

La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo

Jesús-María Silva Sánchez

Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

Abstract

Si la política criminal que hace el juez, de modo especial en la individualización de la pena, debe canalizarse por vías dogmáticas, entonces la teoría de la determinación de la pena debe manifestarse como la dimensión cuantitativa (o de grado) de un sistema de la teoría del delito. El trabajo se dedica a trazar los principales rasgos de un sistema de determinación de la pena como sistema dogmático.

Should the criminal policy decisions judges make, especially in sentence individualization, be channeled through criminal law's substantive theories and principles? If that were the case, then the theory of sentence determination should stand as the quantitative dimension of the system outlined by the legal theory of crime. This work draws the main traits of the sentence determination system as a legal theoretical system.

Wenn sich die Kriminalpolitik, die der Richter speziell im Bereich der Strafzumessung macht, über dogmatische Figuren kanalisieren lassen muss, dann muss sich die Strafzumessung als quantitative (oder graduelle) Dimension eines Systems der Verbrechenslehre erweisen. Der Beitrag versucht, die wichtigsten Parameter eines Strafzumessungssystems im Sinne eines dogmatischen Systems zu skizzieren.

Sumario

- 1. Introducción. La naturaleza del acto de individualización de la pena**
- 2. El sistema de la teoría del delito y la individualización de la pena**
- 3. Un ejemplo: aproximación al método de determinación de la medida de la afectación típica**
- 4. Bibliografía**

1. Introducción. La naturaleza del acto de individualización de la pena

La teoría de la determinación judicial (individualización) de la pena ha tenido un peculiar desarrollo en la historia del Derecho penal. La dogmática de la teoría del delito, cuya finalidad era la determinación del *si* o *no* del delito y, por tanto, del *si* o *no* de la aplicación del marco penal legal, iba adquiriendo un grado creciente de desarrollo y refinamiento. La teoría de la individualización judicial de la pena, esto es, la determinación del *cuánto* de la pena dentro del marco legal quedaba, en cambio, al margen de ese desarrollo y refinamiento. Ello, a pesar de que -como se pone de relieve por casi todos los que se refieren al problema- las consecuencias del acto de individualización son determinantes y la posibilidad de recurrirlo y revisarlo, un aspecto esencial del derecho al recurso en materia penal.

No es posible dudar de que el desigual desarrollo de la teoría del delito y la teoría de la determinación de la pena se debe en parte a que, para un importante sector de la doctrina, la individualización judicial de la pena no se relaciona con el sistema de la teoría del delito, sino, por el contrario, con las teorías de la pena¹. Se supone que la determinación de la medida de pena correspondiente a un hecho concreto habría de tener lugar recurriendo directamente a consideraciones de retribución, prevención general o prevención especial relacionadas con el referido hecho. A lo sumo, se admite que la valoración retrospectiva de los elementos del concreto hecho cometido se considere como un elemento más junto a aquellos otros.

De este modo, la argumentación de amplios sectores doctrinales suele moverse, en el mejor de los casos, en un terreno impuro o mixto, que mezcla lo retrospectivo con lo prospectivo. La determinación de la pena se explica como un ámbito en el que no inciden sólo argumentos relativos al hecho delictivo realizado, vinculados a las reglas dogmáticas de imputación, sino también (y sobre todo) una argumentación asentada directamente en la teoría de los fines de la pena (esto es, en principios político-criminales generales).

Según esto, la individualización de la pena se conformaría como una materia-puente. En ella se combinaría la concreción del contenido delictivo del hecho (que no se sabe a ciencia cierta cómo abordar) con la entrada en juego de consideraciones político-criminales generales sobre el hecho realizado o la persona del autor. Estas últimas, basadas en buena medida en pronósticos u otros juicios empíricos, carecerían de un sistema de reglas que posibilitara una traducción siquiera aproximada en conclusiones cuantitativas.

Me parece posible afirmar que el resultado práctico de toda esa forma de ver las cosas es que se ha privado a los jueces de una orientación suficiente a la hora de decidir sobre diferencias de

¹ Así, resulta dudoso si ha existido un “tradicional desinterés” de los dogmáticos por la determinación de la pena o, sencillamente, éstos, condicionados por la visión antidogmática de la individualización de la pena, se sometieron a una “autorrestricción”. La primera opinión es, entre otros, la de SPENDEL, «Der hypothetisch gleiche oder schwerere Deliktserfolg als Strafmaßproblem» (1978), en su recopilación *Für Vernunft und Recht. Zwölf Studien*, Tübingen 2004, pp. 191-192; también la de SCHÜNEMANN, Prólogo al libro de HÖRNLE, *Determinación de la pena y culpabilidad*, Buenos Aires 2003, p. 17.

pena de años de duración². Consiguientemente, que los razonamientos judiciales sobre los que se asienta la asignación de una determinada medida de pena sean pobres, en unos casos; variables, siempre; y en ocasiones, directamente arbitrarios³.

Valga un ejemplo. La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (secc. 3ª) de 22 de enero de 1999, impuso la pena de un delito contra la Hacienda pública cometido por un juez en su grado medio con el argumento de que “*quien ejerce la función judicial merece un mayor reproche si incurre en la comisión de ilícitos penales*”. Sin embargo, resultaba más que discutible que la mera condición de juez del autor constituya un factor que agrave el injusto o la culpabilidad de cualquier delito⁴. En efecto, la condición de miembro de la carrera judicial no implica un mayor desvalor de la acción del delito de defraudación tributaria. No da lugar ni a una mayor facilidad de comisión ni a un peligro superior para el bien jurídico, ni tampoco puede erigir al sujeto en garante de los intereses de la Hacienda Pública. Tampoco el desvalor del resultado es superior al existente en el delito de defraudación tributaria cometido por un particular, pues la lesión del bien jurídico es idéntica. En cuanto a la culpabilidad, no se observa tampoco una mayor exigibilidad de comportamiento adecuado a Derecho. La STS de 30 de octubre de 2001 rechazó explícitamente la argumentación de la Audiencia Provincial. Pero mantuvo la pena con una argumentación distinta: que “*se había producido una repetición de delitos fiscales, en cantidad de notoria gravedad como para aplicarse una pena media*”.

Frente a ello, el punto de partida de las consideraciones que aquí se realizan es el siguiente. No puede dudarse de que el juez hace política criminal; de modo especial en la individualización de la pena⁵, donde en principio dispone de más libertad⁶. Pero debería huirse de la tentación de pensar que ésta ha de ser una política criminal directa, esto es, en la que se consideraran de modo inmediato los fines del Derecho penal. Precisamente en un contexto así, para evitar el

² HÖRNLE, *Determinación de la pena*, p. 34-35, poniendo de relieve que carece de sentido que se despliegue tanta energía en la elaboración de las teorías dogmáticas y que luego se abandone a la discrecionalidad su concreción última. Asimismo, advirtiendo que los jueces necesitan establecer claramente si el delito que tienen que juzgar hoy merece mayor o menor castigo que el que tuvieron que juzgar ayer. La necesidad del desarrollo de la dogmática de la determinación de la pena la pone de relieve también DEMETRIO CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Salamanca 1999, p. 292.

³ HÖRNLE, *Determinación de la pena*, 65 y ss.

⁴ En la doctrina sólo se admite la concurrencia de una mayor culpabilidad por el hecho -con la consiguiente agravación de la pena- por la ostentación de una determinada condición profesional cualificada cuando existe una relación interna (*innere Beziehung*) entre la profesión o posición del sujeto y el propio hecho delictivo. Así, con múltiples referencias, GRIBBOM, en JÄHNKE/LAUFHÜTTE/ODERSKY, *StGB, Leipziger Kommentar. Grosskommentar*, 11ª edic., Berlin 1995, § 46, nº marginal 177). Ya BRUNS, *Das Recht der Strafzumessung*, 2ª edic., Köln etc 1985, p. 193, señala que “*no existe un principio jurídico general según el cual los integrantes de determinados grupos profesionales tengan un deber intensificado de comportarse de conformidad con la norma*”. Sólo en los casos en que existe un elemento de deber especial, una relación interna entre su posición y el delito, podrá afirmarse tal agravación.

⁵ También la lleva a cabo en la determinación de los hechos y en la imputación del delito.

⁶ KRAHL, *Tatbestand und Rechtsfolge*, Frankfurt a.M., 1999, pp. 254 y ss.

intuicionismo, el puro decisionismo o, sin más, la arbitrariedad, es preciso que esa política criminal se canalice por vías dogmáticas. Esto es, que, en la medida de lo posible se traduzca en reglas y no se quede en el plano de los principios. Por tanto, aquí se sostendrá que la teoría de la determinación de la pena debe manifestarse, ante todo, como la dimensión cuantitativa (o de grado) de un sistema de la teoría del delito⁷ que, por su parte, debería dejar de ser entendido en general como sistema binario⁸. Ello presupone sentar las siguientes premisas.

En primer lugar, que el marco penal abstractamente previsto se configura como la respuesta preconstituida a un conjunto de hechos que coinciden en constituir un determinado tipo de injusto penal, culpable y punible, en el que se contienen los elementos que fundamentan el merecimiento y la necesidad de aquella pena-marco. En segundo lugar, que injusto y culpabilidad (así como punibilidad) constituyen magnitudes materiales graduables⁹. Por ello, el marco penal abstracto puede verse como la unión de un conjunto de conminaciones penales más detalladas (submarcos) que asignarían medidas diversas de pena a las distintas subclases de realizaciones (subtipos), más o menos graves, del injusto culpable y punible expresado en el tipo¹⁰. Y, en tercer lugar, que, desde esta perspectiva, el acto de determinación judicial de la pena se configura esencialmente como aquél en virtud del cual se constata el concreto contenido de injusto, culpabilidad y punibilidad de un determinado hecho, traduciéndolo en una determinada medida de pena¹¹. Lo que reitera lo ya expresado en forma concisa: la única política criminal que debe realizar el juez es la que discurre por el cauce de las categorías dogmáticas.

La adopción de este punto de vista, según el cual la determinación de la pena es, por encima de otras consideraciones, determinación del exacto contenido delictivo del hecho, podría estimarse contraria a la inclusión, en el acto de determinación judicial de la pena, de consideraciones derivadas directamente de los principios político-criminales del Derecho penal¹². Y ciertamente el criterio propuesto se distancia tanto de las convencionales teorías de la individualización judicial de la pena: la del valor posicional (*Stellenwerttheorie*) y la del espacio de juego

⁷ En esta línea, HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, Berlin 1999, p. 144 y ss.

⁸ SILVA SÁNCHEZ, «Introducción: dimensiones de la sistematicidad en la teoría del delito», en WOLTER/ FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal*, Madrid/ Barcelona 2004, pp. 15 y ss.; EL MISMO, «Straftatsystematik deutscher Prägung: Unzeitgemäß», GA 2004, 679 y ss.; HÖRNLE, *Determinación de la pena*, p. 69.

⁹ HÖRNLE, *Determinación de la pena*, p. 49.

¹⁰ KRAHL, *Tatbestand*, p. 34.

¹¹ Los elementos constitutivos del injusto típico culpable y punible cumplen, pues, una función cualitativa y otra cuantitativa, en cuya virtud se determina el grado de su realización: KRAHL, *Tatbestand*, pp. 45 y ss.

¹² HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, Berlin 1999, p. 107, defendiendo la „visión retrospectiva“.

(*Spielraumtheorie*)¹³, así como la teoría de la prohibición de desbordamiento de la culpabilidad (*Schuldüberschreitungsverbot*)¹⁴.

Ahora bien, el hecho de que la única política criminal que deba realizar el juez sea la que discurre por el cauce de las categorías dogmáticas no implica dejar de atender a los criterios preventivos¹⁵. Ello, porque precisamente dichas categorías dogmáticas pueden y deben ser reconstruidas en clave político-criminal considerando las finalidades preventivas y de garantía que legitiman el recurso al Derecho penal. La teoría del delito se configurará así como un sistema de reglas que permiten establecer con la mayor seguridad posible el *sí* o *no* de tales merecimiento y necesidad de pena. Y la teoría de la determinación de la pena como teoría de la concreción del contenido delictivo del hecho implicará, a la vez, el establecimiento del *quantum* de su merecimiento y necesidad (político-criminal) de pena.

El referente próximo de cuanto aquí se indica es la denominada “teoría de la proporcionalidad con el hecho” (*Tatproportionalitätslehre*) que, expuesta inicialmente por VON HIRSCH/ JAREBORG¹⁶, así como por SCHÜNEMANN¹⁷, ha sido desarrollada por HÖRNLE¹⁸. En esta línea, pretende insistir en la necesidad de abordar la sistematización de las variables fácticas contenidas en los diferentes hechos concretos que realizan el tipo, con el fin de posibilitar una individualización “dogmática” de la pena. Naturalmente, una sistematización llevada hasta los últimos detalles resulta de una enorme complejidad. En primer lugar, depende obviamente del criterio rector del concepto

¹³ Que, en realidad, en la praxis de la teoría del espacio de juego se prescinde de consideraciones preventivas lo muestra HÖRNLE, *Tatproportionale*, pp. 63 y ss. 75.

¹⁴ Se distancia menos de la teoría de la *Punktstrafe*. Pues la decisión sobre el sí o el no de suspensión de la pena sí parece tener un carácter político-criminal “directo”. Cfr. FRISCH, «Individualprävention und Strafbemessung», en *Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht. Festschrift für G.Kaiser zum 70. Geburtstag*, tomo II, Berlin 1998, pp. 765 y ss., quien pone de relieve que, pese a la previsión legal del § 46 StGB, las consideraciones preventivo-especiales (influencia de la pena sobre la vida futura del penado) han sido prácticamente nulas en la individualización judicial de la pena en Alemania, quedando reservadas para decisiones sobre ejecución o no de la pena, así como para la cuestión relativa a las alternativas (p. 770-771; 779 y ss.).

¹⁵ Advierte en ello una contradicción DEMETRIO CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Salamanca 1999, p. 205. Ello, desde una visión general favorable a la teoría del espacio de juego con una orientación preferentemente preventivo-especial.

¹⁶ *Strafmaß und Strafgerechtigkeit*, 1991.

¹⁷ SCHÜNEMANN, «Plädoyer für eine neue Theorie der Strafzumessung», en ESER/CORNILS, *Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik*, Freiburg 1987, pp. 209 y ss.; asimismo, ALBRECHT, H.J., *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität. Eine vergleichende theoretische und empirische Studie zur Herstellung und Darstellung des Strafmaßes*, Berlin 1994, p. 50 y ss., 116-117, 473 y ss.

¹⁸ HÖRNLE, *Tatproportionale*, pp. 127 y ss.

material de delito del que se parta¹⁹. En segundo lugar, exige la traducción de ese criterio rector en criterios valorativos de ordenación. En tercer lugar, ha de establecer los diversos subniveles o perspectivas de análisis dentro de cada una de las categorías sistemáticas. Y, en cuarto lugar, debe hacer frente a la cuestión, sumamente compleja, de la cuantificación absoluta y relativa de cada una de las variables fácticas, examinadas desde las diversas perspectivas de análisis y a la luz de los criterios valorativos de ordenación²⁰. De modo que, aun partiendo de la hipótesis de que fuera una sola la individualización jurídicamente correcta, debería convenirse que es inevitable la admisión de márgenes de plausibilidad. Ello conduce a un sector de la doctrina a señalar que, en todo caso, la proporcionalidad no podrá establecerse en términos absolutos²¹, sino relativos (dando lugar a un sistema comparativo de clases de casos más y menos graves)²².

¹⁹ HÖRNLE, *Tatproportionale*, p. 148. Este dato debe tenerse en cuenta para valorar la crítica de FEIJÓO SÁNCHEZ, «Individualización judicial de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho», *InDret* 1/ 2007, paper 403, pp. 7 y ss., 9 (www.indret.com). Este autor, en efecto, reprocha a v. Hirsch, Hörnle o Schünemann que en sus planteamientos se procede a la determinación de la pena según la perspectiva de la víctima, descuidando la dimensión del hecho para el orden social. Ahora bien, esta crítica, si bien se advierte, no afecta a la teoría en sí, en tanto que proporcionalista, sino a la teoría del delito desde la que aquéllos proponen la sistematización de los presupuestos de la cuantificación de la pena.

Por lo demás, es curioso que FEIJÓO SÁNCHEZ afirme que la individualización de la pena no deja de ser una concreción de la teoría de los fines de la pena, sosteniendo al tiempo que aquella no es más que una teoría sobre los factores relacionados con el injusto y la culpabilidad que configuran el significado comunicativo del hecho. Lo uno y lo otro no significan lo mismo. Lo primero parece apelar a una teoría de la individualización de la pena a partir de los principios de legitimación del Derecho penal; lo segundo, en cambio, apunta a una determinación de la pena basada en reglas dogmáticas. Claro que una teoría dogmática, si es teleológica, dará cuenta de aquellos principios, pero los concretará, los desnormativizará y posibilitará su aplicación más segura y fiable. De ahí que el propio FEIJÓO SÁNCHEZ hable luego de una orientación al “sistema del delito”. FEIJÓO SÁNCHEZ establece, pues, tres referencias de la determinación de la pena que tienen un alcance muy distinto y que en absoluto pueden darse por equivalentes: a) la teoría de los fines o de la legitimación de la pena; b) el concepto material de delito; y c) el sistema del delito.

²⁰ En este sentido FRISCH, *FS f. Kaiser*, II, pp. 781-782, poniendo de relieve que, pese a la dificultad, la tarea es asumible si se dispone de “términos de comparación” (*Vergleichssachverhalte*), que permitan valorar un caso como más o menos grave que otro, y la pretensión es efectuar valoraciones aproximadas sobre la magnitud de pena ajustada al caso.

Todo lo contrario de lo que sucede con las consideraciones político-criminales directas -en particular, con las preventivo-especiales-, dado que faltan los necesarios conocimientos empíricos. Aparte, debe considerarse que su proyección real por parte del juez sobre el acto de medición de la pena resulta poco menos que imposible: HÖRNLE, «La concepción anticuada de la culpabilidad en la Jurisprudencia y doctrina tradicionales de la medición de la pena» (trad. Martín Lorenzo), en HÖRNLE, *Determinación de la pena*, pp. 37 y ss., 42.

²¹ Las medidas absolutas dependerán del contexto, marcado por un mayor o menor punitivismo.

²² HÖRNLE, *Tatproportionale*, p. 155-156.

Sin embargo, eso no debería obstar al inicio de un proceso de sistematización dogmática²³, cuya finalidad de reducir el margen de arbitrariedad de las decisiones judiciales de individualización de la pena se justifica por sí sola. Por lo demás, conviene insistir en que la adopción de esta perspectiva no puede confundirse con una fundamentación exclusivamente retributiva del Derecho penal²⁴. Por el contrario, se debe a la tesis de que los postulados político-criminales deben llegar al juez en la forma de enunciados dogmáticos y éstos, en la individualización de la pena, no pueden ser sustancialmente distintos de los enunciados de la teoría del delito. El que, previamente, la teoría del delito se haya configurado según un paradigma retributivo o preventivo, naturalista o normativista, con todas las diversas variables de estas concepciones, es una cuestión ajena al problema metodológico aquí planteado²⁵. Aunque, obviamente, se traducirá en criterios diversos de valoración y ordenación.

2. El sistema de la teoría del delito y la individualización de la pena²⁶

Según lo indicado, la determinación de la pena constituye, pues, la continuación cuantitativa de la teoría del delito²⁷. Como señala FRISCH, “la búsqueda de la pena ajustada a la culpabilidad (...) no es sino una prosecución de la cualificación del hecho como delito”²⁸. Depende pues, básicamente, de las categorías del injusto objetivo (de la acción y “del resultado”), del injusto subjetivo y de la culpabilidad²⁹. Ahora bien, como también se ha podido señalar, ocurre que el propio método de aproximación al contenido de las categorías de la teoría del delito es objeto de polémica. Resulta, por tanto, inútil pretender liberar de esa precomprensión metodológica a la determinación de la medida en que tales categorías se dan. Expresado brevemente: el método de cuantificación del injusto tiene que ver con el concepto de injusto de que se parta; y otro tanto

²³ Escéptico sobre tal posible sistematización, DEMETRIO CRESPO, *Prevención general*, pp. 246 y ss. En cambio, FEIJÓO SÁNCHEZ, *InDret* 1/ 2007, pp. 9 y ss., se muestra de acuerdo con que se trata de una teoría dogmática y con que la prevención especial se tenga en cuenta de modo directo sólo a la hora de decidir sobre la suspensión o la sustitución de la pena.

²⁴ En este sentido HÖRNLE, «Desarrollo y cambios en la teoría alemana de la determinación de la pena» (trad. Franchini), en HÖRNLE, *Determinación de la pena*, p. 28.

²⁵ Por eso creo que no afecta al núcleo de la cuestión el que FEIJÓO SÁNCHEZ reproche a HÖRNLE la acogida de una visión fáctica y naturalista -y no expresiva y comunicativa- del delito. Como se ha indicado antes, esa crítica se mueve en otro plano.

²⁶ Cfr. FRISCH, «Unrecht und Schuld im Verbrechensbegriff und in der Strafzumessung», en *Grundfragen staatlichen Straffens. Festschrift für H. Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, München 2001, 237 y ss.

²⁷ FRISCH, «Straftatsystem und Strafzumessung», en WOLTER (Hrsg.), *140 Jahre Goldammer's Archiv*, 1993, p. 14 y ss.

²⁸ FRISCH, *FS f. Müller-Dietz*, p. 247.

²⁹ HÖRNLE, *Determinación de la pena*, pp. 50-51.

sucede con en el caso de la culpabilidad. En función del concepto de partida, adquirirán relevancia cuantificadora unas circunstancias u otras (o lo harán en medida diversa).

Con todo, conviene subrayar que también se da, hasta cierto punto, el fenómeno inverso: el examen de las circunstancias que inciden en la individualización de la pena puede conducir a una revisión de los conceptos dogmáticos de partida, al mostrar que éstos son demasiado estrechos, por ejemplo, para dar razón de determinados incrementos o disminuciones de pena. Ello sucede, en particular, con el concepto de injusto. Pero no sólo. En efecto, en la teoría del delito es dominante la tesis que entiende que el juicio de culpabilidad -como culpabilidad por el hecho antijurídico- no puede incrementar el merecimiento de pena ya alcanzado con la realización del hecho, sino, en su caso, excluirlo o disminuirlo³⁰. A una solución distinta sólo puede llegarse a partir de la acogida de teorías de la culpabilidad centradas en el reproche del carácter o de la actitud interna. Pues bien, parece como si éstas, hoy mayoritariamente abandonadas en el ámbito de la “culpabilidad en la fundamentación de la pena”, rigieran implícitamente en el ámbito de la “culpabilidad en la determinación de la pena”³¹. Por ejemplo, cuando se acepta el efecto agravatorio de la concurrencia de determinados móviles en la actuación del agente³².

Dado que, desde la concepción vigente acerca de la culpabilidad como fundamento de la pena, esto último carecería de base, en realidad habría que rechazar dicha posibilidad. Por el contrario, habría que escoger necesariamente una de las siguientes opciones alternativas: o bien se niega el efecto agravatorio de los móviles; o bien se reconstruye el injusto dando cabida en él a consideraciones tales que permitan integrar en él una valoración de los móviles del sujeto activo. El segundo efecto de la sistematización de la teoría de la determinación de la pena sobre la teoría del delito es la necesidad de elaboración categorial en éste más allá de la culpabilidad. En efecto, no pueden existir factores relevantes para la individualización de la pena (comportamientos posteriores al hecho, nivel de sensibilidad a la pena, transcurso del tiempo) que carezcan de un soporte categorial en la teoría del delito. Sin embargo, parece claro que hay múltiples circunstancias del hecho concreto a las que se asigna relevancia cuantificadora y que no tienen una referencia categorial clara. Naturalmente, aquí suele apelarse a la oscura categoría (por muchos ni siquiera aceptada) de la punibilidad. Sin embargo, su propia naturaleza de “cajón de sastre” pone de relieve que se hace preciso un desarrollo (y eventual diferenciación interna) de ésta.

Sentado todo lo anterior, una aproximación sistemática a la individualización judicial de la pena debería partir de las siguientes consideraciones:

³⁰ FRISCH, *FS f. Müller-Dietz*, p. 242; SCHÜNEMANN, Prólogo al libro de HÖRNLE, *Determinación de la pena*, p. 19-20.

³¹ Cfr. FRISCH, «Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik», *ZStW* 99 (1987), pp. 385 y ss.; FRISCH, «Über die ‘Bewertungsrichtung’ von Strafzumessungstatsachen», *GA* 1989, pp. 338 y ss; HÖRNLE, *Tatproportionale*, pp. 40 y ss.; LA MISMA, *Determinación de la pena*, pp. 56 y ss., 61.

³² HÖRNLE, *Determinación de la pena*, pp. 74 y ss.

a) El fin perseguido es la elaboración (dogmática) de una escala cuantitativa de subtipos (clases de realizaciones típicas), en la que se contengan ordenadas en función de su gravedad las diversas formas de realización de un mismo tipo.

b) La elaboración de subtipos no puede abordarse directamente. Para ello es necesario establecer primero un conjunto de criterios de valoración-ordenación. Por ejemplo, el criterio de valoración de los casos en función de su injusto objetivo *ex ante*; en función de su injusto objetivo *ex post*; en función de su injusto subjetivo, etc.

c) Cada criterio de valoración-ordenación se construye sobre dos premisas. Considerado en términos estructurales, cada criterio examina los casos a partir de la adopción de una determinada perspectiva o nivel de análisis (por ejemplo, el injusto subjetivo o incluso algún aspecto parcial de éste). En cuanto al contenido, cada criterio examina los casos a partir de las concepciones básicas sobre la teoría del delito de la que parta, aplicadas en concreto a la categoría sistemática en la que se enmarque (por ejemplo, una visión más naturalista o más normativista).

d) La aplicación sistemática de los criterios de valoración permitiría la obtención de un esquema de análisis de los casos. Éste, a su vez, haría posible la ordenación de dichos casos según valores (idealmente) numéricos, por ejemplo en base 10. Así, por ejemplo, de un caso A cabría afirmar que su injusto objetivo es de 5, frente a otro caso B cuyo injusto sería de 7; en cambio, el mismo caso A tendría un injusto subjetivo de 8, mientras que al caso B se le asignaría un injusto subjetivo 5. Naturalmente, no hay que contar aquí con valores exactos, sino sencillamente aproximados.

e) Un problema que queda abierto es el de si las valoraciones derivadas del análisis de los casos conforme a los criterios de un determinado nivel pueden compensarse con las resultantes del examen del caso a otro nivel³³. Esto es, si cabe la compensación, de modo que un caso A con un injusto objetivo 5 y un injusto subjetivo 7 “pese” lo mismo que un caso B con un injusto objetivo 7 y un injusto subjetivo 5.

f) En todo caso, la traducción cuantitativa de las valoraciones-ordenaciones anteriores en medidas concretas de pena sólo podrá llevarse a cabo en términos aproximados

3. Un ejemplo: aproximación al método de determinación de la medida de la afectación típica

Según lo indicado antes, la premisa mayor debe ser la acogida del concepto de injusto que regirá la determinación de su dimensión cuantitativa a los efectos de la individualización de la pena. Como es sabido, el punto de vista clásico parte de un concepto de injusto vinculado a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, en el que se integran luego los elementos subjetivos. Un punto de vista distinto entiende, en cambio, que este concepto de injusto no resulta adecuado al

³³ HÖRNLE, *Tatproportionale*, p. 220 admite tal compensación entre la medida de injusto de la acción y de injusto del resultado, partiendo de que éstos son conceptos tipológicos. La consecuencia es que dos casos fenomenológicamente distintos tengan la misma consecuencia.

Derecho penal³⁴. La esencia del injusto penal radicaría, en cambio, en la puesta en cuestión, el no reconocimiento o la desatención del Derecho, entendido no sólo como orden abstracto, sino comprendiendo también la relación jurídica con la víctima o la generalidad.

La disyuntiva entre ambos conceptos de injusto no me parece correcta. Considero, por el contrario, que existen relaciones cruzadas entre el concepto ideal-comunicativo y el concepto empírico de injusto. Por un lado, la negación del Derecho tiene que ver con la lesión del bien jurídico abarcada por el dolo, con la peligrosidad de las conductas, con la corresponsabilidad de la víctima, etc., lo que determina que el injusto empírico dé pie a muchos criterios de medición de la pena³⁵. Pero, por otro lado, el concepto empírico de injusto tiene graves dificultades para explicar todos los casos de injusto penalmente relevante. Ello obliga probablemente a acoger un *concepto real de injusto* que incorpore, junto a la dimensión empírica, también la comunicativa (o de negación de la norma). Esta última es, además, la única que puede dar razón de la relevancia en la determinación de la pena de una serie de factores (por ejemplo, los motivos del agente o la infracción de deberes por parte de éste) que, sin ella, quedarían desprovistos de fundamento categorial.

Así las cosas, un posible modelo de cuantificación del injusto del hecho debería considerar los siguientes factores:

A) El injusto objetivo

a) El injusto ex ante

aa) Riesgo para el bien jurídico concretamente protegido

aaa) Dimensión cuantitativa

aaaa) Grado de probabilidad ex ante de la lesión

1-seguridad

2-probabilidad máxima

3-probabilidad media

4-probabilidad mínima³⁶

5-improbabilidad

³⁴ Lo que legitimaría la pena no sería ni dicho daño ni tampoco consideraciones preventivas, sino "*die in der Tat liegende Infragestellung des Rechts, der Abfall vom Recht, der die Geltung des Rechts in Frage stellt, der Norm Schaden zufügt*": FRISCH, *FS f. Müller-Dietz*, p. 253; EL MISMO, «Strafkonzept, Strafzumessungstatsachen und Maßstäbe der Strafzumessung in der Rechtsprechung des BGH», en CANARIS Y OTROS (Hrsg.), *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, 2000, pp. 269 y ss.

³⁵ FRISCH, *FS f. Müller-Dietz*, p. 254.

³⁶ Entre otros factores, como por ejemplo, en primer lugar, la aptitud del medio, pueden considerarse lapso de tiempo que mediará entre la acción y el resultado pretendido; la distancia en el espacio; la posibilidad de incidencia de cursos salvadores; etc.

aaab) Magnitud esperable de la lesión (pronóstico de cuantificación del menoscabo del bien jurídico -sólo en bienes jurídicos susceptibles de ello-).

1-máxima

2-media

3-mínima

4-inexistente

aab) Dimensión cualitativa:

aaba) Infracción de deberes especiales en relación con la situación típica³⁷

1-deber de garante de intensidad máxima

2-deber de garante de intensidad media

3-deber mínimo

4-ausencia de deber

aabb) Elementos de contenido expresivo o simbólico (móviles, etc.) contemplados ex ante³⁸

ab) Riesgos para otros bienes: las consecuencias extratípicas previsibles³⁹

A la vista de lo señalado más arriba a propósito del concepto de culpabilidad, parece que no puede obviarse el hecho de que la actitud interna contraria al Derecho constituye la pieza central del injusto entendido en sentido ideal⁴⁰. Esta perspectiva justifica el traslado de la actitud interna, en tanto que trascendente intersubjetivamente, a una concepción comunicativa del injusto, en la que, además de la base empírica de peligro o lesión de un bien jurídico, se tenga en cuenta el aspecto simbólico de mayor o menor negación del Derecho. Ahora bien, como FRISCH admite, cabe que los motivos del hecho (odio, venganza) agraven el injusto pero que, dadas las circunstancias, resulten comprensibles o, por determinados defectos de personalidad, sean menos evitables para el autor que para otras personas. Así que es posible que el incremento del injusto se vea rebajado o incluso compensado en el ámbito de la culpabilidad⁴¹.

³⁷ HÖRNLE, *Tatproportionale*, pp. 278 y ss.. Los deberes extratípicos, como en el caso del ejemplo aludido al inicio de estas páginas, dan lugar a casos difíciles: p. 281.

³⁸ Entre los elementos de contenido expresivo habría que contar seguramente la intención, que con frecuencia no sólo eleva la probabilidad de la lesión sino también la medida de negación de la norma.

³⁹ Así: afectaciones a bienes no protegibles penalmente; o bienes penalmente protegibles, pero que no se afectan típicamente. Los otros bienes penalmente protegibles y que se afectan típicamente dan lugar a la apreciación de un concurso. De todos modos, como advierte HÖRNLE, *Tatproportionale*, p. 200, no deja de ser problemático que las "aufsertatbestandliche Folgen" influyan en la determinación de la pena cuando, por definición, no integran el injusto "típico"; vid. también pp. 252 y ss. a propósito de los "Folgeschäden".

⁴⁰ FRISCH, *FS f. Müller-Dietz*, 249.

⁴¹ FRISCH, *FS f. Müller-Dietz*, pp. 257-258. Por su parte, HÖRNLE, *Tatproportionale*, p. 269, indica que los móviles agravatorios necesariamente han de pertenecer al ámbito sistemático del injusto, mientras que los atenuatorios pueden considerarse bien en el injusto, bien en la culpabilidad.

b) Injusto ex post⁴²: medida efectiva de la lesión (o efectiva puesta en peligro) y de la negación de la norma

- 1- Lesión máxima
- 2- Lesión media
- 3- Lesión mínima
- 4- Ausencia de lesión

B) La imputación subjetiva: intención y grados de conocimiento⁴³

- 1- intención + conocimiento seguro
- 2- intención + conocimiento probable (pero hay distintos grados de probabilidad y de conocimiento de ésta)⁴⁴
- 3- intención⁴⁵
- 4- conocimiento seguro
- 5- conocimiento de lo probable (pero hay distintos grados de probabilidad y de conocimiento de ésta)
- 6- conocimiento de lo posible
- 7- desconocimiento vencible⁴⁶
- 8- desconocimiento invencible

A la vista de todo lo anterior puede concluirse que el esquema de ordenación de los casos intermedios se debe mover entre el caso más grave (*máxima probabilidad+máximo daño+máxima infracción de deberes+máxima negación del derecho+intención y conocimiento seguro*) y el caso menos grave (*mínima probabilidad+mínimo daño+mínima infracción de deberes+mínima negación del*

⁴² El injusto del resultado no puede contemplarse estáticamente, sino que se prolonga en el tiempo y se ve afectado por hechos y comportamientos postconsumativos. Cfr. HÖRNLE, *Tatproportionale*, p. 297 y ss.

⁴³ Este modelo, muy distintivo, se aleja de la propuesta de HÖRNLE, *Tatproportionale*, p. 263, para quien ciertamente el dolo directo es más grave que el dolo eventual, pero no hay diferencias entre el dolo directo de primer y segundo grado.

⁴⁴ Hay que subrayar que los grados objetivos de probabilidad en una escala de 1 a 10 pueden coincidir respectivamente con un pleno conocimiento del sujeto con respecto al grado de probabilidad, o bien puede haber situaciones de incongruencia. Por ejemplo, porque siendo 3 la peligrosidad objetiva, el sujeto piense que es 7; o, viceversa, porque siendo 7 la peligrosidad objetiva, el sujeto piense que es 3.

⁴⁵ No se puede afirmar taxativamente que todo caso de dolo directo de segundo grado sea menos grave que uno de primer grado, ni al revés. La ordenación cumple aquí una función analítica. Es necesario considerar aquí la dimensión de probabilidad propia del tipo objetivo.

⁴⁶ La relevancia comparativa de la imprudencia consciente y la inconsciente, por un lado, y de la medida de la infracción del deber de cuidado, por el otro, merece una consideración aparte.

*derecho+conocimiento sólo probable*⁴⁷). Dichos casos intermedios, cuya diversidad fenomenológica puede reconducirse mediante consideraciones tipológicas, deben ser integrados en un sistema comparativo. El tránsito del sistema comparativo al estrictamente cuantitativo constituye una dificultad adicional⁴⁸.

4. Bibliografía

ALBRECHT, H.J., *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität. Eine vergleichende theoretische und empirische Studie zur Herstellung und Darstellung des Strafmaßes*, Berlin 1994

BRUNS, *Das Recht der Strafzumessung*, 2ª edic., Köln 1985

DEMETRIO CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Salamanca 1999

FEIJÓO SÁNCHEZ, «Individualización judicial de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho», *InDret* 1/ 2007

FRISCH, «Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik», *ZStW* 99 (1987)

FRISCH, «Über die 'Bewertungsrichtung' von Strafzumessungstatsachen», *GA* 1989

FRISCH, «Straftatsystem und Strafzumessung», en WOLTER (Hrsg.), *140 Jahre Goltdammer's Archiv*, 1993

FRISCH, «Individualprävention und Strafbemessung», en *Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht. Festschrift für G. Kaiser zum 70. Geburtstag*, tomo II, Berlin 1998

FRISCH, *Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht. Festschrift für G. Kaiser zum 70. Geburtstag*, tomo II, Berlin 1998.

FRISCH, «Strafkonzept, Strafzumessungstatsachen und Maßstäbe der Strafzumessung in der Rechtsprechung des BGH», en CANARIS Y OTROS (Hrsg.), *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, 2000

FRISCH, «Unrecht und Schuld im Verbrechensbegriff und in der Strafzumessung», en *Grundfragen staatlichen Strafens. Festschrift für H. Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, München 2001

⁴⁷ Para los delitos dolosos.

⁴⁸ Cfr. HÖRNLE, *Tatproportionale*, pp. 361 y ss. En especial, la posición escéptica de KÖBERER, *Iudex non calculat. Über die Unmöglichkeit, Strafzumessung sozialwissenschaftlich-mathematisch zu rationalisieren*, Frankfurt 1995

FRISCH, *Festschrift für Müller-Dietz zum 70. Gebrustag*, München 2001

GRIBBOM, en JÄHNKE/LAUFHÜTTE/ODERSKY, *StGB, Leipziger Kommentar. Grosskommentar*, 11ª edic., Berlin 1995

HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, Berlin 1999

HÖRNLE, «La concepción anticuada de la culpabilidad en la Jurisprudencia y doctrina tradicionales de la medición de la pena» (trad. Martín Lorenzo), en HÖRNLE, *Determinación de la pena y culpabilidad*, Buenos Aires 2003

HÖRNLE, «Desarrollo y cambios en la teoría alemana de la determinación de la pena» (trad. Franchini), en HÖRNLE, *Determinación de la pena y culpabilidad*, Buenos Aires 2003

HÖRNLE, *Determinación de la pena y culpabilidad*, Buenos Aires 2003

KÖBERER, *Iudex non calculat. Über die Unmöglichkeit, Strafzumessung sozialwissenschaftlich-mathematisch zu rationalisieren*, Frankfurt 1995

KRAHL, *Tatbestand und Rechtsfolge*, Frankfurt a.M. 1999

SCHÜNEMANN, «Plädoyer für eine neue Theorie der Strafzumessung», en ESER/CORNILS, *Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik*, Freiburg 1987

SCHÜNEMANN, Prólogo al libro de HÖRNLE, *Determinación de la pena y culpabilidad*, Buenos Aires 2003

SILVA SÁNCHEZ, «Introducción: dimensiones de la sistematicidad en la teoría del delito», en WOLTER/ FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal*, Madrid/ Barcelona 2004

SILVA SÁNCHEZ, «Straftatsystematik deutscher Prägung: Unzeitgemäß», GA 2004

SPENDEL, «Der hypothetisch gleiche oder schwerere Deliktserfolg als Strafmaßproblem» (1978), en *Für Vernunft und Recht. Zwölf Studien*, Tübingen 2004.

VON HIRSCH/ JAREBORG, *Strafmaß und Strafgerechtigkeit*, 1991.