OBREGÓN GARCÍA, ANTONIO y AA. VV. *Comentarios al Código Penal*, t. III, Madrid, Edersa, 2000, edición a cargo de MANUEL COBO DEL ROSAL.
- PAPINI, GIOVANNI. *Gog y el libro negro*, MARIO VERDAGUER (trad.), Barcelona, Círculo de Lectores, 1973.
- POSADA MAYA, RICARDO/HAROLD MAURICIO HERNÁNDEZ BELTRÁN. *El sistema de individualización de la pena en el derecho penal colombiano*, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana-Diké, 2001.
- PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *La reforma al sistema penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.
- Proyecto de Ley por la cual se expide el Código Penal, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 1998.

- QUINTERO OLIVARES, GONZALO. “Determinación de la pena y política criminal”, en *CPC*, n.º 4, Madrid, EDESA, 1978.
- QUINTERO OLIVARES, GONZALO/FERMÍN MORALES PRATS/J. MIGUEL PRATS CANUT. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Aranzadi, 1999.
- ROMANO, MARIO: “Merecimiento de pena, necesidad de pena y teoría del delito”, en JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ. *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Libro-Homenaje a CLAUS ROXIN, Barcelona, Bosch, 1995.
- ROXIN, CLAUS. *Derecho penal, Parte General*, t. 1, DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA/MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA DE CONLLEDO/JAVIER DE VICENTE REMESAL (trads.), Madrid, Civitas, 1997.
- ROXIN, CLAUS. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. 1, Munich, C. H. Beck, 3.ª ed., 1997.
- ROXIN, CLAUS. *Problemas básicos del derecho penal*, DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA (trad.), Madrid, Reus, 1976.
- ROXIN, CLAUS. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, FRANCISCO MUÑOZ CONDE (trad.), Madrid, Reus, 1981.
- ROXIN, CLAUS. ¿Qué queda de la culpabilidad en derecho penal?, JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ (trad.), en *CPC*, n.º 30, Madrid, Edersa, 1986.
- ROXIN, CLAUS. “La culpabilidad como criterio limitativo de la pena”, *Revista de Ciencias Penales de Chile*, t. 32, enero-abril de 1973, Santiago, Encina, 1973.
- ROXIN, CLAUS. *Iniciación al derecho penal de hoy*, FRANCISCO MUÑOZ CONDE y DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA (trads.), Sevilla, Universidad de Sevilla, 1981.
- SALAZAR MARÍN, MARIO. “La determinación judicial de la pena” en *NFP*, n.º 43, Bogotá, Temis, 1989.
- SALEILLES, RAYMOND. *La individualización de la pena. Estudio de criminalidad social*, JUAN DE HINOJOSA (trad.), Madrid, Hijos de Reus, 1914.
- SANDOVAL HUERTAS, EMIRO. *La pena privativa de la libertad en Colombia y en Alemania Federal*, Bogotá, Temis, 1988.
- SCHÖNKE, ADOLF/HORST SCHRÖDER/THEODOR LENCKNER/PETER CRAMER/ALBIN ESER/WALTER STREE. *Strafgesetzbuch. Kommentar*, Munich, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 25.ª ed., 1997; 26.ª ed., 2001.
- SCHUNEMANN, BERND. *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, notas JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ (trad.), Madrid, Tecnos, 1991.

SCHUNEMANN, BERND. *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, Madrid, Tecnos, 2002.

SERRANO MAÍLLO, ALFONSO. *Compensación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal e individualización de la pena*, Madrid, Dykinson, 1995.

STRATENWERTH, GÜNTER. *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, ENRIQUE BACIGALUPO y AGUSTÍN ZUGALDÍA E. (trad.), Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1980.

STRATENWERTH, GÜNTER. *Tatschuld und Strafzumessung*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1972.

SUAZO LAGOS, RENÉ AGUSTÍN. *La evolución histórica del sistema de determinación de la pena en Alemania y Honduras. Estudio de derecho comparado y reflexiones para una futura reforma del sistema de determinación de la pena en Honduras*, Madrid, Tesis Doctoral sin publicar, Universidad Complutense de Madrid, 1979.

VALLE MUÑIZ, JOSÉ MANUEL y AA. VV. *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, Aranzadi, 1996.

VELÁSQUEZ V., FERNANDO. *Derecho Penal. Parte General*, Bogotá, Temis, 3.ª ed., 1997.

VELÁSQUEZ V., FERNANDO. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Bogotá, Temis, 2002.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, Ediar, 1989.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. *Tratado de derecho penal. Parte General*, 5 tomos, Buenos Aires, Ediar, 1980-1983.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. “Ejemplarización, prevención general y cuantificación penal”, en RCAPV, n.º 8, 1983, Medellín, Señal, 1983, pp. 49 y ss.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. “Las penas crueles son penas”, en DPC, n.ºs 47-48, Bogotá, RDV, 1993.

ZAMORA, FERNANDO MARCELO. *Código Penal*, Buenos Aires, Zavallía, 1987.

ZIFFER, PATRICIA S. *Lineamientos de la determinación de la pena*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1996.

ZIPF, HEINZ. “Principios fundamentales de la determinación de la pena”, en CPC, n.º 17, Madrid, Edersa, 1982.

ZIPF, HEINZ. *Die Strafzumessung. Eine systematische Darstellung für Strafrechtpraxis und Ausbildung*, Heidelberg/Karlsruhe, C. F. Müller Verlag, 1977.

ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL. *Fundamentos de derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 3.ª ed., 1993.