

GONZALO J. BASSO

**DETERMINACIÓN JUDICIAL
DE LA PENA Y PROPORCIONALIDAD
CON EL HECHO**

Prólogo de
Manuel Cancio Meliá

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2019

ÍNDICE

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

PRIMERA PARTE

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

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

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

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

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

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

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

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

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