

NOTAS SOBRE LA DOGMÁTICA DE LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

Eduardo Demetrio Crespo*

I. PRESENTACIÓN

Sin duda, cuando nos referimos a la *individualización judicial de la pena*¹ nos situamos en un ámbito del derecho penal material confuso, incluso conceptualmente, y muy poco estudiado². El Código Penal español de 1995 ha introducido reformas en este ámbito que permiten hablar de la existencia de un marco penal para dicha labor³.

* Universidad de Salamanca.

1. En adelante nos referiremos a este término con las siglas IJP.
2. En la bibliografía en español destacan los siguientes trabajos: Diego Manuel Luzón Peña. *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid, 1979; Gonzalo Quinteros Olivares. *Determinación de la pena y política criminal*, en "CPC", N° 4, pp. 49-84 (*cit.*, *Determinación*); José Manuel Gómez Benítez. *Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española*, en "RFDUC", 1980, monográfico 3, pp. 129-194; Mercedes García Arán. *Los criterios de determinación de la pena en el derecho español*, Barcelona, 1982; AA.VV. *Determinación judicial de la pena*, Buenos aires, 1993; Patricia S. Ziffer. *Lineamientos de la determinación de la pena*, Buenos Aires, 1996.
3. José Luis González Cussac, en Tomás S. Vives Antón, (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Valencia, 1996, pp. 364-458, esp. p. 366; Mapelli Caffarena/Terradillos Basoco. *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, 1996, p. 189 (*cit.*, *Las consecuencias*); Muñoz Conde/García Arán. *Derecho Penal. Parte general*, 2ª ed., Valencia, 1996, p. 554; Santiago Mir Puig. *Derecho Penal. Parte general*, 4ª ed. corregida y puesta al día conforme al Código Penal de 1995, Barcelona, 1996, p. 739 (*cit.*, *Derecho Penal*); Miguel Ángel Boldova Pasamar. *Aplicación y determinación de la pena*, en Martín Gracia (coord.). *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal*

Nuestra intención en estas páginas es poner de relieve algunos aspectos destacados acerca de la denominada “dogmática del derecho de la individualización judicial de la pena”⁴. Para ello nos ha parecido adecuado, en primer término, tras abordar la correspondiente delimitación conceptual previa, señalar cuáles son las categorías con que cuenta y de las que se sirve la dogmática mencionada (factores y fases de la IJP), así como entrar en el análisis del problema de la racionalidad de la decisión individualizadora, que subyace en toda la discusión científica habida en Alemania en los últimos años en torno a las diferentes “teorías sobre la IJP”, para finalmente esbozar los dos principales “modelos de decisión teórica” elaborados en aquel país: el de la pena exacta o puntual y el del espacio de juego.

II. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

En primer lugar conviene recordar la diferenciación conceptual existente entre determinación legal de la pena (*Strafbemessung*), y la “individualización judicial de la pena” (*Strafzumessung*)⁵.

En la *determinación legal de la pena* el legislador determina en abstracto las penas correspondientes a los delitos, fijando penas máximas y mínimas para cada delito, conforme a su gravedad. De este modo se pone a disposición del juez un espacio de juego (*Spielraum*), o marco penal (*Strafrahmen*). A este estadio pertenece también la aplicación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal⁶. La

español, Valencia, 1996, pp. 177-236, esp. p. 204; Federico Bello Landrove. *Determinación de la pena*, VIII Ponencia del Curso sobre penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal celebrado en Madrid del 21 al 23 de octubre de 1996, C. G. P. J., pp. 1-26, esp. pp. 22 y 25.

4. Aunque posiblemente el moderno entendimiento del derecho penal obliga a vincular estrechamente dogmática y política criminal con carácter general, en este ámbito dicha vinculación es absolutamente necesaria. De cualquier forma, afirmar la necesidad del estudio “dogmático” de la IJP, puede constituir una aseveración ya de por sí problemática, en cuanto que parte de la doctrina estima que en este campo debe producirse una relativa renuncia a la dogmática (cf. Gonzalo Quintero Olivares. *Curso de derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1996, pp. 535 y ss., esp. p. 537).
5. Mir Puig señala que por “determinación de la pena” se entiende la fijación de la pena que corresponde al delito, y que ello afecta tanto a la clase como a la cantidad de pena, incluyendo en un sentido amplio la decisión acerca de la suspensión de la pena o su sustitución por otras penas o por medidas de seguridad. Aclara, además, que en ese esquema la determinación de la pena posee un momento legal y otro judicial, a los que debe añadirse la intervención de la Administración penitenciaria en la ejecución de las penas privativas de libertad. Por su parte, Quintero Olivares añade a esos dos momentos otros de carácter previo y fundamental como es la determinación constitucional de la pena (Mir Puig. *Derecho penal, Op. Cit.*, pp. 736-737; Gonzalo Quintero Olivares. *Determinación, Op. Cit.*, p. 57).
6. Entendemos, por consiguiente, que la aplicación por el juez a un caso de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal al objeto de llegar al “marco penal concreto” constituye en sentido estricto un momento de la determinación legal de la pena. Sin embargo creemos que en nuestro derecho las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal condiciona estrechamente la IJP, que haría posible hablar de un momento inmediatamente anterior a ésta última. Ésta vendría indicada por el término “determinación judicial de la pena” (*richterliche Strafbemessung*), frente al de “fijación

determinación legal de la pena puede entenderse como un proceso de concreción de las consecuencias jurídicas que corresponde aplicar a un sujeto criminalmente responsable por la comisión de una infracción penal, en el que se fija la pena abstracta que se considera suficiente para impedir potenciales hechos delictivos, atendiendo a criterios de proporcionalidad (“marco penal abstracto”), y se decide la clase y cantidad de pena, todavía en abstracto, que hay que imponer a un hecho (“marco penal concreto”), lo cual se verifica “mediante la comprobación de tres órdenes de factores: el grado de ejecución del delito, el título por el que el sujeto interviene en él y, por último, la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en el supuesto”⁷. Por “determinación de la pena” hemos de entender, por lo tanto, la fijación por el legislador de un marco penal genérico para un delito, que implica la configuración de grupos valorativos especiales que vinculan al juez y le guían en la individualización de la pena⁸.

En la *individualización judicial de la pena*, cuestión que constituye propiamente nuestro objeto de estudio, éste asume la tarea de la elección de la pena adecuada al caso concreto, dentro del marco ofrecido por el legislador⁹. En el derecho positivo español, la IJP implica una delimitación de tipo cuantitativo, pero también de carácter cualitativo como, por ejemplo, en los supuestos de penas alternativas (arts. 244.1, 291, 295, etc.), penas de imposición potestativa (art. 226.2), o en los supuestos en que cabe la aplicación de sustitutivos penales (arts. 88 y 89)¹⁰. El problema de la IJP es elegir la pena justa a partir del marco penal típico correctamente determinado, pero en modo alguno la corrección de un tipo penal determinado incorrectamente (que es un problema del uso correcto de los medios jurídicos), como tampoco la cuestión de la inimputabilidad del autor¹¹. La IJP supone no sólo la fijación de la clase y cantidad de pena aplicable al caso concreto, sino también, eventualmente, la decisión sobre aplicación o no de “sustitutivos penales”¹². La individualización de la

legal de la pena” (*getzliche Strafbestimmung*), constituyendo ambos elementos de la “determinación legal de la pena” (*Strafbemessung*).

7. Esteban Juan Pérez Alonso. *Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes “indeterminadas” en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Madrid, 1995, esp. pp. 291-292 (cit. *Teoría general*).
8. Hans-Heinrich Jescheck. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., trad. de José Luis Manzanares Samaniego, Granada, 1993, p. 786 (cit. *Tratado*).
9. Edmund Mezger. *Strafzweck und Strafzumessungsregeln*, en *Materialien zur Strafrechtsreform*, 1954, 1. Bd., pp. 1-28, esp. p. 1 (cit. *Strafzweck*); Günter Spendel. *Zur Lehre von Strafmaß*, Franckfurt am Main, 1955, pp. 160 y ss. (cit., *Zur Lehre*).
10. Mapelli Caffarena/Terradillos Basoco. *Las consecuencias*, *Op. Cit.*, p. 189.
11. Eduard Dreher. *Rationalere Strafzumessung?*, en AA.VV. *Pönometrie, Rationalität oder Irrationalität der Strafzumessung*. Köln, 1977, pp. 37-48, esp. pp. 37-38 (cit., *Rationalere*).
12. Señala Jescheck que la individualización de la pena comprende en el derecho alemán no sólo la fijación misma de la pena, sino también la suspensión condicional de la pena, con las tareas y reglas de conducta, la advertencia con reserva de la pena, la renuncia a la pena, la exención de pena, la imposición de medidas de corrección y aseguramiento, y el pronunciamiento de la pérdida de la ganancia y del comiso, así como la imposición de consecuencias accesorias (cfr. Hans-Heinrich Jescheck. *Tratado*, *Op. Cit.*, p. 785).

pena constituye, junto con la apreciación de la prueba y la aplicación de un precepto jurídico penal a hechos probados, la tercera función autónoma del juez penal¹³, por la que “compete al juez, para cada caso concreto, determinar la pena aplicable y su duración, en función de todos los elementos y factores reales conjugables del hecho y del autor”¹⁴. La *IJP en sentido estricto* es la decisión sobre el tipo y cantidad de pena que corresponde aplicar al autor de un hecho delictivo por la transgresión culpable de un precepto penal, decisión en la que el primer paso lógico es la elección entre la pena privativa de libertad y la pena de multa. A la *IJP en sentido amplio* pertenecen a su vez la decisión sobre la aplicación o no de la suspensión de la ejecución de la pena, y otros sustitutivos penales¹⁵.

El acto de IJP ha sido calificado como un *acto de discrecionalidad jurídicamente vinculada*¹⁶. Efectivamente, el juez puede moverse “libremente” en principio en el marco legal previamente determinado por el legislador para un determinado delito, y a aquél le corresponde la misión de concretar la conminación penal de la ley para el caso concreto, pero siempre orientado por algunos *principios* que habrán de extraerse de las declaraciones expresas de la ley, o bien de los fines del derecho penal en su conjunto, o más concretamente de los fines de la pena¹⁷, partiendo de la función y de los límites que corresponden al derecho penal. A estos efectos, hay que tener en cuenta que los fines de la pena, modelo de Estado y elementos de teoría del delito no son independientes, sino que se condicionan entre sí¹⁸.

III. FACTORES Y FASES DE LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

El estudio de esta fase de la intervención penal, cuyo ámbito ha quedado someramente delimitado, cuenta con diferentes “categorías” que constituyen, por decirlo gráficamente, las herramientas de las que se sirve la dogmática de la IJP. En primer lugar, tenemos el propio concepto de “fundamento individualizador de la pena” (*Strafzumessungsgrund*), que en la ya clásica concepción de Spendel comprende tres significados: real, final y lógico^{19/20}.

13. *Ibidem*, p. 787.

14. Esteban Juan Pérez Alonso. *Teoría General*, *Cit.*, p. 295.

15. Günter Hirsch. *Vorbemerkungen zu den §§ 46*, en “LK”, 10 Auflage, pp. 1-79, p. 27 (*cit.*, *Vorbemerkungen*); Heinz Zipf. *Die Strafzumessung, Eine systematische Darstellung für Strafrechtspraxis und Ausbildung*, Heidelberg, Karlsruhe, 1977, pp. 7-8 (*cit.* *Die Strafzumessung*; Hans-Jürgen Bruns. *Strafzumessungsrecht, Gesamtdarstellung*, 2, neubearbeitete und erweiterte, Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München, 1974, pp. 38 y ss. (*cit.*, *Strafzumessungsrecht*).

16. Hans-Heinrich Jescheck. *Tratado*, *Cit.*, p. 788; Jescheck/Weigend. *Lehrbuch von strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Berlín, 1996, p. 871.

17. Jescheck. *Tratado*, *Cit.*, p. 788; Mir Puig. *Derecho penal*, *Cit.*, p. 745.

18. Berdugo Gómez de la Torre/Arroyo Zapatero/García Rivas/Ferré Olivé/Serrano Piedecabras. *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1996, p. 817.

De acuerdo con la definición de Spendel, el concepto “fundamento individualizador de la pena” puede entenderse, en primer lugar, como “fundamento real” (*Realgrund*), o *causa essendi* de la medida de la pena. Con ello se quiere aludir a los antecedentes de hecho y circunstancias que necesariamente tienen que ser tenidas en cuenta. Los ejemplos que señala el autor son clarificadores: el extraordinario valor de las cosas robadas, la especial brutalidad de unos malos tratos, o el número de muertos como consecuencia de una acción imprudente. En segundo lugar, tiene el significado de “fundamento final” (*Zweckgrund*) o *causa finalis*, lo cual significa preguntarse por el fin que se persigue con la imposición de la pena. Por último, está el “fundamento lógico” (*logischer Strafzumessungsgrund*) o *ratio cognoscendi*, que vincula los presupuestos de la individualización con la individualización misma²¹.

Junto a lo ya dicho conviene profundizar un poco en las relaciones que Spendel trata de establecer entre los tres tipos de factores, pues las precisiones conceptuales y metodológicas que de ellas derivan configuran la estructura básica de la dogmática de la IJP. En primer lugar, por lo que se refiere a los fines de la pena, entiende el autor que sólo se puede deducir el principio formal-general de que la pena debe corresponder, en tanto que retribución, a la gravedad del hecho, y constituir, por lo tanto, una medida justa. Los demás presupuestos materiales bajo los cuales se aplica este principio vienen dados por los factores reales de la individualización. Sin embargo, el fundamento final de la individualización es el problema cardinal de toda la cadena argumentativa.

En segundo lugar, para Spendel, los fundamentos lógicos habrán de consistir en la combinación consecuente, libre de contradicciones de los otros fundamentos. En realidad los tres factores se hallan entrelazados y constituyen una unidad; sin embargo, su división conceptual puede servir para una correcta comprensión de la labor individualizadora y, por tanto, también de su complejidad²².

19. Günter Spendel. *Zur Lehre*, pp. 191 y ss.

20. La advertencia de que el concepto de fundamento individualizador no es unitario se encuentra, por primera vez, en las investigaciones de Wimmer, bien que sólo diferenciara entre los factores reales de la medición (*Zumessungstatsachen*), y consideraciones acerca de la misma (*Zumessungserwägungen*). Para Wimmer, lo que hay que entender por factores reales de la medición depende, en primer lugar, del sentido y fin de la pena, y dando por sentado que, conforme a esas reflexiones previas, la medida de la pena tiene que fijarse en torno a la medida de la culpabilidad (*Schuldmaß*), entiende que los factores reales del derecho penal de la culpabilidad pertenecen, en primer lugar, al hecho mismo y, en segundo lugar, a su psicogénesis, para lo cual signos importantes podrán ser extraídos de sucesos anteriores y posteriores al hecho mismo. Además, para este autor son factores reales el fin preventivo-general de la pena (por el peligro de incremento de la comisión del hecho), y el fin preventivo-especial (en función de la peligrosidad del autor). Por último, señala también como factores reales aquellos que resulten de la pregunta por el concreto efecto preventivo, o retributivo, bajo las circunstancias particulares del autor. En definitiva, según este autor, son factores reales de la medición todo aquello que pueda mostrar el grado de culpabilidad del autor, en qué medida el autor está vinculado al hecho cometido, en qué medida el hecho amenaza a la comunidad, y cómo reaccionará el autor a la pena (cf. August Wimmer. *Die Strafzumessungstatsachen in Prozess*, en “NJW”, 1947/48, pp. 126-129, esp. pp. 126-127).

21. Günter Spendel. *Zur Lehre*, *Cit.*, pp. 191-193.

22. *Ibidem*, pp. 198-199.

Bruns ha detallado el esquema de Spendel, proponiendo distinguir hasta cinco fases de la IJP:

- a) Ajuste a los fines de la pena.
- b) Averiguación de los factores de hecho relevantes para la individualización de la pena.
- c) Determinación de la dirección valorativa de los factores reales.
- d) Ponderación de las circunstancias de la individualización de la pena entre sí.
- e) Clasificación del caso en la escala de penas del marco penal previo²³.

Streng ha criticado esta clasificación en el sentido de que no ayuda a solucionar los problemas de la IJP, aunque le reconoce el valor de facilitar una exposición ordenada de los mismos²⁴. Montenbruck, por su parte, considera esta crítica fuera de lugar, ya que una clasificación de esta índole hace las decisiones del juez más controlables²⁵.

Bacigalupo ha adherido básicamente a esta ordenación sistemática de las “operaciones intelectuales” propias de la IJP, como proceso lógico que, a su juicio, consta de los siguientes niveles:

“1. *Determinación de los fines de la pena*, es decir, establecer si se dará prioridad a la prevención especial, o a la general (suponiendo que se le reconozca aplicación legítima en el ámbito de la individualización de la pena); este problema no se agota en la interpretación del Código Penal y trasciende el ámbito de la interpretación constitucional.

2. *Fijación de las circunstancias de hecho por valorar* (factores reales o de hecho de la individualización de la pena) a partir del criterio seguido respecto de los fines de la pena; aquí habrá de ocuparse fundamentalmente de la exclusión de las circunstancias irrelevantes para la mayor o menor gravedad, distinguiéndose de aquéllas que sí lo son... los factores reales de la individualización no son las circunstancias agravantes y atenuantes..., sino las circunstancias del hecho que permiten determinar la gravedad, o sea, el significado de la personalidad del delincuente en el caso de la regla 4^a, y en el de la regla 7^a del artículo 61, la entidad de las circunstancias modificativas y la mayor o menor gravedad del mal producido por el delito²⁶.

23. Hans Jürgen Bruns. *Strafzumessungsrecht*, Cit., p. 6.

24. Franz Streng. *Strafzumessung und relative gerechtigkeit. Eine Untersuchung zu rechtlichen, psychologischen Aspekten ungleicher Strafzumessung*, Heidelberg, 1984, p. 46.

25. Axel Montenbruck. *Abwägung und Umwertung. Zur Bemessung der Strafe für eine Tat und für mehrere Taten*, Berlín, 1989, p. 20.

3. *Valoración de los factores reales de la individualización a favor o en contra del autor.*

4. *Transformación de todas las consideraciones en una expresión numérica*²⁷.

En definitiva, lo que se pone de relieve con la descripción de diferentes “factores” y “fases” en el proceso de medición-individualización de la pena, es que (prescindiendo de las concretas reglas establecidas en un determinado ordenamiento jurídico relativas a la “determinación legal de la pena”, y de los posibles criterios-guía que establezca el legislador para la IJP propiamente dicha), la IJP constituye un momento de la intervención del sistema penal que no puede relegarse a la “intuición”, sino a un proceso determinado de racionalización. Como se desprende del tipo de factores y fases que deben entrar en consideración, ese proceso es de una complejidad extraordinaria y, sin embargo, su estudio no ha sido abordado en profundidad. De ahí la tan denunciada “irracionalidad” de la medición de la pena, en la que conceptos como *individualización e igualdad-racionalidad-legalidad-justicia*, aparecen a veces como antagónicos, aunque realmente no lo sean. Todo depende, naturalmente, del sentido y la articulación que se dé al ideal de la *individualización de la medición de la pena* que, en cuanto tal, es un objetivo deseable del sistema penal.

IV. EL PROBLEMA DE LA RACIONALIDAD DE LA DECISIÓN SOBRE LA MEDICIÓN DE LA PENA

La exigencia de “racionalidad” en la IJP y, por ende, en todo el sistema penal, es de alguna manera argumento recurrente tanto para defender opiniones como rebatirlas y, en este sentido, ha sido invocada por muchos autores que se han ocupado del tema²⁸. Sin embargo, esta unanimidad es engañosa, puesto que comprende tan sólo el nombre y su potencial legitimador, pero no el concepto²⁹. Habrá que analizar, por consiguiente, en primer lugar, los fundamentos de los intentos llevados a cabo en cuanto a la pretendida racionalización y, en segundo lugar, las objeciones posibles,

26. En el C. P. 1995 dichas referencias legales se sustituyen por las contenidas en los artículos 66.1º (“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”) y 66.4º (“Cuando sean dos o más las circunstancias atenuantes o una sola muy cualificada, los jueces o tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, aplicándola en la extensión que estimen pertinente, según la *entidad y número de dichas circunstancias*”) (los destacados me pertenecen).

27. Enrique Bacigalupo. “La individualización de la pena en la reforma penal”, en *RFDUC*, 1980, pp. 58-73, esp. pp. 60-61 (*cit. La individualización*).

28. *Cfr.* por todos, AA.VV. *Pönometrie, Rationalität oder Irrationalität der Strafzumessung*, Colonia, 1977, *passim*.

29. Winfried Hassemer. “Die Formalisierung der Strafzumessungsentscheidung”, en *ZStW*, 1978, pp. 64-99, esp. pp. 71 y ss.

partiendo del concepto de racionalidad que se considere adecuado para su proyección en un sistema normativo como el derecho penal y, más concretamente, en la IJP.

Ordenaremos la exposición de los diversos puntos de vista por autores desde las propuestas más sencillas a las más complejas. Se trata de proyectos de formalización extrema, pero no hay que olvidar que, aunque se reconozca en último término un elemento de irracionalidad en la IJP, ello no quiere decir que deba renunciarse a una regulación de la materia³⁰. En este sentido, sería misión de una propuesta de *lege ferenda* la introducción de criterios que condujeran a una mayor racionalización en esta materia, siempre que se considerara necesario. En una propuesta de este tipo debería incorporarse una posición clara sobre los *factores finales*, como requisito necesario, aunque no suficiente, de una IJP racional.

Grassberger, ya en 1932, propuso unir la decisión individualizadora a reglas de cálculo. Partiendo de la pena normal (*Normalstrafe*), factores como la intensidad de la retribución, la cantidad de culpa, la influenciabilidad del condenado, etc., son sopesados matemáticamente y utilizados para la determinación de la pena³¹. Por su parte, Dubs sostuvo un modelo analítico de la IJP basado en la valoración de cada uno de sus factores. Para explicarlo tomó el ejemplo de la fijación de salarios en grandes empresas, en las cuales, para evitar el tratamiento desigual, se procedía a la aplicación de una valoración analítica del trabajo consistente en: 1) fijación en una lista desde el primer momento de todos los puntos de vista esenciales (catálogo de elementos tales como el sacrificio físico, la responsabilidad, el rendimiento); 2) dotación a cada elemento de un valor determinado; 3) cada elemento es valorado en su aplicación concreta en el marco del valor máximo que se le ha fijado. La suma de los puntos en cada caso que resulte de la valoración de cada elemento constituye la base para la fijación del salario³².

Para Dubs, el análisis particular de cada elemento relevante, previa fijación de aquellos puntos de vista que deben entrar en juego, evita que un determinado punto de vista sea valorado en exceso en el caso concreto, o que un elemento importante deje de ser tenido en cuenta. Como el mismo autor señala, se trata de métodos usados con frecuencia en el ámbito de la prognosis criminológica³³. Pues bien, su propuesta consiste especialmente en la aplicación del método propuesto a la IJP del siguiente modo: en primer lugar, el juez habrá de partir de la “pena normal” para el delito cometido en el ámbito del correspondiente tipo legal conforme a la culpabilidad y la

30. Emilio Dolcini. *Probleme der Strafzumessung in Italien*, en “ZStW”, 94 (1982), pp. 373-403, esp. p. 388 (*cit. Probleme*).

31. Grassberger. *Die Strafzumessung*, 1974, pp. 80 y ss. (citado por Hassemer, en *Die Formalisierung*, *Cit.*, p. 65).

32. Hans Dubs. *Analytische Bewertung als Grundlage richterlicher Strafzumessung*, en *Festschrift zum schweizerischen Juristentag*, Basel, 1963, pp. 9-23 y 20 y ss.

33. Erwin Frey. *Der frühkriminelle Rückfallsverbrecher*, Basel, 1951, pp. 301 y ss. (citado por Dubs, *Op. Cit.*, p. 22, nota N° 20).

gravedad del hecho, lo cual se hace, especialmente, a través de la comparación con casos análogos. Se trata, por lo tanto, en este primer momento, de hallar el punto cardinal de toda la individualización. En una segunda fase habría que analizar y valorar las circunstancias agravantes y atenuantes, de modo que éstas provoquen un aumento o disminución porcentual en la pena fijada anteriormente. El autor entiende que, pese a la aversión existente entre los juristas a trabajar con cifras respecto a las penas, éstas últimas tienen que concretarse, sin embargo, en una expresión numérica. Asimismo, afirma que un modelo de estas características evita la arbitrariedad, a la vez que deja al juez espacio suficiente para el ejercicio de su poder discrecional³⁴.

Bruckmann³⁵ parte de la idea de que el derecho de la IJP en Alemania es defectuoso y, en esa medida, prácticamente inexistente puesto que no corresponde a su finalidad, por lo que sería en último término inconstitucional. En efecto, en el Código Penal alemán se hace alusión a diversas circunstancias que deberán ser tenidas en cuenta por el juez en la individualización de la pena, pero según este autor, estas circunstancias suponen un campo demasiado extenso como para poder ser abarcado por el juez y, por otro lado, no se indica ni la medida en que cada una de estas circunstancias debe influir en la cantidad de la pena, ni las relaciones que deban establecerse entre ellas, a lo que suma la circunstancia de que algunas de ellas pueden jugar tanto en sentido agravatorio como atenuatorio. Por todo ello, el autor llega a la conclusión de que, en definitiva, la ley no regula el derecho de la IJP puesto que de él no resulta una indicación válida para proceder en la práctica. Esta conclusión es ciertamente preocupante, puesto que no se trata de un tema meramente teórico, sino de graves consecuencias prácticas, en la medida en que la justicia del caso concreto necesita seguridad jurídica. Además, si la exigencia constitucional del principio de legalidad penal ha de referirse no sólo al sí de la pena sino también al cómo, ha de concluirse la obligación del legislador de alcanzar un derecho de la IJP que merezca este nombre³⁶.

El punto de partida para la reconstrucción de este derecho lo ve el autor en la necesidad de aclarar qué puntos de vista deben, por su importancia, entrar en juego. En este sentido se refiere a:

a) *La resocialización*. La considera inadecuada como fundamento de la individualización por los siguientes motivos: en primer lugar, debido a su escepticismo acerca de la capacidad, en el estado actual del conocimiento, de establecer una prognosis sobre la resocialización o, con otras palabras, si ésta es posible o no; así como por la exigencia de penas indefinidas hasta conseguir el éxito de la resocialización, lo cual lesiona la dignidad humana, y plantea dudas acerca de su inconstitucionalidad. Sin embargo, entiende que la resocialización tiene que ser la base para decidir el sí y

34. *Ibidem*, p. 23.

35. Ernst-Otto Bruckmann. *Vorschlag zur Reform des Strafzumessungsrechts*, en "ZRP", 2 (1973), pp. 30-34.

36. *Ibidem*, p. 31.

cómo una pena debe ser ejecutada, lo cual es independiente del problema de la cantidad de pena.

b) *La responsabilidad del autor*. Constituye la base o fundamento al que tiene que orientarse el derecho de la individualización y, para encontrar su medida, habrá que tomar en cuenta determinados elementos. Bruckmann propone utilizar un método aritmético que contemple sólo tres factores: la peligrosidad del autor, la gravedad del hecho, y la relación entre el autor y la víctima, de donde se deduciría la pena resultante del siguiente modo: [peligrosidad del autor x gravedad del hecho +/- comportamiento de la víctima = pena final]. La peligrosidad del autor constituye el factor básico, mientras que la gravedad del hecho se expresa en forma de multiplicador. Por último, el comportamiento de la víctima puede añadir o restar pena, ya que en sí no modifica el hecho, pero puede relativizarlo³⁷.

Von Linstow, en su conocida obra *Berechnbares Strafmaß*³⁸, se refiere a la importancia teórica y práctica de la IJP, y el lamentable abandono del problema de la pena adecuada o justa en la ciencia penal. Asimismo, constata el estado científicamente reprochable e irracional de esta parcela del derecho penal, así como la falta de propuestas que logren arrojar luz sobre ella. Entiende que posturas como la de Dreher³⁹, para quien la labor de individualización de la pena por el juez contiene un núcleo de irracionalidad inevitable so pena de convertir la sala del juzgado en una especie de laboratorio psicológico, o la de Schmidt⁴⁰, quien cree igualmente en la existencia de ciertos imponderables en la individualización; suponen defender la irracionalidad como elemento legítimo de la individualización de la pena.

La clave de todo está en el hecho de que la doctrina no ha sido capaz de encontrar la vía de cuantificar el grado de culpabilidad o, dicho de otra forma, de transformar la culpabilidad en una cantidad de pena determinada. Sin embargo señala, citando a Haag⁴¹, que la pregunta no es si la culpabilidad puede medirse o no, ya que la pena se mide diariamente en cada juicio, sino, a lo sumo, qué medios son usados y cuáles deberían serlo. Desde su punto de vista, la pena y la culpabilidad pueden ser, en cuanto a su esencia, desiguales, pero eso no impide fijar una determinada pena a un concreto grado de culpabilidad. Por tanto, lo único que hace falta es encontrar el instrumento de medición adecuado, y para ello no se puede partir del postulado general de adecuación a la culpabilidad, sino que su medición sólo será posible mediante su división o especificación en conceptos inferiores⁴². En este sentido alude al trabajo

37. *Ibidem*, p. 33.

38. Bernhard von Linstow. *Berechnbares Strafmaß*, Berlín, 1974, pp. 4 y ss. y 14 y ss. (*cit. Berechnbares*).

39. Eduard Dreher. *Recensión al libro de Spindel, Zur Lehre vom Strafmaß*, en "GA", 23 (1955), pp. 191-192; *Anmerkung zu einem Urteil des OLG Stuttgart*, en "MDR", 4 (1961), pp. 343-344.

40. Eberhard Schmidt. *Strafzweck und Strafzumessung in einem künftigen Strafgesetzbuch*, en *Materialien zur Strafrechtsreform*, 1, 1954, pp. 9-28.

41. Karl Haag. *Rationales Strafzumessung*, Colonia/Berlín/Bonn/Munich, 1970, p. 60 (*cit. Rationale*).

de Rolinski, que también se refiere a este problema, en el sentido de abandonar la pregunta directa sobre la proporcionalidad entre culpabilidad y pena, puesto que la exigencia de una pena justa, adecuada a la culpabilidad, es una tesis formulada de modo excesivamente general, por lo que se necesita aclarar previamente preguntas anteriores formuladas de modo concreto y específico⁴³. Es esencial tener en cuenta que el autor declara expresamente que *su esquema de individualización no suprime el problema de la disfuncionalidad de nuestro sistema jurídico-penal, que se concreta en las antinomias entre fines de la pena*, sino que se limita a reflejar lo que el sistema jurídico en sí indica: preponderancia del principio de culpabilidad, del que se parte, y juego de los fines preventivos en el marco de lo indicado por aquélla. Su esquema, señala, no puede decidir si esto es correcto y consecuente, o no⁴⁴.

Al igual que la mayoría de los autores, Haag parte en su estudio sobre la IJP de la constatación de las críticas existentes a esta parcela del derecho penal, y su escaso desarrollo dogmático, con las consecuencias que ello comporta. Entre estas consecuencias le parece especialmente grave la desigualdad de trato que se produce en la praxis de los tribunales, por lo que su propuesta tiene como objetivo primordial desarrollar unos fundamentos de la IJP que aseguren la igualdad y la justicia de la praxis de la individualización en mayor medida de lo que se ha hecho hasta el momento. Para ello propone la utilización de los modelos de decisión desarrollados en el ámbito de las ciencias económicas, del operations research, que le parecen adecuados a estos efectos, puesto que en ambos casos debe tomarse una decisión que alcance de modo óptimo determinados fines (en ese caso, beneficios económicos; en el nuestro, la prevención de hechos delictivos) bajo determinadas condiciones (limitación de la capacidad económica en un caso, limitación de la lucha contra la criminalidad a través de las garantías jurídico-estatales, en el otro). Lo que distingue, sin embargo, su modelo de pensamiento de los anteriores es que, como él mismo advierte, no se trata de un esquema aplicable en sentido “contable”, sino que se orienta a la consecución de una plena individualización que preserve la igualdad. Otro presupuesto importante del trabajo de Haag frente al resto es la claridad con que cuadra sistemáticamente su estudio, definiéndolo como el desarrollo de los “fundamentos lógicos de la individualización” en un modelo de decisión teórico. A este modelo sirven, por un lado, la medición de la relación entre datos sociales y los fines de la pena (respecto a los cuales se decide, desde el principio, por los fines preventivos), y, por otro, la valoración y ponderación de los “fundamentos reales de la individualización”⁴⁵.

42. Bernhard von Linstow. *Berechenbares*, Cit., pp. 20 y ss.

43. Klaus Rolinsky. *Die Prägnanztendenz im Strafurteil. Eine Untersuchung über die Bevorzugung und die Benachteiligung von Strafrähen und über die Bedeutung von Merkmalen der Täterpersönlichkeit für die Strafzumessung auf statistischer Grundlage*, Hamburgo. *Kriminologische Schriftenreihe aus der Deutschen Kriminologischen Gesellschaft*, Bd. 37, 1969, p. 90.

44. Bernhard von Linstow. *Berechnbares*, Cit., pp. 28-29.

45. Karl Haag. *Rationale*, Cit., pp. 14 y ss.

Las variables del modelo de optimización de la IJP son las posibilidades de actuación del juez penal conforme al derecho vigente: pena de multa, pena privativa de libertad, suspensión condicional de la pena, medidas de seguridad, etc. Por fin entiende un estado de cosas al que se debe aspirar y que hay que alcanzar, o también evitar (por ejemplo, el fin de protección de bienes jurídicos puede caracterizarse como la evitación de un estado en el cual se cometan lesiones de dichos bienes). Para poder aplicar un modelo de *programación matemática a la IJP debe ofrecerse un módulo que sirva para medir la efectividad de cada una de las variables o medidas aplicadas para la consecución de dicho estado (por ejemplo, se podría pensar en el módulo de la frecuencia de comisión de hechos delictivos), que se denomina cuantificación del fin (Quantifizierung eines Ziels). En segundo lugar hay que señalar qué medida de efectividad le corresponde a cada variable. La descripción de la efectividad de las variables en relación con el fin se denomina función del fin (Zielfunktion). La función del fin debe ser maximizada, si consiste en su consecución, y minimizada, si consiste en evitarlo. El problema más importante, a juicio del autor, es precisamente establecer la relación cuantitativa entre las variables y los fines (la denominada función del fin), ya que no se puede determinar de modo teórico sino empírico. Por ejemplo, debería ser estudiado sociológicamente si existe un efecto intimidatorio de la pena, y en qué medidas se relaciona con su gravedad. Las restricciones que se aplican en el sistema vienen dadas por las fronteras superior e inferior del marco penal típico, que en sí son ya un valor numérico y, por otro, por la culpabilidad por el hecho en cuanto a las penas, y el límite proporcional en cuanto a las medidas de seguridad⁴⁶.*

Creemos que, con carácter general, todos los intentos de racionalización extrema de la decisión individualizadora descritos son rechazables en cuanto que una pretensión semejante –a saber, reducir el complejo mundo circunstancial del caso concreto relativo a una persona determinada a variables matemáticas, de las cuales resultaría una pena determinada– no es algo posible y, tampoco, algo deseable. En cuanto soluciones cerradas, las consideramos propuestas reduccionistas, que parten de una concepción del derecho como “tecnología”. Nosotros creemos que la discusión debe seguir centrándose en torno a concepciones del derecho como “reflexión” y, en esa medida, más antropológicas. Es preferible, por estéril que pueda parecer, atenerse a los modelos que se han ido elaborando conforme al método dogmático tradicional, modelos que propugnan, al igual que en la teoría del delito, diferentes soluciones correctas para un mismo caso⁴⁷. Posiblemente la racionalización venga de la mano de una mayor profundización dogmática en este ámbito, teniendo en cuenta que aún queda un largo camino por recorrer, que pasa, como ha recomendado el Consejo de Europa⁴⁸, por estudios específicos sobre las más diversas cuestiones que intervienen en este ámbito, cuya complejidad es extraordinaria.

46 *Ibidem*, pp. 53 y ss.

47. Ulfrid Neumann. *Zur Bedeutung von Modellen in der Dogmatik des Strafzumessungsrechts (Punktstrafe, Spielraumtheorie, Normalfall)*, en *Festschrift für Günther Spendel zum 70. Geburtstag*. Berlín/Nueva York, 1992, pp. 435-449, esp. pp. 435 y ss.

48. Heike Jung. *Die Empfehlung des Europarates zur Strafzumessung*, en *Festschrift für Koichi Miyazawa*.

V. IMPORTANCIA Y REQUISITOS DE UNA TEORÍA DE LA “INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA”

Sólo a partir de una determinada teoría de la IJP que sea coherente con los principios de un determinado ordenamiento jurídico, es posible llegar a una solución interpretativa adecuada y racional acerca de la pena final por imponer en el caso concreto.

Una teoría de la IJP que sea capaz de ofrecer criterios para la concreción de la pena y que aclare diferencias respecto de la gravedad y el tipo de pena, posibilita la respuesta a la pregunta acerca de las distintas medidas de penas fundamentales, tanto desde el punto de *vista teórico como jurídico positivo*⁴⁹. Conforme a ello, una teoría de la IJP aceptable tiene que reunir determinadas condiciones, entre las cuales estarían las siguientes:

- a) Tiene que ser accesible a la “comprobación” en los casos en que se aplica.
- b) Tiene que ser, como cualquier teoría, consistente y no contradictoria.
- c) No debe colidir con los fundamentos jurídico-positivos ni con las funciones atribuidas a la pena.
- d) De una adecuada teoría, debe poder ser deducida la pena concreta en el caso particular.
- e) Una teoría de la IJP debe poder ser practicable, es decir, debe tomar en consideración el marco de condiciones de organización y personales de la justicia penal.

VI. PRINCIPALES MODELOS TEÓRICOS SOBRE LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

Entre todas las teorías sobre *la IJP que se han configurado hasta ahora en la doctrina alemana* se destacan dos: la teoría de la pena exacta o puntual, y la teoría del espacio de juego, que representan, a su vez, los dos modelos principales de solución al problema de hallar la pena adecuada al caso concreto.

La llamada teoría de la pena exacta o puntual (*Punktstrafetheorie*) considera posible calcular exactamente en el caso concreto cuál es la pena que corresponde a la culpabilidad del autor y, aunque dentro de ciertos límites cabe tener distinta opinión

Dem Wegbereiter des japanisch-deutschen Strafrechtsdiskurses, Baden-Baden, 1995, pp. 437-448, esp. pp. 437 y ss.

49. Von Häns-Jörg Albrecht. *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität*, Berlín, 1994, p. 23 (*cit., Strafzumessung*).

sobre la pena aplicable a un caso concreto, esto se debe a la limitación del conocimiento humano sobre el problema de la culpabilidad⁵⁰. Dicho de otra manera, para la teoría de la pena puntual existe una única pena completamente determinada que corresponde a la culpabilidad del autor. Esta teoría niega por tanto el concepto de un “espacio de juego”, porque entiende que existe una única pena justa y adecuada a la culpabilidad. Se ha dicho de esta teoría que constituye una ficción teórico-jurídica, ya que, debido a la insuficiencia de la capacidad humana de conocimientos, tal pena no puede ser determinada exactamente⁵¹. De hecho, el Tribunal Supremo alemán la ha negado expresamente⁵².

Kufmann aclara en sus reflexiones sobre el principio de culpabilidad que, efectivamente, la pena correcta en el caso individual no puede derivarse con claridad del principio de culpabilidad, ya que la culpabilidad es para él un fenómeno metafísico y ninguna teoría que acoja el principio de culpabilidad puede lograr un principio de medición para calcular la pena absolutamente correcta; pero la falta de claridad de los conocimientos metafísicos no implica, por el contrario, la de los estados u objetos metafísicos. Por ello, no puede deducirse que la medida de la pena no sea determinable en el caso concreto, ni que se mueva en un espacio de juego. La teoría del espacio de juego –continúa diciendo– confunde el aspecto del conocimiento teórico con el aspecto ontológico del problema⁵³.

Esta teoría es criticable desde un doble punto de vista: por un lado, por la incorrección de su presupuesto teórico, es decir, que la culpabilidad pueda en algún caso conducir a un punto exacto de culpabilidad dentro del marco penal típico y, por otro, en cuanto supone un absoluto inmovilismo político-criminal⁵⁴. No es que exista una magnitud penal que se corresponda con exactitud al grado de culpabilidad y que, por nuestras limitaciones, no podamos ver con claridad; sino que tal magnitud no existe en absoluto. Se rechaza, *por lo tanto, un concepto metafísico* de la culpabilidad que sea capaz de decir en cada caso qué pena corresponde exactamente a lo “merecido” por el autor, ya que el problema de la determinación de la pena es un acto puramente terrenal que tiene por objeto asegurar un orden social pacífico⁵⁵.

La teoría del espacio de juego fue formulada por la jurisprudencia alemana en los siguientes términos:

La pena adecuada a la culpabilidad no puede ser exactamente determinada. Existe un espacio de juego, que está delimitado, por arriba, por la pena ya

50. Arthur Kaufmann. *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, Heidelberg, 1961, pp. 65 y ss. (*cit. Das Schuldprinzip*).

51. Günter Hirsche. *Vorbermerkungen*, *Cit.*, p. 12.

52. BGH, *Zur Strafzumessung bei Fällen mittlerer Schwere*, Beschluß von 13/9/76 (“NJW”, 1976, 2355).

53. Arthur Kaufmann. *Das Schuldprinzip*, *Cit.*, p. 66.

54. Heinz Zipf. *Die Strafmaßrevision*, Munich, 1969, p. 192 (*cit., Strafmaßrevision*).

55. *Ibidem*, pp. 97-98.

adecuada a la culpabilidad y, por debajo, por la pena todavía adecuada a la culpabilidad. El juez no puede sobrepasar el límite superior. No está autorizado a imponer una pena tan severa en cuanto al tipo y cantidad que no sea ya, según su apreciación, adecuada a la culpabilidad. El juez puede, sin embargo, decidir según su criterio en qué medida debe aplicar la pena dentro del espacio de juego⁵⁶.

La teoría del espacio de juego (*Spielraumtheorie*) y la teoría del valor jerárquico del empleo (*Stellungswertheorie*), buscan el equilibrio entre la función preventiva de la pena y de sus limitaciones a través de los principios de proporcionalidad a la gravedad del injusto y a la culpabilidad del autor⁵⁷. La “teoría del espacio de juego”, elaborada por la jurisprudencia alemana, afirma que la pena adecuada a la culpabilidad comprende un marco determinado entre un máximo y un mínimo⁵⁸. El marco de la culpabilidad no es sino una fase intermedia en el camino para la determinación de la pena última, que debe ser una pena puntual⁵⁹. Una cuestión importante es que este marco no debe confundirse con el marco de la revisabilidad del arbitrio judicial⁶⁰.

Todas las cantidades de pena en el interior del marco de la culpabilidad son penas adecuadas a la culpabilidad. Se discute, sin embargo, si se trata de una adecuación a la culpabilidad de diferentes cantidades de pena, o si el espacio de juego es el resultado de una incertidumbre subjetiva sobre la correcta fijación de la cantidad de pena. La pregunta clave es, a mi modo de ver, si el debate, como dice Bruns, no necesita ser profundizado en cuanto a los fines de la praxis se refiere, por tratarse en último término de una cuestión filosófica⁶¹ (con lo que el núcleo del problema respecto a la diferenciación lógica entre la teoría de la pena puntual y la teoría del espacio de juego, así como el examen de la validez jurídica de ambas, quedaría en el aire) o si, por el contrario, el auténtico debate empieza justamente en esta pregunta (aunque ello requiera recurrir a la filosofía para intentar dar una respuesta)⁶².

A esta teoría se le reconoce un significado fundamental para la solución del problema de las antinomias entre los fines de la pena⁶³. La teoría del espacio de juego quiere

56. BGHSt BD. 7, 1954, pp. 28 y ss., esp. p. 32; 20, 264, 266; 24, 133; 27, 3.

57. En opinión de Schnelle la jurisprudencia y la mayor parte de la doctrina de Alemania creen poder resolver la contradicción existente entre la pena adecuada a la culpabilidad del autor y los requisitos de los fines preventivos de la pena a través de la teoría del espacio de juego. Cfr: Karl Schnelle. *Die generalpräventiver Gesichtspunkte bei der Strafzumessung*. Göttingen, Jur. Diss. 1977, p. 86 (cit., *Die Funktion*).

58. Eduard Dreher. *Zur Spielraumtheorie als der Grundlage der Strafzumessungslehre des Bundesgerichtshofes*, en “JZ”, 1967, pp. 41-46, p. 41.

59. Günter Hirsch. *Vorbemerkungen*, Cit., p. 12.

60. Hans Jürgen Bruns. *Strafzumessungsrecht*, Op. Cit, p. 267; Grünwald, *Tatrechliches Ermessen bei der Strafzumessung*, en “MDR”, 1959, pp. 713-717, p. 714.

61. Hans Jürgen Bruns. *Strafzumessungsrecht*, Cit., p. 274.

62. Walter Grasnack. *Über Schuld, Strafe und Sprache, Systematische Studien zu den Grundlagen der Punktstrafen -und Spielraumtheorie*, Tübingen, 1987, pp. 12 y ss.

63. Cf., por todos, Günter Gribbohm. *Vorbemerkungen zu den §§ 46 bis 50*, en *Leipziger Kommentar*,

reducir la dureza de los términos de dicha antinomia que los presenta como excluyentes entre sí, e implantar una conciliación entre ellos que supere el sincretismo inútil de las teorías de la unión, y otorgue a la discusión una cierta armonía⁶⁴. Lackner señala igualmente que la jurisprudencia intenta, con esta teoría, acabar con el conflicto entre los fines de la compensación de la culpabilidad (retribución), la prevención general y la prevención especial, pero advierte que las operaciones mentales que debe realizar el juez conforme a este programa son extraordinariamente complejas; en primer lugar, debería discernir entre la numerosa cantidad de circunstancias del hecho, cuáles y con qué peso determinan la medida de culpabilidad; en segundo lugar, estas mismas circunstancias serán en buena parte relevantes –y posiblemente con una dirección valorativa contraria– para determinar qué influencia preventivo-especial frente al autor está indicada en el caso concreto y qué peligros existen de desocialización del autor; por último, en un tercer paso, habría que considerar dichas circunstancias desde la perspectiva de evitar la lesión de la confianza jurídica de la población⁶⁵.

La teoría del espacio de juego se entiende como consecuencia de varios problemas metodológicos y teóricos⁶⁶. Ambos tienen que ver con la falta de conocimientos suficientes que puedan abordar con claridad, tanto en el ámbito de las ciencias de la naturaleza como en el de las ciencias del espíritu, el tema de la culpabilidad.

La primera pregunta que surge, desde el punto de vista jurídico, es si es correcto el concepto de “marco adecuado a la culpabilidad”, ya que en la hipótesis de que en el caso concreto no existan necesidades preventivas, difícilmente se podrá lograr entonces determinar una cantidad de pena. Por otro lado, existe un problema lógico que afecta al presupuesto de esta teoría, ya que si la determinación de una pena única adecuada a la culpabilidad no es posible, ¿por qué debería ser posible la determinación de dos que sí lo son y que fijan el techo máximo y el mínimo de penas adecuadas a la culpabilidad? En este aspecto la teoría ha sido objeto de críticas que señalan por un lado la inseguridad que introduce⁶⁷, y su impracticabilidad, porque el juez no puede dividir la concreta culpabilidad en tres magnitudes, una máxima, una mínima y una intermedia, que sería la culpabilidad real correspondiente al hecho⁶⁸. La fórmula no sirve, entre otras cosas, porque los demás elementos necesarios para hallar la adecuación a la culpabilidad, tales como la gravedad del hecho, el valor socio-ético de la personalidad, etc., permanecen en la oscuridad⁶⁹.

Berlín/Nueva York, Walter de Gruyter, 11ª ed., 1995, pp. 83-242, esp. p. 108 (*cit.*, *Vorbemerkungen*).

64. Hans-Jürgen Bruns. *Strafzumessungsrecht*, *Cit.*, p. 264.

65. Karl Lackner. *Über neue Entwicklungen in der Strafzumessungslehre und ihre Bedeutung für die richterliche Praxis*, Heidelberg/Karlsruhe, 1978, esp. p. 12 (*cit.*, *Über neue Entwicklungen*).

66. Hans-Jörg Albrecht. *Strafzumessung*, p. 38.

67. Karl S. Bader. *Das Ermessen des Strafrichters*, en “JZ”, 1955, pp. 525-526, esp. p. 526; Walter Sax. *Kriminalpolitik und Strafrechtsreform*, en “JZ”, 1957, pp. 1-7, esp. 6.

68. Eberhard Schmidt. *Kriminalpolitische und strafrechtsdogmatische Probleme in der deutschen Strafrechtsreform*, en “ZStW”, 1957, 69, pp. 359-396, esp. p. 373.

69. *Ibidem*.

Para responder, en cierto modo, a esta inseguridad se ha aludido al concepto de “fronteras o límites flexibles” (*fliessende Grenze*) del marco de la culpabilidad. A este respecto, señala Zipf, mientras la extensión del marco típico de la pena está fijamente determinado, el marco de la culpabilidad tiene, por el contrario, límites difusos o flexibles, ya que depende de la conciencia jurídica de la comunidad estatal en cada momento⁷⁰. Sin embargo, se trata de un concepto inadecuado para resolver el problema de delimitación planteado, ya que también esas fronteras flexibles o difusas deberían realmente ser determinables. En cualquier caso no puede considerarse una solución pensar que el marco de la culpabilidad coincide con el marco penal típico, en cuyo interior no cabría duda alguna sobre la adecuación a la culpabilidad de la pena, ya que siempre habría criterios que estarían en situación de despertar dudas al respecto⁷¹.

Se han observado también diversos intentos, en la concreción de la pena, de apartarse de la determinación del contenido de la pena adecuada a la culpabilidad, y colocar en su lugar al proceso, como método de validación propio. Así, por ejemplo, cuando se afirma que la pena adecuada a la culpabilidad es aquella que se experimenta acorde con la conciencia jurídica de la comunidad. Sin embargo, se trata también en este caso de un concepto difuso, que no puede ser aplicado en la práctica, ya que el juez debe decidir en cada caso en función de circunstancias determinadas⁷². Se habla igualmente de diversas modalidades de revisión de la decisión del juez, pero éste es otro problema que tiene que ver con el marco de discrecionalidad judicial y su revisibilidad, y que no debe confundirse con el problema de delimitación del marco de la pena adecuada a la culpabilidad⁷³. Sólo existe acuerdo, según Albrecht, en la declaración trivial de que el marco de la culpabilidad es más estrecho que el marco de la pena. Ello se debe a la inexistencia de un elemento inviolable que pueda fundamentar la teoría⁷⁴.

El problema fundamental que presenta la “teoría del espacio de juego” es la determinación de los criterios que han de entrar en consideración para dotar de contenido a ese margen de libertad. Parece claro que han de ser criterios de prevención especial mayoritariamente, pero ¿también de prevención general?

70. Heinz Zipf. *Die Strafmaßrevision, Cit.*, p. 80 (“La extensión del marco penal típico está fijamente determinada al estar asentada en su raíz la convicción del pueblo. La extensión del marco de la culpabilidad tiene por el contrario fronteras flexibles, y tiene que tenerlas, porque depende de la convicción jurídica de la comunidad estatal en permanente flujo”).

71. Albrecht entiende que Zipf se contradice en la medida en que afirma en primer lugar que la zona limitadora difusa no puede ser determinada con exactitud, y por otra parte señala que más allá de las fronteras difusas hay un punto, que con claridad puede ser señalado como adecuado a la culpabilidad (*cf. Strafzumessung*, p. 39, nota 95).

72. *Ibidem*, p. 40.

73. Karl Schnelle. *Die Funktion, Cit.*, p. 93.

74. Hans-Jörg Albrecht. *Die Strafzumessung, Cit.*, p. 41.

VI. CONCLUSIÓN

A la vista de todo lo dicho, creo que cabe concluir, en primer lugar, la riqueza y complejidad teórica de una parcela de la intervención penal, abandonada desde el punto de vista científico. En segundo lugar, la necesidad de abordar estudios específicos en torno a una nueva dogmática, que se encuentra en vías de desarrollo, y que se presenta, no obstante, como imprescindible. Por último, como se desprende de todo ello, habría que abandonar definitivamente la idea de que la tarea de la individualización judicial de la pena debe remitirse exclusivamente al sistema valorativo autorreferente del propio juez o, en mayor o menor medida, al ámbito de la intuición y no de la razón.

El desarrollo que se ha producido en los últimos años en la discusión teórica de los penalistas en torno al problema, tan antiguo como el propio derecho penal, de encontrar la pena adecuada o justa relativa al caso concreto, ha sido muy importante. En el artículo hemos expuesto las líneas básicas de dicha discusión, pero el ámbito de ésta última es mucho más amplio (en él se incardinan otras teorías como “la teoría del valor del empleo”, “la teoría del acto de gestación social”, “la teoría de la proporcionalidad con el hecho”, etc.⁷⁵) y, con carácter general, parte del problema

75. Hemos prescindido en este trabajo, por su carácter general, de la exposición de todas las denominadas “teorías de la individualización judicial de la pena”. Aunque a veces se alude a la “teoría del valor del empleo” (*Stellenwerththeorie o Stufentheorie der Strafzumessung*).

(Eckhard Horn. *Wider dei “doppelspurige Strafhöhenzumessung”*, en *Festschrift für Schaffstein*, Göttingen, 1975, pp. 241-245; Heinz Schöch. *Grundlagen und Wirkungen der Strafe. Zum Realitätsgehalt des § 46, Abs. 1, StGB*, en *Festschrift für Schaffstein*, Göttingen, 1975, pp. 255-273), como un tercer gran modelo de solución teórico, junto a la teoría de la pena exacta y a la del espacio de juego, en realidad se corresponde parcialmente, como la teoría del acto de gestación social (*Theorie des sozialen Gestaltungsaktes*) Cf. Eduard Dreher. *Über die gerechte Strafe*, Heidelberg, 1974, esp. pp. 64 y ss., 127 y ss.; Hans Heinrich Jescheck. *Tratado, Cit.*; pp. 794-5), con la teoría de la pena exacta, en cuanto que la culpabilidad debe conducir en esencia a la concreción de la pena. No obstante, es cierto que la “teoría del valor del empleo” logra una cierta simplificación de las antinomias de la pena en sede de IJP, al establecer dos niveles diferenciados: el primero para establecer un *quantum* de pena conforme al injusto culpable en la IJP en sentido estricto; y el segundo para decidir la aplicación de “sustitutivos penales”, siguiendo fines preventivos, en la IJP en sentido amplio.

Junto a las teorías ya mencionadas, el § 59 del PA de 1966 planteaba un modelo con directrices político-criminales radicalmente distintas, en que la culpabilidad fijaría sólo un límite máximo, que en ningún caso podría ser traspasado por motivos preventivos (Jürgen Baumann y otros, *Alternativ Entwurf eines Strafgesetzbuches*, AT, 2ª ed., Tübingen, 1969).

Además, en los últimos años se han extendido en la doctrina las tesis del llamado “neoclasicismo”, que ha elaborado la teoría de la proporcionalidad con el hecho de la IJP (*Trapropportionalitätstheorie der Strafzumessung*). Sus partidarios proponen ceñirse en la medición de la pena a la “gravedad del hecho”, interpretada según los criterios de la “nocividad del comportamiento”, y la “culpabilidad del autor”, con el fin último de alcanzar objetivos de igualdad y justicia, antes que objetivos preventivos (cfr. Andrew V. Hirsch; Nils Jareborg. *Neoklassizismus in der skandinavischen Kriminalpolitik: Sein Einfluß, seine Grundprinzipien und Kriterien*, en Eser/Cornils, *Neueren Tendenzen der Kriminalpolitik*, Freiburg, 1978, pp. 35-64; Bernd Schünemann. *Plädoyer für eine neue Theorie der Strafzumessung*, en *Neuren Tendenzen, Cit.*, pp. 224-225; el mismo *Summun ius= summa iniuria in der Strafzumessung en Pönetrie, Rationalität, oder Irrationalität der Strafzumessung*, Colonia, 1977, pp. 73-78).

más genérico de la relación entre la propia fundamentación del derecho penal y la labor que diariamente desarrollan los jueces y tribunales⁷⁶. Discusión teórica, sí, pero con consecuencias prácticas cada día, que condicionaban la vida de todas las personas que se ven afectadas por la “violencia” del sistema penal.

76. Michael Köhler. *Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung (erörtert am Problem der Generalprävention)*. Heidelberg, 1983, *passim*.

